

TE Vwgh Erkenntnis 1999/3/22 98/17/0134

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.03.1999

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
19/05 Menschenrechte;
24/01 Strafgesetzbuch;
25/01 Strafprozess;
34 Monopole;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §38;
GSpG 1989 §52 Abs1 Z5;
GSpG 1989 §52 Abs1;
GSpG 1989 §52 Abs2;
MRKZP 07te Art4 Abs1;
StGB §168 Abs1;
StPO 1975 §84 Abs1;
VStG §17 Abs1;
VStG §30 Abs2;
VwGG §28 Abs1 Z4;
VwGG §42 Abs2 Z3;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hnatek und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Fegerl, über die Beschwerde des L, vertreten durch Rechtsanwälte und Verteidiger Dr. G und Dr. A in R, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 18. Februar 1998, Zl. VwSen-300135/2/WEI/Bk, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes und Verfall, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund (Bundesministerium für Finanzen) hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 18. Februar 1998 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe in der Zeit vom 30. November 1995, 21.00 Uhr, bis 1. Dezember 1995, 02.00 Uhr, sowie am 8. Februar 1996 gegen 20.00 Uhr in einem näher bezeichneten Lokal Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterlagen, außerhalb einer Spielbank als Veranstalter betrieben, indem er auf seine Rechnung Ausspielungen im Sinne des § 2 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 (im Folgenden: GSpG), unter Verwendung von vier in der Folge näher bezeichneten betriebsbereit aufgestellten, die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig und zufallsabhängig herbeiführenden Glücksspielautomaten, zum Zwecke des Glücksspiels mit interessierten Lokalbesuchern durchgeführt habe, wobei die vermögensrechtliche Leistung der Spieler S 5,-- und der Gewinn S 200,-- übersteigen habe können. Der Beschwerdeführer habe hiervon eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z. 5 in Verbindung mit § 2 und § 4 Abs. 2 GSpG begangen. Wegen dieses Vergehens wurde über ihn gemäß § 52 Abs. 1 erster Satz GSpG eine Geldstrafe in Höhe von S 5.000,-- verhängt. Gemäß § 52 Abs. 2 GSpG in Verbindung mit § 17 Abs. 1 VStG wurden die vier Spielautomaten des Beschwerdeführers für verfallen erklärt. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde mit 40 Stunden festgesetzt. Der Beschwerdeführer habe für das erstinstanzliche Strafverfahren einen Kostenbeitrag in der Höhe von S 500,-- zu leisten.

Dabei ging die belangte Behörde von folgenden Sachverhaltsfeststellungen aus:

Im Zuge von Ermittlungen in einem Raubfall hätten Kriminalbeamte in Erfahrung gebracht, dass in dem vom Beschwerdeführer betriebenen Kaffeehaus mit den dort aufgestellten, im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden, Pokerautomaten um beträchtliche Geldbeträge gespielt habe werden können. Der als glaubwürdig bezeichnete Zeuge H habe den Kriminalbeamten mitgeteilt, dass er das Lokal seit einigen Jahren zweimal im Monat besucht, um dort an den Pokerautomaten um Geld zu spielen. Die Einsätze in Höhe von jeweils S 1.000,-- oder S 500,-- habe er entweder dem Beschwerdeführer oder einem Kellner gegeben, worauf die Pokerautomaten mit einem Schlüssel "scharf" gestellt worden seien. In der Nacht zum 1. Dezember 1995 habe H an dem gleich links vom Eingang aufgestellten Pokerautomaten und möglicherweise noch an einem anderen gespielt. Zu diesem Zweck habe er an diesem Tag dem Kellner zumindest S 1.000,-- übergeben, welche letzterer als Spielguthaben am Zählwerk eingestellt habe. Auch andere Gäste hätten an den vier Pokerautomaten um Geld gespielt.

Auch aus den - ebenfalls als glaubwürdig erachteten - Aussagen der Zeugen Z und J habe sich ergeben, dass H um Beträge in dem von ihm genannten Ausmaß gespielt habe. Zunächst habe H bereits etwa S 3.000,-- verloren. In der Folge seien ihm jedoch Z und J beim Spielen behilflich gewesen. Durch deren Mithilfe habe er in der Folge wieder gewonnen. Dann sei es über die Aufteilung des Spielgewinnes zwischen H einerseits und Z und J andererseits zu einer Auseinandersetzung gekommen, in deren Zuge Z und J dem H gewaltsam eine Geldtasche mit Inhalt von S 4.400,-- abgenommen hätten.

Am 8. Februar 1996 sei ein behördlicher Ortsaugenschein durchgeführt worden. Dabei sei festgestellt worden, dass C an einem der Automaten gespielt habe. Über dem Kreditrahmen am Bildschirm seien blaue Streifen ersichtlich gewesen. Nach Auskunft des beigezogenen sachkundigen Organs deute dies darauf hin, dass der Automat "scharf" gestellt gewesen sei. Der ebenfalls als glaubwürdig erachtete C habe in der Folge angegeben, er habe am 8. Februar 1996 einer Kellnerin S 1.000,-- übergeben. Diese habe den Automaten mit einem kleinen Schlüssel "scharf" gestellt und ein Guthaben von S 200,-- eingestellt, weil der Zeuge jeweils um diesen Betrag habe spielen wollen. Innerhalb von fünf bis zehn Minuten habe er diesen Betrag verspielt. In der Folge hätte er noch viermal um S 200,-- gespielt und am Schluss nur mehr S 40,-- Guthaben gehabt, als er beim Lokalaugenschein angetroffen worden sei. Er habe innerhalb der letzten zwei bis drei Monate etwa S 30.000,-- beim Spiel mit den aufgestellten Pokerautomaten im Lokal des Beschwerdeführers verloren. Er wisse auch, dass viele Jugendliche beim Spiel mit dem Pokerautomaten viel Geld verlören.

Der Kellner M, dessen Aussage ebenfalls als glaubwürdig qualifiziert wurde, habe sich erinnert, dass die Automaten an einem Abend in der Zeit zwischen 18.00 Uhr und 02.00 Uhr etwa S 35.000,-- eingespielt hätten. M selbst habe sein verdientes Geld fast jeden Tag verspielt. Sein Gesamtverlust sei mit S 30.000,-- zu beziffern.

Aufgrund der von der belangten Behörde als glaubhaft erachteten Darlegungen eines sachverständigen Zeugen O wurde festgestellt, dass es sich bei sämtlichen vier Geräten um Glücksspielautomaten gehandelt habe, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust zufallsabhängig und selbsttätig herbeigeführt werde. Den vom

Beschwerdeführer unter anderem zur Entkräftung dieser Annahme vorgelegten Privatgutachten folgte die belangte Behörde nicht.

Gestützt auf die Aussage des Zeugen H ging die belangte Behörde weiters davon aus, dass alle vier im Kaffeehaus des Beschwerdeführers aufgestellten Geräte für Zwecke des Glücksspiels benutzt worden seien. H habe etwa S 3.000,-- bis S 5.000,-- pro Monat verloren. Aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen, insbesondere auch des M, sei abzuleiten, dass auf allen vier Pokerautomaten des Beschwerdeführers Glücksspiele um höhere Geldbeträge mit interessierten Lokalbesuchern veranstaltet worden seien. Es könne keinem Zweifel unterliegen, dass der Beschwerdeführer sämtliche Pokerautomaten in der Absicht angekauft habe, um mit ihnen Erlöse aus dem illegalen Glücksspiel für seine Privattasche zu erzielen.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte die belangte Behörde diesen Sachverhalt dahingehend, dass der Beschwerdeführer Glücksspiele in Form von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten auf seine Rechnung veranstaltet habe. Im Hinblick auf die durch die Aussagen der Zeugen belegten hohen Gewinn- und Verlustmöglichkeiten und auf tatsächlich geleistete Spieleinsätze von S 200,-- und S 500,-- stehe auch ohne jeden Zweifel fest, dass die nach Meinung der belangten Behörde kumulativ einzuhaltenden Bagatellgrenzen des § 4 Abs. 2 GlSpG bei weitem überschritten worden seien. Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 20. Dezember 1996, ZI. 93/17/0058, klargestellt habe, sei die Ausnahmebestimmung des § 4 Abs. 2 GlSpG so zu verstehen, dass schon die Möglichkeit, eine der beiden Geringfügigkeitsgrenzen zu überschreiten genügt, um eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol zu verneinen. Es komme demnach nicht auf den bei einem konkreten Spiel geleisteten Einsatz oder erzielten Gewinn, sondern auf den bei einem Glücksspielautomaten nach seiner Funktionsweise möglichen Einsatz und die in Aussicht gestellte mögliche Gegenleistung an.

Der Beschwerdeführer habe daher das Tatbild des § 52 Abs. 1 Z. 5 GlSpG verwirklicht. Aus im angefochtenen Bescheid näher dargelegten Gründen erscheine eine Geldstrafe in der Höhe von S 5.000,-- ebenso angemessen wie die nunmehr festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Stunden, zumal der Beschwerdeführer die Ausspielungen gezielt unter Verletzung des Glücksspielmonopols des Bundes veranstaltet habe, um sich eine Einkommensquelle zu verschaffen. Die Entscheidung über den Verfall wurde auf § 17 Abs. 1 VStG gestützt. Der verurteilte Beschwerdeführer sei Eigentümer der in Rede stehenden Automaten. Dingliche Rechte unbeteiligter Personen seien im gesamten Verfahren nicht hervorgekommen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Unter der Bezeichnung "Beschwerdepunkt" führte der Beschwerdeführer aus, er erachte sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf Aufstellung von gesetzlich erlaubten, näher bezeichneten, Spielautomaten, verletzt. Die Bescheidbegründung lässt erkennen, dass der Beschwerdeführer die Auffassung vertritt, er habe das Tatbild des § 52 Abs. 1 Z. 5 GlSpG nicht verwirklicht, weshalb auch weder ein Schulterspruch gefällt, noch der Verfall ausgesprochen hätte werden dürfen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 2 Abs. 2, § 4 Abs. 2 und § 52 Abs. 1 Z. 5 und Abs. 2 GlSpG in der im Zeitpunkt der in Rede stehenden Tat anlastungen geltenden

Fassung lauteten:

"§ 2. ...

(2) Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung herbeigeführt wird.

...

§ 4. ...

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 5 S nicht übersteigt und
2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 200 S nicht übersteigt.

...

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 300 000 S zu bestrafen,

...

5. wer Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, außerhalb einer Spielbank betreibt (Veranstalter) oder zugänglich macht (Inhaber);

...

(2) Gegenstände, mit deren Hilfe in das Glücksspielmonopol eingegriffen wurde, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall."

§ 17 Abs. 1 und 3 sowie § 30 Abs. 2 VStG lauten:

"§ 17. (1) Sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, dürfen nur Gegenstände für verfallen erklärt werden, die im Eigentum des Täters oder eines Mitschuldigen stehen oder ihnen vom Verfügungsberechtigten überlassen worden sind, obwohl dieser hätte erkennen müssen, dass die Überlassung des Gegenstandes der Begehung einer mit Verfall bedrohten Verwaltungsübertretung dienen werde.

...

(3) Kann keine bestimmte Person verfolgt oder bestraft werden, so kann auf den Verfall selbstständig erkannt werden, wenn im Übrigen die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Zustellung solcher Bescheide kann auch durch öffentliche Bekanntmachung bewirkt werden.

...

§ 30. ...

(2) Ist aber eine Tat von den Behörden nur zu ahnen, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit anderer Verwaltungsbehörden oder der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, und ist es zweifelhaft, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, so hat die Behörde das Strafverfahren auszusetzen, bis über die Frage von der sonst in Betracht kommenden Verwaltungsbehörde oder vom Gericht rechtskräftig entschieden ist."

§ 168 StGB lautet:

"§ 168. (1) Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

(2) Wer sich gewerbsmäßig an einem solchen Spiel beteiligt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen."

In ihrer Gegenschrift beantragt die belangte Behörde vorerst die Zurückweisung der vorliegenden Beschwerde "mangels richtiger Bezeichnung des Beschwerdepunkts iSd § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG 1985". Der Beschwerdeführer habe sich in seinem "Recht auf Aufstellung von gesetzlich erlaubten Spielautomaten" verletzt erachtet. Ein derartiges Recht sei ihm jedoch mit dem angefochtenen Bescheid nicht versagt worden. Vielmehr sei er nach § 52 Abs. 1 Z. 5 GlSpG bestraft worden. Er hätte demnach das Recht, nicht nach dieser Bestimmung bestraft zu werden, geltend machen müssen. Aufgrund der unmissverständlichen Bezeichnung des zu Unrecht geltend gemachten Rechtes auf Aufstellung gesetzlich erlaubter Spielautomaten sei auch eine Ermittlung des Beschwerdepunktes im Wege der Auslegung im Gesamtzusammenhang der Beschwerde zufolge näher wiedergegebener Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes unzulässig.

Im Gegensatz zur Auffassung der belangten Behörde lässt aber der vom Beschwerdeführer umschriebene Beschwerdepunkt im Zusammenhang mit einer Bescheidbeschwerde gegen den eine Verwaltungsstrafe aussprechenden und den Verfall verfügenden Bescheid auch ohne Heranziehung der Begründung mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass in Wahrheit eine Verletzung des subjektiven Rechtes geltendgemacht wird, die in Rede stehenden Automaten aufstellen (betreiben) zu dürfen, ohne dass dieses Verhalten durch die Verhängung einer Strafe nach § 52 Abs. 1 GlSpG oder den Ausspruch des Verfalls geahndet wird.

In Ansehung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes ist aber die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch den angefochtenen Bescheid jedenfalls gegeben. Die Beschwerde erweist sich daher als zulässig.

Zutreffend rügt der Beschwerdeführer, dass es die belangte Behörde entgegen der ausdrücklichen Anordnung des § 51e Abs. 1 VStG unterließ, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Dieser Verfahrensfehler wird in der Gegenschrift auch ausdrücklich zugestanden. Seine Wesentlichkeit ergibt sich bereits aus folgenden Erwägungen:

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 19. Juni 1998, ZI. G 275/96, zum Verhältnis des § 52 Abs. 1 Z. 5 erster Fall GlSpG und des § 168 Abs. 1 StGB mit näherer Begründung ausgeführt, dass zwar sehr wohl Fallkonstellationen denkbar seien, die unter die Strafdrohung der erstgenannten Norm, nicht aber unter jene der zweitgenannten Bestimmung fallen. Dies allein schon deshalb, weil nach § 168 Abs. 1 StGB die Veranstaltung von Glücksspielen und die Förderung von zur Abhaltung von Glücksspielen veranstalteten Zusammenkünften von der Strafbarkeit ausgenommen seien, wenn "bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird". Dennoch werde es freilich nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr die Regel sein, dass eine (an sich) unter die Strafdrohung des § 52 Abs. 1 Z. 5 erster Fall GlSpG fallende Handlung in Tateinheit mit einer unter die Strafdrohung des § 168 Abs. 1 erster oder zweiter Fall StGB fallenden Handlung begangen wird. In diesem Fall werde in der Regel davon auszugehen sein, dass das Delikt des Glücksspiels gemäß § 168 Abs. 1 (erster oder zweiter Fall) StGB den Unrechts- und Schuldgehalt des Delikts des § 52 Abs. 1 Z. 5 erster Fall GlSpG vollständig erschöpfe. Die letztgenannte Norm sei daher - für den Fall einer drohenden Doppelbestrafung - einer verfassungskonformen, das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPMRK berücksichtigenden Interpretation zugänglich. Die Bestrafung nach § 168 Abs. 1 erster oder zweiter Fall StGB schließe die Bestrafung wegen desselben Verhaltens (im Sinne eines weit gehenden identen Sachverhaltes im Lichte der angewendeten bzw. in Betracht kommenden materiellen Strafbestimmungen) nach § 52 Abs. 1 Z. 5 erster Fall GlSpG aus.

Der Verwaltungsgerichtshof schließt sich dieser Rechtsansicht an, zumal der vom Verfassungsgerichtshof vorgenommenen Interpretation auch das Urteil des EGMR vom 30. Juli 1998 im Fall Oliveira gegen die Schweiz, abgedruckt in JBl. 1999, 102 f., nicht zwingend entgegenzustehen scheint. In diesem Urteil lässt der EGMR nämlich zumindest die Möglichkeit offen, dass eine Doppelverfolgung im Falle der Idealkonkurrenz dann gegen Art. 4 des 7. ZPMRK verstoßen könnte, wenn - wie dies nach den Gesetzesmaterialien zum GlSpG beabsichtigt war - die Strafen kumulativ zu verhängen sind (in dem vom EGMR am 30. Juli 1998 entschiedenen Fall war demgegenüber eine Anrechnung der ursprünglich verhängten Geldbuße auf die dann ausgesprochene Geldstrafe vorgenommen worden), oder aber, wenn die Gefahr droht, dass unterschiedliche Behörden zu miteinander nicht in Einklang zu bringenden Feststellungen in derselben Sache gelangen könnten.

Das für die (in Abweichung von der aus den Gesetzesmaterialien hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers) vorgenommene verfassungskonforme Interpretation in Richtung einer Scheinkonkurrenz der in Rede stehenden Delikte vom Verfassungsgerichtshof herangezogene Argument der Vermeidung einer kumulativen Bestrafung könnte daher auch noch vor dem Hintergrund des vorzitierten Urteiles des EGMR Bestand haben. Überdies könnte schon das offenbar vom EGMR nach wie vor vorausgesetzte Gebot des Art. 4 des 7. ZPMRK, die Gefahr unterschiedlicher Beurteilungen einer einzigen Tat durch verschiedene Behörden zu vermeiden, für die vom Verfassungsgerichtshof gewählte Interpretation sprechen.

Gebietet aber nach dem Vorgesagten eine verfassungskonforme Auslegung unter Berücksichtigung des Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPMRK die Annahme einer unechten Idealkonkurrenz in der Erscheinungsform der stillschweigenden Subsidiarität des § 52 Abs. 1 Z. 5 GlSpG gegenüber § 168 Abs. 1 StGB, so folgt daraus, dass eine Bestrafung nach der erstgenannten Norm dann zu unterbleiben hat, wenn sich der Täter nach der zweitgenannten Bestimmung strafbar gemacht hat. Auch der Wegfall der Strafbarkeit nach dem primär heranzuziehenden Tatbestand infolge Eintritt eines Strafaufhebungsgrundes (Verjährung) könnte nicht die Anwendbarkeit des subsidiären Straftatbestandes (neu) begründen, handelt es sich bei dieser Form der Konkurrenz doch um die Verdrängung des subsidiären Tatbestandes durch den vorrangig anzuwendenden (vgl. hiezu auch die diese Auffassung stützende Formulierung des § 30 Abs. 2 VStG).

Auf Basis der im belangten Bescheid getroffenen Feststellungen handelte es sich bei allen vier Geräten um solche, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust zufallsabhängig und selbsttätig herbeigeführt wurde. Bei Zutreffen dieser Annahme läge auch im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder

vorwiegend vom Zufall abhängen, vor.

Der Spruch des angefochtenen Bescheides lastet dem Beschwerdeführer weiters an, er sei der Veranstalter der auf diesen Automaten betriebenen Spiele. Wie der Verfassungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis eingehend darlegte, ist aber der Begriff des Veranstalters eines Glücksspieles im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB mit jenem des Betreibers des Automaten (Veranstalters) ident.

Schließlich wird dem Beschwerdeführer im angefochtenen Bescheid vorgeworfen, dass er die Automaten in der Absicht betrieben habe, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Damit wird ihm jedenfalls auch die vorsätzliche Begehung der in Rede stehenden Tat zur Last gelegt.

Bei Zutreffen dieser Bescheidfeststellungen - deren vom Beschwerdeführer bestrittene Schlüssigkeit in diesem Zusammenhang dahinstehen kann - hätte dieser im Sinne des § 168 Abs. 1 erster Fall StGB tatbildmäßig gehandelt, es sei denn, es wäre "bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge" gespielt worden.

Zur Interpretation dieser Ausnahmebestimmung hat der Oberste Gerichtshof (vgl. das Urteil vom 28. Juni 1983, Zl. 11 Os 109/83), folgende Rechtsansicht vertreten:

"Die Beantwortung der Frage, ob um 'geringe Beträge' gespielt wird, ist grundsätzlich am Einzelspiel bzw. am einzelnen, jeweils über Gewinn oder Verlust entscheidenden Spielgang zu orientieren (vgl. ÖJZ-LSK 1983/58; ausführlich hiezu 10 Os 25, 26/83; ebenso Kummer, ÖJZ 1980, 347; aM Leukauf-Steininger, StGB2, RN 7 zu § 168 StGB, und Höpfel ÖJZ 1978, 422). Diese Auffassung entspricht dem Gesetzeswortlaut, weil der Plural '... um geringe Beträge ...'

zwingend eine Mehrzahl von Spieleinsätzen voraussetzt, von denen nur jeder einzelne geringfügig zu sein braucht, ohne dass sich aus diesem negativen Tatbestandsmerkmal das zusätzliche Erfordernis ergäbe, dass auch die Summe aller Einsätze nur geringfügig sein dürfe. Das Korrektiv gegen eine zu weit gehende Einschränkung der gerichtlichen Strafbarkeit bildet nach dem Gesetz die weitere in Bezug auf den gesamten Tatbestand negativ umschriebene Voraussetzung, dass 'bloß zum Zeitvertreib' gespielt wird. Das jedem Spiel wesensimmanente Gewinnstreben der Teilnehmer muss sich zwar bei einem Spiel um Geld zwangsläufig (auch) auf einen Geldgewinn erstrecken, jedoch geht allein dadurch der bloße Unterhaltungscharakter des Spiels noch nicht verloren. Davon kann erst dann die Rede sein, wenn das Gewinnstreben als Motivation - zwar nicht unbedingt ausschließlich wirksam ist, aber doch - so weit in den Vordergrund tritt (zB bei einer außergewöhnlich günstigen, zu Serienspielen verleitenden Relation zwischen Einsatz und theoretisch erzielbarem Gewinn), dass es dem Spieler geradezu darauf ankommt, Geld zu gewinnen, wenn er also in gewinnssüchtiger 'Absicht' (§ 5 Abs. 2 StGB) spielt (vgl. 10 Os 25, 26/83; 11 Os 39, 40/83; Höpfel, aaO 422; Kummer, aaO 347, Liebscher, aaO, Rz 12 zu § 168).

Dabei handelt es sich aber in jedem konkreten Einzelfall um eine Tatfrage."

In diesem Zusammenhang geht der Oberste Gerichtshof in seiner Judikatur davon aus, dass ein geringer Betrag im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB vorliegt, solange der Gesamteinsatz eines Spielers im Zuge einer Spielveranstaltung im dargelegten Sinn die Summe von S 200,-- nicht übersteigt (vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 14. Dezember 1982, Zl. 9 Os 137/82).

Auf Basis der getroffenen Bescheidfeststellungen und der oben wiedergegebenen Judikatur des Obersten Gerichtshofes erscheint es aber zumindestens möglich, dass vorliegendenfalls nicht im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB "bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge" gespielt wurde.

Die belangte Behörde unterließ es, Feststellungen darüber zu treffen, mit welchem Höchstbetrag der Einsatz eines Spielers an den in Rede stehenden Automaten in einem einzelnen, jeweils über Gewinn oder Verlust entscheidenden Spielgang begrenzt war. Hätte die Möglichkeit bestanden, in einem einzigen solchen Spielgang mehr als S 200,-- einzusetzen, so wäre die Annahme, dass bloß um geringe Beträge gespielt wurde, ausgeschlossen.

Selbst wenn aber der höchstmögliche Einsatz eines Spielers je Spielgang S 200,-- nicht überstiegen hätte, wäre eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers nach § 168 Abs. 1 StGB nicht von vornherein ausgeschlossen, ergeben sich doch aus den Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde zumindestens Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer vorsätzlich "Serienspiele" veranlasste oder zu solchen Gelegenheiten bot und damit Spieler ansprechen wollte, denen es nicht bloß um den Zeitvertreib, sondern um die Lukrierung des theoretisch erzielbaren Gewinnes ging (vgl. die von der belangten Behörde als glaubhaft angesehenen Angaben der Zeugen H, C und M).

Da die Verwaltungsstrafbehörden davon ausgingen, der Beschwerdeführer habe vorsätzlich gehandelt, wäre auch die von § 7 Abs. 1 StGB für das Delikt nach § 168 StGB geforderte Schuldform verwirklicht.

Nach dem Vorgesagten war es daher im Sinne des § 30 Abs. 2 VStG zumindest zweifelhaft, ob das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verhalten nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildete. Bejahendenfalls wäre seine Tat aber von der Verwaltungsbehörde infolge stillschweigender Subsidiarität des Tatbestandes nach § 52 Abs. 1 Z. 5 GlSpG nicht zu ahnden gewesen.

Die belangte Behörde wäre daher aus dem Grunde des § 30 Abs. 2 VStG verpflichtet gewesen, das Strafverfahren auszusetzen, bis über die Frage vom Gericht rechtskräftig entschieden ist (oder das Verfahren sonst zur Einstellung gelangt (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 29. Oktober 1980, Slg. Nr. 10.276/A)). Im Falle einer Verfahrenseinstellung oder eines freisprechenden Urteiles hat die Verwaltungsbehörde die Frage, ob ein vom Gericht zu ahndender Tatbestand vorlag, selbstständig zu beurteilen (vgl. die bei Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze II, E. 5 ff. wiedergegebene Judikatur).

Im Gegensatz zur Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens nach § 38 AVG setzt die Pflicht zur Aussetzung des Verfahrens nach § 30 Abs. 2 VStG nicht voraus, dass das in Rede stehende Strafverfahren schon (bei Gericht oder bei der Staatsanwaltschaft) anhängig ist. Entsteht im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens der Verdacht, es liege eine gemäß § 30 Abs. 2 VStG relevante gerichtlich strafbare Handlung vor, so hat die Verwaltungsstrafbehörde gemäß § 84 Abs. 1 StPO Anzeige an die Staatsanwaltschaft zu erstatten und sodann das Verwaltungsstrafverfahren bis zum Ausgang des gerichtlichen Strafverfahrens auszusetzen. Die Unterlassung einer gebotenen Aussetzung des Verfahrens gemäß § 30 Abs. 2 VStG belastet den angefochtenen Strafbescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (vgl. die bei Ringhofer, a.a.O., E. 3, zu § 30 VStG wiedergegebene Judikatur).

Von dieser aufgezeigten Rechtswidrigkeit ist gegenständlich auch der Ausspruch des Verfalls umfasst. Steht - wie hier - der Verfallsgegenstand im Eigentum des Täters, ist der Verfall als Strafe anzusehen (Walter-Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts6, Rz 792). Er ist - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - im Straferkenntnis auszusprechen (vgl. a.a.O. Rz 794). Er setzt voraus, dass eine Verwaltungsübertretung begangen wurde.

Daraus zeigt sich, dass jedenfalls der gegenüber dem Täter als Eigentümer des Gegenstandes ausgesprochene Verfall eine Ahndung einer Verwaltungsstrafat darstellt, der die Verpflichtung der Behörde zur Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens nach § 30 Abs. 2 VStG ebenfalls entgegensteht.

Sollte, was aus dem Grunde des § 57 StGB nicht ausgeschlossen erscheint, eine allfällige Strafbarkeit des Beschwerdeführers nach § 168 StGB infolge des Strafaufhebungsgrundes der Verjährung weggefallen sein, und es aus diesem Grunde nicht zu einer Verurteilung des Beschwerdeführers kommen, so wird die belangte Behörde nach dem Vorgesagten eigenständig nach Ermittlung der erforderlichen Sachverhaltsgrundlagen die Frage zu prüfen haben, ob der Beschwerdeführer sich zunächst nach dieser Bestimmung strafbar gemacht hat. Bejahendenfalls wäre eine Bestrafung nach dem subsidiären Verwaltungsstrafatbestand gleichfalls unzulässig.

Da es nicht auszuschließen war, dass bei Durchführung der mündlichen Verhandlung die Missachtung der Subsidiarität des § 52 Abs. 1 Z. 5 GlSpG gegenüber § 168 StGB zu Tage getreten wäre, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 22. März 1999

Schlagworte

Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1999:1998170134.X00

Im RIS seit

11.07.2001

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

© 2026 JUSLINE

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