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-412882/8/Wei

Datum:

Linz, 20. Mai 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der S R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. April 2018, GZ: VStV/918300204260/2018, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Strafsanktionsnorm durch die Wendung „§ 52 Abs 1 Einleitungssatz GSpG“ präzisiert wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG einen weiteren Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 400 Euro 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

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 13. April 2018, GZ.: VStV-918300204260/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden Bfin) wie folgt abgesprochen:

„Straferkenntnis

Sie haben, wie am 30.01.2018 um 14:50 Uhr, in x, x, im Lokal mit der Bezeichnung ‚S', welches von der ‚A G GmbH' betrieben wird, von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als Person (Mitarbeiterin der A G GmbH, die dort Glücksspieleinrichtungen bereithält), gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem

- sie den Organen der öffentlichen Aufsicht die geforderten Auskünfte nicht erteilten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§§ 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5, letzter Fall, GSpG 1989 idgF"

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde über die Bfin eine Geldstrafe von 2.000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 22 Stunden. Weiters wurde der Bfin gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 200 Euro (10% der Strafe) 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 ‚S, in x, x, zum Zwecke der Durchführung einer Glücksspielkontrolle dieses Lokal betreten.

Beim Betreten des Lokals durch die Kontrollorgane hielt sich im Bar- bzw. Thekenbereich eine weibliche Person auf. Bei dieser Person wurde die Kontrolle gem. Glücksspielgesetz angemeldet und auf Ersuchen wurde zur Identitätsfeststellung der Führerschein übergeben. Es handelte sich bei der Person um Frau R S, österr. StA, geb. x.

Der Leiter der Amtshandlung teilte Frau R mit, dass eine niederschriftliche Befragung durchgeführt werden wird, woraufhin sie eine Dienstanweisung übergab und angab aufgrund dieser Dienstanweisung die Aussage zu verweigern. Des Weiteren gab sie an, nichts zu unterschreiben.

Frau R wurde die Belehrung gem. GSpG in Papierform übergeben. Nachdem sie sich diese durchgelesen hatte, wurde diese zusätzlich noch, vom Leiter der Amtshandlung, mit ihr durchgesprochen. Frau R gab an, die Belehrung verstanden zu haben und keine Fragen zu haben. Sie verweigerte die Aussage, aufgrund der Dienstanweisung zu jeder in der Niederschrift gestellten Frage.

Mit Schreiben der Landespolizeidirektion OÖ vom 12.02.2018 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 15.02.2018 hinterlegt.

[...]

Über Ersuchen der erkennenden Behörde nahm der meldungslegende Finanzpolizist des Finanzamtes Linz zu Ihren Rechtfertigungsangaben dahingehend Stellung, dass diese nicht geeignet sind, den Tatvorwurf zu entkräften. Insbesondere kann nicht nachvollzogen werden, inwieweit die Beantwortung der in der Rechtfertigung des Beschuldigten gestellten Fragen zu einer Klärung des Sachverhaltes (keine Auskünfte erteilt, Durchführung von Testspiele verhindert) beitragen würde.

Diese Stellungnahme der Finanzpolizei wurde Ihnen mit Schreiben vom 20.03.2018 mitgeteilt, zugestellt wurde die VvEdB am 26.03.2018. Eine abschließende Stellungnahme Ihrerseits blieb bis dato aus."

Nach Darstellung der einschlägigen Rechtsvorschriften führt die Behörde im Rahmen ihrer Erwägungen (Seiten 4 f) aus:

[...]"
Bei der am 30.01.2018 durchgeführten Kontrolle waren Sie als Arbeitnehmer der A G GmbH im Lokal ‚S ' in x, x, anwesend und hielten damit - wie sich bei der Kontrolle herausstellte - Glücksspieleinrichtungen, nämlich insgesamt 12 Glücksspielgeräte (12 virtuelle Walzenspiele) bereit.

Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG sind einerseits Organe der öffentlichen Aufsicht berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume zu betreten, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist und sind andererseits Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, dazu verpflichtet, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen [...].

Der VwGH entschied bereits mehrmals, dass diese Mitwirkungspflichten alle Personen treffen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Glücksspielautomaten sorgen (VwGH 2012/17/0590 vom 15.03.2013 mwN).

Ihnen kommt 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 11.05.2017 zweifelsfrei erwiesen, da die vorgeworfene Unterlassung ohne Zweifel den Tatbestand des § 50 Abs. 4 GSpG, erfüllt.

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 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."

I.3. Gegen dieses Straferkenntnis, das der Bfin zu Händen ihres Rechtsvertreters am 18. April 2018 zugestellt worden ist, wendet sich die rechtzeitig zur Post gegebene Beschwerde, die am 15. Mai 2018 bei der belangten Behörde einlangte und mit der die Aufhebung des angefochtenen Strafbescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung oder die Herabsetzung der Strafe beantragt wird.

Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würden. Überdies sei die belangte Behörde unzuständig gewesen. Auch sei im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten und wären keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet und daher die Strafe zu hoch bemessen worden. Darüber hinaus wird ausführlich die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.4. Die belangte Behörde hat die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt am 24. Mai 2018 dem Landesverwaltungsgericht ohne Stellungnahme zur Entscheidung vorgelegt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

## II. Beschwerdeverfahren

### II.1. Beschwerdeverhandlung

II.1.1. Mit E-Mail vom 27. Juni 2018 teilte der Rechtsvertreter der Bfin dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit, dass die von der Bfin beantragte öffentliche mündliche Verhandlung vom selben Tag unbesucht bleiben werde. Zusätzlich legte er mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsverbots des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Ferner wurde auf den Schlussantrag der Generalanwältin S vom 9.3.2017 im Verfahren zu C-685/15 verwiesen. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalkestudie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt, wobei darauf verwiesen wurde, dass die ggst Geräte baugleich mit jenen im beigelegten Urteil des BG Wels, 8 C 673/14g-17 seien. Vorgelegt wurde dieses Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.3.2015, ein Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und ein Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.5.2017.

II.1.2. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat in zusammenhängenden Verfahren eine öffentliche mündliche Verhandlung am 27. Juni 2018 in Anwesenheit eines Vertreters des Finanzamtes Linz durchgeführt. Die belangte Behörde und die Bfin sind nicht erschienen. Zur Sache einvernommen wurden die finanzpolizeilichen Zeugen M M und C L. Außerdem wurde Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die darin enthaltene umfangreiche Dokumentation der Kontrolle, sowie in die folgenden, vom Bundesministerium für Finanzen dem Landesverwaltungsgericht Oö. zur Verfügung gestellte und den Parteien zur Kenntnis gebrachte Unterlagen: Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017, den Glücksspielbericht des BMF 2010–2013, den Glücksspielbericht des BMF 2010–2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014–2016, eine Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ und eine Studie der Gesundheit Österreich GmbH zu Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz.

## 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. Jänner 2018 fand im Lokal „S“, das von der A G GmbH betrieben wird, ab 14:50 Uhr eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG statt. Zu Kontrollbeginn waren 4 Gäste anwesend und es wurden 12 Walzenspielgeräte eingeschaltet vorgefunden. Im Lokal wurde auch die von der Lokalbetreiberin im Spiellokal beschäftige Bfin angetroffen, die sich mit ihrem Führerschein als S R, geb. x, auswies. Die A G GmbH konnte auch durch Anfrage der Finanzpolizei im AJ-WEB Auskunftsverfahren als Dienstgeberin verifiziert werden.

Die B T s ist Eigentümerin der gegenständlichen Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12. Diese ist eine GmbH nach t Recht mit Sitz in x, x.

Die Bfin ist als handelsrechtliche Geschäftsführerin das zur Vertretung nach außen berufene Organ der A G GmbH, einer österreichischen Gesellschaft mit Sitz in x, x (aktenkundiger Firmenbuchauszug zum 1.02.2018 zu Nr. x). Sie vertritt die A G GmbH als einzige bestellte Geschäftsführerin seit dem 13.08.2015 selbstständig.

Die Bfin verweigerte auf jede Frage in der finanzpolizeilichen Niederschrift vom 30.01.2018 (GSp 1) die Auskunft unter Hinweis auf eine aktenkundige (vgl Foto der Finanzpolizei) schriftliche Dienstanweisung der A G GmbH vom 13.10.2017, die sie und ihre Dienstgeberin unterschrieben haben. Im Punkt 1 dieser Anweisung wird darauf verwiesen, dass die B T s.r.o. die Geräte aufgestellt habe und betreibe und dass nur deren zuständiges Organ zur Auskunft verpflichtet sei. Im Lokal anwesende Personen seien nicht zur Auskunft verpflichtet, weshalb ihnen dies auch untersagt werde. Im Punkt 2 wird auf Betriebsgeheimnisse im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eingabeterminals hingewiesen, deren Bekanntgabe einen bedeutenden Schaden herbeiführen könnte. Ein Bruch der Verschwiegenheit führe zur sofortigen Entlassung. Im Punkt 3 wird das Recht eines Zeugen zur Aussageverweigerung gemäß § 49 Abs 1 lit b) AVG im Falle eines Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses angesprochen und darauf hingewiesen, dass die Preisgabe von Betriebsgeheimnissen nicht nur der Firma A G GmbH zu Schaden gerate, sondern auch zum Schadenersatz verpflichte. Die Aussage könne daher rechtlich gedeckt verweigert werden. Jeder Verstoß gegen die Dienstanweisung habe eine fristlose Entlassung zur Folge.

Die Bfin verweigerte selbst die Unterschrift am Vernehmungsprotokoll, in dem nur zutreffend festgehalten wurde, dass auf alle angeführten Fragen die Antwort auf Grund der Dienstanweisung verweigert wird (vgl Formular GSp 1: Niederschrift mit

einer zur Auskunft verpflichteten Person), und auf der Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme (GSp 3). Sie zeigte sich auch nach eingehender - auch schriftlicher - Belehrung durch den Leiter der Amtshandlung C L, unkooperativ und verweigerte jede Mitwirkung.

Keine der genannten Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

II.2.2. Anlässlich der Kontrolle im gegenständlichen Lokal beschlagnahmte die Finanzpolizei vorläufig die nachgenannten, betriebsbereit und öffentlich zugänglich vorgefundenen Geräte:

| | | | |
|---|---|---|---|
| FA 1), | Gehäusebezeichnung, | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 2), | Gehäusebezeichnung | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 3), | Gehäusebezeichnung | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 4), | Gehäusebezeichnung | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 5), | Gehäusebezeichnung | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 6), | Gehäusebezeichnung | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 7), | Gehäusebezeichnung | ‚Kajot' | Seriennr.: x |
| FA 8), | Gehäusebezeichnung | ‚keine' | Seriennr.: x |
| FA 9), | Gehäusebezeichnung | ‚keine' | Seriennr.: x |
| FA 10), | Gehäusebezeichnung | ‚keine' | Seriennr.: x |
| FA 11), | Gehäusebezeichnung | ‚keine' | Seriennr.: x |
| FA 12), | Gehäusebezeichnung | ‚keine' | Seriennr.: x |

Die verfahrensgegenständlichen Geräte dienten offenkundig der selbstständigen und nachhaltigen Erzielung von Einnahmen aus verbotenen Ausspielungen. Sie wurden zumindest am Tag der Kontrolle am 30. Jänner 2018 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Sie standen zumindest am 30. Jänner 2018 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Die A G GmbH hat in den Räumlichkeiten des von ihr betriebenen Lokals die verfahrensgegenständlichen Geräte geduldet, betriebsbereit gehalten und potentiellen Interessenten (Spielern) zugänglich gemacht, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

II.2.3. Die Geräte konnten von den Organen der Finanzpolizei nicht zur Probe bespielt werden, da sämtliche Geräte kurz nach Kontrollbeginn „net error" anzeigten und nur mehr die Spieleauswahl sichtbar war.

Bei den Geräten FA-Nrn. 1 bis 3, 6 und 12 konnte u.a. das Spiel „Ring of Fire“ ausgewählt werden. Beim Gerät FA-Nr. 4 konnte u.a. das Spiel „Ring of Fire XL“ ausgewählt werden. Bei den Geräten FA-Nr. 5 und 8 konnte u.a. das Spiel „Simply the Best 27“ ausgewählt werden. Beim Gerät FA-Nr. 7 konnte u.a. das Spiel „Demon Master“ ausgewählt werden. Bei den Geräten FA-Nr. 9 und 11 konnte u.a. das Spiel „Joker Strong“ ausgewählt werden. Beim Gerät FA-Nr. 10 konnte u.a. das Spiel „Joker 27“ ausgewählt werden.

Bei all diesen Spielen handelt es sich um gerichtsbekannte Walzenspiele. An den Geräten mit den FA-Nrn. 3, 4, 6 und 9 konnten zudem zu Beginn der Kontrolle Spieler beobachtet werden.

Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 12 handelte es sich um Walzenspielterminals der Type „Skill-Games“, die sich, was ihr Aussehen und das Spielangebot betrafen, weitestgehend glichen.

II.2.4. Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (FA-Nrn. 1 bis 12) stellt sich auf Grund der Erhebungen der Finanzpolizei und der bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Glücksspielgeräten mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Kreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Es wird entweder dadurch erreicht, dass die Start-Taste gedrückt gehalten wird bis das „A“ kommt. Bei „A“ wird die Start-Taste los gelassen und der große Walzenlauf startet. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Starttaste mehrfach hintereinander schnell gedrückt wird. So wird schnell und einfach das Herbeiführen des „A“ erreicht. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich, weil das „A“ regelmäßig (oftmals) von selbst auftritt und es zudem leicht möglich ist bei Erscheinen des durch einen Kreis hervorgehobenen „A“ den Taster loszulassen. Glücksspielgeräte dieser Type (wie auch die vorliegenden) verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Automatik-Modus-Taste, um den Weg über das kleine

Walzenspiel umgehen zu können. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert mit. Er bewirkt, dass das „A“ bei jedem Drücken der Start-Taste erscheint.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren Credit umgebucht werden. Durch Drücken der Automatik-Modus-Taste ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich. Durch Aussteigen aus dem Spiel (in das Spielauswahlmenü) und drücken der Start-Taste wird ebenso leicht der Bonausdruck aktiviert.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ werden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wird mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und dann das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

### II.3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt (Anzeige des Finanzamtes, GSp26-Dokumentationen und Fotodokumentation) sowie aus den bisher gewonnen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation und den Aussagen der vernommenen Zeugen. Der vorliegenden Fotodokumentation ist zu entnehmen,

dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um Eingabeterminals handelt, auf denen sogenannte Skill-Games betrieben werden. Dass dies der Fall war, ergibt sich alleine aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Miniaturwalzen, die bei sämtlichen Terminals vorhanden waren. Ebenso waren auf sämtlichen Terminals gerichtsbekannte virtuelle Walzenspiele verfügbar.

Aus zahlreichen Beschwerdeverfahren (vgl bspw die hg. Erk. LVwG-411477; LVwG-411547; LVwG-411311; LVwG-411507; LVwG-411178; LVwG-410104, LVwG-411679; LVwG-411760 uva) ist mittlerweile gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt. Das Verwaltungsgericht hat sich in den genannten, aber auch vielen anderen Verfahren mit den im gegenständlichen Verfahren angesprochenen Gutachten Traffler, Mares und Fritz und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl bspw LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104).

