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-413607/39/KH

Datum:
Linz, 30. August 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des M F, vertreten durch RA F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 16. September 2019, GZ: BHSE/919150000510/19, in jenem Umfang, in welchem es nicht in Rechtskraft erwachsen ist,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in 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:

I.1. Mit Straferkenntnis vom 16. September 2019, GZ: BHSE/919150000510/19, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: belangte Behörde) über M F (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 36 Stunden) wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 viertes Tatbild GSpG (unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen).

I.2. In der binnen offener Frist vom Bf dagegen erhobenen Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid an Verfahrens-, insbesondere Begründungs- und Sachverhaltsfeststellungsmängeln leide. Außerdem würde sich das im Glücksspielgesetz normierte Monopolsystem als unionsrechtswidrig erweisen bzw. den Bf im Hinblick auf die diesbezüglich unklare Rechtslage jedenfalls kein Verschulden treffen. Schließlich erweise sich auch die verhängte Strafe als überhöht. Beantragt wird die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gab der Beschwerde mit Erkenntnis vom 18. Dezember 2019, LVwG-413607/8/Gf/RoK, statt, behob das angefochtene Straferkenntnis und stellte das Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein.

I.3. Dieses Erkenntnis wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 15. Februar 2021, Ro 2020/17/0006 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

I.4. Mit Erkenntnis vom 16. März 2021, LVwG-413607/30/Gf/RoK, gab das Verwaltungsgericht im zweiten Rechtsgang der Beschwerde insoweit Folge, als es die Geldstrafe auf 800 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 26 Stunden herabsetzte. Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die Herabsetzung der Strafe wurde insbesondere mit einem Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12. September 2019, Maksimovic u.a., C-64/18, u.a., und den „Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips“ begründet. Es sei § 20 VStG heranzuziehen, da die belangte Behörde dem Bf bloß die Übertretung einer Ordnungsvorschrift angelastet habe. Sowohl die verhängte Geldstrafe, als auch die Ersatzfreiheitsstrafe seien unverhältnismäßig.

I.5. Gegen dieses Erkenntnis erhob der Bundesminister für Finanzen eine außerordentliche Revision betreffend die Höhe der verhängten Strafe und den davon abhängigen Kostenausspruch.

Mit Erkenntnis vom 27. Juni 2023, Ra 2021/17/0087, behob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 16. März 2021, LVwG-413607/30/Gf/RoK, im angefochtenen Umfang, somit hinsichtlich seines Ausspruches über die verhängte Strafe und die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes.

Begründet wurde die Entscheidung wie nachstehend erwähnt:
„7 Die Amtsrevision erweist sich mit ihrem Vorbringen, das Unterschreiten der Mindeststrafdrohung des § 52 Abs. 2 GSpG durch das Verwaltungsgericht sei rechtswidrig, als zulässig und auch als begründet.

8 Bei der Strafbemessung handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. Vom Verwaltungsgerichtshof ist daher (bloß) zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht von dem ihm eingeräumten Ermessen im Sinn des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, das heißt, ob die verhängte Strafe unter Bedachtnahme auf die Strafbemessungsgründe vertretbar erscheint (vgl. etwa VwGH 3.2.2022, Ra 2020/17/0116 bis 0117, mwN).

9 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 6. Mai 2020, Ra 2020/17/0001, mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, ausgesprochen, dass das Unionsrecht der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG, des § 16 VStG sowie des § 64 VStG nicht entgegensteht (vgl. auch VwGH 6.10.2021, Ra 2019/17/0121, mwN).

10 Indem das Verwaltungsgericht das Unterschreiten der Mindeststrafe des § 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG zu Unrecht im Wesentlichen mit der unionsrechtlich gebotenen Unanwendbarkeit der darin normierten Strafuntergrenze von EUR 1.000,-- begründete, belastete es sein Erkenntnis daher mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Daran vermögen auch die vom Verwaltungsgericht allenfalls als Alternativbegründung intendierten Hinweise auf § 20 VStG und eine überlange Verfahrensdauer nichts zu andern.

11 Die im GSpG vorgesehene Mindeststrafe von EUR 1.000.-- kann bei der Strafbemessung im Einzelfall gemäß § 20 VStG bis zur Hälfte (d.h. auf EUR 500,-- pro Gerat oder Eingriffsgegenstand) nur unterschritten werden, sofern die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist (vgl. erneut VwGH 6.5.2020, Ra 2020/17/0001). Eine diesbezüglich nachvollziehbare Begründung enthalt das angefochtene Erkenntnis - abgesehen vom bloßen Zitat des § 20 VStG - nicht. Dasselbe gilt auch für den bloßen Hinweis auf eine überlange Verfahrensdauer (vgl. zu deren Beurteilung etwa VwGH 3.2.2020, Ra 2019/02/0212, mwN).

12 Das angefochtene Erkenntnis war daher im angefochtenen Umfang - und damit hinsichtlich des Ausspruchs über die verhängte Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe und

hinsichtlich des davon abhängigen Ausspruchs über die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens und des Beschwerdeverfahrens - gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben (vgl. zu § 52 Abs. 2 vierter Strafsatz GSpG VwGH 16.3.2022, Ra 2019/17/0123; weiters 14.9.2020, Ro 2020/17/0015).“

I.6. Der Bf war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der C, in deren Eigentum das verfahrensgegenständliche Gerät stand.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Am 12. Juni 2019 um 08:25 Uhr fanden Organe der Finanzpolizei im Lokal B P Tankstelle in der x, im Rahmen einer glücksspielrechtlichen Kontrolle ein betriebsbereit aufgestelltes Glücksspielgerät (FA-Nr. 1, Gehäusebezeichnung: KAJOT, Seriennummer: T7942, Typenbezeichnung: KAJOT Casino Amusement, Versiegelungsplaketten-Nummer: x) vor und beschlagnahmten dieses vorläufig.

Das Gerät, welches im Eigentum von der C stand, war seit 9. April 2019 bis zum Tag der Kontrolle betriebsbereit im gegenständlichen Lokal, das von S S betrieben wurde, aufgestellt. Es wurde dem Lokalbetreiber gegen Entgelt zur Verfügung gestellt. Der Bf war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. Weder der Bf noch die von ihm vertretene Gesellschaft ist im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz.

Der Bf bezieht ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro, verfügt über ein durchschnittliches Vermögen und hat keine Sorgepflichten.

II.2. Beweiswürdigung:

II.2.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt sowie den vorliegenden Beschwerdeakt, insbesondere in das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Juni 2023, Ra 2021/17/0087.

II.2.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren, wobei hiezu auch auf die bisherigen Rechtsgänge verwiesen wird.

Hinzuweisen ist darauf, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausschließlich über die Höhe der verhängten Strafe bzw. die auf dieser Grundlage zu leistenden

Kostenbeiträge abzusprechen ist, da das angefochtene Straferkenntnis im Hinblick auf den darin enthaltenen Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen ist.

In den vorangegangenen Beschwerdeverfahren wurden bereits zwei mündliche Verhandlungen durchgeführt, die Strafbemessung ist im Rahmen der rechtlichen Beurteilung vorzunehmen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz (GSpG) iVm § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG 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.

§ 52 Abs. 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG 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 iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

III.2. Rechtliche Beurteilung:

III.2.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 27. Juni 2023, Ra 2021/17/0087, das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 16. März 2021, LVwG-413607/30/Gf/RoK, im angefochtenen Umfang, somit hinsichtlich seines Ausspruches über die verhängte Strafe und die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes behoben.

Begründet wurde die Entscheidung damit, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 6. Mai 2020, Ra 2020/17/0001, ausgesprochen hat, dass das Unionsrecht der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG, des § 16 VStG sowie des § 64 VStG nicht entgegensteht (vgl. auch VwGH 6.10.2021, Ra 2019/17/0121, mwN). Indem das Verwaltungsgericht das Unterschreiten der Mindeststrafe des § 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG zu

Unrecht im Wesentlichen mit der unionsrechtlich gebotenen Unanwendbarkeit der darin normierten Strafuntergrenze von 1.000 Euro begründete, belastete es sein Erkenntnis daher mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Eine Unterschreitung der im GSpG vorgesehenen Mindeststrafe von 1.000 Euro gemäß § 20 VStG ist nur dann möglich, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist (vgl. erneut VwGH 6.5.2020, Ra 2020/17/0001). Eine diesbezüglich nachvollziehbare Begründung enthielt das angefochtene Erkenntnis - abgesehen vom bloßen Zitat des § 20 VStG - nicht. Dasselbe gilt auch für den bloßen Hinweis auf eine überlange Verfahrensdauer (vgl. zu deren Beurteilung etwa VwGH 3.2.2020, Ra 2019/02/0212, mwN).

III.2.2. Festzuhalten ist, dass dem Verwaltungsgericht aufgrund der vorliegenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes eine Entscheidungsbefugnis lediglich hinsichtlich des Ausspruchs über die Höhe der zu verhängenden Strafe und abhängig davon über die zu leistenden Verfahrenskostenbeiträge zusteht. Es ist dem Verwaltungsgericht jedoch verwehrt, über die vom Verwaltungsgericht als erwiesen angenommene Tat neuerlich abzusprechen, da diesbezüglich und bezüglich der zugrunde gelegten Verwaltungsvorschriften, die durch die Tat verletzt wurden (Schuldspruch), Rechtskraft eingetreten ist (VwGH 27. Oktober 2014, Ra 2014/02/0053, 30. September 2014, Ra 2014/11/0052).

Aufgrund der Rechtskraft des Schuldspruches ist die dem Bf vorgeworfene Verwaltungsübertretung als erwiesen anzusehen und daher im vorliegenden fortgesetzten Beschwerdeverfahren nur zu prüfen, ob die Strafe von der belangten Behörde nach den Kriterien des § 19 VStG rechtmäßig bemessen wurde.

III.2.3. Die belangte Behörde ging im angefochtenen Straferkenntnis mangels Angaben bzw. Vorlage von Einkommensnachweisen durch den Bf davon aus, dass dieser über ein monatliches Einkommen von ca. 2.000 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten verfügt. Diese vom Bf unbestrittenen Annahmen sind auch der Strafbemessung im Beschwerdeverfahren zugrunde zu legen.

Zur Tatzeit lagen keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen betreffend den Bf vor.

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind weder Milderungs-, noch Erschwerungsgründe hervorgekommen.

Eine Herabsetzung der verhängten Strafe unter die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe ist nur auf Grundlage des § 20 VStG möglich, wobei es sich beim Bf weder um einen Jugendlichen handelt, noch gegenständlich Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist festzuhalten, dass die im angefochtenen Straferkenntnis verhängte Verwaltungsstrafe auch der Höhe nach zu bestätigen ist, wobei darauf hingewiesen wird, dass es sich dabei um die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe handelt.

Der Ausspruch über den zu leistenden Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichts-verfahrensgesetz (VwGVG).

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Weder weicht die Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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

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. Hörzing