

TE Vwgh Erkenntnis 2016/1/20 Ra 2015/17/0068

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.01.2016

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
19/05 Menschenrechte;
24/01 Strafgesetzbuch;
34 Monopole;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §1;
EGVG 2008 Art1 Abs2 ;
EGVG 2008 Art2 Abs3;
GSpG 1989 §52 Abs1 Z1 idF 2012/I/112;
GSpG 1989 §52 Abs1 Z1 idF 2014/I/013;
GSpG 1989 §52 Abs2 idF 2010/I/111;
GSpG 1989 §52 Abs3 idF 2014/I/013;
GSpG 1989 §52;
MRKZP 07te Art4;
StGB §168 Abs1;
StGB §28;
VStG §1 Abs1;
VStG §1 Abs2;
VStG §22;
VwRallg;
1. AVG § 1 heute
2. AVG § 1 gültig ab 01.02.1991
1. StGB § 168 heute
2. StGB § 168 gültig ab 01.01.1975
1. StGB § 28 heute
2. StGB § 28 gültig ab 01.01.1975
1. VStG § 1 heute
2. VStG § 1 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 1 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. VStG § 1 heute
2. VStG § 1 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 1 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. VStG § 22 heute
2. VStG § 22 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 22 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): Ra 2015/17/0035 B 5. Februar 2016

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschovsky, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger sowie Hofrat Mag. Brandl als Richterinnen bzw Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Schubert-Zsilavec, über die Revision des Bundesministers für Finanzen in 1010 Wien, Johannesgasse 5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 16. Juni 2015, LVwG- 410650/2/KOF/BC, betreffend Einstellung iA Übertretung des Glücksspielgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht:

Bezirkshauptmannschaft Linz-Land; mitbeteiligte Partei: J W in E), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24. März 2015 wurde von der Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Mitbeteiligten wegen des Verdachts einer Übertretung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) durch unternehmerische Beteiligung an einer verbotenen Ausspielung im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG am 25. Jänner 2013 um 9:48 Uhr in einem näher bezeichneten Lokal mit drei Glücksspielgeräten abgesehen und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Die Geräte FA Nr 1 und 2 seien mit einer funktionsfähigen Auto-Start-Taste ausgestattet gewesen. Weiters seien bei beiden Geräten Einsätze von über EUR 10,-- möglich gewesen. Das Gerät FA Nr 3 diene zur Ticketerstellung, um mit den Geräten FA Nr 1 und 2 spielen zu können beziehungsweise sich den bei diesen Geräten erspielten Gewinn ausbezahlen zu lassen. Damit sei das Gerät FA Nr 3 auch integrativer Bestandteil der Geräte FA Nr 1 und 2. Somit sei auch ein vom Gericht zu ahndender Tatbestand vorgelegen. Da in Anbetracht der gerichtlichen Zuständigkeit die dem Mitbeteiligten zur Last gelegte Tat keine Verwaltungsübertretung bilde, sei von der Fortführung des Verfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen gewesen. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24. März 2015 wurde von der Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Mitbeteiligten wegen des Verdachts einer Übertretung gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, Glücksspielgesetz (GSpG) durch unternehmerische Beteiligung an einer verbotenen Ausspielung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, GSpG am 25. Jänner 2013 um 9:48 Uhr in einem näher bezeichneten Lokal mit drei Glücksspielgeräten abgesehen und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt. Die Geräte FA Nr 1 und 2 seien mit einer funktionsfähigen Auto-Start-Taste ausgestattet gewesen. Weiters seien bei beiden Geräten Einsätze von über EUR 10,-- möglich gewesen. Das Gerät FA Nr 3 diene zur Ticketerstellung, um mit den Geräten FA Nr 1 und 2 spielen zu können beziehungsweise sich den bei diesen Geräten erspielten Gewinn ausbezahlen zu lassen. Damit sei das Gerät FA Nr 3 auch integrativer Bestandteil der Geräte FA Nr 1 und 2. Somit sei auch ein vom Gericht zu ahndender Tatbestand vorgelegen. Da in Anbetracht der gerichtlichen Zuständigkeit die dem Mitbeteiligten zur Last gelegte Tat keine Verwaltungsübertretung bilde, sei von der Fortführung des Verfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen gewesen.

Gegen diesen Bescheid erhob das Finanzamt Linz Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 16. Juni 2015 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Zudem wurde ausgesprochen, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Begründend führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus, es stehe unstrittig fest, dass mit den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräten Höchsteinsätze von mehr als EUR 10,-- möglich gewesen seien.

Das Finanzamt Linz verweise auf § 52 Abs 3 GSpG in der Fassung BGBl I Nr 13/2014 und das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 10. März 2015, G 203/2014 ua. Die dem Mitbeteiligten angelastete Tat sei am 25. Jänner 2013 begangen worden. Gemäß § 5 ABGB wirkten Gesetze nicht zurück. Sie hätten daher auf vorhergegangene Handlungen keinen Einfluss. Die Auslegungsregelungen des ABGB seien auch im Verwaltungs(straf)verfahren anzuwenden. Das Finanzamt Linz verweise auf Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, und das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 10. März 2015, G 203 aus 2014, ua. Die dem Mitbeteiligten angelastete Tat sei am 25. Jänner 2013 begangen worden. Gemäß Paragraph 5, ABGB wirkten Gesetze nicht zurück. Sie hätten daher auf vorhergegangene Handlungen keinen Einfluss. Die Auslegungsregelungen des ABGB seien auch im Verwaltungs(straf)verfahren anzuwenden.

§ 52 Abs 3 GSpG in der Fassung BGBl I Nr 13/2014 sei am 1. März 2014 in Kraft getreten und auf den vorliegenden Fall - Tatzeit: 25. Jänner 2013 - somit nicht anwendbar. Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, sei am 1. März 2014 in Kraft getreten und auf den vorliegenden Fall - Tatzeit: 25. Jänner 2013 - somit nicht anwendbar.

Die Anwendung des § 52 Abs 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 13/2014 könne auch nicht im Wege des § 1 Abs 2 VStG begründet werden (Hinweis auf VwGH vom 27. Februar 2015, Ro 2014/17/0135). Die Anwendung des Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, könne auch nicht im Wege des Paragraph eins, Absatz 2, VStG begründet werden (Hinweis auf VwGH vom 27. Februar 2015, Ro 2014/17/0135).

Es sei daher § 52 Abs 2 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung anzuwenden. Da bei den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräten auch Höchsteinsätze von mehr als EUR 10,-- möglich gewesen seien, sei gemäß § 52 Abs 2 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung die Zuständigkeit der Gerichte und nicht der Verwaltungsbehörden gegeben. Es sei daher Paragraph 52, Absatz 2, GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung anzuwenden. Da bei den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräten auch Höchsteinsätze von mehr als EUR 10,-- möglich gewesen seien, sei gemäß Paragraph 52, Absatz 2, GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung die Zuständigkeit der Gerichte und nicht der Verwaltungsbehörden gegeben.

Die belangte Behörde habe somit zu Recht das gegen den Mitbeteiligten anhängige Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen gewesen sei, der grundsätzliche Bedeutung zukomme. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen gewesen sei, der grundsätzliche Bedeutung zukomme.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision des Bundesministers für Finanzen. Zur Zulässigkeit der Revision wurde unter anderem vorgebracht, es handle sich bei der Frage, ob die Anwendung des zum Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in Kraft stehenden § 52 Abs 1 Z 1 und Abs 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 13/2014 auf den Revisionsfall geboten gewesen wäre, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG. Die Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG sei im Vergleich zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB für den Mitbeteiligten in ihrer Gesamtauswirkung günstiger (Hinweis auf VfGH vom 10. März 2015, E 1139/2014 ua). Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision des Bundesministers für Finanzen. Zur Zulässigkeit der Revision wurde unter anderem vorgebracht, es handle sich bei der Frage, ob die Anwendung des zum Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in Kraft stehenden Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 3, GSpG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, auf den Revisionsfall geboten gewesen wäre, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG. Die Verwaltungsstrafbestimmung des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG sei im Vergleich zur gerichtlichen Strafnorm des Paragraph 168, StGB für den Mitbeteiligten in ihrer Gesamtauswirkung günstiger (Hinweis auf VfGH vom 10. März 2015, E 1139 aus 2014, ua).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs 2 VwGG gebildeten Senat erwogen: Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß Paragraph 12, Absatz 2, VwGG gebildeten Senat erwogen:

Art II und Art VI Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG), BGBl Nr 273/1925, lauteten (auszugsweise): Artikel römisch zwei und Artikel römisch sechs, Einführungsgesetz zu den

Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG), Bundesgesetzblatt Nr 273 aus 1925,, lauteten (auszugsweise):

"Artikel II" Artikel römisch zwei

...

1. (2) Absatz 2, Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen finden Anwendung:

A. das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz und das Verwaltungsstrafgesetz in vollem Umfange für

a) die Behörden der politischen Verwaltung in den Ländern

...

Artikel VI Artikel römisch sechs

1. (1) Absatz eins, Wo im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz oder im Verwaltungsstrafgesetz von Behörden gesprochen wird, sind darunter die Behörden zu verstehen, für die diese Gesetze gemäß Artikel II Anwendung finden. Wo im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz oder im Verwaltungsstrafgesetz von Behörden gesprochen wird, sind darunter die Behörden zu verstehen, für die diese Gesetze gemäß Artikel römisch zwei Anwendung finden.

...

1. (3) Absatz 3, Verwaltungsübertretungen im Sinne des Verwaltungsstrafgesetzes sind die von den in Absatz 1 bezeichneten Behörden zu ahndenden Übertretungen."

Art I Abs 2 lit A Z 1 und lit F und Art II EGVG in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung, BGBl I Nr 87/2008, lauteten (auszugsweise): Artikel römisch eins, Absatz 2, lit A Ziffer eins und lit F und Artikel römisch zwei, EGVG in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 87 aus 2008,, lauteten (auszugsweise):

"Artikel I" Artikel römisch eins

...

1. (2) Absatz 2, Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind anzuwenden:

A. das AVG und das VStG - unbeschadet der lit. F - auf das behördliche Verfahren

1. der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern;

...

F. das VVG auf das behördliche Verfahren der unter den Z 1, 3, 6 und 7 genannten Organe in den Angelegenheiten der Verwaltungsvollstreckung. F. das VVG auf das behördliche Verfahren der unter den Ziffer eins, 3, 6 und 7 genannten Organe in den Angelegenheiten der Verwaltungsvollstreckung.

...

Artikel II Artikel römisch zwei

1. (1) Absatz eins, Wo im AVG oder im VStG von Behörden gesprochen wird, sind darunter die Verwaltungsorgane zu verstehen, für deren behördliches Verfahren diese Bundesgesetze gemäß Art. I gelten. Wo im AVG oder im VStG von Behörden gesprochen wird, sind darunter die Verwaltungsorgane zu verstehen, für deren behördliches Verfahren diese Bundesgesetze gemäß Artikel römisch eins, gelten.

...

1. (3) Absatz 3, Verwaltungsübertretungen im Sinne des VStG sind die von den im Abs. 1 bezeichneten Behörden zu ahndenden Übertretungen. "Verwaltungsübertretungen im Sinne des VStG sind die von den im Absatz eins, bezeichneten Behörden zu ahndenden Übertretungen."

Art I EGVG, BGBl I Nr 87/2008, Abs 2 Z 2 in der Fassung BGBl I Nr 33/2013, lautet (auszugsweise): Artikel römisch eins, EGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 87 aus 2008,, Absatz 2, Ziffer 2, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,, lautet (auszugsweise):

"Artikel I" Artikel römisch eins

...

1. (2)Absatz 2,Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind anzuwenden:

1. das AVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden;
 2. das VStG auf das Strafverfahren der Verwaltungsbehörden mit Ausnahme der Finanzstrafbehörden des Bundes;
- ..."

Art II EGVG, Abs 1 und 3 in der Fassung BGBl I Nr 33/2013 Artikel römisch zwei, EGVG, Absatz eins und 3 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,

lautet (auszugsweise):

"Artikel II" Artikel römisch zwei

1. (1)Absatz eins,Wo in diesem Bundesgesetz, im AVG oder im VStG von Behörden gesprochen wird, sind darunter die Verwaltungsbehörden zu verstehen, für deren Verfahren diese Bundesgesetze gemäß Art. I Abs. 2 Z 1 bzw. Z 2 gelten.Wo in diesem Bundesgesetz, im AVG oder im VStG von Behörden gesprochen wird, sind darunter die Verwaltungsbehörden zu verstehen, für deren Verfahren diese Bundesgesetze gemäß Artikel römisch eins, Absatz 2, Ziffer eins, bzw. Ziffer 2, gelten.

...

1. (3)Absatz 3,Verwaltungsübertretungen im Sinne des VStG sind die von den in Art. I Abs. 2 Z 2 genannten Behörden zu ahndenden Übertretungen."Verwaltungsübertretungen im Sinne des VStG sind die von den in Artikel römisch eins, Absatz 2, Ziffer 2, genannten Behörden zu ahndenden Übertretungen."

§ 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl Nr 275/1925, lautete: Paragraph eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG), Bundesgesetzblatt Nr 275 aus 1925,, lautete:

"Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit

1. (1)Absatz eins,Als Verwaltungsübertretung kann eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.
2. (2)Absatz 2,Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, daß das zur Zeit der Fällung des Bescheides in erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre."

§ 1 VStG, BGBl Nr 52/1991, Abs 2 in der Fassung Paragraph eins, VStG, Bundesgesetzblatt Nr 52 aus 1991,, Absatz 2, in der Fassung

BGBl I Nr 33/2013, lautet:Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,, lautet:

"Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit

§ 1. (1) Als Verwaltungsübertretung kann eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.Paragraph eins, (1) Als Verwaltungsübertretung kann eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.

1. (2)Absatz 2,Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre."
Bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr 33/2013 (1. März 2013) lautete § 1 Abs 2 VStG:Bis zum Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013, (1. März 2013) lautete Paragraph eins, Absatz 2, VStG:
2. "(2)Absatz 2,Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, daß das zur Zeit der Fällung des Bescheides in erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre."

§ 52 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl Nr 620/1989, Abs 1 Z 1 in der Fassung BGBl I Nr 112/2012, Abs 2 in der Fassung BGBl I Nr 111/2010, lautet: Paragraph 52, Glücksspielgesetz (GSpG), Bundesgesetzblatt Nr 620 aus 1989,, Absatz eins, Ziffer eins, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 112 aus 2012,, Absatz 2, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 111 aus 2010,, lautet:

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 40 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,Paragraph 52, (1) Es begeht eine

Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Ziffer eins, mit einer Geldstrafe von bis zu 40 000 Euro und in den Fällen der Ziffer 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt; 1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, daran beteiligt;

...

1. (2) Absatz 2, Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Die Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß § 50 Abs. 2 sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach §§ 53, 54 und 56a bleiben davon unberührt. Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach Paragraph 168, StGB zurück. Die Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß Paragraph 50, Absatz 2, sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach Paragraphen 53, 54 und 56 a bleiben davon unberührt.

..."

§ 52 GSpG, BGBl Nr 620/1989, Abs 1 Z 1 und Abs 3 in der am 1. März 2014 in Kraft getretenen Fassung BGBl I Nr 13/2014, lautet Paragraph 52, GSpG, Bundesgesetzblatt Nr 620 aus 1989,, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 3, in der am 1. März 2014 in Kraft getretenen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014,, lautet

(auszugsweise):

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen, Paragraph 52, (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Ziffer eins, mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Ziffer 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt; 1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, daran beteiligt;

...

1. (3) Absatz 3, Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen. Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach Paragraph 52, als auch der Tatbestand des Paragraph 168, StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des Paragraph 52, zu bestrafen.

..."

Zur Zulässigkeit der Revision:

Die Revision erweist sich im Hinblick auf die darin aufgeworfenen Fragen, ob die Anwendung des zum Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in Kraft stehenden § 52 Abs 1 Z 1 und Abs 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 13/2014 auf den Revisionsfall geboten war, und ob ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung geltenden Recht und dem im Zeitpunkt der Bestrafung geltenden Recht anzustellen war, als zulässig. Die Revision erweist sich im Hinblick auf die darin aufgeworfenen Fragen, ob die Anwendung des zum Zeitpunkt der Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in Kraft stehenden Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 3, GSpG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014,

auf den Revisionsfall geboten war, und ob ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung geltenden Recht und dem im Zeitpunkt der Bestrafung geltenden Recht anzustellen war, als zulässig.

In der Sache:

Gemäß § 1 Abs 1 VStG, der seit der Stammfassung BGBl Nr 172/1959, wiederverlautbart durch BGBl Nr 52/1991, in seinem Wortlaut bis heute unverändert blieb, kann als Verwaltungsübertretung eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, VStG, der seit der Stammfassung Bundesgesetzblatt Nr 172 aus 1959,, wiederverlautbart durch Bundesgesetzblatt Nr 52 aus 1991,, in seinem Wortlaut bis heute unverändert blieb, kann als Verwaltungsübertretung eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.

Der Rechtssatz des Absatzes 1 leg cit, dass als Verwaltungsübertretung eine Tat nur bestraft werden kann, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war, kann im systematischen Zusammenhang nur bedeuten, dass die Tat zur Zeit der Begehung den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung gebildet hat, dh einer Übertretung, die von solchen Behörden zu ahnden ist, auf die das Verwaltungsstrafgesetz Anwendung findet. Diese Rechtsansicht wurde vom Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf Art VI Abs 1 und 3 EGVG bereits im hg Erkenntnis vom 22. Jänner 1951, 1776/49, vertreten. Diesem Erkenntnis lag - wie auch im Revisionsfall - ein Sachverhalt zu Grunde, wonach die Tat im Zeitpunkt ihrer Begehung nur nach einem gerichtlichen Straftatbestand und im Zeitpunkt der Entscheidung über eine allfällige Bestrafung lediglich als Verwaltungsübertretung strafbar war. Der Rechtssatz des Absatzes 1 leg cit, dass als Verwaltungsübertretung eine Tat nur bestraft werden kann, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war, kann im systematischen Zusammenhang nur bedeuten, dass die Tat zur Zeit der Begehung den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung gebildet hat, dh einer Übertretung, die von solchen Behörden zu ahnden ist, auf die das Verwaltungsstrafgesetz Anwendung findet. Diese Rechtsansicht wurde vom Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf Artikel römisch sechs, Absatz eins und 3 EGVG bereits im hg Erkenntnis vom 22. Jänner 1951, 1776/49, vertreten. Diesem Erkenntnis lag - wie auch im Revisionsfall - ein Sachverhalt zu Grunde, wonach die Tat im Zeitpunkt ihrer Begehung nur nach einem gerichtlichen Straftatbestand und im Zeitpunkt der Entscheidung über eine allfällige Bestrafung lediglich als Verwaltungsübertretung strafbar war.

Hätte der Gesetzgeber des § 1 Abs 1 VStG eine andere als eine verwaltungsbehördliche Strafbarkeit im Auge gehabt, hätte er dies zum Ausdruck gebracht. Hätte der Gesetzgeber des Paragraph eins, Absatz eins, VStG eine andere als eine verwaltungsbehördliche Strafbarkeit im Auge gehabt, hätte er dies zum Ausdruck gebracht.

Im Revisionsfall entsprechen die im Tatzeitpunkt geltenden Bestimmungen des Art II Abs 1 und Abs 3 EGVG den in diesem Erkenntnis genannten Art VI Abs 1 und 3 EGVG. Seit der durch die Novelle des EGVG, BGBl I Nr 33/2013, in Kraft getretenen Fassung des Art II verweist dessen Abs 3 EGVG auf den mit dieser Novelle neu gefassten Art I Abs 2 Z 2 EGVG (vgl hiezu die im Normenteil wiedergegebenen Bestimmungen). Jeweils wurde geregelt, dass Verwaltungsübertretungen die von Verwaltungsbehörden zu ahndenden Übertretungen sind. Im Revisionsfall entsprechen die im Tatzeitpunkt geltenden Bestimmungen des Artikel römisch zwei, Absatz eins und Absatz 3, EGVG den in diesem Erkenntnis genannten Artikel römisch sechs, Absatz eins und 3 EGVG. Seit der durch die Novelle des EGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,, in Kraft getretenen Fassung des Artikel römisch zwei, verweist dessen Absatz 3, EGVG auf den mit dieser Novelle neu gefassten Artikel römisch eins, Absatz 2, Ziffer 2, EGVG vergleiche , hiezu die im Normenteil wiedergegebenen Bestimmungen). Jeweils wurde geregelt, dass Verwaltungsübertretungen die von Verwaltungsbehörden zu ahndenden Übertretungen sind.

In diesem Sinne wurde auch von der Lehre zu § 1 Abs 1 VStG ausgesprochen, dass eine Verwaltungsübertretung eine Übertretung ist, die von einer Verwaltungsbehörde, die das VStG anzuwenden hat, zu ahnden ist (vgl W. Wessely in Raschauer/Wessely (Hrsg), VStG (2009) § 1 Rz 1 und Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrenrecht⁵, Rz 670, mit der Einschränkung "sofern nicht die Anwendbarkeit der Verfahrensgesetze auf die betreffende Materie durch Art I Abs 3 EGVG ausgeschlossen ist"). In diesem Sinne wurde auch von der Lehre zu Paragraph eins, Absatz eins, VStG ausgesprochen, dass eine Verwaltungsübertretung eine Übertretung ist, die von einer Verwaltungsbehörde, die das VStG anzuwenden hat, zu ahnden ist vergleiche , W. Wessely in Raschauer/Wessely (Hrsg), VStG (2009) Paragraph eins,

Rz 1 und Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensgesetz, Rz 670, mit der Einschränkung "sofern nicht die Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze auf die betreffende Materie durch Artikel 10 Abs 1 Z 1, Abs 3, EGVG ausgeschlossen ist").

Eine Bestrafung des Mitbeteiligten durch eine Verwaltungsbehörde wäre daher nur in Betracht gekommen, wenn die Tat zur Zeit der Begehung eine von einer Verwaltungsbehörde zu ahndende Verwaltungsübertretung verwirklicht hätte.

Die im Tatzeitpunkt (25. Jänner 2013) geltende Fassung des § 52 Abs 2 GSpG, BGBl I Nr 111/2010, bestimmte, dass eine allfällige Strafbarkeit nach dem GSpG hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurücktritt, wenn in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über EUR 10,-- von Spielern oder anderen geleistet werden. Die im Tatzeitpunkt (25. Jänner 2013) geltende Fassung des Paragraph 52, Absatz 2, GSpG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 111 aus 2010,, bestimmte, dass eine allfällige Strafbarkeit nach dem GSpG hinter eine allfällige Strafbarkeit nach Paragraph 168, StGB zurücktritt, wenn in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über EUR 10,-- von Spielern oder anderen geleistet werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu dieser Rechtslage bereits ausgesprochen, dass im Ergebnis keine (verfolgbare) Verwaltungsübertretung anzunehmen ist, wenn eine an sich bestehende verwaltungsrechtliche hinter die gerichtliche Strafbarkeit zurücktritt. Der Täter verwirklicht allein den einschlägigen Kriminalstraftatbestand. Auch eine im Ergebnis straflose Kriminalstraftat (etwa wegen des Vorliegens von Entschuldigungs-, Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründen) lässt die Verdrängung des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandes bestehen (vgl VwGH vom 7. Oktober 2013, 2012/17/0507, mwN). Der Verwaltungsgerichtshof hat zu dieser Rechtslage bereits ausgesprochen, dass im Ergebnis keine (verfolgbare) Verwaltungsübertretung anzunehmen ist, wenn eine an sich bestehende verwaltungsrechtliche hinter die gerichtliche Strafbarkeit zurücktritt. Der Täter verwirklicht allein den einschlägigen Kriminalstraftatbestand. Auch eine im Ergebnis straflose Kriminalstraftat (etwa wegen des Vorliegens von Entschuldigungs-, Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründen) lässt die Verdrängung des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandes bestehen (vergleiche, VwGH vom 7. Oktober 2013, 2012/17/0507, mwN).

Weiters wurde in diesem Erkenntnis ausgesprochen, dass bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Bereich des Glücksspielgesetzes für den Fall der Verwirklichung des Straftatbestandes des § 168 StGB wegen der Ermöglichung von Ausspielungen mit Einsätzen von über EUR 10,-- kein Raum für eine weitere Verfolgung wegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG verbleibe (vgl VwGH vom 9. September 2013, 2012/17/0578 und 2012/17/0579 bis 0580). Unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Juni 2013, B 422/13 (VfSlg 19754), wurde weiters ausgeführt, dass nach Feststehen der Möglichkeit zur Überschreitung der Einsatzhöhe von EUR 10,-- vom Vorliegen der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit auszugehen sei, weshalb in solchen Fällen auch nicht länger die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes bestehe. Weiters wurde in diesem Erkenntnis ausgesprochen, dass bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Bereich des Glücksspielgesetzes für den Fall der Verwirklichung des Straftatbestandes des Paragraph 168, StGB wegen der Ermöglichung von Ausspielungen mit Einsätzen von über EUR 10,-- kein Raum für eine weitere Verfolgung wegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG verbleibe (vergleiche, VwGH vom 9. September 2013, 2012/17/0578 und 2012/17/0579 bis 0580). Unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Juni 2013, B 422/13 (VfSlg 19754), wurde weiters ausgeführt, dass nach Feststehen der Möglichkeit zur Überschreitung der Einsatzhöhe von EUR 10,-- vom Vorliegen der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit auszugehen sei, weshalb in solchen Fällen auch nicht länger die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes bestehe.

Die Subsidiarität bildet einen Fall der Scheinkonkurrenz. Der nach den Regeln der Scheinkonkurrenz eingetretene Strafbareitsausschluss bleibt etwa von der Verjährung des verdrängenden Delikts unberührt, die Strafbarkeit des verdrängten, an sich noch unverjährten Delikts lebt in diesem Fall nicht wieder auf (vgl Burgstaller, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1979, 459ff, 465; vgl auch Leukauf/Steininger § 28 Rz 64 und 65 und zB Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB Rz 76 zu § 28). Die Strafbarkeit des verdrängten Delikts lebt im Revisionsfall auch durch eine nachträgliche Änderung der Subsidiaritätsregel durch den Gesetzgeber nicht wieder auf. Die Subsidiarität bildet einen Fall der Scheinkonkurrenz. Der nach den Regeln der Scheinkonkurrenz eingetretene Strafbareitsausschluss bleibt etwa von der Verjährung des verdrängenden Delikts unberührt, die Strafbarkeit des

verdrängten, an sich noch unverjährten Delikts lebt in diesem Fall nicht wieder auf vergleiche , Burgstaller, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1979, 459ff, 465; vergleiche , auch Leukauf/Steininger Paragraph 28, Rz 64 und 65 und zB Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB Rz 76 zu Paragraph 28,). Die Strafbarkeit des verdrängten Delikts lebt im Revisionsfall auch durch eine nachträgliche Änderung der Subsidiaritätsregel durch den Gesetzgeber nicht wieder auf.

Schon der Begriff "Scheinkonkurrenz" bringt zum Ausdruck, dass in Wahrheit keine Konkurrenz von Strafbestimmungen vorliegt, sondern eben nur eine Bestimmung, nach der bestraft werden kann. Die Wirkung der Scheinkonkurrenz nach der hier anwendbaren Rechtslage vor der Novelle BGBl I Nr 13/2014 ist, dass keine von einer Verwaltungsbehörde zu ahndende Verwaltungsübertretung vorliegt, sondern nur eine vom Strafgericht zu ahndende strafbare Handlung (§ 168 Abs 1 StGB), sodass nur deren Straftatbestand durch die Handlung des Mitbeteiligten erfüllt wurde. Schon der Begriff "Scheinkonkurrenz" bringt zum Ausdruck, dass in Wahrheit keine Konkurrenz von Strafbestimmungen vorliegt, sondern eben nur eine Bestimmung, nach der bestraft werden kann. Die Wirkung der Scheinkonkurrenz nach der hier anwendbaren Rechtslage vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, ist, dass keine von einer Verwaltungsbehörde zu ahndende Verwaltungsübertretung vorliegt, sondern nur eine vom Strafgericht zu ahndende strafbare Handlung (Paragraph 168, Absatz eins, StGB), sodass nur deren Straftatbestand durch die Handlung des Mitbeteiligten erfüllt wurde.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei der in § 52 Abs 2 GSpG idF vor der Novelle BGBl I Nr 13/2014 angeordneten Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gegenüber der gerichtlichen Strafbarkeit bei möglicher Subsumtion einer Tat sowohl unter den verwaltungsstrafrechtlichen als auch unter den von den ordentlichen Gerichten zu ahndenden strafrechtlichen Tatbestand, eine von einer Verwaltungsbehörde zu ahndende Verwaltungsübertretung nicht vorliegt. Die Tat ist - bei Begehung unter diesen Umständen - mangels Vorliegens einer Verwaltungsübertretung nicht strafbar. Der Täter verwirklicht im Rechtssinn allein den einschlägigen Kriminalstrafatbestand (vgl Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), § 22 Rz 3, sowie das zuvor genannte hg Erkenntnis vom 7. Oktober 2013, 2012/17/0507). Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei der in Paragraph 52, Absatz 2, GSpG in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, angeordneten Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gegenüber der gerichtlichen Strafbarkeit bei möglicher Subsumtion einer Tat sowohl unter den verwaltungsstrafrechtlichen als auch unter den von den ordentlichen Gerichten zu ahndenden strafrechtlichen Tatbestand, eine von einer Verwaltungsbehörde zu ahndende Verwaltungsübertretung nicht vorliegt. Die Tat ist - bei Begehung unter diesen Umständen - mangels Vorliegens einer Verwaltungsübertretung nicht strafbar. Der Täter verwirklicht im Rechtssinn allein den einschlägigen Kriminalstrafatbestand vergleiche , Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), Paragraph 22, Rz 3, sowie das zuvor genannte hg Erkenntnis vom 7. Oktober 2013, 2012/17/0507).

Nach der ständigen, zu § 52 Abs 2 GSpG in der Fassung vor der Novelle BGBl I Nr 13/2014 ergangenen hg Rechtsprechung ist für den Fall der Verwirklichung des Straftatbestandes des § 168 StGB wegen der Ermöglichung von Ausspielungen mit Einsätzen von über EUR 10,-- Nach der ständigen, zu Paragraph 52, Absatz 2, GSpG in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, ergangenen hg Rechtsprechung ist für den Fall der Verwirklichung des Straftatbestandes des Paragraph 168, StGB wegen der Ermöglichung von Ausspielungen mit Einsätzen von über EUR 10,--

davon auszugehen, dass auch wegen des Verbots der Doppelbestrafung im Sinne des Art 4 7. ZPEMRK keine verfolgbare Verwaltungsübertretung vorliegt. Für die Verwaltungsstrafbehörden bleibt keinesfalls Raum für eine weitere Verfolgung wegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG. Nach Feststehen der Möglichkeit zur Überschreitung der Einsatzhöhe von EUR 10,-- ist damit vom Vorliegen der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit auszugehen (vgl das bereits zitierte hg Erkenntnis vom 7. Oktober 2013 sowie VwGH vom 9. September 2013, 2012/17/0578, und 2012/17/0579, 0580). Die Unzuständigkeit der ersten Instanz wäre von der Berufungsbehörde bzw vom Verwaltungsgericht in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmen. Eine Heilung der Unzuständigkeit ist in den hier anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen nicht vorgesehen und kommt nicht in Betracht (vgl schon VwGH vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121). davon auszugehen, dass auch wegen des Verbots der Doppelbestrafung im Sinne des Artikel 4, 7. ZPEMRK keine verfolgbare Verwaltungsübertretung vorliegt. Für die Verwaltungsstrafbehörden bleibt keinesfalls Raum für eine weitere Verfolgung wegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG. Nach Feststehen der Möglichkeit zur Überschreitung der Einsatzhöhe von EUR 10,-- ist damit vom Vorliegen der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit

auszugehen vergleiche , das bereits zitierte hg Erkenntnis vom 7. Oktober 2013 sowie VwGH vom 9. September 2013, 2012/17/0578, und 2012/17/0579, 0580). Die Unzuständigkeit der ersten Instanz wäre von der Berufungsbehörde bzw vom Verwaltungsgericht in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmen. Eine Heilung der Unzuständigkeit ist in den hier anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen nicht vorgesehen und kommt nicht in Betracht vergleiche , schon VwGH vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121).

Im Revisionsfall hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unbestritten festgestellt, dass bei den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräten Höchsteinsätze von über EUR 10,-- möglich waren.

Ausgehend von dieser Feststellung und den zuvor dargelegten Erwägungen bildete die dem Mitbeteiligten vorgeworfene Tat vor ihrer Begehung keine Verwaltungsübertretung, sondern verwirklichte einzig das von den ordentlichen Gerichten zu verfolgende Delikt gemäß § 168 StGB. Die dem Mitbeteiligten vorgeworfene Tat bildete somit keine von einer Verwaltungsbehörde zu verfolgende Verwaltungsübertretung - mit anderen Worten sie war vor ihrer Begehung nicht mit einer Verwaltungsstrafe bedroht (§ 1 Abs 1 VStG). Eine Bestrafung des Mitbeteiligten durch eine Verwaltungsbehörde gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG (in der Fassung der zur Zeit der Tatbegehung in Geltung stehenden GSpG-Novelle BGBl I Nr 111/2010) schied daher bereits aus diesem Grund aus. Ausgehend von dieser Feststellung und den zuvor dargelegten Erwägungen bildete die dem Mitbeteiligten vorgeworfene Tat vor ihrer Begehung keine Verwaltungsübertretung, sondern verwirklichte einzig das von den ordentlichen Gerichten zu verfolgende Delikt gemäß Paragraph 168, StGB. Die dem Mitbeteiligten vorgeworfene Tat bildete somit keine von einer Verwaltungsbehörde zu verfolgende Verwaltungsübertretung - mit anderen Worten sie war vor ihrer Begehung nicht mit einer Verwaltungsstrafe bedroht (Paragraph eins, Absatz eins, VStG). Eine Bestrafung des Mitbeteiligten durch eine Verwaltungsbehörde gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG (in der Fassung der zur Zeit der Tatbegehung in Geltung stehenden GSpG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 111 aus 2010,) schied daher bereits aus diesem Grund aus.

Aus der Anordnung des § 1 Abs 1 VStG, dass eine Tat als Verwaltungsübertretung nur bestraft werden kann, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war, wird abgeleitet, dass einer Strafbestimmung keine rückwirkende Kraft beigelegt werden darf. Aus der Anordnung des Paragraph eins, Absatz eins, VStG, dass eine Tat als Verwaltungsübertretung nur bestraft werden kann, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war, wird abgeleitet, dass einer Strafbestimmung keine rückwirkende Kraft beigelegt werden darf.

§ 1 Abs 1 VStG verbietet es, als Grundlage der Bestrafung eine Verwaltungsvorschrift heranzuziehen, welche zum Zeitpunkt der Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes noch nicht galt (vgl etwa VwGH vom 24. Februar 2004, 2003/05/0234, und vom 18. März 1994, 93/07/0011, jeweils mwN). Paragraph eins, Absatz eins, VStG verbietet es, als Grundlage der Bestrafung eine Verwaltungsvorschrift heranzuziehen, welche zum Zeitpunkt der Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes noch nicht galt vergleiche , etwa VwGH vom 24. Februar 2004, 2003/05/0234, und vom 18. März 1994, 93/07/0011, jeweils mwN).

§ 52 Abs 1 Z 1 und Abs 3 GSpG in der Fassung BGBl I Nr 13/2014 ist am 1. März 2014 in Kraft getreten. Eine Übergangsregelung wurde vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen. Die Bestrafung des Mitbeteiligten nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der Fassung BGBl I Nr 13/2014 wegen einer am 25. Jänner 2013 gesetzten Tathandlung ist ausgeschlossen, weil dieser Verwaltungsstrafbestimmung gemäß § 1 Abs 1 VStG keine rückwirkende Kraft beigelegt werden darf. Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, ist am 1. März 2014 in Kraft getreten. Eine Übergangsregelung wurde vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen. Die Bestrafung des Mitbeteiligten nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, wegen einer am 25. Jänner 2013 gesetzten Tathandlung ist ausgeschlossen, weil dieser Verwaltungsstrafbestimmung gemäß Paragraph eins, Absatz eins, VStG keine rückwirkende Kraft beigelegt werden darf.

Die revisionswerbende Amtspartei vertritt die Auffassung, die Anwendung des am 1. März 2014 in Kraft getretenen § 52 Abs 3 GSpG in der Fassung BGBl I Nr 13/2014 sei auf Grund des in § 1 Abs 2 VStG normierten Günstigkeitsprinzips geboten. Die revisionswerbende Amtspartei vertritt die Auffassung, die Anwendung des am 1. März 2014 in Kraft getretenen Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, sei auf Grund des in Paragraph eins, Absatz 2, VStG normierten Günstigkeitsprinzips geboten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits im eingangs zitierten Erkenntnis vom 22. Jänner 1951, 1776/49, ausgeführt,

dass § 1 VStG, der im ersten Absatz das Verbot der rückwirkenden Anwendung materiellen Strafrechts aufstellt, im zweiten Absatz eine Durchbrechung dieses Prinzips in Ansehung der Strafe zugunsten des zur Zeit der Fällung des Strafbescheides erster Instanz geltenden, für den Täter günstigeren Rechts enthält. Aus dem soeben dargestellten Verhältnis des Absatzes 1 zu Absatz 2 (in der damals gleich lautenden Fassung) ist aber zwingend zu folgern, dass die Verfolgung nach dem milderen Recht nur dann möglich ist, wenn die Tat vor ihrer Begehung von den Verwaltungsbehörden als Verwaltungsübertretung zu ahnden war. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits im eingangs zitierten Erkenntnis vom 22. Jänner 1951, 1776/49, ausgeführt, dass Paragraph eins, VStG, der im ersten Absatz das Verbot der rückwirkenden Anwendung materiellen Strafrechts aufstellt, im zweiten Absatz eine Durchbrechung dieses Prinzips in Ansehung der Strafe zugunsten des zur Zeit der Fällung des Strafbescheides erster Instanz geltenden, für den Täter günstigeren Rechts enthält. Aus dem soeben dargestellten Verhältnis des Absatzes 1 zu Absatz 2 (in der damals gleich lautenden Fassung) ist aber zwingend zu folgern, dass die Verfolgung nach dem milderen Recht nur dann möglich ist, wenn die Tat vor ihrer Begehung von den Verwaltungsbehörden als Verwaltungsübertretung zu ahnden war.

Da eine Bestrafung des Mitbeteiligten durch eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht nicht in Betracht kam, weil eine Tat, die vor ihrer Begehung mit Verwaltungsstrafe bedroht war (vgl § 1 Abs 1 VStG), dh im Sinne der obigen Ausführungen von einer Verwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu ahnden war, nicht vorlag, kam schon aus diesem Grund eine Anwendung des in § 1 Abs 2 VStG geregelten Günstigkeitsprinzips nicht in Betracht. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass beim Günstigkeitsvergleich seit der Novelle BGBl I Nr 33/2013 auf das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht "in seiner Gesamtauswirkung" abzustellen ist. Da eine Bestrafung des Mitbeteiligten durch eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht nicht in Betracht kam, weil eine Tat, die vor ihrer Begehung mit Verwaltungsstrafe bedroht war vergleiche , Paragraph eins, Absatz eins, VStG), dh im Sinne der obigen Ausführungen von einer Verwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu ahnden war, nicht vorlag, kam schon aus diesem Grund eine Anwendung des in Paragraph eins, Absatz 2, VStG geregelten Günstigkeitsprinzips nicht in Betracht. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass beim Günstigkeitsvergleich seit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013, auf das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht "in seiner Gesamtauswirkung" abzustellen ist.

Ist eine Bestrafung schon unter Anwendung einer einfachgesetzlichen Bestimmung (§ 1 Abs 1 VStG) ausgeschlossen, bleibt für Überlegungen einer (milderen) Bestrafung auf Grund verfassungs- oder unionsrechtlicher Erwägungen kein Raum (vgl allerdings VfGH vom 10. März 2015, E 1139/2014 ua). Eine Bestrafung des Mitbeteiligten aufgrund einer erst nach dem Tatzeitpunkt in Kraft getretenen Strafbestimmung (§ 52 Abs 1 Z 1 VStG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 13/2014) verstieße - wie bereits dargelegt - vielmehr gegen das Verbot der rückwirkenden Anwendung von materiellen Strafgesetzen gemäß § 1 Abs 1 VStG. Ist eine Bestrafung schon unter Anwendung einer einfachgesetzlichen Bestimmung (Paragraph eins, Absatz eins, VStG) ausgeschlossen, bleibt für Überlegungen einer (milderen) Bestrafung auf Grund verfassungs- oder unionsrechtlicher Erwägungen kein Raum vergleiche , allerdings VfGH vom 10. März 2015, E 1139 aus 2014, ua). Eine Bestrafung des Mitbeteiligten aufgrund einer erst nach dem Tatzeitpunkt in Kraft getretenen Strafbestimmung (Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, VStG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014,) verstieße - wie bereits dargelegt - vielmehr gegen das Verbot der rückwirkenden Anwendung von materiellen Strafgesetzen gemäß Paragraph eins, Absatz eins, VStG.

In Beantwortung der im Revisionsfall als grundsätzlich im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG erachteten Rechtsfragen ist daher festzuhalten, dass bei einer Tatbegehung vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr 13/2014 eine Anwendung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der Fassung der genannten Novelle nicht in Frage kommt; vielmehr ist die damals in Geltung stehende Verwaltungsstrafnorm heranzuziehen. In Beantwortung der im Revisionsfall als grundsätzlich im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG erachteten Rechtsfragen ist daher festzuhalten, dass bei einer Tatbegehung vor Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, eine Anwendung des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG in der Fassung der genannten Novelle nicht in Frage kommt; vielmehr ist die damals in Geltung stehende Verwaltungsstrafnorm heranzuziehen.

Weiters ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowohl für die Behörden erster Instanz als auch für die Berufungsbehörden gilt, dass maßgebend für die Zuständigkeit zur Erlassung des jeweiligen Bescheides die im Zeitpunkt der Erlassung geltende Rechtslage ist (vgl dazu etwa VwGH vom 27. Juni 2013, 2012/12/0115, und VwGH vom 30. September 1998, 98/20/0220, VwSlg 14.982 A/1998, beide mWH). Im Falle einer

Änderung der Sach- und Rechtslage im Laufe der Verfahrens, das heißt vor Erlassung des Bescheides, welche eine Änderung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde bewirkt, ist das Verfahren von der nach der neuen Situation zuständigen Behörde weiter zu führen, weil dem Verwaltungsverfahren eine "perpetuatio fori" fremd ist (VwGH vom 28. August 2012, 2012/21/0092, und VwGH vom 26. Juni 2001, 2000/04/0202, beide mwH). Weiters ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowohl für die Behörden erster Instanz als auch für die Berufungsbehörden gilt, dass maßgebend für die Zuständigkeit zur Erlassung des jeweiligen Bescheides die im Zeitpunkt der Erlassung geltende Rechtslage ist (vergleiche, dazu etwa VwGH vom 27. Juni 2013, 2012/12/0115, und VwGH vom 30. September 1998, 98/20/0220, VwSlg 14.982 A/1998, beide mwH). Im Falle einer Änderung der Sach- und Rechtslage im Laufe der Verfahrens, das heißt vor Erlassung des Bescheides, welche eine Änderung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde bewirkt, ist das Verfahren von der nach der neuen Situation zuständigen Behörde weiter zu führen, weil dem Verwaltungsverfahren eine "perpetuatio fori" fremd ist (VwGH vom 28. August 2012, 2012/21/0092, und VwGH vom 26. Juni 2001, 2000/04/0202, beide mwH).

Zur Entscheidung über Übertretungen des Glücksspielgesetzes sind daher ab Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr 13/2014 am 1. März 2014 die Verwaltungsbehörden bzw Verwaltungsgerichte zuständig. Sowohl die Bezirkshauptmannschaft als auch das Landesverwaltungsgericht haben im Revisionsfall nach Inkrafttreten der genannten Novelle entschieden. Sie hatten daher § 52 Abs 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 13/2014 insoweit anzuwenden, als damit eine Regelung der Zuständigkeit erfolgte, sodass sie ihre Zuständigkeit zu Recht in Anspruch genommen haben. Zur Entscheidung über Übertretungen des Glücksspielgesetzes sind daher ab Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, am 1. März 2014 die Verwaltungsbehörden bzw Verwaltungsgerichte zuständig. Sowohl die Bezirkshauptmannschaft als auch das Landesverwaltungsgericht haben im Revisionsfall nach Inkrafttreten der genannten Novelle entschieden. Sie hatten daher Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, insoweit anzuwenden, als damit eine Regelung der Zuständigkeit erfolgte, sodass sie ihre Zuständigkeit zu Recht in Anspruch genommen haben.

Soweit allerdings § 52 Abs 3 GSpG als materiellrechtliche Strafnorm anzusehen ist (zB Regelung der Strafhöhe), gilt das bereits zu § 52 Abs 1 Z 1 GSpG Ausgeführte. Soweit allerdings Paragraph 52, Absatz 3, GSpG als materiellrechtliche Strafnorm anzusehen ist (zB Regelung der Strafhöhe), gilt das bereits zu Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG Ausgeführte.

Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich daher für alle jene Sachverhalte, in denen im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung die GSpG-Novelle BGBl I Nr 13/2014 noch nicht in Geltung stand (Tatbegehung vor dem 1. März 2014), nicht veranlasst, von seiner ständigen Rechtsprechung abzugehen, dass Feststellungen zu treffen sind, ob auf den jeweiligen Glücksspielgeräten Spiele mit Einsätzen von mehr als EUR 10,-- möglich waren. Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich daher für alle jene Sachverhalte, in denen im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung die GSpG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 13 aus 2014, noch nicht in Geltung stand (Tatbegehung vor dem 1. März 2014), nicht veranlasst, von seiner ständigen Rechtsprechung abzugehen, dass Feststellungen zu treffen sind, ob auf den jeweiligen Glücksspielgeräten Spiele mit Einsätzen von mehr als EUR 10,-- möglich waren.

Das Landesverwaltungsgericht hat daher zu Recht ausgehend von der Feststellung, dass auf den Glücksspielgeräten Höchsteinsätze von über EUR 10,-- möglich waren, den Einstellungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.

Da bereits die Revision erkennen ließ, dass die von der revisionswerbenden Partei behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, war die Revision gemäß § 35 Abs 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nicht öffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Da bereits die Revision erkennen ließ, dass die von der revisionswerbenden Partei behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, war die Revision gemäß Paragraph 35, Absatz eins, VwGG ohne weiteres Verfahren in nicht öffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 20. Jänner 2016

Schlagworte

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2016:RA2015170068.L00

Im RIS seit

09.02.2016

Zuletzt aktualisiert am

30.03.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at