

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

30.06.2015

Geschäftszahl

Ra 2014/17/0034

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):

Ra 2018/15/0103 E 27.02.2019

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky und die Hofrätin Mag.a Nussbaumer-Hinterauer sowie Hofrat Mag. Brandl als Richter in bzw. Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Schubert-Zsilavec, über die Revision der M S in G, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 31. März 2014, LVwG-10/83/5-2014, betreffend Übertretung des GSpG,

Spruch

1. den Beschluss gefasst:

Die Revision wird, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt III. des angefochtenen Erkenntnisses richtet, zurückgewiesen.

2. zu Recht erkannt:

Die Vorschreibung der Kosten des Strafverfahrens im Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Im Übrigen wird die Revision als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Am 2. Juli 2013 erstattete die Finanzpolizei bei der Bezirkshauptmannschaft Salzburg-Umgebung gegen die Revisionswerberin Anzeige wegen einer Übertretung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG). Ihr wurde vorgeworfen, die A GmbH, zu deren Vertretung nach außen sie als handelsrechtliche Geschäftsführerin gemäß § 9 Abs 1 VStG berufen sei, habe Aufstellflächen für zwei mit "FA 01" und "FA 02" bezeichnete Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt und dadurch selbstständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen entfaltet. Die A GmbH habe sich dadurch als Unternehmerin iSd § 2 Abs 2 GSpG an zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG beteiligt.

Mit Bescheid vom 20. November 2013 stellte die Bezirkshauptmannschaft Salzburg-Umgebung das Verwaltungsstrafverfahren gegen die Revisionswerberin ein. Das gerichtliche Strafverfahren sei von der zuständigen Staatsanwaltschaft mit der Begründung eingestellt worden, dass aufgrund der aktuellen Rechtsprechung die Bestimmung des § 168 StGB infolge Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht unanwendbar sei. Daraus ergebe sich eindeutig, dass ein verwaltungsbehördlicher Straftatbestand gemäß § 52 Abs 1 GSpG nicht vorliege.

Gegen diesen Bescheid erhob die Finanzpolizei am 2. Dezember 2013 Berufung und beantragte "die belangte Behörde möge im Zuge einer Berufungsvorentscheidung den bekämpften Bescheid aufheben und durch ein dem Strafantrag entsprechendes Straferkenntnis ersetzen". Ein Verbesserungsauftrag hinsichtlich des

Berufungsantrags wurde weder vom im Zeitpunkt der Berufungseinbringung zuständigen Unabhängigen Verwaltungssenat Salzburg noch vom Landesverwaltungsgericht Salzburg erteilt.

Mit Ablauf des 31. Dezember 2013 ging gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 BVG das beim Unabhängigen Verwaltungssenat Salzburg anhängige Berufungsverfahren auf das Landesverwaltungsgericht Salzburg über und wurde als Beschwerdeverfahren weitergeführt. In der mündlichen Verhandlung vom 5. März 2014 beantragte die Finanzpolizei unter Hinweis auf die Berufungsbegründung, das Landesverwaltungsgericht möge in der Sache selbst entscheiden.

Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Salzburg die Beschwerde hinsichtlich des Glücksspielgeräts "FA 01" mit der Maßgabe ab, dass das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt wird, weil in diesem Fall aufgrund der Möglichkeit von Höchsteinsätzen von über EUR 10,-- eine strafgerichtliche Zuständigkeit bestanden habe und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens somit rechtmäßig erfolgt sei (Spruchpunkt III.).

Hinsichtlich des Glücksspielgeräts "FA 02" wurde der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als der angefochtene Bescheid behoben und über die Beschuldigte eine Geldstrafe in Höhe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 17 Stunden) verhängt wurde (Spruchpunkt I.).

Gleichzeitig wurde der Revisionswerberin unter Bezugnahme auf § 38 VwGVG iVm § 64 Abs 1 und 2 VStG ein Kostenbeitrag zum Strafverfahren in der Höhe von EUR 200,-- vorgeschrieben (Spruchpunkt II.).

Die ordentliche Revision erklärte das Landesverwaltungsgericht Salzburg für unzulässig.

Begründend führte das Landesverwaltungsgericht zur Zulässigkeit der als Beschwerde zu wertenden Berufung aus, dass das Finanzamt das infolge Fehlens eines an die Rechtsmittelinstanz gerichteten Antrags im Sinne des § 63 Abs 3 AVG mangelhafte Rechtsmittel durch den in der mündlichen Verhandlung vom 5. März 2014 erstatteten Antrag, das Landesverwaltungsgericht Salzburg möge in der Sache selbst entscheiden, ausreichend verbessert habe, weil diese Formulierung bei verständiger Würdigung in Ansehung des § 50 VwGVG dahin zu verstehen sei, dass die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und eine Sachentscheidung im fortgesetzten Verwaltungsstrafverfahren durch das Landesverwaltungsgericht begehrt werde.

In der Sache selbst sei nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes trotz Einstellung des strafgerichtlichen Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft selbständig zu beurteilen, ob in Ansehung des Gerätes "FA 02" eine gerichtliche Strafbarkeit nach § 168 StGB bestehe. Da dieses Glücksspielgerät keinen Einzelspieleinsatz von mehr als EUR 5,-- und keine Serienspiele ermögliche, sei keine gerichtliche Strafbarkeit nach § 52 Abs 2 GSpG iVm § 168 StGB gegeben. Das Verwaltungsstrafverfahren sei diesbezüglich zu Unrecht eingestellt worden. Die Revisionswerberin habe es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der A GmbH somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ gemäß § 9 Abs 1 VStG zu verantworten, dass diese das Glücksspielgerät "FA 02" als Vermieterin des Aufstellplatzes im Sinne des § 2 Abs 1 Z 1 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht habe, wobei es sich mangels Konzession für die dem Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG unterliegende Ausspielung um eine verbotene Ausspielung nach § 2 Abs 4 GSpG gehandelt habe. Die Revisionswerberin habe daher den Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 dritter Fall GSpG iVm § 9 Abs 1 VStG erfüllt.

Da kein Straferkenntnis der belangten Behörde iSd § 52 Abs 1 GSpG bestätigt worden sei, sondern nach Aufhebung des Einstellungsbescheides erstmals über Schuld und Strafe abgesprochen worden sei, sei die Höhe des von der Bestraften zu leistenden Verfahrenskostenbeitrages gemäß § 38 VwGVG nach jenen Bestimmungen zu bestimmen, welche die Behörde in dem dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorangegangenen Verfahren anzuwenden gehabt hätte, somit gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG in der Höhe von 10% der verhängten Strafe.

Betreffend das Gerät "FA 01" sei eine strafgerichtliche Zuständigkeit begründet, weil Spieleinsätze von mehr als EUR 10,-- möglich gewesen seien. Das Verfahren sei diesbezüglich im Ergebnis zu Recht eingestellt worden, wobei der Spruch um die Bestimmung des § 45 Abs 1 Z 1 VStG zu ergänzen gewesen sei.

Angesichts der zitierten einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Glücksspielautomateneigenschaft von Geräten wie jenem Gerät "FA 01" sowie zur verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit in Bezug auf Glücksspielautomaten mit Spieleinsätzen von mehr als EUR 10,--, von der nicht abgewichen worden sei, sei keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 erster Satz B-VG zu erkennen.

Gegen dieses Erkenntnis erhob die Revisionswerberin vorerst Beschwerde gemäß Art 144 B-VG an den Verfassungsgerichtshof, der ihre Behandlung mit Beschluss vom 5. Juni 2014 ablehnte und die Beschwerde über nachträglichen Antrag mit Beschluss vom 24. Juni 2014 dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat.

Daraufhin erhob die Revisionswerberin mit Schriftsatz vom 1. August 2014 die vorliegende Revision an den Verwaltungsgerichtshof, in der sie die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften beantragte.

Das Landesverwaltungsgericht legte die Verfahrensakten vor. Die belangte Behörde verzichtete auf eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gemäß § 34 Abs 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs 1 VwGG bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht gebunden.

Die Revision ist im Hinblick auf die zur Zulässigkeit geltend gemachte Rechtsfrage, ob die Verwaltungsgerichte bei Verurteilung infolge Beschwerdeerhebung einer Amtspartei gegen die erstbehördliche Einstellung eines Strafverfahrens gemäß § 64 VStG iVm § 38 VwGVG Kostenbeiträge des erstinstanzlichen Strafverfahrens vorschreiben können, zulässig und berechtigt.

Im Spruchpunkt III. bestätigte das Landesverwaltungsgericht Salzburg die Einstellung des Verwaltungsstraßverfahrens hinsichtlich des Glücksspielgeräts "FA 01". In diesem Umfang war die Revisionswerberin durch das Erkenntnis nicht beschwert. Die Revision war daher, soweit sie sich gegen Spruchpunkt III. des angefochtenen Erkenntnisses richtete, mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückzuweisen.

In Bezug auf die Ausführungen der Revisionswerberin, dass keine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit gegeben sei, weil die Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Einstellung des gerichtlichen Strafverfahrens vom Vorliegen eines gerichtlich strafbaren Tatbestandes ausgegangen sei, und der als Beschwerde zu wertende Berufungsschriftsatz, der mangels Ermächtigung dazu seitens des zuständigen Finanzamtes ausschließlich der Finanzpolizei zuzurechnen sei, mangels Parteistellung der Finanzpolizei bzw mangels eines Rechtsmittelantrages hätte zurückgewiesen werden müssen, gleicht der gegenständliche Revisionsfall in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht in den entscheidungswesentlichen Punkten jenem, der vom Verwaltungsgerichtshof mit hg Erkenntnis vom 27. Februar 2015, Ra 2014/17/0035, entschieden wurde. Gemäß § 43 Abs 2 VwGG wird auf die Entscheidungsgründe des genannten Erkenntnisses verwiesen. Auch im vorliegenden Revisionsfall ergibt sich aus der Begründung der Einstellung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft, wonach § 168 StGB wegen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar sei, nicht, dass die Staatsanwaltschaft betreffend den hier vorliegenden Sachverhalt vom Vorliegen eines gerichtlich strafbaren Tatbestandes ausging, weshalb das Verwaltungsgericht die Frage, ob ein vom Gericht zu ahndender Tatbestand vorlag, selbständig zu beurteilen hatte. Ebenso war die Finanzpolizei im gegenständlichen Verwaltungsstraßverfahren gemäß § 10b Abs 2 Z 2 lit c der Durchführungsverordnung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010 (AVOG 2010 - DV) iVm § 50 Abs 5 GSpG nach § 52 GSpG legitimiert, als Organ der Abgabenbehörde in deren Namen Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid zu erheben. Schließlich umfasste der auf die Erlassung einer Berufungsvorentscheidung gerichtete Berufungsantrag implizit auch den Antrag auf eine Entscheidung durch die Berufungsbehörde und war entsprechend zu erledigen. Dass der Antrag in dieser Weise verstanden werden sollte, wurde von der Finanzpolizei auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bestätigt.

Die in der Revision gegen die Bestrafung dargelegten Argumente sind somit nicht stichhaltig.

Gegen die Vorschreibung eines Kostenbeitrags brachte die Revisionswerberin vor, es gäbe dafür keine gesetzliche Grundlage. Aufgrund einer aus Anlass einer Berufung einer Amtspartei ergangenen Entscheidung könnten nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes keine Kosten iSd §§ 64f VStG auferlegt werden. Dies gelte auch für die (nachträgliche) Bemessung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten. Durch die Einführung der Verwaltungsgerichte habe sich daran nichts geändert. § 38 VwGVG sei insofern einschränkend auszulegen.

Mit dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl I Nr 33/2013, wurden mit Wirksamkeit 1. Jänner 2014 die Bestimmungen über die Kosten des Strafverfahrens dahin geändert, dass die nunmehr ausschließlich die Kosten des erstinstanzlichen Strafverfahrens regelnde Bestimmung des § 64 VStG im hier maßgeblichen Umfang auszugsweise lautet:

"Kosten des Strafverfahrens

§ 64. (1) In jedem Strafverfahren ist auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

(2) Dieser Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.

..."

Der die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht gesondert regelnde § 52 VwGVG lautet:

"Kosten"

§ 52. (1) In jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, ist auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

(2) Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand des Verwaltungsgerichtes zu tragen hat.

..."

§ 65 VStG, wonach die Kosten des Berufungsverfahrens dem Berufungswerber nicht aufzuerlegen sind, wenn der Berufung auch nur teilweise Folge gegeben worden ist, trat mit Wirkung ab 1. Jänner 2014 außer Kraft. Eine inhaltsgleiche Regelung findet sich seither in § 52 Abs 8 VwGVG. § 52 Abs 1 und 2 VwGVG entsprechen § 64 Abs 1 und 2 VStG in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung BGBl I Nr 33/2013.

Soweit das Landesverwaltungsgericht die Kostenvorschreibung auf § 64 Abs 1 und 2 VStG in Verbindung mit § 38 VwGVG stützt, kommt eine sinnngemäße Anwendung der Bestimmungen des VStG iSd § 38 VwGVG deshalb nicht in Betracht, weil die Kostenvorschreibung durch das Verwaltungsgericht in § 52 VwGVG abschließend geregelt ist. Das Verwaltungsgericht ist demnach nicht berechtigt, erstmals Kosten für das erstinstanzliche Verfahren vorzuschreiben.

Im Übrigen waren nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Rechtslage die Kosten des Berufungsverfahrens (§§ 64, 65 VStG) dem Bestraften nur dann aufzuerlegen, wenn er auch der Berufungswerber war, weshalb eine Kostenvorschreibung im Berufungsverfahren zu entfallen hatte (vgl VwGH vom 19. Mai 1993, 92/09/0031; insbesondere VwGH vom 23. Februar 1994, 93/09/0173, betreffend einen Bescheid der Berufungsbehörde, womit der Berufung einer Amtspartei gegen die erstbehördliche Einstellung des Strafverfahrens stattgegeben, über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe verhängt und dieser zum Kostenersatz gemäß § 64 VStG verpflichtet wurde). Da § 52 Abs 1 und 2 VwGVG im Wesentlichen mit § 64 Abs 1 und 2 VStG in der vor dem 1. Jänner 2014 geltenden Fassung übereinstimmt und § 52 Abs 8 VwGVG inhaltlich § 65 VStG entspricht, ist die bisherige Rechtsprechung zur alten Rechtslage auf die neue Rechtslage übertragbar.

Die in Spruchpunkt II. enthaltene Vorschreibung der Kosten des Strafverfahrens war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes ersatzlos aufzuheben. Im Übrigen war die Revision, soweit sie sich gegen die Bestrafung nach dem GSpG in Spruchpunkt I. richtet, nach § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der von der Revisionswerberin beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs 2 Z 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art 6 Abs 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg Genüge getan.

Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl II Nr 518/2013 idF BGBl II Nr 8/2014.

Wien, am 30. Juni 2015

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014170034.L00