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-412655/14/FP

Datum:
Linz, 20. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M.C., geb. x, X, L., vertreten durch S. Rechtsanwälte in L., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 7. Februar 2018, GZ: VStV/917300722301/2017, wegen einer Übertretung des GSpG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern teilweise Folge gegeben, als die verhängte Strafe auf 1.000 Euro (15 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) reduziert, sowie der Textteil des Spruchs des angefochtenen Straferkenntnisses wie folgt berichtigt wird und zu lauten hat:
„Sie haben am 16. März 2017 um 11.00 Uhr als Bereithalterin von Glücksspielgeräten im Lokal B., in L., X, Kontrollorganen des Finanzamtes Grieskirchen Wels nicht umfassend Auskunft erteilt und damit gegen ihre Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs 4 GSpG verstoßen“.
Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens reduziert sich auf 100 Euro.

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 7. Februar 2018 warf die belangte Behörde der Beschwerdeführerin (Bf) im Spruch Nachstehendes vor [Rechtsschreibfehler im Original]:

„Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Linz gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010 – DV durchgeführten Kontrolle am 16.03.2017, um 11.00 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung „B.“, in L., X, Betreiber U. s.r.o., waren Sie zum Zeitpunkt der Kontrolle im gegenständlichen Lokal anwesend, und haben gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG verstoßen, indem Sie den Einsatzkräften der Finanzpolizei trotz mehrfacher Aufforderung durch zweimaligem Läuten und mehrfachem Anklopfen zum Zweck der Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz den Zutritt in das Lokal nicht unmittelbar ermöglicht haben und die anschließende Durchführung von Testspielen insofern verhindert haben, dass Sie die Spielbereitschaft der Geräte unterbrochen haben. Ferner haben Sie die geforderten Auskünfte in Zusammenhang mit der festgestellten Veranstaltung verbotener Ausspielungen nicht erteilt, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wären. Somit haben Sie eine Verwaltungsübertretung gemäß § 50 Abs 4 GSpG begangen.“

Die belangte Behörde verhängte eine Strafe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 32 Stunden) und sprach aus, dass 200 Euro an Verfahrenskostenbeitrag zu bezahlen seien.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 28. Februar 2018 rechtzeitig Beschwerde die im Wesentlichen auf das Selbstbezichtigungsverbot gestützt wurde.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Teilen des Aktes mit Schreiben vom 19. November 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu Fällen. Auf Ersuchen des Verwaltungsgerichts in der Ladung zur öffentlichen mündlichen Verhandlung, legte sie nachträglich die finanzbehördliche Dokumentation vor.
Wie sich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung erwies, kam die belangte Behörde auch dieser Aufforderung nicht vollständig nach, zumal die Finanzbehörde dort weitere für das Verfahren ganz wesentliche Aktenbestandteile, nämlich einen Aktenvermerk, Fotos von einem Dienstplan und einer Überwachungsanlage, sowie ein Video hervorbrachte, darstellte, dass diese Beweismittel der belangten Behörde übermittelt worden waren und sodann vorlegte.

Die belangte Behörde darf darauf hingewiesen werden, dass die Behörde dem Verwaltungsgericht die Akten des Verfahrens gemäß 14 Abs 2 VwGVG naturgemäß vollständig vorzulegen hat.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und öffentliche mündliche Verhandlung am 11. Dezember 2018, in welcher zwei Beamte der Finanzpolizei, sowie der Zeuge B. vernommen wurden. Die Bf erschien trotz ausgewiesener Ladung unentschuldigt nicht. Auch die belangte Behörde zog es vor, nicht zur Verhandlung zu erscheinen.

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

Am 16. März 2017 fand in einem von der U. s.r.o. mit Sitz in der Slowakischen Republik in L., X, betriebenen Lokal mit der Bezeichnung „B." eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz statt. Die Kontrolle wurde von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels durchgeführt. Im Lokal war als einzige Mitarbeiterin der Betreibergesellschaft die Bf anwesend. Das gegenständliche Lokal verfügt über eine Türe, die meist abgeschlossen ist und nach Betätigung einer Türklingel, durch Betätigen eines Kippschalters unter der Theke geöffnet wird. Nachdem die Organe der Finanzpolizei die Klingel betätigt haben wurde die Tür nach etwa einer Minute geöffnet.
Das vorliegende Lokal besteht im Wesentlichen aus 2 Räumen, einem Art Vorraum, ausgestattet mit einer Theke und einem Kaffeeautomaten sowie einem weiteren Raum, der durch eine verspiegelte Glastüre vom Vorraum abgetrennt werden kann. Auch diesbezüglich findet sich unter der Theke ein Kippschalter, der vom anwesenden Personal betätigt werden kann um die Türe zu öffnen. Zum Zeitpunkt der Kontrolle fanden sich im Lokal 9 Glücksspielgeräte, auf welchen Walzenspiele (etwa die Spiele Ring of Fire, 7 Wild, Flaming Heart, Billy´s Goldmine, Cash Unlimited, Diamond Cats, Bells on Fire) gespielt werden konnten. Vor Einlassen der Finanzpolizei wurden die Geräte durch Unterbrechen der Stromzufuhr deaktiviert. Unmittelbar zuvor, waren diese noch in Betrieb und wurde von Spielern, etwa dem Zeugen B., bespielt. Die Bf war kurz vor der Kontrolle im Raum mit den Glücksspielgeräten und nahm diese eingeschaltet wahr. Die Bf versteht ausreichend deutsch.
Die Bf gab im Rahmen ihrer Einvernahme durch die Finanzpolizei an, sie wisse nicht, ob die Glücksspielgeräte gelaufen seien, obwohl sie zuvor im Raum war, als diese in Betrieb waren und später darstellte, ihr Chef habe die Geräte eingeschaltet. Auf die Frage, was die Gäste im Lokal machen würden gab sie an, diese würden Kaffee und andere Getränke trinken. Sie gab an, sie zahle nicht aus. Auf die Aufforderung die Geräte einzuschalten gab sie an, sie wisse nicht wie man die Geräte einschalte.
Die Bf zahlte am Tattag Gewinne aus.

Die belangte Behörde machte der Bf im Straferkenntnis den unter Punkt I.1. gemachten Vorwurf.
In ihrer Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18. Mai 2017 warf die belangte Behörde der Bf Nachstehendes vor:

„Sie haben, wie am 16.03.2017 um 11:00 Uhr, in L., X, im Lokal mit der Bezeichnung „B., von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels festgestellt wurde, als Person (Mitarbeiterin der U. s.r.o., die dort Glücksspieleinrichtungen bereithält), gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem Sie den Einsatzkräften der Finanzpolizei trotz mehrfacher Aufforderung durch Läuten und Anklopfen zum Zwecke der Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz den Zutritt in das Lokal nicht unmittelbar ermöglicht haben und die anschließende Durchführung von Testspielen insofern verhindert haben, dass Sie die Spielbereitschaft der Geräte unterbrochen haben.“

Die belangte Behörde hat das Einkommen der Bf auf 1.200 Euro geschätzt. Sie ging davon aus, dass die Bf kein Vermögen und keine Sorgepflichten habe.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt und dem vom Gericht durchgeführten Beweisverfahren.
Insbesondere ergibt sich, dass die Bf die einzige anwesende Mitarbeiterin des Lokalbetreibers war und ihr, dies ergibt sich aus der glaubwürdigen und nachvollziehbare Aussage des Zeugen B., unter anderem die Aufgabe der Auszahlung von Gewinnen zukam. Aus den Angaben des Zeugen B. ergab sich insgesamt auch, dass ihm die Bf bekannt war. Ihr Versuch vor der Finanzpolizei darzustellen, dass sie um nichts wisse, die Geräte erstmalig gesehen zu haben und nicht wisse, wie man diese einschaltet, erweist sich als dementsprechend unglaubwürdig. Das vom Finanzamt vorgelegte Video, das unmittelbar vor Beginn der Kontrolle durch einen verdeckt einschreitenden Mitarbeiter der Finanzpolizei im Lokal aufgenommen wurde, beweist zweifelsfrei, dass sich die Bf gewandt im Lokal bewegt und ihr dieses gut bekannt ist. Sie macht keinesfalls den Eindruck, sich dort nicht auszukennen und wusste schließlich auch, wie die Türen mittels Schaltern zu öffnen sind. Aus dem Video ergibt sich im Übrigen auch, dass die Glücksspielgeräte unmittelbar vor der Kontrolle noch in Betrieb waren und die Bf in den Spielraum, dessen Türe zu diesem Zeitpunkt noch offen stand, geblickt und ihn auch betreten hat. Ihre Angabe, sie wisse nicht, ob die Geräte vor dem Eintreffen der Finanzpolizei gelaufen seien, ist daher schlicht falsch. Dass die Bf Gewinne auszahlt und die Geräte mittels Schlüssel wieder auf „0“ stellt ergibt sich aus den Angaben des Zeugen B. (TB-Protokoll, Niederschrift). Auch hieraus ergibt sich, dass die Bf mit den Geräten zu tun hat und mit ihnen vertraut ist. Letztendlich widerspricht es jeder Lebenserfahrung, dass die Bf als einzige Bedienstete in einem Glücksspiellokal anwesend ist, in diesem Lokal nichts als Glücksspielgeräte und Selbstbedienungsgetränkeautomaten vorhanden sind, die Bf aber nichts von den 9 vorhandenen Glücksspielgeräten weiß. Auch die während der Kontrolle aufgestellte Behauptung, die Bf verstehe kein Deutsch, erweist sich angesichts sonstiger klarer Angaben der Bf und der Aussagen des Zeugen S. als falsch und wird vom Aktenvermerk Beilage ./2, der eine öffentliche Urkunde ist, gestützt. Der

Umstand, dass die Bf trotz ausgewiesener Ladung nicht zur Verhandlung erschienen ist, spricht indes für sich.

Zum Vorbringen, das vorliegende Video, das dem Bf-Vertreter bereits bekannt war, dürfe im Verfahren nicht verwertet werden, ist darauf zu verweisen, dass im Verwaltungsstrafverfahren selbst im Falle gesetzwidrig erlangter Beweismittel kein Beweisverwertungsverbot vorherrscht (vgl. anstatt vieler: zur BAO VwGH 17.11.2010, 2007/13/0078; zum AVG 26.06.2001, 2001/04/0092) und dem Verwaltungsgericht im Übrigen keine Bestimmung bekannt ist, die die Vorgehensweise der Abgabenbehörde als rechtswidrig erscheinen lassen würde.

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. Zum behaupteten Spruchmangel, der Funktion der Bf als Bereithalterin und zur nicht gesetzgemäßen Auskunftserteilung:

III.2.1. Der Bf ist in Bezug auf den Spruch des Straferkenntnisses insofern Recht zu geben, als dieser nicht im Ansatz den vom Verwaltungsgerichtshof in ständiger Judikatur herausgebildeten Kriterien entspricht.

„Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1. 7. 2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (zB VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12. 3. 2010, 2010/17/0017; 17. 4. 2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl VwGH 20.7.1988, 86/01/0258; 31.1 2000, 97/10/0139; s auch VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124).“ (vgl. Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2).

Abgesehen davon, dass die belangte Behörde den Spruch mit für den Vorwurf gänzlich irrelevanten Themen, hier insbesondere der weitschweifigen rechtlichen Herleitung der Organeigenschaft der Finanzpolizei (hier zudem im Hinblick auf ein anderes Finanzamt) überfrachtet, übersieht sie gänzlich, dass ein Vorwurf nach § 50 Abs 4 GSpG nur dann dem Konkretisierungsgebot des § 44a Z2 VStG gerecht werden kann, wenn die Behörde jene Funktion der zu bestrafenden Person benennt, für die das Gesetz bestimmte Handlungspflichten vorsieht. Wie sich aus dem Weiteren ergeben wird, handelt es sich dabei vorliegend primär um das Erteilen von umfassenden Auskünften und war die Bf zu einer solchen vorliegend als „Bereithalterin von Glücksspielgeräten“ verpflichtet. Diese Funktion wäre im Spruch zu benennen gewesen und hat die belangte Behörde dies unterlassen.

Daraus ist für die Bf jedoch nichts gewonnen:
Anders als der Bf-Vertreter vorbrachte, wurde der Bf in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18. Mai 2017 vorgeworfen als „Mitarbeiterin der U. s.r.o., die dort Glücksspieleinrichtungen bereithält“ gehandelt zu haben. Die belangte Behörde hat der Bf das Bereithalten von Glücksspieleinrichtungen daher innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen und „[...] ist [es] grundsätzlich nicht nur das Recht, sondern die Pflicht der Berufungsbehörde, einen allenfalls fehlerhaften Abspruch der ersten Instanz richtig zu stellen oder zu ergänzen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist rechtzeitig eine alle der Bestrafung zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente enthaltende Verfolgungshandlung (wozu auch der Tatort gehört) durch die Behörde gesetzt wurde (vgl. E 16. September 2010, 2010/09/0155).“ (VwGH 20.05.2015; Ra 2014/09/0033)

Das Verwaltungsgericht war daher verpflichtet den Spruch zu korrigieren und um das fehlende innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfene Tatbestandsmerkmal zu ergänzen. Im Übrigen konnte der Spruch durch Entfallen lassen unnützer Bestandteile und Korrektur der Grammatik saniert werden.

III.2.2. 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 nicht nur den Betreiber des Apparats, sondern auch den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgen (VwGH 20.06.2012, 2012/17/0114).
Die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunfts-pflicht erfasst sind, hat sich nach der Rsp des VwGH nach dem Aufgabenbereich der Angestellten zu richten (vgl. etwa VwGH 21.08.2014, Ra 2014/17/0004; 20.06.2012, 2012/17/0114).
Wenn der Gesetzgeber Personen im Übrigen besondere Auskunftspflichten auf-bürdet, meint er naturgemäß wahre und richtige Auskünfte, sodass es auf der Hand liegend zur Erfüllung einer Auskunftspflicht nicht hinreichen kann, wenn unwahre oder erfundene Geschichten erzählt werden, weil es sich dann nicht um Auskünfte handelt.

Vorliegend war die Bf die einzige im Lokal anwesende Mitarbeiterin des Betreibers. Zu ihren Aufgaben gehörte es auch, Gewinne auszuzahlen und die Geräte auf „0“ zurückzustellen. Sie war also unmittelbar für die Glücksspielgeräte zuständig, woraus sich ihre Eigenschaft als Bereithalter ergibt. Die Bf musste insofern die in § 50 Abs 4 GSpG dargestellten „Bereithalter-Pflichten“ erfüllen.

III.2.3. Die Bf war demgemäß verpflichtet umfassend Auskünfte zu erteilen. Nach den Feststellungen hat die Bf zwar Auskünfte erteilt, verschiedene Fragen der Organe beantwortete sie jedoch nicht der Wahrheit gemäß, etwa, dass die Gäste im Lokal nur Kaffee oder andere Getränke trinken würden, oder, dass sie nicht auszahle. Sie gab auch an, nicht zu wissen, wie man die Geräte einschalte und ob diese zuvor gelaufen seien, obwohl sie dies angesichts ihrer Anwesenheit im Raum wusste. Die Bf hat daher bewusst die Unwahrheit gesagt und damit die geforderten Auskünfte nicht erteilt.

Die Bf hat den objektiven Tatbestand des § 50 Abs 4 GSpG demnach dadurch erfüllt, dass sie als Person, die Glücksspielgeräte bereithielt nicht umfassend Auskunft erteilt hatte.

Eine detaillierte Darstellung im Spruch, wodurch die Bf ihrer Auskunftspflicht nicht nachgekommen ist, ist nach der Judikatur des VwGH nicht erforderlich (vgl. VwGH 18.05.2016, Ra 2015/17/0029).

III.3. Zu den Vorwürfen des Verhinderns von Testspielen durch „Unterbrechen der Spielbereitschaft der Geräte“ und der nicht „unmittelbaren“ Ermöglichung des Zutritts zum Lokal:

III.3.1. Neben dem Vorwurf, Fragen nicht gesetzgemäß beantwortet zu haben, wirft die belangte Behörde der Bf vor, den Organen der Finanzpolizei den Zutritt zum Lokal nicht unmittelbar ermöglicht zu haben. Die belangte Behörde will damit zum Ausdruck bringen, die Bf habe die Türe nicht schnell genug geöffnet und habe insofern gegen ihre Mitwirkungspflicht verstoßen.

Die diesbezüglich erforderlichen Feststellungen, nämlich dass die Bf in diesem Zusammenhang rechtswidrige Handlungen gesetzt hat, weil sie die Türe zumindest fahrlässig nicht unverzüglich geöffnet hat, lassen sich angesichts des dazu fehlenden Sachverhaltssubstrats nicht mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit treffen. Obwohl nämlich ein Organ der Finanzpolizei bereits im Lokal anwesend war und dort Videoaufnahmen gemacht hat, ist die Bf im relevanten Zeitraum auf dem Video nicht zu sehen. Lediglich ist das Klingeln an der Türe hörbar. Anstatt aber dieser Szene Aufmerksamkeit zu schenken, bricht das im Lokal anwesende Organ der Finanzpolizei die Videoaufnahme ab und verlässt dann wohl das Lokal.
Selbst wenn man davon ausgehen will, dass bereits das Nichtöffnen der Türe des Lokal, welches naturgemäß vor Beginn der Kontrolle erfolgen muss, einen Verstoß gemäß § 50 Abs 4 GSpG darstellen könnte, würde dieser zumindest das Wissen oder das fahrlässige Nichtwissen darum erfordern, dass die Personen, die an der Türe geläutet haben, Organe der Finanzpolizei sind. Weder ergibt sich aber aus der Anzeige, noch aus dem Video, dass die amtshandelnden Personen sich für die Bf hör- oder sonst erkennbar als Organe der Abgabenbehörde zu erkennen gegeben haben. Es haben sich vorliegend keine Hinweise dafür ergeben, dass die Bf innerhalb der ihr vorgeworfenen Minute feststellen konnte, dass eine Glücksspielkontrolle bevorstand oder es sich bei den läutenden Personen um Organe der Finanzpolizei handelte. Es ist dies angesichts der Deaktivierung der Glücksspielgeräte zwar zu vermuten, jedoch reicht eine solche Vermutung im Verwaltungsstrafverfahren nicht hin. Es kann auch nicht festgestellt werden, wo sich die Bf zum Zeitpunkt des Läutens befand und ob es ihr überhaupt möglich war „unmittelbar“ die Türe zu öffnen. Vor diesem Hintergrund und der verhältnismäßig kurzen Dauer (1 Minute) bis zum tatsächlichen Öffnen der Türe, kann der Bf nicht mit Erfolg vorgeworfen werden, sie habe die Türe zumindest fahrlässig nicht rechtzeitig geöffnet. Die Beweislage erweist sich diesbezüglich als zu dünn.

III.3.2. Was nun den weiteren Vorwurf des „Unterbrechens der Spielbereitschaft“ womit die belangte Behörde zum Ausdruck bringen will, dass die Bf die Stromzufuhr zu den Glücksspielgeräten unterbrochen und dadurch die Spielbereitschaft der Geräte nicht mehr gewährleistet war, wirft die belangte Behörde der Bf kein strafbares Verhalten vor.

Wie sich aus dem Wortlaut des § 50 Abs 4 GSpG ergibt, haben sogenannte Bereithalter umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld- oder Spieleinsätzen zu ermöglichen. Aus dem Gesetz ergibt sich aber nicht, dass das bloße Deaktivieren von Glücksspielgeräten – noch dazu vor Beginn der eigentlichen Kontrolle – schon an sich strafbar ist.
Anstatt der Bf demgemäß vorzuwerfen, sie habe nach Aufforderung durch die Finanzpolizei Testspiele nicht ermöglicht, weil sie die Spielbereitschaft der Geräte nicht wieder hergestellt hat, wurde ihr bloß vorgeworfen, sie habe die Geräte deaktiviert. Das bloße Deaktivieren von Geräten stellt das Gesetz nicht unter Strafe.

III.3.3. Sache des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Korrigierbarkeit

In seinem Erkenntnis vom 31. Juli 2014, Ro 2014/02/0099, hat der Verwaltungsgerichtshof wie folgt ausgesprochen: „Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war die Berufungsbehörde in Verwaltungsstrafsachen berechtigt, die als erwiesen angenommene Tat – unter Beachtung der durch das Verbot der reformatio in peius (§ 51 Abs 6 VStG, vgl nun § 42 VwGVG) gezogenen Grenzen – einer anderen rechtlichen Subsumtion, etwa der Unterstellung unter eine andere Strafnorm, zu unterziehen (vgl das hg Erkenntnis vom 18. Oktober 2007, Zl 2006/09/0031). Im Hinblick auf die den Verwaltungsgerichten übertragene Pflicht, in Verwaltungsstrafsachen über Beschwerden meritorisch zu entscheiden (Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG und § 50 VwGVG), kann für das Beschwerdeverfahren gegen Straferkenntnisse der Verwaltungsbehörden vor den Verwaltungsgerichten nichts anderes gelten.“

In seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 2013, 2009/06/0189, sprach der Verwaltungsgerichtshof aus, dass "‘Sache‘ des Berufungsverfahrens [...] die Angelegenheit [ist], die Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterinstanz war; die den Entscheidungsspielraum der Berufungsbehörde begrenzende Sache iSd (gemäß § 24 VStG im Strafverfahren anwendbaren) § 66 Abs 4 AVG ist also nicht etwa jene, welche in erster Instanz in Verhandlung war, sondern ausschließlich die, die durch den (Spruch des) erstinstanzlichen Bescheid(es) begrenzt ist (vgl die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I^2, S 1265 unter E 111f zu § 66 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung). Gegenstand des Verfahrens vor der belangten Behörde war somit nur die im Spruch des erstinstanzlichen Bescheides genannte Tat.“

"Sache" des Beschwerdeverfahrens vor dem VwG ist – ungeachtet des durch § 27 VwGVG 2014 vorgegebenen Prüfumfangs – jedenfalls nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat (VwGH 16. November 2015, Ra 2015/12/0026).

Eine Befugnis des VwG zur Ausdehnung des Gegenstandes des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG 2014 hinaus, wurde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 nicht geschaffen (Hinweis E vom 5. November 2014, Ra 2014/09/0018, mwN zur Rechtslage vor Schaffung der VwG; der VwGH hat darin festgehalten, es sei kein Anhaltspunkt dafür zu erkennen, dass von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH zum Berufungsverfahren in Verwaltungsstrafsachen abzugehen wäre). So würde etwa eine Ausdehnung des Tatzeitraums erst im Beschwerdeverfahren in Verwaltungsstrafsachen vor dem VwG eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Beschwerdeverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG 2014 darstellen (vgl VwGH 16. März 2016, Ro 2014/04/0072). Nichts anderes kann im Hinblick auf die Ausdehnung der Tathandlung (Tatbestandselemente) selbst gelten.

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Zumal die belangte Behörde der Bf mit dem unter Punkt III.3.2. dargestellten Vorwurf kein strafbares Verhalten vorgeworfen hat, würde das Verwaltungsgericht der Bf im Fall einer Korrektur dahin, dass die Bf der Aufforderung die Spielbereitschaft wieder herzustellen, nicht nachgekommen ist, erstmalig einen gesetzgemäßen Vorwurf machen, was dem VwG nicht zukommt.

III.4. 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.

Die Bf hat sich in Bezug auf die Auskunftserteilung nur auf mangelnde Deutschkenntnisse berufen und dargestellt, dass sie sich nicht selbst belasten musste.

Das abgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass die Bf über ausreichende Deutschkenntnisse verfügte, sodass sie sich auf diesen Umstand nicht berufen kann.

Im Erkenntnis vom 22. Oktober 2013, 2013/17/0168, wurde der Berufung eines Angestellten auf § 33 Abs. 2 VStG und auf das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, entgegengehalten, dass „er als Angestellter des Lokalinhabers gerade nicht vom Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst ist und daher auch nicht als Beschuldigter anzusehen war."

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). Die Bf ist jedoch als Angestellte 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). Die Bf war insofern auch nicht als Verdächtige im Sinne des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG zu betrachten.

Die Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen. Sie hat somit ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

III.5. Strafbemessung

III.5.1. 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 Vermögens-verhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

III.5.2. Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben der Bf zu ihren Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 1.200 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus.

Als mildernd ist die Unbescholtenheit zu werten. Erschwerungsgründe kamen keine hervor.

Die belangte Behörde fasste vorliegend mehrere der Bf vorzuwerfende Handlungen zu einer Tat zusammen, neben der nicht ausreichenden Auskunftserteilung auch das nicht „unmittelbare“ Öffnen der Türe und das Trennen der Geräte vom Stromnetz. Diese drei Handlungsstränge gewichtete die belangte Behörde und kam zu einer Strafe von 2.000 Euro.

Die Bedeutung des Rechtsguts zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an einer kontrollierten Durchführung von Glücks-spielen mit fiskal- und ordnungspolitischen Zielsetzungen ist hoch. Es geht vor allem um die wichtige Bekämpfung der besonders negativen Begleiterscheinungen des unkontrollierten illegalen Glücksspiels.

Angesichts der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes kommt eine Ermahnung nicht in Betracht.

Zu beachten ist vorliegend, dass zwei der genannten Handlungsstränge aufgrund fehlerhaften Vorwurfs bzw. wegen mangelnder Beweisbarkeit entfallen und die Bf auch nicht jegliche Auskunft verweigert hat, sondern nur teilweise Fragen nicht beantwortet hat.
Hier ist jedoch zu beachten, dass die Bf teilweise bewusst gelogen hat, was zu ihrem Nachteil zu gewichten ist.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse erscheint die verhängte Geldstrafe von 2.000 Euro als zu hoch.
Die Bf ist Ersttäterin und hat ein nach heutigen Maßstäben geringes Einkommen. Sie ist unbescholten.

Nach Ansicht des Gerichts ist insofern eine Geldstrafe von 1.000 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 15 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 zu korrigieren.

Bei diesem Ergebnis war der 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 100 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s e

1. Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit

zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

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