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-412697/7/Re/JB

Datum:
Linz, 14. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der P.K., L., vertreten durch S. Rechtsanwälte, X, L., vom 13.3.2018, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13.2.2018, GZ: VStV/917301612209/2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs. 4 GSpG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17.7.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat 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. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich, Linz, hat mit dem Straferkenntnis vom 13.2.2018, GZ: VStV/917301612209/2017, über P.K., X, L., eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 36 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt nachstehender Tatvorwurf zu Grunde:
„Sie haben, wie am 07.09.2017 um 12:26 Uhr, in L., X, im Lokal mit der Bezeichnung ‚S.', welches von der Firma ‚A. GmbH' betrieben wird, von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als Person (Mitarbeiterin von A. GmbH, 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, letzter Fall, GSpG 1989 idgF."

Dies im Wesentlichen mit der Begründung, bei einer am 7.9.2017 durchgeführten Kontrolle im Lokal „S." in L., X, sei sie als Arbeitnehmerin der A. GmbH anwesend gewesen. Sie habe Glücksspieleinrichtungen, insgesamt 11 Geräte, bereitgehalten. Durch Angaben der Anzeige der Finanzpolizei vom 17.10.2017 sei erwiesen, dass sie trotz mehrmaligen Klopf- und Klingelzeichen sowie Legitimation der Beamten durch Vorzeigen von Dienstausweisen etc. in die Überwachungskamera die Eingangstür zum Lokal nicht aufgesperrt habe, sodass die Türe gewaltsam geöffnet werden musste. Diese Unterlassung erfülle den Tatbestand des § 50 Abs. 4 GSpG, da sie durch Verhinderung des Zutrittes in das Lokal umfassende Überprüfungen durch Testspiele nicht ermöglicht hätte. Dies entspreche der Judikatur des VwGH. Die Behörde habe keinen Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bestrafte, vertreten durch Rechtsanwälte S., L., X, mit Schriftsatz vom 13.3.2018 innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, sie habe die ihr zu Last gelegte Tat nicht begangen, die Mitwirkungspflichten würden sich nur auf den Bereich der Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG erstrecken. Die Mitwirkungspflicht ende, wenn ein Verdacht auf Verstoß gegen das Glücksspielgesetz vorliege. Es handle sich dann um Überwachungsaufgaben zum Zwecke der Tataufklärung und -ermittlung. Nach verfassungsrechtlich verankerten

Prinzipien dürfe der Gesetzgeber keine Regelung treffen, die ein in Verdacht einer strafbaren Handlung stehende Person verpflichte, Beweise gegen sich selbst zu liefern. Das Verfahren müsse daher eingestellt werden, zumal schon vor dem Betreten des Lokals der Verdacht bestanden habe, dass dort gegen das GSpG verstoßen würde und daher zu diesem Zeitpunkt die Mitwirkungspflicht geendet habe.

I.3. Mit Schreiben vom 14.3.2018 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung am 17.7.2018. An dieser Verhandlung hat die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) sowie Vertreter der belangten Behörde teilgenommen. Als Zeuge einvernommen wurden die geladenen Zeugen C.E. und C.L., beide Prüforgane der zuständigen Finanzpolizei.

I.4. Aufgrund der Aktenlage und des durchgeführten Beweisverfahrens steht der folgende entscheidungsrelevante Sachverhalt fest:

I.4.1. Die Bf ist Angestellte der „A. GmbH“ und war am 7.9.2017 um 12:26 Uhr im Standort L., X, im Lokal mit der Bezeichnung „S.“ anwesend.

Am 7.9.2017 um 12:26 Uhr fand im genannten Lokal eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG statt. Dabei kam es zur Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt dahingehend, als zumindest eine Zugangstüre gewaltsam geöffnet wurde. Im Zuge von Vorerhebungen konnten von Organen der Finanzpolizei Personen beim Betreten des Lokals festgestellt werden.

Die Amtshandlung beginnt um 11:00 Uhr mit Vorerhebungen vor Ort. Nach Beobachtung von Personen beim Zugang beginnt der Einsatz vor dem Lokal um 12:26 Uhr. Die erste Tür konnte, da nicht verschlossen, geöffnet werden. Dahinter gelangte man in einen Vorraum und zu einer zweiten Tür, die verschlossen war. Die in Zivil gekleideten Kontrollorgane läuteten an dieser Eingangstüre und kündigten durch Vorweisen der Dienstkokarde und des Dienstausweises die Kontrolle gemäß GSpG in die Türkamera an. Trotz mehrmaligem Klingeln und Ankündigung der Kontrolle wurde der Zutritt nicht gewährt. Nach nochmaliger Ankündigung, Rechtsbelehrung und Androhung einer Türöffnung um 12:29 Uhr, insbesondere der Androhung, dass die Türe durch den Schlüsseldienst geöffnet werden würde, sowie einer weiteren Androhung um 12:40 Uhr trifft um 12:51 Uhr die Rechtsvertreterin und um 12:52 Uhr der Schlüsseldienst am Einsatzort ein, welcher um 12:53 Uhr die zweite (versperrte) Eingangstüre öffnet. Die sich in der Folge darstellende dritte Türe war ebenfalls versperrt. Nach klopfen an dieser Türe

wurde diese geöffnet. Von wem die Türe geöffnet wurde, konnte nicht festgestellt werden.

Im Lokal wurden 11 Geräte vorgefunden. Die Geräte waren ausgeschaltet. Im Lokal waren eine Arbeitnehmerin der Gewerbeinhaberin sowie drei Gäste anwesend.

Nach telefonischem Kontakt mit Rechtsanwalt Mag. H., welcher keine Auskunftsperson nach dem GSpG namhaft machen konnte, wurde ein Gerät durch Aufbrechen geöffnet. Die Glücksspielgeräte konnten nicht spielbereit gemacht werden. Das geöffnete Gerät wurde in der Folge wieder verschlossen.

Im Rahmen der Zeugeneinvernahme konnte vom einvernommenen Prüforgan nicht bestätigt werden, ob die Funktionsfähigkeit einer Außenkamera oder einer Gegensprechanlage überprüft wurde bzw. wahrgenommen werden konnte. Es wurde auch nicht festgestellt, von wem die dritte Türe tatsächlich geöffnet wurde. Nähere technische Details über die Überwachungsanlagen, Gegensprechanlagen oder Klingelanlagen waren nicht eruierbar. Es kann nicht festgestellt werden, ob die Klingel an der Eingangstüre und/oder die Gegensprechanlage funktionieren und demnach für die Bf hörbar waren. Tatsächlich war das Lokal bei Beginn der Amtshandlung durch drei hintereinander gelegene Türen geschlossen und es fand kein Spielbetrieb statt. Die Geräte waren ausgeschaltet und konnte eine Inbetriebnahme nicht erfolgen.

I.5. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen im Wesentlichen in der Anzeige des Finanzamtes Linz vom 17.10.2017, angefertigt in der Folge einer Überprüfung vom 7.9.2017 um 12:26 Uhr im Lokal „S.“ in Linz, X. Nachweis über die durchgeführte Überprüfung insbesondere die gewaltsame Öffnung von Türen und Gerät finden sich im Aktenvermerk vom 7.9.2017.

Der einvernommene Zeuge C.E. gibt an, dass bereits bei der ersten Türe Dienstausweise in die Kamera gehalten wurden. Nicht mehr erinnerlich sei, ob bereits dort eine Klingelanlage vorhanden war. Bei der zweiten Türe war eine Glocke und eine Kamera installiert. Die Glocke wurde betätigt und Ausweise wurden in die Kamera gehalten. Eine Sprechanlage konnte nicht festgestellt werden. Durch Präsentieren der Dienstausweise und verbale Mitteilung wurde auf die allfällige gewaltsame Öffnung der Türe hingewiesen. Auch ein Klopfen bei der Türe blieb ohne Erfolg. Auch eine dritte Türe erwies sich als verschlossen, wurde in der Folge nach Klopfen an dieser Türe von innen geöffnet. Im Lokal wurden mehrere Personen angetroffen. Nicht feststellbar war, ob die Türe von der Bf oder einem Gast geöffnet wurde. Vom Zeugen wird festgestellt, dass die seiner Meinung nach offensichtlichen Glücksspielgeräte vom Netz getrennt und ausgeschaltet

(finster) waren. Die Angestellte (Bf) habe sich im letzten beschriebenen Raum befunden. Es wurde nicht überprüft, ob und wie eine Klingel in diesem Raum hörbar ist bzw. wie ein allfälliges Klopfen in diesen Räumlichkeiten hörbar war. Ob die Bf Aufmerksamkeit durch Läuten oder Klopfen erlangt hat, konnte nicht gesagt bzw. festgestellt werden.

Personen, die vor Öffnung der Türen das Lokal betreten haben, wurden nicht befragt. Identitäten dieser Personen sind nicht aktenkundig.

Aufgrund vorliegender Aufklärungsmängel blieben wesentliche Tatfragen offen, für deren Klärung keine weiteren möglichen Beweise bekannt sind. Ob und welche Glücksspiele auf den Geräten tatsächlich gespielt wurden bzw. gespielt hätten werden können, blieb offen, ob und wie die Angestellte Bf auf Klopfen oder Läuten der Prüforgane aufmerksam wurde oder hätte werden können, wurde nicht erhoben. Ob und wer letztlich allenfalls ein Klopfgeräusch an der dritten Türe wahrgenommen hat und in der Folge die Türe geöffnet hat, konnte ebenfalls nicht erhoben werden.

Erwägungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich:

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.

Im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist ein Mitarbeiter, der sich als für das Lokal verantwortlich bezeichnet, zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen zu rechnen. Die gesetzliche Verpflichtung nach § 50 Abs. 4 GSpG besteht darin, Kontrollen zu dulden bzw. im gesetzlichen Rahmen mitzuwirken. Es bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, Personen, die keinen Einfluss auf die Entscheidung betreffend das Aufstellen von Glücksspielgeräten haben, in die Auskunftsplicht und damit in den Straftatbestand nach § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG einzubeziehen.

Der Bf wird von der belangten Behörde vorgeworfen, sie habe am 7.9.2017 um 12:26 Uhr im Lokal „S.“ in L., X, Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten und gegen ihre Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem sie Einsatzkräften der Finanzpolizei trotz mehrfacher Aufforderung zum Zwecke der Durchführung einer Kontrolle nach dem GSpG den Zutritt in das Lokal nicht ermöglicht hätte, sodass eine Lokalöffnung mittels Zwangsgewalt durchgeführt habe werden müssen.

Trotz Aufbrechen eines Gerätes und Aufforderung an die Anwesende Bf konnte ein Testspiel an den Geräten nicht durchgeführt werden. Weitere zweckdienende Ermittlungen zu diesem Thema wurden nicht durchgeführt. Es liegen keine Beweisergebnisse vor, die den Betrieb von Glücksspielgeräten belegen.

Der an die Bf erhobene Vorwurf, sie hätte den Zutritt in das Lokal nicht ermöglicht und demnach ihre Mitwirkungspflicht, weitere Überprüfungen zu ermöglichen, verletzt, kann nach den Umständen des Falles und dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens nicht mit ausreichender Sicherheit aufrechterhalten werden.

Die diesbezüglich erforderlichen Feststellungen, die Bf habe in diesem Zusammenhang rechtswidrige Handlungen gesetzt, weil sie die Türe zumindest fahrlässig nicht unverzüglich geöffnet habe, lassen sich angesichts des vorliegenden Ermittlungsergebnisses nicht mit der für den durch Ausspruch einer Strafe erforderlichen Ausgang eines Verwaltungsstrafverfahrens erforderlichen Sicherheit treffen. Wie oben festgestellt und beschrieben bzw. der Aktenlage zu entnehmen, konnte mangels geeigneter Erhebungen vor Ort nicht festgestellt werden, dass die Bf das Begehr der Finanzpolizei um Einlass zwecks Durchführung einer Kontrolle nach dem GSpG bemerkt haben muss. Sie habe sich im Inneren des Lokals im Raum nach der dritten Türe befunden. Ob sie eine Klingel hätte hören müssen und/oder Kontakt über eine Freisprechanlage oder eine Kamera mit Display aufnehmen hätte können, wurde nicht ermittelt. Es ist letztlich nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellbar, ob die Bf die Ankündigung der Kontrolle samt Belehrungen und angedrohten Zwang überhaupt wahrgenommen hat oder wahrnehmen hätte können. Insbesondere auch die Wahrnehmung des Klopfgeräusches bei der dritten Türe, welches schließlich zur Öffnung geführt hat, ist letztlich nicht der Bf zurechenbar. Es kann daher mangels sich aus dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens ableitbarer Handlungselemente nicht davon ausgegangen werden, dass die Bf 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 Bf um eine Situation erforderlich, in der Organe der Finanzpolizei an der Türe geläutet und eine Kontrolle nach dem GSpG angekündigt haben. Mangels einer ausreichend gesicherten Beweislage konnten diesbezüglich

zumindest zum Teil nur Vermutungen angestellt werden, die für einen Schuldbeweis im Strafverfahren nach dem Prinzip der Unschuldsvermutung nicht ausreichen.

Aufgrund dieser dargestellten Sach- und Rechtslage war eine Bestätigung des Straferkenntnisses nicht möglich sondern im Ergebnis das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren mangels erwiesener Verwaltungsübertretung im Grunde des § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

Dem Ergebnis des Verfahrens entsprechend entfällt die Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens.

II. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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. Reichenberger