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-413665/20/FP

Datum:
Linz, 17. Jänner 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von N S, x, vertreten durch Hochstöger Nowotny Wohlmacher Rechtsanwälte OG in 4020 Linz gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 30. Jänner 2020, GZ: VStV/919301946159/2019, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Aufhebung des Strafausspruchs und die Kosten durch das Erkenntnis des VwGH vom 11. Dezember 2023, Ra 2021/17/0147-5 im 2. Rechtsgang, hinsichtlich des Ausspruchs über die Strafe und die Kosten,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird dahin teilweise Folge gegeben, dass die verhängte Strafe auf 1.000 Euro (12 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt wird und der Spruch im Bereich der Strafsanktionsnorm dahin korrigiert wird, dass anstatt „§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG“ „§ 52 Abs 2 erster Strafsatz Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014“ eingefügt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens reduziert sich auf 100 Euro.

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.1. Mit dem im Rubrum bezeichneten Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 3.000 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden verhängt.

Der Spruch lautet:

„1. Datum/Zeit: 09.10.2019, 12:55 Uhr
Ort: Adresse, Lokalname: Gasthaus S; Lokalbetreiber: J GmbH

Sie haben wie am 09.10.2019 um ca. 12.55 Uhr in Adresse, GH S festgestellt wurde, als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtliche Gesellschafterin der Fa. J GmbH folgende Verwaltungsübertretung für den Zeitraum 7.8.2019 bis 9.10.2019 begangen:

Die Firma J GmbH hat in der Zeit von zumindest vom 01.06.2017 bis 09.10.2019 das mit dem verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerät ermöglichten verbotenen Ausspielungen dadurch am angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Gewinne und zur Zurückstellung der Zahlenfelder am Gerätebildschirm auf Null angehalten hat.
Die Firma J GmbH hat damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Die Firma J GmbH hat somit Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch zugänglich gemacht und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 ,drittes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma für den Zeitraum von 7.8.2019 bis 9.10.2019 zu verantworten haben.
Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 09.10.2019 im Lokal mit der Bezeichnung Gasthaus S, Adresse, festgestellt. Es wurde folgendes Gerät betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:

FA-1: Gerät PC msi (all-in-one PC), Seriennummer: X

Mit diesem Gerät wurden, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom

Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F. iVm § 9 /1 VStG
Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. €3.000,00	0 Tage(n) 12 Stunde(n) 0 Minute(n) (GSpG)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Femer haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 300,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 3.300,00“

[Formatierung nicht übernommen, Grammatikfehler im Original]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19. Februar 2020 rechtzeitig Beschwerde, in der die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurden.

Die Begründung der Beschwerde ist ausschließlich auf die Argumentation gestützt, das GSpG widerspreche dem Unionsrecht. Der Vorwurf selbst, es sei ein Glückspielgerät zu bestimmten Zeiten im Lokal vorhanden gewesen wird nicht substantiell bestritten.

I.3. Mit Schreiben vom 4. März 2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Die belangte Behörde legte überdies dar, dass bei ihr keine Verwaltungsstrafvormerkungen aufscheinen würden.

I.4. Mit Schriftsatz vom 15. Jänner 2021 behauptete die Bf neuerlich ausführlich, dass das österreichische Glücksspielgesetz nicht mit dem Unionsrecht in Einklang stehe und legte eine Fülle von teilweise gerichtsbekannten Unterlagen vor, um ihren Standpunkt zu untermauern. Zudem brachte sie zu einer Entscheidung des EuGH vom 12. September 2019 (Rs C-64/18 u.a.) vor. Die Entscheidung behandelt auf das Wesentliche zusammengefasst, die teilweise Überlagerungen von Bestimmungen des AVRAG durch Unionsrecht, wenn es infolge der Kumulation und hohen Mindest- bzw. Höchststrafen zu besonders hohen Gesamtstrafen kommt.
Die Bf bezog sich in diesem Zusammenhang auch auf Vorabentscheidungsersuchen anderer Verwaltungsgerichte und des VwGH und beantragte, das Verfahren bis zu deren Klärung auszusetzen.

I.5. Mit Erkenntnis vom 2. Februar 2021, LVwG-413665/9/FP gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde im Punkt der Strafe statt und reduzierte diese auf 1000 Euro (12 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe). Im Punkt der Schuld wurde die Beschwerde abgewiesen.

