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-414022/4/JS

Datum:
Linz, 1. Oktober 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über die Beschwerde des M K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, vom 13.9.2021 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 16.8.2021, GZ: BHKI/921090005592/21, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes

zu Recht:

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

1. Wesentlicher Verfahrensgang:

1.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 16.8.2021 wurde dem Beschwerdeführer (zusammengefasst) vorgeworfen, es seien am 25.2.2021 um 12:00 Uhr im von der X GmbH betriebenen Lokal „K S P“ (Adresse: x, x; in der Folge „Lokal“) verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) mit zwei Glücksspielautomaten (Seriennummern: D und D) durchgeführt worden. Der Beschwerdeführer habe es in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der X GmbH zu verantworten, dass sich dieses Unternehmen am Glücksspiel beteiligt habe, indem es am 7.9.2020 diese beiden Glücksspielautomaten gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt habe, um damit fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG verletzt und wurden über ihn wegen dieser Verwaltungsübertretungen zwei Geldstrafen von jeweils 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: je 2 Tage 8 Stunden) gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verhängt.

Nach der Begründung des Straferkenntnisses habe die belangte Behörde aufgrund der Anzeige des Amtes für Betrugsbekämpfung vom März 2021 ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts der unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG gegen den Beschwerdeführer eingeleitet. Nach der Anzeige seien am 18.9.2020 um 15:30 Uhr von einer Anzeigerin (O O M GmbH) elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit im Lokal vorgefunden worden. Die X GmbH habe in der Zeit von 7.9.2020 bis 18.9.2020 die Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt. Der festgestellte Sachverhalt stütze sich auf die in der Anzeige übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle am 18.9.2020.

1.2. Dagegen richtet sich die verfahrensgegenständliche Beschwerde des Beschwerdeführers vom 13.9.2021.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stellt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt fest:

2.1. Der Beschwerdeführer vertritt als handelsrechtlicher Geschäftsführer seit 29.4.2019 selbstständig die X GmbH (FN x m).

2.2. Am 7.9.2020 gegen 17:00 Uhr stellte die CSC-Competence Service Center GmbH im Auftrag der X GmbH zwei Spielautomaten (Seriennummern: x und x) im Lokal auf.

2.3. Mit E-Mail vom 6.11.2020 zeigte die O O M GmbH dem Amt für Betrugsbekämpfung an, dass nach dem beigelegten Besuchsprotokoll vom

18.9.2020 um 15:30 Uhr zwei Geräte für verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG im Lokal angeboten wurden.
2.4. Es kann nicht festgestellt werden, dass sich am 25.2.2021 Glücksspielautomaten im Lokal befanden.

3. Beweiswürdigung:
3.1. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde.
3.2. Zu den Feststellungen im Einzelnen:
3.2.1. Die Geschäftsführereigenschaft des Beschwerdeführers (Punkt 2.1.) gründet auf dem Auszug aus dem Firmenbuch im Verfahrensakt.
3.2.2. Die Feststellungen zu Punkt 2.2. gründen auf der Sachverhaltsdarstellung der Polizeiinspektion x vom 7.9.2020, die einen Servicetechniker der CSC-Competence Service Center GmbH beim Aufstellen der beiden Spielgeräte im Lokal antreffen konnte. Der Serviceauftrag der X GmbH und die mit Seriennummern individualisierten Spielgeräte wurden dabei durch Lichtbilder nachvollziehbar dokumentiert.
3.2.3. Die Feststellungen zu Punkt 2.3. gründen auf dem erwähnten E-Mail der O O M GmbH im Verfahrensakt der belangten Behörde.
3.2.4. Aus dem gesamten Verfahrensakt ergibt sich kein Hinweis, dass sich zur vorgeworfenen Tatzeit (25.2.2021, 12:00 Uhr) im Lokal Glücksspielautomaten befanden: So fand an diesem Tag – gleich dem 18.9.2020 – keine Kontrolle des Lokals durch Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 50 Abs. 2 GSpG statt. Es wurde das Lokal auch nicht von der Anzeigerin oder einem Dritten nachweislich besucht. Auch die belangte Behörde konnte im Rahmen des Parteiengehörs nicht mehr nachträglich eruieren, weshalb dem Straferkenntnis diese Tatzeit zugrunde liegt. Die Durchführung einer verbotenen Ausspielung mit Glücksspielautomaten zur Tatzeit lässt sich daher nicht feststellen (Punkt 2.4.).
3.2.5. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) entfallen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:
4.1. Gemäß § 50 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in der Sache selbst zu entscheiden. "Sache" des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen, unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl. VwGH 17.4.2020, Ra 2019/04/0110).
4.2. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz (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. Die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens nach § 45 Abs. 1 VStG hat dabei durch das Verwaltungsgericht gemäß § 50 VwGVG in Form eines Erkenntnisses zu ergehen, weil mit der Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens über die Beschwerde "in der Sache selbst" entschieden wird (vgl. VwGH 21.8.2017, Ra 2016/08/0119).

4.3. Es kann vom Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt worden, dass sich zur Tatzeit Glücksspielautomaten im Lokal befanden. Damit steht aber auch nicht fest, dass sich die X GmbH an zur Tatzeit durchgeführten verbotenen Ausspielungen im Lokal beteiligte, indem es Glücksspielautomaten zur Verfügung stellte. Dieser Tatvorwurf gegen den Beschwerdeführer als handelsrechtlichen Geschäftsführer der X GmbH, der „Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG ist, geht damit ins Leere. Eine Änderung des Tatvorwurfs ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unzulässig (vgl. VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0184; *Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG[2] § 50 VwGVG Rz 3 [Stand 1.5.2017, rdb.at]). Das Straferkenntnis ist daher aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

4.4. Der bloßen Vollständigkeit halber wird auf die Bestimmung des § 50 Abs. 2 GSpG hingewiesen, wonach sich die belangte Behörde der Mitwirkung der Organe der öffentlichen Aufsicht bedienen kann, um die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes im Lokal zu überwachen.

5. 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 solchen Rechtsprechung (vgl. die dazu zitierte Judikatur des VwGH). 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. Steinschnack