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-412848/8/VG/EP

Datum:
Linz, 19. Februar 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des G M, vertreten durch P & S Rechtsanwälte, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 10. April 2018, GZ: Pol96-110-2017, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die auf die Strafhöhe eingeschränkte Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die Strafsanktionsnorm „§ 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG“ zu lauten hat.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Höhe von 200,-- Euro 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 und entscheidungsrelevanter Sachverhalt

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden (im Folgenden: belangte Behörde) vom 10. April 2018, GZ: Pol96-110-2017, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen der Veranstaltung von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG eine Geldstrafe von 1.000,-- Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden verhängt. Außerdem wurde ein Kostenbeitrag in der Höhe von 100,-- Euro festgesetzt.

Begründend wurde ausgeführt, dass bei einer glücksspielrechtlichen Kontrolle am 19. Mai 2017 um etwa 21:00 Uhr im Lokal „G C“ in x, das Gerät „Time Machine“ mit der Seriennummer x, Versiegelungsplakettennummer x betriebsbereit und eingeschaltet vorgefunden worden sei. Mit diesem habe der Bf zumindest in der Zeit von Dezember 2016 bis 19. Mai 2017 wiederholt verbotene Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG in Form virtueller elektronischer Glücksräder veranstaltet.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu das Vorgehen mittels Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Geldstrafe beantragt wird.

Begründend wird kurz zusammengefasst vorgebracht, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät um keinen Glücksspielapparat handle, sondern das Spielergebnis ausschließlich von der Geschicklichkeit des Spielers abhänge. Dies werde durch das beigelegte Gutachten des Sachverständigen F M vom 25. September 2016 belegt, das der Bf eingeholt habe. Zudem habe sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in verschiedenen Entscheidungen dieser Ansicht angeschlossen (vgl. LVwG-412110/20; LVwG-412580/7). Dem Bf könne somit kein Verschulden angelastet werden.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt mit Schreiben vom 7. Mai 2018, eingelangt am 15. Mai 2018, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte daraufhin am 8. Jänner 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in deren Rahmen der Bf aufgrund der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vom 11. Juli 2018, Ro 2018/17/0001, außer Streit stellte, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät um ein Glücksspielgerät handelt. Er schränkte die Beschwerde daher auf die Strafhöhe ein und führte

ergänzend aus, er habe vor Aufstellung des Geräts bei verschiedenen Behörden angefragt, ob dieses als Glücksspielgerät oder Geschicklichkeitsautomat zu qualifizieren sei. Er habe aber keine Antwort erhalten. Deshalb habe er sich auf das Privatsachverständigengutachten von F M verlassen, welches das Gerät als Geschicklichkeitsapparat qualifiziert. Inzwischen habe er alle Geräte mit der Bezeichnung „TimeMachine“ verkauft; Wiederholungsgefahr sei nicht gegeben.

II. Beweiswürdigung

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, das Beschwerdevorbringen samt vorgelegtem Privatsachverständigengutachten und die Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 8. Jänner 2019.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Dadurch, dass der Bf die Beschwerde auf die Strafhöhe einschränkte, erwuchs das Straferkenntnis der belangten Behörde hinsichtlich der Schuldfrage in Rechtskraft (vgl. etwa VwGH 19.10.2017, Ra 2017/02/0062). Im gegenständlichen Verfahren war es dem Landesverwaltungsgericht daher verwehrt, sich mit dem Schuldausspruch auseinanderzusetzen. Es war nur noch die Straffrage – also die Rechtmäßigkeit der verhängten Strafhöhe – zu klären (vgl. etwa VwGH 29.07.2015, Ra 2015/07/0093).

III.2. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (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 GspG 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 § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG 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.

Bei der gegenständlichen Tat handelt es sich mangels rechtskräftiger einschlägiger Vorstrafen des Bf um eine erstmalige Tat in Bezug auf § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG.

Damit liegt der Strafrahmen für das gegenständliche Glücksspielgerät gemäß § 52 Abs. 2 erster Fall GSpG bei 1.000,-- bis 10.000,-- Euro.

III.3. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert § 19 Abs. 2 VStG für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen unter

anderem im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Im gegenständlichen Fall ging die belangte Behörde bei der Berechnung der Strafhöhe von einem monatlichen Nettoeinkommen des Bf von 2.000,-- Euro, keinem relevanten Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Der Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht, sodass auch das Landesverwaltungsgericht von diesen Prämissen ausgeht. Milderungs- oder Erschwerungsgründe sind nicht hervorgekommen.