I.6. Aufgrund einer außerordentlichen Revision der Bf, hob der Verwaltungsgerichtshof das genannte Erkenntnis im Umfang des Strafausspruchs auf, weil das VwG die Strafsanktionsnorm nicht korrigiert hatte.
Im Übrigen wurde die Revision zurückgewiesen.

I.7. Mit dem gegenständlichen Erkenntnis kommt das VwG dem Auftrag des VwGH nunmehr nach.

Im Hinblick auf den Schuldspruch ist das Erkenntnis, des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 2. Februar 2021 rechtskräftig.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt erliegende Dokumentation der Finanzpolizei, sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Jänner 2021, in der das bei der gegenständlichen Kontrolle anwesende Kontrollorgan als Zeuge einvernommen wurde.

In folgende aktenkundige Dokumente wurde Einsicht genommen:

- Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013
- Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“
- Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums

- Glücksspielbericht 2014 – 2016 des BMF sowie die Schreiben des BMF vom 17. November 2017 samt Beilagen und vom 9. August 2018 hinsichtlich Unionsrechtskonformität
- Glücksspielbericht des BMF 2017 – 2019
- Information der Stabsstelle für Spielerschutz zu Spielerschutzregelungen des Glücksspielgesetzes sowie Maßnahmen in diesem Bereich und deren Wirksamkeit, 5. Auflage, August 2020

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

II.2.1. Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 9. Oktober 2019 um ca. 12:55 Uhr im Lokal „Gasthaus S“ in Adresse, durchgeführten Kontrolle wurde das unter Punkt I.1. genannte Gerät mit der angegebenen Seriennummer vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt.

Das in Rede stehenden Gerät war zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem öffentlich zugänglichen Teil des genannten Lokals, zumindest am Tag der Kontrolle betriebsbereit aufgestellt und stand Spielern zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung. Bei Beginn der Kontrolle spielte ein Gast gerade am Gerät. Durch Anstecken eines USB-Sticks, welcher von der Kellnerin ausgehändigt wurde, konnten Einsätze am Gerät geleistet werden, für die – abhängig vom Einsatz – Gewinne in unterschiedlicher Höhe in Aussicht gestellt wurden.

Von den Organen der Finanzpolizei konnte auf dem Gerät, das im Zuge der Kontrolle mit der FA-Nrn. 1 gekennzeichnet wurde, folgendes Probespiel durchgeführt werden:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Book of Egypt	0,30 bis 15 Euro	300 bis 15.000 Euro

Zudem waren die Walzenspiele Vegas 81, Frosty Fruits und Route 66 und etliche weitere Glücksspiele verfügbar.

Bei den Spielen handelt es sich um virtuelle Walzenspielgeräte, deren Spielablauf sich im Wesentlichen wie folgt darstellt:

Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte

Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel gestartet. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Die Bf ist seit 7. August 2019 und war zumindest bis zum 4. November 2019 handelsrechtliche Geschäftsführerin der J GmbH, die Betreiberin des Lokals „Gasthaus S“ ist.

Weder die Bf, noch die von ihr vertretene Gesellschaft sind im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz.

Spruchpunkt I. des Erkenntnisses des LVwG Oö. vom 2. Februar 2021, LVwG-413665/9/FP lautet:

„I. Der Beschwerde wird dahin teilweise Folge gegeben, dass die verhängte Strafe auf 1.000 Euro (12 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt wird und der Textteil des Spruchs wie folgt zu lauten hat: „Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin der J GmbH zu vertreten, dass diese als Unternehmerin – ohne über eine Konzession nach dem Glücksspielgesetz zu verfügen – zumindest am 9. Oktober 2019 die Aufstellung des Glücksspielgeräts PC msi, Seriennummer X, auf dem virtuelle Walzenspiele verfügbar waren, in ihrem Lokal Gasthaus S in Adresse geduldet und damit verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat“.
Weiters wird bei den verletzten Rechtsvorschriften nach § 52 Abs 1 Z 1 „3. Tatbild“ ergänzt.“

II.2.2. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen 19.915 und 35.827 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als die Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41 % der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit

dem kaum verändert (2009: 42 %). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33 %), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20 %. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4 % auf etwa 8 % verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14 %). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4 % in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5 % teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6 % bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2 % im Jahr 2009 auf ca. 1 % im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.
Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa ein Prozent). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1 % dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8 % zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter, ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2 % dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „Casino Austria“ nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7 % und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4 %. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Casinos von ca. 13,5 % im Jahr 2009 auf ca. 8,1 % im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2 % im Jahr 2009 auf 27,2 % im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076, 2016 748, 2017 1.310, 2018 920 und 2019 723 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319, 2016 1.207, 2017 2.834, 2018 1.751 und 2019 1.335 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2019 in Summe 8.036 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.387 über österreichische Spielbankbesucher und 2.197 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 4.700 online- „Sofort-Checks“. 579.690 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inkl. Österreich) wurden im Jahr 2019 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 88.100 Datensätzen davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.925 Informationsgesprächen und 515 Beratungen bzw. Befragungen führte. Erhöhte Aufmerksamkeit hinsichtlich ihres Spielverhaltens gilt jungen

Erwachsenen. Aufgrund des statistisch nachgewiesenen deutlich geringeren Einkommens, setzt der Konzessionär den Beobachtungs-Prozess deutlich früher an. Von 116.045 jungen Spielbankbesuchern im Alter zwischen 18-25 Jahren während des Jahres 2019 sind 3.880 im Screening aufgefallen und setzten umgehend Spielerschutzmaßnahmen ein. Im Zeitraum 01.01.-31.12.2019 wurden 2.106 Besuchsbeschränkungen auf Wunsch von Gästen bzw. iSd Bestimmungen des § 25 Abs 3 GSpG vorgemerkt und 2.542 Selbstsperren beantragt und umgesetzt. Zum 31.12.2019 sind beim Konzessionär österreichweit insgesamt 36.314 Personen gesperrt. Seit 1.1.2015 sind in den VLT-Outlets die strengeren Spielerschutzbestimmungen der Landesausspielungen sinngemäß anzuwenden. Eine Registrierung aller Spielteilnehmer ist verpflichtend. Seit 01.01.2015 sind in den VLT-Outlets die strengen Spielerschutzbestimmungen der L-GSA sinngemäß anzuwenden (§ 12a Abs 3 GSpG) und damit eine Registrierung aller Spielteilnehmer verpflichtend. 36.864 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inkl. Österreich) wurden im Jahr 2019 den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 17.481 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.535 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren), was zu 1.482 Informationsgesprächen sowie 889 Beratungen bzw. Befragungen führte. In 2019 wurden 1.124 Besuchsbeschränkungen auf Wunsch von Gästen bzw. nach den Bestimmungen des § 25 Abs 3 GSpG vorgemerkt und 1.857 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Es wurden 3.692 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 2.845 über österreichische VLT-Outletbesucher und 743 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 2.333 online-„Sofort-Checks“.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die

Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm. Das System zur Anbindung der L-GSA an das Datenrechenzentrum der BRZ ist seitens des Bundes seit 01.08.2013 in Betrieb, die Anbindung der VLT erfolgte mit 01.01.2015, jene von SBK-GSA mit 01.07.2017. Somit ist seit 01.07.2017 das gesamte legale automatisierte Glücksspiel in Österreich an das Datenrechenzentrum angeschlossen.

Hinsichtlich des illegalen online-Glücksspiels werden folgende Maßnahmen gesetzt: Veröffentlichung einer „white list“ der in Österreich bewilligten Unternehmen auf der Homepage des BMF zur Information darüber, wer in Österreich legal Glücksspiele anbietet; Rechtsinformation zu erlaubten Glücksspielen auf der Homepage des BMF; Verfolgung von Werbung für illegale online-Glücksspiele durch Anzeigen von Medienunternehmen; Verständigung mit anderen EU-Mitgliedstaaten im weiteren Vorgehen; Vorschreibung und Hereinbringung von Glücksspielabgaben auch von illegalen online-Glücksspielen; Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom Juli 2014 zum Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspielen; Kooperationsabkommen zwischen den Regulierungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten zu online-Glücksspiel; repressive und präventive Maßnahmen sowie Aufklärungs- und Informationskampagnen; routinemäßige Überprüfung sogenannter App-Stores auf illegale Glücksspielangebote; Aufforderungsschreiben an die Glücksspiellizenz-/Aufsichtsbehörden in Gibraltar und Malta, in aufrechte und neu zu erteilende Glücksspielkonzessionen eine Vertriebseinschränkung für Internet-Glücksspiele in Österreich aufzunehmen.

II.2.3. Die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände haben sich seit der zuletzt veröffentlichten Entscheidung des VwGH (14. September 2020, Ra 2019/17/0054), insbesondere aber auch seit dem Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nicht geändert.

II.3. Beweiswürdigung:

II.3.1. Der festgestellte Sachverhalt steht aufgrund der Rechtskraft des Schuldspruchs des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 2. Februar 2021, LVwG-413665/9/FP fest und ergab sich dort widerspruchsfrei aus dem abgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät gründeten vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei und der Aussage des als Zeugen vernommenen Kontrollorgans, welches auch die Testspiele durchgeführt hat. Der Spielablauf, die Einsätze sowie mögliche Gewinne hinsichtlich des gegenständlichen Geräts ergeben sich ebenfalls widerspruchsfrei aus der angefertigten Dokumentation.

Bei den genannten Unterlagen – vor allem dem GSp26 Formular, handelt es sich um öffentliche Urkunden. Diese begründen vollen Beweis des durch die Urkundsperson beurkundeten Vorganges und führt zu einer Umkehr der Beweislast (vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens[6], § 47 AVG, S 553 ff; VwGH 21. Oktober 1994, 94/11/0132). Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet worden ist, wurde von der Bf weder geführt und hat die Bf die beurkundeten Vorgänge auch nicht bestritten.

Am vorgefundenen Gerät konnten vom bespielenden Organ der Finanzpolizei Probebespielungen durchgeführt und die Wahrnehmungen dokumentiert werden. Aufgrund dieser Umstände und der ausführlichen Dokumentation bestehen aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den Feststellungen zu den Spielabläufen, die auch mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksspielen übereinstimmen. Diese Feststellungen wurden in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom vernommenen Zeugen abermals bestätigt. Vor allem gab der Zeuge glaubwürdig an, dass ihm von der anwesenden Kellnerin ein USB-Stick zum Zwecke der Aufbuchung von Geld zum Spielen des Glücksspiels ausgehändigt wurde, sodass nicht der geringste Zweifel daran bestehen kann, dass die Bf in die Umstände der Veranstaltung von Glücksspielen eingeweiht war und die Infrastruktur ihres Lokals für die Durchführung von Ausspielungen zur Verfügung gestellt hat.

Die Bf hat allerdings nicht einmal ein Vorbringen in Bezug auf das Fehlen der Tatbestandsmerkmale des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG erstattet, sie hat also weder vorgebracht, dass es sich bei vorliegendem Gerät nicht um ein Glücksspielgerät handelt, noch, dass sie nicht von diesem wusste, noch, dass keine Ausspielungen veranstaltet worden seien oder es sich nicht um Glücksspiele handle, geschweige denn hat sie die von der Finanzpolizei vorgelegten Beweismittel in Zweifel gezogen

oder gar selbst Beweise beantragt, die geeignet wären, die Ermittlungsergebnisse der Finanzpolizei zu widerlegen.

Vielmehr zieht sich die Bf alleine auf den rechtlichen Standpunkt zurück, das GSpG stehe nicht in Einklang mit dem Unionsrecht. Dabei übersieht die Bf, dass ggst. kein Sachverhalt mit Auslandsbezug vorliegt (Näheres in der rechtlichen Beurteilung), sodass dieses Vorbringen samt aller diesbezüglich vorgelegten Beweismittel ins Leere geht.

Was Walzenspielgeräte betrifft hat der VwGH hinsichtlich der mit diesen angebotenen Spielen in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27. April 2012, 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.

Der Ablauf virtueller Walzenspiele ist „notorisch“ (vgl. VwGH 7. Jänner 2019, Ra 2018/17/0131).

Alle wesentlichen Sachverhaltselemente konnten im Verfahren aufgrund des Vorliegens öffentlicher Urkunden und der glaubwürdigen Angaben des Zeugen J geklärt werden und blieben von der Bf unbestritten. Das Verwaltungsgericht hält die Befragung der ursprünglich von ihm geladenen Zeugin G, die aufgrund von Krankheit der Verhandlung fernblieb, deshalb nicht mehr für erforderlich, weil keine strittigen Sachverhaltsfragen vorliegen, die die Einvernahme der Zeugin noch erforderlich machen würde. Die Zeugin ist daher für die Klärung des relevanten Sachverhalts nicht relevant. Die Bf hat die vom Zeugen Justl dargelegten Tatsachen, etwa die Überreichung eines USB-Sticks zum Aufbuchen von Geld – weder bestritten noch sonst releviert und kam es nicht einmal dazu, dass der Zeuge vom Vertreter der Bf befragt wurde.

Der diesbezüglich vom Bf-Vertreter in der ömV gestellte Beweisantrag, die bei der Kontrolle anwesende Kellnerin als Zeugin zum Beweis dafür zu befragen, „dass keine unternehmerische Beteiligung der Beschwerdeführerinnen gemäß § 50 Abs 4 GSpG vorliegt“ entspricht nicht den Bestimmtheitserfordernissen und zielt auf die Klärung einer Rechtsfrage ab, zu der ein Zeugenbeweis nicht geeignet ist.
„Wird nicht aufgezeigt, inwiefern die Vernehmung des beantragten Zeugen eine erhebliche Tatsache ergeben hätte, weil das Beweisthema ohnehin unstrittig ist, so wird kein tauglicher Beweisantrag dargelegt (vgl. E 25. Juni 2009, 2006/07/0105). Somit wird die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht dargetan.“ (29. Juli 2015, 2012/07/0105)
Das Beweisthema ist unbestimmt, weil es nicht darlegt, welche Sachverhaltsfrage die Bf geklärt haben will und läuft ihr Beweisantrag insofern auf einen unzulässigen Erkundungsbeweis hinaus, sodass ein Verfahrensmangel durch Unterlassung der Beweisaufnahme nicht gegeben ist (VwGH 21. Mai 2019, Ra 2019/19/0081).

Dass keine der beteiligten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/themen/gluecksspiel-spielerschutz/gluecksspiel-in-oesterreich/konzessionaere-ausspielbewilligte.html nicht entnehmbar und zielt das Vorbringen der Bf zur angeblichen Unionsrechtswidrigkeit darauf ab, zu behaupten, dass eine Konzession oder Bewilligung gar nicht erforderlich ist.

Dass das verfahrensgegenständliche Gerät zumindest im festgestellten Zeitraum betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus der finanzpolizeilichen Anzeige und ist von der Bf unbestritten.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Geräts eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Auch sind im Verfahren keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Nächstenliebe vorgenommen worden wäre und dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Bei nicht lebensfremder Betrachtung ist davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieses Geräts ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Dass den beteiligten Personen die Funktion des verfahrensgegenständlichen Geräts bekannt war, liegt bei lebensnaher Betrachtung auf der Hand und ist aufgrund der Notwendigkeit der Beistellung des USB-Sticks auch erwiesen. Das erkennende Gericht kann keine Gründe erkennen, die gegen diese Annahme sprechen und hat die Bf diesbezüglich auch kein Vorbringen erstattet.

Die Feststellungen zur Bf und dem Betrieb des Lokals durch die J GmbH ergeben sich aus dem Verfahrensakt der belangten Behörde und dem im Akt einliegenden Firmenbuch– und Gewerberegisterauszug.

II.3.2. Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten und dem problematischen und pathologischen Spielverhalten ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und

Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen.

Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013 und im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 und dem Glücksspielbericht 2017 – 2019. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Es ist im Verfahren überdies nichts hervorgekommen, das seit der Entscheidung des VwGH vom 14. September 2020, Ra 2019/17/0054, auf eine Änderung der Gesamtumstände, die Auswirkungen auf die Frage der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes haben können, schließen ließe. In der genannten Entscheidung hat der VwGH seine Ansicht, das GSpG entspreche dem Unionsrecht unter Berufung auf seine Grundsatzentscheidung vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bekräftigt. Die Bf hat keine Beweismittel vorgelegt, die geeignet wären, die mangelnde Unionsrechtskonformität des GSpG darzutun und kein Vorbringen erstattet, welches auf eine Änderung der Gesamtumstände schließen ließe, zumal die Unterlagen weitgehend veraltet sind und bereits Gegenstand früherer Verfahren und bereits dort nicht zum Erfolg geführt haben. Vielmehr ergibt sich aus dem aktuellen Glücksspielbericht, dass sich die Gesamtumstände nicht geändert haben.
Die von der Bf diesbezüglich vorgelegten Unterlagen stammen aus Zeiträumen, die der VwGH bereits in seine Betrachtung einbezogen hat und ist hinsichtlich des vorgelegten Gutachtens zur Werbetätigkeit anzumerken, dass dieses gleich zu Beginn (Pkt 3.1.) darauf hinweist, dass die Grundlage der Befundaufnahme „die aktuellen Kommunikationsmaßnahmen“ einiger ausgewählter Betriebe in der klassischen Werbung war, wobei die Auflistung „keinen Anspruch auf Vollständigkeit“ darstellt. Zumal bereits im Gutachten selbst darauf verwiesen wird, dass dieses bloß einen Ausschnitt der Werbetätigkeit berücksichtigt, kann dieses nicht dazu dienen, darzulegen, dass das Glücksspielmonopol inkohärent wäre. Der Umstand, dass auch illegales Onlineglücksspiel existiert, ist nicht anders zu bewerten, als der Umstand, dass dieses auch im stationären Bereich – wie eben im vorliegenden Fall – vorkommt, sodass das Gericht nicht zu erkennen vermag, welche Bedeutung das diesbezügliche Vorbringen der Bf in Bezug auf die Gesamtabwägung hat.

Es ergibt sich angesichts der ganz aktuellen Judikatur des VwGH vielmehr, dass sich die Gesamtumstände bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht geändert haben können bzw. ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das eine solche Annahme rechtfertigen würde.

III. Rechtliche Beurteilung

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.

III.2. Rechtliche Beurteilung:

III.2.1. Aufgrund der Rechtskraft des korrigierten Schuldspruchs des im ersten Rechtsgang ergangenen Erkenntnisses des VwG und der diesbezüglichen Zurückweisung der ao. Revision der Bf steht die Schuld der Bf fest.
Sie hat die ihr vorgeworfene Tat in objektiver und subjektiver Hinsicht begangen.

III.2.2. 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. November 1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist.

Aus dem Verfahrensakt ergibt sich, dass die Bf erstmalig delinquent wurde.
Die Tat wurde mit einem Gerät begangen. Es kommt daher § 52 Abs 2 1. Fall GSpG (BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014) zur Anwendung.

Der Bf kommt ihre Unbescholtenheit als wesentlicher Milderungsgrund zugute. Es liegen auch keine ersichtlichen Erschwerungsgründe vor, sodass das Gericht nicht nachvollziehen kann, warum die belangte Behörde davon ausgeht, dass bei der Bf eine derart hohe Strafe erforderlich ist, um sie von weiteren derartigen Taten

abzuhalten. Das Gericht geht davon aus, dass bei der Bf die Mindeststrafe verhängt werden kann und diese zu einer Änderung ihres Verhaltens ausreicht.

Das Gericht reduziert die verhängte Strafe daher auf die Mindeststrafe von 1.000 Euro, die auch bei Annahme nur des Kontrolltages als Tatzeitpunkt gerechtfertigt ist.
Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde von der belangten Behörde unnachvollziehbar niedrig bemessen. Bei einer Geldstrafe von 3.000 Euro, wäre eine Ersatzfreiheitsstrafe von 100 Stunden zu verhängen gewesen, bei einer Strafe von 1.000 Euro sohin 33 Stunden (Strafrahmen 1.000 – 10.000 Euro: 336: 10000 x 1000).
Angesichts des im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorherrschenden Verschlechterungsverbotes bleibt es demnach bei einer Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden.

Zumal also die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde, sind die konkreten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse der Bf ohne Belang.
Überwiegende Milderungsgründe iSd § 20 VStG liegen auch nicht vor.
Eine Ermahnung gemäß § 45 Abs 1 letzter Absatz VStG kommt aufgrund des nicht als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung nicht in Betracht und hat die Bf zudem das in der zugrundeliegenden Bestimmung typisierte Verhalten gesetzt.

Aufgrund der fehlerhaften Anführung der Strafsanktionsnorm war der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Dezember 2023, GZ: Ra2021/17/0147-5 folgend eine entsprechende Korrektur vorzunehmen.

III.2.3. Der Beschwerde ist daher im Punkt der Strafe Folge zu geben.

III.2.4. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG sind der Bf aufgrund ihres teilweisen Obsiegens keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen. Die Kosten des behördlichen Verfahrens sind auf 10 % der Strafe zu reduzieren (§ 64 VStG)

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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbemessung ab. Diese unterliegt der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts und erfolgt im Wege einer Ermessensentscheidung die grundsätzlich nicht revisibel ist. 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

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. Pohl