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-412717/9/Wim/JoS

Datum:
Linz, 12. Juni 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wimmer über die Beschwerde des S.L., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. Februar 2018, GZ: VStV/917301959116/2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Mai 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 13. Februar 2018, GZ: VStV/917301959116/2017, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) Geldstrafen von jeweils 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 2 Tagen und 8 Stunden) wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG mit 13 Glücksspielgeräten verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 13.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (Hervorhebungen nicht übernommen):

„Die Firma V. s.r.o hat in der Zeit vom 26.10.2017 bis 19.12.2017 im angeführten Standort mit den Eingriffsgegenständen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen und Hunderennen, auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet. Sie hat damit selbständig keine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer iSd. § 2 Abs, 2 GSpG zu betrachten.

Die Firma V. s.r.o hat somit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z1, erstes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma V. s.r.o. zu verantworten haben.

Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 19.12.2017 um 13.16 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung B., in S., X, Betreiber V. s.r.o., festgestellt. Es wurden folgende Geräte (welche mit fortlaufender Nummerierung versehen wurden) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:

FA-1: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-2: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-3: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-4: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-5: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-6: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-7: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-8: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-9: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-10: Gehäusebezeichnung: K., SN: x
FA-11: Gehäusebezeichnung: www.racingDOGS.eu, SN: x
FA-12: Gehäusebezeichnung: www.racingDOGS.eu, SN: x

FA-13: Gehäusebezeichnung: www.racingDOGS.eu, SN: x

Mit diesen Geräte wurden, zumindest seit dem 26.10.2017 wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen und virtuellen Hunderennen durchgeführt, wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glückspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glückspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

[...]“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf vom 13. März 2018, mit der neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses, die Einstellung des Strafverfahrens, die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses im Sinne des § 29 VwGVG und - jeweils alternativ - eine Ermahnung und die Herabsetzung der verhängten Strafe beantragt werden.

Begründend brachte der Bf zusammengefasst vor, dass das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis inhaltlich rechtswidrig sei, Verfahrensfehler vorlägen, die belangte Behörde unzuständig sei, Aktenwidrigkeit vorläge, der Sachverhalt ergänzungsbedürftig und unrichtig rechtlich beurteilt worden sei. Weiters wurden Ausführungen in Bezug auf die mangelnde Schuld des Bf sowie die Strafhöhe getroffen und die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG geltend gemacht.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verwaltungsakt mit Schreiben vom 16. März 2018 zur Entscheidung vor ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 9. Mai 2019 legte der Rechtsvertreter des Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich dem Anwendungsverbot des österreichischen GSpG aufgrund der europarechtlichen Bedenken des österreichischen Glücksspielmonopols und dem im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt etlichen Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw. die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der K.-Studie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt sowie in das Firmenbuch.

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 19. Dezember 2017 ab ca. 13:16 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „B." in S., X, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des gegenständlich angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt.

Betreiberin des Lokals mit der Bezeichnung „B." in S., X, ist die V. s.r.o. Sie ist eine Gesellschaft nach tschechischem Recht mit Sitz in X, P., CZE, und einer Zweigniederlassung in Österreich an der Adresse X, D.

Herr B.Z., geboren am x, vertritt die Gesellschaft seit 18. September 2017 selbständig als handelsrechtlicher Geschäftsführer; zuvor war der Bf, S.L., geboren am x, (einziger) handelsrechtlicher Geschäftsführer und selbständig zur Vertretung nach außen befugt. Zum vorgeworfenen Tatzeitraum (26. Oktober 2017 bis 19. Dezember 2017) war daher der Bf nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft, sondern B.Z.

II.3. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und den betriebsbereit vorgefundenen Geräten ergeben sich aus den finanzpolizeilichen Erhebungen zur Kontrolle am 19. Dezember 2017, vor allem aus der Anzeige der Finanzpolizei und der GSp26-Dokumentation.

Die Feststellungen zur V. s.r.o. und zum Bf ergeben sich unzweifelhaft aus dem Firmenbuchauszug.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG 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.

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (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.

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.

III.2. Wer zur Vertretung nach außen berufen ist, ergibt sich aus dem Organisationsrecht (Statuten, Gesellschaftsvertrag) der juristischen Person im Zusammenhang mit einem - gegebenenfalls 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 zur 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 11 ff [Stand 1. Mai 2017, rdb.at]).

Aus dem Firmenbuchauszug ergibt sich, dass der Bf von 21. April 2017 bis - zum Übergang dieser Funktion auf B.Z. mit - 18. September 2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der V. s.r.o. war. Folglich war der Bf zum vorgeworfenen Tatzeitraum (26. Oktober 2017 bis 19. Dezember 2017) nicht mehr Geschäftsführer und somit auch nicht mehr nach § 9 Abs. 1 VStG dafür verantwortlich zu machen, dass die V. s.r.o. im vorgeworfenen Tatzeitraum 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. Da der Bf nach den getroffenen Feststellungen die ihm angelastete Übertretung schon zeitlich nicht begangen haben kann bzw. nicht dafür verantwortlich sein kann, war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben

und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen, da der Bf die ihm zur Last gelegte Übertretung nicht begangen hat.

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

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, da die Rechtslage nach den maßgeblichen Bestimmungen klar und eindeutig ist.

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. Wimmer