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-412348/12/KLe

Datum:
Linz, 30. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde von I Z, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, K 8/4, I, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21.8.2017, GZ: VStV/915300092290/2015, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen. Der Spruch wird dahingehend ergänzt, dass nach der Wortfolge „unternehmerisch zugänglich gemacht hat“ die Wortfolge „und Inhaberin ist“ eingefügt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 21.8.2017, GZ: VStV/915300092290/2015 wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht nach dem Glücksspielgesetz gemäß § 50 Abs. 4 GSpG eine Geldstrafe iHv 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 31 Stunden verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
"Sie haben, wie am 05.11.2014 um 15:50 Uhr, in L, R 12, im Lokal mit der Bezeichnung „b", von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als gemäß § 9 Abs. 1 VStG Verantwortliche der Firma H R C KFT, die im oben angeführten Lokal verbotene Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 unternehmerisch zugänglich gemacht hat –gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem Sie nicht für die Anwesenheit einer Person Sorge trugen, die gegenüber den Kontrollorganen der Mitwirkungsverpflichtung gemäß § 50 Abs. 4 GSpG nachgekommen wäre.
Der bei der Kontrolle anwesende Herr K M verweigerte die Aussage gegenüber den Organen der öffentlichen Aufsicht.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5 GSpG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß §
€ 2.000,-	31 Stunden		§ 52 Abs. 1 Zi. 5 4. Tatbild GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 13/2014

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):
Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
200,- Euro als Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100 angerechnet);
- Euro als Ersatz der Barauslagen für -
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 2.200,- Euro."

Begründend führte die belangte Behörde wie folgt aus:
"Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung der Organe des Finanzamtes Linz, der vorgelegten Anzeige vom 09.12.2014 sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.
Für die Behörde steht folgender Sachverhalt fest:
Zum gegenständlichen Tatzeitpunkt wurde von den Organen des Finanzamtes Linz im Lokal mit der Bezeichnung „b", in L, R 12, eine Glücksspielkontrolle durchgeführt. Dabei stellte sich heraus, dass im Lokal 11 Walzenspiele bereitgehalten wurden. Der im Lokal anwesende Herr M K, geb. am x verweigerte jegliche Aussage gegenüber den einschreitenden Beamten der Finanzpolizei.

Das gegenständliche Lokal wurde betrieben von der Firma H R C KFT, deren handelsrechtliche Geschäftsführerin und damit das nach außen hin vertretungsbefugte Organ Sie sind.
Die Organe konnten 11 Walzenspiele betriebsbereit und eingeschaltet vorfinden, im Lokal waren 8 Gäste anwesend.
Der oben angeführte Lokalinhaber wurde nachweislich darauf hingewiesen, dass er gemäß § 50 Abs. 4 GSpG als Person, die Glückspieleinrichtungen bereithält, den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen hat.
Der angefertigten Niederschrift vom 05.11.2014 mit Herrn K M ist zu entnehmen, dass er keine Aussage machen wollte. Trotz verstandener Belehrung wollte er trotzdem wiederholt keine Fragen beantworten.
Aufgefordert zur Rechtfertigung gaben Sie mit Schriftsatz vom 25.06.2015 an, dass der anwesende Mitarbeiter der - wenn überhaupt bestehenden - Verpflichtung nach § 50 Abs. 4 GSpG nachgekommen seien, soweit es Ihnen möglich gewesen sei. Die gegenständliche Kontrolle hätte just an seinem ersten Arbeitstag stattgefunden und insofern hätte er mangels näherer Kenntnisse über die Geräte gar keine umfassenden Auskünfte erteilen können. […]

Die erkennende Behörde kommt zu folgenden Erwägungen:
Bei der am 05.11.2014 durchgeführten Kontrolle wurden von der Finanzpolizei 11 Walzenspiele betriebsbereit vorgefunden, im Lokal herrschte Spielbetrieb mit 8 Gästen.
Der anwesende Mitarbeiter wäre als anwesender Lokalbetreiber dazu verpflichtet gewesen, während der Kontrolle den Organen der Finanzpolizei umfassende Auskünfte zu erteilen, anstatt die Beantwortung der ihm gestellten Fragen kategorisch zu verweigern. Diese Verpflichtung ergibt sich insbesondere aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu VwGH 2012/17/0114 vom 20.06.2012.
Das gegen ihn verhängte Straferkenntnis wurde vom LVwG OÖ mit Erkenntnis vom 01.08.2017 (LVwG-411745/7) auch vollinhaltlich bestätigt.
Die in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltene Duldungs- und Mitwirkungspflicht bezieht sich ex lege auch auf Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten. Weiter normiert diese Bestimmung, dass dafür zu sorgen ist, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.
Daher sind Sie als Verantwortliche der Firma der F H C KFT, die im oben angeführten Lokal verbotene Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht hat, vom Adressatenkreis der für die Duldung und Mitwirkung an Glücksspielkontrollen Verpflichteten umfasst und haben daher die gegenständliche Verwaltungsübertretung zu verantworten.
In der Sache selbst bestand daher für die erkennende Behörde keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln, zumal dieser von sach- und fachkundigen Organen der Abgabenbehörde aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung einwandfrei festgestellt werden konnte. Somit war für die Behörde erwiesen, dass Sie tatsächlich gegen die angeführte Bestimmung des Glücksspielgesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.
Die verhängte Geldstrafe, die sich im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten. Bei der Strafzumessung wurden nicht einmal 10% des möglichen Strafrahmens von € 22.000,-- ausgeschöpft.
Bei der Strafbemessung lagen weder mildernde noch erschwerende Umstände vor.

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse am Schutz des staatlichen Glückspielmonopols, das öffentliche Interesse an der kontrollierten Durchführung von Glücksspielen und damit zusammenhängenden ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen im Interesse der Allgemeinheit. Deshalb war der Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht gering. Auch das Verschulden konnte nicht als geringfügig angesehen werden, weil nicht erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Tatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.
Da der Behörde Ihre Einkommens, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht bekannt waren, wurde bei der Strafbemessung davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten haben und ein Einkommen von mindestens ca. € 1,200 netto monatlich beziehen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 19.9.2017 erhob die Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde und führte darin zusammenfassend aus, dass das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei und dass der anwesende Mitarbeiter vor Ort die Aussage verweigert habe. Die bezughabende Kontrolle habe am ersten Arbeitstag des anwesenden Mitarbeiters stattgefunden. Im Übrigen ist auch unklar, welche zweckdienlichen Auskünfte der anwesende Angestellte vor Ort zu den Geräten erteilen hätte können, wäre der Spielablauf doch bereits durch die mit dem zur Verfügung gestellten Geld durchgeführten Testspiele eingehend dokumentiert gewesen. Die Bestrafung verstoße gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen.
Die H R C kft. wäre auch nicht dazu verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, dass umfassend Auskünfte erteilt werden könnten. Weiters wäre auch die H R C kft. auch nicht zur Bereitstellung von Testspielgeld verpflichtet gewesen, sie hätte es aber dennoch veranlasst.
Die Tatanlastung sei unklar und auch sei dem Spruch nicht zu entnehmen, inwieweit der genannte Dienstnehmer die Aussage berechtigterweise verweigert habe. Die verhängte Strafe sei zudem evident drastisch überhöht. In Anbetracht der oben dargestellten Umstände würden – soweit tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliegen sollte, was jedoch nicht der Fall ist, die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vorliegen.

Die Bf stellte den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 20.9.2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Niederschrift der Finanzpolizei, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte

Stellungnahme des BMF vom 26.6.2015 samt Glücksspielbericht 2010-2013, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014" und das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" sowie der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 30.10.2017.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde führte am 5.11.2014 im Lokal „b“ in L, R 12, um 15:50 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch. Dabei wurden 11 Geräte (Walzenspiele) betriebsbereit vorgefunden. Während der Kontrolle verweigerte der M K als einziger anwesender Mitarbeiter nach Vorlage der Rechtsbelehrung pauschal jegliche Aussage und anschließend auch die Unterschrift unter dem angefertigten Vernehmungsprotokoll.

Auf den vorläufig beschlagnahmten Geräten wurden Spiele angeboten, deren Ausgang ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhing und bei denen gegen Einsatz einer vermögenswerten Leistung ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde. Während der Kontrolle wurde von den kontrollierenden Organen beobachtet und dokumentiert, dass ein Spieler auf dem Gerät FA1 „K Multi Game“ einen Einsatz leistete und nach Druck der Starttaste einen Gewinn oder Verlust erzielte. Bei einem Credit von 1.130 Euro zahlte M K dem Spieler den gesamten Credit aus und setzte das Gerät FA1 „K Multi Game“ anschließend auf null. Der Spieler spielte auf diesem Gerät das (amtsbekannte) virtuelle Walzenspiel „Ring of Fire XL“.

Der Spielablauf dieses virtuellen Walzenspiels stellt sich wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes

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

Das gegenständliche Lokal wird von der Firma H R C KFT betrieben. Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma H R C KFT einer nach u Recht errichteten Gesellschaft mit Sitz in P/U und Zweigniederlassung in H/Ö.
Sie bezieht ein monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von 1.200 Euro, besitzt kein relevantes Vermögen und hat keine Sorgepflichten.

Die H R Kft betreibt das Lokal mit der Bezeichnung „b“ im Standort R 12, L, und hat am 5.11.2014 in diesem Lokal die betriebsbereiten und eingeschalteten Glücksspielgeräte mit den FA-Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 und 11 gegen Entgelt geduldet und damit ihren Kunden unternehmerisch zugänglich gemacht, um daraus selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Auf diesen Geräten wurden von der E G A Kft mittels virtueller Walzenspiele Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im Sinn des § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, durchgeführt, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war, für welche vom Veranstalter vermögenswerte Leistungen in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellt wurden und welche weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle, die vorgefundenen Geräte sowie den ausgezahlten Gewinn ergaben sich aus dem Akt (insbesondere aus der angefertigten Fotodokumentation) und den übereinstimmenden und glaubwürdigen Aussage des Zeugen der Finanzpolizei.

Die Feststellung, dass M K zum Zeitpunkt der Kontrolle als Mitarbeiter im gegenständlichen Lokal anwesend war und die Aussage gegenüber den Organen der Finanzpolizei verweigert hat, ergibt sich aus dem gegen ihn durchgeführten Verwaltungsstrafverfahren.

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6.12.2016, GZ: VStV/915300092296/2015, wurde über M K eine Geldstrafe von 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 31 Stunden sowie ein Verfahrenskostenbeitrag von 200 Euro verhängt, weil er als Mitarbeiter der Firma H R C KFT, welche Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten hat, den Mitwirkungspflichten nach § 50 Abs. 4 GSpG nicht nachgekommen ist.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Strafvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 05.11.2014 um 15:50 Uhr, in 4020 Linz, R 12, im Lokal mit der Bezeichnung ‚b ‘ von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als Person (Mitarbeiter der Firma H R C KFT), welche die Glücksspieleinrichtungen
FA1) Gehäusebezeichnung ‚K Multi Game‘ Seriennr. ubk.
FA2) Gehäusebezeichnung ‚Dollar Bill‘ Seriennr. ubk.
FA3) Gehäusebezeichnung ‚Multiplayer ACT‘ Seriennr. ubk.
FA4) Gehäusebezeichnung ‚Mulitplayer ACT‘ Seriennr. ubk.
FA5) Gehäusebezeichnung ‚Casino Multigame Mega Jack‘ Seriennr. ubk.
FA6) Gehäusebezeichnung ‚Mulitgame‘ Seriennr. ubk.
FA7) Gehäusebezeichnung ‚Multigame‘ Seriennr. ubk.
FA8) Gehäusebezeichnung ‚Multigame‘ Seriennr. ubk.
FA9) Gehäusebezeichnung ‚Multigame‘ Seriennr. ubk.
FA10) Gehäusebezeichnung ‚Multigame‘ Seriennr. ubk.
FA11) Gehäusebezeichnung ‚Multiplayer ACT‘ Seriennr. ubk.
bereitgehalten hat, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, da Sie die Aussage gegenüber Organen der öffentlichen Aufsicht verweigerten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§§ 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5 GSpG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:
Geldstrafe iHv € 2.000,--, falls uneinbringlich Ersatzfreiheitsstrafe von 31 Stunden“.

Die dagegen eingebrachte Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 1.8.2017, LVwG-411745/7/Re/SW, abgewiesen.

Die Feststellung, dass die H R C Kft Betreiberin des Lokals und mit der Bezeichnung „b“ im Standort R 12, L ist, und am 5.11.2014 in diesem Lokal die betriebsbereiten und eingeschalteten Glücksspielgeräte gegen Entgelt geduldet und damit ihren Kunden unternehmerisch zugänglich gemacht hat, um daraus selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen, ergibt sich aus dem gegen die Bf abgeführten Verwaltungsstrafverfahren der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 30.6.2015, und den dazu erlassenen Berichtigungsbescheid vom 13. August 2015, beide GZ VStV/915300092289/2015.

Der dagegen eingebrachten Beschwerde wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 1.2.2016, LVwG-410997/9/Wg, teilweise stattgegeben und die Geldstrafen herabgesetzt. Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 1.200 Euro bei keinen Sorgepflichten und keinem Vermögen blieb im Verfahren

unwidersprochen und erscheint realistisch, sodass an diesbezüglichen Annahmen der belangten Behörde keine Zweifel bestehen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in rechtlicher Hinsicht Folgendes erwogen:
Gemäß § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der Fassung BGBl. I Nr. 118/2015, 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.

Gemäß § 52 Abs. 1 5 GSpG 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 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflage-verpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

Die von der Bf vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken gegen das österreichische Glücksspielmonopol sind im Hinblick auf die der Bf 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, 2012/17/0590). 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 Mitbeteiligten daher auch dann getroffen, wenn sich im gegenständlichen Lokal legalerweise 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.

Auch hat der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach (vgl. VwGH 16.03.2015, Ro 2015/17/0022) ausgesprochen, keine Bedenken gegen die gesetzlichen Bestimmungen des § 50 Abs. 2 bis 4 und Abs. 11 GSpG zu haben, vielmehr sind diese Maßnahmen erforderlich, um das illegale Glücksspiel zum Schutze der Spieler und Hintanhaltung der damit im Zusammenhang stehenden Kriminalität zu bekämpfen. Eingriffe in die Rechte der Glücksspielbetreiber werden durch diese Bestimmungen nur bei jeweils im Einzelnen im GSpG genannten Voraussetzungen ermöglicht, wobei ein effektives Rechtsschutzsystem zur Überprüfung im Sinne eines Rechtszugs von der Entscheidung der Verwaltungsbehörde an das Landesverwaltungsgericht und weiter an die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts vorgesehen ist. Die Eingriffsbefugnisse sind daher geeignet, die verfolgten Ziele zu verwirklichen und gehen nicht über das Erforderliche hinaus; insbesondere im Hinblick auf das erwähnte Rechtsschutzsystem ist bei einer wertenden Gesamtbetrachtung auch ein Eingriff in die von der GRC geschützten Rechte nicht zu erkennen.

Zum Einwand der Bf betreffend die amtswegige Heranziehung diverser Unterlagen sei kurz ausgeführt:

Wenn aufgrund der vom Gericht beigeschafften Unterlagen zu den Auswirkungen des Glücksspiels unter Hinweis auf den Schlussantrag der Generalanwältin S zu C 685-15 vom 9. März 2017 eine Befangenheit des erkennenden Gerichts geltend gemacht wird, so geht dieses Argument ins Leere. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG in Verbindung mit § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Betreffend die Ermittlung des Sachverhalts bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können.

Zudem entfalten Schlussanträge von Generalanwälten im Verfahren vor dem EuGH keine bindende Wirkung; es kommt ihnen nur die Wirkung eines unverbindlichen Gutachtens zu (vgl. etwa VwGH 18.11.2004, 2001/07/0166).

Der Bf wird vorgeworfen, dass sie gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen habe, indem sie nicht für die Anwesenheit einer Person Sorge

getragen hat, die gegenüber den Kontrollorganen der Mitwirkungsverpflichtung gemäß § 50 Abs. 4 GSpG nachgekommen wäre.

Ob im Zuge der finanzpolizeilichen Kontrolle tatsächlich Glücksspielgeräte gefunden werden ist nicht maßgeblich. Die gesetzliche Verpflichtung nach § 50 Abs. 4 GSpG besteht im gegenständlichen Fall lediglich darin, zu sorgen, dass die anwesende Person den Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 GSpG nachkommt.

Ein Inhaber ist jene Person, die den Apparat in ihrer Gewahrsame hat und diesen den Spielern zugänglich macht, wie etwa der Wirt, der sich von der Aufstellung des Apparates durch den Betreiber lediglich eine Belebung seiner Getränkeumsätze erhofft oder vom Automatenbetreiber eine vom Ertrag des Automaten unabhängige Miete erhält (VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017; VwGH 26.1.2004, 2003/17/0268).

Die Bf war im Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle handeslrechtliche Geschäftsführerin der Lokalbetreiberin und Inhaberin „H R C KFT“ verantwortlich, dafür zu sorgen, dass der im Lokal anwesende Mitarbeiter M K, dass er die Aussage gegenüber den Organen der Finanzpolizei nicht verweigert.

Eine Kontrolle nach § 50 Abs. 4 GSpG dient grundsätzlich der Überwachung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und nicht nur ausschließlich der Überwachung der Einhaltung des in § 4 GSpG normierten Glücksspielmonopols. Sinn und Zweck einer Kontrolle gemäß § 50 Abs. 4 GSpG ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG und nicht nur jene das Glücksspielmonopol des Bundes betreffenden Bestimmungen eingehalten werden (vgl. VwGH 29.6.2016, Ra 2016/09/0007) und 10.10.2016, Fr 2016/17/0005). Das Selbstbezichtigungsverbot wird dadurch im gegenständlichen Fall nicht verletzt.

Es handelt sich um ein (echtes) Unterlassungsdelikt, bei dem sich das Tatbild in der Nichtvornahme eines gebotenen Tuns, in diesem Fall, das Sorgetragen, dass bei einer Kontrolle eine Person anwesend ist die Auskunft erteilt, erschöpft.

Die Bf hat somit dadurch, dass sie nicht für die Anwesenheit einer Person Sorge trug, die gegenüber den Kontrollorganen der Mitwirkungsverpflichtung gemäß § 50 Abs. 4 GSpG nachgekommen wäre, den objektiven Tatbestand des § 50 Abs. 4 GSpG verwirklicht.

Die Bestrafung einer Verwaltungsübertretung setzt Verschulden voraus. Für das in Rede stehende Delikt ist keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens normiert, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist 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 und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. "Ungehorsamsdelikt").

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Da die Bf keinerlei weiteren Umstände geltend gemacht hat, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen, hat sie somit ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

Auch ein taugliches entschuldigendes Vorbringen wird von der Bf nicht dargelegt.

Gemäß § 52 Abs. 1 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,
"[...]
5. 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; [...]"

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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).

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

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 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse

sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Was die Intensität der Beeinträchtigung des durch § 50 Abs. 4 GSpG geschützten Rechtsguts durch die konkrete Tat betrifft, ist zu Lasten der Bf nicht von einer Geringfügigkeit auszugehen. Zweck des § 50 Abs. 4 GSpG ist es schließlich, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG eingehalten werden (vgl. VwGH vom 18.12.2013, 2013/17/0293; sowie VwGH vom 21.08.2014, Ra 2014/17/0004).

Da die Bf des Weiteren auch strafrechtlich unbescholten war, ist von einer Strafbemessung im unteren Bereich des Strafrahmens auszugehen, wobei § 52 Abs. 1 GSpG keine Mindeststrafe vorsieht.

Eine Anwendung der Bestimmung des § 20 VStG (außerordentliche Strafmilderung) kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da die dafür erforderliche Voraussetzung (beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen) nicht gegeben ist. Ein Absehen von der Strafe scheitert allein schon am geringfügigen Verschulden der Bf.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Punkte ist aus Sicht des erkennenden Gerichts die verhängte Strafhöhe jedenfalls erforderlich, um die Bf auch in Zukunft von der Begehung gleichartiger Verwaltungsübertretungen abzuhalten. Die Höhe der Geldstrafe liegt im untersten Bereich der möglichen Höchststrafe von 22.000 Euro.

Es war daher die Beschwerde abzuweisen.

II. 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 Entscheidung weicht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Mitwirkungspflicht ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 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. Lederer