OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-411550/9/Wei/BZ

Datum: Linz, 2. Mai 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der N Ch E, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 1. Juli 2016, GZ: VStV/915301401824/2015, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23. März 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 600 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 1. Juli 2016, GZ: VStV/915301401824/2015, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bfin) eine Geldstrafe von 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 21 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 GSpG idgF verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrens-kostenbeitrag in der Höhe von 300 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 28.07.2015 um 08.44 Uhr im Lokal mit K S in S, Strasse, wurde festgestellt, dass Sie als Dienstnehmerin der Fa. P GmbH, die das gegenständliche Lokal betreibt, und somit als Person die Glücksspieleinrichtungen bereithält die geforderten Auskünfte gegenüber den oa. Organen nicht erteilen und gegen die Ihnen zukommende Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen haben.

Die Verstöße stellen sich im Konkreten so dar:

Sie haben die Zugangstüre des Lokals in der Zeit zwischen 08.44 Uhr und 08.54 Uhr nicht geöffnet und so den o.a. Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglicht, weil Sie in der Zwischenzeit die Datenleitung zu den vorgefundenen Glücksspielgeräten unterbrochen haben.

Als Dienstnehmerin der P-GmbH waren Sie als zur Auskunft verpflichtete Person anzusehen.

Gemäß § 50 Abs. 4 ist die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs. 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.

Durch das Nichtöffnen der Zugangstüre des Lokals sind Sie diesen Verpflichtungen nicht nachgekommen.“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige, umfassend begründete Beschwerde vom 29. Juli 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Verfahrens beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würden. Überdies sei die belangte Behörde unzuständig gewesen.

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 2. August 2016 die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. März 2017. Zu dieser Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter der Bfin und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurde A J von der Finanzpolizei einvernommen.

Am 23. März 2017 legte der Rechtsvertreter der Bfin eine Eingabe vor (schriftlicher Aufsatz nebst Beilagen 1-18), welche in der mündlichen Verhandlung behandelt wurde.

Der Beschwerdevertreter brachte in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergänzend wie folgt vor:

„Betreffend der von Amts wegen beigeschafften Urkunden und Unterlagen verweisen die Beschwerdeführer auf die Schlussanträge der Generalanwältin in der Rechtssache C-685/15 vom 9. März 2017 (EuGH), wonach es absolut unzulässig ist, wenn das in einer Verwaltungsstrafsache bzw. in einer Verwaltungssache erkennende Gericht selbstständig rechtfertigende Unterlagen bzw. Dokumente zum Beweis dafür einholt und/oder beischafft, dass das Glücksspielgesetz in seiner Ausgestaltung unionsrechtskonform ist. Die Generalanwältin beschreibt ab Randziffer 59 des eben erwähnten Schlussantrages genauestens, dass es einzig und allein Angelegenheit und Aufgabe des jeweiligen Mitgliedsstaates ist, derartige Rechtfertigungsgründe vorzubringen. Weiters führte die Generalanwältin aus, dass eine derartige Rechtfertigung durch den Mitgliedsstaat nicht erbracht werden kann, wenn dieser wie im eben hier relevanten Fall, dies durch Stellungnahmen und eigenständige Erhebungen versucht. Sollte eine ordentliche Rechtfertigung im Sinne des Urteils des EuGH in der Rechtssache Pfleger insbesondere unter Bezugnahme auf die dortige Randziffer 50 unterbleiben, so hat nach Ansicht der Generalanwältin das nationale Gericht aus der Passivität bzw. der mangelnden Rechtfertigung des Mitgliedsstaates seine Schlüsse zu ziehen und die in Frage stehenden Regelungen unangewendet zu lassen. Betreffend der dem EuGH und der Generalanwältin

bekannten und auch in diesem Verfahren hier beigeschafften Unterlagen (Beilage 1-6) führt die Generalanwältin aus, dass derartige Quellen von vorhinein nicht als zuverlässig angesehen werden können, wenn der Gerichtshof (EuGH) wie im Fall des österreichischen Glücksspielgesetzes bereits in seinen vergangenen Entscheidungen (Pfleger) festgestellt hat, dass es deutliche Hinweise darauf gibt, dass das fragliche Gesetz den Anforderungen des Unionsrechts nicht genüge. Darüber hinaus wird im gegenständlichen Schlussantrag festgehalten, dass die Beiziehung von in Österreich so genannten Amtssachverständigen unzulässig ist, da die Sachverständigen in jedem Bereich des Verwaltungsverfahrens unabhängig und objektiv sein müssen. Die Generalanwältin hält fest, dass es einem Amtssachverständigen aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit geradezu unmöglich ist, in derartigen Fragen objektiv zu urteilen. Betreffend der nunmehr zitierten Rechtsprechung wird im gegenständlichen Verfahren das Vorbringen dahingehend ergänzt, dass es sich bei den in Frage kommenden Geräten um Geschicklichkeitsapparate handelt und ein Verstoß gegen das Glücksspielgesetz wie angelastet nicht möglich ist. Zum Beweis dafür wird beantragt, die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich Glücks-, Geschicklichkeitsspiele.

Bezugnehmend auf das Fernbleiben der belangten Behörde, auch wenn dies entschuldigt ist, verweisen die Beschwerdeführer auf die mittlerweile rechtskräftige Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Karelin. Ansonsten wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen."

Der Zeuge J gab in der mündlichen Verhandlung unter anderem an:

„Befragt zur Betriebswärme gebe ich an, dass es – sofern es so in der Dokumentation steht – der Wahrheit entspricht.

