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-412623/2/MB/Hue

Datum:
Linz, 7. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des H G, vertreten durch S - H Rechtsanwälte, x 7, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 3. Jänner 2018, GZ: VStV/917301776171/2017, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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

1. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, (im Folgenden: belangte Behörde) hat dem Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, dass die Firma x mbH am 23. Oktober 2017 sechs näher genannte Glücksspielgeräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt habe, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, zu erzielen. Die x mbh habe damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sei daher als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten. Dieses Unternehmen habe sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG begangen, was der Bf als zur Vertretung nach außen berufenes Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens, zu verantworten habe. Die Übertretung sei bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht durchgeführten Kontrolle am 23. Oktober 2017 im Lokal mit der Bezeichnung „x“ in, x-Straße 17, festgestellt worden. Es seien sechs näher angeführte Geräte betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden worden. Mit diesen Geräten seien zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt worden, wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession 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 gewesen seien.

Der Bf habe dadurch in sechs Fällen Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 2 und 4 iVm § 4 GSpG durchgeführt, weshalb über ihn sechs Geldstrafen in Höhe von je 3.000 Euro und sechs Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 17 Stunden verhängt wurden. Weiters wurde er zur Zahlung eines Verfahrenskostenbeitrages in Höhe von insgesamt 1.800 Euro verpflichtet.

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde machte der Bf zusammengefasst geltend, dass die x mbh am 23. Oktober 2017 keine Glücksspielgeräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt habe. In der Beschwerde wurden weiters umfangreiche Ausführungen zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes getätigt.

3. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich hat die Beschwerde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergab sich dessen Zuständigkeit, wobei es durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt.

4.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Bei der Kontrolle des Lokals mit der Bezeichnung x in S, x-Straße 17, am 23. Oktober 2017 wurden von der Finanzpolizei sechs Geräte vorgefunden, mit denen laut Anzeige der Finanzpolizei Glücksspiele in Form von Walzenspielen angeboten wurde. Die x mbh, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, wurde angezeigt, weil sie „die Räumlichkeiten gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt habe“. Dadurch habe sie sich unternehmerisch an den verbotenen Ausspielungen beteiligt. Bei der angeführten Kontrolle wurden die sechs Geräte beschlagnahmt.

Die belangte Behörde hat in ihrer Aufforderung zur Rechtfertigung dem Bf vorgeworfen, dass er „die Räumlichkeiten gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt hat, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen zu erzielen“. Dieser Vorwurf wurde vom Bf bestritten, woraufhin das nunmehr bekämpfte Straferkenntnis erlassen wurde, worin das tatbildende Verhalten ausgetauscht und nunmehr dem Bf vorgeworfen wurde, er habe die angeführten sechs Geräte „gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Glücksspielgeräten veranstalteten Glücksspielen zu erzielen“.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erhoben, dass Frau Dr. I P die Eigentümerin des gegenständlichen Gebäudes ist. Diese hat das Lokal an die x kft, ein Unternehmen mit Sitz in U vermietet, welche wiederum einen Untermietvertrag mit der P kft, einem weiteren ungarischen Unternehmen über dieses Lokal geschlossen hat. Die x mbh hat mit der P kft als Verfügungsberechtigte des Lokales einen Aufstellungsvertrag über vier Wettannahmeterminals am 1. Oktober 2016 geschlossen. Entsprechend diesem Vertrag hat die P kft die Wettterminals betriebsbereit zu halten und die im Zusammenhang mit den Wettannahmen erforderlichen Tätigkeiten durchzuführen. Bis Februar 2015 hatte die x mbh dieses Lokal als Wettlokal für Sportwetten nach dem Oö. Wettgesetz selbst betrieben. Das Lokal war zum gegenständlichen Kontrollzeitpunkt am 23. Oktober 2017 mit der Aufschrift „x“ gekennzeichnet. Die x mbh hat am Standort S, x-Straße 17 das Gewerbe der „Vermittlung von Wettinteressenten an Buchmacher“ angemeldet.

Während der Kontrolle behauptete die dort angetroffene Mitarbeiterin des Lokals, Frau R-M B, dass sie nicht für den Glücksspielbereich (mit den gegenständlichen sechs Walzenspielgeräten) sondern lediglich für den x-Wettbereich im vorderen Teil des Lokals zuständig sei. Sie benannte die „x“ als Lokalbetreiberin und nannte „S M“ als deren Chef. Auf Vorhalt der Finanzpolizei, wonach „S M“ Teil der Adresse S M x 18b/1b/9 in S des Sitzes des Unternehmens x Kft ist, schwieg die Mitarbeiterin. Angaben darüber, für welches Unternehmen die gegenständlichen Walzenspielgeräte betreut werden, konnte oder wollte sie nicht tätigen. Sie gab auch nicht an, wer Eigentümer oder Betreiber der Walzenspielgeräte war.

Die x mbh hat mit 1. Oktober 2016 einen Aufstellungsvertrag betreffend die Platzierung von drei Wettterminals und einer Kassa im Geschäftslokal x-Straße 17, S, mit der P Kft abgeschlossen. Die P Kft hat sich dabei verpflichtet, die Wettannahmestelle während der Geschäftszeiten betriebsbereit zu halten und die im Zusammenhang mit der Wettannahme notwendigen Tätigkeiten durchzuführen (Auszahlungen, Rücknahme der Wettscheine, Wechsel der Druckerrolle).

Entsprechend einer dem Verwaltungsgericht vorliegenden Abrechnung vom 31. März 2017 wurde mit Wettgeräten im ggst. Lokal im März 2017 ein Nettoergebnis von 2.653,35 Euro erzielt, welches zwischen der P kft und der x mbh im Verhältnis 80:20 aufgeteilt wurde.
Im gegenständlichen Verfahren konnte nicht festgestellt werden, ob überhaupt bzw in welchem Verhältnis die x mbh zu den ggst. Walzenspielgeräten stand.

5. Diesen Sachverhalt hat des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe 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 § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

5.2. Wie sich aus dem Beweisergebnis ergibt, wird das Lokal mit der Bezeichnung „x“ von der P Kft betrieben. Die x mbh hat in diesem Lokal mehrere Wettannahmeterminals aufgestellt, es gibt jedoch keinerlei Beweisergebnisse dafür, dass sie auch die im ggst. Straferkenntnis relevanten sechs Glücksspielgeräte aufgestellt oder an den Lokalbetreiber vermietet hätte. Es ist zwar davon auszugehen, dass der x mbh die Aufstellung dieser Glücksspielgeräte

bekannt war, weil sich diese teilweise im selben Raum befunden haben wie die Wettannahmeterminals, eine rechtliche Beziehung der x mbh zu den Glücksspielgeräten konnte jedoch nicht bewiesen werden. Laut den vorliegenden Mietverträgen hat die x mbh nicht, wie ihr in der Anzeige der Finanzpolizei und in der „Aufforderung zur Rechtfertigung“ der belangten Behörde vom 5. Dezember 2017 vorgeworfen wurde, die ggst. Räumlichkeiten gegen Entgelt zur Veranstaltung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt und es gibt auch keine Beweisergebnisse dafür, dass sie – wie im Straferkenntnis vorgeworfen – diese Glücksspielgeräte gegen Entgelt zur Veranstaltung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt hätte.

Die in sich inkonsistente Aussage der Mitarbeiterin des Lokals (vgl. „Lokalbetreiberin ist die x-Sportwetten“ vs. „S M ist Chef“ im Aktenvermerk vom 10.11.2017) ist nicht dazu geeignet, eine Inhaberschaft des vom Bf vertretenen Unternehmens zu den beschlagnahmten sechs Geräten mit einer für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit auch nur annährend zu begründen oder das anderslautende Beweisergebnis in Zweifel zu ziehen.
Selbst bei anderer Rechtsansicht ist festzuhalten, dass die „Aufforderung zur Rechtfertigung“ der belangten Behörde vom 5. Dezember 2017 wegen des Fehlens der Angabe des Tatortes den Mindestanforderungen einer Verfolgungshandlung nicht entspricht und zudem im Spruch des bekämpften Bescheides das tatbildende Verhalten iSd 4. Tatbildes des § 52 Abs. 1 GSpG ausgetauscht wurde (vgl. „Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt“ in der Aufforderung zur Rechtfertigung vs. „Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt“ im Strafbescheid). Wenn man zudem die oben angeführten Aussagen der Lokalmitarbeiterin bei Wahrheitsannahme als Grundlage heranziehen würde, wäre aber ein anderes Tatbild (3. Tatbild „Zugänglichmachen“) im gegenständlichen Strafbescheid vorzuwerfen gewesen. Eine solche Korrektur ist dem Verwaltungsgericht jedoch verwehrt.

„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. Juli 2005, 2004/06/0064; 13. Dezember 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, wenn es nicht zu einem "Austausch der Tat" durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH 17. 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 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs sei das Verwaltungsgericht unabhängig von der Verjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt (8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RZ 10).

Das Verwaltungsgericht ist insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend abzuändern, dass die vorgeworfene Tat „unternehmerisch Beteiligen“ durch einen anderen Tatvorwurf, etwa „Zugänglichmachen“ ausgetauscht wird.

Durch eine Korrektur durch das Verwaltungsgericht käme es zu einer unzulässigen Auswechslung der Tat, die dem Verwaltungsgericht verwehrt ist. Im Übrigen ist die Verfolgungsverjährungsfrist längst abgelaufen. Auch aus diesem Grund wäre das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben gewesen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass im Rahmen des Ermittlungsverfahrens eine Verbindung des vom Bf vertretenen Unternehmens zu den beschlagnahmten Geräten als Eigentümerin oder Inhaberin oder als Veranstalterin von Glücksspielen nicht feststellbar war. Damit kommt dem vom Bf vertretenen Unternehmen entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs keine Parteistellung zu. Es hat auch keine Parteirechte an den Geräten geltend gemacht und solche konnten im Verfahren auch nicht festgestellt werden. Ferner wurden in der Beschwerde keine weiteren Ausführungen bezüglich einer Parteistellung gemacht bzw. Beweise angeboten oder beantragt. Auch ergeben sich weder aus dem Behördenakt noch aus den sonstigen Unterlagen oder der Beschwerde Anhaltspunkte, wonach das vom Bf vertretene Unternehmen Parteistellung zu den Geräten innehätte.

Der Beschwerde war daher zumindest im Zweifel stattzugeben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

zu II. 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 Einstellung von Verwaltungsstrafen bei nicht ausreichenden Beweisen ab, noch fehlt es an einer solchen. 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. Brandstetter