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-412652/6/Py/PP

Datum:
Linz, 5. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der Y.P., vertreten durch S. Rechtsanwälte, X, L., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Februar 2018, GZ: VStV/917300961889/2017, betreffend Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Jänner 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 12. Februar 2018, GZ: VStV/917300961889/2017, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 9 Abs. 1 VStG iVm § 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Z 5 letzter Fall GSpG 1989 idgF eine Geldstrafe in Höhe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 32 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis wird folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Linz, gemäß § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010 – DV durchgeführten Kontrolle am 4. Mai 2017, um 11:26 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung „W.“, in L., x, X, Betreiber P. KFT, waren Sie zum Zeitpunkt der Kontrolle im gegenständlichen Lokal anwesend, sind aber der Aufforderung des Leiters der Amtshandlung nicht nachgekommen, den Organen der öffentlich Aufsicht umfassende Überprüfung und Testspiele zu ermöglichen, weil sie weder Geld noch Spieleinsätze zur Verfügung gestellt haben. Somit haben Sie eine Verwaltungsübertretung gemäß § 50 Abs. 4 GSpG begangen.“

In der Begründung führt die belangte Behörde unter Wiedergabe des Verfahrensganges und der Rechtsgrundlagen zusammengefasst aus, dass von der Beschuldigten auf die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18. August 2017 keine Stellungnahme einlangte. 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. Ohne diese Pflichten wäre es den Behörden nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das GSpG festzustellen und entsprechend zu ahnden.

Abschließend legt die belangte Behörde ihre für die Strafbemessung maßgeblichen Gründe dar.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig von der Bf im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der zusammengefasst vorgebracht wird, dass die Bf mit den gegenständlichen Geräten bzw. deren Betriebsbereitschaft nichts zu tun hatte. Dieser stand auch kein Testspielgeld zur

Verfügung um es der Finanzpolizei auszuhändigen. Davon abgesehen ist die Bf der deutschen Sprache nur begrenzt mächtig und wurde zur Amtshandlung kein Dolmetscher beigezogen.

Zudem darf der Gesetzgeber keine Regelung treffen, die eine in Verdacht einer strafbaren Handlung stehenden Person verpflichtet, Beweise gegen sich selbst zu liefern. Selbst wenn die Bf gegen eine allfällige Mitwirkungspflicht verstoßen haben sollte, so ist ihr dies nicht vorwerfbar, zumal sie weder über ihre Rechte belehrt wurde und auch kein Dolmetscher beigezogen wurde.

3. Mit Schreiben vom 27. Februar 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Jänner 2019. An dieser haben der Rechtsvertreter der Bf sowie ein Vertreter des Finanzamtes Linz als am Verfahren beteiligte Organpartei teilgenommen. Als Zeuge wurde ein an der gegenständlichen Kontrolle beteiligtes Organ der Finanzverwaltung einvernommen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 4. Mai 2017 wurde im Lokal „W.“, X, L., durch Organe der Finanzpolizei Team 40 eine Kontrolle nach dem GSpG durchgeführt. Nachdem das Lokal zunächst von außen observiert wurde und verschiedene männliche und weibliche Personen das Lokal über den Haupteingang betreten haben, kündigte der Einsatzleiter um 11:26 Uhr nach mehrmaligem Betätigen der Türglocke sowie Klopfen an der Tür und zeigen des Dienstausweises mit Kokarde in die Kamera eine Kontrolle nach dem GSpG an. Nachdem die Türe nicht geöffnet wurde, wurde nach Rechtsbelehrung die Türöffnung durch den Schlüsseldienst angedroht und in weiterer Folge die Eingangstür durch den Schlüsseldienst geöffnet. Inzwischen befand sich auch die Rechtsvertretung des Lokalbetreibers, der P. KFT, vor Ort. Im Lokal wurde unter anderem die Bf angetroffen, die in weiterer Folge mit der Rechtsvertreterin des Lokalbetreibers abseits der Kontrollbeamten ein Gespräch führte. Dieser Raum bot einen Internet-Kaffeebereich mit einem Barbereich, rechts davon befand sich eine Tür durch die man über einen kleinen Vorraum in einen weiteren Raum gelangte, in dem sich zehn Glücksspielgeräte befanden. Der Bf wurde ein Personenblatt zum Ausfüllen vorgelegt. Darin gab sie an, dass sie derzeit für die Firma X Personalleasing arbeitet. Aufgrund des Kontaktes der Bf mit der Rechtsvertretung des Lokalbetreibers gingen die Beamten davon aus, dass es sich bei der Bf um eine Servicekraft handelt. Weitere Gespräche wurden von den

Kontrollbeamten mit der Bf nicht geführt, sondern wurde das weitere Vorgehen der Beamten gegenüber der Rechtsvertreterin des Lokalbetreibers erklärt. Welche Funktion die Bf im Lokal innehatte konnte nicht aufgeklärt werden. Ein Vertretungsverhältnis der Rechtsvertreterin des Lokalbetreibers gegenüber der Bf lag zum damaligen Zeitpunkt nicht vor.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 16. Jänner 2019.

Der Kontrollablauf geht sowohl aus dem Akteninhalt als auch den Aussagen des in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Einsatzleiters der Kontrolle hervor. Nach seinen Aussagen wurde mit der Bf – ausgenommen dem Ersuchen ein Personenblatt auszufüllen – kein näheres Gespräch geführt, zumal man davon ausging, dass die anwesende Rechtsvertreterin des Lokalbetreibers auch namens der nunmehrigen Bf auftrat. Aus dem Akt ist ersichtlich, dass die Bf zunächst im Verfahren noch unvertreten und erst anlässlich der verfahrensgegenständlichen Bescheidbeschwerde rechtsfreundlich vertreten war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

Gemäß § 50 Abs. 4 leg. cit. sind die Behörde nach Abs. 1 und die nach 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.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

5.2. Zum Beschwerdevorbringen der Bf ist zunächst auszuführen, dass die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs eingeschränkt wird, 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, Zl. 2013/17/0834). Im Erkenntnis vom 22.10.2013, Zl. 2013/17/0168, wurde der Berufung eines Angestellten auf § 33 Abs. 2 VStG und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, vom Verwaltungsgerichtshof entgegengehalten, dass „er als Angestellter des Lokalinhabers gerade nicht vom Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst ist und daher auch nicht als Beschuldigter anzusehen war“. Aus diesen Beschwerdeausführungen ist daher für die Bf nichts zu gewinnen.

Jedoch ist zunächst festzuhalten, dass der Spruch des behördlichen Straferkenntnisses den nach § 44a VStG erforderlichen Kriterien entspricht.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Danach ist es rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu beschreiben, dass

1. die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird, und
2. die Identität der Tat (z.B. nach Ort und Zeit) unverwechselbar feststeht.

Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (vgl. VwGH 01.07.2010, Zl. 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechts wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (vgl. u.a. VwGH 17.04.2012, Zl. 2010/04/0057). Sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (vgl. VwGH 23.04.2008, Zl. 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44a Z 2 unterliegen (vgl. VwGH 24.04.2008, Zl. 2007/07/0124).

Im gegenständlichen Spruch wird der Bf zur Last gelegt, dass sie „im gegenständlichen Lokal anwesend war.“ Ein Vorwurf nach § 50 Abs. 4 GSpG wird jedoch nur dann dem Konkretisierungsgebot des § 44a Z 2 VStG gerecht, wenn die Behörde jene Funktion der zu bestrafenden Person benennt, für die das Gesetz

bestimmte Handlungspflichten vorsieht. Es ist daher nicht alleine die „Anwesenheit“ für die gesetzlich vorgesehen Verpflichtungen Maßstab sondern der Umstand, dass es sich um einen Veranstalter, Inhaber oder um Personen, die Glücksspieleinrichtung bereithalten, handelt. Dass die Bf in einer solchen Funktion gehandelt habe, geht weder aus dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses noch aus der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 8. August 2017 hervor.

Neben diesem formellen Mangel ist jedoch auch festzuhalten, dass keinerlei Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Funktion der Bf im Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Wettlokal vorliegen. Allein aufgrund des Umstandes, dass die Bf ein Gespräch mit der Rechtsvertretung des Lokalbetreibers führte, kann ohne nähere Erhebungen nicht zwingend geschlossen werden, dass die im Lokal anwesende Bf von dieser vertreten wird. Nähere Erhebungen zur Funktion der Bf bzw. über den Grund ihres Aufenthalts im Lokal wurden weder bei der Kontrolle noch im Rahmen des behördlichen Verfahrens getätigt. Als Folge davon wurde der Bf eine Übertretung von Mitwirkungspflichten nach dem GSpG wohl auch nur aufgrund ihrer „Anwesenheit“ zur Last gelegt, was jedoch keine den gesetzlichen Erfordernissen ausreichende Konkretisierung des ihr zur Last gelegten Tatverhaltens darstellt.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Da somit der Bf ein gesetzwidriges Verhalten innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist nicht vorgeworfen wurde war der behördliche Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

II. Bei diesem Ergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Verfahrenskostenbeitrages.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny