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-412677/7/Wei

Datum:

Linz, 7. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß die Beschwerde der I L, vertreten durch S – H Rechtsanwälte in x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. Februar 2018, GZ.: VStV-917301018385/2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat gemäß § 52 Abs 9 VwGVG weder einen Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 6. Februar 2018, GZ.: VStV-917301018385/2017, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden Bfin) wie folgt abgesprochen:

„Straferkenntnis

Sie haben, wie am 30.05.2017 um 12:47 Uhr, in x, im Lokal mit der Bezeichnung ‚F W', welches von der Firma ‚P S KFT' betrieben wird, von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als Person (Mitarbeiterin P S KFT die dort Glücksspieleinrichtungen bereithält), gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem Sie den Einsatzkräften der Finanzpolizei trotz mehrfacher Aufforderung zum Zwecke der Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz den Zutritt in das Lokal nicht ermöglicht haben, sodass eine Lokalöffnung mittels Zwangsgewalt durchgeführt werden musste.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§§ 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5 GSpG idgF"

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde eine Geldstrafe von 3.000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Stunden. Weiters wurde der Bfin gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 300 Euro vorgeschrieben.

I.2. Die belangte Behörde begründet ihren Strafbescheid wie folgt (auszugsweise):

„[…]
Für die Behörde steht folgender Sachverhalt fest:

Zum gegenständlichen Tatzeitpunkt wollten Organe des Finanzamtes Linz im Lokal mit der Bezeichnung „F W", in x, zum Zwecke der Durchführung einer Glücksspielkontrolle dieses Lokal betreten.
Dafür positionieren sich zwei Organe der Finanzpolizei vor den Kameras der verschlossenen Eingangstür zum Lokal, betätigten die Türglocke mehrfach und klopften auch mehrmals an diese. Ein Organ der Finanzpolizei legitimierte sich als solches, indem er seinen Dienstausweis mit Kokarde in die Kameras zeigte und die Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz ankündigte. Auch wurde unter Hinweis auf die entsprechende Bestimmung des Glücksspielgesetzes explizit darauf hingewiesen, dass eine zwangsweise Öffnung des Lokales durchgeführt werde, wenn kein Einlass gewährt werden würde.
Da Sie trotz mehrfacher Aufforderung den Organen der Finanzpolizei keinen Einlass in das Lokal gewährten, musste ein Fenster zum Lokal mittels Zwangsgewalt geöffnet werden, wodurch sich die Kontrollorgane Zugang in das Lokal verschafften.
Die Organe konnten bei der darauffolgenden Kontrolle 7 Walzengeräte betriebsbereit und eingeschaltet vorfinden, bei denen Testspiele durchgeführt wurden.

Mit Schreiben der Landespolizeidirektion OÖ vom 04.08.2017 wurden Sie aufgefordert, binnen 2 Wochen ab Zustellung sich schriftlich zu rechtfertigen. In diesem Schreiben wurden Sie darauf hingewiesen, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird, wenn Sie von der Möglichkeit, sich zu rechtfertigen, nicht Gebrauch machen. Das Schreiben wurde Ihnen nachweislich am 11.08.2017 hinterlegt.
Mit Schreiben vom 21.09.2017 stellte Ihr Anwalt in Aussicht, dass Sie bis 15.10.2017 unaufgefordert eine Stellungnahme zum Tatvorwurf abgeben würden.
Mit Schreiben vom 06.02.2018 führen Sie aus, dass Sie keine Ankündigung einer Kontrolle wahrnehmen konnten.

Nach Darstellung der einschlägigen Rechtsvorschriften führt die Behörde im Rahmen ihrer Erwägungen aus:

[...]"
Laut Ihren Angaben vom 30.05.2017, würden Sie für die Firma P S KFT arbeiten und seien im Lokal gewesen.
Dadurch kam Ihnen alleine die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der Glücksspielapparate zu sorgen und haben diese in diesem Sinne ‚bereitgehalten' (vgl. VwGH Ra 2014/17/0004 vom 21.08.2014).
Weiter ist es durch die schlüssigen Angaben in der Anzeige der Finanzpolizei vom 30.06.2017 zweifelsfrei erwiesen, dass Sie trotz mehrmaliger Klopf- und Klingelzeichen sowie Legitimation der Beamten durch Vorzeigen von Dienstausweis und Kokarde in die Überwachungskamera die Eingangstür zum Lokal nicht aufsperrten, sodass eine Tür zum Lokal gewaltsam geöffnet werden musste.
Diese Unterlassung erfüllt ohne Zweifel den Tatbestand des § 50 Abs. 4 GSpG, da Sie durch die Verhinderung des Zutrittes in das Lokal der Finanzpolizei umfassende Überprüfungen und Testspiele [...] nicht ermöglicht hatten.
So sprach etwa der VwGH im Erkenntnis vom 15.03.2013 (GZ: 2012/17/0590) über das Vorliegen des gegenständlichen Tatbestandes bereits dann aus, wenn eine Kontrolle nach dem GSpG durch Trennen der Geräte vom Stromnetz, gehindert wird.
Erst recht muss deshalb per argumentum a minori ad maius der Ihnen angelastete Tatbestand nach dem GSpG erfüllt sein, wenn den Kontrollorganen der Zutritt in das Lokal erst gar nicht ermöglicht wird.
In der Sache selbst bestand für die erkennende Behörde keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln, zumal dieser von sach- und fachkundigen Organen der Abgabenbehörde aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung einwandfrei festgestellt werden konnte. Somit war für die Behörde erwiesen, dass Sie tatsächlich gegen die angeführte Bestimmung des Glücksspielgesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war."

I.3. Gegen dieses Straferkenntnis, das der Bfin zu Händen ihrer Rechtsvertreter am 9. Februar 2018 zugestellt worden ist, wendet sich die per E-Mail vom 5. März 2018 rechtzeitig bei der belangten Behörde eingebrachte Beschwerde mit den Anträgen, das LVwG Oberösterreich möge

1. gemäß § 50 VwGVG den angefochtenen Bescheid auf heben und das Verfahren einstellen;
2. gemäß § 44 Abs 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen.

Zur Begründung wird ausgeführt:

„I. Beschwerdegründe

1. Die Beschwerdeführerin hat die ihr vorgeworfene Tat nicht zu verantworten.

2. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung des g 50 Abs 4 GSpG wird eine erste Grenze der Duldungs- und Mitwirkungspflicht ersichtlich. Diese Pflichten erstrecken sich nur auf den Bereich der Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG. Liegt hingegen der Verdacht - welcher im Kern des Begriffes notwendig ein begründeter, dh auf Tatsachen zurückzuführender, ist (siehe zum retrospektiv diagnostischen Element des Verdachtsbegriffes im Rahmen der abduktiven Entdeckung und Bewertung von Hypothesen Schulz, Normiertes Misstrauen, 224 ff, 312 ff und 528 f) - auf den Verstoß gegen das GSpG vor, so endet die Duldungs- und Mitwirkungspflicht. Ab diesem Zeitpunkt handelt es sich nicht mehr um die Durchführung von Überwachungsaufgaben zum Zwecke (arg.: ‚erforderlich') der Einhaltung des GSpG, sondern zum Zwecke der Tataufklärung und Ermittlung wegen eines angenommenen Verstoßes gegen das GSpG.

Diese Auslegung korreliert jedenfalls betreffend die Mitwirkungspflicht in den überwiegenden Fallkonstellationen mit den Vorgaben des verfassungsrechtlich verankerten Prinzips ‚nemo tenetur se ipsum accusare', nach dem der Gesetzgeber keine Regelung treffen darf, die eine im Verdacht einer strafbaren Handlung stehende Person verpflichtet, Beweise gegen sich selbst zu liefern (dazu mwN Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht[10] Rz 786).
Darüber hinaus ist aus dem Wortlaut abzuleiten, dass die Duldungs- und Mitwirkungspflicht nicht nur ad personam durch die Anwendbarkeit des Selbstbezichtigungsverbotes begrenzt ist, sondern dass das Entstehen der Verdachtslage auch generell die Zäsur darstellt.

Ist somit aus der objektiven Sichtweise ex ante eine Verdachtslage auf einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz gegeben, so endet zumindest die Mitwirkungspflicht (siehe zur vorzunehmenden Art der Abgrenzung in ähnlichen Konstellationen Lienbacher, Ist staatsanwaltliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand, in Lienbacher/Wielinger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 73 f). Denn es geht dann nicht mehr nur um die Wahrnehmung von Überwachungsaufgaben zur Kontrolle der Einhaltung des Glücksspielgesetzes, sondern um strafrechtliche Verfolgungsmaßnahmen im Hinblick auf einen Verstoß.

Das Verfahren müsste daher schon aus diesen Überlegungen heraus eingestellt werden, zumal schon vor dem Betreten des Lokals der Verdacht bestanden hat, dass dort gegen das Glücksspielgesetz verstoßen wurde und daher zu diesem Zeitpunkt die Mitwirkungspflicht geendet hat.

Linz, am 05.03.2018 I L"

I.4. Die belangte Behörde hat die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt am 9. März 2018 dem Landesverwaltungsgericht ohne Stellungnahme zur Entscheidung vorgelegt.

II. Beschwerdeverfahren

II.1. Beschwerdeverhandlung

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 14. Juni 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Rechtsanwalts Mag. R H für

die Bfin und des C L für das Finanzamt Linz durchgeführt. Die belangte Behörde ist entschuldigt nicht erschienen.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und Erörterung der Aktenlage, insbesondere der darin enthaltenen Anzeige samt Dokumentationen der Kontrolle (Aktenvermerke und Fotobeilagen). Über ihre Wahrnehmungen aus Anlass der Kontrolle wurden C E und V A als finanzpolizeiliche Zeugen befragt.

II.2. Sachverhaltsfeststellung

Auf Grund der Aktenlage und des durchgeführten Beweisverfahrens steht der folgende entscheidungsrelevante S a c h v e r h a l t fest:

II.2.1. Am 30. Mai 2017 fand ab 12:47 Uhr im Lokal „F W“ in x, das von der Firma P S KFT betrieben wird, eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes statt. Dabei kam es zur Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt durch gewaltsame Öffnung von drei Zugangstüren und von Geräten. Im Zuge von Vorerhebungen konnte von der Finanzpolizei um 12:17 Uhr ein Mann in kurzer heller Hose und grünem T-Shirt beobachtet und fotografiert werden, als er nach einem (möglichen) Läuten an der Tür das Lokal betreten konnte (vgl Aktenblatt 38 u 39: Fotodokumentation zu finanzpolizeilichen Vorerhebungen).

Zu Beginn der Amtshandlung läutete der zivil bekleidete Zeuge C E an der Eingangstüre zum Lokal, hielt seinen Dienstausweis als Finanzpolizist mit Kokarde in die Richtung, wo er eine Überwachungskamera vermutete, und kündigte eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz an. Da keine Reaktion wahrgenommen werden konnte, versuchte er mindestens weitere fünf Minuten Einlass zu erlangen, indem er den Klingelknopf mehrmals betätigte und auch an der gläsernen Eingangstüre klopfte und in die Gegensprechanlage sprach. Dabei kündigte er auch die zwangsweise Öffnung der Türe durch einen beigezogenen Schlosser an, sollte nicht freiwillig geöffnet werden.

Nach weiteren Ankündigungen und Belehrungen zur beabsichtigten Kontrolle wurde schließlich ein Schlüsseldienst zur gewaltsamen Öffnung der Eingangstüre beigezogen. Bis die Eingangstüre durch den Schlosser geöffnet war, verging fast eine halbe Stunde. Um 13:22 Uhr gelangte die Finanzpolizei dann zunächst in einen Vorraum zum Spiellokal und fand eine weitere verschlossene Türe ähnlich einer Wohnungstüre vor (vgl Foto auf Aktblatt 27 verso). Diese Türe konnte der Schlosser binnen weniger Minuten öffnen. Danach war sogar noch eine dritte Tür verschlossen, deren Öffnung aber sehr schnell gelang. Um 13:31 Uhr konnte das Spiellokal schließlich von den Kontrollorganen betreten werden.

II.2.2. Im Lokal wurden sieben Geräte vorgefunden, die ausgeschaltet waren. Außerdem wurden die Bfin und der Mann im grünen T-Shirt angetroffen, welcher gerade im Barbereich rauchte. Er gab an, nicht im Lokal zu arbeiten. Der Zeuge E nahm daher an, dass es sich um einen Gast handelte. Andere Personen waren nicht anwesend.

Die Bfin hat sich durch eine rumänische Identitätskarte (vgl Aktblatt 21) ausgewiesen. Sie öffnete auf Verlangen ein Kästchen im Barbereich, in dem sich Schlüsseln und eine Fernbedienung befanden (vgl Aktblatt 35). Sie erklärte nach Belehrung über die Auskunftspflicht, dass sie nur putzen würde und nicht angeben könne, wer und seit wann die Geräte betreibt und Gewinne auszahlt. Es wurde ihr ein Personalblatt in ungarischer Sprache zum Ausfüllen übergeben.

Auf Grund der schlechten Sprachkenntnisse der Bfin konnte der Zeuge E kein normales Gespräch mit ihr führen. Sie machte aber klar, dass sie nur putze und sonst nicht zuständig sei. Dabei zeigte sie auf einen Staubsauger, der noch im Raum gestanden ist. Sie deutete auch an, wegen des Staubsaugens nichts gehört zu haben. Die Bfin hätte schon um 14:30 Uhr gehen können, sie wartete aber bis ihr Rechtsanwalt Mag. H um 15:50 Uhr eintraf, mit dem sie sich noch besprach, bevor sie kurze Zeit später das Lokal verließ.

II.2.3. Da die Bfin keine Auskünfte über die Geräte geben konnte, ordnete der Zeuge E als Leiter der Amtshandlung die Öffnung der Geräte durch den Schlüsseldienst an, der damit um 14:30 Uhr begann. Danach wurden die eingebauten Unterbrecher umgangen und die Geräte mit Strom versorgt. Dadurch konnten die Geräte wieder eingeschaltet, hochgefahren und anschließend bespielt werden. Beim Gerät FA-Nr. 7 waren keine Testspiele möglich, weil zusätzlich noch die Eingabe eines PIN-Codes erforderlich gewesen wäre. Dieser ist aber nicht bekannt gegeben worden.

Wie aus der GSp26-Dokumentation über die Testspiele mit den dazugehörigen Fotos in der Fotodokumentation eindeutig ersichtlich ist, waren auf den Geräten klassische Walzenspiele wählbar. Durch Testspiele mit den in Klammer angegebenen virtuellen Walzenspielen, und zwar: Geräte FA-Nrn. 1 und 2 (Billy`s Goldmine), Geräte FA-Nrn. 3 bis 5 (Slot-O-Pol) und FA-Nr. 6 (Tornado), wurde von den Organen der Finanzpolizei der Glücksspielcharakter nachgewiesen. Beim Gerät FA-Nr. 7 war kein Testspiel möglich. Nach den Möglichkeiten im Auswahlmenü (vgl Foto auf Aktblatt 50 verso) lag aber der Verdacht eines Glücksspielgerätes auf der Hand. Der Spielablauf der Walzenspiele entsprach im Wesentlichen den jahrelangen amtlichen Erfahrungen. Nach Eingabe von Geld und Auswahl eines Einsatzes und Betätigung der spielauslösenden Taste wurden die Symbole am Bildschirm in ihrer Lage verändert bzw ausgetauscht, dass der optische Eindruck von rotierenden senkrecht ablaufenden Walzen entstand. Nach kurzer Zeit kam der virtuelle Walzenlauf zum Stillstand und programmbedingt am Bildschirm

herbeigeführten Symbolkombinationen entschieden entsprechend dem Gewinnplan über Gewinn und Verlust. Es bestand keine Möglichkeit auf das Zustandekommen gewinnbringender Kombinationen gezielt Einfluss zu nehmen.

II.2.4. Dass im Innenbereich das Läuten zu hören war, konnte der Zeuge Eder selbst nicht bestätigen. Auch die Funktionsfähigkeit einer Außenkamera und der Gegensprechanlage hat der Zeuge weder wahrgenommen, noch nachträglich überprüft. Nach seinen Angaben hat er im Innenbereich solche Geräte nicht bewusst wahrgenommen. Die Funktion des Flachbildschirmes im Vorraum hat er nicht nachvollzogen (Zeuge E, Verhandlungsschrift, Seiten 4 f). Dieser dürfte eine Verbindung zu einer Kamera im Außenbereich zur Überwachung des Eingangs gehabt haben. Denn auf einem Foto (Aktblatt 28) ist zwar sehr schlecht, aber doch erkennbar, dass der Flachbildschirm im Vorraum eine Situation vor der Eingangstür zeigt (vgl dazu etwa das Foto Aktblatt 26: Personen mit Werkzeugkoffer). Nähere Umstände zu den allenfalls vorhandenen Überwachungseinrichtungen sind nicht bekannt.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass sich die Bfin in der Zeit von 12:47 Uhr (Beginn der Amtshandlung der Finanzpolizei) bis zum Betreten des Spiellokals durch die Kontrollorgane um 13:31 Uhr im Vorraum aufgehalten hatte. Es steht nur fest, dass die Bfin in dieser Zeit der Amtshandlung Reinigungsarbeiten im Lokal mit einem Staubsauger längstens bis zum Betreten des Lokals um 13:31 Uhr durch die Organe der Finanzpolizei vorgenommen hat. Eine genauere zeitliche Eingrenzung ist nicht möglich. Im Spiellokal selbst hatte sie keine Sicht auf die Eingangstüre straßenseitig. Ob die Klingel an der Eingangstüre und die Gegensprechanlage funktionierten, kann nicht festgestellt werden. Tatsächlich war das Lokal bei Beginn der Amtshandlung durch drei hintereinander gelegene Türen geschlossen und es fand kein Spielbetrieb statt. Die Spielgeräte waren ausgeschaltet und konnte die Stromversorgung erst nach zwangsweiser Öffnung der Geräte hergestellt werden.

II.3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen auf der Anzeige des Finanzamtes Linz vom 30. Juni 2017 in Verbindung mit dem Aktenvermerk über die gewaltsame Türöffnung mit chronologischem Ablauf der Ereignisse und dem Aktenvermerk über die eigentliche Kontrolle am 30. Mai 2017 im Lokal, weiters auf der GSp26-Dokumentation betreffend Testspiele sowie der umfassenden Fotodokumentation der Finanzpolizei sowie auf den Angaben des in der mündlichen Verhandlung gehörten Zeugen E, der einen glaubwürdigen Eindruck machte. Die weitere finanzpolizeiliche Zeugin V A konnte sich kaum erinnern. Sie hatte die Aufgabe, den chronologischen Ablauf der Ereignisse für den später von einem Kollegen erstellten chronologischen Aktenvermerk zu notieren. Sie erklärte, die Dinge wegen der Teilnahme an zahlreichen Glücksspielkontrollen durcheinander zu bringen und sich auch wegen

der verstrichenen Zeit nicht mehr so genau erinnern zu können. Sie konnte daher keine Angaben zu den wesentlichen Umständen machen.

Die Darstellung des Beschwerdevertreters, dass der Mann im grünen T-Shirt eingelassen wurde, weil ihn die zu dieser Zeit gerade im Vorraum arbeitende Bfin zufällig wahrnehmen hätte können, kann mangels gegenteiliger Beweise nicht ausgeschlossen werden.

Dass es sich bei dem im Lokal angetroffenen Mann um einen Gast handelte, kann auch nicht mit der notwendigen Sicherheit angenommen werden. Aus seiner Angabe, nicht im Lokal zu arbeiten, kann noch nicht zwingend darauf geschlossen werden, dass er Gast war. Er wurde nicht beim Spielen an einem der Geräte, die bekanntlich zur Zeit des Betretens des Spiellokales durch die Organe der Finanzpolizei ausgeschaltet waren, angetroffen. Es könnte sich auch um einen Bekannten der Bfin gehandelt haben. Nach Darstellung des Beschwerdevertreters war das Lokal wegen der Reinigungsarbeiten vorübergehend geschlossen. Auch diese Möglichkeit kann nach der Aktenlage nicht widerlegt werden. Vielmehr sprechen die Umstände (geschlossene Türen, ausgeschaltete Geräte, kein Spielbetrieb) sogar dafür. Es wurden keine Beweise zu diesem Thema erhoben. Weder die Bfin noch der Mann im grünen T-Shirt, dessen Identität nicht einmal aktenkundig ist, wurden niederschriftlich von der Finanzpolizei befragt. Auch wurde das Vorhandensein technischer Geräte zur Überwachung des Eingangsbereichs und des Innenraumes weder dezidiert festgestellt, noch die Funktionsfähigkeit überprüft.

Auf Grund dieser Aufklärungsmängel sind wesentliche Tatfragen offen geblieben, für deren Klärung auch keine möglichen Beweisquellen bekannt sind. So ist etwa die Beschäftigung der Bfin im Lokal nicht hinterfragt worden. Es hätte erhoben werden müssen, für wen die Bfin wie lange arbeitet und welche Aufgaben sie dabei zu erfüllen hat. Sie wurde dazu nicht förmlich befragt. Man begnügte sich offenbar mit ihrem informellen Hinweis, dass sie nur putzen würde und keine Auskünfte geben könne. Aus dem Aktenvermerk über den chronologischen Ablauf geht hervor, dass ihr bereits um 14:30 Uhr erlaubt wurde, sich vorzeitig zu entfernen. Die Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme der Geräte mit angegebenem Ende der Amtshandlung um 16:00 Uhr hat sie nicht unterzeichnet. Bei der „Unterschrift der Auskunftsperson“ wurde vermerkt, dass sie nicht mehr im Lokal anwesend war, weil sie ihr Kind abholen hätte müssen.

IV. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016 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, § 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.

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 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.

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).

V. Rechtliche Beurteilung

V.1. Zur Mitwirkungspflicht iSd § 50 Abs 4 GSpG

Unter einer „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“, ist nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand zu verstehen, 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 Sinn 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 des § 50 Abs 4 GSpG offensichtlich auch eine Auskunftspflicht 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 und in vielen Fällen bei Kontrollen die einzigen Personen sind, die den Kontrollorganen Auskünfte erteilen können.

Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal trifft somit die Auskunftspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats,

sondern auch den- oder diejenigen, die für die Verfügbarkeit des Apparats faktisch sorgen. Dabei hat sich die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, nach dem Aufgabenbereich des Angestellten zu richten (vgl VwGH 21.8.2014, Zl. Ra 2014/17/0004; VwGH 20.06.2012, Zl. 2012/17/2014).

Ein Mitarbeiter, der sich als für das Lokal verantwortlich bezeichnet, gehört jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen, weil er damit auch im Rahmen seiner Befugnisse für die Umsetzung der betriebsintern bestehenden Anordnungen zuständig ist, ob und welche Apparate für Dritte im Lokal verfügbar sind. Dass einem Angestellten kein Einfluss auf die Entscheidung, welche Apparate bereitgehalten werden, zukommt, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht maßgeblich.
Die gesetzliche Verpflichtung nach § 50 Abs 4 GSpG besteht lediglich darin, Kontrollen zu dulden bzw im gesetzlichen Rahmen mitzuwirken. Es bestehen insoweit keine Bedenken, auch Personen, die keinen Einfluss auf die Entscheidung betreffend das Aufstellen des Apparats haben, in die Auskunftspflicht und damit in den Straftatbestand nach § 52 Abs 1 Z 5 GSpG einzubeziehen (vgl VwGH 21.8.2014, Zl. Ra 2014/17/0004; VwGH 29.7.2015, Zl. Ra 2014/17/0031).

V.2. Kein Schuldbeweis

Der Bfin wird von der belangten Behörde vorgeworfen, dass sie am 30.05.2017 um 12:47 Uhr im „F W“ in x, Glückspieleinrichtungen bereitgehalten und gegen ihre Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG verstoßen habe,
indem sie den Einsatzkräften der Finanzpolizei trotz mehrfacher Aufforderung zum Zwecke der Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz, den Zutritt in das Lokal nicht ermöglicht habe, sodass eine Lokalöffnung mittels Zwangsgewalt durchgeführt werden musste.

Diesem Tatvorwurf ist schon in tatsächlicher Hinsicht entgegen zu halten, dass nach der Aktenlage nicht einmal festgestellt werden kann, dass die Bfin eine Person war, die Glücksspieleinrichtungen bereithält. Aus den getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt ergibt sich, dass zur Zeit der Kontrolle nur die Beschäftigung der Bfin im Lokal als Reinigungskraft feststand. Ob sie auch andere Aufgaben hatte und im Spiellokal für die Umsetzung von Anordnungen des Lokalbetreibers in Bezug auf die Spielgeräte zuständig war, ist nach dem äußeren Anschein und ihren Angaben gegenüber dem Einsatzleiter, wonach sie nur putzen würde, zu verneinen. Ihre bloße Anwesenheit in einem versperrten Lokal ohne Spielbetrieb mit ausgeschalteten Geräten genügt noch nicht, um sie als mitwirkungspflichtige Person iSd § 50 Abs 4 GSpG qualifizieren zu können. Denn wenn die Bfin tatsächlich nur die Reinigung der Räumlichkeiten zu besorgen hatte und das Lokal deshalb geschlossen war, wie der Beschwerdevertreter in der Verhandlung vorbrachte, dann konnte sie nicht als Person, die Glücksspieleinrichtungen faktisch

bereithält, angesehen werden. Dafür könnte auch sprechen, dass sie noch ihr Kind abzuholen hatte und deshalb ihr Aufenthalt im Lokal nicht auf längere Dauer angelegt war. Zweckdienliche Ermittlungen zu diesem Thema wurden nicht durchgeführt. Es liegen keine Beweisergebnisse vor, die nachteilige Feststellungen zuließen.

Selbst wenn die Bfin als Person, die Glücksspieleinrichtungen faktisch bereithält, anzusehen wäre, kann der sinngemäß erhobene Vorwurf, sie hätte den Zutritt in das Lokal nicht ermöglicht und dadurch ihre Mitwirkungspflicht, umfassende Überprüfungen zu ermöglichen, verletzt, nach den Umständen des Falles nicht aufrecht erhalten werden.

Die diesbezüglich erforderlichen Feststellungen, nämlich dass die Bf in diesem Zusammenhang rechtswidrige Handlungen gesetzt hat, weil sie die Türe zumindest fahrlässig nicht unverzüglich geöffnet hat, lassen sich angesichts des dazu fehlenden Sachverhaltssubstrats nicht mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit treffen. Wie bereits unter Punkt II.2. und II.3. näher dargestellt, kann mangels geeigneter Erhebungen vor Ort nicht festgestellt werden, dass die Bfin das Begehren der Finanzpolizei um Einlass zwecks Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz bemerkt haben muss. Sie befand sich im Inneren des Lokals, wo sie keinen Sichtkontakt hatte. Ob sie eine Klingel hätte hören müssen und Kontakt über eine Freisprechanlage aufnehmen hätte können, wurde nicht ermittelt. Es ist deshalb nicht gesichert feststellbar, ob die auch der deutschen Sprache nicht ganz mächtige Bfin die Ankündigung der Kontrolle samt Belehrungen und angedrohtem Zwang überhaupt wahrgenommen hat. Es kann mangels aktenkundiger Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Kontrolle bzw die Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung rechtzeitig gesehen und/oder gehört und verstanden haben muss.

Um einen Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten nach § 50 Abs 4 GSpG im vorliegenden Fall annehmen zu können, wäre zumindest das Wissen oder fahrlässige Nichtwissen der Bfin um eine Situation erforderlich, in der Organe der Finanzpolizei an der Türe geläutet und eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz angekündigt haben. Mangels einer ausreichend gesicherten Beweislage können nur Vermutungen angestellt werden, die für einen Schuldbeweis im Strafverfahren nach dem Prinzip der Unschuldsvermutung nicht ausreichen.

VI. Ergebnis

Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG mangels einer erwiesenen Verwaltungsübertretung einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs 9 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens.

VII. 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. Der festgestellte Sachverhalt war im Wesentlichen der Aktenlage zu entnehmen und nicht strittig. Fragen der Beweiswürdigung und der einzelfallbezogenen Beurteilung durch das Verwaltungsgericht stellen idR keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung dar. In der entscheidungswesentlichen Frage der Auslegung des Merkmals der „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“ ging das Verwaltungsgericht von den in der Rechtsprechung des VwGH entwickelten Grundsätzen aus.

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

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. W e i ß

.