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-414120/2/FP

Datum:
Linz, 29. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von S A, geb. x gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 27. April 2022, GZ: VStV/922300651104/2022, wegen einer Übertretung des GSpG

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw. 2 VStG eingestellt.

II. 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.1. Mit dem im Rubrum genannten Straferkenntnis bestrafte die belangte Behörde die Beschwerdeführerin (Bf), weil sie „als mutmaßliche Betreiberin“ verbotene Ausspielungen in einem Geschäftslokal unternehmerisch zugänglich gemacht habe, indem sie gegen Entgelt die Veranstaltung verbotener Ausspielungen in „ihrem“ Lokal geduldet habe.
Die belangte Behörde verhängte Strafen im Ausmaß von 3.000 Euro pro Gerät (4 Stück).

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf mit am 24. Mai 2022 rechtzeitig zur Post gegebenem Schreiben Beschwerde, in der sie darlegte, nicht Betreiberin von Geräten zu sein und nicht zu verstehen, wie die Behörde auf dies komme. Sie habe keine Glücksspiele unternehmerisch zugänglich gemacht, weil sie kein Geld bekommen habe. Es handle sich nicht um ihr Lokal. Die Bf beantragte, das Verfahren einzustellen.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verwaltungsakten mit Schreiben vom 31. Mai 2022 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung sei „nach Plausibilitätserklärung“ nicht in Betracht gezogen worden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt. Da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist, entfällt die öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG.

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

Die belangte Behörde hat der Bf in der Aufforderung zur Rechtfertigung und dem Straferkenntnis gleichlautend Folgendes vorgeworfen:

„Bei einer durch die Finanzpolizei als Organ des Amts für Betrugsbekämpfung gem.
§ 50 Abs. 2 und 3 GSpG durchgeführten Kontrolle am 01.04.2022, um 18:05, im Lokal mit der Bezeichnung P, in x, mutmaßliche Betreiberin
A S, wurden folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden, mit welchen zumindest in der Zeit vom 01.04.2022 bis 01.04.2022 verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden.
Die Geräte wurden zur Identifikation von den Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 01.04.2022 mit fortlaufender Nummerierung versehen

Nr.: 1 Gehäusebezeichnung: keine Seriennummer: keine aufgestellt seit: 01.04.2022
Nr.: 2 Gehäusebezeichnung: keine Seriennummer: keine aufgestellt seit: 01.04.2022
Nr.: 3 Gehäusebezeichnung: keine Seriennummer: keine aufgestellt seit: 01.04.2022
Nr.: 4 Gehäusebezeichnung: keine Seriennummer: x aufgestellt seit: 01.04.2022
Mit diesen Eingriffsgegenständen, mit welchen zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.
Sie haben in der Zeit vom 01.04.2022 bis 01.04.2022 die mit den Eingriffsgegenständen ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch im angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne und an der erneuten Bereitstellung der Geräte für den nächsten Spieler (‚Nullstellen') mitgewirkt haben. Sie haben damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sind daher als Unternehmerin iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten. Sie haben somit Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inlandaus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, unternehmerisch zugänglich gemacht und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1 drittes Tatbild GSpG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1) € 3.000,-- (für FA1)	1) 33 Stunden		1)-4) § 52 Abs. 1 Zi. 1 3.Tatbild GSpG idgF
2) € 3.000.-- (für FA2)	2) 33 Stunden		
3) € 3.000,-- (für FA3)	3) 33 Stunden		
4) € 3.000,-- (für FA4)“	4) 33 Stunden		

[Straferkenntnis, Aufforderung zur Rechtfertigung]

Das Amt für Betrugsbekämpfung führte am 1. April 2022 um 18:05 Uhr eine Kontrolle im Lokal „P“ an der Adresse x durch. Sie fand vier Geräte vor. Es handelte sich um nicht gerichtsbekannte Internet-Terminals. Es kann nicht festgestellt

werden, welche Spiele auf diesen verfügbar waren. Im Lokal war die Bf anwesend. Die Bf war zuvor bereits bei zwei Kontrollen anwesend.
[NS, Anzeige]

Der ebenfalls im Lokal anwesende I H (lt FinPol: Lokalverantwortlicher) gab laut einem Aktenvermerk des Amtes für Betrugsbekämpfung (eine Niederschrift findet sich nicht im Akt) an, er habe die Bf im Urlaub kennen gelernt und sie habe ihm von „der Arbeit erzählt“. Den Chef habe er noch nicht kennen gelernt.
[Aktenvermerk]

Ein im Lokal anwesender Spieler (K U) gab niederschriftlich befragt an, eine blonde Frau habe ihn eingelassen. Der Inhaber des Lokals habe ein Lokal in der R und wohne glaublich in S. Der Zeuge wurde nach dem Aktenstand nicht befragt, ob es sich bei der blonden Frau um die Bf handle. Dies mutmaßt die Ermittlungsbehörde in der Anzeige.
Die Finanzpolizei gibt weiter an, dass die Bf von zwei anderen Kontrollen bekannt sei.
[AV, Anzeige]

Laut Gewerbeinformationssystem GISA betreibt ein A D am Standort ein Lokal.
[Auszug GISA]

A D ist zudem Mieter des Lokals.
[Mietvertrag]

II.3. Beweiswürdigung:

Aus dem behördlichen Spruch ergibt sich, dass die belangte Behörde der Bf den Vorwurf macht, die Tat als „mutmaßliche“ Betreiberin des Lokals begangen zu haben.
Bei einer Mutmaßung handelt es sich um eine Vermutung (Duden.de, abgefragt am 18. November 2022)

Der im Strafverfahren elementare Grundsatz „in dubio pro reo“ und die damit verbundenen Pflicht der Behörde, dem Beschuldigten die Tat mit Gewissheit nachzuweisen, führt im Ergebnis dazu, dass mutmaßliche Verantwortliche, also Personen, hinsichtlich der nur aufgrund einer Vermutung oder Annahmen ein Verdacht in Bezug auf eine bestimmte Tat geraten, nicht strafbar sind. Die belangte Behörde hat der Bf im gesamten Verfahren insofern schon kein strafbares Verhalten vorgeworfen und keinen gesetzgemäßen Vorwurf gemacht, weil sich nach § 52 Abs 1 GSpG iVm § 2 Abs 2 GSpG nur Unternehmer, nicht aber Personen strafbar machen können, die „vielleicht“ Unternehmer sind.

Zudem können dem vorliegenden Akt keine belastbaren Hinweise auf ein rechtswidriges Verhalten der Bf im Zusammenhang mit der Zugänglichmachung von Glücksspielen als Unternehmerin entnommen werden, weil tatsächlich nichts dafür spricht, dass die Bf Betreiberin des gegenständlichen Glücksspiellokales ist und in diesem Zusammenhang Einnahmen aus einer selbständigen Tätigkeit erzielt hat.
Die Ermittlungen des Amts für Betrugsbekämpfung lassen zwar die Annahme zu, dass die Bf in einem gewissen Naheverhältnis zum Lokal bzw. dem ohnehin ermittelten Lokalbetreiber steht, zumal sie Vorort schon mehrmals angetroffen wurde, und auch Spuren im Empfangsbereich hinterlassen zu haben scheint, allerdings deutet nichts auf eine Unternehmerschaft der Bf hin und wurde dazu auch nichts ermittelt.

