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-413268/2/ZO/JHö

Datum:
Linz, 8. August 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des S R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 30.1.2019, GZ: VStV/918301794085/2018, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes

zu Recht:

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

II. Gegen diese Entscheidung ist keine Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Die LPD Oberösterreich hat mit dem angefochtenen Straferkenntnis über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von 8.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 80 Stunden) verhängt, weil er am 18.7.2018 um 11:16 Uhr in L im Lokal „H“ die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und sich dadurch an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt habe, dass er ein näher genanntes Glücksspielgerät im Lokal geduldet habe.

Dem Straferkenntnis liegt konkret folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben, wie am 18.07.2018 um 11:16 Uhr, in L im Lokal mit der Bezeichnung ‚H‘, Betreiber T H K-verein in OÖ, 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 der Gehäusebezeichnung

FA3) Gehäusebezeichnung Afric2go Seriennr.: x

zumindest seit 18.07.2019, im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiel in Form von elektronischem Glücksrad 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“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde wurde zusammengefasst vorgebracht, dass der Bf die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen habe sowie jedenfalls die verhängten Strafen überhöht seien und – falls tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliege – die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe vorliegen würden. Der Beschwerdeführer beantragte, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG beim Unionsrecht widerspreche.

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. Bereits aus diesem ergibt sich, dass der Beschwerde stattzugeben und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, weshalb eine öffentliche mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Beschwerdeführer ist das zur Vertretung nach außen berufene Organ der G s.r.o mit Sitz in B. Bei einer Kontrolle des Lokals mit der Bezeichnung „H“ in L am 18.7.2018 um 11:16 Uhr durch die Finanzpolizei, wurden in diesem Lokal ein Gerät mit der Gehäusebezeichnung „Afric2go“ vorgefunden, bei welchem es sich entsprechend der Anzeige um ein Glücksspielgerät handelte. Betreiber dieses Lokals ist der T H K-verein. Entsprechend der angeführten Anzeige hat die G s.r.o das Glücksspielgerät zur Verfügung gestellt um fortgesetzt Einnahmen aus den mit diesen Geräten veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen zu erzielen. Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der G s.r.o wurde zur Anzeige gebracht, weil er sich durch das Zurverfügungstellen des Glücksspielgerätes an der Veranstaltung von verbotenen Glücksspielen unternehmerisch beteiligt hat.

Die belangte Behörde hat den Beschwerdeführer mit dem oben angeführten Straferkenntnis bestraft, weil er sich dadurch an den verbotenen Glücksspielen unternehmerisch beteiligt habe, dass er die Räumlichkeiten im Standort L zur Verfügung gestellt und die Geräte im Lokal geduldet habe. Auch im gesamten sonstigen Verwaltungsstrafverfahren wurde der Tatvorwurf von der belangten Behörde immer gleichlautend formuliert.

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

5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis 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 § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.

5.2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 13.9.2016, Ra2016/03/0048 uva) wird der Bestimmung des § 44a Z 1 VStG aus Rechtschutzüberlegungen dann entsprochen, wenn dem Beschuldigten im Spruch des Strafbescheides die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen ist, dass er im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen und der Spruch geeignet ist, den Beschuldigten rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Dies bedeutet, dass die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat hinsichtlich aller Tatbestandselemente unverwechselbar konkretisiert vorgeworfen werden muss.

Das Landesverwaltungsgericht ist im Rechtsmittelverfahren berechtigt und verpflichtet, die rechtliche Qualifikation der verfolgten Tat gegebenenfalls richtigzustellen. Demnach ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung zulässig, wenn es nicht zu einem Austausch der Tat durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (Erkenntnis vom 27.2.2015, 2011/17/0131 ua).

Im gegenständlichen Straferkenntnis hat die belangte Behörde dem Beschwerdeführer das unternehmerische Beteiligen an verbotenen Ausspielungen, also einen Verstoß gegen das vierte Tatbild des § 52 Abs. 1 GSpG, vorgeworfen. Dieser Verstoß sei nach dem Spruch des Straferkenntnisses dadurch begangen worden, dass der Beschwerdeführer die Räumlichkeiten im Lokal „H“ für die Durchführung von verbotenen Ausspielungen zur Verfügung gestellt hat, indem er ein näher bezeichnetes Glücksspielgerät im Lokal geduldet hatte. Der Tatbestand der unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Glücksspielen kann grundsätzlich durch verschiedenste Handlungen erfüllt werden: Zum Beispiel dadurch, dass die für die Ausspielungen erforderlichen Geräte entgeltlich zur Verfügung gestellt werden, evtl. auch dadurch, dass die notwendigen Räumlichkeiten zur Durchführung von verbotenen Glücksspielen zur Verfügung gestellt werden. Es sind auch andere Verhaltensweisen denkbar, welche diesen Tatbestand erfüllen können. Es ist daher eine Konkretisierung jenes Verhaltens im Spruch des Straferkenntnisses notwendig, durch das der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Übertretung verwirklicht haben soll (Vgl VwGH vom 25.3.1994, 93/02/0324 ua).

Aus dem gegenständlichen Verfahrensakt ergeben sich keine Hinweise, dass der Beschuldigte bzw. das von ihm vertretene Unternehmen die Verfügungsmacht über die Räumlichkeiten des Lokales „H“ hatte, weshalb auch nicht ersichtlich ist, wie der Beschuldigte diese Räume zur Durchführung von Glücksspielen hätte zur Verfügung stellen können. In der das Verfahren auslösenden Anzeige war ihm auch nicht dieses Verhalten vorgeworfen worden, sondern der Umstand, dass er ein für die Durchführung der Glücksspiele erforderliches Gerät zur Verfügung gestellt

hätte. Dabei handelt es sich jedoch um ein anderes Verhalten als jenes, für welches der Beschwerdeführer bestraft wurde, weshalb das Straferkenntnis aufzuheben war.

Eine Auswechslung des Tatvorwurfes durch das Landesverwaltungsgericht dahingehend, dass der Beschwerdeführer die entsprechenden Geräte zur Verfügung gestellt und sich dadurch unternehmerisch an der Durchführung von verbotenen Ausspielungen beteiligt habe, ist nicht zulässig, weil es dadurch zu einem „Austausch der Tat“ käme. Bezüglich dieses Sachverhaltes ist innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährung auch keine ausreichend konkrete Verfolgungshandlung gesetzt worden, weshalb das Verfahren einzustellen war.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im Straferkenntnis zwar § 9 Abs. 1 VStG zitiert, jedoch nicht angeführt ist, welcher juristischen Person die Übertretung zugeordnet wird und welche Funktion der Bf in dieser hat.

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 dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 44a Z. 1 VStG 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

Mag. Zöbl