



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Enzenhofer und die Hofrätin Mag. Dr. Zehetner, den Hofrat Mag. Berger, die Hofrätin Dr. Koprivnikar sowie den Hofrat Dr. Terlitza als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Kovacs, über die Revision des M R in W, vertreten durch Mag. Rainer Hochstöger, MBA, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Breitwiesergutstraße 10 (4. OG), gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 12. März 2019, LVwG-S-2412/001-2018, betreffend Übertretungen des Glücksspielgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landespolizeidirektion Niederösterreich),

1. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird im Umfang seines Ausspruches über die Strafe sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

2. den Beschluss gefasst:

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 11. Oktober 2018 wurde der Revisionswerber als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der J GmbH der fünffachen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz - GSpG schuldig erkannt und es wurden über ihn fünf Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 3.000,-- (sowie für den Fall der Uneinbringlichkeit fünf Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils sechs Tagen) verhängt, weil die GmbH sich in der Zeit von 24. Dezember 2017 bis 24. Mai 2018, 17:30 Uhr, an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch beteiligt habe. Begründend führte die belangte



Behörde (u.a.) aus, dass die Glücksspielgeräte seit 24. Dezember 2017 in einem näher genannten Lokal aufgestellt gewesen seien und die J GmbH das Lokal bzw. die Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt habe.

- 2 Mit dem angefochtenen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich (Verwaltungsgericht) wurde der dagegen vom Revisionswerber erhobenen Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Einschränkung des Tatzeitraums auf 1. Februar 2018 bis 24. Mai 2018 keine Folge gegeben und das Straferkenntnis bestätigt. Der Revisionswerber wurde zur Zahlung eines Beitrages zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von insgesamt EUR 3.000,-- verpflichtet. Das Verwaltungsgericht erklärte eine ordentliche Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.
- 3 Begründend führte das Verwaltungsgericht (u.a.) aus, die J GmbH sei Inhaberin der gegenständlichen Glücksspielgeräte gewesen und habe die betreffenden Lokalräumlichkeiten mit 1. Februar 2018 an die I Kft untervermietet. Die unternehmerische Beteiligung liege darin, dass über die Miete vom illegalen Glücksspiel profitiert worden sei. Die Geräte seien schon vor der Untervermietung (seit 24. Dezember 2017) im Lokal aufgestellt und betriebsbereit gewesen. Die J GmbH habe - im Wissen, dass dort illegale Glücksspielgeräte aufgestellt gewesen seien - die betreffenden Lokalräumlichkeiten mit 1. Februar 2018 an die I Kft untervermietet, weshalb der Tatzeitraum entsprechend einzuschränken gewesen sei.
- 4 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:
- 5 **1.** Liegen - wie hier in Bezug auf den Ausspruch von Schuld und Strafe - trennbare Absprüche vor, so ist die Zulässigkeit einer dagegen erhobenen Revision getrennt zu überprüfen (vgl. VwGH 7.11.2019, Ra 2018/17/0236; 4.1.2021, Ra 2019/17/0094, jeweils mwN).



- 6 **2.1.** 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.
- 7 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.
- 8 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.
- 9 **2.2.** Soweit sich die Revision gegen den Schuldausspruch richtet, ist sie zurückzuweisen:
- 10 Die Zulässigkeit der Revision setzt im Fall der Behauptung eines - eine grundsätzliche Rechtsfrage aufwerfenden - Verfahrensmangels voraus, dass die Revision auch von der Lösung einer solchen Rechtsfrage abhängt. Davon kann bei einem Verfahrensmangel aber nur dann ausgegangen werden, wenn auch die Relevanz des Mangels für den Verfahrensausgang dargetan wird, das heißt, dass im Falle der Durchführung eines mängelfreien Verfahrens abstrakt die Möglichkeit bestehen muss, zu einer anderen - für die revisionswerbende Partei günstigeren - Sachverhaltsgrundlage zu gelangen (vgl. VwGH 18.11.2019, Ra 2019/17/0006, mwN).
- 11 Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass mit dem vierten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG eine Person gemeint ist, die nicht Veranstalter ist, sondern die sich nur in irgendeiner Weise an der



Veranstaltung unternehmerisch im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt (vgl. VwGH 26.6.2020, Ra 2019/17/0010, mwN). Eine unternehmerische Beteiligung im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG setzt die Kenntnis von der Veranstaltung von Glücksspielen voraus (vgl. VwGH 30.8.2019, Ra 2018/17/0162, mwN), wobei es auf eine Einnahmenerzielungsabsicht nicht ankommt (vgl. etwa VwGH 29.10.2019, Ra 2019/09/0071, mwN). Hierbei kann auch das entgeltliche Überlassen von Glücksspielgeräten (vgl. dazu etwa VwGH 22.8.2018, Ra 2017/17/0442, mwN) wie auch die Vermietung von Räumlichkeiten (vgl. dazu etwa VwGH 14.8.2018, Ra 2017/17/0357) das vierte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfüllen, was entsprechende Feststellungen zur subjektiven Tatseite der die Räumlichkeiten überlassenden Person - so beispielsweise zur Erkennbarkeit einer möglichen unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Ausspielungen für den Überlasser aufgrund einer besonderen Indizienlage hinsichtlich der Nutzung des von ihm überlassenen Objektes - voraussetzt (vgl. etwa VwGH 25.6.2020, Ra 2019/15/0144, mwN).

- 12 **2.3.** In ihrer Zulässigkeitsbegründung bringt die Revision vor, das Verwaltungsgericht habe gegen die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes „betreffend Beweiswürdigung“ verstoßen, indem es - entgegen dem Vorbringen des Revisionswerbers, dass er keine Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt und die J GmbH lediglich das Geschäftslokal untervermietet habe - zur Feststellung gelangt sei, dass die J GmbH die gegenständlichen fünf Geräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt habe.
- 13 Mit diesem Vorbringen zeigt die Revision keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf:
- 14 Nach ständiger hg. Judikatur (vgl. etwa VwGH 15.7.2020, Ra 2020/17/0049, mwN) ist der Verwaltungsgerichtshof als Rechtsinstanz zur Überprüfung der Beweiswürdigung im Allgemeinen nicht berufen. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt in Bezug auf die mit Revision bekämpfte Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichtes nur dann vor, wenn diese - im Einzelfall vorgenommene - Beweiswürdigung in einer die



Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise getroffen worden wäre.

- 15 Nach den im angefochtenen Erkenntnis getroffenen Feststellungen hatte die J GmbH das hier in Rede stehende Geschäftslokal, in dem bereits seit dem 24. Dezember 2017 (bis 24. Mai 2018) die fünf Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt waren und auch bespielt wurden, mit 1. Februar 2018 an eine weitere Gesellschaft untervermietet. Daraus folgte das Verwaltungsgericht, die J GmbH habe davon gewusst, dass es sich bei diesen Geräten um Glücksspielgeräte für illegales Glücksspiel handelte. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Verwaltungsgericht (u.a.) die Auffassung, dass dem Revisionswerber „jedenfalls Fahrlässigkeit“ in Bezug auf die unternehmerische Beteiligung an den verbotenen Ausspielungen vorzuwerfen sei.
- 16 Die Revision bestreitet in ihrer Zulässigkeitsbegründung nicht die Feststellung des Verwaltungsgerichtes, dass diese Glücksspielgeräte in dem von der J GmbH (als Hauptmieterin) sodann mit 1. Februar 2018 untervermieteten Geschäftslokal bereits am 24. Dezember 2017 betriebsbereit aufgestellt waren und auch bespielt wurden. Unter Zugrundelegung dieser unbestrittenen Feststellung zeigt der Revisionswerber in der Zulässigkeitsbegründung nicht auf und ist für den Verwaltungsgerichtshof auch nicht erkennbar, dass der Feststellung des Verwaltungsgerichtes in Bezug auf die Kenntnis der J GmbH, dass es sich bei den Geräten um Glücksspielgeräte für illegales Glücksspiel handelte, und der weiteren Beurteilung, dass dem Revisionswerber „jedenfalls Fahrlässigkeit“ in Bezug auf die unternehmerische Beteiligung an den verbotenen Ausspielungen vorzuwerfen sei, eine in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden Weise vorgenommene Beweiswürdigung zugrunde liege.
- 17 Wenn die Revision in ihrer Zulässigkeitsbegründung in diesem Zusammenhang weiters vorbringt, dass die dem Revisionswerber vorgeworfene unternehmerische Beteiligung nur vorliegen könnte, wenn „diese“ (offenbar gemeint: die J GmbH) Eigentümerin und/oder Inhaberin der Geräte wäre, wobei Inhaber nur derjenige sein könne, in dessen Gewahrsame sich die Geräte befänden, und der Revisionswerber im Beschwerdeverfahren dargetan habe, dass die J GmbH nie Inhaberin oder Eigentümerin der fünf Glücksspielgeräte



gewesen sei, so legt sie auch damit keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG dar:

- 18 Wie oben bereits erwähnt wurde, kann auch das Überlassen von Glücksspielgeräten das vierte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfüllen, so etwa wenn aufgrund einer besonderen Indizienlage anzunehmen ist, dass dem Überlasser eine mögliche unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen hinsichtlich der Nutzung des von ihm überlassenen Objektes erkennbar ist. Wenn das Verwaltungsgericht von einer derartigen Indizienlage im Hinblick darauf, dass die J GmbH (als Hauptmieterin) das Geschäftslokal unter Belassung der bereits seit 24. Dezember 2017 betriebsbereit aufgestellten und auch bespielten Glücksspielgeräte in diesem Lokal und sohin mit diesen Geräten ab 1. Februar 2018 untervermietet hatte, ausgegangen ist und § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG als erfüllt angesehen hat, so erweist sich diese Beurteilung nicht als unschlüssig. Da es für die Verwirklichung dieses Tatbildes genügt, dass eine Person (die nicht Veranstalter ist) nur in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt ist (vgl. nochmals VwGH 26.6.2020, Ra 2019/17/0010, mwN), und die bloße Überlassung von Glücksspielgeräten unter den oben dargestellten weiteren Voraussetzungen hierfür ausreicht, ist es auch nicht von entscheidungswesentlicher Bedeutung, ob die J GmbH Eigentümerin oder Inhaberin dieser Geräte ist. Schon deshalb erübrigt sich ein Eingehen auf das weitere Zulässigkeitsvorbringen der Revision, dass das Verwaltungsgericht von Amts wegen die „Beischaffung des Beschlagnahme- und/oder Einziehungsaktes“ zur Klärung der Frage der Inhabereigenschaft der J GmbH in Bezug auf die Glücksspielgeräte hätte „tätigen“ müssen.
- 19 Da somit die Revision in ihrer Zulässigkeitsbegründung in Bezug auf den mit dem angefochtenen Erkenntnis getroffenen Schuldausspruch keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG dargelegt hat, erweist sie sich in dieser Hinsicht als unzulässig, weshalb sie insoweit gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen war.
- 20 **3.1.** Soweit der Revisionswerber in seiner Zulässigkeitsbegründung jedoch vorbringt, dass zwischen der verhängten Geldstrafe und der festgesetzten



Ersatzfreiheitsstrafe ein auffallendes Missverhältnis nicht bestehen dürfe, zumindest aber eine diesbezügliche Begründung der Strafbemessung erforderlich sei, erweist sich die Revision als zulässig und auch begründet:

- 21 **3.2.** Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist jedenfalls dann, wenn zwischen der Höhe der verhängten Geldstrafe und der verhängten Ersatzfreiheitsstrafe ein erheblicher, nach dem Verhältnis zur Höchststrafe zu bemessender Unterschied besteht, dafür eine Begründung erforderlich (vgl. VwGH 19.12.2019, Ra 2019/17/0046, mwN). Wenn eine solche nicht erfolgt, belastet dies den Strafausspruch mit Rechtswidrigkeit (vgl. VwGH 4.6.2020, Ra 2019/15/0020, mwN).
- 22 Mit dem angefochtenen Erkenntnis hat das Verwaltungsgericht durch die Bestätigung des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses pro Glücksspielgerät - ausgehend von einem Strafraumen von EUR 3.000,-- bis EUR 30.000,-- pro Glücksspielgerät - eine Geldstrafe in der Höhe von jeweils EUR 3.000,-- verhängt. Die Ersatzfreiheitsstrafe hingegen wurde bei einer Höchststrafe von 14 Tagen pro Glücksspielgerät mit 6 Tagen bemessen. Diese Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe steht mit knapp 43% der möglichen Höchststrafe in einem auffallenden Missverhältnis zur Höhe der Geldstrafe, die mit der Mindeststrafe (zehn Prozent der Höchststrafe) festgesetzt wurde. Eine Begründung für die Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe in dieser Höhe ist weder dem verwaltungsbehördlichen Straferkenntnis noch dem angefochtenen Erkenntnis zu entnehmen.
- 23 Ist der Ausspruch bezüglich der Ersatzfreiheitsstrafe rechtswidrig, so ist der Strafausspruch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Gänze aufzuheben (vgl. abermals VwGH 4.6.2020, Ra 2019/15/0020, mwN).
- 24 Ferner ist, was den in der Zulässigkeitsbegründung der Revision bekämpften Ausspruch des Verwaltungsgerichtes über die Kosten des Beschwerdeverfahrens anlangt, auf die ständige hg. Judikatur hinzuweisen, wonach es unzulässig ist, dem Beschuldigten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, wenn das Verwaltungsgericht eine Änderung zu dessen Gunsten (§ 52 Abs. 8 VwGVG) vorgenommen hat. Eine



solche Änderung liegt insbesondere auch dann vor, wenn das Verwaltungsgericht den von der Strafbehörde angenommenen strafbaren Tatbestand einschränkt, was u.a. dann der Fall ist, wenn der Tatzeitraum - wie im vorliegen angefochtenen Erkenntnis - im Unterschied zur erstinstanzlichen Entscheidung eingeschränkt und damit der Unrechtsgehalt zugunsten des Beschuldigten verringert wird (vgl. zum Ganzen etwa VwGH 20.10.2020, Ra 2019/09/0151, mwN).

25 **3.3.** Das angefochtene Erkenntnis war daher im Umfang des Strafausspruches und des damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden Ausspruches über die Verfahrenskosten wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

26 **4.1.** Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

27 **4.2.** Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 und 4 VwGG abgesehen werden.

W i e n , am 5. Juli 2021