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-412111/54/FP**

Datum: **Linz, 13. Februar 2025**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von A__, geb. tt.mm.jjjj, Aufenthalt unbek., zuletzt B-Straße, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Mai 2017, GZ: VStV/917300579518/2017, wegen einer Übertretung des GSpG, nach Aufhebung des Ausspruchs über die Strafe und die Kosten durch das Erkenntnis des VwGH vom 17. März 2020, GZ: Ra 2018/17/0168, iVm dem Erkenntnis des VwGH vom 13. Oktober 2021, GZ: Ra 2020/17/0070, und vom 20.06.2024, Ra 2022/12/0007, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, im 5. Rechtsgang

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge gegeben, dass die verhängten Strafen auf jeweils 3.000 Euro pro Gerät (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils 30 Stunden) herabgesetzt werden und im Spruch die Strafsanktionsnormen jeweils dahin korrigiert werden, dass „§ 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 118/2016" durch „§ 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 118/2016" ersetzt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens reduziert sich auf 2.400 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

[strojový překlad

I. Odvolání je vyhověno v tom, že uložené tresty jsou sníženy na 3 000 eur za zařízení (alternativní tresty odnětí svobody v délce 30 hodin) a normy trestních sankcí v rozsudku jsou opraveny z „§ 52 odst. 1, bod 1, 3. scénář GSpG“ na „§ 52, odstavec 2, třetí scénář GSpG“.

II. Stěžovatel není povinen přispívat na náklady odvolacího řízení. Příspěvek na náklady správního řízení se snižuje na 2 400 eur.

III. Proti tomuto rozhodnutí není řádný opravný prostředek.]

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Mai 2017 wurde der Beschwerdeführer (Bf) schuldig erkannt, er habe als Geschäftsführer der C__ und somit als nach außen vertretungsbefugtes Organ Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) begangen, weil die C__ am 16. März 2017 um 10:58 Uhr als Betreiberin eines näher bezeichneten Lokals zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht habe, indem sie die Aufstellung und den Betrieb von acht Glücksspielgeräten geduldet habe, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen durchgeführt worden seien und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei. Die belangte Behörde verhängte über den Bf Geldstrafen in der Höhe von jeweils 6.000 Euro sowie Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 30 Stunden und schrieb ihm einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor.

I.2. Der dagegen erhobenen Beschwerde gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch den damals zuständigen Einzelrichter mit Erkenntnis vom 29. August 2017 Folge, hob das Straferkenntnis auf und stellte das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ein.

I.3. Mit Erkenntnis vom 8. Jänner 2018, Ra 2017/17/0862, hob der Verwaltungsgerichtshof über Amtsrevision des Bundesministers für Finanzen (BMF) das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof mit Verweis auf sein Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, im Wesentlichen aus, eine Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes sei ausgehend von den Verfahrensergebnissen nicht zu erkennen.

I.4. In der Folge gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde des Bf mit Erkenntnis vom 25. Jänner 2018 insoweit statt, als die Höhe der Geldstrafen auf jeweils 4.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 28 Stunden herabgesetzt wurden. Im Übrigen wies es die Beschwerde als unbegründet ab. Weiters sprach das Verwaltungsgericht aus, der Bf habe keinen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren zu leisten; der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde ermäßige sich auf 3.200 Euro.

I.5. Dagegen erhob der Bf zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 12. Juni 2018, E 858/2018-5, ablehnte und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat.
Daraufhin erhob der Bf Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Dieser hob mit Erkenntnis vom 27. März 2020, Ra 2018/17/0168, das Erkenntnis des Verwal-

tungsgerichts vom 25. Jänner 2018 im Umfang seines Ausspruches über die verhängte Strafe und die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Im Übrigen wies er die Revision zurück. Den hier interessierenden aufhebenden Teil seines Ausspruchs begründete der Verwaltungsgerichtshof damit, dass das Verwaltungsgericht die Anführung der Strafsanktionsnorm trotz ihres Fehlens im behördlichen Straferkenntnis im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses nicht nachgeholt habe.

I.6. Das Verwaltungsgericht gab der Beschwerde des Bf in der Folge mit Erkenntnis vom 20. April 2020 insoweit statt, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 4.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 28 Stunden herabgesetzt wurden und die im Spruch des Straferkenntnisses angeführte Strafsanktionsnorm „§ 52 Abs. 2 vierter Strafrahmen GSpG" anstelle „§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild" lautet. Im Übrigen wies es die Beschwerde als unbegründet ab. Weiters sprach es aus, der Bf habe keinen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren zu leisten; der Kostenbeitrag für das Verfahren vor der belangten Behörde ermäßige sich auf 3.200 Euro.

I.7. Über Revision des Beschwerdeführers hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13. Oktober 2021, Ra 2020/17/0070, das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 20. April 2020 abermals wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf. Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof aus, im Erkenntnis des Verwaltungsgerichts entziehe sich betreffend seine inhaltliche Rechtmäßigkeit in Ansehung der Heranziehung des vierten Strafsatzes des § 52 Abs. 2 GSpG einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof, weil keine Feststellung zu einschlägigen, im Tatzeitraum bereits formell rechtskräftigen Vorstrafen getroffen worden seien.

I.8. Mit dem daraufhin ergangenen Erkenntnis vom 16. November 2021 gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde des Bf statt und hob das Straferkenntnis ersatzlos auf. Die Revision erklärte es gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für zulässig.

I.9. Über ordentliche Amtsrevision des Bundesministers für Finanzen (BMF) hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes mit Erkenntnis vom 20. Juni 2024, Ro 2022/12/0007, auf.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Verwaltungsakten, insbesondere in die im Akt erliegende Dokumentation der Finanzpolizei, sowie aufgrund des Richterwechsels erforderlich gewordenen Durchführung einer weiteren öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Februar 2025, zu welcher nur ein Vertreter der Finanzbehörde erschienen

ist. Nach Bekanntgabe der Auflösung des Vollmachtsverhältnisses zur bisher vertretenden Anwaltskanzlei (vgl. ON 46) hat das Verwaltungsgericht versucht, den Bf durch Internetrecherche ausfindig zu machen. Es wurde auch versucht, die Ladung zur Verhandlung an die gerichtsbekannte Kanzleiadresse des Bf in D__ zuzustellen, was misslang. Ein Auszug aus dem Register der tschechischen Anwaltskammer ergibt, dass der Bf aus der Liste gestrichen ist, woraus sich ergibt, dass der Bf an einer ehemaligen Kanzleiadresse nicht mehr erreichbar ist. Zumal der Bf eine neue Abgabestelle nicht bekannt gegeben hat und eine Abgabestelle nicht ohne Schwierigkeiten festgestellt werden konnte wurde die Ladung § 23 Abs. 1 ZustG ohne weiteren Zustellversuch im Akt hinterlegt.

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

Der rechtskräftige Schuldspruch des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 12. Mai 2017, GZ: VStV/917300579518/2017, lautet:

„Sie haben, wie am 16.03.2017 um 10:58 Uhr, in E__, F-Wegs, im Lokal mit der Bezeichnung „G__", von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels, festgestellt wurde, zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, indem Sie als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ, nämlich als Geschäftsführer der Firma C__, welche das Lokal betreibt, die Aufstellung und den Betrieb von den Glücksspielgeräten mit den Gehäusebezeichnungen

FA1), Gehäusebezeichnung „Ambassador",	Seriennr. 480064
FA2), Gehäusebezeichnung „Ambassador",	Seriennr. 400610 RevA
FA3), Gehäusebezeichnung „ACT",	Seriennr. -
FA4), Gehäusebezeichnung „ACT",	Seriennr. -
FA5), Gehäusebezeichnung „ACT",	Seriennr. -
FA6), Gehäusebezeichnung „BUSY BEE, Ineractive Game",	Seriennr. -
FA7), Gehäusebezeichnung „gamesystem",	Seriennr. -
FA8), Gehäusebezeichnung „ACT",	Seriennr. -

seit 01.04.2015, im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen durchgeführt wurden 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 Tatbild 3 GSpG […]"
[genanntes StE, LVwG Oö. 25.01.2018, GZ: LVwG-412111/15/Gf/Mu, VwGH 27.03.2020, Ra 2018/17/0168-5]

Es kann nicht festgestellt werden, dass im Zeitpunkt der gegenständlichen Tat, am 16. März 2017, rechtskräftige Vorstrafen vorlagen, die im Zeitpunkt des Ergehens der gegenständlichen Entscheidung nicht bereits getilgt sind.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt steht aufgrund der Rechtskraft des Schuldspruchs des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 25. Jänner 2018, LVwG-412111/15/Gf/Mu (iVm dem Erkenntnis des VwGH vom 27. März 2020, Ra 2018/17/0168), fest.

Was die Feststellungen zu relevanten Verwaltungsvorstrafen betrifft, liegen zwar eine Fülle von Verwaltungsvorstrafen vor, allerdings dauert das Verfahren vor Verwaltungs- und Verfassungsgerichten insbesondere aufgrund von Verfahren bei den Höchstgerichten (4 x VwGH, 1 x VfGH) nunmehr bereits seit fast 7 Jahren, woraus sich ergibt, dass Strafen, die zum Zeitpunkt der Tat vor sieben Jahren rechtskräftig erledigt waren, im Zeitpunkt der gegenständlichen Tat getilgt sein müssen, weil mehr als fünf Jahre vergangen sind.

Insofern liegen keine verwertbaren Vorstrafen, weder in Bezug auf Strafbemessungsgründe, noch in Bezug auf die Qualifikation mehr vor.

III. 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.

<u>Die hier wesentlichen Bestimmungen des VStG lauten:</u>

„§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen."

„§ 55. (1) Ein wegen einer Verwaltungsübertretung verhängtes Straferkenntnis zieht, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, keinerlei Straffolgen nach sich und gilt mit Ablauf von fünf Jahren nach Eintritt der Rechtskraft als getilgt.

(2) Getilgte Verwaltungsstrafen dürfen in amtlichen Auskünften für Zwecke eines Strafverfahrens nicht erwähnt und bei der Strafbemessung im Verwaltungsstrafverfahren nicht berücksichtigt werden."

IV. Rechtliche Beurteilung:

IV.1. Aufgrund der Rechtskraft des Schuldspruchs des im zweiten Rechtsgang ergangenen Erkenntnisses des VwG und der diesbezüglichen Zurückweisung der ao. Revision des Bf steht die Schuld des Bf rechtskräftig fest.
Der Bf hat die ihm vorgeworfene Tat in objektiver und subjektiver Hinsicht begangen.

[IV.1. Z důvodu pravomocnosti výroku o vině VwG ve druhém soudním řízení a s tím souvisejícího zamítnutí mimořádného opravného prostředku. Po odvolání stěžovatele byla vina stěžovatele uznána jako konečná a závazná. Stěžovatel se dopustil trestného činu, který je mu kladen za vinu, jak po objektivní, tak i subjektivní stránce.]

IV.2. Strafbemessung

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.

Wie bereits in der Beweiswürdigung angedeutet hat das vorliegende Verfahren aufgrund mehrerer Aufhebungen durch den VwGH und eines Rechtsganges beim VfGH mehrere (7) Jahre in Anspruch genommen.

Dies wirkt sich insofern aus, als verwertbare Vorstrafen aufgrund von Tilgung nicht mehr vorliegen.

Der Erschwerungsgrund der Verurteilung wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat muss als rechtskräftige Bestrafung zum Zeitpunkt der durch sie erschwerten Tat, für die die Strafe bemessen werden soll, bereits vorgelegen sein (VwGH 25.06.2014, 2011/07/0004).

Es stehen also keine Vorstrafen mehr zur Verfügung, die als erschwerungsgründe in Betracht kommen, weil diese einerseits vor der vorliegenden Tat rechtskräftig festgestellt sein mussten, andererseits mittlerweile jedenfalls mehr als fünf Jahre vergangen sein müssen.

Bereits getilgte Verwaltungsstrafen bei der Strafbemessung nicht berücksichtigt werden dürfen (§ 55 Abs 2). Tritt die Tilgung während des Rechtsmittelverfahrens ein, ist dieser Umstand noch zu berücksichtigen (VwGH 05.11.1997, 97/03/0141, noch zur Berufung).

„Von einer ‚Wiederholung' iSd § 52 Abs. 2 GSpG 1989 kann nur dann gesprochen werden, wenn zumindest eine einschlägige Vorstrafe vorliegt. Nach dem systematischen Aufbau des Gesetzestextes bestimmt die Einordnung der Vortat, ob ein ‚Wiederholungsfall' im Sinn des zweiten Strafsatzes (bei einer Vorstrafe wegen höchstens drei Übertretungen) bzw. vierten Strafsatzes (bei einer Vorstrafe wegen mehr als drei Übertretungen) vorliegt. Der im Fall ‚der erstmaligen und weiteren Wiederholung' vorgesehene zweite Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG 1989 setzt nach dem systematischen Aufbau des Gesetzestextes die Bestrafung wegen einer Vortat nach dem ersten Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG 1989 voraus, bezieht sich das strafsatzbestimmende Kriterium der Wiederholung in diesem Fall doch auf die Übertretung des Abs. 1 Z 1 legcit. mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen (vgl. VwGH 25.4.2019, Ra 2018/09/0204). Maßgeblich sind Vortaten, die im Tatzeitraum bereits formell rechtskräftig waren (vgl. VwGH 25.9.2019, Ra 2019/09/0005, 0006). (VwGH 03.02.2022, Ra 2020/17/0127)

„Dass getilgte Verwaltungsstrafen bei der Strafbemessung nicht berücksichtigt werden dürfen, bedeutet insb, dass sie nicht mehr gem § 33 Z 2 StGB iVm § 19 Abs 2 als erschwerend oder die Straftat qualifizierend gewertet werden dürfen (zB VwGH 27. 1. 2011, 2010/09/0243; vgl auch VwGH 5. 11. 1997, 97/03/0141, […])." [in *Lewisch/Fister/Weilguni,* VStG[3] § 55 Rz 7 (Stand 01.07.2023, rdb.at); Hervorhebung nicht im Original]

Auf das Wesentliche zusammengefasst ergibt sich also, dass sowohl für die Verwertung als Erschwerungsgrund, als auch für die Verwertung im Rahmen der Feststellung einer Qualifikation nur solche Strafen in Betracht kommen, die noch nicht getilgt sind und diese überdies – ganz generell – im Zeitpunkt der Tat bereits rechtskräftig sein mussten, weshalb auf der Hand liegt, dass diese nun, fast sieben Jahre danach, getilgt sein müssen.

Der Bf kann daher nicht mehr nach dem ursprünglich zur Anwendung kommenden vierten Strafsatz (Qualifikation „Wiederholungstat"), sondern nur nach dem dritten Strafsatz (Qualifikation „mehr als drei Geräte") bestraft werden.
Zudem sind keinerlei Erschwerungsgründe ersichtlich, jedoch ist dem Bf in Bezug auf die Tat am 17. März 2017 Unbescholtenheit zuzugestehen.

Gemäß § 35 Abs. 2 StGB ist es überdies ein Milderungsgrund, wenn das gegen den Täter geführte Verfahren aus einem nicht von ihm oder seinem Verteidiger zu vertretendem Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat.

Nach der Judikatur des VwGH (E 14.10.2011, 2009/09/0239), die in Einklang mit jener des EGMR steht, wird das Gesetz bei der Strafbemessung in einer dem Art. 6 MRK widersprechenden Weise angewendet, wenn eine überlange Verfahrensdauer nicht festgestellt und strafmildernd bewertet wurde. Die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist dabei anhand der besonderen Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Schwierigkeit des Falles, des Verhaltens der Partei und der staatlichen Behörden im betreffenden Verfahren und der Bedeutung der Sache für die Partei zu beurteilen. Die maßgebliche Frist beginnt, sobald die Partei durch offizielle Mitteilung oder auch in sonstiger Weise in Kenntnis gesetzt wird, dass gegen sie wegen des Verdachts, eine strafbare Handlung begangen zu haben, Ermittlungen mit dem Ziel strafrechtlicher Verfolgung durchgeführt werden (vgl. E 03.11.2008, 2003/10/0002; E 24.06.2009, 2008/09/0094; Urteil EGMR vom 06.05.2008, Karg gg. Österreich, ÖJZ 2008/16 (MRK) 10). Diese Judikatur des EGMR erfordert allenfalls auch Unterschreitungen von Mindeststrafen.

Die Bf hat die ggst. Tat im März 2017 begangen. Dem Akt kann nicht entnommen werden, dass sich der Fall als besonders schwierig erweist.
Es ist daher jedenfalls von einer überlangen Verfahrensdauer auszugehen.

Erschwerend ist der lange Tatzeitraum von 1. April 2015 bis zum 16. März 2017 zu werten, in dem der Bf ein hochprofessionelles System illegalen Glücksspiels in dem seiner Kontrolle unterliegenden Lokal geduldet hat.

Es liegen insofern zwei Milderungsgründe und ein Erschwerungsgrund vor. Die Milderungsgründe überwiegen den gewichtigen Erschwerungsgrund noch nicht beträchtlich, sodass die Anwendbarkeit des § 20 VStG nach Auffassung des Gerichts nicht eröffnet wird.
„Das GSpG ermöglicht in Verbindung mit dem VStG eine sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Ausmessung der für geboten erachteten Strafe bzw. Strafen (vgl. VwGH 6.5.2020, Ra 2020/17/0001)." (VwGH 27.05.2024, Ra 2021/17/0137)

„Die Verhängung von Mindestgeldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 vierter Strafsatz GSpG 1989 iVm. dem VStG ist daher bei Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG 1989 grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar. Zwar trifft es zu, dass dann, wenn im Einzelfall

außerordentliche Umstände vorliegen, die vom „Gesetzgeber bei der Erstellung des gesetzlichen Strafrahmens nicht hinreichend berücksichtigt worden sind und bei denen auch mit der Anwendung des § 20 VStG nicht das Auslangen gefunden werden kann, bei der Anwendung dieser Rechtsgrundlagen sicherzustellen ist, dass die jeweils bemessene Geldstrafe und die Gesamtsumme der verhängten Geldstrafen nicht außer Verhältnis zum durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Nutzen stehen (VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013)." (VwGH 04.11.2024, Ra 2023/12/0007

Insofern ergibt sich, dass – auch im Hinblick auf den mit den Glücksspielgeräten erzielbaren wirtschaftlichen Nutzen – eine Strafe von 3.000 Euro pro Gerät jedenfalls angemessen ist.

Es ist daher die Mindeststrafe des § 52 Abs 2 3. Strafsatz GSpG, sohin 3.000 Euro pro Gerät zu verhängen. Zumal sich hier eine höhere Ersatzfreiheitsstrafe ergeben würde, hat es bei den verhängten Ersatzfreiheitsstrafe zu bleiben.

Eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Absatz VStG kommt aufgrund des nicht als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung nicht in Betracht und hat der Bf zudem das in der zugrundeliegenden Bestimmung typisierte Verhalten gesetzt.

Aufgrund der fehlerhaften Anführung und der Änderung der Strafsanktionsnorm, ist eine entsprechende Korrektur vorzunehmen.

[Jak již bylo naznačeno při hodnocení důkazů, toto řízení trvalo několik (7) let z důvodu několika zrušení správním soudem a soudního řízení před Ústavním soudem. To má za následek, že použitelná předchozí odsouzení již neexistují kvůli výmazu. Přitěžující okolnost odsouzení za trestný čin na základě stejného škodlivého sklonu musí existovat jako pravomocný trest v době jím ztíženého činu, pro který má být trest stanoven (VwGH 25. června 2014, 2011/07/0004). Již proto nejsou k dispozici žádná předchozí odsouzení, která by bylo možné považovat za přitěžující okolnosti, protože na jedné straně musela být pravomocně zjištěna před tímto trestným činem a na druhé straně od té doby muselo uplynout alespoň pět let. Ke správním sankcím již zaplaceným nelze při stanovení penále přihlížet (§ 55 odst. 2). Dojde-li ke splacení v průběhu odvolacího řízení, musí být tato okolnost stále zohledněna (VwGH 5. 11. 1997, 97/03/0141 stále v odvolání). „O ‚opakování' ve smyslu § 52 odst. 2 GSpG 1989 lze hovořit pouze v případě, že existuje alespoň jedno relevantní předchozí odsouzení. Podle systematické struktury právního textu klasifikace predikativního trestného činu určuje, zda se jedná o „opakovaný trestný čin" ve smyslu druhé trestní věty (v případě předchozího odsouzení za nejvýše tři trestné činy) nebo čtvrté trestní sazby (v případě předchozího odsouzení za více než tři trestné činy). Podle systematické struktury textu zákona předpokládá druhý trest stanovený v § 52 odst. 2 GSpG 1989 v případě „prvního a dalšího opakování" trest za předchozí trestný čin podle prvního trestu podle § 52 odst. 2 GSpG 1989.

Odstavec 1 se totiž vztahuje k kritériu určujícímu trest v tomto případě opakování 1 zákona. až se třemi hracími přístroji nebo jinými předměty rušení (srov. VwGH 25.4.2019, Ra 2018/09/0204). Relevantní jsou predikativní delikty, které byly v době spáchání již formálně právně závazné (srov. VwGH 25.9.2019, Ra 2019/09/0005, 0006). (VwGH 03.02.2022, Ra 2020/17/0127) "Skutečnost, že ke zrušeným správním trestům nelze při stanovení trestu přihlížet, znamená zejména to, že již nemohou být považovány za přitěžující nebo kvalifikující přestupek v souladu s § 33 Z 2 StGB ve spojení s § 19 odst. 2 (např. VwGH 27. 1. 2011, 1GH97, také. 97/03/0141, [...])." [ve Lewisch/Fister/Weilguni, VStG3 § 55 Rz 7 (k 1.7.2023, rdb.at); Zdůraznění není v originále] Shrneme-li hlavní body, z toho vyplývá, že jak pro účely použití jako přitěžujícího faktoru, tak pro účely určení kvalifikace přicházejí v úvahu pouze tresty, které dosud nebyly smazány, a navíc tyto tresty – zcela obecně – musely být již v době spáchání trestného činu právně závazné, a proto je zřejmé, že nyní musí být smazány, tedy téměř o sedm let později. Stěžovatel tedy již nemůže být potrestán podle původně platného čtvrtého trestu (kvalifikace „opakování přestupku"), ale pouze podle třetího trestu (kvalifikace „více než tři zařízení"). Dále nejsou patrné žádné přitěžující okolnosti, ale žadateli musí být s ohledem na přestupek dne 17. března 2017 udělen čistý rejstřík. Dále podle § 35 odst. 2 trestního zákona je polehčující skutečností, jestliže řízení proti pachateli trvalo nepřiměřeně dlouho z důvodů, za které on nebo jeho obhájce neodpovídají. Podle judikatury správního soudu (E ze dne 14. října 2011, 2009/09/0239), která je v souladu s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, se při stanovení trestu použije právo v rozporu s článkem 6 EÚLP, pokud nebyla zjištěna a posouzena nepřiměřeně dlouhá doba řízení jako polehčující okolnost. Otázku přiměřenosti délky řízení je třeba posuzovat na základě konkrétních okolností jednotlivého případu, zejména obtížnosti případu, postupu účastníka a státních orgánů v předmětném řízení a významu věci pro účastníka řízení. Příslušná lhůta začíná běžet, jakmile je strana informována úředním sdělením nebo jiným způsobem, že je proti ní vedeno trestní stíhání pro podezření ze spáchání trestného činu (viz E 3. listopadu 2008, 2003/10/0002; E 24. června 2009, 2008/09/009 rozsudek ECÖt 2008/09/0094 ECÖt HR ze dne 6. 2008/16 (MRK) 10). Tato judikatura EÚLP může rovněž vyžadovat nižší minimální tresty. Bf má ggst. Trestný čin spáchaný v březnu 2017. Ze spisu nelze usuzovat, že by se případ ukázal jako zvlášť obtížný. Dá se tedy očekávat, že řízení bude trvat nepřiměřeně dlouho.

Přitěžujícím faktorem je dlouhá doba od 1. dubna 2015 do 16. března 2017, po kterou stěžovatel toleroval vysoce profesionální systém nelegálního hazardu v provozovně pod jeho kontrolou. V tomto ohledu existují dva polehčující faktory a jeden přitěžující faktor. Polehčující okolnosti zatím výrazně nepřevažují nad závažnými přitěžujícími okolnostmi, takže podle názoru Soudu se aplikovatelnost § 20 VStG neuplatní. "GSpG ve spojení s VStG umožňuje stanovit sankce nebo sankce, které jsou považovány za nezbytné s přihlédnutím ke všem okolnostem jednotlivého případu (srov. VwGH 6.5.2020, Ra 2020/17/0001). (VwGH 27.05.2024, Ra 7/017/1)." „Ukládání minimálních pokut podle § 52 odst. 2 čtvrtá

sankční doložka GSpG 1989 ve spojení s. VStG je tedy v případě porušení § 52 odst. 1 bod 1 GSpG 1989 zásadně slučitelný s unijním právem. Platí, že pokud se v jednotlivých případech vyskytnou výjimečné okolnosti, které zákonodárce dostatečně nezohlednil při sestavování zákonné sankční úpravy a kde nepostačuje aplikace § 20 trestního zákoníku, je třeba při aplikaci těchto právních základů dbát na to, aby uložená pokuta v každém případě a celková výše uložených pokut nebyly nepřiměřené hospodářskému prospěchu, kterého lze trestaným trestným činem dosáhnout (220,10.20 7/0013)." (VwGH 04.11.2024, Ra 2023/12/0007 V tomto ohledu z toho vyplývá, že – také s ohledem na ekonomický přínos, kterého lze s hracími přístroji dosáhnout – je v každém případě sankce 3 000 eur za přístroj namístě. Musí být tedy uložena minimální pokuta podle § 52 odst. 2 třetí trestní věty GSpG, tedy 3 000 eur za zařízení. Zejména proto, že by to vedlo k vyššímu alternativnímu trestu odnětí svobody, musí zůstat uložený alternativní trest odnětí svobody v platnosti. O upozornění podle § 45 odst. 1 posledního odstavce zákona o správních deliktech nelze uvažovat z důvodu, že protiprávnost správního deliktu nelze považovat za méně závažnou a navíc se žadatel choval způsobem uvedeným v podkladovém ustanovení. Z důvodu nesprávné citace a změny normy trestního postihu je nutné provést patřičnou opravu.]

IV.3. Der Beschwerde ist daher im Ergebnis teilweise Folge zu geben und sind die Strafen zu reduzieren.

IV.4. Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG ist dem Bf kein Verfahrenskostenbeitrag aufzuerlegen.

Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens ist entsprechend zu reduzieren (§ 64 Abs 2 VStG; 10 % der Strafe).

[IV.3. Stížnosti by proto mělo být částečně vyhověno a sankce sníženy.
IV.4. Podle § 52 odst. 8 a 9 zákona o správním soudnictví (VwGVG) není žadatel povinen hradit žádný příspěvek na náklady řízení. Přiměřeně musí být snížen příspěvek na náklady správního řízení (§ 64 odst. 2 zákona o správním trestání; 10 % z pokuty).]

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. 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.

Rechtsmittelbelehrung

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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.

Poučení o pravných prostředcích

Proti tomuto rozhodnutí existuje možnost podání stižnosti během šest týdnů od data doručení u Ústavního Soudu („Verfassungsgerichtshof“) a/nebo mimořádného revíze u Spravního Soudu („Verwaltungsgerichtshof“). Stižnost k Ústavnímu Soudu musí být podána bezprostředně u tehoto, revíze k Spravnímu Soudu u Zemského Spravního Soudu Horního Rakouska („Landesverwaltungsgericht Oberösterreich“). Vypracování a podání stižnosti nebo revize musí být provedeno autorizovaným právním zástupcem. Za stižnosti nebo revizi musí být uhrazen vstupní poplatek ve výši 240 EUR. Máte možnost vzdát se revize k správnímu soudu a stižnosti k Ústavnímu soudu. Takové vzdáni se má za následek, že již nelze uplatnit revizi k správnímu soudu a stižnosti k Ústavnímu soudu. Vzdáni se musí být oznámeno písemně nebo prohlášeno k protokolu. Kdýž vzdání se nebýlo podáno profesionálním zástupcem strany nebo v jeho přítomnosti, může být odňato během tří dnů písemně nebo k protokolu.

Hinweis

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.

P o z n á m k y

Právní pomoc pro řízení se poskytuje straně zcela nebo zčásti, pokud strana není schopná uhradit náklady spojené s řízením, aniž by bylo dotčeno nezbytné výživné, a pokud se nezdá, že by zamýšlené právní stíhání nebo obhajoba byla svévolná nebo beznadějná.
Právnické osobě nebo jiné výtvoru v pozici strany, který může být účastníkem řízení, bude poskytnuta právní pomoc u řízení, pokud prostředky nezbytné pro vedení řízení nemohou být sehnány ani jím ani jejími finančně zúčastněnými u řízení a pokud se nezdá, že by zamýšlené právní stíhání nebo obhajoba byla svévolná nebo beznadějná.
To stejné platí o úředně jmenovanem orgánu nebo právním zástupcem, kteří jednají jménem majetkové podstaty, pokud prostředky nezbytné pro vedení řízení nemohou být získány ani od majetkové podstaty, ani od těch, kteří jsou finančně zúčastněny u řízení.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl