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

Geschäftszeichen:
LVwG-412504/8/Sch/BBa

Datum:
Linz, 20. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Schön über die Beschwerde von E M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 5. Oktober 2017, GZ: VStV/917300532316/2017, wegen Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Februar 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Spruch des angefochtenen Bescheides insofern konkretisiert wird, als die Passage “indem Sie nicht dafür gesorgt haben, dass eine anwesende Person den Organen des Finanzamtes umfassend Auskunft erteilt, da diese anwesende Person die Aussage verweigert hat” stattdessen “indem Sie als anwesende Bedienstete des Lokals ‘Stardust’ den Organen des Finanzamtes nicht umfassend Auskunft erteilt haben, da Sie die Aussage auf sämtliche Ihnen im Zuge dieser Kontrolle gestellte Fragen verweigert haben” zu lauten hat.

II. Die Beschwerdeführerin hat für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400,- Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) 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. Verfahrensgang

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge kurz: belangte Behörde) vom 5. Oktober 2017 wurde über E M (kurz: Beschwerdeführerin, Bf) eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG verhängt, da sie die Mitwirkungspflicht des § 50 Abs. 4 GSpG verletzt habe, indem sie am 23. Februar 2017 um 12.29 Uhr im Lokal „S“ nicht für die Anwesenheit einer Person gesorgt habe, die gegenüber den Organen des Finanzamtes umfassend Auskunft erteilt, da die anwesende Person die Aussage verweigert hätte.

I.2. Dagegen erhob die Bf mit Schriftsatz vom 2. November 2017 Beschwerde, in der insb. die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des Straferkenntnisses, Verfahrensfehler, die Unzuständigkeit der Behörde, eine unrichtige rechtliche Beurteilung, die mangelnde Schuld und eine falsche Strafbemessung vorgebracht wurden.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 30. November 2017, eingelangt am 1. Dezember 2017, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit Eingabe vom 23. Februar 2018 erstattete die Bf eine ergänzende Stellungnahme betreffend die Europarechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols samt einem Konvolut an Beilagen.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das gegenständliche Verfahren sowie die Verfahren zu LVwG-412501, LVwG-412502 und LVwG-412503, die allesamt die gleiche finanzpolizeiliche Kontrolle vom 23. Februar 2017 im Lokal „S“ betreffen, zu einer gemeinsamen öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Februar 2018 verbunden. Zur Verhandlung sind ein Vertreter der Organpartei sowie der geladene Zeuge M M erschienen. Die belangte Behörde sowie der Vertreter der Beschwerdeführerin blieben entschuldigt der Verhandlung fern.

Der anwesende Parteienvertreter konnte in der mündlichen Verhandlung seine rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun, sowie bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts – insb. auch durch Befragung des anwesenden Zeugen – mitwirken.

II. Sachverhalt, Beweise, Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt (insbesondere in den im Akt einliegenden finanzpolizeilichen Aktenvermerk, in die Niederschrift vom 23.02.2017, in die GSp26-Dokumentationen und in die umfangreiche Fotodokumentation) und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte; insb. durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Zur gemeinsamen Verhandlung hinsichtlich des gegenständlichen Verfahrens sowie der Verfahren LVwG-412501, LVwG-412502 und LVwG-412503, die allesamt die gleiche finanzpolizeiliche Kontrolle betreffen, sind ein Vertreter der Organpartei sowie der geladene Zeuge Markus Mayr erschienen. Die belangte Behörde ließ sich wie auch der Vertreter der Bf entschuldigen.

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

II.2.1. Am 23. Februar 2017 fand ab 12.29 Uhr im Lokal „S“ in L eine finanzpolizeiliche Kontrolle statt. Dabei wurden folgende Geräte betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig in einem öffentlich zugänglichen Bereich vorgefunden:

FA1) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077474
FA2) Kajot,	Seriennummer: 1,	Versiegelungsplakette: A077475
FA3) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077476
FA4) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077477
FA5) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077478
FA6) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077479
FA7)	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077480
FA8) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077481
FA9)	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077482
FA10	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077483
FA11)	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077484
FA12) Kajot,	Seriennummer: 9,	Versiegelungsplakette: A077485

Bei den Geräten handelt es sich um virtuelle Walzenspielgeräte (Ring of Fire, Lucky Pearl, Simply the Best), bei denen abhängig vom Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

II.2.2. Das gegenständliche Lokal wurde zum Tatzeitpunkt von Herrn T D als Einzelunternehmer betrieben. Dieser ist der Inhaber der Geräte, welche ihm von der Eigentümerin, der PFM GmbH, zur Verfügung gestellt werden.

