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-411968/9/HW

Datum:
Linz, 18. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Wiesinger über die Beschwerde von E H, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 21.3.2017, GZ: BHBRSich-2016-436139/100-Sch, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und es wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren wegen § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision 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 wurde über den Beschwerdeführer (kurz „Bf“) eine Strafe gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG mit der Begründung verhängt, dass er die Duldungs- und Mitwirkungspflicht des § 50 Abs. 4 GSpG verletzt habe, da er die geforderten Auskünfte nicht erteilt und kein Spielgeld zur Verfügung gestellt habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde des Bf, in welcher unter anderem die Aufhebung des Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht geht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 12.12.2016 erfolgte im vom Bf betriebenen Cafe „H“, eine finanzpolizeiliche Kontrolle. Diese Kontrolle begann um ca. 09:56 Uhr, wobei dabei die Walzenspielgeräte mit den Seriennummern x (Gerät mit FA-Nr. 1) und x (Gerät mit FA-Nr. 2) sowie ein „afric2go“-Gerät ohne feststellbare Seriennummer in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt vorgefunden wurden.

Es wurden im Zuge der finanzpolizeilichen Kontrolle an allen drei im gegenständlichen Lokal vorgefundenen Geräten Testspiele durchgeführt. Nach der Durchführung von Testspielen wurde um ca. 10:17 Uhr dem Bf mitgeteilt, dass die drei vorgefundenen Geräte vorläufig beschlagnahmt werden. Um ca. 10:20 Uhr, also nach der Durchführung von Testspielen, wurde der Bf gefragt, ob er das Geld für die Testspiele zur Verfügung stellen werde, wobei der Bf hierauf antwortete, dass er nicht bezahlen werde.

Die Kotrollbeamten wollten mit dem Bf eine Niederschrift aufnehmen und dem Bf in diesem Zusammenhang eine Belehrung übergeben, in welcher auf die Auskunftspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG sowie auf das Recht die Aussage zu verweigern, sofern die Beantwortung von Fragen der Auskunftsperson die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung zuziehen würde, hingewiesen wird. Der Bf nahm diese Belehrung jedoch nicht an und erklärte, dass er nichts aussagen werde. Auf dem Aktenstück der Finanzpolizei, welches mit „Niederschrift“ bezeichnet wird, wird als Gegenstand der Amtshandlung der „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“ angeführt.

Bereits vor der verfahrensgegenständlichen Kontrolle lagen Anzeigen der B Rechtsanwälte GmbH betreffend das verfahrensgegenständliche Lokal vor, in denen der Verdacht geäußert wird, dass in diesem Lokal verbotene Ausspielungen erfolgen. In einer dieser Anzeigen, datiert mit 26.9.2016, wird unter anderem

ausgeführt, dass am 3.8.2016 im verfahrensgegenständlichen Lokal die Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen festgestellt worden sei. Dieser Anzeige vom 26.9.2016 liegt auch Besuchsprotokoll bei, in dem drei Geräte angeführt sind, wobei ein Gerät als „afric2go“ Wechsler bezeichnet wird und zu zwei Geräten „virtuelles Walzenspiel“ vermerkt ist. Weiters sind dieser Anzeige auch Lichtbilder beigefügt und es enthalten die Anzeigen auch Ausführungen bezüglich der Funktionsweise der in der Anzeige erwähnten Geräte.

Es wurde gegen den Bf ein Straferkenntnis wegen des unternehmerischen Zugänglichmachens von Ausspielungen aufgrund der bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle vorgefundenen Geräte erlassen.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aufgrund folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur Kontrolle folgen widerspruchsfrei aus der finanzpolizeilichen Dokumentation über die Kontrolle, insbesondere aus den Ausführungen in der Niederschrift nach der Überschrift „Sachverhalt“. Die Feststellungen zu den Anzeigen durch die B Rechtsanwälte GmbH ergeben sich aus den diesbezüglichen Anzeigen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben gemäß § 50 Abs. 4 GSpG dem Amtssachverständigen 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 dem GSpG aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegen Kontrollorganen nachkommt (vgl. VwGH 19.12.2016, Ra 2016/17/0034).

III.2. Zum Vorbringen des Bf in der mündlichen Verhandlung, wonach es dem Bf möglich sein müsse, die Aussage zu verweigern, da er sich ansonsten eventuell einer verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt hätte, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass zwar auch die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs (vgl. dazu allgemein etwa VfGH VfSlg 12454; 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. in diesem Zusammenhang VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834), allerdings nach stRsp des VwGH (vgl. etwa VwGH 19.12.2016, Ra 2016/17/0034

mwN) bei einer Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes grundsätzlich gerade noch keine Situation vorliegt, in der ein Aussageverweigerungsrecht überhaupt zum Tragen kommt. Dies wird vom VwGH in der diesbezüglich grundlegenden Entscheidung vom 24.02.2014, 2013/17/0834, damit begründet, dass es sich um eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes handelt, wobei der VwGH in dieser Entscheidung wörtlich Folgendes ausführt: *„Auch der Hinweis auf ein (nicht näher konkretisiertes) Beschlagnahmeverfahren vermag der Beschwerde nicht zu einem Erfolg zu verhelfen, zeigt der Beschwerdeführer doch damit noch nicht auf, dass bereits vor Durchführung der verfahrensgegenständlichen Kontrollen ein konkreter Verdacht einer ihm zuzurechnenden Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG oder Straftat nach § 168 StGB bestanden hätte. Auch aus den Feststellungen der belangten Behörde ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen solchen Verdacht [...]. Vielmehr wurde ausdrücklich festgehalten, dass es sich um eine ‚Kontrolle' zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes gehandelt habe. Im Sinne des oben dargestellten Verständnisses des Verbotes der Selbstbezichtigung lag daher (noch) keine Situation vor, in der das genannte Verbot überhaupt zum Tragen hätte kommen können."*

Anders als bei dem vom VwGH in der oben zitierten Entscheidung zu beurteilenden Sachverhalt bestand bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle allerdings die Besonderheit, dass im Zeitpunkt des Auskunftsverlangens gegenüber dem Bf bereits ein begründeter Verdacht einer dem Bf zuzurechnenden Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG vorlag, zumal konkrete Anhaltspunkte vorhanden waren, die die Annahme wahrscheinlich erscheinen ließen, dass der Bf eine Verwaltungsübertretung begangen hat: Erstens gab es bereits vor Durchführung der gegenständlichen Kontrolle mehrere Anzeigen betreffend das verfahrensgegenständliche Lokal, wobei etwa der Anzeige vom 26.9.2016 ein Besuchsprotokoll beilag, in dem drei Geräte angeführt sind, wobei ein Gerät als „afric2go" Wechsler bezeichnet wird und zu zwei Geräten „virtuelles Walzenspiel" vermerkt war. Diese Anzeige enthielt auch Ausführungen bezüglich der in der Anzeige erwähnten Geräte (z.B. zu den möglichen Einsätzen etc.) und es lagen Lichtbilder bei, sodass diese Anzeige durchaus substantiiert einen Sachverhalt bzw. einen Verdacht, dass verbotene Ausspielungen erfolgen, darlegt. Zweitens wurden dann bei Beginn der verfahrensgegenständlichen Kontrolle von den Kontrollbeamten auch tatsächlich zwei betriebsbereite „Walzengeräte" und ein „afric2go" Gerät, genau wie dies bereits in der Anzeige beschrieben wurde, vorgefunden, sodass dieser Umstand in Zusammenschau mit den vorangegangen Anzeigen (spätestens ab diesem Zeitpunkt) zum Vorliegen eines begründeten Verdachtes dahingehend führte, dass vom Bf als Betreiber des Lokals eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG begangen wurde. Hiervon gingen im Übrigen offensichtlich auch die Kotrollbeamten, welche die Niederschrift mit dem Bf aufnehmen wollten, selbst aus. Dies ergibt sich schon daraus, dass beim

Gegenstand der Amtshandlung „Niederschrift mit dem Bf“ nicht (mehr) von einer Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes die Rede ist, sondern es wird vielmehr bereits ausdrücklich der „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“ als Gegenstand der Amtshandlung bezeichnet. Gegenstand dieser Amtshandlung war daher nicht mehr (bloß) eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sondern bereits der Verdacht einer Übertretung nach dem GSpG. Der Bf war daher aufgrund der in diesem Zeitpunkt gegen ihn tatsächlich bestehenden Verdachtslage nicht (mehr) verpflichtet, sich durch „umfassende Auskünfte“ i.S.d. § 50 Abs. 4 GSpG selbst weiter zu belasten. Auch hiervon gingen im Übrigen offenbar auch bereits die Kontrollbeamten aus, war doch in der Belehrung, welche dem Bf nach der finanzpolizeilichen Dokumentation übergeben wurde (deren Annahme der Bf verweigerte), bereits ein Hinweis auf ein Aussageverweigerungsrecht des Bf (sofern die Beantwortung von Fragen der Auskunftsperson die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung zuziehen würde) enthalten. Es liegt daher insoweit (keine Auskünfte des Bf) kein Verstoß gegen die Verpflichtungen des § 50 Abs. 4 GSpG vor.

III.3. Zum Vorwurf, kein Geld für Testspiele zur Verfügung gestellt zu haben, ist auszuführen, dass sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, dass zunächst die Testspiele durchgeführt wurden, nach deren Durchführung die (vorläufige) Beschlagnahme erfolgte und erst danach um ca. 10:20 Uhr der Bf gefragt wurde, ob er der Finanzpolizei das Geld zur Verfügung stellt. Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG bestand die Verpflichtung des Bf aber (nur) darin, „Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen“. Die Verpflichtung, Geld bereit zu stellen, ist daher (nur) ein Teil der (umfassenden) Verpflichtung, Testspiele zu ermöglichen. Nach der Rsp des VwGH (vgl. VwGH 22.02.2017, Ra 2015/17/0059) kann von *„einer Verletzung der Mitwirkungspflicht [...] nur dann ausgegangen werden, wenn den Kontrollorganen zu keinem Zeitpunkt vor der Durchführung der Testspiele trotz Aufforderung Spielgeld angeboten wurde“*. Es ist nach dem VwGH für die Strafbarkeit daher entscheidend, dass „vor“ der Durchführung der Testspiele „trotz Aufforderung“ kein Geld zur Verfügung gestellt wurde. Nach dem auf Basis der finanzpolizeilichen Dokumentation festgestellten Sachverhalt wurde der Bf aber gerade nicht „vor“ der Durchführung der Testspiele zur Übergabe von Spielgeld aufgefordert. Vielmehr wurde der Bf erst „nach“ Beendigung der Testspiele dahingehend befragt, ob er das Geld übergibt. Es liegt daher auch insoweit kein Verstoß gegen die Verpflichtungen des § 50 Abs. 4 GSpG vor.

III.4. Es ist somit das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren wegen § 52 Abs. 1 Z 5 einzustellen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war. Die Entscheidung erfolgte anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls unter Zugrundelegung der Grundsätze der Rsp des VwGH (vgl. vor allem VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834; 22.02.2017, Ra 2015/17/0059), sodass dieser Entscheidung keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

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 Eingabengebühr 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

Mag. Dr. Wiesinger