

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.05.2013

Geschäftszahl

2012/17/0567

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höfinger sowie die Hofrätinnen Mag. Nussbaumer Hinterauer und Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde der A W in S, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 23. Oktober 2012, Zl. UVS 303.17-4/2012-18, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

1. Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Abspruches über die Ersatzfreiheitsstrafe wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.
3. Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. Die Beschwerdeführerin ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der A.-GmbH, die in S ein Lokal betreibt.

In diesem Lokal wurde am 3. November 2011 ein Glücksspielgerät aufgestellt und bis zum 11. Jänner 2012 betrieben. Auf diesem Gerät wurden keine spielrelevanten Entscheidungen getroffen, sondern es diente als Ein- und Ausgabegerät, das über einen Server in G mit mehreren Glücksspielautomaten (Serverautomaten) verbunden war, auf welchen alle entscheidenden Spielfunktionen ausgeführt wurden. Ein Spieler konnte auf dem gegenständlichen Gerät eines der Walzenspiele wählen und anschließend seinen Einsatz tätigen, welcher dann als Kredit am "Credit Display" visualisiert, jedoch physisch am disloziert aufgestellten Glücksspielautomaten gutgeschrieben wurde. Der höchste Einsatz pro Spiel betrug EUR 5,--, der maximale Gewinn EUR 10,-- und 49 Sonderspiele. Die Auszahlung eines Gewinnes erfolgte vor Ort durch das Personal des Lokals.

Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz bzw. eine Bewilligung nach dem Steiermärkischen Veranstaltungsgesetz lag nicht vor.

2. Mit erstinstanzlichem Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Murau vom 16. Mai 2012 wurde die Beschwerdeführerin als handelsrechtliche Geschäftsführerin der A-GesmbH einer Übertretung des § 2 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) für schuldig erkannt und eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 5.000,--, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen, verhängt.

3. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung der Beschwerdeführerin gegen dieses Straferkenntnis dem Grunde nach mit der Maßgabe ab, dass der Tatvorwurf um den Satz: "Es wurden verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt, da weder eine Konzession noch eine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vorlagen und die Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.", ergänzt wurde. Gleichzeitig schränkte die belangte Behörde den Tatvorwurf dahingehend ein, dass die Beschwerdeführerin die Verwaltungsübertretung nicht in der Schuldform des Vorsatzes, sondern in der Schuldform der Fahrlässigkeit zu verantworten habe. Hinsichtlich des Strafausmaßes gab die belangte Behörde der Berufung dahin Folge, dass die Strafe gemäß § 19 VStG mit EUR 4.500,-- neu bemessen wurde.

- 3.1. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, die Auslagerung von Teilen eines Spieles ändere nichts an dem Umstand, dass Ausspielungen am Aufenthaltsort des Spielers stattfänden (mit Hinweis u.a. auf die hg. Erkenntnisse vom 14. Dezember 2011, Zlen. 2011/17/0155 und 0150).

Da im Tatzeitraum ohne Vorliegen einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG mit dem gegenständlichen Gerät Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG durchgeführt worden seien, handle sich bei den durchgeführten Spielen, um verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 4 GSpG. Eine Strafbarkeit nach § 168 StGB liege nicht vor, weil im Zusammenhang mit der Teilnahme an diesen Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über EUR 10,-- nicht geleistet worden seien.

Zur subjektiven Tatseite führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin habe sich mit der Funktionsweise des Terminals und den Bestimmungen des GSpG nicht auseinandergesetzt und ausschließlich auf die Aussagen des Zeugen B - ihres Ehemannes - verlassen. In dubio pro reo sei davon auszugehen, dass sie nicht vorsätzlich, sondern zufolge Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt, (nur) fahrlässig gegen die maßgeblichen Bestimmungen des GSpG verstoßen und der Vorsatz nur die fortgesetzte Einnahmenerzielung umfasst habe. Auch wenn die Beschwerdeführerin das Unrecht ihrer Tat nicht erkannt habe, so sei sie keinem unverschuldeten Rechtsirrtum unterlegen, da die Unkenntnis eines Gesetzes oder eine irrige Rechtsauslegung nur dann als unverschuldet angesehen werden könnten, wenn jemandem die Verwaltungsvorschriften trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben seien. Selbst guter Glaube stelle damit keinen Schuldausschließungsgrund her, wenn es Sache der Partei sei, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen und im Zweifel bei einer zuständigen Behörde anzufragen. Dazu bedürfe es einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. In der Unterlassung von solchen Erkundigungen liege zumindest fahrlässiges Verhalten (mit Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 23. Dezember 1991, Zl. 88/17/0010). Gerade dann wenn eine Konstruktion gewählt werde, mit der die rechtlichen Möglichkeiten ausgereizt werden sollen, sei besondere Sorgfalt hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen (mit Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195). Daher sei das Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie betreibe in erster Linie eine Landwirtschaft und kenne sich beim gegenständlichen Gerät nicht aus, nicht geeignet, schuldausschließend zu wirken.

Aufgrund des eingeschränkten Tatvorwurfs (Schuldform) und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die belangte Behörde über den gewinnbeteiligten Aufsteller eine gleich hohe Strafe verhängt habe, sei jedoch eine Reduzierung der von der Erstbehörde verhängten Strafe geboten gewesen.

Zu den unionsrechtlichen Einwänden verwies die belangte Behörde u.a. auf das hg. Erkenntnis vom 28. Juni 2011, Zl. 2011/17/0068.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag, den angefochtenen Bescheid aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

5.1. § 52 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2010 lautet auszugsweise:

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. 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;

..."

§ 16 VStG lautet:

"Ersatzfreiheitsstrafe

§ 16. (1) Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

(2) Die Ersatzfreiheitsstrafe darf das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen."

§ 19 VStG lautet:

"Strafbemessung

§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

(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."

5.2. Die Beschwerdeführerin moniert zunächst, die belangte Behörde hätte gemäß § 30 Abs. 2 VStG das Verfahren aussetzen und Anzeige an die Staatsanwaltschaft erstatten müssen, da sich aus dem Bescheid ergebe, dass der Zeuge B mit Einsätzen von über EUR 10,-- gespielt habe. Somit sei zweifelhaft, ob der angelastete Sachverhalt den Tatbestand einer gerichtlich strafbaren Handlung gemäß § 168 StGB bilde, in welchem Fall die Strafbarkeit nach § 52 Abs 1 GSpG zurücktrete.

5.2.1. Mit diesem Vorbringen weicht die Beschwerdeführerin von der in dem angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellung ab, der höchste Einsatz pro Spiel habe EUR 5,-- betragen. Der Verweis auf die dem Bescheid angeblich zu entnehmenden Spieleinsätze des Zeugen B von über EUR 10,-- erweist sich schon deshalb als nicht zielführend, weil sich eine diesbezügliche Erwähnung lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung zur Aussage des Zeugen B findet und diese von der belangten Behörde ausdrücklich als nicht überzeugend bezeichnet wird. Gegen die der relevanten Feststellung zugrunde liegende Beweiswürdigung werden jedoch von der Beschwerde keinerlei Argumente ins Treffen geführt, sodass der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 41 Abs. 1 VwGG seiner rechtlichen Beurteilung den von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt zugrunde zu legen hat.

Auf die von der Beschwerde aufgeworfenen Argumente betreffend die Subsidiarität des verwaltungsrechtlichen Straftatbestandes braucht daher schon deshalb nicht eingegangen zu werden.

5.3. Soweit die Beschwerdeführerin weiter vorbringt, sie sei einem entschuldbaren Rechtsirrtum gemäß § 5 Abs. 2 VStG unterlegen, ist sie auf die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen der belangten Behörde in dem angefochtenen Bescheid zu verweisen.

Gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Juli 2004, Zl. 2002/03/0251).

Es wäre daher an der Beschwerdeführerin gelegen, gerade im Bewusstsein ihrer Unkenntnis über die Rechtslage, geeignete Erkundigungen einzuholen. Der Verweis auf vorgelegte Gutachten von "als kompetent zu bezeichnenden Stellen" erweist sich als nicht zielführend, weil - worauf die Gegenschrift zurecht hinweist - die von der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren vorgelegten Gutachten jeweils von Sachverständigen stammen, in deren Fachgebiet nicht die Beantwortung der Rechtsfrage fällt, ob ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielgesetzes vorliegt oder nicht. Diese können nicht als für eine Schuldbefreiung ausreichend verlässliche Quelle für Rechtsauskünfte angesehen werden.

Mit dem Verweis in der Beschwerde auf - im Übrigen nicht näher bezeichnete - Rechtsgutachten bzw. Rechtsauskünfte verstößt die Beschwerdeführerin gegen das Neuerungsverbot.

5.4. Mit dem unionsrechtlichen Bedenken betreffenden Vorbringen gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen, weil es sich bei dieser um eine österreichische Staatsbürgerin handelt und die gegenständlichen Glücksspiele - laut unbestrittener Feststellung - in Österreich stattfinden, weshalb kein Sachverhalt vorliegt, der zur Anwendung des Unionsrechts führt (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 27. Februar 2013, Zl. 2012/17/0592, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis 27. April 2012, Zl. 2011/17/0046).

Im Übrigen behauptet die Beschwerdeführerin nicht, die mit dem Unionsrecht vereinbaren Voraussetzungen zur Erlangung einer Konzession nach dem Glücksspielgesetz betreffend die Rechtsform und das erforderliche Gesellschaftskapital zu erfüllen. Insofern stellt sich auch die in der Beschwerde aufgeworfene Frage der Inländerdiskriminierung nicht (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 27. Februar 2013, Zl. 2012/17/0592, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 28. Juni 2011, Zl. 2011/17/0068).

5.5. Gemäß § 16 Abs. 2 VStG letzter Satz ist die Ersatzfreiheitsstrafe - ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG - nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Ersatzfreiheitsstrafe nicht nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen. Es lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass innerhalb der gesetzlichen Mindest- und Höchstsätze ein bestimmtes Verhältnis zwischen Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe bestehen müsse. Dann, wenn eine Geldstrafe von der Berufungsbehörde - wie vorliegend - nicht nur auf Grund der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten

herabgesetzt wird, ist auch die Ersatzfreiheitsstrafe herabzusetzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2011, Zl. 2008/03/0098, mwN.).

Nach § 19 VStG ist im ordentlichen Strafverfahren bei der Strafbemessung und somit auch bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe besonders auf das Ausmaß des Verschuldens Bedacht zu nehmen. Hingegen sind die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeiten des Täters nur bei der Bemessung der Geldstrafe, nicht aber der Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. April 2011, Zl. 2009/16/0099).

5.5.1. Im Beschwerdefall erfolgte die Herabsetzung der Geldstrafe aufgrund der Bewertung des Verschuldens der Beschwerdeführerin als lediglich fahrlässig im Gegensatz zur Beurteilung durch die erste Instanz als vorsätzlich, somit aufgrund einer Herabsetzung des Ausmaßes des Verschuldens. Diese Einschränkung des Tatvorwurfes bei sonstigem Gleichbleiben der Strafbemessungsgründe, hätte auch bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe Niederschlag finden müssen, deren Abänderung jedoch ohne Begründung unterblieb (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0098).

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG im Umfang betreffend die Ersatzfreiheitsstrafe aufzuheben.

6. Die Kostenentscheidung gründet auf den § 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 28. Mai 2013