

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/2/16 2003/17/0260

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.02.2004

## Index

34 Monopole;

## Norm

GSpG 1989 §52 Abs1 Z5;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2003/17/0261 2003/17/0262 2003/17/0263  
2003/17/0264 2003/17/0265 2003/17/0266 2003/17/0267

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Puck und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Racek, über die Beschwerden

1.)

des FB in L (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0260),

2.)

des NE in L (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0261),

3.)

des JF in L (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0262),

4.)

des HK in L (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0263),

5.)

der PO in D (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0264),

6.)

des HR in L (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0265),

7.)

des KW in N (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0266) und

8.)

des BZ in L (hg. Verfahren Zl. 2003/17/0267),

alle Beschwerdeführer vertreten durch Dr. Fritz Wennig, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Schottengasse 10, gegen die Bescheide jeweils des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 24. Juni 2003,

zu 1.) Zl. uvs-2002/11/126-11,

zu 2.) Zl. uvs-2002/11/127-10,

zu 3.) Zl. uvs-2002/11/128-10,

zu 4.) Zl. uvs-2002/11/129-10,

zu 5.) Zl. uvs-2002/11/131-10,

zu 6.) Zl. uvs-2002/11/132-10,

zu 7.) Zl. uvs-2002/11/133-10 und

zu 8.) Zl. uvs-2002/11/134-10,

jeweils betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes,

### **Spruch**

I. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerden gegen die jeweiligen Spruchpunkte I. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides werden zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:

Der zweit- und sechstangefochtene Bescheid werden in ihren Spruchpunkten II., III. und IV., die übrigen angefochtenen Bescheide zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das jeweilige Mehrbegehren wird abgewiesen.

### **Begründung**

Nach Kontrollen in verschiedenen Lokalen im Raum Lienz betreffend den Betrieb von Spielapparaten wurden die Beschwerdeführer - der Achtbeschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Vertreter einer näher genannten Gesellschaft - mit Straferkenntnissen der Bezirkshauptmannschaft Lienz vom 29. bzw. 30. März 2001 dafür verantwortlich gemacht, dass "seit einiger Zeit, zumindestens jedoch am 16. November 2000", in jeweils näher genannten Lokalen jeweils ein, im Falle des Zweit- und Sechstbeschwerdeführers jeweils zwei näher genannte Spielapparate und sohin nach § 25 Abs. 1 Z 3 des Tiroler Veranstaltungsgesetzes verbotene Geldspielapparate "aufgestellt und betrieben" worden seien.

Aus Anlass der dagegen erhobenen Berufungen der Beschwerdeführer wurde mit Bescheiden der belangten Behörde vom 4. bzw. vom 17. Juni 2002 der Tatvorwurf dahingehend abgeändert, dass den Beschwerdeführern ausschließlich der Betrieb der nach § 25 Abs. 1 Z 3 des Tiroler Veranstaltungsgesetzes verbotenen Geldspielapparate vorgeworfen wurde.

Sodann wurden die zuletzt genannten Berufungsbescheide mit Bescheiden der belangten Behörde jeweils vom 1. Juli 2002 aufgehoben und die Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. Begründet wurde die Aufhebung und Einstellung der Verfahren damit, dass es sich bei den gegenständlichen Apparaten um Glücksspielapparate im Sinne des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 (im Folgenden: GSpG), gehandelt habe. Bei verfassungskonformer Interpretation des Tiroler Veranstaltungsgesetzes sei daher eine Bestrafung auf dessen Grundlage ausgeschlossen.

Mit Straferkenntnissen der Bezirkshauptmannschaft Lienz je vom 24. Juli 2002 wurde den Beschwerdeführern sodann, ausgehend vom selben Sachverhalt, vorgeworfen, sie hätten, der Achtbeschwerdeführer als nach außen vertretungsbefugtes Organ einer Gesellschaft, zumindest am 16. November 2000 in näher genannten Lokalen einen, im Falle des Zweit- und des Sechstbeschwerdeführers jeweils zwei Spielapparate jeweils genannter Marken, also außerhalb einer Spielbank Glücksspielapparate, die dem Glücksspielmonopol unterlägen, und bei denen die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von S 5,- und die Ausspielung von

Gewinnen den Betrag oder den Gegenwert von S 200,- überstiegen hätten, "zugänglich gemacht bzw. betrieben", obwohl das Recht zur Durchführung von Glücksspielen dem Bund vorbehalten und es verboten sei, Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterlägen, außerhalb einer Spielbank zu betreiben (Veranstalter) oder zugänglich zu machen (Inhaber), wobei die Apparate auch nicht unter die Ausnahmen des Glücksspielmonopoles gemäß § 4 Abs. 1 bis 4 GSpG gefallen seien. Im Spruch dieser Bescheide heißt es weiters, dass die Beschwerdeführer dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 3 GSpG begangen hätten. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG werde über die Beschwerdeführer eine, im Falle des Zweit- und des Sechstbeschwerdeführers je Apparat eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.816,-, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von (jeweils) acht Tagen verhängt.

Die Beschwerdeführer erhoben gegen diese Straferkenntnisse Berufungen, in welchen sie ihr Vorbringen in erster Instanz wiederholten und neben Verfahrens- und Begründungsmängeln insbesondere die mangelnde Zuordnung des festgestellten Sachverhaltes zu einem gesetzlichen Tatbestand geltend machten.

Mit den Spruchpunkten I. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides wurde der Berufung des Zweit- bzw. Sechstbeschwerdeführers insoweit Folge gegeben, als das Straferkenntnis einschließlich des anteiligen Verfahrenskostenbeitrages in Ansehung eines der beiden den Gegenstand des Tatvorwurfes bildenden Apparate behoben und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt wurde.

Mit Spruchpunkt II. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides wurden die Berufungen der betreffenden Beschwerdeführer gegen die verbleibenden Spruchteile, mit Spruchpunkt I. der übrigen angefochtenen Bescheide die Berufungen der betreffenden Beschwerdeführer zur Gänze mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch die Wortfolgen "zugänglich gemacht bzw." und "oder zugänglich zu machen (Inhaber)" zu entfallen hätten. Vorgeworfen wurde eine Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 1 Abs. 1, §§ 2, 3 und 4 des Glücksspielgesetzes 1989 idF BGBl. I Nr. 59/2001, in Ansehung des als vertretungsbefugtes Organ verantwortlichen Achtbeschwerdeführers in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG.

Mit Spruchpunkt III. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides bzw. mit den Spruchpunkten II. der übrigen Bescheide wurden die Beschwerdeführer gemäß § 64 Abs. 3 VStG zur Zahlung von 1/24 der der belangten Behörde (für mehrere Glücksspielautomaten insgesamt) erwachsenen Barauslagen, mit Spruchpunkt IV. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides sowie mit Spruchpunkt III. der übrigen Bescheide gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG zur Zahlung eines Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens verpflichtet.

In Ansehung der durch Spruchpunkt I. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides erfolgten Verfahrenseinstellung führte die belangte Behörde begründend aus, die jeweils von der Einstellung betroffenen Glücksspielautomaten seien im Tatzeitpunkt nach dem eingeholten Gutachten nicht funktionstüchtig gewesen, sodass den Berufungen des Zweit- und Sechstbeschwerdeführers insoweit Folge zu geben sei.

Im Übrigen führte die belangte Behörde in den angefochtenen Bescheiden nach Wiedergabe der erstinstanzlichen Straferkenntnisse unter der Überschrift "Zum Sachverhalt" aus, dass ein gerichtlich beeideter Sachverständiger ein Gutachten zur Frage, ob es sich bei den Spielautomaten um Glücksspielapparate im Sinne des Glücksspielgesetzes gehandelt habe, erstattet habe. Nach Darstellung desselben wurde weiters ausgeführt, dieses Gutachten sei dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht worden. Dieser habe - abgesehen von der Außerstreitstellung von aufgelaufenen Kosten - mitgeteilt, dass er ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichte. Aus seiner Sicht stehe die Frage im Vordergrund, ob innerhalb der Verjährungsfrist von der Behörde eine taugliche Verfolgungshandlung gesetzt worden sei.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde zunächst auf den Einwand der Verjährung ein und wies mit näherer Begründung darauf hin, dass die erstinstanzliche Behörde in Ansehung aller Beschwerdeführer innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist taugliche Verfolgungshandlungen gesetzt habe. Nach Wiedergabe der maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes wurde in den Bescheiden ausgeführt, auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen stehe fest, dass es sich bei den aufgestellten Geldspielautomaten um Glücksspielapparate im Sinne des Glücksspielgesetzes gehandelt habe. Erwiesen und unstrittig sei, dass die jeweiligen Glücksspielautomaten in den von den Beschwerdeführern bzw. der Gesellschaft, als deren verantwortliches Organ der Achtbeschwerdeführer zur Haftung herangezogen würde, betriebenen Lokalen aufgestellt und - soweit der Schuldspruch durch die Berufungsbehörde aufrecht erhalten worden sei - auch zum Tatzeitpunkt funktionstüchtig und

spielbereit gewesen seien. Damit seien die Beschwerdeführer bzw. die Gesellschaft, als deren Organ der Achtbeschwerdeführer zur Verantwortung gezogen werde, als Veranstalter im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG anzusehen.

Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden, in denen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Sämtliche Beschwerdeführer beantragen ausdrücklich die Aufhebung der angefochtenen Bescheide "in vollem Umfang".

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete Gegenschriften, in welchen sie die Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Aus der oben wiedergegebenen Anfechtungserklärung folgt, dass sich die Beschwerden des Zweit- und Sechstbeschwerdeführers auch gegen die in Spruchpunkt I. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides erfolgte Verfahrenseinstellung wenden, durch welche sie jedoch in ihrem als Beschwerdepunkt geltend gemachten Recht auf Unterbleiben einer Bestrafung nicht verletzt sein können.

Insoweit sich die Beschwerden dieser Beschwerdeführer also gegen die Spruchpunkte I. des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides richteten, waren sie gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG mangels Berechtigung zu ihrer Erhebung zurückzuweisen.

§ 2 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/1997, lautet:

"§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

(2) Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst, also nicht zentralseitig, herbeigeführt oder zur Verfügung gestellt wird.

(3) Ein Glücksspielautomat ist ein Glücksspielapparat, der die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig herbeiführt oder den Gewinn selbsttätig ausfolgt.

(4) Eine Ausspielung liegt auch dann vor, wenn die Möglichkeit zur Erlangung der Gegenleistung (Abs. 1) zwar nicht vom Unternehmer (Veranstalter) erbracht wird, aber von diesem oder einem Dritten entsprechend organisiert, veranstaltet oder angeboten wird."

§ 52 Abs. 1 GSpG in der (in den Beschwerdefällen nach dem Tatzeitpunkt vom 16. November 2000 anzuwendenden) Fassung BGBl. Nr. 695/1993 - die seit 1. Jänner 2002 und somit im Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses erster Instanz geltende Fassung BGBl. I Nr. 59/2001 ist infolge des höheren Strafbetrages für die Beschwerdeführer nicht günstiger (§ 1 Abs. 2 VStG) - lautete auszugsweise:

"§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 300 000 S zu bestrafen,

...

5. wer Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, außerhalb einer Spielbank betreibt (Veranstalter) oder zugänglich macht (Inhaber);

..."

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Dezember 1996, Zl. 93/17/0058, unter Hinweis auf seine Vorjudikatur ausgesprochen hat, kommt als Täter, der im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG Glücksspielapparate oder -automaten "betreibt (Veranstalter)", nur in Betracht, wer das Spiel auf seine Rechnung ermöglicht. Dagegen ist mit dem zweiten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG (Inhaber) eine Person gemeint, die den Apparat in ihrer Gewahrsame hat und diesen den Spielern zugänglich macht, wie etwa der Wirt, der sich von der Aufstellung des Apparates durch den Betreiber lediglich eine Belebung seiner Getränkeumsätze erhofft oder vom Automatenbetreiber eine vom Ertrag des Automaten unabhängige Miete erhält.

Weder in den Straferkenntnissen erster Instanz noch in den angefochtenen Bescheiden finden sich Feststellungen, auf wessen Rechnung der gegenständliche Glücksspielapparat betrieben wurde. Die belangte Behörde hat diesbezüglich insbesondere auch keine Feststellungen der Behörde erster Instanz übernommen.

Wenn die belangte Behörde in ihren Gegenschriften darauf hinweist, die Behörde erster Instanz habe in ihren Straferkenntnissen festgestellt, dass die Rückstellung des Kreditspeichers des Apparates jeweils durch den Wirt oder dessen Vertrauensperson erfolgt sei und nach Rückstellung des Kreditspeichers der erzielte Gewinn vom Wirt oder dessen Vertrauensperson in bar abgelöst worden sei und demnach der jeweilige Wirt als Veranstalter anzusehen sei, so übersieht sie, dass auch diese Feststellungen nichts darüber aussagen, auf wessen Rechnung der Apparat betrieben wurde. Darüber hinaus bezieht sich die belangte Behörde mit diesen Ausführungen auf die Wiedergabe der Darstellung des Sachverständigen, der bei der in allen Fällen am 16. November 2000 erfolgten Überprüfung anwesend war, in den erstinstanzlichen Bescheiden und auf dessen Beobachtungen vom 20. September 2000 sowie dessen allgemeine Aussage, dass (in allen Verfahren) "im gegenständlichen Falle" vom Wirt oder dessen Vertrauensperson die Auszahlung der Gewinne erfolge; im Zusammenhalt mit den nachfolgenden rechtlichen Ausführungen in den Bescheiden erster Instanz, insbesondere dem Hinweis auf § 2 Abs. 4 GSpG, demzufolge eine Ausspielung auch dann vorliege, wenn die Möglichkeit zur Erlangung der Gegenleistung zwar nicht vom Unternehmer (Veranstalter) erbracht werde, aber von diesem oder einem Dritten entsprechend "organisiert, veranstaltet oder angeboten" werde, lässt sich nicht deutlich entnehmen, von welchem Sachverhalt bzw. welcher rechtlichen Qualifikation des (nicht explizit festgestellten) Sachverhaltes die Behörde erster Instanz ausgegangen ist.

Soweit die belangte Behörde - wie sich aus den Gegenschriften ergibt - vermeint, die erforderlichen Feststellungen seien zumindestens implizit aus den angesprochenen Feststellungen der Behörde erster Instanz abzuleiten, ist überdies auf die Aussagen des Erst-, Dritt-, Viert-, Sechst- und Siebentbeschwerdeführers als Zeugen in einer gegen das verantwortliche Organ der SZ-GesmbH geführten mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde vom 26. Juni 2002 hinzuweisen. Dort gaben diese Beschwerdeführer im Wesentlichen an, sie hätten von der Aufstellerin der in Rede stehenden Apparate, der SZ-GesmbH, eine Monatsmiete für den Standplatz in bestimmter Höhe erhalten, ohne aber an den Spielergebnissen der auf diesen Apparaten stattfindenden Ausspielungen beteiligt gewesen zu sein.

Ungeachtet der Frage, ob die (den Bescheiden der erster Instanz nunmehr zugesonnene) Feststellung, der jeweilige Wirt habe die Gewinne ausbezahlt, in einem mängelfreien Verfahren zu Stande gekommen ist, und ungeachtet des Umstandes, dass die belangte Behörde eine solche Feststellung nicht ausdrücklich in ihre Bescheide übernommen hat, wäre eine solche jedenfalls nicht gleichbedeutend mit der Feststellung, dass die Wirte über die Einnahmen verfügt hätten. Eine Feststellung, auf wessen Rechnung die Glücksspielapparate betrieben wurden, wurde daher in den vorliegenden Verfahren weder ausdrücklich noch implizit getroffen.

Die belangte Behörde durfte - ausgehend von dem festgestellten Sachverhalt - somit im Ergebnis jedenfalls nicht den Schluss ziehen, dass die Beschwerdeführer als (Vertreter der) Inhaber der Lokale, in denen die Apparate aufgestellt waren, auch Betreiber dieser Apparate gewesen seien.

Da die Heranziehung zur Zahlung eines Kostenbeitrages nach § 64 Abs. 1 und 2 VStG sowie die Verpflichtung zum Ersatz von Barauslagen nach § 64 Abs. 3 VStG die Bestätigung eines Straferkenntnisses bzw. die Bestrafung des Beschuldigten voraussetzt, erweisen sich auch die jeweiligen Spruchpunkte II. und III. der angefochtenen Bescheide, im Fall des zweit- und sechstangefochtenen Bescheides die Spruchpunkte III. und IV. dieser beiden Bescheide, ebenfalls als rechtswidrig.

Indem die belangte Behörde diese Rechtslage verkannte, belastete sie die zulässigerweise angefochtenen Spruchpunkte der angefochtenen Bescheide mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sodass diese wie im Spruch angeführt gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aus diesem Grunde aufzuheben waren.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf die §§ 47 ff VwGG, in Ansehung des Zweit- und Sechstbeschwerdeführers auch auf § 50 VwGG, jeweils in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333; hinsichtlich des zum Kostenersatz verpflichteten Rechtsträgers vgl. den hg. Beschluss vom 6. Mai 1998, Slg. Nr. 14.889/A.

Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft die geltend gemachte Umsatzsteuer, weil neben dem Pauschalbetrag für den Ersatz des Schriftsatzaufwandes Kosten aus dem Titel der Umsatzsteuer nicht zustehen, sowie den als Barauslagen geltend gemachten Betrag von EUR 0,58, weil keine Barauslagen gemäß § 48 Abs. 1 Z 1 VwGG angefallen sind, die die Beschwerdeführer ersetzen hätten müssen.

Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen.

Wien, am 16. Februar 2004

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2003170260.X00

**Im RIS seit**

26.03.2004

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)