

TE Vwgh Erkenntnis 2014/4/24 2012/02/0299

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.04.2014

Index

L70713 Spielapparate Niederösterreich;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

34 Monopole;

40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

B-VG Art10 Abs1 Z4;

B-VG Art15 Abs1;

B-VG Art15 Abs3;

GSpG 1989 §2 Abs2;

GSpG 1989 §2 Abs3;

GSpG 1989 §4 Abs2 idF 2001/I/059;

SpielautomatenG NÖ 2011 §3 Abs2;

SpielautomatenG NÖ 2011 §30 Abs2 idF 7071-0;

SpielautomatenG NÖ 2011 §8 Abs2 idF 7071-5;

VStG §1 Abs2;

VwGG §42 Abs2 Z1;

VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Riedinger, den Hofrat Mag. Dr. Köller und die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde des PR in E, vertreten durch Dr. Fritz Wennig, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Schauflergasse 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich (Außenstelle Mistelbach) vom 25. Oktober 2012, Zi. Senat-MI-11-0027, betreffend Übertretung des NÖ Spielautomatengesetzes (weitere Partei: Niederösterreichische Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über Strafart und Strafausmaß sowie die Kosten des Strafverfahrens abspricht, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Das Land Niederösterreich hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Mistelbach vom 3. August 2011 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe im Zeitraum vom 25. November 2009 bis 30. März 2010 in einem näher bezeichneten und lokalisierten Gasthaus in G einen Glücksspielautomaten "ACT Duo Line", Seriennummer 30010168, der dem NÖ Spielautomatengesetz unterliege, außerhalb eines Automatensalons aufgestellt und betrieben. Dadurch habe er den § 6 Abs. 3 und § 8 Abs. 1 lit. g NÖ Spielautomatengesetz verletzt. Gemäß § 8 Abs. 2 NÖ Spielautomatengesetz wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 72 Stunden) verhängt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der dagegen erhobenen Berufung keine Folge gegeben und der erstinstanzliche Bescheid vollinhaltlich bestätigt.

In der Begründung gab die belangte Behörde das Verwaltungsgeschehen wieder und stellte unter anderem fest, dass sich aus dem Gutachten des Sachverständigen R.P. - eines gerichtlich beeideten Sachverständigen aus dem Fachgebiet für Automaten - ergebe, dass das gegenständliche Gerät ACT Duo Line ein Münzspielgewinnautomat sei, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig erfolge. Der Automat habe ohne Internetanschluss für mehr als 20 Spiele funktioniert und somit handle es sich um einen Glücksspielautomaten im Sinne des NÖ Spielautomatengesetzes. Folglich habe der Beschwerdeführer im angegebenen Tatzeitraum am angegebenen Tatort den gegenständlichen Glücksspielautomaten aufgestellt und betrieben und dadurch den Tatbestand des § 8 Abs. 1 lit. g NÖ Spielautomatengesetz in objektiver Weise verwirklicht.

Hinsichtlich der Strafhöhe führte die belangte Behörde aus, dass keine mildernden Umstände vorlägen; erschwerend sei hingegen eine einschlägige Vormerkung des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2009. Da keine Angaben über Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse vorgebracht worden seien, gehe die Berufungsbehörde vom Vorliegen durchschnittlicher Verhältnisse aus.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor, erstattete eine Gegenschrift und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in dem vorliegenden, mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängig gewesenen Beschwerdefall gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiterhin anzuwenden sind, zumal durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG), BGBl. I Nr. 33/2013, nicht anderes bestimmt ist.

Im Zeitraum der Tatbegehung war das NÖ Spielautomatengesetz, LGBl. 7071-5, in Geltung, welches auszugsweise - soweit relevant - folgenden Wortlaut hatte:

"§ 1

Anwendungsbereich des Gesetzes und Ausnahmen

(1) Dieses Gesetz regelt die Bewilligungspflicht der Aufstellung und des Betriebes von Spielautomaten, die für eine solche Bewilligung erforderlichen Voraussetzungen und das Verbot bestimmter Spielautomaten.

(2) Ausgenommen von diesem Gesetz sind jene Spielautomaten, die dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen.

(...)

§ 2

Spielautomaten nach diesem Gesetz

(1) Spielautomaten im Sinne dieses Gesetzes sind Vorrichtungen, die zur Durchführung von Spielen bestimmt sind und durch den Einsatz einer vermögenswerten Leistung in Tätigkeit gesetzt oder benutzbar gemacht werden.

(...)

(3) Glücksspielautomaten sind Spielautomaten, bei denen pro Spiel

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von EUR 0,50 nicht übersteigt und
2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von EUR 20,00 nicht übersteigt und
3. die Entscheidung über Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 4 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2005).

(...)

§ 4

Bewilligung von Spielautomaten

- (1) Spielautomaten, die nicht nach § 3 überhaupt verboten sind, bedürfen zu ihrer Aufstellung und ihrem Betrieb einer Bewilligung der Landesregierung.

(...)

- (4) Die Bewilligung von Glücksspielautomaten gemäß § 2 Abs. 3 ist nur zu erteilen, wenn

- a) ein Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen oder einer in einem Mitgliedstaat des EWR akkreditierten Organisation zur Zertifizierung von Glücksspielprodukten vorgelegt wird, dass der Glücksspielautomat den in § 2 Abs. 3 dieses Gesetzes geregelten Voraussetzungen, entspricht;
 - b) der Glücksspielautomat mit einer Seriennummer ausgestattet ist und
 - c) auf Grund der Bauart des Glücksspielautomaten nicht zu befürchten ist, dass er eine nach § 3 verbotene Verwendung findet.

(...)

§ 6

Beschränkungen der Aufstellung von Spielautomaten

(...)

- (3) Glücksspielautomaten dürfen nur genehmigt werden, wenn

- a) der Betrieb in einem als Automatensalon gekennzeichneten Gebäude oder in einem als Automatensalon gekennzeichneten, vom übrigen Gebäude räumlich geteilten Teil des Gebäudes erfolgt,
 - b) der Standort des Automatensalons so gelegen ist, dass auf Grund seiner Entfernung zu Schulen, Schülerheimen, Horten und Sport- und Freizeitanlagen Interessen des Jugendschutzes nicht verletzt werden und
 - c) im Automatensalon mindestens 15 und höchstens 150 Glücksspielautomaten aufgestellt oder betrieben werden.

(...)

§ 8

Strafbestimmungen

- (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht, wer

(...)

- g) Glücksspielautomaten außerhalb eines Automatensalons aufstellt oder betreibt oder zugänglich macht,

(...)

- (2) Übertretungen gemäß Abs. 1 lit.a und b sind von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu EUR 7.300,-, Übertretungen gemäß Abs. 1 lit.c bis f und n mit einer Geldstrafe bis zu EUR 2.200,- und Übertretungen gemäß Abs. 1 lit.g bis m und o mit einer Geldstrafe bis zu EUR 22.000,- und im Fall der Uneinbringlichkeit mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.

- (3) Spielautomaten, die entgegen diesem Gesetz oder einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Anordnung aufgestellt oder betrieben werden, können unabhängig von einer Bestrafung gemäß Abs. 2 einschließlich des darin enthaltenen Geldes für verfallen erklärt werden.

(4) Der Versuch ist strafbar.

(...)"

Mit 8. April 2011 (somit bereits vor Erlassung der erstinstanzlichen Entscheidung) trat dieses Gesetz außer Kraft und wurde durch das NÖ Spielautomatengesetz 2011, LGBl. 7071-0, ersetzt, mit dem die Richtlinie 2005/60/EG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung umgesetzt und das zuvor geltende NÖ Spielautomatengesetz an die durch die Glücksspielgesetz-Novellen 2008 und 2010 geänderte Rechtslage auf Bundesebene (Glücksspielmonopol) angepasst wurde. Dieses Gesetz lautet auszugsweise - soweit relevant - wie folgt:

"§ 1

Anwendungsbereich

Dieses Gesetz gilt für

- Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten, die nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen und
- sonstige Spielapparate.

§ 2

Verweisung auf Bundesrecht

Dieses Gesetz verweist auf nachfolgend angeführte Bundesgesetze. Diese Bundesgesetze sind in der angeführten Fassung anzuwenden.

1. GSpG: Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 73/2010,
2. BWG: Bankwesengesetz - BWG, BGBl. Nr. 532/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2010,
3. GewO 1994: Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2010,

2. ABSCHNITT: Landesausspielungen mit

Glücksspielautomaten

§ 3

Landesausspielungen mit

Glücksspielautomaten

(1) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten im Sinne dieses Gesetzes sind Ausspielungen nach § 2 Abs. 3 GSpG in ortsfesten, öffentlich zugänglichen Automatensalons mit mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten.

(2) Ausspielungen mit Glücksspielautomaten nach § 2 Abs. 3 GSpG liegen vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt.

(3) Das Verhältnis von einem Glücksspielautomaten pro

1.200 Einwohner Niederösterreichs darf insgesamt nicht überschritten werden. Die Einwohnerzahl bestimmt sich nach dem für den Finanzausgleich von der Bundesanstalt Statistik Österreich zuletzt festgestellten und kundgemachten Ergebnis der Statistik des Bevölkerungsstandes oder der Volkszählung zum Stichtag 31. Oktober, wobei das zuletzt kundgemachte Ergebnis im Zeitpunkt der Erteilung einer Bewilligung maßgeblich ist.

§ 4

Anforderungen für den Betrieb von Glücksspielautomaten

(1) Wer Glücksspielautomaten betreibt, hat den in Abs. 2 bis 6 angeführten Anforderungen zu entsprechen.

(...)

§ 5

Bewilligung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

(1) Es dürfen von der Landesregierung höchstens drei Bewilligungen für die Dauer von höchstens 15 Jahren erteilt werden.

(2) Die erstmalige Erteilung der Bewilligungen erfolgt nach vorheriger öffentlicher Interessentensuche, welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat.

(3) Treten mehrere Bewilligungswerberinnen oder Bewilligungswerber, die die Bewilligungsvoraussetzungen nach diesem Gesetz erfüllen, gleichzeitig auf und würde die Erteilung der einen Bewilligung die der anderen ausschließen, so hat die Landesregierung der Bewerberin oder dem Bewerber die Bewilligung zu erteilen, die oder der auf Grund ihrer oder seiner Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen und Eigenmittel, sowie ihrer oder seiner Systeme und Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung, zum Spielerschutz, zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung, zur Betriebssicherheit, zur Qualitätssicherung, zur betriebsinternen Aufsicht und zu anderen sie oder ihn treffenden Bestimmungen dieses Gesetzes, die beste Ausübung der Bewilligung erwarten lässt, und dass sie oder er unter Beachtung der Vorschriften dieses Landesgesetzes über den Schutz der Spielteilnehmer und über die Geldwäschevorbeugung die Bewilligung am raschesten und besten ausüben kann.

(4) Die Bewilligungsinhaberin oder der Bewilligungsinhaber ist verpflichtet, die erteilte Bewilligung dauernd auszuüben (Betriebspflicht). Der Stillstand von Glücksspielautomaten auf Grund von technischen Gebrechen oder Wartungsarbeiten steht der Betriebspflicht nicht entgegen.

(5) Zur Sicherstellung der erforderlichen Voraussetzungen ist die Bewilligung erforderlichenfalls unter Befristungen, Bedingungen und Auflagen zu erteilen.

Der Bewilligungsbescheid hat zumindest zu enthalten:

1.

die Dauer der Bewilligung,

2.

die Anzahl der Glücksspielautomaten,

3.

den Beginn der Betriebspflicht.

§ 6

Änderung der Bewilligung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

Die Landesregierung kann über Antrag der Bewilligungsinhaberin oder des Bewilligungsinhabers die Bewilligung unter Beibehaltung der Bewilligungsdauer (§ 5 Abs. 5 Z. 1) ändern.

§ 7

Automatensalons

(1) Zum Betrieb eines Automatensalons ist eine Standortbewilligung der Landesregierung erforderlich. Sie endet spätestens mit Ablauf der Bewilligung nach § 5.

(2) Automatensalons dürfen nur in gekennzeichneten Gebäuden oder in einem als Automatensalon gekennzeichneten vom übrigen Gebäude räumlich getrennten Bereich des Gebäudes in der Anzahl von mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten betrieben werden.

(3) Die Entfernung des Standortes eines Automatensalons von Kindergärten, Schulen, Horten und Jugendheimen muss mehr als 100 Meter Gehweg (gemessen von der Mitte der Ein- und Ausgänge) betragen. Die Bewilligungswerberin oder der Bewilligungswerber hat die Einhaltung des erforderlichen Abstandes nachzuweisen.

(4) Bei den Standorten von Automatensalons müssen folgende Mindestabstände eingehalten werden:

1. Für Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten zum Standort einer Spielbank: 15 Kilometer Luftlinie oder in Gemeinden von mehr als 500.000 Einwohnern zwei Kilometer Luftlinie, wobei der Abstand eines Automatensalons in einer Gemeinde mit mehr als 500.000 Einwohnern auf dem Gebiet dieser Gemeinde nicht mehr als zwei Kilometer Luftlinie betragen muss.

2. Zwischen Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten:

3. a)

ein Umkreis von 300 Metern Luftlinie,

4. b)

ein Umkreis von 150 Metern Luftlinie in Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern.

5. Zwischen den Automatensalons derselben Bewilligungsinhaberinnen oder Bewilligungsinhaber:

6.

100 Meter Gehweg.

7.

Die Einwohnerzahl der Gemeinden richtet sich nach dem von der Bundesanstalt Statistik Österreich kundgemachten Ergebnis der letzten Volkszählung.

(5) Im Bewilligungsantrag ist anzugeben, ob der Automatensalon mit höchstens 15 oder mehr als 15 Glücksspielautomaten betrieben werden soll. Die Bewilligungswerberin oder der Bewilligungswerber hat die Abstände nach Abs. 4 mit einem technischen Gutachten nachzuweisen.

(6) Zur Sicherstellung der für die Standortbewilligung erforderlichen Voraussetzungen ist diese erforderlichenfalls unter Befristungen, Bedingungen und Auflagen zu erteilen. Im Bescheid muss angegeben werden, ob der Standort für einen Automatensalon mit höchstens 15 oder mit mehr als 15 Glücksspielautomaten bewilligt wird.

(7) Für die Erhöhung der Anzahl der Glücksspielautomaten in einem Automatensalon mit einer Standortbewilligung für höchstens 15 Glücksspielautomaten ist eine Bewilligung der Landesregierung dann erforderlich, wenn diese Höchstzahl überschritten werden soll.

(8) Liegen mehrere Bewerbungen unter Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für Standorte von Automatensalons vor, so hat die Landesregierung - bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen - jener Bewerberin oder jenem Bewerber die Bewilligung zu erteilen:

1. bei Bewerbungen für denselben Standort der oder dem, die oder der das zweckgebundene Nutzungs- oder Verfügungsrecht über den Standort nachweisen kann,

2. bei der Bewerbung für einen bestehenden Standort und einen neuen Standort oder mehrere neue Standorte, deren gemeinsamer Betrieb sich nach Abs. 3 ausschließen würde, der oder dem, die oder der das zweckgebundene Nutzungs- oder Verfügungsrecht für den bestehenden Standort nachweisen kann,

3. bei der Bewerbung für zwei oder mehrere neue Standorte, deren gemeinsamer Betrieb sich nach Abs. 3 ausschließen würde, der oder dem, deren oder dessen Ansuchen früher bei der Behörde einlangt.

§ 8

Glücksspielautomaten

(1) Die Aufstellung und der Betrieb sowie die Standortverlegung von Glücksspielautomaten sind von der Landesregierung zu bewilligen.

(2) Für die Aufstellung und den Betrieb von Glücksspielautomaten sind erforderlich:

1. Die Glücksspielautomaten müssen eindeutig zu identifizieren und mit einer Seriennummer ausgestattet sein.

2. Es muss ein technisches Gutachten über die Einhaltung der Bestimmungen des § 4 Abs. 3, 4 und 6 über den Schutz der spielenden Personen und die Gewinnausschüttung vorliegen.

3. Der Glücksspielautomat muss nach seiner Bauart, seinem technischen Zustand und seinem Programm so beschaffen sein, dass bei seinem widmungsgemäßen Betrieb keine Gefahr für Leben oder Gesundheit der Spieler sowie unbeteiliger Personen entstehen kann (Betriebssicherheit).

(3) Zur Sicherstellung der für die Bewilligung von Glücksspielautomaten erforderlichen Voraussetzungen ist die Bewilligung erforderlichenfalls unter Befristungen, Bedingungen und Auflagen zu erteilen.

Der Bewilligungsbescheid hat zumindest zu enthalten:

1. die Seriennummern bzw. das eindeutige Identifikationsmerkmal jedes Glücksspielautomaten,
2. die Typen (Gehäusetypen und Spielprogramme) der Glücksspielautomaten und
3. den Standort.

(4) Die Bewilligung endet spätestens mit Ablauf der Bewilligung nach § 5.

§ 9

Austausch von Glücksspielautomaten

(1) Der Austausch eines bewilligten Glücksspielautomaten (z.B. Änderung des Gehäusetyps, Änderung der Spielprogramme) in einem bewilligten Standort eines Automatensalons ist von der Landesregierung zu bewilligen, § 8 Abs. 2 und 3 sind anzuwenden.

(2) Die Austauschbewilligung ersetzt die bisherige Bewilligung und endet spätestens mit Ablauf der Bewilligung nach § 5.

(...)

§ 30

Strafbestimmungen

(1) Eine Verwaltungsübertretung begeht, wer

(...)

2. ohne Bewilligung nach §§ 5, 6, 7, 8 oder 9 einen Glücksspielautomaten betreibt

(...)

(2) Verwaltungsübertretungen sind, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder eine Verwaltungsübertretung nach dem GSpG darstellt, von den Bezirksverwaltungsbehörden, im Wirkungsbereich von Bundespolizeibehörden von diesen, mit einer Geldstrafe bis zu EUR 20.000,-, und im Fall der Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen.

(3) Glücksspielautomaten und Spielapparate und alle diesen Vorrichtungen angeschlossenen Geräte und Spielprogramme, die entgegen diesem Gesetz aufgestellt oder betrieben werden, können unabhängig von der Bestrafung nach Abs. 1 einschließlich des darin enthaltenen Geldes für verfallen erklärt werden.

(4) Der Versuch ist strafbar.

(...)

7. ABSCHNITT: Schluss- und Übergangsbestimmungen

§ 32

Schlussbestimmungen

Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes treten das NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, die Verordnung über die Geschäftsordnung des Spielautomatenbeirats, LGBI. 7071/1-0, die Verordnung über Ausnahmen vom NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071/2-1 und die NÖ Glücksspielautomaten-Höchstzahlverordnung, LGBI. 7071/3-0 außer Kraft.

§ 33

Übergangsbestimmungen

(1) Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bewilligten Glücksspielautomaten nach dem bisher geltenden NÖ Spielautomatengesetz, LGBl. 7071-5, dürfen bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 betrieben werden.

(2) Bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 können Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nur insoweit ausgeübt werden, als im selben Ausmaß aufrechte und zum 15. März 2010 tatsächlich ausgeübte Bewilligungen für Glücksspielautomaten nach dem NÖ Spielautomatengesetz, LGBl. 7071-5, vorzeitig unwiderruflich zurückgelegt werden, wobei für neue Bewilligungen die Höchstzahl der Glücksspielautomaten nach § 3 Abs. 3 nicht überschritten werden darf.

(3) Verordnungen gemäß § 22 dürfen bereits nach der Kundmachung des Gesetzes erlassen werden. Diese Verordnungen dürfen aber frühestens mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Kraft gesetzt werden."

Zunächst gilt es zu klären, ob der in Rede stehende Glücksspielautomat vom Regelungsbereich des NÖ Spielautomatengesetzes erfasst ist. Der Beschwerdeführer bestreitet dies unter Hinweis auf die hg. Erkenntnisse vom 19. Juli 2011, Zl. 2011/02/0127, und vom 27. April 2012, Zl. 2011/02/0224, mit der Behauptung, dass im vorliegenden Fall die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht durch den gegenständlichen Apparat selbst, sondern durch einen ausgelagerten Server - mit Standort in der Steiermark - erfolge und damit eine zentraleitige Entscheidung iSd § 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz (GSpG), nunmehr Abs. 3, gegeben sei. Die Geräte seien reine Eingabe- und Auslesestationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt werde. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust werde nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert. Das bedeute, dass ein Mitspielen an einem laufenden Spiel in der Steiermark ermöglicht werde. Das in der Steiermark laufende Spiel sei behördlich genehmigt. Das Gutachten, auf das sich die belangte Behörde stütze, setze sich nicht mit der Funktionsweise des Apparates auseinander. Hinsichtlich der Funktionsweise heiße es nur, es habe festgestellt werden können, dass der begutachtete Glücksspielautomat ohne Internetanschluss, für mehr als 20 Spiele nach Unterbrechung der Internetleitung weiter funktioniert hätte. Damit wäre zumindest bei 20 Spielen die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig herbeigeführt worden. Es sei keine Aussage darüber getroffen worden, wie das Gerät vor Unterbrechung der Internetleitung funktioniert habe.

Gemäß § 2 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes (GSpG) in der im Tatzeitraum geltenden FassungBGBl. Nr. 620/1989, sind Ausspielungen Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

Nach § 2 Abs. 2 GSpG liegt eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst, also nicht zentraleitig, herbeigeführt oder zur Verfügung gestellt wird.

Gemäß § 2 Abs. 3 GSpG ist ein Glücksspielautomat ein Glücksspielapparat, der die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig herbeiführt oder den Gewinn selbsttätig ausfolgt.

Nach § 3 GSpG ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

Gemäß § 4 Abs. 2 GSpG in der hier noch anzuwendenden Fassung der NovelleBGBl. I Nr. 59/2001 unterliegen Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten nicht dem Glücksspielmonopol, wenn

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von EUR 0,50 nicht übersteigt und
2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von EUR 20,-- nicht übersteigt.

Nur insoweit die im Beschwerdefall maßgebliche Ausnahmebestimmung des § 4 Abs. 2 GSpG für die vom Monopol erfassten Glücksspiele eine Ausnahme vorsieht, kann der Landesgesetzgeber die von ihm für erforderlich erachteten Regelungen zur Abwehr der Gefahren des Glücksspiels treffen. Ausspielungen mit Glücksspielautomaten, für die eine entsprechende Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes in § 4 Abs. 2 GSpG vorgesehen ist, können daher vom Landesgesetzgeber näher geregelt werden, wobei die Glücksspielautomaten, die definitionsgemäß auch Glücksspielapparate sind (vgl. § 2 Abs. 3 GSpG), gleichfalls die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch den Apparat selbst herbeizuführen oder zur Verfügung zu stellen haben. Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt nach § 2 Abs. 2 GSpG nur dann vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst, also nicht zentraleitig, herbeigeführt

oder zur Verfügung gestellt wird. Eine "zentraleitige" Entscheidung über Gewinn und Verlust liegt nicht vor, wenn diese durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung "durch den Apparat selbst" erfolgt (vgl. § 2 Abs. 2 GS_PG) (siehe das hg. Erkenntnis vom 19. Juli 2011, Zl. 2011/02/0127, mwH).

Im vorliegenden Fall kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie sich auf das diesbezüglich eindeutige Gutachten vom 23. Februar 2010 stützte, demzufolge bei einer Probe der in Rede stehende Automat in 20 Spielen ohne Internetanschluss funktionierte und somit die Entscheidung über Gewinn oder Verlust nicht zentralseitig, sondern durch den Glücksspielautomaten selbst erfolgte. Dabei kommt es entgegen der Beschwerdeansicht nicht darauf an, ob der Automat konkret mit oder ohne Internetanschluss in Betrieb genommen wurde. Schon die Eignung bzw. bloße Möglichkeit dieser Funktionsweise, welche im Zuge der Begutachtung durch den Sachverständigen festgestellt wurde, reicht für die Qualifikation als Glücksspielautomat iSd § 2 Abs. 3 GS_PG aus (vgl. zu einem ähnlichen Sachverhalt das hg. Erkenntnis vom 20. November 2007, Zl. 2006/05/0238). Damit ging die belangte Behörde zu Recht davon aus, dass der fragliche Glücksspielautomat vom Regelungsbereich des NÖ Spielautomatengesetzes erfasst war.

Ferner wendet der Beschwerdeführer ein, dass aufgrund der Rechtslagenänderung hinsichtlich des NÖ Spielautomatengesetzes zwischen Tatzeit und erstinstanzlicher Entscheidung die Strafbarkeit der Tat weggefallen sei und daher das Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs. 2 VStG zum Tragen käme. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses sei das herangezogene NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, gar nicht mehr in Geltung gestanden. Dementsprechend käme eine Bestrafung nach dem NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, jedenfalls nicht in Betracht.

Nach § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung des Bescheides erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre.

Zeigt sohin die spätere Gesetzgebung, dass das Unwerturteil über das zur Zeit der Begehung strafbare Verhalten nachträglich milder oder ganz weggefallen ist, dann ist das günstigere Recht anzuwenden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2003, Zl. 2003/03/0094).

Soweit der Beschwerdeführer die Auffassung vertritt, dass durch das Inkrafttreten des NÖ Spielautomatengesetzes 2011, LGBI. 7071-0, das gemäß § 8 Abs. 1 lit. g NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, inkriminierte Verhalten nicht mehr pönalisiert wird, ist auf § 30 Abs. 1 Z 2 NÖ Spielautomatengesetz 2011, LGBI. 7071-0, hinzuweisen, wonach sich einer Verwaltungsübertretung schuldig macht, wer ohne Bewilligung nach §§ 5, 6, 7, 8 oder 9 einen Glücksspielautomaten betreibt. § 8 leg. cit. sieht vor, dass u. a. die Aufstellung und das Betreiben von Glücksspielautomaten von der Landesregierung zu bewilligen sind.

War das Verhalten, das zur Tatzeit strafbar war, etwa im Zeitpunkt der Fällung des Bescheides erster Instanz überhaupt nicht mehr strafbar, so ist ungeachtet des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung für diesen Fall nicht mehr zu bestrafen. Hat jedoch der Gesetzgeber das strafrechtliche Unwerturteil über die Nichtbefolgung der in Betracht kommenden Verpflichtung unverändert aufrechterhalten, so besteht trotz der aus der Bestimmung des § 1 Abs. 2 VStG hervorleuchtenden Grundsätze keine Handhabe, das zum Zeitpunkt der Tat strafbar gewesene Verhalten anders zu beurteilen, als es zu beurteilen gewesen wäre, wenn das Straferkenntnis erster Instanz noch vor Inkrafttreten der Änderung erlassen worden wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 1988, Zl. 88/03/0083).

Im vorliegenden Fall hat sich an der Strafbarkeit des Verhaltens des Beschwerdeführers durch die von ihm ins Treffen geführte Rechtslage nichts geändert:

In der Beschwerde wird hiezu angeführt, dass der Beschwerdeführer nach dem Schulterspruch die Tat gemäß NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, als Aufsteller und Betreiber ("aufgestellt und betrieben") begangen haben soll. Das NÖ Spielautomatengesetz 2011, LGBI. 7071-0, sehe aber als allenfalls einschlägige Strafbestimmung § 30 Abs. 1 Z 2 vor ("ohne Bewilligung nach §§ 5, 6, 7, 8 oder 9 einen Glücksspielautomaten betreibt"). Demzufolge sei nach dem NÖ Spielautomatengesetz 2011 lediglich das Betreiben, nicht aber das Aufstellen pönalisiert.

Diese Argumentation geht schon deshalb ins Leere, weil der Beschwerdeführer unstrittig sowohl Aufsteller als auch Betreiber des besagten Glücksspielautomaten ist und nach dem zum Tatzeitraum geltenden NÖ Spielautomatengesetz sowohl das Aufstellen als auch das Betreiben zur Bestrafung führte. Im Übrigen verweist die Strafbestimmung des zitierten § 30 Abs. 1 Z 2 NÖ Spielautomatengesetz 2011, LGBI. 7071-0, u.a. auf den § 8 leg. cit. ("die Aufstellung und der

Betrieb sowie die Standortverlegung von Glücksspielautomaten sind von der Landesregierung zu bewilligen"), sodass auch unter diesem Gesichtspunkt die Anwendung des NÖ Spielautomatengesetzes 2011 jedenfalls zu keiner für den Beschwerdeführer günstigeren Situation führte.

Schließlich wendet sich der Beschwerdeführer auch gegen die Strafzumessung durch die belangte Behörde. Diese sei rechtswidrig, weil die "falsche" Rechtslage herangezogen worden sei. Nach dem Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs. 2 VStG wäre das NÖ Spielautomatengesetz 2011, LGBI. 7071-0, und nicht das NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, heranziehen gewesen, weil sich der Strafraum sowohl hinsichtlich der zu verhängenden Geldstrafe als auch hinsichtlich der im Uneinbringlichkeitsfall zu verhängenden Ersatzfreiheitstrafe zugunsten des Beschwerdeführers geändert habe.

Damit ist der Beschwerdeführer im Recht.

Bei der Prüfung im Sinne des § 1 Abs. 2 VStG kommt es nicht darauf an, welche Strafe tatsächlich über den Täter verhängt wird, sondern auf die Strafdrohung. Der Vergleich ist nicht bloß im Hinblick auf die Höhe der jeweils angedrohten Geldstrafe abzustellen; bei Verschiedenheiten der Strafdrohungen kommt es auf die Bewertung der "Gesamtauswirkung" an (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 24. April 1995, Zl. 94/10/0154).

In § 8 Abs. 2 NÖ Spielautomatengesetz, LGBI. 7071-5, war für das inkriminierte Verhalten die Verhängung einer Geldstrafe bis zu EUR 22.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen) vorgesehen, durch das mit 8. April 2011 in Kraft getretene NÖ Spielautomatengesetz 2011, LGBI. 7071-0, wurde der Strafraum im § 30 Abs. 2 leg. cit. auf EUR 20.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen) gesenkt.

Im vorliegenden Fall hätte sich die Strafbemessung daher nach dem zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Bescheiderlassung geltenden Recht, demnach im Strafraum von EUR 20.000,-- sowie einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, bewegen müssen. Die belangte Behörde ging demgegenüber bei der Strafbemessung - wie bereits die Erstbehörde - unter Missachtung des Günstigkeitsprinzips gemäß § 1 Abs. 2 VStG von einem für den Beschwerdeführer ungünstigeren Strafraum, sowohl hinsichtlich der angedrohten Geldstrafe wie auch der Ersatzfreiheitsstrafe, aus.

Aus den dargelegten Gründen ist der angefochtene Bescheid hinsichtlich des Strafausspruches und des damit zusammenhängenden Ausspruches über die Kosten des Strafverfahrens mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, der über den Beschwerdeführer verhängte Schulterspruch jedoch nicht als rechtswidrig zu erkennen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 90/04/0019).

Der angefochtene Bescheid war somit in dem aus dem Spruch ersichtlichen Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben; im Übrigen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 24. April 2014

Schlagworte

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2Besondere RechtsgebieteAuslegung unbestimmter Begriffe
VwRallg3/4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2014:2012020299.X00

Im RIS seit

23.05.2014

Zuletzt aktualisiert am

10.12.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at