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-412875/9/Wei

Datum: Linz, 16. Oktober 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des W M, T, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. April 2018, GZ: VStV/918300204259/2018, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Juni 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens 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

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 12. April 2018, GZ: VStV/918300204259/2018, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) Geldstrafen von 8.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 80 Stunden) wegen Übertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG mit zwölf Glücksspielgeräten verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 9.600 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 30.01.2018 um 14:50 Uhr, in L im Lokal mit der Bezeichnung ‚S', Betreiberin A G GmbH, von Organen des Finanzamtes Linz, anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, als das zur Vertretung nach außen zur Vertretung berufene Organ zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen mit folgenden im Eigentum der B T s.r.o. stehenden Glücksspielgeräten veranstaltet:

FA 1),	Gehäusebezeichnung,	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 2),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 3),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 4),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 5),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 6),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 7),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: XX
FA 8),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: XX
FA 9),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: XX
FA 10),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: XX
FA 11),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: XX
FA 12),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: XX

mit welchen zumindest seit 30.01.2018, wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen 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."

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 9. Mai 2018, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung bzw die Herabsetzung der Strafe beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würden. Überdies sei die belangte Behörde unzuständig gewesen. Auch sei im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten und wären keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend

gewertet und daher die Strafe zu hoch bemessen worden. Darüber hinaus wird ausführlich die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 17. Mai 2018 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Juni 2018 und Einsichtnahme in das elektronische tschechische Handelsregister (Firmenbuch) zur GZ. C des Kreisgerichts B

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S a c h v e r h a l t steht fest:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 30. Jänner 2018 im Lokal mit der Bezeichnung *„S“* in L durchgeführten Kontrolle wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt:

FA 1),	Gehäusebezeichnung,	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 2),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 3),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 4),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 5),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 6),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 7),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot‘	Seriennr.: XX
FA 8),	Gehäusebezeichnung	‚keine‘	Seriennr.: XX
FA 9),	Gehäusebezeichnung	‚keine‘	Seriennr.: XX
FA 10),	Gehäusebezeichnung	‚keine‘	Seriennr.: XX
FA 11),	Gehäusebezeichnung	‚keine‘	Seriennr.: XX
FA 12),	Gehäusebezeichnung	‚keine‘	Seriennr.: XX

Betreiberin des Lokals mit der Bezeichnung *„S“* in L ist die A G GmbH mit Sitz in L.

Die B T s.r.o. ist Eigentümerin der Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12. Diese ist eine GmbH nach tschechischem Recht mit Sitz in S 28, Ž B. Der Bf war von 31. März 2017 bis 18. September 2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war der Bf nicht (mehr) handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verfahrensakt sowie dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und den betriebsbereit vorgefundenen Geräten in einem öffentlich zugänglichen Bereich gründen vor allem auf der Bescheinigung der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation und der Zeugen in der mündlichen Verhandlung.

Die Feststellungen zum Eigentumsverhältnis ergeben sich aus dem Akt und wurden auch nicht bestritten. Die Feststellungen zur B T s.r.o. und zum Bf ergeben sich aus dem elektronischen tschechischen Handelsregister (entspricht Firmenbuch) zu GZ. C 99308 des Kreisgerichts B (vgl ON 8: vollständiger Auszug mit gültigen - auch historischen - Daten zum 27. August 2018).

III. Rechtsvorschriften im GSpG

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016, begeht 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, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

§ 52 Abs 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Gemäß § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit iSd § 9 Abs 1 VStG

Nach § 9 Abs 1 VStG 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.

Wer zur Vertretung nach außen berufen ist, ergibt sich aus dem Organisationsrecht (Statuten, Gesellschaftsvertrag) der juristischen Person im Zusammenhang mit einem - gebenenfalls gesonderten - Bestellungsakt. Das Vertretungsorgan (Geschäftsführer, Vorstandsmitglied) ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die juristische Person verantwortlich, solange die Organfunktion andauert, also von der wirksamen Bestellung bis zu Beendigung (Abberufung), wobei einer Firmenbucheintragung nur deklarative Bedeutung zukommt. Die organschaftlichen Vertreter gemäß § 9 Abs 1 VStG sind von Amts wegen zu ermitteln (vgl zum Ganzen mwN *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG^2 § 9 Rz 11ff [Stand 1.5.2017, rdb.at]).

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren deutet darauf hin, dass die B T s.r.o. Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte sein dürfte. Der im tschechischen Handelsregister seit 31. März 2017 (Datum der Registrierung der Gesellschaft) als (handelsrechtlicher) Geschäftsführer der B T s.r.o. eingetragene Bf beendete laut Handelsregisterauszug per 27. August 2018 mit historischen (gelöschten) Daten diese Funktion mit 18. September 2017. Damit war er zur angeführten Tatzeit (*„zumindest seit 30.01.2018“*) nicht mehr Geschäftsführer und

somit auch nicht mehr nach § 9 Abs 1 VStG dafür verantwortlich zu machen, dass die B T s.r.o. zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt (30. Jänner 2018) verbotene Ausspielungen veranstaltet habe. Es mangelt im gegenständlichen Fall schon an der objektiven Voraussetzung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Bf für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die juristische Person.

IV.2. Rechtsfolge: Aufhebung und Einstellung nach § 45 Abs 1 Z 2 VStG

Gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Da der Bf nach den getroffenen Feststellungen die ihm angelastete Übertretung schon zeitlich nicht begangen haben kann, war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG nach dem ersten Einstellungsgrund, zumal der Beschuldigte (Bf) die ihm zur Last gelegte Übertretung nicht begangen hat, einzustellen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf weder ein Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens (vgl § 66 Abs 1 VStG) noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben (§ 52 Abs 9 VwGVG).

V. 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 ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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. W e i ß