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-412940/7/Wg

Datum:
Linz, 4. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde der S R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 22. Mai 2018, GZ: VStV/917301176954/2017, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. September 2018

zu Recht:

I. Das Straferkenntnis wird behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt.

II. 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

1.1. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich (LPD) lastete S R im bekämpften Straferkenntnis an, sie habe, wie am 25. Juli 2017 um 13:26 Uhr festgestellt worden sei, als Person, nämlich als Bedienstete, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem sie den Organen des Finanzamtes die erforderliche Auskunft verweigert habe. Sie habe dadurch die Rechtsvorschriften des § 50 Abs. 4 iVm § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG verletzt. Die LPD verhängte eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden. Zudem wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

1.2. In der dagegen erhobenen Beschwerde wird beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG) möge den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Strafverfahren einstellen; in eventu gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG eine Ermahnung aussprechen; in eventu die verhängte Strafe herabsetzen; jedenfalls eine mündliche Verhandlung anberaumen und im Sinne des § 29 VwGVG jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses zustellen.

2. Das LVwG verband die Beschwerden des T D, der M M und der S R gegen die Straferkenntnisse vom 22. Mai 2018 zur gemeinsamen mündlichen Verhandlung (mV) am 18. September 2018. Die BeschwerdeführerInnen nahmen trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht an der mV teil. Es erschienen Vertreter der LPD und des Finanzamtes. In der Beweisaufnahme wurde der Inhalt der Verfahrensakte der LPD und des LVwG sowie die Aussage des Zeugen Z verwertet. Danach steht folgender Sachverhalt fest:

2.1. T D war jedenfalls im Zeitraum 14. Mai 2012 bis einschließlich 25. Juli 2017 Betreiber des Lokales „S“ im Standort x, x (GISA-Auszug des Behördenaktes VStV-1176956/2017).

2.2. S R war jedenfalls am Tag der Kontrolle (25. Juli 2017) bei T D als Arbeiterin beschäftigt. Sie verfügt über kein relevantes Vermögen, hat keine ins Gewicht fallende Sorgepflichten und bezieht ein Einkommen von mindestens ca. 2.000 Euro monatlich (unbestrittene Schätzung, Begründung des Straferkenntnisses).

2.3. Während der am 25. Juli 2017 (Kontrollbeginn: 13:26 Uhr) im Lokal „S“ durchgeführten Kontrolle wurde von Finanzpolizisten dienstlich wahrgenommen, dass die vorgefundenen und in der Folge mit den FA-Nrn. 1 bis 12 versehenen Geräte betriebsbereit und voll funktionsfähig aufgestellt waren. Es bestand für die Finanzpolizisten der Verdacht der Übertretung des Glücksspielgesetzes. Die Kontrolle wurde bei Frau R angemeldet. Sie war Arbeiterin im Lokal und gab an, dass sie für den Lokalbetrieb verantwortlich und auch für die vorgefundenen Geräte zuständig ist. Sie war seit 2012 bei T D beschäftigt. Bereits ca. eine Minute

nach Kontrollbeginn (13:27 Uhr) wurden die Geräte heruntergefahren „net error“, sodass eine Bespielung der Geräte durch die Finanzpolizisten nicht mehr möglich war. Drei Geräte wurden zu Kontrollbeginn von Personen bespielt. Frau Mag. L übergab zu Kontrollbeginn an Frau R die Rechtsbelehrung betreffend die Glücksspielkontrolle. Frau R berief sich jedoch auf eine Dienstanweisung, weshalb sie keine Auskünfte geben könne, welche sie dann um 13:31 Uhr an Frau Mag. L übergab. Die Finanzpolizisten begannen um 13:31 Uhr mit der Aufnahme einer Niederschrift mit S R zum Gegenstand „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“. Frau Mag. L las um 13:37 Uhr die in der Niederschrift vom 25. Juli 2017 protokollierten Fragen betreffend Glücksspiel Frau R vor. S R antwortete jeweils: *„Ich berufe mich auf die Dienstanweisung und verweigere die Auskunft.“* Die Finanzpolizisten forderten S R nicht auf, die Geräte einzuschalten oder Testspiele zu ermöglichen. Um 13:45 Uhr wurden die Geräte von Frau R vom Strom genommen (Niederschrift AS 3 des Behördenaktes).

2.4. Die Finanzpolizisten begannen um 13:31 Uhr mit der Aufnahme einer Niederschrift mit S R zum Gegenstand „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“. Um 13:37 Uhr las Mag. L S R die in der Niederschrift protokollierten Fragen vor. S R antwortete jeweils: „Ich berufe mich auf die Dienstanweisung und verweigere die Auskunft.“ (Niederschrift AS 3 des Behördenaktes).

2.5. Um 14:53 Uhr wurde der im Lokal anwesenden Arbeiterin S R die Frage gestellt, wann sie das letzte Mal hier gearbeitet habe. Sie gab an, dass sie am Freitag das letzte Mal hier gewesen sei. Die Frage, ob da auch die Geräte schon hier gewesen seien, beantwortete sie mit JA. Weiters gab sie auf Befragung, ob dies die gleichen Geräte wie heute gewesen seien, an: „Das sind die Gleichen, wir tauschen diese doch nicht immer aus.“ (Aktenvermerk).

2.6. Das LVwG stellt zu den Ausspielungen Folgendes fest: Bis zum Herunterfahren der Geräte konnten Spieler auf den Geräten FA-Nrn. 1, 2, 5, 6, 7, 11 und 12 das zufallsabhängige Walzenspiel „Ring of Fire“ spielen. Bei dem Spiel „Ring of Fire“ wurde bei einem Mindesteinsatz von 0,1 Euro ein Höchstgewinn von 180 Euro in Aussicht gestellt. Auf dem Gerät FA-Nr. 3 konnte man das zufallsabhängige Walzenspiel „Macau“, auf dem Gerät FA-Nr. 4 das zufallsabhängige Walzenspiel „Joker Area“, auf dem Gerät FA-Nr. 8 das zufallsabhängige Walzenspiel „Halloween King“ und auf dem Gerät FA-Nr. 10 das zufallsabhängige Walzenspiel „Lucky Pearl“ spielen. Bei dem Spiel „Macau“ konnte man mit einem Einsatz von 0,30 Euro einen Höchstgewinn von 10,80 Euro erreichen. Bei dem Spiel „Joker Area“ wurde bei einem Einsatz von 0,20 Euro ein Gewinn von 20 Euro in Aussicht gestellt. Bei dem Spiel „Halloween King“ wurde bei einem Einsatz von 0,1 Euro ein Gewinn von 100 Euro in Aussicht gestellt. Beim Walzenspiel „Lucky Pearl“ wurde bei einem Einsatz von 0,1 Euro bei Erreichen einer entsprechenden Symbolkombination ein Gewinn von 100 Euro in Aussicht gestellt. Zu den auf den Bildschirmmasken teilweise erkennbaren drei kleinen Walzen ist festzustellen, dass

man über diese drei kleinen Walzen in den großen Walzenlauf (Ring of Fire, Macau, Joker Area, Halloween King, Lucky Pearl) gelangte. Im großen Walzenlauf werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Im großen Walzenlauf können Spieler mit Geschicklichkeit keinen Einfluss auf das Erreichen gewinnbringender Symbolkombinationen nehmen. Es handelt sich um zufallsabhängige Walzenspiele (Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 AS 39 und Fotodokumentation AS 23 bis 35 des Behördenaktes, Aussage Z Tonbandprotokoll, Begründung des bekämpften Straferkenntnisses).

2.7. Für die mittels dieser Geräte erfolgenden Ausspielungen lag weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vor und es waren diese auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen (Akt).

2.8. Auf dem Gerät FA-Nr. 9 stand das Spiel „Card Play“ zur Verfügung. Ob es sich dabei um ein zufallsabhängiges Glücksspiel oder ein Geschicklichkeitsspiel handelt, konnte im Beschwerdeverfahren nicht festgestellt werden (Aussage Z Tonbandprotokoll).

2.9. Die P GmbH war jedenfalls am 25. Juli 2017 Eigentümerin der Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12. Die P GmbH hat die Geräte mit den FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 jedenfalls am 25. Juli 2017 einem unbekannten Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen (folgt aus dem unstrittigen Eigentum an den Geräten).

3. Beweiswürdigung:

In der Sache selbst (2.) ergeben sich die Feststellungen aus den in Klammer angegebenen Beweismitteln. Die im Straferkenntnis bezeichneten 12 Geräte waren jedenfalls am Kontrolltag bis zum Herunterfahren betriebsbereit. Aus der Niederschrift vom 25. Juli 2017 (öffentliche Urkunde) ergibt sich, dass für die Finanzpolizisten der Verdacht der Übertretung nach dem Glücksspielgesetz bestand. Die im Lokal von den Finanzpolizisten angetroffene Kellnerin S R verweigerte bei ihrer Einvernahme unter Hinweis auf eine Dienstanweisung des T D (AS 36 des Behördenaktes) die Aussage (vgl. Niederschrift vom 25. Juli 2017 AS 7 des Behördenaktes). Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: *„Herr H führt im Zusammenhang mit dem Bereithalten und dem gegen Frau R erhobenen Tatvorwurf aus: ‚Laut der Niederschrift vom 25. Juli 2017 wurde Folgendes protokolliert: ‚Frau R ist Arbeiterin im Lokal und gab an, dass sie für den Lokalbetrieb verantwortlich und auch für die ‚vermeintlichen‘ Glücksspielgeräte zuständig ist.‘ Daraus leitet sich für das Finanzamt jedenfalls ein tatbestandsmäßiges Bereithalten ab.“* Die

Niederschrift vom 25. Juli 2017 gilt einvernehmlich als verlesen. Es besteht kein Zweifel daran, dass Frau R entsprechend den protokollierten Angaben tatsächlich für den Lokalbetrieb und die Glücksspielgeräte verantwortlich war. Schließlich war sie als einzige Person im Lokal anwesend. Gleichzeitig steht damit fest, dass sie nicht in jeder Hinsicht die Auskunft verweigert hat, räumte sie doch ein, für das Lokal und die Geräte verantwortlich zu sein. Die Auskunft wurde (nur) hinsichtlich der in der Niederschrift vom 25. Juli 2017 protokollierten Fragen verweigert, wobei sie bei einer weiteren Befragung (14:53 Uhr) zumindest teilweise Auskunft gab. Die Finanzpolizisten hielten dazu mit Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 (AS 40 des Behördenaktes) fest: „Um 14:53 Uhr wird der im Lokal anwesenden Arbeiterin Frau R S die Frage gestellt, wann sie das letzte Mal hier gearbeitet habe. Sie gab an, dass sie am Freitag das letzte Mal hier gewesen sei. Die Frage, ob da auch die Geräte schon hier gewesen seien, beantwortete sie mit JA. Weiters gab sie auf Befragung, ob dies die gleichen Geräte wie heute gewesen seien, an: ‚Das sind die Gleichen, wir tauschen diese doch nicht immer aus.'"

Zu den bis dahin möglichen Spielen wird auf folgende Aussage des Zeugen Z verwiesen: *„Vom Verhandlungsleiter auf die Aussageverweigerungsrechte und die Wahrheitspflicht hingewiesen und befragt, ob ich mich an die Kontrolle am 25. Juli 2017 erinnere, gebe ich an, dass ich mich nur mehr anhand der erstellten Aktenvermerke, Fotodokumentationen und GSp26-Formulare insoweit erinnern kann. Ich wäre für die Bespielung zuständig gewesen. Eine Bespielung war aber nicht möglich, weil die Geräte heruntergefahren wurden. Vom Verhandlungsleiter ergänzend befragt, gebe ich an, dass die Geräte zu Beginn der Kontrolle jedenfalls betriebsbereit waren. Vom Verhandlungsleiter zu den auf der Fotodokumentation abgebildeten Bildschirmen der FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8 befragt, gebe ich an, dass die abgebildeten Bildschirmmasken, die einerseits ‚Ring of Fire XL' als Spiel zeigen bzw. eine Abfragemaske, auf denen ‚Ring of Fire' ausgewählt werden kann sowie ‚Halloween King', meiner Erfahrung nach Walzenspiele sind. Vom Verhandlungsleiter zum auf FA-Nr. 9 dokumentierten Spiel ‚Card Play' befragt, gebe ich an, dass wir ein solches Spiel noch nicht gespielt haben. Vom Verhandlungsleiter ergänzend befragt, gebe ich an, dass ich nicht sagen kann, ob es sich dabei um eines jener Spiele handelt, die üblicherweise auf den Masken aufscheinen, auf denen üblicherweise auch ‚Ring of Fire' ausgewählt werden kann. Das auf FA-Nr. 10 abgebildete Walzenspiel ‚Lucky Pearl' ist ebenfalls ein amtsbekanntes Walzenspiel. Auf FA-Nr. 11 ist ebenfalls eine Abfragemaske ersichtlich, auf der ‚Ring of Fire' zur Auswahl steht. ‚Ring of Fire XL' ist weiters auf dem Gerät FA-Nr. 12 dokumentiert. Vom Verhandlungsleiter zum auf FA-Nr. 1 dokumentierten Einsatz befragt, gebe ich an, dass hier rechts unten im Feld ‚Bet' 0,1 dokumentiert ist. Das ist der übliche Mindesteinsatz. Wenn ich beispielsweise fünf Teufel erreiche, ist im Gewinnplan, der auf dem oberen Bildschirm abgebildet ist, eine Gewinnhöhe von 180,0 in Aussicht gestellt. Das ist der Gewinnplan für das Spiel ‚Ring of Fire XL'. Bei dem Spiel ‚Macau' - FA-Nr. 3 ist unter ‚Bet' ein Einsatz von 0,3 dokumentiert. Der auf dem oberen Bildschirm angegebene bzw. ersichtliche Gewinnplan stellt bei dem Erreichen von fünf ‚Macau'-Symbolen einen Gewinn*

von 10,8 in Aussicht. Bei dem Spiel ‚Joker Area' auf FA-Nr. 4 ist bei einem Einsatz von 0,2 bei Erreichen entsprechender Zahlen ‚7' ein Gewinn von 20,0 in Aussicht gestellt. Bei dem Spiel ‚Halloween King' auf FA-Nr. 8 ist bei einem Einsatz von 0,1 bei Erreichen von fünf ‚7' ein Gewinn von 100,0 in Aussicht gestellt. Beim Walzenspiel ‚Lucky Pearl' - FA-Nr. 10 ist bei einem Einsatz von 0,1 bei Erreichen einer entsprechenden Symbolkombination ein Gewinn von 100,0 in Aussicht gestellt. Zum auf FA-Nr. 9 dokumentierten Spiel kann ich keine Aussagen machen. Dieses Spiel ist mir nicht bekannt. Vom Verhandlungsleiter zu den ‚Skill Games' befragt, gebe ich an, dass es sich dabei um die auf den Bildschirmmasken ersichtlichen drei kleinen vorgeschalteten Walzen handelt. Diese drei Walzen sind meiner Erfahrung nach nebensächlich. Was genau die kleinen Walzen bedeuten, weiß ich nicht." Die Angaben des Zeugen Z zu den auf der Fotodokumentation ersichtlichen Gewinnplänen werden den Feststellungen zu den in Aussicht gestellten Gewinnen zugrunde gelegt. Die Ursache für das Herunterfahren konnte nicht festgestellt werden, zumal in der Niederschrift vom 25. Juli 2017 sowie in den GSp26-Formularen lediglich angegeben ist, dass die Geräte heruntergefahren wurden. Selbst wenn man aus der Angabe der S R, sie sei für die Geräte (Zitat: „vermeintliche Glücksspielgeräte") zuständig, ableiten würde, sie sei unmittelbar für das Herunterfahren verantwortlich (was ihr das Finanzamt im Übrigen nicht unterstellt, da im gegen sie erhobenen Strafantrag lediglich die Aussageverweigerung angelastet wird), ist festzuhalten, dass die Geräte eine Minute nach Kontrollbeginn heruntergefahren wurden, noch bevor die Finanzpolizisten mit einer Bespielung beginnen hätten können. Das heißt, es wurde kein Testspiel unterbrochen. Nach der Niederschrift (öffentliche Urkunde) wurde S R zur Aussage aufgefordert, sie wurde aber nicht aufgefordert, die Geräte einzuschalten oder Testspiele zu ermöglichen. Nach der Niederschrift wurde Frau R auch nicht aufgefordert, Geld für Testspiele auszufolgen.

Die Bf legten mit Eingabe vom 18. September 2018 (Beilage 1) ein Urteil des BG Wels zum Beweis der Funktionsweise als Geschicklichkeitsapparat der beschlagnahmten Terminals vor und führten aus, dass die Terminals baugleich mit den hier relevanten seien. Im vorgelegten Urteil kam das BG Wels zu dem Ergebnis, konkret bezeichnete Geräte des Typs „Skill Games" seien Geschicklichkeitsgeräte. Das BG nimmt dabei Bezug auf Sachverständigengutachten, die dem LVwG nicht vorgelegt wurden. Ein konkretes Vorbringen zum Spielverlauf der in den bekämpften Straferkenntnissen behandelten Geräte wird nicht erstattet. Es wird behauptet, es handle sich um Geschicklichkeitsapparate mit „Touchsreen-Funktion". Die bei der Kontrolle angefertigte Fotodokumentation zeigt die vom Zeugen Z bezeichneten Walzenspiele (Ring of Fire, Macau, Joker Area, Halloween King, Lucky Pearl). Neben diesem großen Walzenlauf sind im unteren Bildschirmbereich teilweise drei kleine Walzen ersichtlich. Die drei kleinen Walzen beanspruchen nur einen sehr kleinen, untergeordneten Bereich am unteren Rand des Bildschirmes. Bei diesen drei kleinen Walzen handelt es sich um die von den Bf bezeichneten „Skill Games".

Der große Walzenlauf dominiert das Erscheinungsbild. Der Vertreter des Finanzamtes hielt dazu fest, dass man über diese kleinen Walzen in den großen Walzenlauf gelangt. Dies steht in Einklang mit der Aussage des Zeugen Z, dass die drei kleinen Walzen nebensächlich sind. Die Schlussfolgerung der LPD und des Finanzamtes, es handle sich bei den großen Walzen um Glücksspiele, ist nachvollziehbar. Für das LVwG steht fest, dass man über den kleinen Walzenlauf in den großen Walzenlauf gelangt. Im großen Walzenlauf können Spieler mit Geschicklichkeit keinen Einfluss auf das Erreichen gewinnbringender Symbolkombinationen nehmen. In der Begründung des Straferkenntnisses wird dazu näher beschrieben, dass (im großen Walzenlauf) die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert werden, dass der Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Es handelt sich um zufallsabhängige Walzenspiele. Glücksspielrechtliche Konzessionen oder Berechtigungen lagen nicht vor.

Dass einer der Beteiligten im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen wäre oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet.

Die Fotodokumentation (AS 28 des Behördenaktes) zeigt am Bildschirm des Gerätes FA-Nr. 9 keine Walzen. Der Zeuge Z räumte ein, „Card Play“ noch nie gespielt zu haben. Dass im Beschwerdeverfahren die Beschlagnahme dieses Gerätes bestätigt wurde, ändert daran nichts, zumal zweifelsohne auch hinsichtlich Gerät Nr. 9 der Verdacht der Übertretung des Glücksspielgesetzes besteht, wenn auch letztlich nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden konnte, ob es sich bei dem Spiel „Card Play“ um ein Geschicklichkeitsspiel oder ein Glücksspiel handelte.

Wer Veranstalter war, kann nicht mit der ausreichenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass die Geräte FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Aufgrund der unstrittigen Tatsache, dass die P F M G jedenfalls im Kontrollzeitpunkt Eigentümerin der Geräte FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 war, folgt daher, dass die P F M G die Geräte mit den FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 jedenfalls am 25. Juli 2017 einem unbekannten Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat,

um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen.

4. Rechtliche Beurteilung:

§ 50 Abs. 4 GSpG lautet:

„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.“

Es begeht gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG 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, 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;

Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen:
„Der Verhandlungsleiter weist im Zusammenhang mit den angelasteten Verletzungen der Mitwirkungspflicht auf die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich GZ: LVwG-412838 vom 20. August 2018, die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich GZ: LVwG-410593 vom 20. August 2015, die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Dezember 2016, Ra 2016/17/0034, sowie die Entscheidung bezüglich eines zugrunde liegenden Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 18. Mai 2016, Ra 2015/17/0029, hin. Der Verhandlungsleiter stellt in diesem Zusammenhang erörternd Folgendes in den Raum: ‚Laut Erkenntnis

GZ: LVwG-412838 hat sich die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nach dem Aufgabenbereich der Angestellten zu richten. In dieser Entscheidung wurde insbesondere die Möglichkeit des Angestellten thematisiert, für die Verfügbarkeit bzw. Nichtverfügbarkeit der gegenständlichen Glücksspielgeräte zu sorgen. In der Entscheidung GZ: LVwG-410593 kam das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu dem Schluss: ‚Zumal der Mitbeteiligte selbst berechtigt gewesen wäre, die Beantwortung dieser Fragen aufgrund des Verbotes des Selbstbezichtigungszwanges zu verweigern, kann ihm nicht vorgeworfen werden, dass er nicht dafür gesorgt hat, dass eine andere Person jene Aussagen tätigt, die er selbst verweigern hätte dürfen.‘ Im gegenständlichen Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass die Niederschrift vom 25. Juli 2017 zum Gegenstand ‚Verdacht der Übertretung nach dem GSpG‘ aufgenommen wurde.‘ Behördenvertreter und Vertreter des Finanzamtes führen dazu aus: ‚Im gegenständlichen Fall hat Frau R eindeutig angegeben, für die Geräte zuständig zu sein und hat damit ihre Verfügungsmacht auch bejaht, weshalb insoweit jedenfalls ein tatbestandsmäßiges und abzustrafendes Verhalten und eine Verletzung der Mitwirkungspflicht anzulasten ist. Bezüglich der Mitwirkungspflicht des Herrn D verweisen wir auf das Straferkenntnis und den Strafantrag.‘“

Unter einer „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jemand zu verstehen, der de facto für die Bereithaltung einer „Einrichtung“, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorgt. Das „Bereithalten“ setzt nach dem Verwaltungsgerichtshof 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. Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal trifft, so das Höchstgericht, die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats, der in einer großen Zahl der Fälle nicht im Lokal anwesend sein wird, sondern den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgen. Die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, hat sich nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nach dem Aufgabenbereich der Angestellten zu richten (vgl. etwa VwGH 21.08.2014, Ra 2014/17/0004; 20.06.2012, 2012/17/0114).

T D, der Arbeitgeber der S R, machte über die festgestellten Walzenspiele verbotene Ausspielungen im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG zugänglich. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt bei einer Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes (noch) keine Situation vor, in der ein Aussageverweigerungsrecht im Falle der Selbstbezichtigung überhaupt zum Tragen kommt (vgl. VwGH Ra 2017/17/0738). Gegenstand der Niederschrift vom 25. Juli 2017 bildete aber nicht eine „Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes“, sondern bereits ein „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“. Die Niederschrift

vom 25. Juli 2017 ist eine öffentliche Urkunde, die über ihren Inhalt vollen Beweis macht, wenngleich der Beweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges oder der bezeugten Tatsache oder der unrichtigen Beurkundung zulässig ist und ebenso der Beweis der Unvollständigkeit (VwGH 0281/69). Der Verdacht der Übertretung des Glücksspielgesetzes wird ausdrücklich als Gegenstand der bei der Kontrolle aufgenommenen Niederschrift (öffentliche Urkunde) bezeichnet. S R wies die Finanzpolizisten ausdrücklich darauf hin, dass sie für den Lokalbetrieb verantwortlich und auch für die vorgefundenen Geräte zuständig war. Da S R für die Geräte verantwortlich war, konnte sie in der konkreten Fallkonstellation den in der Niederschrift bezeichneten „Verdacht der Übertretung nach dem GSpG“ auch auf ihre Person beziehen. Ihre Aussage hätte unter Umständen zu einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Beihilfe im Sinne des § 7 VStG iVm § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG führen können. Die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG wird durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs (vgl. dazu allgemein etwa VfSlg. 15.600) 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 24.02.2014, 2013/17/0834). Aufgrund der bestehenden Verdachtslage, die ausdrücklich Gegenstand der Niederschrift vom 25. Juli 2017 war, kann S R kein Verstoß gegen die Auskunftspflicht strafrechtlich angelastet werden.
Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

5. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Rechtslage durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt ist:

- zu den Voraussetzungen eines Aussageverweigerungsrechts:
  VwGH Ra 2017/17/0738

Rechtsmittelbelehrung

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

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl