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-412355/2/FP

Datum: Linz, 16. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von Y K K, S, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 9. August 2017, GZ: Pol96-40-2015 KG, wegen Übertretung des GSpG,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird im Punkt der Strafe insofern Folge gegeben, als die verhängte Strafe auf 1.500 Euro (22 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt wird. Im Übrigen (Punkt der Schuld) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens reduziert sich auf 150 Euro. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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.1. Mit Straferkenntnis vom 9. August 2017 warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) vor, er habe am 23. April 2015 um 13:40 Uhr in der Lokalität „b“ der A GmbH in P, N, gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG verstoßen, indem er in seiner Eigenschaft als einzig vor Ort anwesender Dienstnehmer der vorher angeführten Betreiberfirma und somit als Bereithalter von Glücksspielgeräten den Organen der Abgabenbehörde als Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß § 50 Abs. 2 GSpG nicht umfassend Auskünfte erteilt. Der Bf habe trotz vorgenommener Rechtsbelehrung über die Bestimmungen zu § 50 Abs. 4 GSpG jedwede Auskünfte hinsichtlich der Fragen in Bezug auf die Glücksspielkontrolle verweigert. Des Weiteren ermöglichte der Bf den Organen keine Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen.

Die belangte Behörde verhängte eine Geldstrafe von 2.200 Euro (36 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) über den Bf und sprach aus, dass er 220 Euro an Verfahrenskostenbeitrag zu bezahlen habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit Schreiben vom 1. September 2017 rechtzeitig Beschwerde in der er auf das Wesentliche zusammengefasst vorbrachte, dass Betreiberin und Mieterin der „gegenständlichen Lokale“ eine S S.R.L., P, N, vertreten durch einen Dr. F H gewesen sei. Der Bf sei am 23. April 2015 Dienstnehmer der Firma A GmbH, diese aber nicht Betreiber und Mieter gewesen sei.

Der Bf habe kein Geld bereitstellen können, da er weder privat Geld mit sich führte, noch auf eventuell vorhandenes Geld der S S.R.L. zugreifen habe können. Es könne ihm insofern nicht vorgeworfen werden, dass er den Organen keine Möglichkeit gegeben habe, Testspiele durchzuführen. Belehrungen habe er aufgrund mangelnder Deutsch-Kenntnisse nicht verstanden, außerdem sei er angewiesen worden, die Aussage zu verweigern. Er habe ein Einkommen von 1.200 Euro gehabt.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 19. September 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsstrafakt. Zumal der Beschwerdeführer im Ergebnis lediglich eine unrichtige rechtliche Beurteilung (er könne nicht bestraft werden, weil seine Dienstgeberin nicht Betreiberin des Glücksspiels war, es bestehe ein Auskunftsverweigerungsrecht, er habe kein Geld bei sich gehabt)

geltend macht und keine öffentliche mündliche Verhandlung beantragt wurde, wird von einer solchen gemäß § 44 Abs 3 Z1 VwGVG abgesehen.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Die Abgabenbehörde führte am 23. April 2015 eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „b“ an der Adresse N, P, dem damaligen Sitz der A GmbH, durch. [Firmenbuchauszug, Anzeige; öffentliche Urkunden]
Seit 27. Jänner 2015 betrieb die genannte Gesellschaft am genannten Standort ein Gastgewerbe. [Auszug Gewerbeinformationssystem; öffentliche Urkunde]
Der Bf war seit 6. August 2012 und zum Zeitpunkt der Kontrolle Dienstnehmer der genannten Gesellschaft. [Vorbringen Bf, Auszug Hauptverband der Sozialversicherungsträger, öffentliche Urkunde]

Bei ihrer Kontrolle fand die Abgabenbehörde 9 Glücksspielgeräte vor, die allesamt beschlagnahmt wurden.
Die Geräte wiesen folgende Eigenschaften auf:

Gehäusebezeichnung	Spiel	mögliche Einsätze in €	in Aussicht gestellte Gewinne in €
Diplomat Casino Games	Hot Fruits	0,05 – 10,00	3 - 600
ACT	Magic of Nile	0,25 – 4,5	20+48SG–20+998SG
Multiplayer ACT	Magic of Nile	0,1 – 12,5	200 - 25000
ACT	Magic of Nile	0,1 - 5	1000 – 5000
Diplomat Casino Games	Hot Fruits	0,25 – 10,50	15 – 630,00
Kajot	Ring of Fire XL	0,2 - 5	360 – 9000
Multi Game	Ring of Fire XL	0,2 - 2	20+34SG–20+358SG
Multi Game	Ring of Fire XL	0,2 - 2	20+34SG–20+358SG
-	Hunderennen	0,5 - 10	Höchste Quote: 302

[Anzeige, Erkenntnis des LVwG Oö. 5. Mai 2017, LVwG 411516; öffentliche Urkunden]

Aus Anlass der gegenständlichen Kontrolle wurden mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 5. Mai 2017, LVwG-411516, über den Geschäftsführer der Eigentümerin der vorgefundenen Geräte, einer S s.r.l., wegen unternehmerischer Beteiligung am Glücksspiel, Geldstrafen im Ausmaß von insgesamt 27.000 Euro verhängt. [genanntes Erkenntnis; öffentliche Urkunde]

Der Bf war die einzige Person, die zum Zeitpunkt der Kontrolle als Mitarbeiter im Lokal anwesend war und sollte von der Finanzpolizei zum Gegenstand (Glücksspielgeräte) befragt werden. Gleich zu Beginn der Befragung gab der Bf an, keinerlei Auskünfte in Bezug auf die Glücksspielkontrolle zu geben. Nach Rücksprache mit einem A S (nach Angaben des Bf die rechte Hand des

Geschäftsführers), gab er zu dem an, die Übergabe von Spielgeld für Probespiele an die Beamten der Finanzpolizei zu verweigern. [Niederschrift vom 23. April 2015 (öffentliche Urkunde), Angaben in der Beschwerde Punkt 6.]

Der Bf bezog im Jahr 2015 ein monatliches Nettoeinkommen von 1.200 Euro. Der Bf war zum Zeitpunkt der Tat verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.
Das Verfahren gegen den Bf wurde mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 1. Juni 2015 eingeleitet. [genanntes Schriftstück]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen zur Dienstgeberin des Bf ergeben sich aus den oben genannten, im Akt erliegenden öffentlichen Urkunden. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich in weiten Teilen auch aus dem Vorbringen des Bf selbst, der sein unkooperatives Verhalten und die Verweigerung der Mitwirkung durch das Machen von Angaben und die Herausgabe von Spielgeld nicht bestreitet, sondern dadurch zu rechtfertigen versucht, dass seine Dienstgeberin, die A GmbH nicht „Betreiberin“ oder „Mieterin“ „der Zimmer mit den Automaten des kontrollierten Lokals“ gewesen sein soll und ihm das Machen von Angaben zudem von einem leitenden Angestellten der Fa. A GmbH untersagt worden sei.
Wie in der rechtlichen Beurteilung darzustellen sein wird, kommt es weder auf die Frage einer Betreibereigenschaft (in Bezug auf die Glücksspiele), noch auf ein (Unter-)Mietverhältnis und auch nicht auf die arbeitsrechtliche Zuordnung des Bf zu einem bestimmten Unternehmen an, sondern nur darauf, ob der Bf im Sinne der Judikatur des VwGH Glücksspielgeräte bereit gehalten hat, also ihm die faktische Macht zukam, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der Geräte zu sorgen (VwGH 21. August 2014, Ra 2014/17/004). Näheres dazu in der rechtlichen Beurteilung.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs 3 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 verstößt.
Gemäß § 50 Abs 4 leg cit sind die Behörde nach Abs 1 und die in Abs 2 und 3 genannten Organe zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der

Einhaltung der Bestimmungen des GSpG erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.
Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs 1 GSpG).

III.2. Dem Bf wird vorgeworfen, dass er Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten und seine Duldungs- und Mitwirkungspflichten gemäß § 50 Abs 4 GSpG verletzt habe, weil er Organen der öffentlichen Aufsicht jegliche Auskünfte verweigert und kein Spielgeld ausgefolgt habe und insofern nicht umfassende Überprüfungen und Testspiele ermöglicht habe.

Unter einer *„Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“*, ist nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand zu verstehen, der de facto für die Bereithaltung einer „Einrichtung“, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorgt. Das Bereithalten setzt keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinn voraus, dass jemand das Spiel organisierte, dass die Verträge mit ihm abgeschlossen würden oder die Spiele auf seine Rechnung erfolgten. Der Gesetzgeber wollte mit der Bestimmung des § 50 Abs 4 GSpG offensichtlich auch eine Auskunftspflicht jener Personen schaffen, die zwar mit der Veranstaltung des Spiels nicht im eben genannten Sinne zu tun haben, die aber durch ihr Verhalten die Durchführung des Spiels erst ermöglichen und in vielen Fällen bei Kontrollen die einzigen Personen sind, die den Kontrollorganen Auskünfte erteilen können.
Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal trifft somit die Auskunftspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats, sondern auch diejenigen, die für die Verfügbarkeit des Apparats faktisch sorgen.
Ein Mitarbeiter, der sich als für das Lokal verantwortlich bezeichnet, gehört jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen, weil er damit auch im Rahmen seiner Befugnisse für die Umsetzung der betriebsintern bestehenden Anordnungen zuständig ist, ob und welche Apparate für Dritte im Lokal verfügbar sind. Dass einem Angestellten kein Einfluss auf die Entscheidung, welche Apparate bereitgehalten werden, zukommt, ist nicht maßgeblich. Die gesetzliche Verpflichtung nach § 50 Abs 4 GSpG besteht lediglich darin, Kontrollen zu dulden bzw im gesetzlichen Rahmen mitzuwirken. Es bestehen insoweit keine Bedenken, auch Personen, die keinen Einfluss auf die Entscheidung betreffend das Aufstellen des Apparats haben, in die Auskunftspflicht und damit in den Straftatbestand nach

§ 52 Abs 1 Z 5 GSpG einzubeziehen (vgl VwGH 21.8.2014, Zl. Ra 2014/17/0004; VwGH 29.7.2015, Zl. Ra 2014/17/0031).
Die gesetzliche Aufzählung der zur Mitwirkung Verpflichteten im Satz 2 des § 50 Abs 4 leg cit, die neben dem Veranstalter und Inhaber auch *„Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten“* nennt, darf nach dem Normzweck nicht so verstanden werden, dass von vorneherein feststehen müsse, dass tatsächlich Glücksspieleinrichtungen vorliegen und bereitgehalten werden. Denn die näheren Umstände sollen doch erst durch die Kontrolle der Finanzpolizei zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes geklärt werden. Entsprechend dem Regelungsziel des § 50 Abs 4 GSpG muss begrifflich für das *„Bereithalten von Glücksspieleinrichtungen“* eine von der Finanzpolizei vorgefundene Situation genügen, in der potentiellen Spielern Glücksspieleinrichtungen zugänglich gemacht werden, die dem äußeren Anschein nach entgeltlich gegen Einsatzleistung und mit zufallsabhängigen Gewinnaussichten zur Verfügung stehen.
Die nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG schon im Zeitpunkt der Kontrolle einsetzenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten stellen eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar. Dieser tragende Regelungsgrund für die Neufassung des 2. Satzes im § 50 Abs 4 mit der GSpG-Novelle im Art 10 des BGBl I Nr. 112/2012 wird in der Regierungsvorlage ausdrücklich angeführt und zudem betont, dass *„eine anwesende Person diesen Verpflichtungen stets in geeigneter Art und Weise im Zeitpunkt der Kontrolle nachkommen müsse“* [vgl Erl der RV,1960 BlgNR, 24. GP, Seite 51: Zu Z 8 lit.a (§ 50 Abs 4 zweiter Satz GSpG)].

Der Bf war im Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle für das gegenständliche Lokal allein verantwortlich. Darauf, ob seine Dienstgeberin auch Veranstalterin der Glücksspiele war, kommt es dabei nicht an. Es reicht allein zu wissen, dass der Bf als einziger Angestellter jener juristischen Person, die über das Lokal (in welcher Wiese auch immer) verfügte anwesend war und es in der Hand hatte, Spielern die Geräte, etwa durch Öffnen oder Schließen der Haupteingangstüre, zugänglich zu machen, oder sie vom Spiel auszuschließen. Dass dem so war, liegt schon deshalb auf der Hand, als der Bf als einziger Dienstnehmer jener Gesellschaft, die Vorort einen Gewerbebetrieb hatte, vor Ort war. Dem Bf kam insofern die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der von den Kontrollorganen vorgefundenen Geräte zu sorgen, bei denen es sich nach den äußeren Umständen anscheinend um Glücksspieleinrichtungen handelte.
Bei sämtlichen Geräten konnte durch Probespiele der Finanzpolizei nachgewiesen werden, dass Spiele angeboten wurden, deren Ausgang vom Zufall abhing und bei denen für die Einsatzleistung eine vermögenswerte Leistung (Gewinn) in Aussicht gestellt wurde. Die gegenständlichen Geräte boten daher Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG an und sind als Glücksspieleinrichtungen zu qualifizieren.

Der Bf war im Kontrollzeitpunkt als einziger anwesender Mitarbeiter eine Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält. Dieser Umstand ergibt sich schon aus der

Tatsache, dass es ihm möglich gewesen wäre, Spielgeld zur Verfügung zu stellen und ihm von einer ihm gegenüber offenbar weisungsbefugten Person (Ahmet Sharef) die Herausgabe von Geld ausdrücklich verboten werden musste und auch eine Dienstanweisung erforderlich war, um ihn an der Mitwirkung zu hindern.
Er war nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG verpflichtet, den Organen der öffentlichen Aufsicht, zu denen gemäß § 50 Abs 2 Satz 2 GSpG auch die Organe der Abgabenbehörden zählen umfassend Auskünfte zu erteilen und in der Folge das Durchführen von Testspielen durch Bereitstellen von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen.
Der Bf hat unter Hinweis auf die Dienstanweisung jegliche Auskunft und die Herausgabe von Geld zur Ermöglichung von Probespielen verweigert.
Er hat demnach gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach dem § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG verstoßen und das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

III.3. Gemäß § 5 Abs 1 Satz 1 VStG genügt zur Strafbarkeit grundsätzlich fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Das gilt auch für die Strafnorm des § 52 Abs 1 GSpG, die über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Nach dem 2. Satz des § 5 Abs 1 VStG ist Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sog „Ungehorsamsdelikt“) und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Beim gegenständlichen Typ einer Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein solches Ungehorsamsdelikt, bei dem Fahrlässigkeit ohne weiteres anzunehmen ist, wenn der Täter mangelndes Verschulden nicht glaubhaft macht. Dies ist der Beschuldigten mit ihrer Einlassung nicht gelungen.

Der Bf hat sich im Ergebnis nur darauf berufen, dass seine Dienstgeberin nicht „Betreiberin der Zimmer mit den Automaten“ gewesen sei und er aufgrund einer Dienstanweisung nicht kooperieren durfte.

Die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG wird durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs eingeschränkt, 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 24.2.2014, 2013/17/0834). Der Bf des gegenständlichen Verfahrens ist jedoch als Angestellter der Lokalinhaberin (dies umso mehr, wenn die Glücksspiele von einer anderen Person veranstaltet wurden) gerade nicht vom Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst und war daher hinsichtlich dieses Delikts auch nicht als Beschuldigter anzusehen (vgl. VwGH 22.10.2013, 2013/17/0168). Der Bf war insofern auch nicht als Verdächtiger im Sinne des § 52

Abs. 1 Z 1 GSpG zu betrachten. Der Bf war insofern nicht aufgrund des Verbots eines Selbstbezichtigungszwangs an der Kooperation gehindert.

Auch die Bestimmung des § 49 Abs. 1 Z 2 AVG, nach der von einem Zeugen die Aussage unter anderem über Fragen, die er nicht beantworten könnte, ohne ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren, verweigert werden darf, vermag die Weigerung des Mitbeteiligten, jedwede an ihn in er Niederschrift gerichteten Fragen zu beantworten, nicht zu rechtfertigen. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung darf die Aussage selbst bei Vorliegen eines anerkannten Entschlagungsgrundes nicht vollständig, sondern nur „über Fragen“ verweigert werden, deren Beantwortung die durch § 49 Abs. 1 Z 1 bis 3 AVG geschützten Interessen verletzen würde (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 49 Rz. 2). Der Mitbeteiligte verweigerte pauschal die Aussage, also auch über Fragen, bei deren Beantwortung die Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen [im Sinne von unternehmensbezogenen Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, an deren Nichtoffenbarung der Geschäfts- oder Betriebsinhaber ein wirtschaftliches Interesse hat (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 40 Rz. 24)] von vornherein nicht in Betracht kam (z.B.: „Wer ist der Lokalbetreiber? Für wen arbeiten Sie? Wer ist der Geschäftsführer dieses Betriebes? Was ist Ihre genaue Tätigkeit im Betrieb? Verfügen Sie über einen Schlüssel zur Geldlade? Zu welchem Zweck besitzen Sie diesen Schlüssel? Verfügen Sie über Zugang zur Buchhaltung?“).

Davon abgesehen normiert § 50 Abs. 4 GSpG ausdrücklich die Verpflichtungen, „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.“ Eine Entschlagung nach § 49 AVG kommt daher in Hinblick auf die darauf bezogenen Fragen (z.B.: „Können Sie uns Testspiele ermöglichen? Wer kann Testspiele ermöglichen? Ermöglichen Sie uns Einblick in die geführten Aufzeichnungen bzw. in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen? Ermöglichen Sie uns Einblick in die aufzuliegenden Spielbeschreibungen?“) aufgrund der spezielleren (und damit dem § 49 Abs. 1 Z 2 AVG vorgehenden) Regelung des § 50 Abs. 4 GSpG selbst dann nicht in Betracht, wenn die Fragen auf die Preisgabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen hinauslaufen würden (was hier dahin gestellt bleiben kann).

Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen. Er hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.
Soweit der Bf eine fehlerhafte (Stellungnahme vom 16. November 2015) bzw. für ihn nicht verständliche (Beschwerde) Rechtsbelehrung behauptet, ist der darauf hinzuweisen, dass eine solche vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Vielmehr muss er als Mitarbeiter eines Lokals in welchem, von wem auch immer, Glücksspiele angeboten werden, um die ihn treffenden gesetzlichen Verpflichtungen wissen.

Fest steht, dass er zu den Umständen befragt werden sollte und jede Auskunft verweigert hat und trotz entsprechender Aufforderung kein Geld zur Durchführung von Probespielen zur Verfügung gestellt hat. Die diesbezügliche Argumentationslinie, er habe kein Geld bei sich bzw. keinen Zugriff auf Geld der Glücksspielbetreiberin gehabt, geht ins Leere zumal aus der zugrundeliegenden gesetzlichen Bestimmung eine Verpflichtung zur Verfügungsstellung von Geld vorschreibt und der Bereithalter demnach die notwendigen Vorkehrungen zu treffen hat, dass dieses Geld vorhanden ist. Wie diese organisiert werden, also aus welchem „Topf" das Geld stammt, liegt in der Verantwortung des Bereithalters, also des Bf.

III.4. Grundlagen der Strafbemessung

Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach § 19 Abs 2 leg cit sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen (= sog. Doppelverwertungsverbot), gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, Zl. 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.
Darüber hinaus normiert § 19 Abs 2 VStG für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

III.5. Strafbemessungsgründe fallbezogen

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Im Beschwerdeverfahren vor dem LVwG gab der Bf an, 1.200 Euro verdient zu haben. Angesichts der Positionierung des Bf im Betrieb, wohl als eine Art Lokalbetreuer (Kellner; Aushilfe), erscheinen dem Gericht 1.200 Euro Nettoeinkommen eher wahrscheinlich, als 2.000 Euro.

Als mildernd ist die Unbescholtenheit zu werten.
Zudem bildet das lange Zurückliegen der Tat (Lange Verfahrensdauer) einen Milderungsgrund.

Nach der Judikatur des VwGH (E v. 14. Oktober 2011, 2009/09/0239), die in Einklang mit jener des EGMR steht, wird das Gesetz bei der Strafbemessung in einer dem Art. 6 MRK widersprechenden Weise angewendet, wenn eine überlange Verfahrensdauer nicht festgestellt und strafmildernd bewertet wurde. Die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist dabei anhand der besonderen Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Schwierigkeit des Falles, des Verhaltens der Partei und der staatlichen Behörden im betreffenden Verfahren und der Bedeutung der Sache für die Partei zu beurteilen. Die maßgebliche Frist beginnt, sobald die Partei durch offizielle Mitteilung oder auch in sonstiger Weise in Kenntnis gesetzt wird, dass gegen sie wegen des Verdachts, eine strafbare Handlung begangen zu haben, Ermittlungen mit dem Ziel strafrechtlicher Verfolgung durchgeführt werden (vgl. E 3. November 2008, 2003/10/0002; E 24. Juni 2009, 2008/09/0094; Urteil EGMR vom 6. Mai 2008, Karg gg. Österreich, ÖJZ 2008/16 (MRK) 10).

Das Verfahren gegen den Bf nahm annähernd 30 Monate in Anspruch. In Anbetracht der Einfachheit der Sache an sich und der Tatsache, dass die Behörde vorliegend lediglich wenige Ermittlungsschritte zu setzen hatte, weil die wesentlichen Umstände des Falles ohnehin auf der Hand lagen und der Bf im Verfahren im Wesentlichen eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet hat, ist davon auszugehen, dass eine Verfahrensdauer von gut zweieinhalb Jahren als überlang zu qualifizieren ist.

Was die Gewichtung des Unrechtsgehalts betrifft, ist die Bedeutung des Rechtsguts zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an einer kontrollierten Durchführung von Glücksspielen mit fiskal- und ordnungspolitischen Zielsetzungen zu betonen. Es geht vor allem um die wichtige Bekämpfung der besonders negativen Begleiterscheinungen des unkontrollierten illegalen Glücksspiels.
Der Unrechtsgehalt kann schon bei Anwendung der Grundlagen des § 19 Abs 1 VStG nicht gering sein. Wie oben dargelegt, hat der Bf durch das ihm angelastete

Verhalten seine Verpflichtungen nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG konsequent missachtet.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse erscheint die verhängte Geldstrafe von 2.200 Euro als überhöht. Der Bf ist Ersttäter und hat ein nach heutigen Maßstäben eher geringes Einkommen. Schon ein Betrag von 1.500 Euro übersteigt sein Monatseinkommen. Er war unbescholten und liegt die Tat lange zurück.
Den von der belangten Behörde angenommenen Erschwerungsgrund, den sie daraus ableitet, dass der Bf in „mehrfacher“ Weise der Duldungs- und Mitwirkungspflicht nicht entsprochen habe, vermag das Gericht nicht zu erkennen. Der Blick auf den Wortlaut der Bestimmungen des § 50 Abs 4 und § 52 Abs 1 Z 5 GSpG scheint den Wunsch des Gesetzgebers nach Kumulation zu offenbaren, zumal er in § 50 Abs 4 leg cit mehrere verschiedene – zumindest 3 Formen unkooperativen Verhaltens (1. umfassend Auskünfte zu erteilen, 2. umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und 3. Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren) aufführt und in § 52 Abs 1 Z5 GSpG jenen bestrafen will, der gegen „eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt“. Diese Formulierung spricht dafür, dass bei Verwirklichung mehrerer der genannten Unterlassungen der Verwaltungsstraftatbestand mehrfach verwirklicht werden kann. Mangels Vorwurfs mehrerer Taten, kann eine detaillierte Klärung dieser Frage vorliegend unterbleiben, jedoch geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass vor diesem Hintergrund die Annahme eines Erschwerungsgrundes nicht angezeigt ist.

Nach Ansicht des Gerichts ist insofern eine Geldstrafe von 1.500 Euro angemessen und mit den angenommenen persönlichen Verhältnissen vereinbar.

Die mangels einer Regelung im GSpG gemäß dem § 16 Abs 2 VStG innerhalb von zwei Wochen festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe ist mit 22 Stunden zu bemessen. Sie entspricht verhältnismäßig der Höhe der Geldstrafe in Relation der gegebenen Strafrahmen.

IV. Die Beschwerde war insofern im Punkt der Schuld als unbegründet abzuweisen, im Punkt der Strafe jedoch entsprechend zu korrigieren.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens reduzieren sich auf 10 % der Geldstrafe, also 150 Euro.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Qualifikation der 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 (vgl insbesondere die zitierte Judikatur). Auch in der Straffrage wurde nicht von Grundsätzen in der Judikatur des VwGH abgewichen.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine 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 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. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl