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-412736/6/KH/JK

Datum:
Linz, 23. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des A K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 8.2.2018, GZ: Pol96-69-2015, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 8.5.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe Folge gegeben, dass die verhängte Strafe auf 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 15 Stunden) herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens reduzieren 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 dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (im Folgenden: belangte Behörde) vom 8.2.2018 wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 45 Stunden) verhängt, weil die P GmbH am 11.8.2015 um ca. 12:08 Uhr in dem von ihr betriebenen Lokal „L S“ in R als Inhaberin während einer Kontrolle nach dem GSpG durch das Finanzamt Braunau-Ried-Schärding, Team Finanzpolizei, ihre Mitwirkungspflicht verletzt habe, indem sie den Organen der Finanzpolizei gegenüber umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglicht habe, weil weder Geld noch Spieleinsätze zur Verfügung gestellt worden seien, weil die Datenleitung zu den im Lokal vorgefundenen (und im Bescheid näher bezeichneten) Glücksspielgeräten unterbrochen worden sei und zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht für die Anwesenheit einer Person gesorgt habe, die gegenüber den Kontrollorganen den Verpflichtungen gemäß § 50 Abs. 4 GSpG nachkomme, da die bei der Kontrolle anwesende Angestellte und Lokalverantwortliche S D Auskünfte über die Geräte sowie die Auszahlung eines Spielguthabens von 57 Euro in bar verweigert habe. Diese Verwaltungsübertretung habe der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH mit Sitz in W gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) zu verantworten.

I.2. Dagegen erhob der Bf mit Schriftsatz vom 5.3.2018 rechtzeitig Beschwerde. Es wurden die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe beantragt.

Begründend wird in der Beschwerde im Wesentlichen vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und die belangte Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden, ferner lägen mangelnde Schuld und eine zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 19.3.2018 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit Eingabe vom 8.5.2018 erstattete der Bf eine ergänzende Stellungnahme betreffend die Europarechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols samt einem Konvolut an Beilagen.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 8.5.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der weder der Bf bzw. dessen

Rechtsvertreter noch die belangte Behörde, sondern ausschließlich eine Vertreterin des Finanzamtes Braunau-Ried-Schärding sowie der Zeuge H W erschienen sind.

Seitens der Verhandlungsleiterin wurde auf die Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017, insbesondere auf die auf Seite 7 dieser Stellungnahme erwähnten Beilagen 1 bis 15, verwiesen. Diese Stellungnahme samt Beilagen wurde verlesen und zum Akt genommen.

Der Zeuge H W gab in der mündlichen Verhandlung an, dass er bei der Kontrolle am 11.8.2015 im Lokal „L S“ in R anwesend gewesen sei. Er verwies betreffend den Inhalt der Angaben auf den Behördenakt bzw. auf das dort einliegende Protokoll betreffend die Niederschrift zur Einvernahme der S D. Demnach seien Frau D die Fragen vorgelegt und von Mag. I L auch die diesbezügliche Belehrung nochmals mündlich dargelegt worden. Frau D habe auf keine der vorliegenden Fragen geantwortet und auch kein Geld für Probespiele bereitgestellt.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, insbesondere in die Anzeige der Finanzpolizei vom 18.8.2015, deren Aktenvermerk vom 12.8.2015 sowie in die Niederschrift über die Einvernahme der Lokalangestellten S D vom 11.8.2015, die Rechtfertigungen des Bf und der S D vom 25.4.2016, den Versicherungsdatenauszug betreffend S D vom 13.8.2015 sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 8.5.2018.

Demnach steht folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt fest:

II.2. Die Abgabenbehörde führte am 11.8.2015 eine Kontrolle nach dem GSpG in dem von der P GmbH betriebenen Lokal „L S“ in R durch. Bei der Kontrolle wurden insgesamt 10 Glücksspielgeräte dreier verschiedener Gerätetypen, auf denen Walzenspiele (sieben Walzenspielgeräte), Hunderennen (zwei Hundewetterminals) und ein elektronisches Glücksrad (ein Fun-Wechsler) angeboten wurden und bei denen abhängig vom Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden, betriebsbereit und voll funktionsfähig vorgefunden.

Der Bf war zum Tatzeitpunkt der handelsrechtliche Geschäftsführer der Fa. P GmbH mit Sitz in W. Die P GmbH ist eine GmbH nach österreichischem Recht.

S D war zum Kontrollzeitpunkt Angestellte der P GmbH und als einzige verantwortliche Mitarbeiterin im gegenständlichen Lokal anwesend, als die finanzpolizeiliche Kontrolle begann. Die Kontrolle nach dem GSpG wurde bei der

hinter der Theke stehenden S D angemeldet. Während der Anmeldung kam ein Kunde mit einem Bon in der Hand an die Theke und sagte zu Frau D, „er wolle das Geld haben“. Diese zahlte dem Kunden sodann 30 Euro aus. Anschließend führte sie um 12:14 Uhr ein Telefonat und wurden kurz darauf die Walzenspielgeräte mit der FA-Nrn. 1 bis 7 herunter gefahren. Es konnten somit keine Testspiele durchgeführt werden. Aufgrund des Herunterfahrens der Geräte kamen Kunden sofort an die Theke, „wollten ihr Geld“ bzw. fragten, warum sie nicht mehr spielen können. Die Hundewettterminals mit den FA-Nrn. 8 und 9 konnten probebespielt werden, allerdings erst ab 12:37 Uhr lt. Eintrag in den entsprechenden GSp 26 Formularen.

Frau D sollte von Organen der Finanzpolizei als Auskunftsperson befragt werden. Nach Belehrung über § 50 GSpG und einem weiteren Telefonat gab diese an, dass „sie arbeiten muss und nichts sagt, außer, dass ihr Chef gleich kommt und sie nichts sagt“.

Anschließend wurden ihr die beabsichtigten Fragen bzw. die diesbezügliche Niederschrift zur Durchsicht vorgelegt. Frau D verweigerte nach dem letzten Telefonat jedoch jegliche Angaben. Sie verweigerte u.a. die Auskunft zu folgenden Fragen:

„Wann werden die Geräte täglich eingeschaltet? - Sind alle Geräte eingeschaltet und betriebsbereit? - 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(en) 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 Karten (Kundenkarte, Chipkarte,...) und/oder Schlüssel, bzw. Fernbedienung zum Betrieb der Geräte wurden ihnen übergeben? - Verfügen Sie über einen Schlüssel zur Geldlade? - 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? - 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?“

Auf die Frage der Organe der Finanzpolizei, warum sie nichts aussagen möchte, gab sie an: „Weil ich nicht will“.

Im Rahmen der schriftlichen Rechtfertigung zu den betreffenden Verwaltungsübertretungen verwiesen sowohl die genannte Angestellte als auch der Bf auf die Dienstanweisung, der zufolge keine Angaben getätigt werden dürfen.

Weiters stellte die Angestellte S D den Organen der Finanzpolizei kein Geld für Testspiele zur Verfügung, indem sie die Auszahlung eines Spielguthabens von 57 Euro verweigerte.

Der Bf verfügte im Tatzeitraum laut unwidersprochener Einschätzung über ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten. Er wies zum Tatzeitpunkt keine einschlägigen rechtskräftigen Vorstrafen wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 GSpG auf.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den aufgenommenen Beweismitteln. Die Angaben zu Zeit, Ort und Ablauf der Kontrolle, den vorgefundenen Glücksspielgeräten, die der S D vorgelegten Fragen und die Verweigerung der Beantwortung von jeglichen Fragen ergeben sich unstrittig aus den im Akt einliegenden Unterlagen der finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere aus der Anzeige und dem Aktenvermerk der Finanzpolizei sowie der aufgenommenen Niederschrift über die Einvernahme der Angestellten S D. Auch gab der Zeuge H W in der mündlichen Verhandlung an, dass Frau D „auf keine der vorliegenden Fragen geantwortet“ hat. Darüber hinaus bestreitet auch der Bf selbst nicht, dass keine Auskünfte erteilt wurden (so äußert er sich in seiner Rechtfertigung vom 25.4.2016 dahingehend, dass es richtig sei, dass keine Auskünfte erteilt worden seien, dies aber in einer Dienstanweisung so vorgeschrieben gewesen sei); auch die Angestellte äußerte sich in ihrer Rechtfertigung (vom 25.4.2016) auf die gleiche Art.

Die Richtigkeit der im Akt einliegenden Unterlagen der finanzpolizeilichen Kontrolle wurde von dem bei der Kontrolle anwesenden Zeugen H W auch nicht bestritten, sondern verwies dieser in seiner Zeugenaussage vielmehr explizit auf den Behördenakt. Seitens des erkennenden Gerichts bestehen daher keine Zweifel an der Richtigkeit der von der belangten Behörde vorgelegten Unterlagen betreffend die finanzpolizeiliche Kontrolle.

Auch der Umstand, dass die Walzenspielgeräte FA-Nrn. 1 bis 7 unmittelbar nach Beginn der Kontrolle herunter gefahren wurden, wurde vom Bf zu keinem Zeitpunkt bestritten und ergibt sich dies auch aus der Dokumentation der finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei und der Niederschrift über die Einvernahme der Lokalangestellten S

D. Da es sich bei Frau D um die einzige zum Kontrollzeitpunkt anwesende Mitarbeiterin gehandelt hat, die darüber hinaus auch faktisch für das Lokal verantwortlich war, können die Geräte auch nur durch diese herunter gefahren worden sein. Des Weiteren lässt sich dem Aktenvermerk der Finanzpolizei entnehmen, dass bei den Geräten FA-Nrn. 1 bis 7 aufgrund des Herunterfahrens keine Testspiele durchgeführt werden konnten. Die Bespielung der Hundewettterminals FA-Nrn. 8 und 9 konnte durchgeführt werden.

Die Feststellung, wonach Frau D den Organen der Finanzpolizei kein Geld für Testspiele zur Verfügung gestellt hat, gründet ebenfalls auf der Niederschrift über ihre Einvernahme sowie auf der Aussage des Zeugen W, der ausdrücklich anführte, dass Frau D „auch kein Geld für Probespiele bereitgestellt“ hat.

Die Feststellung, wonach S D die einzige anwesende Mitarbeiterin und Verantwortliche im Lokal war, ergibt sich aus der Niederschrift über ihre Einvernahme, insbesondere daraus, dass während der Anmeldung der Kontrolle ein Kunde mit einem Bon in der Hand zu ihr an die Theke kam und zur ihr sagte, „er wolle das Geld haben“. Frau D nahm laut Niederschrift sodann den Bon und zahlte ihm 30 Euro aus. Ebenso kamen die Spieler nach dem Herunterfahren einiger Walzenspielgeräte zu ihr an die Theke und wollten ihr Geld bzw. fragten, warum sie nicht mehr spielen können. Daraus ergibt sich für das erkennende Gericht unzweifelhaft, dass S D im Zeitpunkt der Kontrolle für das gegenständliche Lokal faktisch verantwortlich war.

Dass es sich bei S D um eine Angestellte der Lokalbetreiberin P GmbH handelt, lässt sich dem im Akt befindlichen Versicherungsdatenauszug entnehmen. Laut diesem Auszug ist sie seit 16.7.2015 laufend Angestellte der P GmbH. Dieser Umstand wurde darüber hinaus weder vom Bf noch von Frau D bestritten.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die Feststellung zu den Sorgepflichten des Bf basieren auf den unbeanstandet gebliebenen Annahmen der Behörde im angefochtenen Bescheid. Der Bf hat diesbezüglich auch im gesamten verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Angaben gemacht. Die Stellung des Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. 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 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. 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 P GmbH betrieb am Kontrolltag jenes Lokal, in dem die oben bezeichneten Geräte aufgestellt waren bzw. den Gästen zur Verfügung standen. An diesen Geräten wurden Spiele angeboten, deren Ausgang vom Zufall abhing und bei denen gegen Einsatz einer vermögenswerten Leistung ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde. Die gegenständlichen Geräte boten daher Glücksspiele i.S.d. § 1 Abs. 1 GSpG an und sind als Glücksspieleinrichtungen zu qualifizieren.

III.3. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Lokalbetreiberin und damit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ verwaltungsstrafrechtlich für die Handlungen oder Unterlassungen der Gesellschaft verantwortlich. Die

Lokalbetreiberin hatte in ihrer Eigenschaft als Inhaberin der verfahrensgegenständlichen Geräte nach § 50 Abs. 4 GSpG grundsätzlich dafür zu sorgen, dass eine in ihrem Lokal anwesende Person den in § 50 Abs. 4 GSpG normierten Auskunftsverpflichtungen gegenüber den Kontrollorganen nachkommt.

Die im Lokal anwesende Mitarbeiterin S D ist Angestellte der Lokalbetreiberin und als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, anzusehen, weil sie alleine im Lokal anwesend war, Gewinne an Spieler auszahlte und Ansprechperson für die Kunden bzw. Spieler im Lokal war. Sie ist damit faktisch verfügungsbefugt und als Filialbetreuer verantwortlich für das gegenständliche Lokal. Aus den Feststellungen ergibt sich weiters, dass diese Angestellte die Auskunft zu den oben bezeichneten Fragen verweigerte. Sie verstieß damit gegen die in § 50 Abs. 4 GSpG vorgesehene Pflicht, den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen. Andere Personen, die namens der Lokalbetreiberin Auskünfte erteilt hätten, waren nicht zugegen. Es war demzufolge zum Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle niemand im Lokal anwesend, der den Kontrollorganen *„umfassend Auskünfte“* im Sinne des § 50 Abs. 4 GSpG erteilte.

III.4. Ferner sind gemäß § 50 Abs. 4 GSpG auch *„umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen“.* Wie die Ermittlungsergebnisse zeigten, wurden die Geräte FA-Nrn. 1 bis 7 deaktiviert, was eine Probebespielung verunmöglichte. 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 nur wenige Minuten nach dem Moment erfolgte, in dem die Finanzbeamten die Kontrolle nach dem GSpG angemeldet hatte, geht das Gericht bei lebensnaher Betrachtung davon aus, dass diese Deaktivierung von Seiten der Lokalbetreiberin – d.h. ihrer Mitarbeiter – erfolgte. Gegenteiliges wurde vom Bf im gesamten Verfahren kein einziges Mal auch nur behauptet. Des Weiteren hat sich die Mitarbeiterin vor Ort und in Folge der Bf zu keinem einzigen Zeitpunkt dahingehend geäußert, warum ihnen die Reaktivierung der Datenverbindung und die Ermöglichung von Probespielen nicht möglich sein sollte. 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 24.02.2014, 2013/17/0843).

Darüber hinaus ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt, dass die Angestellte und somit die Lokalbetreiberin den Organen der Finanzpolizei auch kein Geld für Testspiele zur Verfügung gestellt und somit umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen nicht ermöglicht hat.

III.5. Insgesamt hat der Bf die ihm gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Last gelegte Tat damit in objektiver Hinsicht zu verantworten.

III.6. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG ist auszuführen, 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 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des GSpG es erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des GSpG nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seitdem (zuletzt 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.7. 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.

Bei der gegenständlichen 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 dem Bf mit seiner Einlassung im Ergebnis nicht gelungen:

Mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten wollte der Gesetzgeber 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 Blg NR 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 GSpG festzustellen und entsprechend zu ahnden (vgl. dazu auch VwGH, 24.02.2014, 2013/17/0834).

Die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG steht in einem Spannungsverhältnis zum Verbot des Zwanges zur Selbstbezichtigung (Art. 90 Abs. 2 B-VG; Art. 6 EMRK). Für die Beurteilung der 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 (idS. 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 die 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 GSpG 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 GSpG 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 GSpG 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.

Im konkreten Fall wurden die sieben Walzenspielgeräte FA-Nrn. 1 bis 7 herunter gefahren, kurz nachdem die Kontrollorgane die gegenständliche Kontrolle angemeldet hatten. Es konnten somit keine Testspiele durchgeführt werden. Zu diesem Zeitpunkt war somit (noch) nicht klar, welcher Art die auf den – unstrittig vorhandenen – Automaten vorhandenen 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. Die Hundewetttterminals wurden erst ab 12:37 Uhr bzw. 12:43 Uhr bespielt. Es wurde auch seitens des Bf diesbezüglich keinerlei Vorbringen erstattet, das sein (allenfalls) mangelndes Verschulden glaubhaft gemacht hätte.

Auch die Aufforderung an die anwesende Mitarbeiterin, als Auskunftsperson Fragen zu beantworten, hat stattgefunden, als noch keine näheren Ermittlungsergebnisse vorlagen, sodass auch hier noch keine Situation gegeben war, in der sich eine Verdachtslage so sehr verdichtet hätte, dass eine (allenfalls mittelbare – also über die Verpflichtung, Auskunft gebendes Personal bereitzustellen –) Selbst-bezichtigung vorgelegen wäre. Da somit zu keinem Zeitpunkt ein konkreter Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG vorgelegen ist, erfolgte auch die Verweigerung der Bereitstellung von Geld für Testspiele in keiner Situation, in der ein Aussageverweigerungsrecht im Falle der Selbstbezichtigung zum Tragen hätte kommen können.

Der Bf hat zusammengefasst keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen. Er hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

III.8. 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, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, Zl. 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.

Darüber hinaus normiert § 19 Abs. 2 VStG für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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).

III.9. Wie oben dargestellt, ist die gegenständliche Verwaltungsübertretung mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen.

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von ca. 2.000 Euro, durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Mangels gegenteiliger Angaben bildet dies auch die Grundlage der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Als mildernd ist die lange Verfahrensdauer zu werten. Dieser Milderungsgrund wurde bereits im gegenständlichen Straferkenntnis angeführt und daher von der

belangten Behörde bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt; die Verfahrensdauer hatte nämlich im erstinstanzlichen Verfahren über zwei Jahre betragen. Eine darüber hinausgehende Strafmilderung ist nicht mehr geboten.

Der von der belangten Behörde herangezogene Erschwerungsgrund, wonach bereits zahlreiche rechtskräftige Strafen nach dem GSpG vorlägen und der Bf somit als Wiederholungstäter anzusehen sei, kommt nicht zum Tragen. Wenngleich der Bf mittlerweile mehrfach rechtskräftig wegen Verstöße gegen das GSpG bestraft wurde, ist im Hinblick auf einen Erschwerungsgrund auf den Tatzeitpunkt (11.8.2015) abzustellen. Im Tatzeitpunkt waren dem erkennenden Verwaltungsgericht aber keine rechtskräftigen Strafverfahren bekannt.

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 der Bf durch das ihm angelastete Verhalten seine Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG konsequent missachtet und keinerlei Auskünfte erteilt.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse ist – unter besonderem Augenmerk auf das Verschulden des Bf – die Geldstrafe auch unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes der Unbescholtenheit auf 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 15 Stunden) herabzusetzen. Unter Gesamtwürdigung aller Umstände erscheint diese Geldstrafe angemessen, um den Bf von weiteren derartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten, insbesondere derartige auf ein rechtswidriges Verhalten hinauslaufende Dienstanweisungen in Hinkunft zu unterlassen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die verhängte Strafe das in Betracht kommende Strafausmaß nur zu nicht einmal 5 % ausschöpft, sich also die Strafe im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens bewegt. Eine weitere Reduktion kam jedoch nicht mehr in Betracht.

III.10. Der Beschwerde war sohin nur hinsichtlich der Strafhöhe Folge zu geben. Im Punkt der Schuld war sie gemäß § 50 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Bescheid insoweit zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG waren dem Bf keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen, weil der Beschwerde teilweise Folge gegeben wurde. Die Kosten für das Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 10 % der neu verhängten Strafe, also auf 100 Euro.

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 warf keine über den Einzelfall hinausgehenden Rechtsfragen auf.

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.

H i n w e i s

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. Hörzing