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-412835/5/Wei

Datum:

Linz, 17. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der I M Z, vertreten durch S – H Rechtsanwälte in x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 19. März 2018, GZ.: VStV/917300961896/2017, 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. Beschwerdegegenstand

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 19. März 2018, GZ.: VStV/917300961896/2017, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden Bfin) wie folgt abgesprochen:

„Straferkenntnis

Sie haben, wie am 24.05.2017 um 18.54 Uhr, in x, im Lokal A von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem Sie den Organen des Finanzamtes keine umfassenden Überprüfungen und Testspiele ermöglicht haben, da Sie die wE Geld noch Spieleinsätze bereitgestellt haben.

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 2.000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden. Weiters wurde der Bfin gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

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

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

Zum gegenständlichen Tatzeitpunkt wurde von den Organen des Finanzamtes Linz im Lokal mit der Bezeichnung „A“, in x, eine Glücksspielkontrolle durchgeführt. Dabei stellte sich heraus, dass im Lokal 9 Walzenspiele bereitgehalten wurden.
Sie haben es als Inhaberin von Glücksspieleinrichtungen unterlassen, den Organen den Finanzamtes Überprüfungen und Testspiele zu ermöglichen, indem Sie weder Geld noch Spieleinsätze bereit gestellt haben.
Mit Schreiben der Landespolizeidirektion OÖ vom 24.08.2017 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. Dieses Schreiben wurde Ihnen am 31.08.2017 eigenhändig zugestellt.

Da bis dato ha. keine Stellungnahme eingelangt ist, wurde gegenständlicher Bescheid, wie angedroht, ohne ihre Anhörung erlassen.
[…]“

Nach Darstellung der einschlägigen Rechtsvorschriften führt die Behörde aus:

„[...]
Die erkennende Behörde kommt zu folgenden Erwägungen:
Mangels Rechtfertigungsangaben, wird festgehalten, dass bei der am 24.05.2017 durchgeführten Kontrolle von der Finanzpolizei die im Spruch angeführten Glücksspielgeräte (09 Walzenspeile) betriebsbereit vorgefunden worden sind. Mit diesen wurden zumindest seit 24.05.2017 wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt.

Da die kumulativen Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs 1 GSpG erfüllt sind, liegt eine Ausspielung iSd GSpG vor. Weil für diese Ausspielungen weder eine Bewilligung nach dem Glückspielgesetz noch eine Bewilligung für eine Landesausspielung in Form einer Einzelaufstellung im Sinne des § 5 GSpG vorlag und auch keine Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol zutreffend waren, waren diese Ausspielungen verboten. Es wurde somit in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen.

Dass Sie als anwesende Mitarbeiterin der Fa. F A Kft dazu verpflichtet gewesen wäre, während der Kontrolle den Organen der Finanzpolizei Überprüfungen und Testspiele durch die Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen, ergibt sich insbesondere aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu VwGH 2012/17/0114 vom 20.06.2012:

Demnach kann ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen werden, dass ein für das Lokal verantwortlicher Mitarbeiter jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen gehört, 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.

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 fest-gestellt 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.

Die verhängte Geldstrafe, die sich im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten.
Bei der Strafzumessung wurden nicht einmal 10% des möglichen Strafrahmens von € 22.000,-- ausgeschöpft.

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse am Schutz des staatlichen Glückspielmonopols, das öffentliche Interesse an der kontrollierten Durchführung von Glücksspielen und damit zusammenhängenden ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen im Interesse der Allgemeinheit. Deshalb war der Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht gering. Auch das Verschulden konnte nicht als geringfügig angesehen werden, weil nicht erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Tatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen nicht mehr zugute. Erschwerende Umstände lagen keine vor.

Da der Behörde Ihre Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht bekannt waren, wurde bei der Strafbemessung davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten haben und ein Einkommen von mindestens ca. € 1.200,-- netto monatlich beziehen.

Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.“

II. Beschwerde

Gegen dieses Straferkenntnis, das der Bfin am 23. März 2018 zugestellt wurde, wendet sich die rechtzeitig von den Rechtsvertretern der Bfin eingebrachte Beschwerde mit den Anträgen,

„das LVwG Oberösterreich möge

1. gemäß § 50 VwGVG den angefochtenen Bescheid aufheben 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 09.04.2018 I M Z"

III. Beschwerdeverfahren

Die belangte Behörde hat die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt am 7. Mai 2018 dem Landesverwaltungsgericht mit dem Hinweis, dass keine Beschwerdevorentscheidung in Erwägung gezogen werde, zur Entscheidung vorgelegt.

III.1. Beschwerdeverhandlung

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 23. Oktober 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit der RAA Mag I F für die Bfin, des HR Mag. J R als Vertreter der belangten Behörde und des ADir. D F als Vertreter des Finanzamts Linz durchgeführt.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und Erörterung der Aktenlage, insbesondere der darin enthaltene Anzeige samt Dokumentationen der Kontrolle (Aktenvermerke und Fotobeilagen) und durch Vernehmung des Zeugen C E von der Finanzpolizei FPT 40 über seine Wahrnehmungen aus Anlass der finanzpolizeilichen Kontrolle vom 24. Mai 2017 ab 18:23 Uhr im Lokal „A“ in x.

III.2. Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung

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

III.2.1. Am 24. Mai 2017 fand ab 18:23 Uhr im Lokal „A“ in x, das von der Firma F A KFT betrieben wird, eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes statt.

Im Zuge von Vorerhebungen (vgl Aktenvermerk mit Fotos) ab 17:08 Uhr durch Beobachtung des Lokals konnten Organe der Finanzpolizei wahrnehmen, dass ein Mann mit blauer Jacke und Hose das Lokal um 17:24 Uhr betreten hat und eine Frau um 17:32 Uhr aus dem Lokal kam und etwas in einen davor parkenden Mercedes legte und danach wieder ins Lokal zurückging.

An der Fassade war ein Leuchtschild mit Stiegl Bier Werbung und rotem Schriftzug „W“ und an Stelle der Oberlichte war oberhalb der Eingangstür „L W“ zu lesen.

Die Organe der Finanzpolizei hegten auf Grund ihrer Beobachtungen und vorheriger Kontrollversuche den dringenden Verdacht, dass im Lokal gegen das Glücksspielgesetz verstoßen wird. Die O O M GmbH hatte schon mit Schriftsatz vom 26.09.2016 wegen Veranstaltung verbotener Ausspielungen mit 11 Glücksspielgeräten am so bezeichneten Standort: „WL W, x“ Anzeige an die Finanzpolizei Linz erstattet.
Um ins verschlossene Lokal zu gelangen, hat C E ab 18:23 Uhr beim Eingang die Türglocke mehrfach betätigt, an der Türe auch geklopft und seinen Dienstausweis mit Kokarde in die Kamera gehalten, wobei er eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz ankündigte und die Türöffnung durch einen Schlüsseldienst angedrohte. Nach weiterem vergeblichen Versuch die freiwillige Öffnung zu erreichen, wurde mit Hilfe eines Schlüsseldienstes die Eingangstür geöffnet. Danach gelangte man in einen Vorraum mit einer weiteren verschlossenen Tür, die ebenfalls durch den Schlüsseldienst geöffnet werden musste. Schließlich konnten die Kontrollorgane um 18:53 Uhr nach einer halben Stunde seit Beginn der Amtshandlung das Lokal betreten, in dem insgesamt 9 Geräte ausgeschaltet vorgefunden wurden.

