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-412672/9/MS/BBa

Datum:
Linz, 17. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde von M T, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 15. Jänner 2018, GZ: BHBRSich-2016-419258/99-Sch, wegen Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) und somit Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. April 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Spruch des angefochtenen Bescheides insofern konkretisiert wird, als der Tatort auf „x, x“ korrigiert wird und die Strafsanktionsnorm (unter „gemäß §“) „§ 52 Abs. 1 GSpG“ zu lauten hat.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 500 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. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (im Folgenden: belangte Behörde) vom 15. Jänner 2018, GZ: BHBRSich-2016-419258/99-Sch, wurde über M T (im Folgenden: Beschwerdeführerin) eine Geldstrafe von 2.500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 38 Stunden) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 250 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie, Frau M T, als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten hat, haben dadurch, dass Sie bei der oben angeführten Kontrolle den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglicht haben, weil Sie weder Geld noch Spieleinsätze zur Verfügung gestellt und die Datenleitung zu den vorgefundenen Glücksspielgeräten während der Kontrolle unterbrochen haben, gegen die Ihnen zukommende Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs 4 GSpG verstoßen.
Sie haben die vorstehend beschriebenen Handlungen, Testspiele nicht ermöglicht, obwohl Sie aufgrund der niederschriftlich festgehaltenen Eigenschaft als Lokalverantwortliche dazu verpflichtet waren.
Durch dieses Verhalten haben Sie die Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs 4 GSpG verletzt und somit eine Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG begangen.

Tatzeit:
30.11.2017
Tatort:
Cafe Restaurant B, x, x

Sie haben somit folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 52 Abs 1 Z 5 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammenfasst aus, dass bei der gegenständlichen Kontrolle im Lokal „Cafe Restaurant B“ die Beschwerdeführerin angetroffen und die Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz bei ihr angemeldet worden sei. Im hinteren Lokalbereich seien zwei Glücksspielgeräte eingeschaltet und voll funktionsfähig aufgestellt gewesen. Die Beschwerdeführerin habe trotz Aufforderung zu Kontrollbeginn, Testspielgeld für die Bespielung der Geräte zur Verfügung zu stellen, verweigert und zeitgleich per Telefon die Geräte – bevor diese bespielt werden konnten – heruntergefahren. Eine Bespielung sei nicht mehr möglich gewesen. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass erschwerend drei einschlägige rechtskräftige Vorstrafen gewertet werden. Milderungsgründe hätten nicht ermittelt werden können. Die verhängte Strafe erscheine schuldangemessen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 12. Februar 2018, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe sowie jedenfalls die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses beantragt werden.

Darin wird insbesondere die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des Straferkenntnisses, Verfahrensfehler, die Unzuständigkeit der bescheiderlassenden Behörde, eine unrichtige rechtliche Beurteilung, die mangelnde Schuld und eine falsche Strafbemessung vorgebracht.
Begründend wird dazu unter anderem ausgeführt, dass die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einem angenommenen Verstoß gegen das GSpG entfalle. Eine im Verdacht auf einen derartigen Verstoß stehende Person könne nicht dazu verpflichtet werden, Beweise gegen sich selbst zu liefern. Zudem wird in der Beschwerde das Unterlassen von Feststellungen zum technischen Ablauf der Spiele und zur Eigenschaft der bei der Kontrolle vorgefundenen Geräte als Glücksspielautomaten gerügt. Die im Spruch genannte Tat fände daher in den Feststellungen nicht ausreichend Deckung, weshalb ein Begründungsmangel vorliege. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals werde beantragt. Darüber hinaus erfolgt in der Beschwerde eine ausführliche Argumentation dahingehend, dass das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei; darauf beziehend wird die Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage von in der Beschwerde näher genannter Fragen an den EuGH beantragt.

Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 5. März 2018, eingelangt am 8. März 2018, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Zu der für 23. April 2018 anberaumten öffentlichen mündlichen Verhandlung legte die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom gleichen Tag mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung ein ergänzendes schriftliches Vorbringen betreffend die Europarechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols samt einem Konvolut an Beilagen vor.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das gegenständliche Verfahren sowie die Verfahren zu LVwG-412668, LVwG-412671 und LVwG-412674, die allesamt die gleiche finanzpolizeiliche Kontrolle vom 30. November 2017 im Lokal „Cafe Restaurant B“ betreffen, zu einer gemeinsamen öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. April 2018 verbunden. Zur Verhandlung sind je ein Vertreter

der Organpartei, der belangten Behörde und der Beschwerdeführerin sowie der geladene Zeuge C K erschienen.

Die anwesenden Parteienvertreter konnten in der mündlichen Verhandlung ihre rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun, sowie bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts – insbesondere auch durch Befragung des anwesenden Zeugen – mitwirken.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt (insbesondere in den im Akt einliegenden finanzpolizeilichen Aktenvermerk, in die Niederschrift, in die GSp26-Dokumentationen und in die Fotodokumentation) und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte; insbesondere durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. April 2018.

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

Am 30. November 2017 fand ab 19:15 Uhr im Lokal „Cafe Restaurant B“ in x, x, eine finanzpolizeiliche Kontrolle statt. Dabei wurden im hinteren Lokalbereich folgende zwei Geräte betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig in einem öffentlich zugänglichen Bereich vorgefunden:

1. Auftragsterminal (Skill Games), Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074264
2. Auftragsterminal (Skill Games), Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074265

Bei den Geräten handelt es sich um virtuelle Walzenspielgeräte, bei denen abhängig vom Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Kurz vor der Kontrolle ging ein Kontrollorgan in Zivilkleidung „verdeckt“ gegen 19:00 Uhr in das Lokal „Gasthaus B“ in x, x, um Aufschluss darüber zu erhalten, ob Glücksspielgeräte aufgestellt sind. Das Kontrollorgan fragte die Beschwerdeführerin um den Spielablauf und erlaubte ihr auch, den voreingestellten Spieleinsatz auf 20 Cent umzustellen. Die Beschwerdeführerin hat sodann Tasten gedrückt und es wurde das Spiel „Ring of Fire“ ausgewählt und auch gestartet und der Einsatz von 20 Cent von den 15 Euro Spielguthaben abgezogen. Das Kontrollorgan hat keine Einsicht in die Betriebsanleitung genommen und konnte nicht versuchen, ob es durch Geschicklichkeit das Spiel beeinflussen könnte, da sämtliche Spielhandlungen von der Beschwerdeführerin ausgeführt wurden. An der späteren Kontrolle hat es nicht mehr teilgenommen, sondern ist im Gastraum gesessen und hat sein zuvor bestelltes Getränk bezahlt.

Das gegenständliche Lokal wurde zum Tatzeitpunkt von der T M KG, deren (einzige) unbeschränkt haftende Gesellschafterin die Beschwerdeführerin ist, betrieben. Diese ist Inhaberin der Geräte.

Bei Beginn der Kontrolle war die Beschwerdeführerin zugegen. Die Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz wurde bei ihr angemeldet. Die Beschwerdeführerin wurde zu Kontrollbeginn aufgefordert, den Kontrollorganen der Finanzpolizei Testspielgeld für die Bespielung der Geräte zur Verfügung zu stellen, was diese verweigerte. Zeitgleich verwendete die Beschwerdeführerin ihr Telefon und gab etwas ein worauf wenige Augenblicke später, bevor die Geräte bespielt werden konnten, diese heruntergefahren wurden; auf beiden Displays erschien die Anzeige „NET (ERROR)“.

Eine Bespielung der Geräte war danach bis zum Ende der Kontrolle nicht mehr möglich.

Das (geschätzte) monatliche Nettoeinkommen der Beschwerdeführerin beträgt 3.000 Euro, sie hat kein relevantes Vermögen und keine bestehenden Sorgepflichten. Zum Tatzeitpunkt lag gegen die Beschwerdeführerin (zumindest) eine rechtskräftige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung bei der belangten Behörde vor (GZ: Pol96-698-4-2015-Bu vom 07.12.2016 – je 3 x 1000 Euro wegen Verstoßes gegen § 51 Abs. 1 Z 1 GSpG).

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 der bei der Kontrolle Anwesenden und die erfolgte Aufforderung, Testspiele zu ermöglichen, unstrittig aus den im Akt einliegenden Unterlagen bzw. Dokumentationen der finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere der aufgenommenen Niederschrift, sowie der Angaben des Zeugen K in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Auch die Beschwerdeführerin bestreitet selbst zu keinem Zeitpunkt, dass keine Testspiele ermöglicht wurden bzw. die Geräte heruntergefahren wurden und ergibt sich aus der Dokumentation der finanzpolizeilichen Kontrolle. Ein Beenden der Datenleitung bildet (genauso wie etwa das Deaktivieren der Stromversorgung) ein nicht unübliches und gerichtsbekanntes Vorgehen, um Glücksspielkontrollen durch Organe der Finanzpolizei zu verunmöglichen oder zumindest zu erschweren. Da die Deaktivierung kurz nach dem Moment erfolgte, in dem sich die Finanzbeamten zu erkennen gaben, und die Beschwerdeführerin mit ihrem Telefon agierte, geht das Gericht bei lebensnaher Betrachtung davon aus, dass diese Deaktivierung von Seiten der Beschwerdeführerin erfolgte. Gegenteiliges wurde von der Beschwerdeführerin im gesamten Verfahren auch kein einziges Mal auch nur behauptet.

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 C K, der selbst kurz vor der Kontrolle sich noch von der Betriebsbereitschaft überzeugen konnte und unter Anleitung durch die Beschwerdeführerin zumindest auf einem Gerät ein Spielguthaben von 15 Euro hergestellt, das Spiel „Ring of Fire“ ausgewählt und gestartet hat. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich daher weder aus dem Akt noch im weiteren Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen. 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 Beschwerdeführerin ergibt sich insbesondere aus dem Firmenbuch; überdies waren sie in großen Teilen bereits gerichtsbekannt und blieben unbestritten. Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens der Beschwerdeführerin von 3.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und sonst. Vermögen wurde der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieb im gesamten verwaltungsbehördlichen und -gerichtlichen Verfahren unwidersprochen. Das Vorliegen von verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen der Beschwerdeführerin im Tatzeitpunkt ergibt sich aus den sich im Akt befindlichen Ermittlungen der belangten Behörde.

Das Beschwerdevorbringen, wonach Feststellungen zum technischen Ablauf der Spiele und zur Eigenschaft der bei der Kontrolle vorgefundenen Geräte als Glücksspielautomaten unterlassen worden bzw. zu treffen seien, ist nicht zielführend. Derartige Feststellungen sind im Zusammenhang mit der Verletzung der Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten gemäß § 50 Abs. 4 GSpG nicht entscheidungsrelevant. Daher war auch kein Sachverständigengutachten zur Frage der Funktionsweise der beschlagnahmten Terminals seitens des erkennenden Gerichts einzuholen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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 begangen 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.“

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 die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

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.

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 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 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 T M KG betrieb am Kontrolltag jenes Lokal, in dem die oben bezeichneten Geräte aufgestellt waren bzw. den Gästen zur Verfügung standen. Zu Kontrollbeginn lag (zumindest) der äußere Anschein vor, dass an diesen beiden Geräten Spiele angeboten wurden, deren Ausgang vom Zufall abhing und bei denen gegen Einsatz einer vermögenswerten Leistung ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde. Die gegenständlichen Geräte boten daher anscheinlich Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG an und sind daher als Glücksspieleinrichtungen iSd Bestimmung zu qualifizieren.

Im vorliegenden Fall ist die T M KG als Betreiberin des Lokals „Cafe Restaurant B“ somit diejenige, die Glücksspieleinrichtungen bereithält bzw. Glücksspiele zugänglich macht. Die Beschwerdeführerin ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der T M KG und damit als zur Vertretung nach außen berufene Organ verwaltungsstrafrechtlich für die Handlungen und Unterlassungen der Gesellschaft verantwortlich. Die Lokalbetreiberin war in ihrer Eigenschaft als Inhaberin der verfahrensgegenständlichen Geräte nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG bzw. die Beschwerdeführerin überdies auch als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, da sie alleine im Lokal anwesend und damit auch faktisch verfügungsbefugt war bzw. als Gesellschafterin verantwortlich für das gegenständliche Lokal war – im Kontrollzeitpunkt grundsätzlich verpflichtet, den Organen der öffentlichen Aufsicht, zu denen gemäß § 50 Abs. 2 Satz 2 GSpG auch die Organe der Abgabenbehörden zählen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen.

Im konkreten Fall wurde jedoch nachdem die Kontrolle nach dem Glücksspiel-gesetz von den Kontrollorganen bei der Beschwerdeführerin angemeldet wurde, diese aufgefordert, den Kontrollorgangen der Finanzpolizei Testspielgeld für die Bespielung der Geräte zur Verfügung zu stellen, was diese verweigerte. Zeitgleich verwendete die Beschwerdeführerin ihr Telefon und gab etwas ein worauf wenige Augenblicke später, bevor die Geräte bespielt werden konnten, diese herunter-gefahren wurden; auf beiden Displays erschien die Anzeige „NET (ERROR)“. Eine Bespielung der Geräte war danach bis zum Ende der Kontrolle nicht mehr möglich. Wenn aber ein Spiel nur bei aufrechter Internetverbindung durchgeführt werden kann, dann umfasst die Verpflichtung, die Durchführung von Testspielen zu ermöglichen, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch die Verpflichtung zur Herstellung einer Internetverbindung (siehe VwGH 24.2.2014, 2013/17/0843).
Durch dieses Verhalten (Weigerung, für Testspiele Geld zur Verfügung zu stellen und Hervorrufen des Fehlers „NET ERROR“) hat sie demnach gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflichten, konkret gegen die Verpflichtung umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen

zu ermöglichen, nach dem § 50 Abs. 4 Satz 2 iVm § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG verstoßen und das objektive Tatbild somit erfüllt.

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. „Ungehorsams-delikt").

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 Beschwerdeführerin hat sich im Ergebnis insbesondere 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 bzw. gebotenen Handlung ein konkreter Verdacht einer dem Betroffenen 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 Verwaltungs-übertretung steht eine Person, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, die die Annahme wahrscheinlich erscheinen lassen, dass diese Person eine Verwaltungs-übertretung begangen habe (vgl. dazu etwa *Pürgy* in N. Raschauer/Wessely

[Hrsg], Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz^2, § 32 Rz. 2). Für die Beurteilung der Mitwirkungs- bzw. Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG in Zusammenhang mit dem Selbstbezichtigungsverbot wird es daher von wesentlicher Bedeutung sein, ob eine bloße Kontrolle der Einhaltung der glücksspielrechtlichen Vorschriften stattfindet oder bereits Testspiele durchgeführt wurden und vor diesem Hintergrund ein begründeter Verdacht von Verstößen gegen das GSpG entstanden ist (vgl. etwa VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834; idS wohl auch VwGH 29.12.2017, Ra 2017/17/0958):

In einem Verfahren anlässlich einer Kontrolle, bei der die Durchführung von Testspielen wegen eines Verbindungsfehlers mit dem Internet nicht möglich war und der Geschäftsführer der lokalbetreibenden GmbH sich weigerte, den Internetzugang wiederherzustellen, bestätigte etwa der Verwaltungsgerichtshof dessen Bestrafung wegen der Verletzung der Mitwirkungspflicht (VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834). Dies mit der Begründung, dass noch keine Situation vorgelegen habe, in der das Selbstbezichtigungsverbot – auf das sich der beschwerdeführende Geschäftsführer berief – überhaupt zum Tragen hätte kommen können. Es habe sich um eine bloße Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes gehandelt; der konkrete Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG oder einer Straftat nach § 168 StGB habe (noch) nicht vorgelegen.

Nach der jüngeren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dient eine Kontrolle nach § 50 Abs. 4 GSpG nämlich grundsätzlich der Überwachung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und nicht nur ausschließlich der Überwachung der Einhaltung des in den §§ 3 und 4 GSpG normierten Glücksspielmonopols. Sinn und Zweck einer Kontrolle gemäß § 50 Abs. 4 GSpG ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG eingehalten werden (vgl VwGH vom 29.06.2016, Ra 2016/09/0007, und vom 10.10.2016, Fr 2016/17/0005; zuletzt 19.12.2016, Ra 2016/17/0038).

Bei einer Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis vom 24.02.2014, 2013/17/0834, sowie den Beschluss vom 18.05.2016, Ra 2015/17/0029; jüngst 19.12.2016, Ra 2016/17/0038) (noch) keine Situation vor, in der ein Aussageverweigerungsrecht im Falle der Selbstbezichtigung überhaupt zum Tragen kommt.

Aus dem festgestellten Sachverhalt geht hervor, dass die Testspiele unmittelbar nach Beginn der Kontrolle stattfinden sollten. Im konkreten Fall wurden aber die beiden Geräte sogleich bei Kontrollbeginn durch die Beschwerdeführerin heruntergefahren und die Bereitstellung von Testspielgeld noch zuvor von der Beschwerdeführerin verweigert. Zu diesem Zeitpunkt war noch nicht klar, welcher

Art die auf den – unstrittig vorhandenen – Automaten vorhanden Spiele konkret waren, also ob das Ergebnis überwiegend vom Zufall abhing, etc.; auch war nicht klar, wer Eigentümer der Geräte und Veranstalter der Glücksspiele war. Die Durchführung von Testspielen wäre daher notwendig gewesen, um überprüfen zu können, ob die Bestimmungen des GSpG eingehalten oder verletzt wurden und diente der Sachverhaltsfeststellung, ob das auf den Geräten erzielbare Spielergebnis überwiegend vom Zufall abhängig war. Es handelte es sich daher – da der auf den Geräten vorhandene „Net-Error“ auch über die gesamte Kontrollzeit nicht mehr behoben wurde und diese folglich nicht mehr bespielbar waren – um eine „bloße“ Kontrolle zur Überwachung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes im Sinne der Judikatur des VwGH.

Zu diesem Zeitpunkt lagen noch keine ausreichenden Anhaltspunkte vor, die die Annahme wahrscheinlich erschienen ließen, die Beschwerdeführerin habe eine Verwaltungsübertretung begangen. Alleine der Umstand, dass kurz vor der Kontrolle ein Kontrollorgan in Zivilkleidung „verdeckt“ in das gegenständliche Lokal ging, um Aufschluss darüber zu erhalten, ob Glücksspielgeräte aufgestellt sind und auch unter der „Anleitung“ der Beschwerdeführerin ein Spiel gestartet wurde, ließ noch nicht den Schluss zu, dass auf diesen Geräten auch tatsächlich verbotene Glücksspiele angeboten wurden. Vielmehr wurde vom Kontrollorgan noch keine Einsicht in die Betriebsanleitung genommen und konnte dieses nicht versuchen, ob das Spiel durch Geschicklichkeit etc. beeinflussbar wäre etc. Auch nahm da Kontrollorgan an der späteren Amtshandlung nicht teil.
Mangels konkreten Verdachts im Zeitpunkt des Kontrollbeginns und somit Stellung als Beschuldigte konnte sich die Beschwerdeführerin daher in diesem Punkt nicht auf das Verbot des Zwanges zur Selbstbezichtigung berufen. Ihre Weigerung, Spielgeld für Testspiele zur Verfügung zu stellen bzw. ihr Ausschalten der Geräte und somit die Verunmöglichung der Testspiele, war daher nicht gerechtfertigt und verletzte die Mitwirkungspflicht des § 50 Abs. 4 GSpG.

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

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 Beschwerdeführerin als nach außen Vertretungsbefugte der Lokalbetreiberin, durch die Verweigerung der Bereitstellung von Testspielgeld und Verunmöglichung der Durchführung von Testspielen durch Verursachung eines „Net Errors“ während der gesamten Dauer der Kontrolle 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 Beschwerdeführerin hinter dem in § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückgeblieben und das Verschulden daher lediglich geringfügig gewesen wäre. Es sind gerade keine die Schuld möglicherweise mildernden Umstände im Ermittlungsverfahren zu Tage getreten (vgl. dazu auch noch sogleich unter Punkt III.3.4.).

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 2.500 Euro somit im untersten Bereich des Strafrahmens (rund 10 % des in Betracht kommenden Strafausmaßes).

Den von der Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin realistische Schätzung der belangten Behörde von einem Nettoeinkommen von 3.000 Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten heranzuziehen, da die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer diesbezüglichen Mitwirkungspflicht hierzu zu keiner Zeit des verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens – insbesondere etwa im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bestehenden Möglichkeiten – diesbezüglichen 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. So wollte der Gesetzgeber mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten dem Versuch der Glücksspielanbieter begegnen, durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Nicht nur, dass den Kontrollorganen Testspiele unentgeltlich ermöglicht werden sollten, es sollten sich die Verpflichteten auch nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflicht entziehen können (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1960 BlgNR 24. GP 51 zu § 50 Abs. 4 zweiter Satz GSpG). Ohne diese Pflichten wäre es den Behörden nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das Glücksspielgesetz festzustellen und entsprechend zu ahnden (vgl. dazu auch VwGH, 24.02.2014, 2013/17/0834). Wie oben dargelegt, hat die Beschwerdeführerin durch das ihr angelastete Verhalten ihre Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG konsequent missachtet und die Geräte auch während der gesamten Kontrolle etwa auch nicht wieder hochgefahren.

Insgesamt betrachtet erscheint daher der von der belangten Behörde vorgeschriebene Strafbetrag von 2.500 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

Beschwerdeführerin 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.

Zur vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des GSpG:
Die vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken gegen das österreichische Glücksspielmonopol sind im Hinblick auf die der Beschwerdeführerin im gegenständlichen Verfahren angelastete Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 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 Beschwerdeführerin 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.

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 in Hinblick auf den Strafsatz und die Präzisierung des Tatorts (vgl. dazu noch sogleich die nachstehenden Ausführungen) zu bestätigen.

Hinsichtlich des Tatorts ist noch darauf hinzuweisen, dass aus den Akten und den Erhebungen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich hervorgeht, dass bis zum Jahr 2012 die Straßenanschrift des gegenständlichen Lokals in der Ortschaft x, x, gelautet hat. Danach erfolgte eine Umbenennung des Straßennamens in x. Die räumliche Lage des Lokals blieb dadurch unverändert. Im bekämpften Bescheid wurde jedoch irrtümlich die alte Straßenanschrift angeführt. Zur Klarstellung erfolgt durch das erkennende Gericht eine diesbezügliche Korrektur des Spruchpunktes. Dies beschwert die Beschwerdeführerin auch deshalb nicht, da der Kontrollort nie zweifelhaft war bzw. in Frage gestellt und lediglich eine veraltete Straßenbezeichnung verwendet wurde.

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 Beschwerdeführerin daher 500 Euro (= 20 % von 2.500 Euro) als Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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. Süß