



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Mag.^a Nussbaumer-Hinterauer sowie Hofrätin Dr. Holzinger und Hofrätin Mag. Dr. Pieler als Richterinnen, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Strasser, über die Revision des A K, vertreten durch die Mag. Simon Wallner Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien, Dominikanerbastei 17/11, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 4. Juli 2024, LVwG-414227/6/BMa/Hue, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landespolizeidirektion Oberösterreich),

I. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird in seinem Spruchpunkt I. im Umfang seines Ausspruchs über die verhängte Strafe sowie in seinem Spruchpunkt II. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II. den Beschluss gefasst:

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis vom 21. Juli 2023 erkannte die Landespolizeidirektion Oberösterreich den Revisionswerber einer Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) schuldig und verhängte über ihn gemäß § 52 Abs. 2 GSpG eine Geldstrafe in der Höhe von € 30.000,- (sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen), weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B GmbH und somit als zur Vertretung nach außen Berufener und für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich Verantwortlicher gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten habe, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmerin in einem konkret angegebenen Tatzeitraum in



einem näher bezeichneten Lokal an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus im Sinne des § 2 Abs. 1 und 4 GSpG beteiligt und daraus Einnahmen erzielt habe, weil sie ein näher bezeichnetes Glücksspielgerät gegen Entgelt zur Verfügung gestellt habe, um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Dadurch seien näher bezeichnete Rechtsvorschriften verletzt worden. Der Revisionswerber wurde zur Zahlung eines Beitrags zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 VStG in der Höhe von € 3.000,- verpflichtet.

- 2 Einer gegen dieses Straferkenntnis erhobene Beschwerde gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich teilweise statt, setzte die verhängte Geldstrafe auf € 25.000,- und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 280 Stunden herab. Im Übrigen wies es die Beschwerde mit fallbezogen nicht weiter relevanten Maßgaben als unbegründet ab. Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.
- 3 In seiner Entscheidungsbegründung stellte das Verwaltungsgericht fest, das verfahrensgegenständliche Glücksspielgerät sei zum Zeitpunkt einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 20. April 2023 in einem näher bezeichneten Lokal von der Stromsteckdose getrennt, aber betriebsbereit vorgefunden worden. Dieses Gerät sei zumindest vom 15. April 2023 bis zum Kontrolltag aufgestellt und zur selbständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben worden. Im Lokal seien Einsätze am Gerät geleistet und Gewinne ausbezahlt worden. Der Revisionswerber sei der handelsrechtliche Geschäftsführer der B GmbH, die als Eigentümerin das verfahrensgegenständliche Gerät der Lokalbetreiberin überlassen habe. Von den Organen der Finanzpolizei seien Probespiele durchgeführt worden.
- 4 Weiters hielt das Verwaltungsgericht mit ausführlicher Begründung fest, dass die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht vereinbar seien.
- 5 Im Rahmen der Beweiswürdigung berief sich das Verwaltungsgericht unter anderem auf die schlüssige und nachvollziehbare Anzeige der Finanzpolizei, deren Aktenvermerk, die Dokumentation der Probespiele, im Akt befindliche



Fotos und die im Akt befindliche Niederschrift einer Zeugenaussage sowie die glaubwürdige Aussage einer in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugin.

- 6 Rechtlich kam das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis, die B GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Revisionswerber gewesen sei, habe sich als Unternehmerin an verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie jenes Gerät zur Verfügung gestellt habe, das im vorgeworfenen Tatzeitraum in einem näher bezeichneten Lokal zur selbständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von Glücksspielen betrieben worden sei. Dies habe der Revisionswerber gemäß § 9 VStG zu verantworten.
- 7 Im Rahmen der Strafzumessung hielt das Verwaltungsgericht fest, dass fünf einschlägige Vorstrafen des Revisionswerbers vorlägen, die vor Verwirklichung des gegenständlichen Deliktes in Rechtskraft erwachsen und noch nicht getilgt seien. Es sei der zweite Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG anwendbar. Unter Berücksichtigung von fünf Vorstrafen, der neuerlichen Vorsatztat, der angenommenen Einkommens-, Vermögens und Familienverhältnisse, der Abwägung der konkreten Umstände des vorliegenden Falles, insbesondere der angelasteten Tat, der Begehungsweise, der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Tatsache, dass sich der Revisionswerber „in den vergangenen rund 4 Jahren wohlverhalten“ habe, erscheine eine Geldstrafe, die ca. 16% unter der Höchststrafe liege, tat- und schuldangemessen.
- 8 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und/oder Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.
- 9 Über diese Revision hat der Verwaltungsgerichtshof nach Durchführung eines Vorverfahrens, in dessen Rahmen keine Revisionsbeantwortung erstattet wurde, erwogen:
- 10 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der



grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

- 11 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Ein derartiger Beschluss ist in jeder Lage des Verfahrens zu fassen (§ 34 Abs. 3 VwGG).
- 12 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 13 Liegen - wie hier in Bezug auf den Ausspruch von Schuld und Strafe - trennbare Absprüche vor, ist die Zulässigkeit einer dagegen erhobenen Revision auch getrennt zu überprüfen (vgl. VwGH 26.7.2018, Ra 2017/17/0804, Rn. 8, mwN).
- 14 Zur Zulässigkeit seiner Revision im Hinblick auf den Schuldspruch bringt der Revisionswerber zusammengefasst vor, eine Bestrafung nach dem § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG setze nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Kenntnis von der Veranstaltung von Glücksspielen durch den jeweiligen Veranstalter voraus. Fallbezogen lägen keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür vor, dass dem Revisionswerber die Kenntnis von der Veranstaltung von Glücksspiel vorzuwerfen sei. Am gegenständlichen Gerät seien durch die Finanzpolizei keine Testspiele durchgeführt worden.
- 15 Dazu ist zunächst festzuhalten, dass sich das Zulässigkeitsvorbringen mit der Behauptung, es seien keine Testspiele auf dem verfahrensgegenständlichen



Glücksspielgerät durchgeführt worden, vom festgestellten Sachverhalt entfernt (dazu, dass Ausgangspunkt der Prüfung, ob eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG vorliegt, der festgestellte Sachverhalt ist, siehe VwGH 8.11.2023, Ro 2023/12/0072, Rn. 14, mwN) und im Übrigen auch im vorliegenden Verfahrensakt keine Deckung findet.

- 16 Soweit der Revisionswerber geltend macht, es lägen keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür vor, dass er Kenntnis von der Veranstaltung von Glücksspiel gehabt habe, erweist sich dies schon deshalb als nicht nachvollziehbar, weil das Verwaltungsgericht unter ausführlicher Darlegung des konkreten Spielablaufes festgestellt hat, dass es sich bei dem überlassenen Gerät um ein Glücksspielgerät gehandelt habe. Zwar geht der Verwaltungsgerichtshof - wie der Revisionswerber in der Zulässigkeitsbegründung seiner Revision geltend macht - davon aus, dass eine unternehmerische Beteiligung im Sinne des § 52 Abs. 2 viertes Tatbild GSpG Kenntnis von der Veranstaltung von Glücksspielen voraussetzt (vgl. VwGH 14.7.2017, Ra 2016/17/0264, Rn. 14).
- 17 Im Hinblick darauf, dass verfahrensgegenständlich aber die Überlassung eines Glücksspielgerätes, hinsichtlich dessen Qualifikation als solchem sich der Revisionswerber nach der - in der Revision nicht beanstandeten - Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht auf einem Verbotsirrtum beruhen konnte, war, zeigt der Revisionswerber mit seinem im Übrigen bloß unsubstantiierten Vorbringen, ihm sei keine Kenntnis von der Veranstaltung von Glücksspielen vorzuwerfen, keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG auf. Dabei ist auch zu beachten, dass der Revisionswerber fallbezogen als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B GmbH, die das in Rede stehende Glücksspielgerät vermietet hat, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist. Dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden träfe, weil er ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet habe, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften hätte erwarten können, hat der Revisionswerber nicht dargetan (zu den Anforderungen an ein wirksames Kontrollsystem vgl. etwa beispielhaft VwGH 6.10.2024, Ra 2024/02/0194,



Rn. 8, mwN). Insoweit kommt es auf eine tatsächliche Kenntnis des Revisionswerbers von der Durchführung von Glücksspielen ohnehin nicht an, weshalb auch aus diesem Grund mit dem angesprochenen Vorbringen keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt wird.

- 18 Weiters macht der Revisionswerber mit dem Vorbringen, das Verwaltungsgericht habe sich im Rahmen seiner Beweiswürdigung auf Angaben eines näher bezeichneten Zeugen berufen, ohne diesen in einer mündlichen Verhandlung selbst einzuvernehmen, einen Verfahrensfehler geltend, ohne jedoch die Relevanz dieses Verfahrensfehlers aufzuzeigen (zur Notwendigkeit einer solchen Darlegung vor dem Hintergrund des Art. 133 Abs. 4 B-VG vgl. VwGH 23.5.2019, Ra 2019/17/0053, Rn. 11, mwN).
- 19 Schließlich bemängelt der Revisionswerber in der Zulässigkeitsbegründung seiner Revision die vom Verwaltungsgericht durchgeführte Kohärenzprüfung und macht geltend, dieses habe seiner Prüfung unter Missachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union lediglich Unterlagen aus dem Zeitraum 2010 bis 2016 zu Grunde gelegt. Auch dieses Vorbringen erweist sich jedoch vor dem Hintergrund des angefochtenen Erkenntnisses, in dem sich das Verwaltungsgericht etwa auch auf den Glücksspielbericht 2017 - 2019 sowie eine Information der Stabsstelle für Spielerschutz aus dem Jahr 2020 bezogen hat, als nicht nachvollziehbar. Überdies hat es der Revisionswerber auch unterlassen, die Relevanz des von ihm behaupteten Verfahrensmangels in der Zulässigkeitsbegründung seiner Revision darzulegen.
- 20 Im Ergebnis zeigt der Revisionswerber mit seinem Zulässigkeitsvorbringen im Hinblick auf den erfolgten Schuldspruch keine Rechtsfrage auf, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Revision war daher insoweit gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG mit Beschluss zurückzuweisen.
- 21 Demgegenüber erweist sich die vorliegende Revision aufgrund des diesbezüglichen Vorbringens im Hinblick auf die Strafzumessung als zulässig; sie ist insoweit auch berechtigt.



- 22 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist: Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht hat dabei zunächst die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat zu bewerten. In der Folge sind bei der Strafbemessung 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 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013, Rn. 54, mwN).
- 23 Fallbezogen setzte sich das Verwaltungsgericht aber - wie der Revisionswerber in der Zulässigkeitsbegründung seiner Revision zutreffend geltend macht - mit seiner Strafzumessung über das sich aus § 19 Abs. 2 erster Satz VStG ergebende Doppelverwertungsverbot hinweg, wonach die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe nur so weit bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen sind, als sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen. Die für den Tatbestand oder den Strafsatz relevanten Umstände dürfen also nicht noch zusätzlich als Strafzumessungsgründe berücksichtigt werden (vgl. neuerlich VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013, Rn. 57, mwN).
- 24 Gemäß den Ausführungen des Verwaltungsgerichtes wies der Revisionswerber fünf einschlägige Vorstrafen auf, die vor Verwirklichung des gegenständlichen Delikts in Rechtskraft erwachsen und noch nicht getilgt gewesen seien. Angesichts dessen, dass es sich bei der verfahrensgegenständlichen Tat somit um eine Wiederholungstat des Revisionswerbers handelte, wandte das Verwaltungsgericht - insoweit zutreffend - den zweiten Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG an. In der Folge berücksichtigte es aber die fünf einschlägigen Vorstrafen auch im Rahmen der Strafzumessung. Da aber eine dieser



Vorstrafen schon die Anwendbarkeit des erhöhten Strafrahmens des § 52 Abs. 2 GSpG begründete, hätte das Verwaltungsgericht rechtsrichtigerweise lediglich vier Vorstrafen im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen dürfen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich durch die Berücksichtigung einer geringeren Anzahl an Vorstrafen ein Unterschied in der Strafzumessung ergeben hätte, hat das Verwaltungsgericht das angefochtene Erkenntnis insoweit mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

25 Soweit der Revisionswerber im Übrigen beanstandet, das Verwaltungsgericht habe es unterlassen, Feststellungen zu dem vom Revisionswerber durch die Tat erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil zu treffen und vor diesem Hintergrund die Verhältnismäßigkeit der verhängten Strafe zu prüfen, ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu dem zweiten Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG bereits grundsätzlich ausgesprochen hat, dass nicht ersichtlich ist, dass dessen Strafdrohung angesichts des in den Tatbildern des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG typisierten - und vor allem im Wiederholungsfall nochmals erhöhten - Unrechts, des öffentlichen Interesses an der wirksamen Vollziehung des Glücksspielgesetzes und des üblicherweise in beträchtlicher Höhe erzielten finanziellen Vorteils aus einer Verletzung dieser Vorschriften unter dem Blickwinkel des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Sachlichkeitsgebotes als unverhältnismäßig zu beurteilen wäre (vgl. VwGH 12.9.2023, Ra 2020/17/0031, Rn. 7, mwN).

26 Schon im Hinblick auf den Verstoß gegen das sich aus § 19 Abs. 2 VStG ergebende Doppelverwertungsverbot war das angefochtene Erkenntnis aber im Umfang des Ausspruchs über die verhängte Strafe sowie die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens und des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.



- 27 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 13. Jänner 2025