II.2.3. Bei Beginn der Kontrolle am 23. Februar 2017 um 12:29 Uhr war die Bf, welche eine Angestellte des Lokalbetreibers ist, zugegen. Außer der Bf war zum Kontrollzeitpunkt kein weiterer Arbeitnehmer des Lokalbetreibers und auch nicht Herr D selbst anwesend.

Um 12:40 Uhr wollten die Kontrollbeamten mit den Befragungen der im Lokal anwesenden Bf beginnen. Nach Belehrung über § 50 GSpG gab sie als Antwort auf jede ihr gestellte Frage jeweils an, keinerlei Auskünfte dazu zu erteilen und verwies auf ihre Dienstanweisung, nach der zufolge keine Angaben getätigt werden dürfen.

Sie verweigerte u.a. die Beantwortung nachfolgender Fragen und ihre Unterschrift auf dem vom Kontrollbeamten angefertigten Aktenstück, das als „Niederschrift“ bezeichnet wurde und als Gegenstand der Amtshandlung den „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“ anführt:

> „- Wer ist Lokalbetreiber? Für wen arbeiten Sie? Wer ist der Geschäftsführer dieses Betriebes? TelNr. dieser Personen? – Was ist Ihre genaue Tätigkeit im Betrieb? – Wie sind die Öffnungszeiten? – Wie lange stehen die Geräte schon in diesem Lokal? – Wer hat die Geräte geliefert, wer hat die Aufstellung vermittelt? – Wer ist der Veranstalter (‚Aufsteller‘, ‚Betreiber‘ der Geräte, also auf wessen Rechnung gehen Gewinn und Verlust durch den Betrieb dieser Geräte)? – Wer ist Eigentümer der Geräte? Welche Spiele insgesamt (genaue Arten) können auf dem (n) Gerät(ein) durchgeführt werden? – Laufen die Spiele selbständig auf dem Gerät ab oder wird der Spielverlauf von einem anderen Ort aus gesteuert (Wenn ja, von wo)? – Wer hat sie in der Handhabung des Gerätes (Einschalten, Gewinne auszahlen und am Gerät abbuchen, Störungsfälle,...) unterwiesen? – Wie hoch kann der jeweilige Spieleinsatz (von – bis) gewählt werden? – Welche (Höchst-)Gewinne sind möglich, wo werden diese Beträge am Gerät genau dargestellt? – Welche Bonus- Jackpot-, Mysteri- oder sonstige zusätzlichen Gewinnmöglichkeiten können unter welchen Bedingungen auf diesem Gerät erreicht werden? – Welche Karten (Kundenkarte, Chipkarte,...) und/oder Schlüssel, bzw., Fernbedienung zum Betrieb der Geräte wurden ihnen übergeben? – Welchem Zweck genau dient jeder der übergebenen Gegenstände? Verfügen sie über einen Schlüssel zur Geldlade? Zu welchem Zweck besitzen sie diesen Schlüssel? – Verfügen sie über Zugang zur Buchhaltung? Falls nicht, wie überprüfen sie ihre Angestellten bei der Auszahlung? Zeigen sie die Buchhaltungsdaten auf den Geräten. – Wer schaltet die Spielgeräte nach der Sperrstunde aus und wer schaltet sie wieder ein? – Wer kommt in welchen Abständen in das Lokal, um die Gerätekassen zu leeren und mit ihnen die ausbezahlten Gewinne abzurechnen? – Wann war diese Person zuletzt im Lokal? - Wann erwarten sie diese Person zum nächsten Mal? - In welchem Verhältnis wird abgerechnet? Es wird ihnen vorgehalten, dass, bei Glücksspielen üblicherweise die Aufteilung der Erlöse im Verhältnis 50:50 erfolgt. – Wie wurde diese Aufteilung dokumentiert? – Gibt es einen (schriftlichen) Vertrag mit dem Aufsteller? Sie werden aufgefordert diesen Vertrag vorzulegen. – Wie werden die ausbezahlten Gewinne am Gerät abgebucht, bzw., mit dem Aufsteller abgerechnet? – Wie werden die Gewinne ausbezahlt, wenn in der Geldlade noch nicht ausreichend Einnahmen enthalten sind, bzw. wenn besondere Gewinnhöhen (Jackpot,...) erreicht werden,

die den Kasseninhalt übersteigen? – Wer wird vom ihnen im Falle einer Störung verständigt? (Name, Anschrift, Telefon, Handy, Spitzname) – Wer führt Wartungs-, Reinigungs- und Servicearbeiten durch? – Wer hat die Einleitung der Datenleitung (ADSL, ISDN, Standleitung, sonstiger Internetanschluss,...) in das Lokal bezahlt, bzw., wer zahlt die laufenden Gebühren dafür? – Wie haben sie die erhaltenen Gewinne in die Buchhaltung aufgenommen? – Wann wurden die Geräte von mir/dem Betreiber zuletzt geleert? Welcher Betrag wurde dabei entnommen? – 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? – Ermöglichen Sie uns Einblick in die Gerätebuchhaltung?“

Die undatierte, schriftliche „Dienstanweisung“ des T D an die Dienstnehmerin E M für den Standort des Lokals „S“, ist ein maschinengeschriebenes, vorgedrucktes Formular, bei denen der Name sowie Wohnanschrift und Arbeitsort händisch auszufüllen sind, das folgenden Wortlaut aufweist: (Unterstreichung sind im Original die händisch ausgefüllten Passagen, Anmerkung)

„1.) Die gegenständlichen Eingabeterminals wurden von der Firma P F M aufgestellt und werden von dieser betrieben bzw. bereitgehalten. Auskunftsverpflichtet ist nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nur das zuständige Organ der Firma P F M (Geschäftsführer oder dessen Beauftragter). Im Lokal anwesende Personen – Bedienungspersonal, Putzpersonal, Techniker, etc... sind nicht auskunftsverpflichtet, es wird ihnen somit untersagt, eine Auskunft zu erteilen.

2.) Der Betrieb von Eingabeterminals (Eingabeterminal vor Ort) basiert auf einer Reihe von technischen Vorgängen, welche allesamt Betriebsgeheimnisse sind. Ebenso unter das Betriebsgeheimnis fallen Umsatzzahlen, Anzahl der Spieler, Art der gespielten Spiele, Art und Umfang der eingesetzten Beträge, der gewonnenen oder verlorenen Spiele. Diese Daten dürfen deshalb nicht bekannt gegeben werden, da die Gefahr besteht, dass diese Daten an die Öffentlichkeit und somit auch an die Konkurrenz gelangen. Eine solche Datenveröffentlichung kann insbesondere anlässlich einer HV vor dem jeweiligen Strafbezirksgericht in einem Verfahren wegen § 168 StGB erfolgen, als auch in einem Verwaltungsstrafverfahren oder Beschlagnahmeverfahren vor dem UVS und Verfahren, in denen diese Verhandlungen öffentlich sind. Mit Bekanntgabe der oben genannten Daten und Betriebsvorgängen erwächst der Firma D ein bedeutender, möglicherweise nicht wieder gut zu machender, Schaden. Es würde daher die Verletzung des hiemit kundgetanen Betriebsgeheimnisses bzw. der Bruch der Verschwiegenheit zur sofortigen Entlassung führen.

3.) § 49 Abs. 1 lit b) AVG lautet:
Die Aussage darf von einem Zeugen verweigert werden: über Fragen, die er nicht beantworten könnte, ohne eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der er nicht gültig entbunden wurde, zu verletzen oder ein Kunst- Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren.

> Es dient daher zur Kenntnis, dass die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht bzw. Preisgabe von Betriebsgeheimnissen nicht nur der Firma D zu Schaden gerät, sondern auch denjenigen, der das Betriebsgeheimnis preisgibt, zum Schadenersatz verpflichtet. Es entsteht daher dem betroffenen ein noch nicht absehbarer Schaden, sodass aus dieser Sicht die Aussage rechtlich gedeckt zu verweigern ist.

Hiermit bestätigt Herr/Frau M dass er/sie die Dienstanweisung gelesen und verstanden hat. Jeder Verstoß gegen diese Dienstanweisung hat eine fristlose Entlassung zur Folge."

Unterhalb dieses Textes befinden sich die Unterschriften der Bf sowie des Lokalbetreibers.

Das (geschätzte) monatliche Nettoeinkommen der Bf beträgt 1.200,- Euro, sie hat kein relevantes Vermögen und keine bestehenden Sorgepflichten. Zum Tatzeitpunkt lag gegen die Bf zumindest bereits eine verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung vor (VStV/914300599611/2014).

II.2.4. In der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 8. Mai 2017 wird der Bf vorgeworfen, dass sie als Person, nämlich als Bedienstete, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen habe, indem sie als anwesende Person den Orangen des Finanzamtes nicht umfassend Auskunft erteilt habe, da sie die Aussage verweigert habe.
Im angefochtenen Bescheid wird der Bf vorgeworfen, sie habe als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem sie nicht dafür gesorgt habe, dass am Kontrolltag (23.02.2017 um 12.29 Uhr) in L, im Lokal „S", eine anwesende Person den Organen des Finanzamtes umfassend Auskunft erteilt, da diese anwesende Person die Aussage verweigert habe.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig, vollständig und widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln.

So ergaben sich etwa die Angaben zu Zeit und Ort der Kontrolle, zu den bei der Kontrolle Anwesenden und den diesen gestellten Fragen sowie zur Verweigerung der Beantwortung von jeglichen Fragen unstrittig aus den im Akt einliegenden Unterlagen bzw Dokumentationen der finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere der aufgenommenen Niederschrift, sowie der Angaben des Zeugen M in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Auch die Bf bestreitet selbst nicht, dass keine Auskünfte erteilt wurden.

Die Feststellungen betreffend die vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft und Betriebsdauer in einem öffentlich zugänglichen Bereich und dass Gewinne ausbezahlt wurden, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige bzw Aktenvermerk der Finanzpolizei, der GSp26-

Dokumentation samt umfangreicher Fotodokumentation sowie der Aussage des im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht vernommenen Zeugen M M. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich daher weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen. Der Aktenvermerk vom 23.02.2017 enthält auch eine Beschreibung der Spielabläufe. Diese Beschreibungen lassen sich mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren und der Aussage des Zeugen M im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht in Einklang bringen. Auf den Fotos lassen sich die dem Gericht bereits aus zahlreichen Beschwerdeverfahren bekannten Spiele erkennen. Dass die Geräte auch zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese Geräte betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten des Lokals aufgestellt waren und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Geräte aus reiner Freigiebigkeit betrieben worden wären.

Die Stellung der Bf bzw. des Herrn D ergibt sich insb. aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug bzw. aus der Dienstvereinbarung; überdies waren sie in großen Teilen bereits gerichtsbekannt. Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens der Bf von 1.200,- Euro bei fehlenden Sorgepflichten und sonst. Vermögen blieb im gesamten Verfahren unwidersprochen. Das Vorliegen von verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen der Bf im Tatzeitpunkt ergibt sich aus der im Akt einliegenden Abfrage der belangten Behörde.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Maßgebliche Rechtslage

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens, über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (in weiterer Folge kurz: Glücksspielgesetz – GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017 lauten auszugsweise wie folgt:

„Glücksspiele

§ 1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. [...]

Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

(2) Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. [...]

(4) Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

[...]

Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.
(2) Diese Behörden können sich der Mitwirkung der Organe der öffentlichen Aufsicht bedienen und zur Klärung von Sachverhaltsfragen in Zusammenhang mit den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Amtssachverständigen des § 1 Abs. 3 hinzuziehen. Zu den Organen der öffentlichen Aufsicht zählen jedenfalls die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und der Abgabenbehörden.
(3) Zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind die Organe der öffentlichen Aufsicht auch aus eigenem Antrieb berechtigt. Die Organe der Abgabenbehörden können zur Sicherung der Ausübung ihrer Überwachungsbefugnisse die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes hinzuziehen.
(4) Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind 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. Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind ermächtigt, diese Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Die Ausübung ist dem Betroffenen anzudrohen. Die Organe haben deren Ausübung zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde, sich zeigt, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden kann oder der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff steht. Eine Gefährdung des Lebens oder eine nachhaltige Gefährdung der Gesundheit ist jedenfalls unzulässig.
(5) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.
[...]
(7) Der Bundesminister für Finanzen ist berechtigt, gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Länder sowie des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesfinanzgerichtes Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Verwaltungsgerichte der Länder [...] haben Ausfertigungen glücksspielrechtlicher Entscheidungen unverzüglich dem Bundesminister für Finanzen zu übermitteln.
[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;
   [...]
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;

[...]
(3) Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.
[...]“

Die Bestimmung des § 45 Verwaltungsstrafgesetzes 1991, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013 (in der Folge kurz: VStG) lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn [...]
1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht gebangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen
4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
[...]
Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten."

III.2. Gemäß § 50 Abs. 1 GSpG iVm § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

III.3. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

III.3.1. <u>Objektiver Tatbestand</u>

Veranstalter und 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. etwa VwGH 19.12.2016, Ra 2016/17/0034).

Unter einer „*Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält*", kann schon 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 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.
Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal treffen die Pflichten nach § 50 Abs. 4 GSpG somit nicht nur den Betreiber des Apparats, sondern auch den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgen (vgl etwa VwGH 20.06.2012, 2012/17/0114; 15.03.2013, 2012/17/0590). 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. etwa VwGH 21.08.2014, Ra 2014/17/0004; VwGH 29.07.2015, 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 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)].

Die Bf war im Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle für das gegenständliche Lokal „S, in dem die zwölf unter Punkt II.2.1. näher bezeichneten Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12 aufgestellt waren bzw. den Gästen zur Verfügung standen, allein

verantwortlich. Sie war daher als einzige Angestellte jener Person, die über das Lokal (als Inhaber) verfügte, anwesend und hatte es somit in der Hand, Spielern die im gegenständlichen Lokal „S“ aufgestellten Geräte, etwa durch Öffnen oder Schließen der Haupteingangstüre, zugänglich zu machen, oder sie vom Spiel auszuschließen. Der Bf kam insofern die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der von den Kontrollorganen vorgefundenen zwölf Geräte zu sorgen, bei denen es sich nach den äußeren Umständen anscheinend um Glücksspieleinrichtungen handelte.
So wurden an diesen Geräten – jedenfalls dem äußeren Anschein nach – Spiele angeboten, deren Ausgang vom Zufall abhing und bei denen gegen Einsatz einer vermögenswerten Leistung ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde. Die gegenständlichen Geräte sind daher als Glücksspieleinrichtungen iSd maßgeblichen Bestimmung zu qualifizieren.

Die Bf ist somit als Angestellte des Lokalbetreibers als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithaltet, zu qualifizieren, weil sie alleine im Lokal anwesend und damit faktisch verfügungsbefugt war. Sie war daher nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG im Kontrollzeitpunkt 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.

Jedoch hat die Bf die Beantwortung sämtlicher der an sie anlässlich der Aufnahme einer Niederschrift um 12:40 Uhr gerichteten Fragen der Kontrollorgane (etwa: „*Wer ist Lokalbetreiber? Für wen arbeiten Sie? Wer ist der Geschäftsführer dieses Betriebes? TelNr. dieser Personen? – Was ist Ihre genaue Tätigkeit im Betrieb? – Wie sind die Öffnungszeiten? – Wie lange stehen die Geräte schon in diesem Lokal? – Wer hat die Geräte geliefert, wer hat die Aufstellung vermittelt? – Wer ist der Veranstalter [‚Aufsteller‘, ‚Betreiber‘ der Geräte, also auf wessen Rechnung gehen Gewinn und Verlust durch den Betrieb dieser Geräte]? – Wer ist Eigentümer der Geräte? Welche Spiele insgesamt [genaue Arten] können auf dem [n] Gerät[ein] durchgeführt werden? – Laufen die Spiele selbständig auf dem Gerät ab oder wird der Spielverlauf von einem anderen Ort aus gesteuert [Wenn ja, von wo]? – Wer hat sie in der Handhabung des Gerätes [Einschalten, Gewinne auszahlen und am Gerät abbuchen, Störungsfälle,...] unterwiesen?*“ uvm. – vgl dazu Punkt II.2.3.) mit Hinweis auf eine gegenüber ihr erteilte Dienstanweisung, nach der zufolge sie keine Angaben tätigen dürfe, verweigert und den Organen der öffentlichen Aufsicht daher keine Auskünfte erteilt.

Sie hat demnach gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach dem § 50 Abs. 4 Satz 2 iVm § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG verstoßen und das objektive Tatbild somit erfüllt.

III.3.2. <u>Subjektive Tatseite</u>

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nichts anderes bestimmt, reicht zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. 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").

Beim vorliegenden Delikt handelt es sich folglich – wie schon von der belangten Behörde dargelegt – um ein Ungehorsamsdelikt, bei welchem insofern eine Umkehrung der Beweislast eintritt, als die Behörde und nunmehr das Verwaltungsgericht lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus, in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. etwa VwGH 17.10.2007, 2006/07/0007).

Die Bf hat sich im Ergebnis insb. darauf berufen, dass sie aufgrund der vorgelegten Dienstanweisung nicht kooperieren durfte und auf den Grundsatz „nemo tenetur ipsum accusare“ verwiesen, wonach eine im Verdacht stehende Person nicht dazu verpflichtet werden könne, Beweise gegen sich selbst zu liefern.

Die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG wird tatsächlich durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs (Art 90 Abs. 2 B-VG bzw Art 6 EMRK; vgl. dazu allgemein etwa VfSlg 12.454/1997; 15.600/1999) 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. in diesem Zusammenhang etwa VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834). Im Verdacht einer Verwaltungsübertretung steht eine Person, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, die die Annahme wahrscheinlich erscheinen lassen, dass diese Person eine Verwaltungsübertretung begangen habe (vgl. dazu etwa *Pürgy* in N. Raschauer/Wessely [Hrsg], Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz[2], § 32 Rz. 2).

Die Bf des gegenständlichen Verfahrens ist jedoch als Angestellte des Lokalinhabers gerade nicht vom Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst

und war daher hinsichtlich dieses Delikts auch nicht als Beschuldigte anzusehen (vgl. VwGH 22.10.2013, 2013/17/0168). Im hier vorliegenden Fall war eine Bestrafung der Bf im verwaltungsbehördlichen Strafverfahren nach dem GSpG (abgesehen von der Verletzung der Auskunftspflicht) somit gar nicht möglich. Auch für eine gerichtliche Strafbarkeit liegen bzw lagen keine Hinweise vor. Die Bf konnte sich somit nicht auf das Selbstbezichtigungsverbot berufen (so VwGH 29.07.2015, Ra 2014/17/0031) und 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, jedwede an sie in der 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). Die Bf 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 dahingestellt bleiben kann).

Die Bf hat zusammengefasst keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Ihr ist es insofern nicht

gelungen, das beim vorliegenden Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG zu vermutende fahrlässige Handeln zu entkräften.

Eine Tat ist auch nach § 6 VStG nicht strafbar, wenn sie durch Notstand entschuldigt oder, obgleich sie dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, vom Gesetz geboten oder erlaubt ist. In der Möglichkeit einer wirtschaftlichen Schädigung, durch die die Lebensmöglichkeiten selbst nicht unmittelbar bedroht sind, kann eine unmittelbar drohende Gefahr und ein Notstand im Sinne des § 6 VStG jedoch nicht gesehen werden. Allein die Weisung eines Vorgesetzten bzw. des Dienstgebers stellt für den Täter einer strafbaren Handlung, die er als solche zu erkennen vermag, keinen Schuldausschließungsgrund dar (vgl. VwGH 30.03.1993, 92/04/0241; 29.06.2011, 2007/02/0334). Mögliche wirtschaftliche Nachteile des in einem Dienstverhältnis stehenden Täters vermögen selbst im Falle einer von ihm befürchteten Kündigung bei Nichtbefolgung einer Weisung seines Arbeitgebers keine Notstandssituation zu begründen (VwGH 25.11.2004, 2003/03/0297). Die Bf wurde vor Beginn der Befragung über die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG und die daran anknüpfenden verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen belehrt und vermochte schon allein aus diesem Grund zu erkennen, dass sie durch die Aussageverweigerung eine Verwaltungsstraftat begeht. Dass eine allfällige Beendigung des Dienstverhältnisses der Bf eine wirtschaftliche Schädigung, durch die die Lebensmöglichkeiten selbst unmittelbar bedroht sind, zu Folge hätte, wurde von der Bf selbst zu keiner Zeit behauptet bzw. belegt.

Sie hat somit ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

III.3.3. Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Ermahnung)

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität einer Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z 4 leg. cit unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Voraussetzung für die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist folglich das kumulative Vorliegen beider normierter Kriterien; nämlich sowohl ein geringes Verschulden (subjektive Tatseite) als auch, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering ist (objektive Tatseite).

Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt jedoch nicht in Betracht, zumal bereits die objektiven Voraussetzungen einer geringen Beeinträchtigung nicht gegeben sind: Der Verstoß gegen die Intentionen des Gesetzgebers und den Schutzzweck der Norm wiegt im vorliegenden Fall schon deshalb nicht nur gering, da die Bf als Angestellte im Lokal mit dem Namen „St“, durch die Verweigerung der Beantwortung sämtlicher, zahlreicher Fragen ihre Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG konsequent missachtete.
Insofern fehlt es aber zumindest an einer der in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten kumulativen Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens und kommt folglich keine Ermahnung nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG in Frage.

Überdies ist von geringem Verschulden im Sinne dieser Bestimmung nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0118; idS etwa auch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.10.2009, 2008/09/0015). Dies ist im konkreten Fall ebenfalls nicht gegeben: 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. Aus den vorgelegten Verfahrensakten ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das tatbildmäßige Verhalten der Bf hinter dem in § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückgeblieben und das Verschulden daher lediglich geringfügig gewesen wäre. Vielmehr hat die Bf sogar nach ausdrücklicher Belehrung durch die Kontrollorgane auf die Dienstanweisung verwiesen und die Aussage verweigert. Es sind gerade keine die Schuld möglicherweise mildernden Umstände im Ermittlungsverfahren zu Tage getreten (vgl. dazu auch noch sogleich unter Punkt III.3.4.).

III.3.4. Strafbemessung

Wie oben bereits dargestellt, ist die gegenständliche Verwaltungsübertretung mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG bilden „*die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat*“ die Grundlage einer jeden Strafbemessung.
Darüber hinaus sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen, wobei auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen ist. Bei der Bemessung von Geldstrafen ist auf die Einkommens- und

Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten der Beschuldigten Bedacht zu nehmen. Die Behörde und in weiterer Folge auch das Verwaltungsgericht hat dann mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens Angaben über diese Umstände verweigert. Bei der Schätzung der Einkommensverhältnisse ist mangels Informationen von Seiten der Beschuldigten von einem Durchschnittseinkommen auszugehen (vgl. etwa VwGH 22.04.1992, 92/03/0019; 18.11.2011, 2011/02/0322).

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 Abs. 3 leg. cit 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 u.a. 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).

Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt gemäß § 52 Abs. 1 GSpG bei 22.000 Euro und die von der belangten Behörde festgesetzte Strafhöhe von 2.000 Euro somit im untersten Bereich des Strafrahmens (weniger als 10 % des in Betracht kommenden Strafausmaßes).

Den von der Bf vorgebrachten Milderungsgründen kann nicht gefolgt werden. Insbesondere würde der Umstand, dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Milderungsgrund in Betracht kommen (vgl. etwa VwGH 20.07.2004, 2002/03/0223, mwN). Es ist auch nicht zu erkennen, inwieweit sich die Bf ernstlich bemüht haben soll, nachteilige Folgen zu verhindern, da diesbezüglich auch kein konkretes Vorbringen erstattet wurde, weshalb mangels Anhaltspunkte auch dieser Milderungsgrund nicht in Betracht kommt. Auch ein außerordentlicher Strafmilderungsgrund ist nicht gegeben. Vielmehr lag zum Tatzeitpunkt gegen die Bf bereits zumindest eine verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung vor und fehlte es ihr somit an einer zum Tatzeitpunkt gegebenen Unbescholtenheit.

Bei der Strafbemessung galt es somit keine besonderen Milderungsgründe zu berücksichtigen. Zudem war die im Hinblick auf die Tätigkeit der Bf realistische

Schätzung der belangten Behörde von einem Nettoeinkommen von 1.200,- Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten heranzuziehen, da die rechtsfreundlich vertretene Bf im Rahmen ihrer diesbezüglichen Mitwirkungspflicht hierzu zu keiner Zeit des verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens – insb. etwa im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bestehenden Möglichkeiten – diesbezügliche Angaben gemacht hat.

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. Wie oben dargelegt, hat die Bf durch das ihr angelastete Verhalten ihre Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG trotz Hinweis auf die Konsequenzen konsequent missachtet und keinerlei Auskünfte erteilt.

Insgesamt betrachtet erscheint daher der von der belangten Behörde vorgeschriebene Strafbetrag von 2.000,- Euro (und die im angemessenen Verhältnis dazu festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe, welche dementsprechend ebenfalls im unteren Bereich des gemäß § 16 Abs. 2 VStG festgelegten Ersatzfreiheitsstrafrahmens von 2 Wochen angesiedelt ist) als tat- und schuldangemessen und aus spezialpräventiver Sicht in der festgesetzten Höhe auch erforderlich, um die Bf zur Einsicht und zur Einhaltung der Vorschriften des GSpG zu bringen. Ebenso ist auch im Hinblick auf die hohe Publizität von Verstößen gegen das Glücksspielmonopol diese Strafzumessung geboten, um auch die Öffentlichkeit von der Begehung gleichartiger Verwaltungsstraftaten abzuhalten.

III.4. Zur vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des GSpG

Die 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 i.V.m. § 50 Abs. 4 GSpG nicht von rechtlicher Relevanz (vgl. etwa VwGH 15.03.2013, 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 die Bf daher unabhängig davon getroffen, ob sich im gegenständlichen Lokal legaler Weise Glücksspieleinrichtungen befunden hätten oder nicht. Es kann daher auch bereits aus diesem Grund dahingestellt 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 jedenfalls verzichtet werden.

Im Übrigen sei daran erinnert, dass die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nach der ständigen Rechtsprechung der Höchstgerichte Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.04.2012, 2011/17/0046), wobei es bei einem reinen Inlandssachverhalt nicht unmittelbar möglich ist, sich auf eine Grundfreiheit zu berufen. Darüber hinaus hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seitdem (so etwa am 07.03.2018, Ra 2018/17/0006) spricht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus, dass das GSpG dem Unionsrecht entspricht. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgt dieser Ansicht und erachtet das österreichische GSpG als mit dem Unionsrecht in Einklang.

III.5. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe der Konkretisierung des Spruchs zu bestätigen.

In der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 8. Mai 2017 wurde der Bf bereits vorgeworfen, dass sie sich strafbar gemacht habe, weil sie als Person, nämlich als Bedienstete, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen habe, indem sie als anwesende Person den Organen des Finanzamtes nicht umfassend Auskunft erteilt habe, da sie die Aussage verweigert habe. Hinsichtlich dieses Verhaltens wurde somit innerhalb der Verjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 1 VStG eine entsprechende Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2 VStG) gesetzt und die der Bf vorgeworfenen Tat derart konkretisiert, dass diese in der Lage war, auf den Vorwurf zu reagieren und ihre Rechtsschutzinteressen zu wahren und nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist. Der Spruch des angefochtenen Bescheides, welcher wohl irrtümlich darauf gerichtet war, dass die Bf im vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht dafür gesorgt habe, dass eine anwesende Person den Organen des Finanzamtes umfassend Auskunft erteilt, da diese anwesende Person (die ja im konkreten Fall die Bf selbst war, Anm.) die Aussage verweigert hat, war folglich vom erkennenden Verwaltungsgericht hinsichtlich der bereits in der ersten

Verfolgungshandlung der belangten Behörde sowie in der Bescheidbegründung zugrunde gelegten Sachverhaltselemente gemäß § 50 VwGVG iVm § 44a VStG entsprechend zu berichtigen/konkretisieren (vgl. zum Umfang der Entscheidungsbefugnis der VwG etwa *Köhler* in N. Raschauer/Wessely [Hrsg], Kommentar zum VStG[2] § 50 VwGVG Rz 3 mwN oder bspw VwGH 05.09.2013, 2013/09/0065).

III.6. Zu Spruchpunkt II (Kostenausspruch)

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auszusprechen hat. Abs. 2 leg. cit normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro, zu bemessen ist.

Da dem Beschwerdebegehren keine Folge gegeben wird, sind der Bf daher 400,- Euro (= 20 % von 2.000,- Euro) als Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oö. vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zur Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG liegt eine als einheitlich zu beurteilende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor (siehe die oben zitierte Judikatur). Die konkrete 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 mit dieser Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehenden Rechtsfragen aufgeworfen wird.

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

Dr. Schön