Nach dem Aktenvermerk über den chronologischen Ablauf der Amtshandlung wusste die zu Beginn der Kontrolle im Lokal anwesende Bfin, die die Person nennen sollte, die ihr Arbeitsanweisungen erteilte, den Namen ihres Chefs nicht und zeigte nur auf einen Zettel mit einem Firmennamen, der im Aktenvermerk leider nicht genannt wird. Nach der Fotodokumentation (vgl Aktblatt 45 verso) kommen die G P GmbH oder die F A in Betracht. Die Bfin gab an, keine Schlüssel zu besitzen und auch nicht zu wissen, wo die Kabel zu den Geräten sind. Sie konnte nichts über die Geräte sagen, insbesondere nicht wer sie betreibt und wer auszahlt. Sie gab an, seit 15:00 Uhr anwesend zu sein und nur zu putzen. Drei anwesenden Gästen habe sie aus Höflichkeit Kaffee gemacht. Die Bfin wird auf ihre Auskunftspflichten hingewiesen. Sie wollte nichts mehr sagen und auf den Anwalt warten.

Der Zeuge C E, der Einsatzleiter bei der Kontrolle nach dem GSpG war, konnte sich nur an einen Gast erinnern. Er gab an, die Bfin habe im überlassenen Personalblatt nach dem AuslBG nur Namen und Geburtsdatum ausgefüllt und dann ersucht, auf ihre anwaltliche Vertretung zu warten. Frau RAA Mag. F traf gegen 19:15 Uhr ein und beriet sich 5 Minuten mit der Bfin. Diese wurde dann gefragt, ob sie Auskünfte zu den aufgestellten Glücksspielgeräten erteilen könnte und ob die Bereitstellung von Spielgeld möglich wäre. Dies verneinte die Bfin unter Hinweis darauf, dass sie nur putze und auch kein Bargeld hätte.

Auf Ersuchen von C E konnte Frau Mag. F auch nach einem Telefonat niemanden namhaft machen, der Auskünfte erteilen könnte. Sie teilte weiters mit, dass kein Verantwortlicher des Lokalbetreibers kommen werde, und nannte auch niemanden, der Spielgeld bereitstellen könnte.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Bfin über das erforderliche Bargeld für Testspiele oder über die Schlüssel für den Gerätezugang verfügte, um einen angemessenen Betrag auf „Kredit“ zu buchen und damit Spieleinsätze für Testspiele bereitzustellen.

Der Zeuge E erinnerte sich zwar nicht an eine vorgefundene leere Handkassette im Bereich der Theke neben einem Bildschirm und einer Spüle, hatte aber auch kein Geld gesehen, das der Bfin zur Verfügung gestanden wäre. Er erinnerte sich aber an einen abgabenbehördlichen Sicherstellungauftrag nach der BAO zur Deckung von künftigen Abgabenschulden, für den nicht der Zeuge, sondern ein anderer Kollege zuständig war. Wenn Geld in der Kassette war, wurde es auf jeden Fall sichergestellt und protokolliert (vgl Zeugenaussage E, Verhandlungsprotokoll, Seite 5 über Vorhalt von Frau Mag. F, die die Durchsuchung der leeren Kassette gesehen habe).

III.2.2. Die Geräte wurden dann von den Organen der Finanzpolizei zur Durchführung von Testspielen hochgefahren, nachdem sie vorher vom Schlosser geöffnet und eingebaute Stromunterbrecher deaktiviert worden waren. Dabei konnten auf den Walzenspielgeräten mit den FA-Nrn. 1 bis 8 Testspiele durchgeführt werden, nicht aber am Gerät FA-Nr. 9, bei dem keine Internetverbindung hergestellt werden konnte. Wie aus der GSp26-Dokumentation über die Testspiele und der dazugehörigen Fotodokumentation eindeutig ersichtlich ist, waren auf den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 8 klassische Walzenspiele wählbar.

Durch Testspiele mit den in Klammer angegebenen virtuellen Walzenspielen, und zwar auf den Geräten FA-Nrn. 1 bis 4 und 8 („Slot-O-Pol“), den Geräten FA-Nr. 5 und 7 („Billy‘s Goldmine“), dem Gerät FA-Nr. 6 („Ring of Fire XL“) wurde von den Organen der Finanzpolizei der Glücksspielcharakter eindeutig nachgewiesen. Einsätze von 0,05 bis über 20 Euro waren auf den Geräten FA-Nrn. 1 bis 4 und 8, von 0,50 bis 10 Euro auf Gerät FA-Nr. 5 und 7, von 0,30 bis 5,50 Euro auf Gerät FA-Nr. 7 möglich, wobei die in Aussicht gestellten Gewinne ein Vielfaches bis zum Faktor 1000 betrugen (vgl näher Fotodokumentation).

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 gewinn-bringender Kombinationen gezielt Einfluss zu nehmen.

III.2.3. Die Bfin wurde nicht in Gegenwart von Frau Mag. F als Auskunftsperson einvernommen, weshalb keine Niederschrift mit der Bfin vorliegt. Ein Nachweis ihrer Identität ist nicht aktenkundig. Sie hatte wahrscheinlich einen rumänischen Personalausweis vorgewiesen, weil ihr zunächst ein Personenblatt in rumänischer Sprache übergeben wurde. Sie verlangte aber dann doch eines in deutscher Sprache (vgl Aktenvermerk über den chronologischen Ablauf). Dies lässt auf ausreichende deutsche Sprachkenntnisse schließen, was auch der Wahrnehmung des Zeugen E entspricht. Man hätte ohne Beiziehung eines Dolmetschers eine Niederschrift mit der Bfin nach dem Muster GSp1 aufnehmen können, was im Interesse der Vollständigkeit der Fragestellung und der Beweissicherung gelegen wäre.

Mangels protokollierter Angaben der Bfin kann nicht einmal sicher festgestellt werden, ob sie Dienstnehmerin der Lokalbetreiberin oder der Personalleasingfirma war und wer ihr Arbeitsanweisungen erteilte.

Die nach der Aussage des Zeugen E nach etwa fünf Minuten Beratungszeit mit Frau Mag. F an die Bfin gerichteten Fragen, ob sie Auskünfte über die Geräte erteilen und Spielgeld bereitstellen könne, wurde negativ beantwortet. Die Bfin habe kein Bargeld und putze nur (vgl im Aktenvermerk über den chronologischen Ablauf, Seite 3 ab 19:20 Uhr). Diese Einlassung der Bfin wurde vom Zeugen E anscheinend akzeptiert. Er hat darüber nicht nur keine Niederschrift aufgenommen, sondern ersuchte Frau Mag. F eine Auskunftsperson namhaft zu machen bzw einen Verantwortlichen der Firma zu verständigen und für Spielgeld von der F A Kft zu sorgen (vgl im zit. Aktenvermerk ab 19:20 Uhr und Zeugenaussage E, Verhandlungsschrift, Seite 4). Im Aktenvermerk findet sich auch kein Eintrag über eine Belehrung der Bfin, dass sie als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithalte, gemäß § 50 Abs 4 GSpG zur umfassenden Mitwirkung durch Erteilung von Auskünften und Ermöglichung von Testspielen unter Bereitstellung von Geld- oder Spieleinsätzen bei sonstiger Verwaltungsstrafe verpflichtet sei.

Auf Grund dieser Unterlassungen des Einsatzleiters E kann zumindest angenommen werden, dass er selbst nicht sicher war, ob die Bfin als auskunfts-pflichtige Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, anzusehen ist, die ihre Mitwirkungspflichten nach § 50 Abs 4 GSpG verletzt hat.

Auch macht eine Belehrung über Mitwirkungspflichten gemäß § 50 Abs 4 GSpG erst dann Sinn, wenn die Beschäftigung und die Aufgaben des angetroffenen Dienstnehmers einigermaßen klar zu sein scheinen. Im Aktenvermerk über den chronologischen Ablauf scheint keine Belehrung der Bfin nach dem GSpG auf, sondern immer nur der wiederholte Hinweis auf die Auskunftspflicht nach dem AuslBG, deren Verweigerung zu einem Verwaltungsstrafverfahren führe.

III.2.4. Es steht nach der gegenständlichen Kontrolle nur fest, dass die Bfin als einzige Dienstnehmerin ab 18:54 Uhr mit Betretung des Lokals und Beginn der eigentlichen finanzpolizeilichen Kontrolle anwesend war. Die Bfin wollte von Kontrollbeginn an mit dem Betrieb der im Lokal aufgestellten Glücksspielgeräte faktisch nichts zu tun haben und konnte angeblich keine Angaben über die Geräte, deren Betrieb und die Auszahlung von Gewinnen machen. Sie hätte danach zusammengefasst keine Verantwortung für die aufgestellten Geräte übernommen und auch für deren Verfügbarkeit faktisch nicht zu sorgen. Weder die Finanzpolizei noch die belangte Behörde haben in dieser Frage irgendwelche Erhebungen gepflogen. Es wurde nicht einmal überprüft, ob und wie lange die Bfin schon Dienstnehmerin der Lokalbetreiberin oder der Personalleasingfirma war und in welcher Funktion sie gegebenenfalls zur Sozialversicherung angemeldet wurde.

Offenbar begnügte man sich mit dem Umstand der Anwesenheit der Bfin im Lokal, dem zwar indizielle Bedeutung, aber keine eindeutige Beweiskraft für die Feststellung zukommt, dass die Bfin entgegen ihrer Darstellung für die Verfügbarkeit der Geräte zu sorgen, die Gäste zu betreuen und Guthaben auszuzahlen gehabt hätte. Aus der Aktenlage sind keine Umstände bekannt, die darauf schließen lassen.

Nach der ungenauen und lückenhaften Aktenlage können zur Beschäftigung der Bfin keine gesicherten Tatsachen festgestellt werden. Überprüfungen durch zeitnahe Erhebungen, bspw eine Anfrage an Sozialversicherungsträger, haben nicht stattgefunden. Auch wenn man die Angaben der Bfin für nicht glaubhaft halten will, bleibt mangels ausreichender Anhaltspunkte offen, welchen Aufgabenbereich die Bfin nach den Anordnungen ihres Dienstgebers tatsächlich zu verrichten hatte. Es steht nur fest, dass sie Dienstnehmerin ist, aber kaum mehr. An den fehlenden Beweisen ändern persönliche Einschätzungen und Vermutungen nichts.

III.2.5. Die Feststellungen gründen auf dem durchgeführten Beweisverfahren in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und den angeführten Beweisquellen. Dabei ist besonders die GSp26-Dokumentation mit der guten Fotodokumentation der Finanzpolizei zu nennen. Die Angaben des in der mündlichen Verhandlung gehörten finanzpolizeilichen Zeugen C E, der einen sehr glaubwürdigen Eindruck hinterließ, wurden ausgewertet.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. 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).

IV.2. 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 20.6.2012, 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).

IV.3. Kein Schuldbeweis

Der Bfin wird entsprechend der Anzeige des Finanzamtes Linz von der belangten Behörde vorgeworfen, dass sie am 24.05.2017 um 18:54 Uhr im Lokal „A“ x, als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen ihre Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG verstoßen habe, weil sie wE Geld noch Spieleinsätze bereitstellte.

IV.3.1. Fehlen eines ausreichenden Tatsachensubstrats

Dem Tatvorwurf der belangten Behörde ist schon in tatsächlicher Hinsicht entgegen zu halten, dass nach der dürftigen Fakten- und Beweislage im Verwaltungsstrafakt nicht einmal mit Sicherheit festgestellt werden kann, dass die Bfin eine Person war, die Glücksspieleinrichtungen bereithält. Dies konnte die belangte Behörde nur im Hinblick auf die bloße Anwesenheit der Bfin bei der Kontrolle im Lokal vermuten, worüber aber sonst nichts Näheres bekannt geworden ist.

Aus den oben getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt ergibt sich, dass den Kontrollorganen über Art und Umfang der Beschäftigung der Bfin im Lokal keinerlei amtliche Kenntnisse vorlagen. Die Kontrollorgane waren auf die Angaben der Bfin angewiesen, die auch nicht zu widerlegen waren. Die Bfin war nach ihren Angaben für die Handhabung der Geräte und Auszahlung von Gewinnen nicht zuständig. Ob sie entgegen ihrer Darstellung tatsächlich auch die Aufgabe hatte, für die Verfügbarkeit der Geräte zu sorgen, kann nach der Aktenlage nicht aufgeklärt werden, weil es dafür keinen Beweis gibt.

Die bloße Anwesenheit der Bfin im Spiellokal ohne jede weitere Information über Umstände, die sie als mitwirkungspflichtige Person iSd § 50 Abs 4 GSpG qualifizieren könnten, macht noch keinen Schuldbeweis gegen die Bfin, um sie mit der im Strafverfahren gebotenen Zuverlässigkeit, dh mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, als Person ansehen zu können, die Glücksspieleinrichtungen faktisch bereithält. Es liegen keine Beweisergebnisse vor, die nachteilige Feststellungen zuließen, wie etwa aus der Vergangenheit bekannte Tätigkeiten der Bfin, die darauf schließen lassen, dass sie auch Aufgaben in Wahrnehmung einer Verantwortung für das Spiellokal und zur Umsetzung von Anordnungen des Lokalbetreibers in Bezug auf die Spielgeräte erfüllt hat.

Das von der belangten Behörde zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 20.6.2012, Zl. 2012/17/0114) ist kein Beleg dafür, dass die bloße Anwesenheit eines Mitarbeiters genügt, um Mitwirkungspflichten zu begründen. Es enthält bekannte begriffliche Aussagen zur *„Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“*, worunter Personen zu verstehen sind, die faktisch für die Verfügbarkeit der Glücksspieleinrichtung sorgen, was sich wiederum nach dem Aufgabenbereich richtet. Außerdem stellte der Verwaltungsgerichtshof klar, dass ein Mitarbeiter, der sich für das Lokal verantwortlich bezeichnet, jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen gehört. Das wird heute wohl niemand mehr bezweifeln. Im Übrigen folgt aus dem zitierten Erkenntnis, dass es auf den Aufgabenbereich einer Person ankommt, der selbstverständlich im Rahmen der Tatfrage zu ermitteln und festzustellen ist. Genau dies ist im gegenständlichen Fall unterlassen worden.

IV.3.2. Zur Pflicht zur Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen

Selbst wenn die Bfin als Person, die Glücksspieleinrichtungen faktisch bereithält, anzusehen wäre, erschiene es nicht verständlich, warum nicht zumindest auch die Verletzung der Auskunftspflicht gemäß § 50 Abs 4 GSpG („den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen“) angezeigt und verfolgt worden ist. Bei der angelasteten Nichtbereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen für Testspiele erscheint es dem erkennenden Richter aus rechtlicher Sicht noch zweifelhafter, dass diese Variante nach den gegebenen Umständen greifen kann. Denn es konnte auch nicht festgestellt werden, dass der Bfin überhaupt der notwendige Geldbetrag zur Verfügung stand oder sie die Möglichkeit gehabt hätte, beispielsweise durch einen Schlüssel oder eine Chipkarte einen „Kredit“ von etwa 20 Euro für Testspiele am jeweiligen Gerät herzustellen.

Nach hM in Strafrechtslehre und Rechtsprechung ist die tatsächliche (physisch-reale) Möglichkeit, das gebotene Tun vorzunehmen ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sowohl der echten als auch der unechten (vgl § 2 StGB) Unterlassungsdelikte (vgl mwN *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT[15] [2016] Z 28 Rz 5f; *Stricker* in *Leukauf/Steininger* StGB[4] [2017] § 2 Rz 10). Geboten kann

nämlich nur ein Tun sein, das dem Täter auch tatsächlich möglich ist (sog. individuelle Handlungsfähigkeit).

Nichts anderes als der aktuelle Stand der Strafrechtslehre darf dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit den Mitwirkungspflichten des § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG unterstellt werden. Deshalb hängt auch im gegenständlichen Fall die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung der Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen für Testspiele von der tatsächlichen Möglichkeit der Bfin ab, dem gesetzlichen Gebot nachzukommen. Diese tatsächliche Möglichkeit, das gebotene Tun vorzunehmen, ist selbstverständlich auch im Fall eines verwaltungsstrafrechtlichen Unterlassungsdelikts als ungeschriebene Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit anzuerkennen.

Wurde daher der Bfin vom Dienstgeber und/oder vom Lokalbetreiber kein Wechselgeld und auch kein Geld zum Auszahlen von Guthaben zur Verfügung gestellt, so war es ihr „mangels Geld in der Kasse“ auch nicht möglich, Testspielgeld bereitzustellen. Für die alternative Bereitstellung von Spieleinsätzen durch Herstellung eines Guthabens auf der Kreditanzeige der Spielapparate hätte sie Schlüssel oder eine digitale Berechtigungskarte benötigt, welche ihr aber angeblich nicht zur Verfügung standen. Ein Gegenbeweis fehlt abermals.

Zumindest hätten aber die F A Kft als Lokalinhaberin und ein allenfalls von ihr verschiedener Veranstalter und Betreiber der Walzenspielgeräte dafür sorgen müssen, dass eine anwesende Person den Mitwirkungspflichten gegenüber den Kontrollorganen nachkommt (vgl § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG aE). Diese Verpflichtung von Inhaber und Veranstalter impliziert auch die Pflicht zur Ausstattung der anwesenden Person mit dem erforderlichen Geld oder dem Zugang zum jeweiligen Gerät mit Schlüssel oder Chipkarte, damit Testspiele ermöglicht werden können. Ist diese Ausstattung nicht erfolgt, dann haben diesen Missstand der Veranstalter des Glücksspiels mit Spielgeräten und der Inhaber, nicht aber die abhängigen Dienstnehmer, die Glücksspieleinrichtungen nur faktisch bereithalten, zu verantworten und sind verwaltungsstrafrechtlich zu verfolgen. Diese Auslegung ergibt sich im systematischen Zusammenhang und erscheint auch sachgerecht.

Der erhobene Tatvorwurf kann nach den Umständen des Falles auch deshalb nicht aufrechterhalten werden, weil die Frage, ob es der Bfin tatsächlich möglich gewesen wäre, Geld oder Spieleinsätze bereitzustellen, von der Finanzpolizei gar nicht aufgeworfen und untersucht wurde. Dieses Beweisthema kann schon mangels irgendeiner Beweissicherung nachträglich nicht mehr geklärt werden. Die Fakten – und Beweislage deutet eher darauf hin, dass die Bfin über kein Bargeld und keine Geräteschlüssel verfügte.

Mangels einer gesicherten Fakten- und Beweislage könnten nur mehr- oder weniger naheliegende Vermutungen angestellt werden, die unterschiedslos für

einen Schuldbeweis im Strafverfahren nach dem Prinzip der Unschuldsvermutung nicht ausreichen.

V. Ergebnis

Im Ergebnis war das angefochtenen 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.

VI. 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 Frage der Auslegung des Merkmals der „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“ ging das Verwaltungsgericht von den in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs entwickelten Grundsätzen aus. Die Ausführungen zum Merkmal der tatsächlichen Möglichkeit beim Unterlassungsdelikt folgen der herrschenden Strafrechtsdogmatik. Insoweit ist die Rechtslage klar und eindeutig.

Rechtsmittelbelehrung

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

von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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 wE 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