III.4. Bei der von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhe handelt es sich um die Mindeststrafe des vorgegebenen Strafrahmens. Da keine Milderungs- und Erschwerungsgründe vorliegen und damit keine Gründe für die Verhängung einer höheren oder niedrigeren als der im Gesetz vorgeschriebenen Mindeststrafe hervorgekommen sind, bedarf die Strafhöhe keiner weiteren Begründung (vgl. VwGH 23.03.2012, 2011/02/0244; VwGH 20.05.2015, 2014/09/0041). Die belangte Behörde hat bei der Verhängung der gegenständlichen Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe das ihr eingeräumte Ermessen jedenfalls nicht überschritten. Eine Rechtswidrigkeit der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor.

III.5. Zum Antrag auf Vorgehen mittels Ermahnung ist Folgendes auszuführen:
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten Umstände – geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, geringe Intensität der Beeinträchtigung dieses Rechtsguts durch die Tat sowie geringes Verschulden – müssen kumulativ vorliegen.

Von geringfügiger Schuld kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. 07.04.2017, 2016/02/0245 mwN.). Diese Voraussetzung ist im gegenständlichen Fall jedoch nicht gegeben. Eine Verwirklichung des verfahrensgegenständlichen Delikts mit einem Glücksspielgerät lässt einerseits auf die typischerweise damit

einhergehende organisierte Übertretung des Gesetzes und andererseits auf den typischerweise damit einhergehenden wirtschaftlichen Nutzen aus dem strafbaren Verhalten schließen (vgl. auch RV 24 Blg.NR 25. GP 22f).

Das Argument, der Bf habe versucht, behördliche Auskünfte einzuholen und letztendlich auf diverse Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts sowie das von ihm eingeholte Sachverständigengutachten vertraut, ist außerdem nicht geeignet, ein bloß geringes Verschulden des Bf zu begründen. Da dem Bf die unklare Rechtslage bekannt war, musste ihm das Risiko bewusst sein, dass eine höchstgerichtliche Entscheidung auch zu einer anderen rechtlichen Würdigung als das erkennende Landesverwaltungsgericht kommen konnte. Rechtsauskünfte der zuständigen Bezirksverwaltungs- bzw. Abgabenbehörden, auf die er sich nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs erfolgreich hätte stützen können (vgl. etwa VwGH 04.10.2012, 2012/09/0134; VwGH 18.09.2008, 2008/09/0187 iVm. VwGH 31.07.2009, 2008/09/0086), lagen nicht vor. Nachdem sich der Bf dennoch auf das ihm offenbar bekannte Risiko eines Verstoßes gegen das Glücksspielgesetz eingelassen hat, kann ihm nicht bloß ein geringes Verschulden attestiert werden.

Die Tat bleibt damit im Ergebnis nicht so weit hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurück, dass eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG gerechtfertigt sein könnte.

III.6. Zur außerordentlichen Strafmilderung:
Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall jedenfalls nicht gegeben. Im Verfahren sind weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe hervorgekommen. Dass der Bf mittlerweile sämtliche Geräte mit der Bezeichnung „TimeMachine“ verkauft hat und somit eine Wiederholungsgefahr nicht gegeben ist, kann nicht als mildernd gewertet werden. In der Behauptung, dass ein Beschuldigter eine Verwaltungsübertretung nicht wieder begehen werde, kann nur die Wirkung einer Spezialprävention einer Strafe erblickt werden, nicht aber ein Milderungsgrund.

Im Ergebnis konnte daher auch nicht mittels außerordentlicher Strafmilderung vorgegangen werden.

III.7. Aus den angeführten Gründen war die auf die Strafhöhe eingeschränkte Beschwerde als unbegründet abzuweisen und spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens von 200,-- Euro zu bezahlen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab (vgl. die unter Punkt III. angeführte Judikatur), noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Die vorgenommene Strafzumessung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Darüber hinaus erfolgt die konkrete Strafzumessung stets einzelfallbezogen und ist nicht verallgemeinerungsfähig. Der Frage, ob die besonderen Umstände des Einzelfalles eine außerordentliche Milderung der Strafe nach § 20 VStG bzw. eine Einstellung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG gerechtfertigt hätten, kommt in der Regel ebenfalls keine grundsätzliche Bedeutung zu (vgl. VwGH 13.12.2018, 2018/07/0461 mwN.)

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. Gubesch