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-412877/7/GS/JW

Datum:
Linz, 22. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D x, x W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13.4.2018, GZ: VStV/918300217072/2018, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9.10.2018

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin 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. Mit dem Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 13.4.2018, GZ: VStV/918300217072/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wie folgt entschieden:
„Sie haben, wie am 22.10.2017 um 10:30 Uhr, in x L, F x, im Lokal mit der Bezeichnung ‚C B ‘, von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort gegen Entgelt 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 den Gehäusebezeichnungen

FA1)	Gehäusebezeichnung	„Kajot“	Seriennr.: x
FA2)	Gehäusebezeichnung	„afric2go“	Seriennr.: x

zumindest seit 01.08.2017, im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen (FA 1, sowie ein Glücksrad FA 2) 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.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1, viertes Tatbild, GSpG idF BGBl Nr. 105/2014

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstr Gemäß §
1) € 3.000,-- (für FA1)	1) 33 Stunden	1)-2) § 52 Abs. 1 Zi. 1, viertes
2) € 3.000,-- (für FA1)	2) 33 Stunden	Tatbild GSpG idF 1989

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
- 600,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 € angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 6.600,--„
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. In der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde beantragte die rechtsfreundlich vertretene Bf die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die

Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verfahrens.

I.3. Mit Schreiben vom 17.5.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 9.10.2018 legte der Rechtsvertreter der Bf mit Verweis auf die Europäische und Österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme samt Beilagen vor.

I.5. Am 9.10.2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, bei der die Verfahren mit den GZ: LVwG-412700, LVwG-412849 und LVwG-412877 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden und der Verfahrensakt verlesen wurde. An der Verhandlung hat ein Vertreter des Finanzamtes Linz sowie ein als Zeuge geladener Vertreter des Finanzamtes Linz (mittlerweile Finanzamt Wels) teilgenommen. Für die belangte Behörde sowie für die Bf erschien kein Vertreter.

II. Sachverhalt:

Am 22.10.2017 fand um 10:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „C B“ in x L, F x, Betreiber M P, eine Kontrolle durch die Finanzpolizei Team 40 statt. Es wurden dabei folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden, mit welchen in der Zeit vom 1.8.2017 bis zumindest 22.10.2017 verbotene Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden:

FA1) Gehäusebezeichnung „Kajot“ Seriennr.: x
FA2) Gehäusebezeichnung „afric2go“ Seriennr.: x

Die Firma G s.r.o. hat in der Zeit vom 1.8.2017 bis 22.10.2017 die vorgefundenen Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt.

R W war laut Unternehmensregister jedenfalls zum verfahrensgegenständlichen Zeitraum handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o (Firmenbuchnummer: x).

Sowohl in der Aufforderung der Rechtfertigung der belangten Behörde vom 13.2.2018 als auch im angefochtenen Straferkenntnis wurde R W unter anderem vorgeworfen, die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort („C B“, F x, x L) gegen Entgelt zur Verfügung gestellt zu haben.

III. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar und unstrittig aus dem vorgelegten Verwaltungsakt (insbesondere dem Strafantrag 9.11.2017, GZ: 046/70245/31/4017) und dem Ergebnis der mündlichen öffentlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 9.10.2018. In dieser wurde im Einvernehmen mit dem anwesenden Vertreter des Finanzamtes Linz klargestellt, dass M P der Betreiber des Lokales „C B“ in L, F, ist und die Firma G s.r.o. die Eigentümerin der gegenständlichen Glücksspielgeräte sowie R W die handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o. Auch dem Strafantrag vom 9.11.2017, GZ: 046/70245/31/4017, sind diese Feststellungen zu entnehmen.

IV. Rechtliche Beurteilung:

IV.1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz iVm. § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014, 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).

§ 2 Abs. 2 GSpG lautet:
Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

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.

§ 45 Abs. 1 VStG lautet (auszugsweise):
Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen; [...]

§ 44a VStG sieht vor, dass der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, nachfolgendes zu enthalten hat:
1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Falle eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

§ 31 VStG regelt die Verjährung, wobei gemäß § 31 Abs. 1 VStG die Verfolgung einer Person unzulässig ist, 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.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Sie bildet den den Deliktstatbestand erfüllenden Sachverhalt. Es bedarf daher im Bescheidspruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat und die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wesentlich für die Bezeichnung der Tat ist der Ausspruch über Zeit und Ort der Begehung (VwGH vom 24. Mai 2013, 2012/02/0174). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es beim Erfordernis einer genauen Tatumschreibung i.S.d. § 44a Z 1 VStG darauf an, den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, um ihn rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Das an Tatort- und Tatzeitumschreibung zu stellende Erfordernis wird daher nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes, weil an den erwähnten Rechtschutzüberlegungen zu messendes Erfordernis sein (VwGH 17. April 2014, 2010/04/0057).

Es muss daher die Tat unter Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale dem Beschuldigten innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen werden. Eine Umschreibung der Tatbestandsmerkmale lediglich in der Bescheidbegründung reicht im Bereich des Verwaltungsstrafrechts nicht aus (Hauer-Leukauf, Handbuch des Verwaltungsstrafrechts, 937 ff).

Diesen Anforderungen entspricht der Tatvorwurf des angefochtenen Straferkenntnisses nicht. Der Bf wird im Spruch der angefochtenen Entscheidung (gleichlautend wie in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 13.2.2018, angelastet, dass die Bf die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort (C , F x, x L) gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat und sich so unternehmerisch im Sinne des Glücksspielgesetzes an der Verwaltungsübertretung beteiligt hat.

Unstrittig war jedenfalls im Tatzeitraum M P Betreiber des gegenständlichen Lokales und die Firma G s.r.o, deren handelsrechtliche Geschäftsführerin R W im gegenständlichen Zeitraum war, Eigentümerin der vorgefunden Glücksspielgeräte.

Festzuhalten ist, dass zwischenzeitig die gesetzliche Verfolgungsverjährungsfrist von einem Jahr überschritten wurde, weshalb der Beschwerdeführerin ein geänderter Tatvorwurf, nämlich die unternehmerische Beteiligung als Eigentümerin der vorgefundenen Glücksspielgeräte, nicht mehr angelastet werden kann. Es ist daher Verfolgungsverjährung (Tatzeitraum 1.8.2017 bis jedenfalls zum Kontrollzeitpunkt am 22.10.2017) eingetreten. Schon aus diesem Grund war der Beschwerde stattzugeben, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf § 52 Abs. 9 VwGVG bzw. § 66 Abs. 1 VStG.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

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. 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. Saxinger