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-411597/9/Kl/PP

Datum:
Linz, 21. Februar 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Herrn H.S., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P.R., X, I., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 28.07.2016, VStV/914300851772/2014, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 02.02.2017

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren.

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

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 28.07.2016, VStV/914300851772/2014, wurde über den Beschwerdeführer (kurz: Bf) eine Geldstrafe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 50 Abs. 4 iVm § 52 Abs. 1 Z 5 Glücksspielgesetz (GSpG) verhängt, weil er wie am 16.07.2014, um 08:30 Uhr, in L., X im Lokal der X-T von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen hat, indem er während der Kontrolle den Organen des Finanzamtes nicht umfassend Auskunft erteilt hat, da er die Auskunft verweigert hat.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass für den Bf eine Verpflichtung der Mitwirkung nicht bestanden habe, weil sich bereits aus dem Wortlaut ableiten ließe, dass die Duldungs- und Mitwirkungspflicht nicht nur ad personam durch die Anwendbarkeit des Selbstbezichtigungsverbotes begrenzt sei, sondern dass das Entstehen der Verdachtslage auch generell die Zäsur darstelle. Sei somit aus der objektiven Sichtweise ex ante eine Verdachtslage auf einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz gegeben, so endet zumindest die Mitwirkungspflicht, denn es gehe dann nicht mehr nur um die Wahrnehmung von Überwachungsaufgaben zur Kontrolle der Einhaltung des Glücksspielgesetzes, sondern um strafrechtliche Verfolgungsmaßnahmen im Hinblick auf einen Verstoß. Vor diesem Hintergrund sei aus der Zusammenschau des Verwaltungsaktes, insbesondere der Anzeige der Finanzpolizei und der Fotodokumentation im bezughabenden Beschlagnahmeverfahren zu erkennen, dass für das Einschreiten der Finanzpolizei im gegenständlichen Fall der Verdacht von Eingriffen in das Glücksspielmonopol des Bundes und damit von Übertretungen der Strafbestimmung des § 52 GSpG im Vordergrund gestanden sei. Das Argument, dass durch das bloße Einschreiten von Hilfsorganen der öffentlichen Aufsicht (Finanzpolizei) noch kein formaler Beginn eines Strafverfahrens iSd § 32 VStG erfolgt sei, vermag am oben dargelegten, verfassungsrechtlich gebotenen Interpretationsergebnis, das nach der Judikatur des VfGH aus der materiellen Bedeutung des Anklageprinzips nach Art. 90 Abs. 2 B-VG folgt und daher auch im Verwaltungsstrafverfahren gilt, sachlich nichts zu ändern. Es liege auf der Hand, dass das bloße Abstellen auf behördliche Verfolgungshandlungen und ein Ausblenden des Verfolgungsverhaltens von Hilfsorganen nur ein der Aushöhlung und Umgehung dienender Formalismus wäre, der dem Wesensgehalt des verfassungsrechtlichen Selbstbezichtigungsverbotes und der Unschuldsvermuten des Art. 6 Abs. 2 EMRK diametral zuwiderliefe. Aus der im Verwaltungsstrafverfahren geltenden Offizialmaxime folge insbesondere, dass die Behörde dem Beschuldigten die Tat

nachzuweisen habe. Zwar treffen den Beschuldigten auch gewisse Mitwirkungspflichten, diesen seien allerdings enge Grenzen gesetzt und ist das verfassungsrechtlich vorgegebene und einfach gesetzlich positivierte Verbot der Selbstbezichtigung zu berücksichtigen. Auch nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EGMR könne der Beschuldigte etwa zur Vorlage von ihn belastenden Unterlagen nicht gezwungen werden. Zu den Rechten des Beschuldigten gehöre etwa auch das Recht zu schweigen um sich nicht selbst beschuldigen zu müssen. Im Urteil M. gegen Vereinigtes Königreich vom 08.02.1996 habe der EGMR betont, dass es die Aufgabe der Strafverfolgungsbehörde sei, den Beschuldigten zu überführen ohne hiefür auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwangs- oder Druckmittel unter Missachtung des Beschuldigten erlangt werden. Der Beschuldigte könne daher nicht gezwungen werden, aktiv an der Herstellung von Beweismitteln zu seiner bzw. eines nahen Angehörigen Überführung beizutragen. Unzweifelhaft habe auch gegen den Beschuldigten bereits bei seiner Einvernahme der Verdacht der Begehung einer Straftat (der Übertretung des § 168 StGB und/oder § 52 Abs. 1 GSpG) bestanden und habe ein Beschuldigter in dem zivilisierten Land das Recht die Aussage zu verweigern. Offenkundig sei er gezwungen worden, gegen sich selbst Beweis zu führen: Der Bf sei schließlich mit Straferkenntnis der LPD OÖ vom 24.09.2015, VStV/914300851883/2014, wegen der Zugänglichmachung verbotener Ausspielungen bestraft worden. Auch sei im Falle des Bf vom LVwG OÖ mit Erkenntnis vom 03.06.2015, LVwG-410577/3/HW/MD, bestätigt worden, dass dem Beschuldigten bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen das Recht zukomme, die Aussage verweigern zu dürfen. Dies ergebe sich aus der Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG in verfassungskonformer Auslegung.
Schließlich wurde vorgebracht, dass die Tatanlastung unschlüssig und unklar sei, welche Auskünfte der Bf verweigert haben soll, sodass nicht beurteilt werden könne, ob tatsächlich für das konkrete Auskunftsbegehren eine Mitwirkungsverpflichtung grundsätzlich gemäß § 50 Abs. 4 GSpG bestanden hätte. Auch sei die verhängte Strafe überhöht. Schließlich wurde mit einem unionsrechtlich gegründetem Anwendungsverbot der §§ 52 – 54 GSpG argumentiert.

3. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 02.02.2017, zu welcher die Parteien geladen wurden und mit Ausnahme des Bf erschienen sind. Weiters wurde der Zeuge C.L. geladen und einvernommen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus:

Am 16.07.2015 um 08:30 Uhr fand im Lokal der X-T in L., X, eine Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Linz statt, wobei in diesem Lokal das betriebsbereite und eingeschaltete Glücksspielgerät mit der FA-Nr. 2 „Royal Win“ vorgefunden wurde. Der Beschuldigte als Betreiber des Lokals hat dieses Gerät gegen Entgelt geduldet. Er hat für das Gerät eine Standplatzmiete von der B. s.r.o. erhalten. Der Beschuldigte ist Pächter des Lokals. Er ist Einzelunternehmer und lautet der Name H.S. e.o. Hinsichtlich aller weiteren Fragen, insbesondere hinsichtlich Veranstalter und Gerät wurde die Aussage verweigert.
Mit Straferkenntnis der LPD OÖ vom 24.09.2015, VStV/914300851883/2014, wurde über den Beschuldigten eine Geldstrafe wegen Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG ausgesprochen und wurde dieses Straferkenntnis mit Kenntnis des LVwG OÖ vom 01.04.2016, LVwG-411077/11/Wg, bestätigt. Eine Beschwerde dagegen an den VfGH wurde abgelehnt und an den VwGH abgetreten. Weiters wurde mit Bescheid der LPD OÖ vom 06.10.2014, VStV/852700/2014, die Beschlagnahme des Gerätes „Royal Win“ ausgesprochen und dieser Beschlagnahmebescheid mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 05.06.2015, LVwG-410461/13/FP/Hue – 410462/12, bestätigt.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz – GSpG, haben Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, 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.
Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, § 12a Abs. 4 und § 21 Abs. 10 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

5.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Erkenntnis vom 03.06.2015, LVwG-410577/3/HW/MD, die Beschwerde gegen die Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG wegen des Verdachts der Verletzung von Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach § 50 Abs. 4 GSpG als unbegründet abgewiesen. Diese Entscheidung betraf den selben Beschuldigten wie im nunmehrigen Verwaltungsstrafverfahren, aber hinsichtlich

einer Kontrolle des Finanzamtes Linz vom 05.08.2014 um 09:50 Uhr, ebenfalls im gleichen Lokal. Das LVwG OÖ führt in der Begründung aus, dass „die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG jedoch durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs (vgl. dazu allgemein etwa VfGH VfSlg 15600) eingeschränkt wird, wenn bereits vor der Durchführung der Befragung ein konkreter Verdacht einer dem Befragten zuzurechnenden Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG oder einer Straftat nach § 168 StGB besteht (vgl. VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834). Im Verdacht einer Verwaltungsübertretung steht eine Person, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, die die Annahme wahrscheinlich erscheinen lassen, dass diese Person eine Verwaltungsübertretung begangen habe (vgl. dazu Pürgy in N. Raschauer/Wessely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz, § 32 Rz 2). Derartige Anhaltspunkte lagen im gegenständlichen Fall aber bereits zu Beginn der Einvernahme des Mitbeteiligten vor: Die zuvor durchgeführten Testspiele ergaben, dass bei den gegenständlichen Geräten Ausspielungen im Sinne des GSpG erfolgten und der Mitbeteiligte beantwortete die ersten an ihn gestellten Fragen dahingehend, dass er der Pächter der gegenständlichen Tankstelle sei und für die Aufstellung der Geräte eine Standplatzmiete bekomme. Spätestens ab diesem Zeitpunkt lag ein (sehr) konkreter Verdacht gegen den Mitbeteiligten im Hinblick auf eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vor. Von einer solchen Verdachtslage gingen augenscheinlich auch die einschreitenden Beamten aus, die trotz der Aussageverweigerung ausreichend Informationen gesammelt hatten, um eine Anzeige an die belangte Behörde zu erstatten, auf deren Grundlage schließlich zwei Geldstrafen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verhängt wurden. ...
Der Mitbeteiligte war daher spätestens nach seiner Antwort auf die erste an ihn gestellte Frage aufgrund der (jedenfalls) ab diesem Zeitpunkt gegen ihn bestehenden Verdachtslage nicht verpflichtet, sich durch „umfassende Auskünfte“ iSd § 50 Abs. 4 GSpG selbst zu belasten.“

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 24.11.2016, E955/2016-10, zu einer Frage der Verletzung in dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht gemäß Art. 90 Abs. 2 B-VG und Art. 6 EMRK, keinen Zwang zur Selbstbezichtigung ausgesetzt zu werden, ausgeführt, dass die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes gemäß § 50 Abs. 4 GSpG „verfassungsrechtlich unbedenklich [ist], zumal sich aus den typischen oder beabsichtigten Auswirkungen der darin angeordneten Auskunftspflicht kein Zwang zum Geständnis seiner Straftat ergibt (vgl. VfSlg. 9950/2940, 18164/2007, 18550/2008). Eine nach § 50 Abs. 4 GSpG erteilte Auskunft zielt nicht geradezu intentional auf eine Selbstbelastung des jeweiligen Auskunftsgebenden ab. Diese Bestimmung ist einer verfassungskonformen Interpretation dahingehend zugänglich, dass Auskünfte nicht verlangt werden dürfen, wenn sie im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens begehrt werden (vgl. VfSlg. 18550/2008).“

Auch das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren hat die gleiche Ausgangslage wie jene im zitierten Erkenntnis des LVwG OÖ vom 03.06.2015 betreffend einer Kontrolle des Bf am 05.08.2014. Auch im gegenständlichen Fall war die Durchführung eines Testspieles möglich. Bei der Kontrolle ergab sich, dass bei dem eingeschalteten Gerät Ausspielungen iSd GSpG erfolgten und der Beschuldigte beantwortete die ersten an ihn gestellten Fragen dahingehend, dass er der Pächter der gegenständlichen Tankstelle sei und für die Aufstellung der Geräte eine Standplatzmiete bekomme. Spätestens ab diesem Zeitpunkt lag ein (sehr) konkreter Verdacht gegen den Beschuldigten im Hinblick auf eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vor. Von einer solchen Verdachtslage gingen augenscheinlich auch die einschreitenden Beamten aus, die trotz der Aussageverweigerung ausreichend Informationen gesammelt hatten, um eine Anzeige an die belangte Behörde zu erstatten, auf deren Grundlage schließlich eine Geldstrafe nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verhängt wurde. Sowohl die Anzeigenerstattung (durch das Finanzamt) als auch die Bestrafung des Beschuldigten gründen im Wesentlichen auf Wahrnehmungen im Zuge der Kontrolle, die vor Beginn der Befragung des Beschuldigten (um 09:15 Uhr) erfolgten. Konnte aber auf Basis der vor der Niederschrift mit dem Beschuldigten erfolgten Wahrnehmungen im Zuge der Kontrolle sogar eine Verwaltungsstrafe verhängt werden, so muss jedenfalls vom Vorliegen eines Verdachts gegen den Beschuldigten im Hinblick auf eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG bei Aufnahme der Niederschrift ausgegangen werden.
Dieses Ergebnis entspricht auch der Rechtsprechung des VwGH.
Der bei Beginn der Befragung im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Beschuldigte durfte daher aus diesen Gründen die Aussage über die an ihn gestellten Fragen verweigern.

Es war daher das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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.

Die Beschwerde/Revision ist nicht mehr zulässig, wenn nach Verkündung oder Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses ausdrücklich auf die Beschwerde/Revision verzichtet wird. Der Verzicht auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof ist dem Verwaltungsgericht schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht auf die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof ist nach Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

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

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt