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-413802/14/Kl/CG

Datum:
Linz, 4. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des M K, P, W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 20. August 2020, GZ: VStV/920301059775/2020, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz im fortgesetzten Verfahren

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als die Geldstrafe je Gerät (FA1 bis FA3) auf jeweils 4.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf jeweils 40 Stunden herabgesetzt wird und die Strafsanktionsnorm jeweils „§ 52 Abs. 2 1. Strafsatz Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2019“ zu lauten hat.

II. Der behördliche Verfahrenskostenbeitrag reduziert sich auf insgesamt 1.200 Euro. Zum Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag 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

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 20. August 2020, Zl. VStV/920301059775/2020, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) drei Geldstrafen von jeweils 8.000 Euro und drei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 80 Stunden verhängt, weil er sich an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 18.06.2020 im Lokal „K“ in Linz unter Verwendung von drei Glücksspielgeräten unternehmerisch beteiligt hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben, wie am 18.06.2020 um 17:40 Uhr, in 4020 Linz, R, im Lokal mit der Bezeichnung ‚K,‘ von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, die 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 die Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1)	Gehäusebezeichnung	K	Seriennr.: x
FA2)	Gehäusebezeichnung	K	Seriennr.: x
FA3)	Gehäusebezeichnung	K	Seriennr.: x

zumindest seit 18.06.2020 im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiel in Form von Walzenspielen durchgeführt wurde 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.

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“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen und eine Europarechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht ersichtlich. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass erschwerend 8 näher dargelegte einschlägige Anzeigen gewertet werden und keine Milderungsgründe vorliegen. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

2. Mit Schriftsatz vom 17. September 2020 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte vor, dass die verhängte Strafe überhöht sei und – falls tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliege – die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vorliegen

würden. Der Bf beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG dem Unionsrecht widerspreche.

3. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich als belangte Behörde legte die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstraftakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Erkenntnis vom 8. Jänner 2021, LVwG-413802/5/Kl/HUE, der Beschwerde dahingehend stattgegeben, dass für die vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen hinsichtlich der 3 Geräte eine Gesamtstrafe von 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 101 Stunden) verhängt wurde. Im Übrigen wurde die Beschwerde hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch des angefochtenen Bescheides nach „Sie haben“ die Wortfolge „als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, S, W,“ angefügt, die angegebene Tatzeit „zumindest seit 18.6.2020“ durch „zumindest am 18.6.2020“ ersetzt, dass Glücksspielgesetz – GSpG mit „BGBl. Nr. 620/1989 idF. BGBl. I Nr. 104/2019“ und die Strafsanktionsnorm auf „§ 52 Abs. 2 1. Strafsatz GSpG“ korrigiert wurden.

4. Über die dagegen vom Bundesminister für Finanzen eingebrachte Revision erkannte der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 10. Oktober 2022, Ra 2021/17/0039-6, dahingehend, dass das angefochtene Erkenntnis im Umfang seines Ausspruchs über die Strafe sowie die Kosten des Strafverfahrens wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wird. Begründend wurde auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Mai 2020, Ra 2020/17/001 hingewiesen, mit welchem ausgesprochen wurde, dass das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12. September 2019, Maksimovic ua., C-64/18 ua. der (den) in § 52 Abs. 2 1. Strafsatz GSpG vorgesehenen Strafsanktion(en), jener des § 16 VStG und der Verpflichtung zur Leistung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens nach § 64 VStG sowie deren Zusammenwirken nicht entgegensteht (vgl. auch VwGH vom 5.1.2022, Ra 2020/17/0118, mwN.).

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat im fortgesetzten Verfahren erwogen:

5.1. Da mit dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes der Ausspruch über die Strafe sowie die Kosten des Strafverfahrens aufgehoben wurde, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen. Es ist daher dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwehrt, über die Schuld des angefochtenen Straferkenntnisses abzusprechen.

5.2. Gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF. BGBl. I Nr. 104/2019, begeht derjenige 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.

5.3. 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. u.a. 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 Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. 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 können. 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 u.a. 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).

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung erschwerend acht näher dargelegte einschlägige Anzeigen gegen den Bf und keine Milderungsgründe an. Dazu ist wiederholt darauf hinzuweisen, dass zur Strafbemessung erschwerend nur rechtskräftig abgeschlossene Vorstrafen herangezogen werden dürfen, welche aber offensichtlich zur Tatzeit nicht vorgelegen sind. Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem Nettoeinkommen von 1.500 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Der Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine konkretisierenden Angaben getätigt.

Beim LVwG Oö. scheinen keine einschlägigen Vorstrafen des Bf auf, welche vor der Verwirklichung des gegenständlichen Delikts in Rechtskraft erwachsen wären.

Bei der gegenständlichen Tat bis zu drei Geräten handelt es sich daher um eine Erstbegehung iSd Qualifikation des 1. Strafsatzes des § 52 Abs. 2 GSpG, weshalb von einem Strafrahmen von 1.000 Euro bis 10.000 Euro für jede Glücksspieleinrichtung auszugehen ist. Die belangte Behörde hat für jedes Glücksspielgerät eine Geldstrafe von 8.000 Euro verhängt. Wie bereits dargelegt wurde, liegen gegen den Beschuldigten keine rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafen nach dem Glücksspielgesetz vor und ist daher von Unbescholtenheit auszugehen. Dies ist mildernd zu berücksichtigen. Die belangte Behörde ging von einem Nettoeinkommen von 1.500 Euro und keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Geänderte Umstände kamen im Beschwerdeverfahren nicht hervor. Allerdings musste die erhebliche Beeinträchtigung des Schutzzweckes der Norm sowie auch das Verschulden des Beschwerdeführers bei der Strafbemessung

berücksichtigt werden. Auch liegen erhebliche Gründe der General- und Spezialprävention vor, zumal die Strafe einerseits geeignet sein soll, den Beschwerdeführer von einer weiteren Tatbegehung abzuhalten und andererseits auch generalpräventive Wirkung gegenüber der Allgemeinheit zeigen soll, um die Einhaltung der Regelungen des Glücksspielgesetzes zu gewährleisten. Es war daher nach Abwägung der Bemessungsgründe mit einer Herabsenkung der Geldstrafe und entsprechend § 16 VStG der Ersatzfreiheitsstrafe vorzugehen. Die nunmehr verhängte Geldstrafe je Glücksspielgerät ist geeignet den Beschwerdeführer von einer weiteren Tatbegehung abzuhalten. Sie ist auch tat- und schuldangemessen. Im Grunde der Schwere des Eingriffes auf das geschützte Rechtsgut war aber eine weitere Herabsetzung der Strafe nicht gerechtfertigt. Aufgrund des keinesfalls als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretungen kommt eine Ermahnung nicht in Betracht. Da außer der Unbescholtenheit keine weiteren Milderungsgründe vorliegen, war auch nicht mit einer außerordentlichen Milderung gemäß § 20 VStG vorzugehen.

6. Im Grunde der nunmehr festgesetzten Geldstrafen reduziert sich der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde auf 10 % der verhängten Strafen, das sind insgesamt 1.200 Euro (§ 64 Abs. 1 und 2 VStG). Weil die Beschwerde zumindest teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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 Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 e

1) 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.

2) Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt