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-413007/7/Wg

Datum:
Linz, 4. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des T D, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 22. Mai 2018, GZ: VStV/917301176957/2017, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. September 2018

zu Recht:

I. Das bekämpfte 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 T D im bekämpften Straferkenntnis an, er habe, wie am 25. Juli 2017 um 13:26 Uhr festgestellt worden sei, als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem er nicht dafür gesorgt habe, dass eine anwesende Person den Organen des Finanzamtes umfassend Auskunft erteilt und Testspiele ermöglicht habe, da die anwesende Person die Aussage verweigert und Testspiele nicht ermöglicht habe. T D 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 AS 41 des Behördenaktes VStV-1176956/2017).

2.2. 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).

2.3. Mit gesonderten Strafanträgen vom 28. Juli 2018 beantragte das Finanzamt bei der LPD, gegen T D Verwaltungsstrafen wegen des unternehmerischen Zugänglichmachens (§ 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG) der 12 Geräte und wegen Verletzung der Mitwirkungs- und Duldungspflicht nach § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG zu verhängen (Strafanträge).

2.4. In zwei gesonderten Straferkenntnissen verhängte die LPD schließlich über T D einerseits Verwaltungsstrafen nach § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG sowie andererseits die verfahrensgegenständliche Verwaltungsstrafe nach § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG (Straferkenntnisse).

2.5. 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).

2.6. 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).

2.7. 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).

2.8. Die P F M G war jedenfalls am 25. Juli 2017 Eigentümerin der Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12. Die P F M G 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 Bf (AS 36 des Behördenaktes) die Aussage (vgl. Niederschrift vom 25. Juli 2017 AS 7 des Behördenaktes). 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.‘“ Ausgehend von den Angaben dieses Aktenvermerkes lastet der Strafantrag vom 28. Juli 2017 (AS 1 des Behördenaktes) sowie das Straferkenntnis dem Bf das Zugänglichmachen verbotener Ausspielung seit Freitag 21. Juli 2017 an. Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: *„Der Verhandlungsleiter hält erörternd fest, dass sich der angelastete Tatzeitraum offenkundig auf den*

Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 stützt, wo angegeben wird: ‚Als Aufstellungszeitpunkt wird Freitag, der 21. Juli 2017 angenommen.' Der Verhandlungsleiter setzt vorläufig erörternd fort: ‚Daraus lässt sich nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich keine Betriebsbereitschaft durchgehend von 21. Juli 2017 annehmen.' Behördenvertreter und Vertreter des Finanzamtes halten fest: ‚Jedenfalls ist die Betriebsbereitschaft im Zeitpunkt zum Kontrollbeginn eindeutig erwiesen.'" Die bloße Tatsache, dass die Geräte bereits am 21. Juli 2017 aufgestellt waren, ist zwar ein Indiz dafür, dass sie auch am 21. Juli 2017 betriebsbereit waren. Es kann aber nicht mit der ausreichenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Fest steht lediglich, dass die Geräte zu Beginn der Kontrolle bis zum Herunterfahren betriebsbereit waren und Spiele möglich waren. 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 GmbH 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 GmbH 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.

Zu dem im Akt befindlichen Auszug betreffend verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen wurde in der mV erörtert: *„Der Verhandlungsleiter weist auf den im Akt befindlichen Verwaltungsstrafauszug betreffend T D vom 22. Mai 2018 hin und hält*

vorläufig erörternd fest: ‚Die dort dokumentierte erste Verwaltungsstrafe - Beginn Tilgung: 9. November 2017 - war im Tatzeitraum offenkundig noch nicht rechtskräftig. Bezüglich der Zahl VStV/915300637491/2015 - Beginn Tilgung: 28. Juni 2016 - wurde eine Geldstrafe von gesamt 33.000 Euro, 15 Tage und 3 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, verhängt. Bezüglich Zahl VStV/915300092769/2015 wurde eine Geldstrafe von gesamt 21.000 Euro, 9 Tage und 15 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe - Beginn Tilgung: 14. November 2016 - verhängt sowie zu Zahl VStV/914300599609/2014 wurde eine Geldstrafe von gesamt 34.800 Euro, 2 Tage Ersatzfreiheitsstrafe - Beginn Tilgung: 2. Februar 2016 - verhängt. Die letzten drei angeführten Verwaltungsstrafen scheinen im Tatzeitraum rechtskräftig gewesen zu sein. Aus dem Strafregister ist aber nicht ersichtlich, wie viele Geräte hier abgestraft wurden. Sofern hier bereits eine Strafe mit mehr als drei Eingriffsgegenständen zugrunde liegt, könnte der vierte Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG angewendet werden. Im Falle der erstmaligen Übertretung mit mehr als drei Eingriffsgegenständen wäre der dritte Strafsatz (3.000 Euro bis zu 30.000 Euro) maßgeblich....‘ Herr Hofrat Mag. R führt dazu aus: ‚Gerade bei den hohen Geldstrafen über 10.000 Euro wurden offenkundig mehr als drei Eingriffsgegenstände abgestraft. Um hier endgültige Gewissheit zu erlangen, werden wir dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich diese Straferkenntnisse mit Angabe des Rechtskraftdatums ehest möglich zur Verfügung stellen.‘“ Dazu legte die LPD mit Eingabe vom 27. September 2018 Kopien der bezeichneten Straferkenntnisse vor, die den Feststellungen (2.8.) zugrunde liegen.

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.‘“

Im gegenständlichen Fall hat T D erwiesenermaßen verbotene Ausspielungen zugänglich gemacht und dadurch gegen § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG verstoßen. Er ist als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithielt, anzusehen. Als Lokalbetreiber war er im Kontrollzeitpunkt nicht vor Ort und hätte daher gemäß § 50 Abs. 4 GSpG dafür sorgen müssen, dass eine im Lokal anwesende Person den im Straferkenntnis bezeichneten Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 GSpG (Erteilung von Auskünften und Ermöglichen von Testspielen) nachkommt.

Die bei ihm beschäftigte Arbeiterin R verweigerte aber aufgrund einer von ihm erstellten Dienstanweisung die Aussage. 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). Im Verdacht einer Verwaltungsübertretung steht eine Person, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, die die Annahme wahrscheinlich erscheinen lassen, dass diese Person eine Verwaltungsübertretung begangen habe (vgl. dazu *Pürgy* in N. Raschauer/Wessely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz, § 32 Rz. 2). 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. Im Zeitpunkt der Befragung der S R lag zweifelsohne bereits ein konkreter Verdacht gegen T D im Hinblick auf eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vor. Schließlich wurden auch Verwaltungsstrafen nach § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG verhängt. Wäre T D selbst während der Kontrolle anwesend gewesen und wären ihm die an R gerichteten Fragen gestellt worden, wäre dieser aufgrund der gegen ihn bestehenden Verdachtslage nicht verpflichtet gewesen, sich durch „*umfassende Auskünfte*“ im Sinne des § 50 Abs. 4 GSpG selbst zu belasten. Er war folgerichtig auch nicht verpflichtet, eine andere Person zu bestimmen, die jene ihn belastenden Aussagen zu tätigen hätte.

Im gegenständlichen Fall wurden die Geräte bereits unmittelbar nach Kontrollbeginn heruntergefahren, wobei in den Kontrolldokumentationen keine Angaben zur Ursache enthalten sind. Die Finanzpolizisten hatten mit der Bespielung noch nicht begonnen. Wenn ein Spiel nur bei aufrechter Internetverbindung durchgeführt werden kann, dann umfasst die Verpflichtung, die Durchführung von Testspielen zu ermöglichen, nach der ratio legis jedenfalls auch die Verpflichtung zur Herstellung einer Internetverbindung. Die Aufforderung an den Verpflichteten, den - bei Beginn der Kontrolle bestandenen - Internetzugang wiederherzustellen, liegt daher zweifelsfrei im Rahmen der Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG (VwGH 2013/17/0834). Da S R nicht aufgefordert wurde, Testspiele zu ermöglichen, kann T D nicht angelastet werden, er habe nicht dafür gesorgt, dass eine anwesende Person den Organen des Finanzamtes Testspiele ermöglicht habe.

Für eine weitere amtswegige Beweisaufnahme durch das LVwG bestand kein Anlass. Zudem verzichteten in der mV die Vertreter der Behörde und des Finanzamtes auf eine weitere Beweisaufnahme.

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:

- zur Nichterteilung umfassender Auskünfte sowie Nicht-Ermöglichen von Testspielen: Ra 2017/17/0286; 2013/17/0834
- zum Aussageverweigerungsrecht: 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.

Hinweis

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