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-413504/7/KLe/KN

Datum:
Linz, 18. November 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde der R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. FM, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 23. Juli 2019, GZ: VStV/919300781152/2019, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. September 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos behoben 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

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 23. Juli 2019, GZ: VStV/919300781152/2019, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) eine Geldstrafe verhängt und wie folgt abgesprochen:

„Sie haben, wie am 31.01.2019 um 10.40 Uhr in L im Lokal mit der Bezeichnung ‚Pizzeria', von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, sich als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ der Firma G s.r.o., die vorgefundenen Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten unternehmerisch beteiligt, indem Sie das Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung:
FA 1) Gehäusebezeichnung Afric2go Seriennr.: 1
mit welchem zumindest seit 01.01.2019, wiederholt Glücksspiele in Form von elektronischem Glücksrad durchgeführt wurde und in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1, viertes Tatbild GSpG idF BGBl Nr. 105/2014

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß §
FA 1) € 30.000,--	300 Stunden		1) § 52 Abs. 1 Zi. 1 4. Tatbild GSpG idF 1989

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
3.000,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 € angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 33.000,--"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bf rechtzeitig Beschwerde, datiert mit 1. August 2019, erhoben und neben der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, eventualiter den Ausspruch einer Ermahnung, eventualiter die Herabsetzung der verhängten Strafe, beantragt. Zudem wird die

Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet Nr. 60.87 (Glücks- und Geschicklichkeitsspiele), zum Beweis der Funktionsweise des gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals, beantragt.

Begründend führt die Bf im Wesentlichen aus, dass das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis inhaltlich rechtswidrig sei, Verfahrensfehler vorlägen, die belangte Behörde unzuständig sei, Aktenwidrigkeit vorläge und der Sachverhalt ergänzungsbedürftig und unrichtig rechtlich beurteilt worden sei. Weiters wendet die Bf die Unionswidrigkeit des GSpG ein und bringt ferner vor, dass ihr kein Verschulden anzulasten sei sowie die Strafzumessung mangelhaft erfolgt sei.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Behördenakt mit Schreiben vom 12. August 2019 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 25. September 2019 erstattete der Rechtsvertreter der Bf ein umfangreiches ergänzendes Vorbringen. Unter Verweis auf die in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18 jüngst ergangene Entscheidung des EuGH wird zusammengefasst vorgebracht, dass auch im Glücksspielrecht durch das Zusammenspiel von Kumulationsprinzip, strafsatzändernden Umständen und hohen Mindeststrafen der Ermessensspielraum bei der Strafbemessung so stark eingeschränkt werde, dass sich selbst bei Verhängung der niedrigsten möglichen Strafe eine sehr hohe Gesamtstrafe ergebe und dies mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Sanktionen unvereinbar sei. Weiters ergebe sich, dass auch die Möglichkeit der Verhängung einer mehrjährigen Ersatzfreiheitsstrafe im Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe für ein fahrlässig begangenes Verwaltungsdelikt laut EuGH nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehe. Eine Regelung wie § 52 Abs. 2 GSpG stehe daher nicht im angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße und sei diese Regelung, die § 28 Abs. 1 AuslBG nachgebildet sei, unionsrechtswidrig und habe daher unangewendet zu bleiben.

I.5. Weiters bringt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 25. September 2019 im Wesentlichen noch vor, dass das Urteil des EuGH seit 12. September 2019 Gültigkeit habe und von allen Behörden und Gerichten ausnahmslos und unverzüglich anzuwenden bzw. umzusetzen sei.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Behördenakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, in die Stellungnahme des

BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17. November 2017 samt Beilagen (Glücksspielbericht des BMF 2010-2013, Evaluierungsbericht des BMF 2010-2014, Glücksspielbericht des BMF 2014-2016, Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ und Studie der Gesundheit Österreich GmbH zu Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz), durch Einsichtnahme in das Firmenbuch und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. September 2019.

Die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 18. Juni 2019 zur GZ: LVwG-413296/8/MS/HUE-413297/2, betreffend das bereits durchgeführte Beschlagnahmeverfahren wurde beigezogen und zum Akt genommen.

II.2. Das Landesveraltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

II.2.1. Bei einer von Organen des Finanzamtes Linz am 31. Jänner 2019 um 10:40 Uhr durchgeführten Kontrolle im Lokal „Pizzeria“, L, wurde ein Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung Afric2go, Seriennummer 1, betriebsbereit vorgefunden, welches zumindest seit 1. Jänner 2019 bis zum Tag der Kontrolle aufgestellt war. Eigentümerin des Glücksspielgerätes ist die G s.r.o, die das Gerät der Lokalbetreiberin Z E entgeltlich zur Verfügung gestellt hat.

II.2.2. Die G s.r.o. ist eine Gesellschaft nach slowakischem Recht mit Sitz in Z, B, und einer im österreichischen Firmenbuch unter FN 3 beim Landesgericht W eingetragenen Zweigniederlassung in Österreich, F-Straße, W.

II.2.3. Selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der G s.r.o. ist seit 16. Oktober 2018 Z M; davor war die Bf selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführerin.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt gründet auf folgender Beweiswürdigung:
Die Feststellungen ergeben sich aus den finanzpolizeilichen Erhebungen zur Kontrolle am 31. Jänner 2019, vor allem aus der Anzeige der Finanzpolizei vom 3. Mai 2019 und der GSp26-Dokumentation sowie den nachvollziehbaren und glaubwürdigen Ausführungen des Zeugen L.

Die Feststellungen zu den Niederlassungen und zur organschaftlichen Vertretungsbefugnis der G s.r.o. ergeben sich ohne Zweifel aus dem Firmenbuch.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligt und ist mit Gelstrafe von bis zu 60.000,00 Euro zu bestrafen.

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 von 1.000,00 Euro bis zu 10.000,00 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000,00 Euro bis zu 30.000,00 Euro und bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000,00 Euro bis zu 30.000,00 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000,00 Euro bis 60.000,00 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 bei juristischen Personen zur Vertretung nach außen berufen ist, ergibt sich aus dem Organisationsrecht (Statuten, Gesellschaftsvertrag) der juristischen Person und dem zugehörigen Bestellungsakt. Verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit besteht für die Dauer der Organfunktion (z.B. Geschäftsführer), d.h. vom Zeitpunkt der wirksamen Bestellung an bis zur wirksamen Beendigung (Abberufung). Maßgebend ist, dass die Organfunktion zum Tatzeitpunkt vorliegt. Ein nachträglicher Verlust dieser oder ein nachträglicher Untergang der juristischen Person haben keinen Einfluss auf die einmal nach § 9 Abs. 1 VStG eingetretene persönliche Verantwortlichkeit des Vertretungsorgans. Die iSd § 9 Abs. 1 leg. cit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen sind amtswegig zu ermitteln. Maßgebend ist die objektive Rechtslage, wobei es aufgrund der deklarativen Wirkung nicht auf die Firmenbucheintragung ankommt. (vgl. Lewisch in Lewisch/Finster/Weilguni, VStG^2 § 9 Rz 11 ff [Stand 1.5.2017, rdb.at] mwN).

III.3. Aus dem Firmenbuch ergibt sich, dass Z M seit 16. Oktober 2018 selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der G s.r.o., FN 3, ist. Davor war die Bf selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführerin.

Die Bf war daher im Tatzeitraum (1. Jänner bis 31. Jänner 2019) nicht mehr Geschäftsführerin der gegenständlichen Gesellschaft.

Aus diesem Grund mangelt es bereits am Vorliegen des objektiven Tatbestands des § 9 Abs. 1 VStG iVm § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild iVm § 52 Abs. 2 GSpG, weshalb das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG gegen die Bf einzustellen war.

IV. Die Bf hat keinen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens zu tragen.

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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab, auch ist die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht uneinheitlich. Vielmehr ist die Rechtslage nach den maßgeblichen Bestimmungen klar und eindeutig.

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. Lederer