Demgegenüber erliegt im Akt ein GISA-Auszug, der das vorliegende Lokal als Standort der Gewerbeberechtigung eines Alim Deniz ausweist und verfügt die belangte Behörde zudem über einen Mietvertrag zwischen der Liegenschaftseigentümerin und dem Genannten, mit welchem dieser das ggst. Lokal gemietet hat. Selbst der anwesende Dienstnehmer hat angegeben, dass er wohl zwar von der Bf angeworben oder auf die Möglichkeit einer Anstellung hingewiesen wurde, jedoch den „Chef“ bislang nicht kennen gelernt habe.
Insofern ist für das Gericht schwer nachzuvollziehen, warum die Tat ohne belastbare Sachverhaltsmomente der Bf und nicht dem offenkundigen Mieter und Betreiber des „Gastgewerbes in der Betriebsart Café“ am Tatort angelastet wurde.

Hinzu kommt, dass im Lokal Geräte vorgefunden worden sind, die nicht in Betrieb waren und keinem typischen Gerätemodell entsprechen. Im Straferkenntnis wird nicht nachvollziehbar dargelegt, warum man davon ausgeht, dass im Tatzeitpunkt Walzenspiele betriebsbereit zur Verfügung standen.

III. Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden

Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.
§ 52 Abs 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Gemäß § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

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

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

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

IV. Rechtliche Beurteilung:

IV.1. Spruchmangel/fehlerhafter Vorwurf:

IV.1.1. „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 (zB 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 iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124)".

(*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2)

[Hervorhebungen nicht im Original]

„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 § 44 a Z 1 ist folglich in jedem konkreten Fall einzeln zu beurteilen (VwGH 17.9.2009, 2008/07/0067; so die Darstellung der reichhaltigen Rsp zu einzelnen Rechtsbereichen bei Walter/Thienel II^2 § 44 a 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).[...]

(*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a 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". (VwGH 25.02.2003, 2001/10/0257)

In Bezug auf das Glücksspielrecht (hier in Bezug auf § 52 Abs 1 Z 5 GSpG) hat der Verwaltungsgerichtshof etwa wie folgt ausgesprochen:

„Der angefochtene Bescheid erweist sich als rechtswidrig, weil eine klare und eindeutige Zuordnung unter die Verwaltungsvorschrift, die durch die Straftat verletzt wurde, also einen der beiden Tatbestände des § 52 Abs 1 Z 5 GSpG 1989, unterblieben ist. Diese Unklarheit wird insbesondere noch dadurch verstärkt, daß die belangte Behörde den Wortlaut des § 52 Abs 1 Z 5 GSpG 1989 unvollständig und damit unrichtig zitiert hat (E 23.12.1991, 90/17/0330 ist insofern anders gelagert)." (VwGH 23. Juni 1995, 91/17/0022)

„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 hg 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 vom 17. September 2014, 2011/17/0210). Die Nennung der Seriennummer der Glücksspielgeräte im Spruch der Strafverfügung stellt jedoch kein notwendigerweise anzugebendes Identifizierungsmerkmal dar, wenn die sonstigen

Angaben ausreichen, um den Beschuldigten die Identifizierung des den Gegenstand der strafbaren Handlungen bildenden Glücksspielgeräts zu ermöglichen (vgl VwGH vom 21. April 1999, 98/03/0350 betreffend Kfz-Kennzeichen).“ (VwGH 3. Juni 2015, 2013/17/0407)

Im vorliegenden Fall widerspricht der Vorwurf Grundsätzen des Strafrechts, weil die belangte Behörde der Bf die Tat als „mutmaßliche“ Betreiberin eines Lokals vorwirft. Zumal der Gesetzgeber vorgesehen hat, dass sich gemäß § 52 GSpG iVm § 2 GSpG nur Unternehmer, die in bestimmten Rollen tätig werden, strafbar machen können und im Ergebnis der unternehmerisch agierende – also gewerbliche – Lokalbetreiber jener ist, der Glücksspielgeräte zugänglich macht, macht die Behörde der Bf keinen Vorwurf, der dem Gesetz entspricht. Nicht jedermann, der an den Glücksspielen (in welcher untergeordneten Weise auch immer) mitwirkt und insofern auch nur mutmaßliche Betreiber nicht, können Glücksspiele zugänglich machen, sondern nur solche Personen, die als Unternehmer ein bestimmtes „Gewerbe“ betreiben und dabei den Zugang zu Glücksspielgeräten eröffnen.

IV.1.2. „Sache“ des Beschwerdeverfahrens:

„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 14.07.2005, 2004/06/0064; 13.12.2016, 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 sei, wenn es nicht zu einem „Austausch der Tat“ durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH vom 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 vom 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhalts-elementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8. November 2000, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Das Verwaltungsgericht ist insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten unzutreffenden Tatvorwurf, der davon ausgeht, dass in Bezug auf die Betreiberstellung Mutmaßlichkeit ausreicht, durch Feststellung eines diesbezüglichen konkreten Vorwurfs abzuändern, weil es sich dabei um gänzlich andere Taten handeln würde.

IV.2. Fehlende Erfüllung des objektiven Tatbestands

Hinzu kommt, dass die vorliegenden Beweisergebnisse und Feststellungen der Behörde nicht die Annahme rechtfertigen, dass die Bf als „unternehmerische Zugänglichmacherin“ iSd § 52 Abs 1 Z 1 3. Fall GSpG zu qualifizieren ist. Nicht

einmal Mutmaßlichkeit ist gegeben, weil einziger Umstand, der einen Zusammenhang mit allfälligen Glücksspielen herstellen lässt, jener ist, dass die Bf am Tatort anwesend war, dort schon öfter angetroffen wurde und Auszahlungen und Rückstellungen vorgenommen haben soll. Dies lässt den Verdacht aufkommen, dass die Bf möglicherweise für den Betreiber tätig ist (wofür etwa auch spricht, dass die Bf nach Angaben des Zeugen U nur wöchentlich oder zweiwöchentlich anwesend ist) oder eine andere Nahebeziehung zu ihm hat. Angesichts des Umstandes, dass ein Lokalbetreiber aufgrund vorliegender Daten aus dem Gewerberegister und einer unbedenklichen Urkunde (Mietvertrag) aber ermittelt werden konnte, erscheint es nicht nachvollziehbar, der Bf diesen Vorwurf zu machen.
Feststellungen dazu, dass die Bf in der Position ist oder Handlungen gesetzt hat, die die Annahme rechtfertigen, die Bf sei aufgrund einer Betreiberfunktion Zugänglichmacherin, lassen sich nicht treffen. Tatsächlich spricht nach dem Aktenstand nichts für diese Annahme.
Insgesamt sprechen die von der Finanzpolizei ermittelten Sachverhaltsmomente gegen die Annahme der Behörde und wurde eine andere Person ermittelt, die viel eher als Lokalbetreiber in Betracht kommt.

Hinzukommt, dass die Geräte bei Eintreffen der Finanzpolizei außer Betrieb waren und nicht mit der im Strafverfahren erforderlichen Sicherheit ermittelt wurde, ob und welche Spiele am Tattag auf den Terminals, die zumindest der erkennende Richter trotz langjähriger Tätigkeit im Glücksspielbereich noch nie zu Gesicht bekommen hat, verfügbar waren. Zwar hat die Finanzpolizei Befragungen vorgenommen, jedoch finden sich in den Niederschriften keine Darlegungen, um welche Spiele es sich gehandelt hat. Für Walzenspiele spricht lediglich die im Akt erliegende Anzeige eines Privatdetektivs, jedoch fand der Besuch bereits im Februar statt.

IV.3. Im Ergebnis ist das vorliegende Straferkenntnis schon aufgrund des fehlerhaften Vorwurfs und des Umstandes, dass die Ermittlungen die Bf nicht als Lokalbetreiberin zutage gefördert haben, vom Verwaltungsgericht aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 bzw. 2 VStG einzustellen.

Die Bf hat die ihr vorgeworfene Tat nicht begangen.

IV.4. Bei diesem Ergebnis fallen keine Kostenbeiträge an.

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. 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 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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

Mag. Pohl