Ob die Bedienstete des Lokals innen etwas veränderte, kann ich nicht sagen. Als wir gewartet haben, konnten wir nur durch einen kleinen Spalt durchs Fenster, welches verklebt war, hineinsehen und haben zwei Gäste an der Bar gesehen. In den Raum, wo die Geräte standen, konnten wir von außen nicht hineinsehen.

Auf Befragung durch den Beschwerdevertreter:
Ob die zwei Personen, die wir durch den Spalt von außen gesehen haben, Spieler bzw. Gäste waren, weiß ich nicht sicher. Ich gehe aufgrund der optischen Wahrnehmung davon aus, dass es sich bei diesen zwei Personen nicht um Bedienstete gehandelt hat. Ich habe auch niemanden an Geräten spielen gesehen."

In der im Beschwerdeverfahren betreffend Beschlagnahme zu LVwG-410999 ua durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. Februar 2016 hat die Bfin als Zeugin Folgendes ausgesagt (vgl Beilage ./G zum Verhandlungsprotokoll):

„Ich war am 28. Juli 2015 und bin noch bis Ende Februar 2016 im Lokal S in der Straße, als Wettschalterangestellte beschäftigt.

Am 28. Juli 2015 habe ich das Lokal um 8.00 Uhr früh aufgesperrt.

An diesem Tag war eine finanzpolizeiliche Kontrolle, die Uhrzeit wann diese begonnen hat kann ich heute nicht angeben. In dieses Lokal gelangen nur jene Personen, welchen ich die Türe öffne. Es existiert eine Kamera damit ich sehe, wer sich Zutritt verschaffen will. Zu einer mir heute nicht mehr bekannten Uhrzeit hat es geläutet. Ich habe jedoch durch die Kamera keine Person gesehen und dadurch auch nicht geöffnet. Anschließend wurde an die Tür geklopft. Ich habe jedoch weiterhin nicht gesehen, wer geklopft hat. Den im Lokal anwesenden Gästen habe ich gesagt, sie mögen sich ruhig verhalten. Anschließend habe ich meinen Chef angerufen und ihn gefragt, betreffend die weitere Vorgehensweise. Mein Chef sagte mir, ich müsse nicht öffnen, dieser Chef ist Herr E S.

Die beschriebenen Sicherheitsvorkehrungen wurden deswegen eingeführt, da bereits zwei Überfälle stattgefunden haben. Ich habe auf einem Monitor nach wie vor versucht herauszubekommen, wer geläutet bzw. an die Tür geklopft hat. Ich habe auch da niemanden gesehen jedoch gehört, dass es wohl mehrere Personen sein müssen.
Durch das Aufziehen der Jalousien hätte ich sehen können, welche Personen sich draußen befinden, ich hatte jedoch nicht den Mut dazu – bedingt durch zwei Überfälle welche ich bereits habe erleben müssen.

Anschließend gingen zwei Gäste hinaus und haben dadurch naturgemäß die Tür geöffnet. Draußen vor der Tür befanden sich Bedienstete der Finanzpolizei.
Die Finanzpolizisten kamen ins Lokal.
Mir wurde ziemlich übel, ich hatte einen Kreislaufzusammenbruch – offenkundig aufgrund der negativen Erfahrungen mit den zwei vorangegangenen Überfällen. Ich habe wahrgenommen, dass die Geräte fotografiert worden sind. Weitere Wahrnehmungen habe ich nicht gemacht.

Ich habe auch die Rettung angerufen, damit sie mich abholen und ins Krankenhaus bringen.
Dies ist auch geschehen.

Ich habe betreffend die Amtshandlung – abgesehen davon dass die Geräte fotografiert wurden – aufgrund meines Kreislaufzusammenbruch keine weiteren Wahrnehmungen gemacht.

Auf Befragen durch Mag. P:
Auf Befragen, warum die Geräte ausgeschaltet waren. Die Geräte sind ein- oder ausgeschaltet, wenn wir in der Früh in das Lokal kommen. Ich mache das nicht. Ich schalte meine Sportwettgeräte ein. Die ganzen Mitarbeiter haben da hinten mit den Glücksspielgeräten nichts zu tun. Wir schalten diese nicht ein. Ich war nicht da als Stromkabel entfernt wurden, ich kann mir das nicht erklären. Auch mit den Hunderenngeräten haben wir nichts zu tun. In meinem Dienst vorher sind noch alle Geräte gelaufen. Ich weiß aber nicht, ob dies der Tag davor war. Ich habe maximal drei Tage frei.

Auf Befragen durch Mag. K:
Wenn wir in der Früh kommen, sind die Geräte entweder ein- oder ausgeschaltet. Wenn dann jemand spielen will und ein Gerät ich ausgeschaltet, kann er halt nicht spielen. Auf weiteres Befragen wer die Geräte dann ein- und ausschaltet: Wenn jemand zu uns kommt, sind das Herr A oder Herr S. Ich kann aber nicht sagen, ob diese die Geräte

einschalten. Es hat kein Gespräch mit jemandem gegeben zu dieser Zeugenaussage im Vorfeld. Ich habe auch nichts zu verlieren, weil ich schon gekündigt habe.
Befragt, welche Speile auf den Geräten gelaufen sind, als sie gelaufen sind:
Ich kenne mich da nicht wirklich gut aus. Es ist das Spiel Ring of Fire. Ich kann nicht sagen, ob dies auf allen Geräten drauf ist. Wenn man dreimal Fire bekommt, gibt es einen Bonus. Da freuen sich die Leute. Die Leute drucken sich dann einen Gutschein aus und den zahle ich dann aus. Der Zeugin wird sodann das Gerät afric2go in der Fotodokumentation gezeigt. Wir nützen dieses Gerät als Mitarbeiter, wenn uns in der Kassa das Kleingeld ausgeht. Die Kunden und Nachbarn nutzen das Gerät zum Geld wechseln. Es sitzt vor diesem Gerät niemals wer davor. Es wird nur zum Geld wechseln genutzt und man kann irgendwo draufdrücken dann blinkt es und dann werden aus 1 Euro 2 Euro.

Befragt zu den Hundewettterminals: Wie man darauf wettet, weiß ich nicht. Ich zahle aber auch zu diesen Geräten Bons aus. Es kommt vor, dass ich an einem Tag insgesamt nur 50 Euro auszahle, es können aber auch 1.000 Euro sein. Es waren sich schon einmal bei einem Einzelbetrag 900 – 950 Euro dabei. Dies ist aber schon länger aus. Ich bin seit 6 Jahren dort beschäftigt. Die gegenständlichen Geräte sind sich über 2 Wochen vorhanden gewesen.

Auf Befragen des Vertreters der belangten Behörde:
Es hat einmal eine Anweisung gegeben, dass der Finanzpolizei kein Zutritt zum Lokal zu gewähren ist. Es kann dies im November oder Dezember 2015 gewesen sein. Wir haben immer nur die Seite vom Chef gehört. Wir brauchen nicht, wir müssen nicht, wir machen uns nicht strafbar. Uns wurde das aber dann zu viel (A und mir) und wir sagten: Wir machen auf. Der Chef hat darauf gesagt, das geht in Ordnung. Wenn wir wollen können wir aufmachen. Seitdem machen wir das auch.“

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung vom folgenden relevanten S a c h v e r h a l t aus:

Am 28. Juli 2015 um 08.44 Uhr führten finanzpolizeiliche Organe der Abgabenbehörde als Organe der öffentlichen Aufsicht im Lokal mit der Bezeichnung „K S“ in S, Straße, eine glücksspielrechtliche Kontrolle iSd § 50 Abs 4 GSpG durch.

Betreiberin des Lokals war die P GmbH. Die Bfin war zur Kontrollzeit als deren Dienstnehmerin und einzige verantwortliche Person im Lokal anwesend.

Die Bfin verwehrte den Organen der Finanzpolizei vorerst den Zutritt, indem sie die Eingangstüre bewusst nicht öffnete, obwohl sie durch die in Blickrichtung von innen nach außen durchsichtige Scheibe der Eingangstüre erkennen musste, dass Organe der Finanzpolizei das Lokal betreten und eine Kontrolle durchführen wollten. Durch den verbleibenden kleinen Randschlitz der sonst mit Sichtschutzfolie abgeklebten Glasscheiben beim Eingang konnten die Beamten auch nach innen in den ersten Raum des Lokals sehen, in dem sich zwei Gäste befanden. Nach häufigem Läuten und Klopfen der Finanzpolizei wurde nach zehn

Minuten um 08.54 Uhr die Zugangstüre durch einen der beiden Gäste beim Verlassen des Lokals geöffnet, worauf die Beamten eintreten konnten.

Die Bfin gab um 08.57 Uhr gegenüber den Organen der öffentlichen Aufsicht an, dass ihr Chef über die Kontrolle informiert worden wäre und jemand kommen würde. Einen Namen konnte sie zunächst nicht nennen. Um 09.08 Uhr traf das Österreichische R K ein und die Bfin wurde in der Folge in das Rettungsfahrzeug gebracht und erteilte noch die Auskunft, dass ein Herr S kommen würde. Ein Mitarbeiter des R K gab die Auskunft, dass es sich vermutlich um eine Panikattacke handeln würde und die Bfin vorsorglich ins Krankenhaus gebracht werde. Äußerliche Verletzungen wies die Bfin – auch nach dem Einsatzbericht des RK – nicht auf.

Die Organe der Finanzpolizei haben im Lokal folgende Geräte vorgefunden, mit Versiegelungsplaketten versehen und vorläufig beschlagnahmt:

FA-1: Kajot, SN:9 (SiegelNr. A049390-A09394)
FA-2: Auftragsterminal, SN: 9 (SiegelNr. A049395-A09399)
FA-3: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054001-A054005)
FA-4: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054006-A054011)
FA-5: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054012-A054016)
FA-6: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054017-A054021)
FA-7: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054022-A054026)
FA-8: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054027-A054031)
FA-9: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054032-A054036)
FA-10: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054037-A054041)
FA-11: Kajot, SN: 9 (SiegelNr. A054042-A054046)
FA-12: keine Gehäusebezeichnung, SNr. WE-334, Typenbezeichnung luckydogs (SiegelNr. A054047-A054051)
FA-13: www.racingdogs.eu, SNr. 5 (SiegelNr. A054052-A054054)
FA-14: www.racingdogs.eu, SNr. 5 (SiegelNr. A054055-A054057)
FA-15: afric2go, SNr. 0 (SiegelNr. A054058-A054061)

Die Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 14) waren nicht betriebsbereit. Die Geräte konnten zum Teil (FA-Nrn. 1,3,6 u 8) von den Organen der Finanzpolizei wieder eingeschaltet werden und es erschien dann auf den Startbildschirmen eine Auswahl an Walzenspielen. Bei anderen Geräten war auch das nicht möglich. Probespiele waren aufgrund der von der Bfin veranlassten Trennung der Geräte vom Internet unmöglich. Die Geräte wiesen jedoch noch eine erhöhte Betriebswärme auf. Die konkrete Funktionsweise dieser Geräte und der auf ihnen bei aufrechter Internetverbindung verfügbaren Spiele konnte nicht festgestellt werden.

Außer der Bfin war zur Kontrollzeit kein weiterer Arbeitnehmer bzw niemand von der PBW GmbH im Lokal anwesend. Die Bfin war daher im Zeitpunkt der Kontrolle für das Lokal alleinverantwortlich. Sie muss daher die betriebswarmen Geräte während der von ihr faktisch erzwungenen Wartezeit der Beamten außer Betrieb gesetzt, die Stromkabel bis auf zwei Geräte (FA-Nr. 10 u 11) entfernt und für die Unterbrechung der Internetverbindung gesorgt haben.

Das afric2go-Gerät mit der FA-Nr. 15 stand am Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am 28. Juli 2015 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

| *FA-Nr.* | *Spiel* | *Vervielfachung* | *Einsatz* | *Gewinnaussicht* |
|---|---|---|---|---|
| 15 | afric2go | 1, 2 und 4 | 4 Euro | 80 Euro |

Der Spielablauf stellt sich wie folgt dar:

Beim gegenständlichen Gerät mit der Gehäusebezeichnung „afric2go“ handelt es sich um ein Gerät, das unter anderem für Geldwechselzwecke verwendet werden kann. Auf dem Gerät befinden sich eine rote, eine gelbe und eine grüne Taste. Mittels Drücken der grünen Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Durch erneutes Drücken der grünen Taste kann das Guthaben in 1 Euro oder 2 Euro Münzen gewechselt werden.
Durch Drücken der roten Taste können jedoch – abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) – 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder am Automaten angehört oder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen werden kann, kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um einen Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro.
Während des Anhörens oder Kopierens der Musik, also bereits aufgrund des Drückens der roten Taste, kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufalls-abhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern in der Gerätemitte ausgelöst wird.
Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Das aktivierte zufallsabhängige Bonussystem ermöglicht in der Stufe 1 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) von 2/4/6/8 oder 20, in Stufe 2 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in doppelter Höhe und in Stufe 4 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in vierfacher Höhe. Durch (langes) Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Es war beim gegenständlichen Gerät ein USB-Stick angesteckt und war keine Musik hörbar.

Die Bfin verfügt über ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro netto, hat keine Sorgepflichten und kein Vermögen. Die Bfin wurde bereits mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 25. Juni 2013, GZ: S-4012/ST/13, rechtskräftig wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs 4 iVm § 52 Abs 1 Z 5 GSpG mit einer Geldstrafe von 3.000 Euro bestraft (Beilage ./I zum Verhandlungsprotokoll).

III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum unkooperativen Verhalten der Bfin bei der Kontrolle, insbesondere, dass sie den Organen der Finanzpolizei nicht öffnete, offenbar um inzwischen die Geräte außer Betrieb und von der Datenleitung zu nehmen, ergeben sich vor allem aus der schlüssigen Darstellung in der Anzeige des Finanzamts und den Aktenvermerken der Finanzpolizei über die gegenständliche Kontrolle im vorgelegten Verwaltungsakt. Durch die vom Vertreter des Finanzamtes noch während der durchgeführten Verhandlung auf elektronischem Weg ergänzend vorgelegte Fotodokumentation über den Eingangsbereich und die Räume des Lokals (siehe Farbfotoausdrucke Beilage ./H) konnte sich das Gericht noch einen eigenen Eindruck von den örtlichen Verhältnissen am Kontrolltag verschaffen, der besonders zu den Sichtverhältnissen aufschlussreich war.

Die zum unterlassenen Öffnen der Eingangstür gegebene Erklärung der Bfin (vgl Beilage ./G), sie hätte die Organe der Finanzpolizei mit Hilfe der Kamera (rechts neben der Eingangstür) nicht gesehen und wäre wegen zweier Überfälle bereits „vorsichtig“ geworden, erscheint unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Umstände des Falles als nicht glaubhaft. Nach Ansicht des Gerichts liegt eine bloße Schutzbehauptung vor. Zum einen ist die mit einer stark reflektierenden Folie versehene Eingangsglastüre, die einen Sichtschutz gegen Blicke von außen ins Lokal bietet, schon nicht zur Gänze abgeklebt, sondern ist an den Rändern ein schmaler Streifen freigeblieben. Dasselbe gilt auch für die weitere Verglasung links neben der Eingangstür. Zum anderen ist aus der finanzpolizeilichen Fotodokumentation (Beilage ./H) auch ersichtlich, dass der wirkungsvolle Sichtschutz der angebrachten Folie mit Spiegeleffekt nur für die Blicke von außen nach innen besteht. Bei der auf einem Foto festgehaltenen umgekehrten Blickrichtung von innen nach außen, ist gut zu erkennen, dass die Folie insofern ausreichend Licht durchlässt und eine relativ gute Sicht nach außen auf eine vor

der Tür stehende Person ermöglicht. Die Eingangstür aus Glas lässt in der Blickrichtung nach außen durchaus ein individuelles Erkennen von Personen zu.

Nach Überzeugung des erkennenden Richters war auch die gegenständliche Situation schon durch diese Eingangstüre– sowohl optisch als auch akustisch - zumindest so gut wahrzunehmen, dass die durch häufiges Läuten und Klopfen Einlass begehrenden Beamten der Finanzpolizei und der Anlass ihres Einschreitens (Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz) der Bfin nicht verborgen geblieben sein konnten. Es ist angesichts der Fotodokumentation über das Lokal betreffend die örtlichen Verhältnisse schlechthin unvorstellbar, dass die in ihrer Wahrnehmung nicht beeinträchtigte Bfin erst mit dem Eintreten der Finanzpolizei nach 10 Minuten Wartezeit, als Gäste das Lokal verließen und die Tür öffneten, Bescheid wusste, mit wem sie es zu tun hatte. Schon wegen der in Blickrichtung nach außen durchsichtigen Folie ist eine gute Sicht auf vor der Eingangstür wartende Personen erwiesen. Die zweifelhafte Darstellung der Bfin, nur etwas gehört (mehrere Personen), aber niemanden auf dem Monitor für die Kamera im Eingangsbereich gesehen zu haben, spielt keine Rolle mehr. Unter normalen Umständen (Gegenteiliges wie beispielsweise ein Abdecken der Linse hat die Bfin nicht behauptet) müsste auch eine einzelne Person, die vor der Tür steht und läutet, von der Kameralinse erfasst werden und auf dem Monitor erkennbar sein.

Die Bfin hat bei ihrer Aussage vom 18. Februar 2016 (Beilage ./G zum Verhandlungsprotokoll) zugestanden, vor der Zugangstüre mehrere Personen gehört zu haben, die anklopften und läuteten. Aus den protokollierten Angaben der Bfin kann abgeleitet werden, dass es ihr bewusst war, dass eine Glücksspielkontrolle bevorstand. Sie gab nämlich an, ihren Chef telefonisch informiert und zur weiteren Vorgangsweise befragt zu haben. Dieser Chef, ein Herr E S, hätte gesagt: „ich müsse nicht öffnen“. Früher (2015) habe es sogar Anweisungen des Chefs gegeben, der Finanzpolizei keinen Zutritt zu gewähren.

Schon aus der zitierten Formulierung der Bfin ist zu schließen, dass kein Raubüberfall, sondern wohl nur eine bevorstehende Glückspielkontrolle Thema des Telefongesprächs mit dem Chef war. Denn im Fall eines vermeintlichen Räubers, der an der Tür läutet, wird wohl niemand, der diesen Verdacht hegt, dem Räuber noch die Türe öffnen, ohne dazu durch besondere Umstände (etwa eine ernste Bedrohung) gezwungen zu sein. Diese Frage zum Öffnen an den Chef erübrigte sich daher. Dessen von der Bfin mitgeteilte Antwort auf die Frage der Bfin zur Vorgehensweise („ich müsse nicht öffnen“) erscheint nur im Zusammenhang mit einer drohenden finanzpolizeilichen Kontrolle sinnvoll und gut nachvollziehbar. Beim tatsächlichen Verdacht eines unmittelbar bevorstehenden Überfalls, wäre die unverzügliche Verständigung der Polizei durch die Bfin mittels Notrufs zu erwarten gewesen.

Es sprechen daher fallbezogen zahlreiche konkrete Fakten und damit eindeutig die bessere Gründe für die Annahme, dass die Bfin den Beginn der Kontrolle ganz bewusst hinausgezögert hat, damit die Geräte noch außer Betrieb gesetzt und vom Internet getrennt werden konnten, und der Finanzpolizei keine aufklärenden Probespiele mehr möglich waren. Die Bfin wurde von der Behörde bereits im Jahr 2013 rechtskräftig wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG bestraft. Sie hat die Vorgangsweise der Finanzpolizei schon einmal erlebt und war ihr die bevorstehende Kontrolle sicherlich bewusst.

Die mit dem begründenden Hinweis auf negative Erfahrungen mit zwei früheren Überfällen von der Bfin angegebenen Kreislaufprobleme (vgl Beilage ./G: Bfin spricht offenkundig übertreibend von einem Kreislaufzusammenbruch), die sie selbst vorsorglich zum Anlass genommen hatte, die Rettung zu verständigen, sind im Zusammenhang mit dem Eintritt der Finanzbeamten ins Lokal nicht nachvollziehbar, weil die Bfin in Wahrheit vom Einsatz der Finanzpolizei wusste und offenkundig kein Überfall drohte. Nach dem Aktenvermerk über die gegenständliche Kontrolle wurde die Bfin nach Auskunft der Besatzung des Rettungsfahrzeuges nur vorsorglich ins Krankenhaus gebracht. Die Bfin hat sich allerdings entsprechend der chronologischen Schilderung im Aktenvermerk der Finanzpolizei durchaus orientiert verhalten. Sie kam der Aufforderung zur Ausweisleistung nach und berichtete, schon den Chef über die Kontrolle informiert zu haben und dass jemand kommen würde. Bevor sie dann einige Minuten später weggebracht wurde, erklärte sie noch, dass ein Herr S kommen werde. Tatsächlich kam in der Folge zwar niemand ins Lokal, um Auskünfte zu erteilen. Die Finanzbeamten konnten aber mit Herrn K A, dem Geschäftsführer der P GmbH, telefonisch Kontakt aufnehmen. Dieser wusste auch schon durch die Bfin von der Kontrolle. Sie war demnach handlungsfähig.

Da sich die Bfin gesamthaft und aus ihrer Sicht betrachtet vernünftig und zielorientiert verhalten hatte, keinerlei objektivierbare Anhaltspunkte für eine Kreislaufschwäche oder Krankheit der Bfin aktenkundig geworden sind (es wurde auch kein Befund des Krankenhauses vorgelegt), ihr begründender Hinweis auf Überfälle gerade aus den dargelegten Umständen im vorliegenden Fall nicht glaubhaft erscheint und die Rettungsbesatzung des R K die Bfin im Zweifel allein auf Grund ihrer Angaben ins Krankenhaus bringen musste, kann wohl mit gutem Grund angenommen werden, dass die Bfin diese Rettungsfahrt vorsorglich geplant und bewusst herbeigeführt hat, um sich der Amtshandlung der Finanzpolizei zu entziehen und keine Vernehmung als Auskunftsperson mitmachen zu müssen.

Dass es sich bei den zwei weiteren Personen im Lokal um Gäste handelte, ergibt sich nicht nur aus der Anzeige und dem Aktenvermerk der Finanzpolizei, sondern auch aus der Aussage der Bfin in der Verhandlung vom 18. Februar 2016 (Beilage ./G zum Verhandlungsprotokoll).

Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und der dabei vorgefundenen Geräte, gründen auf der Anzeige mit Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei sowie der Aussage des vernommenen Zeugen der mündlichen Verhandlung.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl I Nr. 13/2014 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs 3 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 verstößt.

Gemäß § 50 Abs 4 leg cit sind die Behörde nach Abs 1 und die in Abs 2 und 3 genannten Organe zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.

Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs 1 GSpG).

IV.2. Der Bfin wird vorgeworfen, dass sie Glückspieleinrichtungen bereitgehalten und ihre Duldungs- und Mitwirkungspflichten gemäß § 50 Abs 4 GSpG verletzt habe, weil sie die Zugangstüre des Lokals in der Zeit zwischen 08.44 und 08.54 Uhr nicht geöffnet und so den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglicht habe, und weil die Bfin in der Zwischenzeit die Datenleitung zu den vorgefundenen Glücksspielgeräten unterbrochen habe.

Unter einer *„Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“*, ist nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand zu verstehen, der de facto für die Bereithaltung einer „Einrichtung“, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorgt. Das Bereithalten setzt keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinn voraus, dass jemand das Spiel organisierte, dass die Verträge mit ihm abgeschlossen würden oder die Spiele auf seine Rechnung erfolgten. Der Gesetzgeber wollte mit der Bestimmung des § 50 Abs 4 GSpG offensichtlich auch eine Auskunftspflicht jener Personen schaffen, die zwar mit der Veranstaltung des Spiels nicht im eben genannten Sinne zu tun haben, die aber durch ihr Verhalten die Durchführung des Spiels erst ermöglichen und in vielen Fällen bei Kontrollen die einzigen Personen sind, die den Kontrollorganen Auskünfte erteilen können.

Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal trifft somit die Auskunftspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats, sondern auch diejenigen, die für die Verfügbarkeit des Apparats faktisch sorgen. Die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, hat sich nach dem Aufgabenbereich des Angestellten zu richten. Ein Mitarbeiter, der sich als für das Lokal verantwortlich bezeichnet, gehört jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen, weil er damit auch im Rahmen seiner Befugnisse für die Umsetzung der betriebsintern bestehenden Anordnungen zuständig ist, ob und welche Apparate für Dritte im Lokal verfügbar sind. Dass einem Angestellten kein Einfluss auf die Entscheidung, welche Apparate bereitgehalten werden, zukommt, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht maßgeblich. Die gesetzliche Verpflichtung nach § 50 Abs 4 GSpG besteht lediglich darin, Kontrollen zu dulden bzw im gesetzlichen Rahmen mitzuwirken. Es bestehen insoweit keine Bedenken, auch Personen, die keinen Einfluss auf die Entscheidung betreffend das Aufstellen des Apparats haben, in die Auskunftspflicht und damit in den Straftatbestand nach § 52 Abs 1 Z 5 GSpG einzubeziehen (vgl VwGH 21.8.2014, Zl. Ra 2014/17/0004; VwGH 29.7.2015, Zl. Ra 2014/17/0031).

IV.3. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 21.08.2014, Zl. Ra 2014/17/0004) kommt es beim Bereithalten von Glücksspieleinrichtungen begrifflich auf die Betriebsbereitschaft der Geräte im Zeitpunkt der Kontrolle nicht entscheidend an. Regelungsgegenstand des § 50 Abs 4 2. Satz GSpG ist nämlich der Adressatenkreis der Duldungs- und Mitwirkungspflichten, nicht aber der Status der vorgefundenen Glücksspieleinrichtungen. Eine andere Auslegung würde den Zweck der Regelung vereiteln. Würde die fehlende Betriebsbereitschaft im Zeitpunkt der Kontrolle vorgefundener Geräte zur Verneinung der Duldungs-und Mitwirkungspflichten führen, könnte nicht ermittelt werden, ob die Bestimmungen des GSpG in Bezug auf die vorgefundenen Glücksspieleinrichtungen eingehalten werden. Einen Sachverhalt festzustellen,

der gerade diese Beurteilung ermöglicht, ist aber der Sinn und Zweck einer Kontrolle nach § 50 Abs 4 GSpG (VwGH 18.12.2013, Zl. 2013/17/0293).

Demnach kommt es für die Mitwirkungs-und Duldungspflichtn der Bfin bei der gegenständlichen Kontrolle iSd § 50 Abs 4 GSpG nicht auf die (manipulierbare) Betriebsbereitschaft der vorgefundenen Glücksspieleinrichtungen an. Das Bestehen dieser Pflichten soll auch nicht von einem schon erbrachten Nachweis der Glücksspieleigenschaft abhängen. Die gesetzliche Aufzählung der zur Mitwirkung Verpflichteten im Satz 2 des § 50 Abs 4 leg.cit, die neben dem Veranstalter und Inhaber auch *„Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten“* nennt, darf nach dem Normzweck nicht so verstanden werden, dass von vorneherein feststehen müsse, dass tatsächlich Glücksspieleinrichtungen vorliegen und bereitgehalten werden. Denn die näheren Umstände sollen doch erst durch die Kontrolle der Finanzpolizei zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes geklärt werden. Entsprechend dem Regelungsziel des § 50 Abs 4 GSpG muss begrifflich für das *„Bereithalten von Glücksspieleinrichtungen“* eine von der Finanzpolizei vorgefundene Situation genügen, in der potentiellen Spielern Glücksspieleinrichtungen zugänglich gemacht werden, die dem äußeren Anschein nach entgeltlich gegen Einsatzleistung und mit zufallsabhängigen Gewinnaussichten zur Verfügung stehen.

Die nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG schon im Zeitpunkt der Kontrolle einsetzenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten stellen eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar. Dieser tragende Regelungsgrund für die Neufassung des 2. Satzes im § 50 Abs 4 mit der GSpG-Novelle im Art 10 des BGBl I Nr. 112/2012 wird in der Regierungsvorlage ausdrücklich angeführt und zudem betont, dass *„eine anwesende Person diesen Verpflichtungen stets in geeigneter Art und Weise im Zeitpunkt der Kontrolle nachkommen müsse“* [vgl Erl der RV, 1960 BlgNR, 24. GP, Seite 51: Zu Z 8 lit.a (§ 50 Abs 4 zweiter Satz GSpG)].

IV.4. Die Bfin war im Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle als Angestellte der Lokalbetreiberin für das gegenständliche Lokal allein verantwortlich. Außer ihr war zum Kontrollzeitpunkt kein weiterer Dienstnehmer anwesend. Der Bfin kam die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der von den Kontrollorganen vorgefundenen Geräte zu sorgen, bei denen es sich nach den äußeren Umständen anscheinend um Glücksspieleinrichtungen handelte.

Beim verfahrensgegenständlichen afric2go-Gerät mit der FA-Nr. 15 konnte durch Probespiele der Finanzpolizei nachgewiesen werden, dass Spiele in der Art eines elektronischen Glücksrades angeboten wurden, deren Ausgang vom Zufall abhing und bei denen für die Einsatzleistung eine vermögenswerte Leistung (Gewinn) in Aussicht gestellt wurde. Das gegenständlichen afric2go-Gerät bot daher

Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG an und ist als Glücksspieleinrichtung zu qualifizieren.

Die Bfin war im Kontrollzeitpunkt als anwesende Lokalverantwortliche eine Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält. Sie war nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG verpflichtet, den Organen der öffentlichen Aufsicht, zu denen gemäß § 50 Abs 2 Satz 2 GSpG auch die Organe der Abgabenbehörden zählen, den Zutritt zum Lokal zu gewähren und in der Folge das Durchführen von Testspielen durch Bereitstellen von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen.

Die Bfin hat den Organen der Abgabenbehörde (Finanzpolizei) die Eingangstüre nicht geöffnet und dadurch den Zutritt zum Lokal für die Dauer von 10 Minuten nicht ermöglicht, um inzwischen die Geräte außer Betrieb und von der Datenleitung via Internet zu einem externen Server nehmen zu können. Dadurch konnten keine Probespiele durchgeführt und die Funktionsweise der Spielprogramme nicht mehr geklärt werden. Die Bfin hat nicht nur keine umfassende Überprüfung ermöglicht, sondern eine solche Überprüfung der Glücksspieleinrichtungen (mit Ausnahme afric2go-Gerät FA-Nr. 15) durch die Unterbrechung der Datenleitung letztlich vereitelt.

Sie hat demnach gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach dem § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG verstoßen und das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

IV.5. Gemäß § 5 Abs 1 Satz 1 VStG genügt zur Strafbarkeit grundsätzlich fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Das gilt auch für die Strafnorm des § 52 Abs 1 GSpG, die über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Nach dem 2. Satz des § 5 Abs 1 VStG ist Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sog „Ungehorsamsdelikt“) und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Beim gegenständlichen Typ einer Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein solches Ungehorsamsdelikt, bei dem Fahrlässigkeit ohne weiteres anzunehmen ist, wenn der Täter mangelndes Verschulden nicht glaubhaft macht. Dies ist der Beschuldigten mit ihrer Einlassung nicht gelungen.

Nach den getroffenen Tatsachenfeststellungen und den Überlegungen zur Beweiswürdigung ist im vorliegenden Fall von einer vorsätzlichen Tatbegehung durch die Bfin auszugehen, weil diese einen Sachverhalt verwirklichen wollte, der dem Tatbild des § 50 Abs 4 iVm § 52 Abs 1 Z 5 GSpG entspricht. Das gesamte

Verhalten der Bfin war nicht nur auf die Verweigerung einer Mitwirkung, sondern auch auf Behinderung der Aufklärung ausgerichtet. Es kam ihr darauf an, umfassende Überprüfungen durch die Organe der Finanzpolizei zu verhindern. Sie handelte daher mit Absicht iSd § 5 Abs 3 StGB.

Da die Bfin bereits einmal rechtskräftig wegen Verweigerung der Mitwirkungspflichten nach § 50 Abs 4 GSpG bestraft wurde, war ihr auch bewusst, dass sie mit ihrem Verhalten eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 GSpG begeht.

Die Bfin hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen. Sie hat somit ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

IV.6. Die vom Rechtsvertreter vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken gegen das österreichische Glücksspielmonopol sind im Hinblick auf die der Bfin im gegenständlichen Verfahren angelastete Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäß § 52 Abs 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 GSpG nicht von rechtlicher Relevanz (vgl VwGH 15.3.2013, Zl. 2012/17/0590; 19.12.2016, Zl. Ra 2016/17/0034-3). Die Verpflichtungen nach § 50 Abs 4 GSpG setzen keinen gesetzwidrigen Betrieb von Glücksspieleinrichtungen voraus, sondern richten sich unterschiedslos an alle Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten. Sie hätten die Bfin daher auch dann getroffen, wenn sich im gegenständlichen Lokal legaler Weise Glücksspieleinrichtungen befunden hätten. Es kann daher dahin gestellt bleiben, ob das Glücksspielmonopol im Widerspruch zum Unionsrecht steht, da selbst im Falle einer Unionsrechtswidrigkeit der diesbezüglichen Bestimmungen des GSpG die Regelung des § 50 Abs 4 GSpG und die daran anknüpfende Strafbestimmung des § 52 Abs 1 Z 5 letzter Fall GSpG weiterhin anzuwenden wären. Auf eine Auseinandersetzung mit dem auf die Frage der Unionsrechtswidrigkeit bezogenen Vorbringen samt Beweisanträgen bzw mit den vorgelegten Urkunden konnte daher mangels Relevanz für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens verzichtet werden.

Ebenso ist das Vorbringen der Bfin zur Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB schon deshalb nicht von Relevanz, weil es sich bei dem in Rede stehenden Fall der Verletzung von Duldungs- und Mitwirkungspflichten ohnehin um keinen strafgerichtlichen Tatbestand handelt.

IV.7.1. Grundlagen der Strafbemessung

Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach § 19 Abs 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht

kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen (= sog. Doppelverwertungsverbot), gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, Zl. 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.
Darüber hinaus normiert § 19 Abs 2 VStG für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

IV.7.2. Strafbemessungsgründe fallbezogen

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben der Bfin zu ihren Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Da auch im Beschwerdeverfahren vor dem LVwG Oö. keine diesbezüglichen Angaben gemacht wurden, geht auch das Gericht von diesen Einkommens- und Vermögensverhältnissen aus.

Milderungsgründe liegen nicht vor. Als erschwerend fallen eine einschlägige Vorstrafe über 3.000 Euro und die vorsätzliche Begehungsweise bei einem Ungehorsamsdelikt ins Gewicht.

Die belangte Behörde hat im Zusammenhang mit der Gewichtung des Unrechtsgehalts mit Recht die Bedeutung des Rechtsguts zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an einer kontrollierten Durchführung von Glücksspielen mit fiskal- und ordnungspolitischen Zielsetzungen betont. Bei Letzteren geht es vor allem um die

wichtige Bekämpfung der besonders negativen Begleiterscheinungen des unkontrollierbaren illegalen Glücksspiels.

Der Unrechtsgehalt kann schon bei Anwendung der Grundlagen des § 19 Abs 1 VStG nicht gering sein. Wie oben unter IV.4. und IV.5. dargelegt, hat die Bfin durch das angelastete Verhalten ihre Verpflichtungen nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG bewusst und konsequent missachtet.

Entgegen der Ansicht der belangten Behörde (vgl Bescheidbegründung, Seite 4) stellt sich im gegenständlichen Fall einer vorsätzlichen Behinderung der Kontrolle und Vereitelung der Probespiele durch die Bfin die Frage gehöriger Aufmerksamkeit zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung (= Frage der Entlastung vom Ungehorsamsdelikt) gar nicht, weil bei der Bfin von einer vorsätzliche Verletzung der Mitwirkungspflichten nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG auszugehen ist und dabei schon begrifflich mangelndes Verschulden in Form von Fahrlässigkeit iSd § 5 Abs 1 VStG undenkbar ist und ausscheidet. Durch die vorsätzliche Begehungsweise wurde auch das geschützte Rechtsgut in gesteigerter Intensität verletzt. Die Bfin hat bei der Kontrolle eine umfassende Überprüfung der Glücksspieleinrichtungen durch die Finanzpolizei absichtlich verhindert. Nach Ansicht des erkennenden Richters liegt nach den erwiesenen tatsächlichen Umständen des Falles bei der Bfin ein eher überdurchschnittlicher Unrechts- und Schuldgehalt der Tat vor.

Auf der Grundlage der dargestellten Strafzumessungsfaktoren ist eine erheblich ins Gewicht fallende Schuld der Bfin anzunehmen, wobei mangels mildernder Umstände ein Überwiegen der Erschwerungsgründe vorliegt. Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse erscheint die verhängte Geldstrafe von 3.000 Euro keinesfalls überhöht, sondern eher noch milde. Sie beträgt nicht einmal 14 % des Strafrahmens bis 22.000 Euro, obwohl die Bfin eine Wiederholungstäterin mit besonderer spezialpräventiver Indikation ist und zudem der Erschwerungsgrund der vorsätzlichen Begehung eines Ungehorsamsdelikts vorliegt. Nach Ansicht des Gerichts wäre auch eine deutlich höhere Geldstrafe durchaus noch angemessen und mit den angenommenen persönlichen Verhältnissen vereinbar gewesen.

Die mangels einer Regelung im GSpG gemäß dem § 16 Abs 2 VStG innerhalb von zwei Wochen festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe wurde von der belangten Behörde mit 1 Tag und 21 Stunden bemessen. Sie entspricht verhältnismäßig der Höhe der Geldstrafe in Relation der gegebenen Strafrahmen.
Der Strafausspruch der belangten Behörde kann daher aus der Sicht der Bfin nicht beanstandet werden. Eine Herabsetzung der Strafe wäre auch aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht vertretbar.

V. Im Ergebnis war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war der Bfin gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG ein Beitrag zu den Kosten dss Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der Geldstrafe und damit von 600 Euro vorzuschreiben.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Qualifikation der Bfin als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält bzw die Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts als schuldhafte Übertretung des § 52 Abs 1 Z 5 GSpG stützen sich auf die in der Rechtsprechung des VwGH entwickelten Grundsätze (vgl insbesondere die zitierte Judikatur). Auch in der Straffrage wurde nicht von Grundsätzen in der Judikatur des VwGH abgewichen.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

## H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß