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-411638/7/MZ/SM

Datum:
Linz, 6. Juni 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde des B M, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr vom 08.09.2016, GZ: VStV/916300419472/2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird dem Grunde nach als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Ersatzfreiheitsstrafe auf 10 Stunden (statt 10 Tage) herabgesetzt wird.

II. Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Verfahrenskostenbeitrag zu entrichten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 08.09.2016, GZ: VStV/916300419472/2016, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 600,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG iVm § 50 Abs. 4 GSpG idgF verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 600,00 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Sie haben am 22.03.2016, von 17:10 Uhr bis 17:40 Uhr in S, F-Straße 14, Lokal K folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Sie haben gegen eine Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, da Sie in Ihrer Eigenschaft als vom Lokalverantwortlichen Beauftragter und somit als eine Person, die Glücksspieleinrichtung bereithält den Organen der öffentlichen Aufsicht den Zutritt zu der Betriebsstätte insbesondere das Eintreten zum hinteren Raum des Lokals nicht ermöglicht haben. Sie haben dadurch eine umfassende Überprüfung und Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nicht ermöglicht.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass sich der Bf den Beamten nach dem Öffnen der Eingangstüre in den Weg gestellt habe und sie durch Gegenargumentationen am Eintreten in den rückwärtigen Raum des Lokales gehindert hätte. Der Bf habe den Anordnungen der Beamten nicht Folge geleistet und es grundsätzlich abgelehnt, die Gäste aus dem Lokalbereich zu verweisen bzw. diese sogar zum Verweilen im Lokal aufgefordert. Er habe sich auch geweigert, sich als Sicherheitsbeauftragter entsprechend zu deklarieren und Fragen zu beantworten. Die Schließung des Lokals wäre ihm vom Eigentümer untersagt worden, er habe auf einen behördlichen Schließungsbescheid gepocht.

Da der Bf trotz Belehrung über die entsprechende Strafnorm nicht bereit gewesen sei, die geforderten Auskünfte zu erteilen und den Beamten Zutritt zur Betriebsstätte im hinteren Bereich des Lokals zu ermöglichen, sei er als die vom Lokalverantwortlichen beauftragte Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithalte, strafbar.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige, umfassend begründete Beschwerde vom 06.10.2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Verfahrens, jedenfalls aber die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt wurden.

Begründend führt der Bf zusammengefasst aus, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würden. Als inhaltliche Rechtswidrigkeit rügt der Beschwerdeführer das Unterlassen von Feststellungen zum technischen Ablauf der Spiele und zur Eigenschaft der bei der Kontrolle vorgefundenen Geräte als Glücksspielautomaten. Die im Spruch genannte Tat finde daher in den Feststellungen nicht ausreichend Deckung, weshalb ein Begründungsmangel vorliege. Weiters wird in der Beschwerde die Unzuständigkeit der bescheiderlassenden Behörde sowie die Verfassungswidrigkeit der Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit – insbesondere das gewählte System der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Verwaltungsbehörde und Gericht – geltend gemacht. Generell wird in der Beschwerde mit Verweis auf die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte sowie des EuGH die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt. Die unrichtige rechtliche Beurteilung erblickt der Bf darin, dass eine Verpflichtung zur Mitwirkung nach § 50 Abs. 4 GSpG bei einem angenommenen Verstoß gegen das GSpG entfalle, weshalb das vom Bf gesetzte Verhalten nicht strafbar sei.

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 07.10.2016 (eingelangt: 11.10.2016) die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit Schreiben vom 09.05.2017 legte der Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken gegen das österreichische Glückspielmonopol und den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit samt einem Konvolut an Beilagen vor.

I.5. Am selben Tag führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Darin wurde vom rechtsfreundlichen Vertreter des Bf ergänzendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass es sich beim Bf lediglich um eine Art Türsteher handle. Er sei nicht beim Lokalbetreiber beschäftigt, sondern komme im Auftrag einer Securityfirma in unregelmäßigen Abständen bei verschiedenen Lokalen vorbei und vergewissere sich dort im Wege von Stichproben, dass es im Lokal keine Probleme gebe. Zudem habe das dem Bf vorgeworfene Verhalten im konkreten Fall ohnehin nicht zum Erfolg geführt, da die Beamten letztlich das Lokal betreten hätten können und auch eine Beschlagnahme durchgeführt hätte werden können.

II.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere die im Akt einliegende Anzeige vom 26.03.2016, das ergänzende Vorbringen des Bf samt Beilagen, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachtes Informationsschreiben der Stabsstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, den Glücksspielbericht 2010-2013 sowie die Studie von Prof. K mit dem Titel „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“, das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 09.05.2017.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Am 22.03.2016 zwischen 17:10 und 17:40 führten Beamte des PK Steyr, PI E im Lokal mit der Bezeichnung „K“ in S, F-Straße 14 eine Kontrolle zur Überprüfung der Einhaltung der zuvor mit Betriebsschließungsbescheid der LPD OÖ, PK Steyr verfügten Betriebsschließung, durch.

Betreiberin des Lokals war die P GmbH mit Sitz in der S.straße 127, W. Der Bf war von deren Geschäftsführer A K als Security-Mann beauftragt und im Kontrollzeitpunkt als verantwortliche Person im Lokal anwesend. Es kann nicht festgestellt werden, ob der Bf direkt bei der lokalbetreibenden P GmbH angestellt war, oder dort im Auftrag einer Security Firma unregelmäßig tätig war.

Seine Funktion im gegenständlichen Lokal war die eines Türstehers, wobei seine Aufgabe neben der Zutrittskontrolle nicht nur darin bestand, sich im Wege von Stichproben in den Lokalen davon zu vergewissern, dass es dort keine Probleme gibt. Der Bf hatte auf Anordnung von A K insbesondere auch dafür zu sorgen, dass die im Lokal befindlichen Geräte von Gästen bespielt werden konnten und dass das Lokal geöffnet blieb.

Bei der Kontrolle am 22.03.2016 stellte sich der Bf nach dem Öffnen der Eingangstüre den Beamten in den Weg und hinderte sie durch Gegenargumentationen am Eintreten in den rückwärtigen Raum. Zudem weigerte er sich, den Anordnungen der Beamten Folge zu leisten und lehnte es grundsätzlich ab, die Gäste aus dem Lokalbereich zu verweisen. Der Bf forderte diese sogar dazu auf, im Lokal zu verweilen. Er beantwortete auch keine Fragen der Beamten unter Berufung darauf, dass ihm die Schließung des Lokals vom Eigentümer untersagt worden sei. Er bestand auf Einsichtnahme in den behördlichen Schließungsbescheid.

Der Bf gab an: *„Ich habe den Auftrag das Lokal nicht zu schließen, die Gäste bleiben hier und ich werde auch nichts befolgen, es ist meine Arbeitsstelle. Ich will einen Schließungsbescheid sehen. Durch meinen Chef A K. wird gegen das Vorgehen Beschwerde eingebracht.“*

IV. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum unkooperativen Verhalten des Bf bei der Kontrolle, insbesondere dass er den Beamten den Zutritt zum hinteren Lokalbereich (in dem sich offenbar Gäste und Glücksspielautomaten befanden) und jegliche Auskünfte verweigerte, ergeben sich aus der schlüssigen Darstellung in der Anzeige des Finanzamtes. Die Zutritts- und Auskunftsverweigerung wurde im Übrigen auch vom Bf während des gesamten Verfahrens nicht bestritten.

Die Negativfeststellung zur direkten Anstellung des Bf bei der P GmbH musste aufgrund der widersprüchlichen Aussagen des Bf selbst bei der Einvernahme durch die Beamten des PI E anlässlich der Kontrolle und jene seines Rechtsvertreters in der mündlichen Verhandlung erfolgen. Während der Bf bei der Kontrolle am 22.03.2016 von seinem „Chef A K.“ sprach – was für ein Anstellungsverhältnis spricht – gab sein Rechtsvertreter am 09.05.2017 an, sein Mandant sei nicht beim Lokalbetreiber beschäftigt, sondern komme im Auftrag einer Securityfirma in unregelmäßigen Abständen bei verschiedenen Lokalen vorbei und vergewissere sich dort im Wege von Stichproben, dass es dort keine Probleme gäbe.

Die Feststellungen zum Aufgabenbereich des Bf im gegenständlichen Lokal als „Türsteher“ ergeben sich einerseits aus dem Vorbringen seines Vertreters in der mündlichen Verhandlung, andererseits lassen sich diese zwanglos aus seinem – von den Beamten des PK Steyr bei der Kontrolle am 22.03.2016 dokumentierten – Verhalten und Aussagen ableiten:

Nach dem Berufslexikon des AMS gehören TürsteherInnen zum Wachpersonal, das nur ausgewählte Gäste in Gastronomiebetriebe oder Veranstaltungsstätten einlässt, also die Zutrittskontrolle durchführt. Zu den Aufgaben gehört auch das Abweisen von Personen, die aus der Sicht des Veranstalters nicht in die Zielgruppe der Veranstaltung passen. Außerdem sollen sie verhindern, dass unerwünschte Gegenstände mit hinein genommen werden. Hierzu zählen häufig Waffen, Drogen und selbst mitgebrachte Getränke.

Im vorliegenden Fall bestand die Aufgabe des Bf – darüber hinausgehend - offenbar auch darin, dass keine unerwünschten Personen in das Lokal hineingelassen wurden und keine Störungen des Spielbetriebes stattfanden. Während er den Beamten der PI E bei der gegenständlichen Kontrolle den Eintritt verweigerte, hatte er den zu diesem Zeitpunkt schon im Lokal befindlichen Gästen – als Zielgruppe - offenbar Zutritt gewährt. Das Vorbringen des Rechtsvertreters

des Bf, sein Mandant sei lediglich Türsteher mit Aufgabe dafür zu sorgen, „dass es im Lokal keine Probleme gäbe“ ist somit nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes dahingehend zu verstehen, dass damit nicht nur Probleme zwischen Gästen untereinander oder Gästen und Angestellten (zB Kellnerinnen) verhindert werden sollten, sondern auch Probleme anlässlich von behördlichen Kontrollen, etwa nach dem Glücksspielgesetz.

Aus der eigenen Aussage des Bf, er habe den Auftrag, das Lokal nicht zu schließen und die Gäste müssten hierbleiben, lässt sich ableiten, dass er offenbar von A K instruiert wurde, den Spielbetrieb unter allen Umständen aufrechtzuerhalten und keine Auskünfte zu erteilen.

V. Rechtliche Beurteilung

V.1. Gemäß § 50 Abs 4 GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr 118/2015 sind die Behörde nach § 50 Abs 1 GSpG und die im § 50 Abs 2 und 3 leg.cit. 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.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr 105/2014 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs 3 GSpG vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs 6 GSpG oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG verstößt.

V.2. Mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten wollte der Gesetzgeber dem Versuch der Glücksspielanbieter begegnen, durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Nicht nur, dass den Kontrollorganen Testspiele unentgeltlich ermöglicht werden sollten, es sollten sich die Verpflichteten auch

nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflicht entziehen können (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1960 BlgNR 24. GP 51 zu § 50 Abs. 4 zweiter Satz GSpG). Ohne diese Pflichten wäre es den Behörde nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das Glücksspielgesetz festzustellen und entsprechend zu ahnden (vgl. dazu auch VwGH, 24.02.2014, 2013/17/0834).

V.2.1. Der Bf verantwortete sich zunächst damit, dass die Mitwirkungspflicht bei einem angenommenen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz aufgrund des Selbstbezichtigungsverbotes entfalle und ihm daher keine Übertretung des § 50 Abs. 4 GSpG angelastet werden könne.

Richtig ist, dass die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG im Spannungsverhältnis zum Verbot des Zwanges zur Selbstbezichtigung (Art. 90 Abs. 2 B-VG; Art. 6 EMRK), wonach dem Beschuldigten in einem (Verwaltungs-)Strafverfahren das Recht zukommt, sich selbst nicht durch Aussagen oder auch Herausgabe von Beweismitteln belasten zu müssen, steht. Laut VwGH wird dieses schlagend und entfällt daher die Auskunfts- bzw. Mitwirkungspflicht, 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).

Beschuldigter ist nach § 32 Abs 1 VStG die im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Person, und zwar ab dem Zeitpunkt der ersten von der Behörde gegen sie gerichteten Verfolgungshandlung bis zum Abschluss der Strafsache. Eine Person steht im Verdacht einer Verwaltungsübertretung, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Person eine Verwaltungsübertretung begangen habe (vgl. *Weilguni* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 32 VStG Rz 2).

Im vorliegenden Fall war eine Bestrafung des Bf im verwaltungsbehördlichen Strafverfahren nach dem GSpG (abgesehen von der Verletzung der Auskunftspflicht) aber gar nicht möglich, zumal dieses – unter anderem - nur das Veranstalten, Organisieren, unternehmerisch Zugänglichmachen von oder die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen unter Strafe stellt (§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG). Auch für eine gerichtliche Strafbarkeit lagen keine Hinweise im Akt vor. Der Bf konnte sich somit nicht mit Erfolg auf das Selbstbezichtigungsverbot berufen (vgl. dazu etwa VwGH, 29.07.2015, Ra 2014/17/0031).

V.2.2. Der Bf verantwortete sich weiters damit, dass er weder Angestellter des Lokalbetreibers sei, noch nach seinem Aufgabenbereich für Auskunftserteilungen im Rahmen der Mitwirkungspflicht in Frage komme. Dieses Vorbringen zielt

darauf ab die Strafbarkeit als Person, die Glücksspieleinrichtungen „bereithält“, zu beseitigen.

Unter einer „*Person, die Glücksspieleinrichtungen bereit hält*“, kann laut VwGH (vgl. 20.6.2012, 2012/17/0114; 29.07.2015, Ra 2014/17/0031) nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand verstanden werden, der de facto für die Bereithaltung einer „Einrichtung“, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorgt. Das „Bereithalten“ setzt somit keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinne 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 offensichtlich auch eine Auskunftsverpflichtung 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, der in einer großen Zahl der Fälle nicht im Lokal anwesend sein wird, sondern den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgen. Die Abgrenzung, welche Angestellte des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, hat sich nach dem Aufgabenbereich des Angestellten zu richten.

Maßgeblich für die Auslegung des Terminus des „Bereithaltens“ ist nach der Judikatur des VwGH, ob der in Frage kommenden Person die faktische Macht zukommt, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit eines Glücksspielapparates zu sorgen (VwGH, 21.08.2014, Ra 2012/17/0004).

Beispielsweise hat der VwGH einen Mitarbeiter, der sich als für das Lokal verantwortlich bezeichnete, als jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen eingestuft, 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. Dabei spielt keine Rolle, ob der Angestellte Einfluss auf die Entscheidung betreffend das Aufstellen der Apparate zukommt (vgl. VwGH 20.06.2012, 212/17/0114).

Auch im vorliegenden Fall hatte der Bf den klaren Auftrag von A K und somit dem Lokalbetreiber, dafür zu sorgen, dass im Lokal die Apparate für die Bespielung durch Gäste bereitgehalten werden. Eine Schließung des Lokals war ihm ausdrücklich untersagt. In Befolgung dieser Anweisungen lehnte er es sogar während der Kontrolle ab, die anwesenden Gäste des Lokals zu verweisen und forderte diese auf, zu bleiben. Fest steht daher, dass der Bf die Anweisungen von

A K als Geschäftsführer der lokalbetreibenden GmbH befolgen hatte und somit zuständig war für die Umsetzung betriebsinterner Anordnungen.

Wenn der Bf daher schon nicht Angestellter der P GmbH war, ist zumindest von einer Weisungsgebundenheit auszugehen, die für den vorliegenden Fall als rechtlich gleichwertig zu beurteilen ist. Dass auch der VwGH die Angestellteneigenschaft nicht sehr streng prüft, zeigt etwa auch eine weitere Entscheidung des VwGH (vom 15.03.2013, 2012/17/0590), in der der am Tag der Kontrolle lediglich als „Vertretung“ an der Bar anwesende Beschuldigte ebenfalls als iSd § 50 Abs. 4 GSpG mitwirkungspflichtige Person qualifiziert wurde. Die Vertretungstätigkeit in einer Bar ist in der Regel eine Aushilfstätigkeit und spricht nicht für ein dauerndes Dienstverhältnis, was aber vom VwGH nicht thematisiert wird. Auch die nicht ausschließliche Zuständigkeit des Bf als Türsteher für das gegenständliche Lokal ändert nichts an der rechtlichen Beurteilung seines Aufgabenbereiches dort (vgl. dazu VwGH 29.07.2015 zu Ra 2014/17/0031).

Indem der Bf den Eingang des Lokals bewachte und somit die Entscheidungsbefugnis hatte, wer Zutritt bekam und wer nicht, hatte der Bf eine Funktion als „menschliches Schloss“. Nur durch Passieren seiner Person bzw. Überwinden der Zutrittskontrolle konnte man in das Innere des Lokals zu den Automaten gelangen. So sorgte er beispielsweise am Kontrolltag dafür, dass die Automaten zwar von den Gästen bespielt werden konnten, die Geräte aber gerade durch die Verweigerung des Zutrittes für die Beamten deren Verfügbarkeit entzogen wurden.

Zusammengefasst war es die Aufgabe des Bf in dem gegenständlichen Lokal, in dem er unter anderem eingesetzt war, für den ordnungsgemäßen Betrieb zu sorgen, sowie insbesondere dafür, dass die Apparate eingeschaltet waren und dass die Kunden spielen konnten. Damit sorgte er faktisch für die Verfügbarkeit der Glücksspielautomaten.

V.2.3. Der Einwand des Bf, das ihm vorgeworfene Verhalten habe ohnehin nicht zum Erfolg geführt, da – wie der Anzeige zu entnehmen sei – die Beamten letztlich das Lokal betreten hätten und auch eine Beschlagnahme durchgeführt werden hätte können, ist irrelevant was die Strafbarkeit des Verhaltens anbelangt. Einerseits stellt es kein Tatbestandsmerkmal des § 50 Abs. 4 GSpG dar, dass durch die Nichterfüllung der Mitwirkungspflicht das Durchführen von Überwachungsaufgaben tatsächlich vereitelt wird. Andererseits vermag auch die trotz Verweigerung der Mitwirkung letztlich durchgeführte Kontrolle keinen Milderungs- oder gar Strafaufhebungsgrund darzustellen, zumal diese auch außerhalb des Einflussbereiches des Beschuldigten steht.

V.2.4. Die vom Rechtsvertreter des Bf in der Beschwerde und mit Eingabe vom 09.05.2017 vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken gegen das österreichische

Glücksspielmonopol sind im Hinblick auf die ihm im gegenständlichen Verfahren angelastete Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 i.V.m. § 50 Abs. 4 GSpG nicht von rechtlicher Relevanz (vgl. VwGH 15.3.2013, 2012/17/0590; 19.12.2016, 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 den Bf 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.

Ohnehin haben sich mittlerweile sämtliche österreichischen Höchstgerichte ausführlich mit der Unionsrechtskonformität auseinandergesetzt und diese in entsprechenden Entscheidungen bejaht. Beim Verwaltungsgerichtshof war dies insbesondere im Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, der Fall, auf welches hier verwiesen wird. Auch der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23 und E 1054/2015-19, die Rechtsgrundlagen im Glücksspielgesetz für die Bestrafung, die Beschlagnahme und die Einziehung für unionsrechtskonform befunden. Schließlich liegen in der Zwischenzeit auch zahlreiche Beschlüsse des Obersten Gerichtshofes über die Zurückweisung von Revisionen vor, die aus dem erwähnten Grund ergangen sind (vgl. etwa den Beschluss vom 22.11.2016, 4 Ob 31/16m).

Ebenso ist das Vorbringen des Bf zur Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB schon deshalb nicht relevant, weil es sich bei dem gegenständlichen Fall der Verletzung von Duldungs- und Mitwirkungspflichten ohnehin um keinen strafgerichtlichen Tatbestand handelt.
Zudem liegen auch hierzu bereits höchstgerichtliche Entscheidungen vor (VfGH, 10. März 2015, G 203/2014-16 ua).

V.3. 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.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen,

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, 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 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf zu seinen Einkommens- und Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.000,00 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Da auch im Beschwerdeverfahren vor dem LVwG Oberösterreich keine diesbezüglichen Angaben gemacht wurden, geht auch das Gericht von diesen Verhältnissen aus.

Als mildernd wurde die – einschlägig - verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf gewertet. Erschwerungsgründe lagen keine vor.

Die belangte Behörde hat im Zusammenhang mit der Gewichtung des Unrechtsgehaltes mit Recht die Bedeutung des Rechtsgutes zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an der 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.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse erscheint die verhängte Geldstrafe von 600,00 Euro keinesfalls überhöht, sondern vielmehr eher milde, zumal das

Verhalten des Bf gerade darauf ausgerichtet war, nicht nur die Mitwirkung an der Kontrolle zu verweigern, sondern auch die vollständige Sachverhaltsermittlung durch die Beamten zu verhindern. Ein Herabsetzen der Geldstrafe wäre daher sowohl aus general- als auch spezialpräventiven Gründen nicht vertretbar.

Jedoch wurde die mangels einer Regelung im GSpG gemäß dem § 16 Abs. 2 VStG innerhalb von 2 Wochen festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe von der belangten Behörde mit 10 Tagen bemessen und liegt damit außer Verhältnis zur Höhe der Geldstrafe in Relation zum gegebenen Strafrahmen. Die Ersatzfreiheitsstrafe war daher angemessen herabzusetzen.

Im Ergebnis war daher spruchgemäß zu entscheiden. Der Kostenausspruch gründet sich auf die im Spruch zitierten Bestimmungen.

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 des Bf 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 (laut zitierter Judikatur) und sind im Übrigen auch Beurteilungen nach den relevanten Umständen Einzelfalles, sodass keine darüber hinausgehende, allgemeingültige Bedeutung vorliegt. Auch in der Straffrage wurde nicht von den 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. Zeinhofer