

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

26.09.2018

Geschäftszahl

Ra 2017/17/0459

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

Ra 2017/17/0460

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschovsky und die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner sowie Mag. Liebhart-Mutzl als Richterinnen bzw. Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Baumann, über die Revision 1. der G AG (vormals C AG) in G und 2. des J M in W, beide vertreten durch Mag. Martin Paar und Mag. Hermann Zwanzger, Rechtsanwälte in 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 46/6, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 1. Dezember 2016, VGW-002/042/826/2016, VGW-002/042/7565/2016, und VGW- 002/V/042/7569/2016, betreffend Einziehung und Bestrafung nach dem Glücksspielgesetz,

Spruch

I. zu Recht erkannt:

Spruchpunkt A) A) des angefochtenen Erkenntnisses wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den revisionswerbenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II. den Beschluss gefasst:

Die Revision wird, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt A) C) des angefochtenen Erkenntnisses richtet, zurückgewiesen.

Begründung

1 Am 12. Mai 2015 fand in einem von der erstrevisionswerbenden Partei betriebenen Wettbüro eine Kontrolle der Finanzpolizei nach dem Glücksspielgesetz statt. Dabei wurden Geräte, auf denen Glücksspiele gespielt werden konnten, vorgefunden.

2 Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 30. Juni 2015, GZ: VStV/915300781205/2015, wurde der Zweitrevisionswerber als Vorstand der erstrevisionswerbenden Partei der Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild iVm § 2 Abs. 4 GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG für schuldig erkannt, weil diese am 12. Mai 2015 von 07:00 Uhr bis 13:40 Uhr in ihrem Wettlokal zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) mit sieben näher bezeichneten Glücksspielgeräten veranstaltet habe. Über den Zweitrevisionswerber wurden sieben Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 4.000,-- (samt Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt. Weiters wurde der Zweitrevisionswerber zur Zahlung von insgesamt EUR 2.800,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens verpflichtet. Die erstrevisionswerbende Partei wurde zur Haftung gemäß § 9 Abs. 7 VStG herangezogen. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die revisionswerbenden Parteien Beschwerde.

3 Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Wien vom 7. September 2015 wurde gegenüber der erstrevisionswerbenden Partei gemäß § 53 Abs. 1 GSpG die Beschlagnahme der sieben bei der gegenständlichen

Kontrolle vorgefundenen Geräte samt Tastaturen und Computermäusen angeordnet und deren Einziehung gemäß § 54 Abs. 1 GSpG verfügt. Die erstrevisionswerbende Partei erhob dagegen Beschwerde.

4 Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 18. April 2016, GZ: VStV/916300426562/2016, wurde der Zweitrevisionswerber als Vorstand der erstrevisionswerbenden Partei der Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG für schuldig erkannt, weil diese am 12. Mai 2015 von 07:00 Uhr bis 13:40 Uhr in ihrem Wettlokal zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG mit sieben näher bezeichneten Glücksspielgeräten unternehmerisch zugänglich gemacht habe. Über den Zweitrevisionswerber wurden sieben Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 7.000,-- (samt Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt. Weiters wurde der Zweitrevisionswerber zur Zahlung von insgesamt EUR 4.900,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens verpflichtet. Die erstrevisionswerbende Partei wurde zur Haftung gemäß § 9 Abs. 7 VStG herangezogen. Auch gegen dieses Straferkenntnis erhoben die revisionswerbenden Parteien Beschwerde.

5 Mit Spruchpunkt **A)** A) des angefochtenen Erkenntnisses gab das Verwaltungsgericht Wien (in der Folge: Verwaltungsgericht) der Beschwerde der revisionswerbenden Parteien gegen das Straferkenntnis vom 18. April 2016, GZ: VStV/91600426562/2016 (Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG), keine Folge und ergänzte die Tatanlastung im angefochtenen Straferkenntnis dahingehend, dass die erstrevisionswerbende Partei es gestattet habe, dass in ihren Räumlichkeiten verbotene Ausspielungen stattfänden. Das Verwaltungsgericht verpflichtete den Zweitrevisionswerber zum Ersatz eines Beitrags zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und sprach aus, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei.

Mit Spruchpunkt **A)** B) des angefochtenen Erkenntnisses gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde gegen den Beschlagnahmebescheid statt, behob diesen Bescheid ersatzlos und sprach aus, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei.

Mit Spruchpunkt **A)** C) des angefochtenen Erkenntnisses wies das Verwaltungsgericht der Beschwerde gegen den Einziehungsbescheid als unbegründet ab und sprach aus, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei. Mit Spruchpunkt **B)** der angefochtenen Entscheidung gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde hinsichtlich des Straferkenntnisses vom 30. Juni 2015, GZ: VStV/915300781205/2015 (Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG), statt und stellte das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG ein. Weiters sprach es aus, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei.

6 Begründend führte das Verwaltungsgericht in Bezug auf die bekämpften Straferkenntnisse u.a. aus, die erstrevisionswerbende Partei sei zwar Inhaberin des Wettlokals und Besitzerin der Glücksspielgeräte, aber nicht die Veranstalterin der verbotenen Ausspielungen gewesen. Vielmehr sei dies eine näher bezeichnete maltesische Gesellschaft gewesen. Daher sei das Straferkenntnis, in welchem eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG vorgeworfen worden sei, aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen gewesen. Allerdings habe die erstrevisionswerbende Partei die verbotenen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, weshalb die diesbezügliche Beschwerde abzuweisen gewesen sei.

7 Gegen die Spruchpunkte **A)** A) und **A)** C) richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die belangte Behörde erstattete keine Revisionsbeantwortung.

8 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

9 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.

10 Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, sind gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Ein solcher Beschluss ist nach § 34 Abs. 3 VwGG in jeder Lage des Verfahrens zu fassen.

11 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 vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. Zur Bestrafung des Zweitrevisionswerbers (Spruchpunkt **A)** A) des angefochtenen Erkenntnisses)

12 Die Revision vertritt in ihrem Zulässigkeitsvorbringen die Auffassung, die Bestrafung des Zweitrevisionswerbers wegen des Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG stelle im Hinblick auf die Einstellung des Strafverfahrens hinsichtlich § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG mit dem angefochtenen Erkenntnis einen Verstoß gegen den Grundsatz "ne bis in idem" dar, den das Verwaltungsgericht hätte wahrnehmen müssen.

13 Die Revision erweist sich hinsichtlich des Spruchpunktes **A) A)** des angefochtenen Erkenntnisses aus den in der Revision dargelegten Gründen als zulässig und als berechtigt:

14 Der Revisionsfall gleicht hinsichtlich des Vorbringens zur Doppelbestrafung jenem Fall, der mit dem hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Ra 2017/17/0474, 0475, entschieden wurde. Hinsichtlich der Wiedergabe der anzuwendenden Bestimmungen der EMRK, des GSpG sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung kann daher gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Begründung dieser Entscheidung verwiesen werden.

15 Im Revisionsfall wurden zwei Straferkenntnisse erlassen, bei denen es jeweils darum ging, dass im Wettlokal der erstrevisionswerbenden Partei im selben Tatzeitraum mit denselben Gegenständen, die von der belangten Behörde übereinstimmend als Glücksspielgeräte beurteilt wurden, mit Duldung der Lokalinhaberin Glücksspiele durchgeführt und den Spielern zugänglich gemacht wurden. Tatzeit, Tatort und Eingriffsgegenstände sind somit in beiden Strafverfahren ident.

16 Der sachverhaltsbezogene Unterschied der beiden Verfahren liegt lediglich darin begründet, dass im im zeitlich ersten und vom Verwaltungsgericht in der Folge eingestellten Strafverfahren überdies davon ausgegangen worden war, die erstrevisionswerbende Partei habe dabei auf eigene Rechnung und Gefahr gehandelt und sei daher als Veranstalterin iSd ersten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG anzusehen. Die Strafbehörde ist daher im eingestellten Strafverfahren sowohl von der Verwirklichung des Zugänglichmachens von verbotenen Ausspielungen als auch des Veranstaltens ausgegangen.

17 Für solche Sachverhaltskonstellationen hat der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen, dass das gleichzeitig verwirklichte Tatbild des unternehmerisch Zugänglichmachens gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG durch jenes des Veranstaltens verbotener Ausspielungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG konsumiert wird (vgl. VwGH 26.3.2015, Ra 2014/17/0033). Das bedeutet, dass in einem Fall, in dem ein Lokalinhaber Glücksspielgeräte den Spielern unternehmerisch zugänglich macht und überdies die Geräte auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt, lediglich iSd ersten Tatbildes leg. cit. und nicht zusätzlich iSd dritten Tatbildes leg. cit. zu bestrafen ist.

18 Im Revisionsfall lagen dem Verwaltungsgericht Beschwerden gegen die genannten Straferkenntnisse vor, die denselben Beschuldigten, denselben Tatzeitraum und überwiegend dieselbe Tathandlung betrafen. Das Verwaltungsgericht gelangte bei der Prüfung der beiden Straferkenntnisse zu der Überzeugung, dass die zeitlich erste Bestrafung des Zweitrevisionswerbers als Veranstalter rechtswidrig gewesen sei und hat dieses daher aufgehoben. Damit hätte es die durch das zeitlich zweite Straferkenntnis erfolgte Doppelbestrafung beseitigt, hätte es nicht gleichzeitig hinsichtlich des zeitlich ersten Straferkenntnisses auch das diesbezügliche Strafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. Dieser Einstellung, gegen die kein ordentliches Rechtsmittel mehr erhoben werden konnte, kommt die Wirkung eines Freispruchs iSd Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK zu. Eine Bestrafung des Zweitrevisionswerbers wegen der - mit Ausnahme des Betreibens der Glücksspielgeräte auf eigene Rechnung und Gefahr - identen Tathandlung unter dem Gesichtspunkt des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG war somit nicht mehr zulässig.

19 Indem das Verwaltungsgericht dies verkannte und das Straferkenntnis vom 18. April 2016 bestätigte, obwohl es im Zusammenhang mit dem Straferkenntnis vom 30. Juni 2015 das Strafverfahren eingestellt hatte, belastete es Spruchpunkt **A) A)** des angefochtenen Erkenntnisses mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

20 Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das übrige Beschwerdevorbringen zu diesem Spruchpunkt einzugehen.

21 Der angefochtene Spruchpunkt **A) A)** war aus den genannten Gründen gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Zur Einziehung (Spruchpunkt **A) C)** des angefochtenen Erkenntnisses)

22 Die Revision bringt zu ihrer Zulässigkeit zu diesem Spruchpunkt vor, es fehle an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob Personalcomputer (PCs) bei "verfassungsgemäßer, das verfassungsgesetzlich gewährleistete Eigentumsrecht berücksichtigender Auslegung" des § 54 Abs. 1 GSpG überhaupt eingezogen werden dürften.

23 Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch bereits mit Erkenntnis vom 15. November 2017, Ra 2017/17/0021, zu einem gleichlautenden Vorbringen derselben Revisionsvertreter ausgesprochen, dass bei (allen) Gegenständen, mit denen gegen § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird (außer der Verstoß ist nur geringfügig) deren Einziehung vorgesehen ist. Auf den Umstand, dass es sich bei den im Revisionsfall eingezogenen Gegenständen nach Auffassung der Revision lediglich um PCs gehandelt hat, kommt es somit nicht an.

24 Nach dem Zulässigkeitsvorbringen der Revision liegt auch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage vor, "ob die vom EuGH herausgestrichenen Grenzen einer zulässigen Werbepolitik als absolut zu verstehen" seien bzw. ob keine Gesamtkohärenz vorliege, wenn die Werbung der Konzessionäre zur aktiven Teilnahme am Spiel anrege.

25 In den Erkenntnissen vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, 0049, hat der Verwaltungsgerichtshof u.a. ausgeführt, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) zur Beurteilung der Frage der Unionsrechtswidrigkeit durch den nationalen Richter eine Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des

Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, zu erfolgen hat. Nach der Judikatur des EuGH sind bei der Gesamtwürdigung nicht bloß der Wortlaut der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes samt Gesetzesmaterialien, sondern auch faktische Gegebenheiten (wie etwa der Umfang der Beschaffungskriminalität und der Kriminalität gegenüber Glücksspielern im Mitgliedstaat sowie eine allfällige expansionistische Geschäftspolitik der Konzessionäre und deren Zielsetzung etc.) in den Blick zu nehmen (vgl. auch VwGH 20.4.2016, Ra 2016/17/0066, mwN).

26 Selbst bei Hinweisen auf das Vorliegen einer expansionistischen Geschäftspolitik der Konzessionäre - etwa durch das Glücksspiel verharmlosende Werbung - kann sich das GSpG nach der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH auch im Rahmen der Gesamtwürdigung als mit dem Unionsrecht in Einklang stehend erweisen, beispielsweise um damit eine Umlenkung von Spielern vom illegalen zum legalen Glücksspiel sicherzustellen (vgl. dazu etwa EuGH 8.9.2010, C-316/07 u.a., *Stoß u.a.*, Rn. 107; 30.4.2014, C-390/12, *Pfleger*, Rn. 50 ff; 6.9.2018, *Gmalieva s.r.o. u.a.*, C-79/17; VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 und 49; 11.6.2018, Ra 2017/17/0052; 16.3.2016, Ro 2015/17/0022; VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24 u.a.; sowie *Herbst/Weinhandl*, Das österreichische Glücksspielmonopol aus unions- und verfassungsrechtlicher Sicht, in: Jahrbuch Öffentliches Recht 2017, 121 ff, insbes. 149). Von dieser Rechtsprechung ist das Verwaltungsgericht nicht abgewichen.

27 Mit dem Zulässigkeitsvorbringen, das Verwaltungsgericht habe "trotz entsprechender Beweisanträge ..., die tatsächlichen Auswirkungen des Glücksspielgesetzes nicht hinreichend untersucht", gelingt es den revisionswerbenden Parteien nicht, eine Relevanz des geltend gemachten Verfahrensmangels darzulegen (vgl. zu einem gleichlautenden Vorbringen derselben Revisionsvertreter wieder VwGH 15.11.2017, Ra 2017/17/0021 bis 0023).

28 Auch sonst wirft das Zulässigkeitsvorbringen der gegenständlichen Revision im Zusammenhang mit Spruchpunkt A) C) keine Rechtsfrage auf, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

29 Die Revision war daher - soweit sie sich gegen Spruchpunkt A) C) des angefochtenen Erkenntnisses wendet - gemäß § 34 VwGG mit Beschluss zurückzuweisen.

30 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 26. September 2018

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017170459.L00