LVwG
OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411390/8/KH/SM

Datum:
Linz, 26. April 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde von R.W., geb. x, X, T., vertreten durch RA Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 16. Februar 2016, GZ: Sich96-200/11-2014, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und die Einstellung des Strafverfahrens verfügt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu den Kosten des Behördenverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 16. Februar 2016, GZ: Sich96-200/11-2014, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in der Höhe von 3.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden verhängt, weil sie es als ständige Vertreterin der G. s.r.o. mit Sitz in x B., X (S.R.) in Österreich zu verantworten habe, dass sich dieses Unternehmen an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von 1. März 2014 bis 15. April 2014 im Lokal „G.K.“, X, N., unter Verwendung von einem näher konkretisiertem Glücksspielgerät unternehmerisch beteiligt habe.

Die Bf habe dadurch Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 (4. Tatbild) iVm § 2 Abs. 2 und 4 sowie § 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. Nr. 105/2014 begangen, weshalb über sie eine Geldstrafe von 3.000 Euro (EFS 34 Stunden) gemäß § 9 VStG iVm § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild und Abs. 2 GSpG verhängt wurde.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen hätte nicht nachgewiesen werden können, insbesondere habe keine entsprechende Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vorgelegen. Das von der Bf vertretene Unternehmen sei Eigentümer des Glücksspielgerätes und habe sich durch dessen Zurverfügungstellung an den Glücksspielveranstalter gegen Entgelt an den verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt.

2. Mit Schreiben vom 8. März 2016 erhob die Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe, beantragt wurden.

Begründend führte die Bf zusammengefasst aus, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorlägen, dass die belangte Behörde überdies unzuständig gewesen sei, dass im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten sei, dass keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet worden seien und daher die Strafe zu hoch bemessen worden sei. Generell wird in der Beschwerde mit Verweis auf die Rechtsprechung der österreichischen

Höchstgerichte sowie dem EuGH die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 13. April 2016 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 57/2016 am 12. Juli 2016, ausgesprochen, dass bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Beschwerden im Sinne des § 86a Abs. 1 VfGG anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind. Gemäß § 86a Abs. 3 VfGG durften daher vom Verwaltungsgericht in Rechtssachen, welche die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen §§ 52 bis 54 GSpG - anzuwenden und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen hatten, nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden konnten oder die die Frage nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten. Im Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 91/2016 am 3. November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsanschauung zusammengefasst, womit die oben genannten Wirkungen gemäß § 86a Abs. 3 VfGG geendet haben und das Verfahren fortzuführen war.

5. Mit Schreiben vom 30. November 2016 legte die Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken gegen das österreichische Glücksspielmonopol und den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit samt einem Konvolut an Beilagen vor.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere die GSp26-Formulare, die Fotodokumentation und die Niederschrift der Finanzpolizei über die Vernehmung von T.N., eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme des BMF vom 1. Juli 2015 betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols samt Glücksspielbericht 2010-2013, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 2016, in der der Zeuge P.H. einvernommen wurde.

7. Bei der mündlichen Verhandlung brachte der Rechtsvertreter der Bf ergänzend vor, dass seitens des Landesgerichtes Korneuburg am 14.11.2016 sowie des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich am 16.11.2016 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt worden sei, und beantragte die Aussetzung des Verfahrens.
Darüber hinaus sei zuletzt mit Erkenntnis des LVwG Oö. vom 08.08.2016 zu GZ: LVwG-411506/5/Gf/Mu die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes festgestellt worden. Auch der OGH habe in seinem Beschluss vom 30.03.2016 zu 4 Ob 31/16m die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes festgestellt und habe sich der VfGH seinerseits in seinem Beschluss zu G103-104/2016 mit dieser Problematik inhaltlich nicht auseinandergesetzt.
Weiters sprach er sich gegen die Verwertung der von Amts wegen beigezogenen Unterlagen aus, da diese ausschließlich für die Bf nachteilige Bestimmungen enthielten. Darüber hinaus werde starr von einer Zahl von 64.000 Glücksspielsüchtigen ausgegangen. Dies beruhe jedoch auf keiner verwertbaren Erhebung, sondern es sei lediglich eine Telefonumfrage gestartet worden, in welcher 68 Personen dies angaben, dies noch dazu subjektiv sowie auf Basis von keinesfalls präzisen sowie kaum objektivierbaren Kriterien.

8. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Am 15. April 2014 führten Organe der Finanzpolizei um 14:40 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im „G.K." in N., X durch. Betreiber des Lokals ist Herr T.N.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurde im Lokal das folgende, im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen:

FA-Geräte-Nr.	*Gehäusebezeichnung*	*Seriennummer*	*Typen-bezeichnung*	*Versiegelungsplaketten Nr.*
FA-01	*KAJOT*	*x*	*Auftragsterminal*	*A049249-A049254*

Das in Rede stehende Gerät war zwecks nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze an dem Gerät geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb des Geräts war nicht vorhanden.

Die G. s.r.o. mit Sitz in x B., X, ist Eigentümerin des in Rede stehenden Geräts. Die G. s.r.o. ist eine s. s.r.o., sohin eine mit der österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft. Sie verfügt über eine Zweigniederlassung in Österreich, X, W. Die Bf ist seit 25.03.2014 ständige Vertreterin der G. s.r.o. in Österreich.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele auf dem Gerät durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	*Ring of Fire XL*	*0,20 Euro*	*max. 20 Euro + 34 Super Games*
1	*Ring of Fire XL*	*5,00 Euro*	*max. 20 Euro + 898 Super Games*

Der Spielablauf des virtuellen Walzenspiels mit vorgeschaltetem Würfelspiel am angeführten Gerät stellte sich wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Durch Betätigung einer mechanischen oder virtuellen Bildschirmtaste konnte eine Einsatzsteigerung erfolgen. Ab einem gewählten Spieleinsatz von 50 Cent konnte durch fortgesetzte Bedienung dieser Taste der Einsatz in Stufen weiter bis zum programmbedingt höchst möglichen Einsatz gesteigert werden. Wurde der Einsatz über einen Betrag von 50 Cent hinaus erhöht, wurden mit jeder Tastenbetätigung in einem der kleinen, nebeneinander angeordneten Felder in unmittelbarer Nähe des Einsatzbetragsfeldes (links unten am unteren Bildschirm) am Bildschirm „Augen“ bis zu einer bestimmten Höchstanzahl eingeblendet. Nach der „Augendarstellung“ bewirkte die weitere Tastenbedienung das Einblenden eines oder mehrerer Symbole. Damit wurde dem Spieler verschlüsselt der ausgewählte Einsatzwert angezeigt. Wurde ein solcherart verschlüsselter Einsatz von mehr als 50 Cent vorgewählt, musste die Start-Taste so lange wiederholt

hintereinander betätigt werden, bis der vorgewählte Einsatzbetrag in mehreren Teileinsatzbeträgen vollständig vom Spielguthaben abgezogen worden war, um das Spiel sodann auszulösen. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages wurden auch sämtliche Werte im zugehörigen Gewinnplan erhöht. Auf dieses „vorgeschaltete Würfelspiel“ konnte nicht verzichtet werden, wenn um entsprechend hohe in Aussicht gestellte Gewinne gespielt werden soll. Dieses „Würfelspiel“ konnte auch nicht gesondert für sich alleine ausgewählt und zur Durchführung aufgerufen werden. Es beeinflusste das Spiel nur insofern, als die Einsatzhöhe damit gesteigert werden konnte.

II.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk zur gegenständlichen Kontrolle, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschrift über die Einvernahme von T.N. und den deutlichen, im Akt einliegenden Fotos. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen. Die Feststellungen zum Spielverlauf gründen sich zudem auch auf die glaubwürdige und schlüssige Aussage des Zeugen P.H. in der mündlichen Verhandlung.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Geräts eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre.

Dass das verfahrensgegenständliche Gerät am 15. April 2014 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere aus dem Formular „GSp26“ aus dem hervorgeht, dass das Gerät bei Kontrollbeginn mit dem Spiel „Simply Gold“ bespielt wurde, sowie aus den eindeutigen Lichtbildern in der Fotobeilage.

Dass der Lokalbesitzer oder das Unternehmen der Bf als Eigentümerin des Geräts, im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät gewesen wären oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF x nicht entnehmbar.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich einerseits aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle samt den von der Finanzpolizei durchgeführten Probespielen und andererseits aus der glaubwürdigen Aussage des Zeugen H., der schlüssig darlegte, dass standardmäßig im Rahmen der Kontrolle immer alle Tastenkombinationen betätigt werden, jedoch keine Einflussnahme möglich war. Außerdem führte er aus, dass es sich bei den auf den Fotos in der Fotodokumentation der Finanzpolizei angegebenen zwei „x“ links unten am unteren Bildschirm um zwei Würfel handle, die sich je nach Erhöhung des Einsatzes verändern würden. Diese würden das Spiel jedoch nur insoweit beeinflussen, als die Einsatzhöhe damit gesteigert werden könne, was in der Folge auch am oben angezeigten Gewinnplan ersichtlich sei. Für das erkennende Gericht ergibt sich daher aus dem beschriebenen Spielverlauf kein Umstand, der eine besondere Geschicklichkeit für die Bespielung des Geräts notwendig machen würde.
Die beschriebene Funktionsweise des Gerätes stimmt zudem im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in zahlreichen anderen veröffentlichten Entscheidungen zu virtuellen Walzenspielgeräten überein, sodass kein Zweifel an den diesbezüglichen Ausführungen der Finanzpolizei und insbesondere des Zeugen H. besteht.

Dass die Bf seit 25.03.2014 und somit zur Tatzeit (25.03.2014 bis 15.04.2014) ständige Vertreterin der G. s.r.o. in Österreich war, ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug. Dass dieses Unternehmen Eigentümerin des gegenständlichen Geräts ist, wurde im Beschlagnahmeverfahren, insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht, ermittelt.

III. 1. 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.

2. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der 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 [...] zu verhängen.

Gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 33/2013, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Die für den vorliegenden Fall relevante Bestimmung des § 107 GmbHG lautet auszugsweise wie folgt:

„Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland

(1) Liegt der Sitz einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Ausland, so ist die Gesellschaft durch die Geschäftsführer zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden, wenn sie eine inländische Zweigniederlassung hat.

(2) Gesellschaften, deren Personalstatut nicht das Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über die Schaffung eines Europäischen Wirtschaftsraumes, BGBl. Nr. 909/1993, ist, haben für den gesamten Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung mindestens eine Person zu bestellen, die zur ständigen gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft befugt ist und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat; eine Beschränkung des Umfangs ihrer Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam. Die Vertretungsbefugnis kann jedoch an mehrere Personen gemeinschaftlich erteilt werden (Gesamtvertretung). Gesellschaften, deren Personalstatut das Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums ist, können einen solchen ständigen Vertreter bestellen.
[...]“

3. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die G. s.r.o. als Eigentümerin des Geräts dieses gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, sich somit unternehmerisch an Ausspielungen beteiligt und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG erfüllt. Fraglich ist jedoch, ob die Bf als ständige Vertreterin der G. s.r.o. in Österreich zur Vertretung nach außen berufen und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist:

§ 9 VStG regelt die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit bei Tatbegehung im Bereich juristischer Personen und eingetragener Personengesellschaften. Nach der – subsidiären („sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen“) – Grundregel des Abs. 1 ist in einem solchen Fall verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, wer „zur Vertretung nach außen

berufen ist“. Primär in die Pflicht genommen werden daher die statutarischen Vertretungsorgane der jeweiligen juristischen Person (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 VStG Rz 1).

Laut dem mit den Verfahrensakten vorgelegten Firmenbuchauszug ist die Bf seit 25.03.2014 ständige Vertreterin der G. s.r.o. mit Sitz in B., S.R., und Zweigniederlassung in W., Oberösterreich. Sie ist allerdings erst seit 03.12.2014 handelsrechtliche Geschäftsführerin. Daraus folgt, dass die Bf zur Tatzeit (25.03.2104 bis 15.04.2014) zwar als ständige Vertreterin der G. s.r.o. tätig war, nicht jedoch als deren handelsrechtliche Geschäftsführerin (dies erst ab 03.12.2014).

§ 107 Abs. 2 GmbHG sieht für Gesellschaften, deren Personalstatut nicht das Recht eines EWR-Mitgliedstaates ist, vor, dass für den Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung eine unbeschränkt zur ständigen gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung befugte Person, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, zu bestellen ist. Gesellschaften, deren Personalstatut das Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums ist, können einen solchen Vertreter freiwillig bestellen.
Anwendungsvoraussetzung für § 107 GmbHG ist daher das Vorliegen einer Gesellschaft mit (Satzungs-)Sitz im Ausland, die mit einer inländischen GmbH vergleichbar ist (vgl. *Ratka* in *Straube*, WK GmbHG § 114, Rz 50f mwN). Die s. „S. (s. r. o.)“ stellt eine derartige GmbH-äquivalente Gesellschaft dar (vgl. *Ratka* aaO, Rz 55). Im vorliegenden Fall wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, für die Zweigniederlassung in Österreich freiwillig einen ständigen Vertreter – nämlich die Bf – zu bestellen.

Die Stellung des ständigen Vertreters iSd § 107 GmbHG entspricht inhaltlich jener einer Filialprokura zuzüglich Liegenschaftsklausel (§ 49 UGB), auch wenn eine solche formell nicht erteilt wurde (*Ratka* aaO, Rz 71; *Brugger* in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG (2014), § 107, Rz 51; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz3, §§ 107, 112-114, Rz 10a).

Seine Bestellung erfolgt durch einen Bestellungsakt der ausländischen Gesellschaft. Durch den Bestellungsakt zu einem ständigen Vertreter wird dieser nicht zum Organ der Gesellschaft, sondern zum rechtsgeschäftlichen Vertreter (vgl. *Ratka* aaO Rz 72; *Brugger* in *Gruber-Harrer* (Hrsg), GmbHG, § 107, Rz 50).
Als rechtsgeschäftlicher Vertreter haftet dieser nicht - wie ein organschaftlicher Vertreter - gemäß § 9 VStG (vgl. dazu jüngst VwGH, 16.03.2016, Zl. Ra 2014/05/0002 mwN; 29.03.2000, Zl. 96/08/0268 und Zl. 97/08/0083).

Die von der belangten Behörde vertretene Ansicht, die Bf sei als ständige Vertreterin iSd § 107 Abs. 2 GmbHG gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Tatzeit zur

Vertretung nach außen berufen gewesen, trifft daher mangels einer Organstellung in der Gesellschaft nicht zu. Ihre Bestrafung erfolgte daher zu Unrecht.

4. Der angefochtene Bescheid war daher zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 iVm § 38 VwGVG einzustellen.

5. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG hat die Bf keine Beiträge zu den Kosten des Behörden- bzw. Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Die Entscheidung weicht insbesondere nicht von der bisherigen – in den Entscheidungsgründen zitierten – Rsp des VwGH ab, wonach bloß rechtsgeschäftliche Vertreter etwa nach § 107 GmbHG und § 254 Abs. 2 AktG nicht gemäß § 9 VStG haften (vgl. insb. VwGH 16.03.2016, Ra 2014/05/0002).

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr 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.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Hörzing