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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-412495/6/GS/BBa

Datum:
Linz, 29. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des Finanzamtes Grieskirchen W, x, gegen den Einstellungsbescheid der Landespolizeidirektion Oö. vom 13. November 2017, GZ: VStV/917301027752/2017, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem Glücksspielgesetz (mitbeteiligte Partei: R W, geb. x, F) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. März 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. 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. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) warf Frau R W (im Folgenden: mitbeteiligte Partei oder Beschuldigte) mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26. Juli 2017 folgende Verwaltungsübertretung vor und räumte ihr die Möglichkeit ein, sich zu rechtfertigen:

„Sie haben, wie am 02.06.2017 zwischen 13.48 Uhr und 15.05 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes G-W festgestellt wurde, seit 01.06.2017 bis 02.06.2017 in W, A, Lokal ‚K', als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. ‚M GmbH' zu verantworten, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie folgende Glücksspielgeräte mit der Bezeichnung

1. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076076,
2. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076077,
3. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076078,
4. (keine Bezeichnung), Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076079,
5. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076073,
6. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076074,
7. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076072,

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 01.06.2017 bis 02.06.2017 die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendigen Gegenstände gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, [...].

Verwaltungsübertretungen nach §
§ 9 VStG i.V.m. § 52 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1, 2 und 4 i.V.m § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F."

Mit Schreiben vom selben Tag und der selben GZ (jeweils VStV/917301027752/2017) wurde der mitbeteiligten Partei weiters die Aufforderung zur Rechtfertigung hinsichtlich einer weiteren Verwaltungsübertretung zugesandt, die in den wesentlichen Passagen wie folgt lautete:

„Sie haben, wie am 02.06.2017 zwischen 13.48 Uhr und 15.05 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-W festgestellt wurde, seit 01.06.2017 bis 02.06.2017 in W, A, Lokal ‚K', als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. ‚M GmbH' zu

verantworten, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie für den Betrieb folgender Glücksspielgeräte mit der Bezeichnung

1. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076076,
2. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076077,
3. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076078,
4. (keine Bezeichnung), Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076079,
5. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076073,
6. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076074,
7. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076072,

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 01.06.2017 bis 02.06.2017 das für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendige Personal, Frau M M; die diese Glücksspielgeräte betreut hat, gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, [...].

Verwaltungsübertretungen nach §
§ 9 VStG i.V.m. § 52 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1, 2 und 4 i.V.m § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.“

I.2. Die rechtsfreundlich vertretene mitbeteiligte Partei brachte im Hinblick auf die beiden Schreiben am 23. August 2017 bzw. 28. August 2017 zwei wortwörtlich idente schriftliche Rechtfertigungen ein. Darin bestreitet sie, dass sie die Verwaltungsübertretung begangen habe bzw. durch ihr Verhalten einen Straftatbestand gesetzt habe und stellt den Antrag auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens. Inhaltlich wird im Wesentlichen auf die Unionsrechtswidrigkeit der Norm verwiesen und die „Funktionsweise der beschlagnahmten Terminals“ in Frage gestellt, dazu Beweisfragen formuliert bzw. der Beweisantrag auf Einholung eines diesbezüglichen Sachverständigengutachtens gestellt.

I.3. Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 13. November 2017, GZ: VStV/917301027752/2017, wurde „das gegen die Beschuldigte mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26. Juli 2017 eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt.

Aus der Begründung des Bescheides geht hervor, dass es sich um die mit Schreiben vom 26. Juli 2017 angelastete Verwaltungsübertretung hinsichtlich des für die Durchführung von Glücksspielen notwendigen Personals zur Verfügung Stellens handelt. Es wird darauf hingewiesen, dass mit Schreiben vom 5. Oktober 2017 der Bf die beabsichtigte Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens mitgeteilt worden sei, „*weil die Beschuldigte von der Landespolizeidirektion Oberösterreich – Polizeikommissariat W unter dem AZ: VStV/917301075316/2017 ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung*

nach § 52 Abs. 1 Zi. 1 GSpG (‚als Unternehmer beteiligt – Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt') geführt wird," [Hervorheb. nicht im Original, Anm.]. Die Bf habe aber keine Stellungnahme zur beabsichtigten Einstellung abgegeben. Die Firma M GmbH habe der Firma F GmbH gegen Entgelt Personal überlassen, welches von dieser eingesetzt worden sei, um die gegenständlichen Glücksspielgeräte unternehmerisch zugänglich zu machen. Es sei somit erwiesen, dass das Personal von der Firma M GmbH zur Verfügung gestellt wurde und nicht weiter überprüfbar war, wie die Firma F GmbH dieses einsetzt. Es sei aufgrund dieses Sachverhalts nicht zweifelsfrei erwiesen, dass die Beschuldigte es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der Fa. M GmbH vorsätzlich oder fahrlässig zu verantworten habe, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmer in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen beteiligt und daraus Einnahmen erzielt habe. Gegen die Beschuldigte würde „*unter dem AZ: VStV/917301075316/2017 ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung nach § 52 Abs. 1 Zi 1 GSpG (‚als Unternehmer beteiligt)"* geführt, weil sie *„als Verantwortliche der Firma G die gegenständlichen Glücksspielgeräte"* zur gleichen Tatzeit und zum gleichen Tatort zur Verfügung gestellt hat. Das Kumulationsprinzip gemäß § 22 VStG könne in diesem Fall nicht angewendet werden. Im gegenständlichen Fall liege eine unechte beziehungsweise scheinbare Idealkonkurrenz in Form der Konsumption vor, weil die Verwirklichung des Tatbestandes als „als Unternehmer beteiligt (Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt)" zwingend auch den Tatbestand „als Unternehmer beteiligt (Personal zur Verfügung gestellt)" nach sich zieht.

I.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde des Finanzamtes Grieskirchen W (im Folgenden: Beschwerdeführerin, Bf) vom 27. November 2017, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Aussprache einer Bestrafung beantragt werden.

Darin wird im Wesentlichen vorgebracht, dass bezogen auf die verschiedenen Gesellschaften („G" und „M GmbH"), welche die Beschuldigte nach außen vertrete, unterschiedliche strafbare Handlungen zu den jeweiligen Anzeigen führten. Aus den Tätigkeiten (Eigentümerschaft bezogen auf die GSp-Automaten sowie „Personalüberlassung") würden die beiden Unternehmen jeweils unabhängig voneinander Einnahmen lukrieren. Es sei in diesem Fall von keiner „Identität des Beschuldigten" auszugehen; die Beschuldigte habe jeweils für ein unterschiedliches deliktisches Verhalten einzustehen.

I.5. Die belangte Behörde legte die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 28. November 2017, eingelangt am 29. November 2017, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.6. Zu der für 14. März 2018 anberaumten Verhandlung legte die mitbeteiligte Partei mit E-Mail vom gleichen Tag mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilagen vor.

Darin führt sie – auf das Wesentliche zusammengefasst – aus, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Diesbezüglich formulierte sie neun Vorfragen, die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betreffend, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf drei beim EuGH anhängige Verfahren mit identem Sachverhalt beantragt die mitbeteiligte Partei weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem bringt sie vor, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragte diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die mitbeteiligte Partei geht trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Ihrer Ansicht nach liegt kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitiert sie verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

Abschließend wurde im E-Mail die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet Glücks- und Geschicklichkeitsspiele und die Vernehmung diverser Zeugen beantragt sowie dem Mail ein Konvolut an Beilagen (Urteil des BG W vom 17. März 2015, GZ: 8 C 673/14g-17; Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24. Mai 2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung; Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31. Mai 2017) angehängt

I.7. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 14. März 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der ein Vertreter der Bf sowie der mitbeteiligten Partei erschienen sind. Die belangte Behörde ließ sich entschuldigen.

Die anwesenden Parteienvertreter konnten in der mündlichen Verhandlung ihre rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun, sowie bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts mitwirken.

II. Beweise, Beweiswürdigung, Sachverhalt

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt (insbesondere in den im Akt einliegenden Firmenbuchauszug), und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte. Der unter Punkt II.2. festgestellte Sachverhalt ergab sich daraus vollständig und widerspruchsfrei.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

II.2.1. Die mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26. Juli 2017 der mitbeteiligten Partei vorgeworfene Tat lautete auszugsweise wie folgt:

„Sie haben, wie am 02.06.2017 zwischen 13.48 Uhr und 15.05 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-W festgestellt wurde, seit 01.06.2017 bis 02.06.2017 in W, A, Lokal ‚K', als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. ‚M GmbH' zu verantworten, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie für den Betrieb folgender Glücksspielgeräte mit der Bezeichnung

1. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076076,
2. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076077,
3. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076078,
4. (keine Bezeichnung), Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076079,
5. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076073,
6. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076074,
7. K, Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr.: A076072,

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 01.06.2017 bis 02.06.2017 das für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendige Personal, Frau M M; die diese Glücksspielgeräte betreut hat, gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, [...].

Verwaltungsübertretungen nach §
§ 9 VStG i.V.m. § 52 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1, 2 und 4 i.V.m § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F."

II.2.2. Die mitbeteiligte Partei ist die (einzige) handelsrechtliche Geschäftsführerin der M GmbH und vertritt diese seit 15. Juni 2017 selbständig. Die M GmbH ist eine nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaft mit Sitz in Österreich (F-F-Straße x, W). Sie wurde per 15. Juni 2017 ins Firmenbuch eingetragen.

III. Rechtliche Beurteilung

Eine GmbH entsteht gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG mit Eintragung in das Firmenbuch "als konstitutiver Akt" mit dem Zeitpunkt der Eintragung als juristische Person und erlangt damit volle Rechtspersönlichkeit (vgl. etwa VwGH 26.01.1996, 95/02/0243). Vor der Eintragung in das Firmenbuch besteht die Gesellschaft als solche nicht. Im gegenständlichen Fall wurde die M GmbH per 15. Juni 2017 in das Firmenbuch eingetragen und ist somit an diesem Tag entstanden. Die mitbeteiligte Partei vertritt seit diesem Zeitpunkt die M GmbH als handelsrechtliche Geschäftsführerin.

Der in der Aufforderung zur Rechtfertigung angegebene Tatzeitraum betrifft einen Zeitraum vor dem 15. Juni 2017 (konkret „seit zumindest 01.06.2017 bis 02.06.2017“). Die Regelung des § 9 Abs. 1 VStG setzt die rechtliche Existenz der betreffenden juristischen Person (eingetragenen Personengesellschaft) voraus. Strafbar ist ein von § 9 Abs. 1 VStG erfasstes außenvertretungsbefugtes Organ einer existenten juristischen Person aber auch nur dann, wenn dieses im Zeitpunkt der Tatbegehung die betreffende Funktion auch innehatte. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war die mitbeteiligte Partei noch nicht handelsrechtliche Geschäftsführerin und die von ihr nun vertretene Gesellschaft noch nicht rechtlich existent, weshalb eine Bestrafung der mitbeteiligten Partei als strafrechtlich Verantwortliche für eine noch nicht existente Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 1 VStG nicht in Frage kommt.

Die von der belangten Behörde verfügte Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 VStG war somit aus diesem Grunde rechtmäßig. Auf die übrigen Argumente war nicht weiter einzugehen.

Da die Verwaltungsbehörde keine Strafe verhängt hat und auch kein Straferkenntnis bestätigt wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG keine Verfahrenskosten vorzuschreiben.

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 nicht von der Rsp des VwGH zur Verantwortlichkeit der außenvertretungsbefugten Organe ab.

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 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.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger