



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Mag. Dr. Zehetner sowie die Hofräte Mag. Berger und Mag. M. Mayr als Richterin und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Kovacs, über die Revision des Bundesministers für Finanzen in 1010 Wien, Johannesgasse 5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 22. Februar 2021, LVwG-413732/10/Gf/RoK, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems; mitbeteiligte Partei: Z M in B, vertreten durch Mag. Marcus Marakovics, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Liechtensteinstraße 25/21), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird im angefochtenen Umfang, somit hinsichtlich seines Ausspruches über die verhängte Strafe und die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 1. Mai 2020 wurde der Mitbeteiligte als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ einer näher genannten Gesellschaft der Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) für schuldig erkannt. Die Gesellschaft habe sich als Unternehmer an verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie in einem näher bezeichneten Zeitraum ein Glücksspielgerät einem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt habe. Dem Mitbeteiligten wurde eine Geldstrafe in Höhe von € 2.500 auferlegt sowie ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vorgeschrieben.
- 2 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Verwaltungsgericht) der gegen das behördliche Straferkenntnis erhobenen Beschwerde des Mitbeteiligten insofern statt, als es die Strafe auf € 2.000 herabsetzte. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, wobei es den Spruch des Straferkenntnis dahingehend abänderte, dass die Übertretungsnorm § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG und die Strafnorm § 52 Abs. 2



zweiter Strafraumen GSpG laute. Das Verwaltungsgericht setzte den Kostenbeitrag des Mitbeteiligten zum Verwaltungsstrafverfahren herab und sprach aus, dass der Mitbeteiligte keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten habe. Weiters sprach es aus, dass eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei.

3 Gegen diese Herabsetzung der Strafe sowie die Kostenentscheidung richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung in der er die kostenpflichtige Ab- in eventu Zurückweisung der Revision beantragte.

4 Der Revisionswerber bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, das Verwaltungsgericht berücksichtige im angefochtenen Erkenntnis Milderungsgründe im Sinn des § 20 VStG, die im Widerspruch zu näher genannter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stünden bzw. zu denen keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bestehe.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

5 Die Revision erweist sich mit ihrem Vorbringen, das Unterschreiten der Mindeststrafdrohung des § 52 Abs. 2 GSpG durch das Verwaltungsgericht sei rechtswidrig, als zulässig und auch als begründet.

6 Bei der Strafbemessung handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. Vom Verwaltungsgerichtshof ist daher (bloß) zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht von dem ihm eingeräumten Ermessen im Sinn des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, das heißt, ob die verhängte Strafe unter Bedachtnahme auf die Strafbemessungsgründe vertretbar erscheint (vgl. VwGH 27.6.2023, Ra 2021/17/0087, mwN).

7 Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich oder ist der Beschuldigte ein Jugendlicher, so kann die Mindeststrafe gemäß § 20 VStG bis zur Hälfte unterschritten werden.

8 Die Anwendung des § 20 VStG (außerordentliche Milderung der Strafe) setzt voraus, dass die vorliegenden Milderungsgründe - und zwar nicht der Zahl



nach, sondern - dem Gewicht nach die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Dass diese Voraussetzung zutrifft, hat das Verwaltungsgericht in nachvollziehbarer Weise darzutun. Das Verwaltungsgericht ist verpflichtet, in der Begründung seines Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 1 zweiter Satz VwGVG die für die Überprüfung der Ermessensübung maßgeblichen Gründe insoweit offen zu legen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und die Nachprüfung der Ermessensentscheidung auf ihre Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes durch den Verwaltungsgerichtshof erforderlich sein kann. Dazu ist es erforderlich, die im konkreten Fall nach Meinung des Gerichtes jeweils zum Tragen kommenden Milderungsgründe und Erschwerungsgründe einander gegenüberzustellen und darzulegen, dass und weshalb das Gewicht der Milderungsgründe jenes der Erschwerungsgründe „beträchtlich überwiegt“ (vgl. VwGH 6.8.2021, Ra 2020/02/0030, mwN).

- 9 Das Verwaltungsgericht ging im angefochtenen Erkenntnis davon aus, dass der Mitbeteiligte den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG verwirklicht habe und ein Wiederholungsfall vorgelegen sei. Die belangte Behörde habe dem Mitbeteiligten in ihrem Straferkenntnis bloß die Übertretung einer Ordnungsvorschrift und hinsichtlich der Dauer ein bloß „punktuell“ rechtswidriges Verhalten (nämlich am 14. November 2019 um 15.15 Uhr) sowie die Tatbegehung mit nur einem Eingriffsgerät zur Last gelegt. Vor dem Hintergrund dieser Milderungsgründe, denen keine Erschwerungsgründe gegenüberstünden, sei es unter Heranziehung des § 20 VStG in gleicher Weise tat- und schuldangemessen und insgesamt verhältnismäßig, die Geldstrafe auf € 2.000 herabzusetzen.
- 10 Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäß § 19 Abs. 2 VStG bei der Strafbemessung unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden sind. Auf Grund des systematischen Zusammenhangs zwischen dem § 20 VStG („Außerordentliche Milderung der Strafe“) und der grundlegenden gesetzlichen Regelung zur „Strafbemessung“ in § 19 VStG kommen nach § 20 VStG als Milderungs- bzw. Erschwerungsgründe jene in Betracht, auf die § 19 VStG abstellt (vgl. VwGH 15.12.2011, 2008/03/0098).



- 11 Zum seitens des Verwaltungsgerichts herangezogenen „Milderungsgrund“, der bloßen Übertretung einer Ordnungsvorschrift, ist anzumerken, dass es sich nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei den in § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG umschriebenen Übertretungen - entgegen der vom Verwaltungsgericht vertretenen Ansicht - nicht um bloße Ordnungsvorschriften handelt, die administrativen Zwecken dienen (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013, mwN), weshalb deren Berücksichtigung bei der Strafbemessung in der vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Weise schon aus diesem Grund ausscheidet.
- 12 Dem zweiten der vom Verwaltungsgericht ins Treffen geführten Milderungsgründe, nämlich dass es davon ausgehe, die belangte Behörde habe dem Mitbeteiligten im Straferkenntnis bloß „punktuell“ rechtswidriges Verhalten (am 14. November 2019) vorgeworfen, wird in der Zulässigkeitsbegründung der Revision Aktenwidrigkeit entgegengehalten.
- 13 Eine Aktenwidrigkeit liegt nur dann vor, wenn sich die Behörde bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts mit dem Akteninhalt hinsichtlich der dort festgehaltenen Tatsachen in Widerspruch gesetzt hat, wenn also die Feststellung jener tatsächlichen Umstände unrichtig ist, die für den Spruch der Entscheidung ausschlaggebend sind. Wird in der Revision Aktenwidrigkeit geltend gemacht, handelt es sich dabei um einen Verfahrensmangel, dessen Relevanz im Hinblick auf den Verfahrensausgang aufgezeigt werden muss (vgl. VwGH 17.11.2022, Ra 2021/02/0014 bis 0015, mwN).
- 14 Tatsächlich ist, wie in der Revision zutreffend darlegt wird, im Spruch des behördlichen Straferkenntnisses - aber auch in der Begründung - ein Tatzeitraum vom 1. Dezember 2018 bis 14. November 2019 angeführt. Das angefochtene Erkenntnis enthält - abgesehen vom angenommenen „punktuell“ rechtswidrigen Verhalten - keinerlei Feststellungen oder beweismächtige Ausführungen, die eine davon abweichende Annahme nachvollziehbar machen würden. Die Relevanz dieses Verfahrensmangels ergibt sich durch die Berücksichtigung des aktenwidrigen Umstandes im Rahmen der Strafbemessung.





- 15 Als letzten ausdrücklich genannten Milderungsgrund zieht das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis die Tatbegehung mit bloß einem Eingriffsgerät heran.
- 16 Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Die für den Tatbestand oder den Strafsatz relevanten Umstände dürfen also nicht noch zusätzlich als Strafzumessungsgründe berücksichtigt werden (z.B. VwGH 21.9.2018, Ra 2017/17/0735, mwN).
- 17 Nach der vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis zur Anwendung gebrachten Strafnorm des § 52 Abs. 2 zweiter Strafraumen GSpG ist die Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung mit einer Geldstrafe von € 3.000 bis zu € 30.000 bedroht.
- 18 Da im Revisionsfall die Anzahl der Glücksspielautomaten bereits für den anzuwendenden Strafsatz relevant ist, hätte das Verwaltungsgericht die konkrete Anzahl nicht auch noch bei der Strafbemessung berücksichtigen dürfen. Der Gesetzgeber hat diese Umstände bereits durch die Gliederung der Strafsätze mit ihren unterschiedlichen Strafraumen entsprechend gewichtet (vgl. nochmals VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013, mwN).
- 19 Weil die vom Verwaltungsgericht für das Unterschreiten der Mindeststrafe des § 52 Abs. 2 zweiter Strafsatz GSpG herangezogenen Umstände, dass „bloß die Übertretung einer Ordnungsvorschrift“ und „bloß punktuell rechtswidriges Verhalten“ vorliege, nicht zutreffen, kann im Revisionsfall dahingestellt bleiben, ob diese im Kontext des § 52 GSpG (überhaupt) dem Grunde nach Milderungsgründe im Rahmen der Strafbemessung gemäß §§ 19 ff VStG darstellen können.
- 20 Indem das Verwaltungsgericht das Unterschreiten der Mindeststrafe des § 52 Abs. 2 zweiter Strafsatz GSpG mit dem beträchtlichen Überwiegen von





Milderungsgründen im Sinn von § 20 VStG begründete, die der Überprüfung des Verwaltungsgerichtshofes nicht standhielten und es somit die Strafbemessung nicht im Sinne des Gesetzes vornahm, belastete es das angefochtene Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

- 21 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG im angefochtenen Umfang - und damit hinsichtlich des Ausspruchs über die verhängte Geldstrafe und hinsichtlich des davon abhängigen Ausspruchs über die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens - wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

W i e n , am 18. Dezember 2023

