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-412853/2/VG/JK

Datum: Linz, 26. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des M T, vertreten durch RA Mag. W M, W, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6.4.2018, GZ: VStV/917300417044/2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG)

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder im Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde noch im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Nach Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 16.2.2017 durch Organe des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr im Lokal mit der Bezeichnung „P P C“ in S, S, wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) seitens der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde), mit Schreiben vom 17.3.2017 aufgefordert, sich zur nachstehend angeführten, ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung zu rechtfertigen:

„Sie haben wie am 16.02.2017 um 18:20 Uhr in S, S festgestellt wurde, als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. P P C GmbH folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die Firma P P C GmbH hat in der Zeit zumindest vom 13.02.2017 bis 16.02.2017 die mit den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräten ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch am angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt hat, dass sie das Personal zu Auszahlung von Gewinnen angehalten hat.
Die Firma P P GmbH hat damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Die Firma P P GmbH hat somit Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch zugänglich gemacht und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten haben.
Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 16.02.2017 um 18:20 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung P P C in S, S festgestellt. Es wurden folgende Geräte (welche mit fortlaufender Nummerierung versehen wurden) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:
FA-10: keine Gehäusebezeichnung, SN: x
FA-12: keine Gehäusebezeichnung, SN: x

Mit diesen Geräten wurden, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren. [...].“

I.2. Mit Rechtfertigung vom 5.4.2017 äußerte sich der rechtsfreundlich vertretene Bf unter anderem dahingehend, dass ihm nicht bekannt sei, um welche Geräte es sich in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 17.3.2017 handle. Aus dem Akt zum anhängigen Beschlagnahmeverfahren ergebe sich die Beschlagnahme eines „L, SNr. x, i M“ und eines „L, SNr. x, i M “. Sollte es sich um die identen „Geräte“ handeln, so wäre dies dem Bf auch im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung bekanntzugeben gewesen.

I.3. Mit Straferkenntnis vom 6.4.2018, GZ: VStV/917300417044/2017, verhängte die belangte Behörde über den Bf zwei Verwaltungsstrafen zu je 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: je 12 Stunden) pro Glücksspielgerät wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F. wie folgt:

„Sie haben wie am 16.02.2017 um 18.20 Uhr in S, S festgestellt wurde, als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. P P C GmbH folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die Firma P P C GmbH hat in der Zeit zumindest vom 13.02.2017 bis 16.02.2017 die mit den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräten ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch am angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt hat, dass sie das Personal zur Auszahlung von Gewinnen angehalten hat.
Die Firma P P GmbH hat damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Die Firma P P GmbH hat somit Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch zugänglich gemacht und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten haben.
Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 16.02.2017 um 18:20 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung P P C, in S, S festgestellt. Es wurden folgende Geräte (welche mit fortlaufender Nummerierung versehen wurden) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:
FA-1: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x i M
FA-2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x i M

Mit diesen Geräten wurden, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen

Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren. [...].“

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Glücksspielgeräte FA-1 und FA-2 seien betriebsbereit aufgestellt, aber nach Kontrollbeginn nicht mehr voll funktionsfähig gewesen. Es habe jedoch der Verlauf der Websites festgestellt werden können. Mit diesen Geräten seien zumindest seit 13.2.2017 bis zum Kontrolltag wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet worden. Der Bf habe im Rahmen seiner Firma die mit den Eingriffsgegenständen ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch am angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass er gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in seinem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne sowie an der erneuten Bereitstellung des Gerätes für den nächsten Spieler mitgewirkt habe.

I.4. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit Schriftsatz vom 8.5.2018 rechtzeitig Beschwerde, mit der die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des gegen den Bf eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens beantragt wurden.

Begründend wird in der Beschwerde insbesondere erneut vorgebracht, dass in der dem Straferkenntnis vorausgegangenen Aufforderung zur Rechtfertigung dem Bf die Aufstellung der Geräte „F: keine Gehäusebezeichnung, SN: W“ und „F: keine Gehäusebezeichnung, SN: W“ angelastet worden sei. Nunmehr werde dem Bf mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 6.4.2018 vorgeworfen, er habe es zu verantworten, dass im Lokal der P P C GmbH die Geräte „F: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ und „FA-2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ aufgestellt worden seien. Es handle sich gegenständlich daher um einen neuen Tatvorwurf, der dem Bf gegenüber erstmals am 6.4.2018 erhoben worden und somit verjährt sei.

I.5. Mit Schreiben vom 11.5.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Feststellungen und Beweiswürdigung:

II.1. Mit Straferkenntnis vom 6.4.2018 wurde dem Bf erstmals vorgeworfen, dass er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P P C GmbH zu verantworten hat, dass diese Gesellschaft die mit den Geräten „FA-1: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ und „FA-2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ ermöglichten Glücksspiele im gegenständlichen Lokal unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

II.2. Der dargelegte entscheidungswesentliche Verfahrensgang und Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Akt.

Hinsichtlich der beschwerdegegenständlichen Geräte „FA-1: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ und „FA-2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ ist insbesondere festzuhalten, dass sich dem gesamten vorgelegten Verwaltungsakt – mit Ausnahme des angefochtenen Straferkenntnisses – weder eine Aufforderung zur Rechtfertigung an den Bf noch eine sonstige Verfolgungshandlung der belangten Behörde in Zusammenhang mit einer Verwaltungsübertretung nach dem GSpG betreffend diese Geräte entnehmen lässt.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) entfallen, da bereits aufgrund der Aktenlage feststand, dass das mit Beschwerde angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 31 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

„Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen, unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (VwGH 13.3.2014, 2012/17/0379). Ist Verfolgungsverjährung eingetreten, liegt ein Verfolgungshindernis vor und das Verfahren ist gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG einzustellen [Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG^2 § 31 Rz 8 (Stand 1.5.2017, rdb.at)].

III.2.1. Dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses ist zu entnehmen, dass es der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P P C GmbH zu verantworten

habe, dass die P P C GmbH mit den Geräten „FA-1: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ und „FA- 2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ im gegenständlichen Lokal zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG zumindest vom 13.2.2017 bis 16.2.2017 unternehmerisch zugänglich gemacht habe. Die strafbare Handlung wurde sohin nach den Feststellungen der belangten Behörde am 16.2.2017 beendet. Demnach hätte jedenfalls bis 16.2.2018 eine taugliche Verfolgungshandlung von der belangten Behörde gesetzt werden müssen, um den Eintritt der Verfolgungsverjährung zu verhindern.

Nach der Aktenlage wurde eine solche Verfolgungshandlung in Bezug auf die Geräte „FA-1: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ und „FA-2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ jedoch erstmalig mit dem gegenständlich angefochtenen Straferkenntnis vom 6.4.2018, sohin nach Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist, gesetzt.

III.2.2. Hinsichtlich der Aufforderung zur Rechtfertigung der belangten Behörde vom 17.3.2017 ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Zurkenntnisbringen des Anzeigeninhalts mit der Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme zur Rechtfertigung eine taugliche Verfolgungshandlung iSd § 32 VStG darstellt, wenn die Anzeige alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale enthält. Eine die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende Verfolgungshandlung nach § 32 Abs. 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44a Z 2 VStG zu beziehen. Die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat muss unverwechselbar konkretisiert sein, damit dieser in die Lage versetzt wird, auf den Vorwurf zu reagieren und damit sein Rechtsschutzinteresse zu wahren. Eine Bestrafung darf nur wegen eines Verhaltens erfolgen, auf das sich die Verfolgungshandlung bezogen hat [VwGH 5.12.2017, Ra 2017/02/0186; 13.3.2014, 2012/17/0379; Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG^2 § 32 Rz 17 (Stand 1.5.2017, rdb.at)].

Aus der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 17.3.2017 ergibt sich, dass diese die unternehmerische Zugänglichmachung von verbotenen Ausspielungen mit den Geräten „FA-10: keine Gehäusebezeichnung, SN: x“ und „FA-12: keine Gehäusebezeichnung, SN: x“ zum Inhalt hat. Der Spruch des gegenständlich angefochtenen Straferkenntnisses nimmt jedoch auf die Geräte „FA-1: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ und „FA-2: Gehäusebezeichnung, L, SNr. x, i M“ Bezug.

Die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 17.3.2017 bezieht sich somit auf andere Tatbestandselemente (Geräte) und kann daher keine taugliche Verfolgungshandlung hinsichtlich der dem Bf konkret vorgeworfenen Verwaltungsübertretung darstellen.

III.2.3. Es wurde sohin im vorliegenden Fall innerhalb der in § 31 Abs. 1 VStG bestimmten Frist von einem Jahr keine taugliche Verfolgungshandlung vorgenommen, sodass Verfolgungsverjährung eingetreten ist. Das angefochtene Straferkenntnis war somit zu beheben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG einzustellen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verfolgungsverjährung gemäß § 31 VStG ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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. Gubesch