Die Geräte vom Typ Skill Games mit vorgelagertem kleinen Walzenspiel sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil das dabei erforderliche Symbol (ein „A“ im Umkreis) zur Auslösung des großen (normalen) Walzenspiels meist schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Starttaste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Starttaste und gezieltes Stoppen durch Loslassen, um das „A“ Symbol anzuzeigen) – wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen bestätigt haben – für jedermann leicht und damit ohne eine relevante Geschicklichkeit, erzielbar war. Im Ergebnis muss sich der Spieler, wenn nicht ohnehin bereits die Automatikfunktion aktiviert ist, lediglich einer leicht zu überwindenden zeitlichen Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen, welche allenfalls eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ ohne besonderes Geschick das gewünschte Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es beim Miniaturwalzenspiel trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen um damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ beeinflusst lediglich den Weg zum „großen“ Walzenspiel zeitlich geringfügig.
Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.

Das Erscheinen der Bilder erfolgt zufällig programmbedingt und ist deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) und liegt insofern auf der Hand, dass ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich ist. Es liegt insofern gerichtsbekannt eine systemimmanente Unbeeinflussbarkeit vor, zumal bei derartigen Spielen vier oder fünf nebeneinander befindliche Felder vorhanden sind, in welchen verschiedene Symbole in zufälliger Art und Weise und in schneller Abfolge ausgetauscht werden und nicht erkennbar ist, welches Symbol auf das letzte folgt. Angesichts automatisiert zusammengesetzter Symbolkombinationen besteht selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des Walzenlaufes (wenn dieser etwa länger abliefe) keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen. Weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren ergaben sich Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen. Auch wurde von den Parteien dazu nichts Substantiiertes vorgebracht.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, konnte unterleiben, weil aus zahlreichen Verfahren bekannt ist, dass bei Testspielen an Walzenspielgeräten von gleicher Art durch Organe der Finanzpolizei das Spielergebnis nie zu beeinflussen war. An vier Geräten konnte zu Kontrollbeginn auch noch das Spiel von Gästen beobachtet werden (vgl Zeugenaussage Mayr und Fotodokumentation). Die ganz allgemein gehaltene Behauptung, es läge ein Geschicklichkeitsspiel vor, widerspricht den aktenkundigen finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnissen. Denn für den Zugang zum Hauptspiel ist gerade kein Geschick, sondern nur eine einfache Manipulation erforderlich, sollte das Symbol einmal nicht schon von selbst aufscheinen (näher dazu oben unter II.2.4.), um ins normale Walzenspiel zu gelangen. Diese Erkenntnis liegt angesichts des eindeutigen Beweisergebnisses und der Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren auf der Hand und bedarf keines Sachverständigenbeweises mehr, zumal die genannten Sachverständigengutachten schon in etlichen Beschwerdeverfahren des LVwG Oö. ausgewertet wurden und in die auszugsweise im Erkenntnis zitierte Judikatur eingeflossen sind. Die Bfin hat nicht dargelegt, warum kein Glücksspiel vorliegen soll. Diesbezüglich hat die Bfin keinerlei Vorbringen erstattet.

Im vorliegenden Fall hat der vernommene Zeuge einmal mehr bestätigt, dass insbesondere das bestens bekannte Walzenspiel Ring of Fire, aber auch andere Walzenspiele, die meist ähnlich ablaufen, keine Beeinflussung des Spielablaufs durch Geschicklichkeit zulassen. Das Gericht konnte sich auf dieser Grundlage ein ausreichendes Bild über den Spielablauf machen. Der Beweisantrag, von dem sich die Bfin offenbar erhofft, dass er anderweitige Ergebnisse erbringt, erscheint im Hinblick auf die dargestellten amtsbekannten Tatsachen als reiner Erkundungsbeweis, der unzulässig ist und dem daher nach der Judikatur des VwGH nicht nachzukommen ist.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, auch um eine rechtliche Beurteilung, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Ein Sachverständiger kann dabei bloß Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht jedoch auch bei einer Bespielung durch die Finanzpolizei.

Die Eigentumsverhältnisse ergaben sich aus dem Akt und wurden nicht bestritten. Die sonstigen Feststellungen zur A G GmbH und zur Bfin ergaben sich ebenfalls schlüssig aus dem Akt.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/ steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht zu entnehmen.

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest am 30. Jänner 2018 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Angaben der Finanzpolizei. Unabhängig davon liegt auf der Hand, dass die gegenständlichen Geräte jedenfalls bei Beginn der Kontrolle betriebsbereit im Lokal aufgestellt waren.

## III. 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).

## IV. Rechtliche Beurteilung

### IV.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).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs liegt bei einer Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes noch keine Situation vor, in der ein Aussageverweigerungsrecht im Zusammenhang mit dem Verbot des Zwanges zur Selbstbezichtigung oder zur Bezichtigung eines nahen Angehörigen überhaupt zum Tragen kommen kann (vgl die Beschlüsse des VwGH vom 18.05.2016, Ra 2015/17/0029 und vom 19.12.2016, Ra 2016/17/0034, jeweils unter Hinweis auf das Erk des VwGH vom 24.02.2014, Zl. 2013/17/0834, mit näheren Ausführungen zur Reichweite des Schweigerechts bzw Selbstbezichtigungsverbotes).
Im Übrigen kommt das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (vgl auch § 33 Abs 2 VStG), einem Dienstnehmer des Lokalinhabers schon deshalb nicht zu, weil er vom Straftatbestand des § 52 Abs 1 Z 4 GSpG nicht erfasst wird und daher nicht als Beschuldigter anzusehen ist (vgl VwGH 22.10.2013, Zl. 2013/17/0168).

### IV.2. Zum Tatvorwurf

Die Bfin war im Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle als Dienstnehmerin der Lokalbetreiberin allein für das gegenständliche Lokal verantwortlich. Außer ihr war zum Kontrollzeitpunkt kein weiterer Dienstnehmer anwesend. Der Bfin kam die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der von den Kontrollorganen vorgefundenen Geräte zu sorgen, bei denen es sich nach den äußeren Umständen anscheinend um Glücksspieleinrichtungen handelte. Die gegenständlichen Walzenspielgeräte boten klassische Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG an und sind zweifellos als Glücksspieleinrichtungen zu qualifizieren.

Die Bfin war im Kontrollzeitpunkt als anwesende Lokalverantwortliche eine Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält. Sie war nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG insbesondere verpflichtet, den Organen der öffentlichen Aufsicht, zu denen gemäß § 50 Abs 2 Satz 2 GSpG auch die Organe der Abgabenbehörden zählen, umfassend Auskünfte zu erteilen und umfassende Überprüfungen und Testspiele zu ermöglichen. Zur Durchführung der Testspiele wären entweder das notwendige Spielgeld oder die Spieleinsätze auf andere Weise bereitzustellen.

Die Bfin hat keinerlei Auskünfte erteilt und die Antwort auf sämtliche Fragen der Niederschrift GSp 1 unter Hinweis auf die vorgewiesene Dienstanweisung pauschal verweigert. Ebenso wenig war sie bereit, die über ihre Verweigerung aufgenommene Niederschrift zu unterzeichnen. Sie zeigte sich trotz eingehender - auch schriftlicher - Belehrung durch den Leiter der Amtshandlung C L, unkooperativ und verweigerte weiterhin jede Mitwirkung. Die ist demnach ihren Mitwirkungspflichten nach dem § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG überhaupt nicht nachgekommen und hat dadurch das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung klar erfüllt.

Die nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG schon im Zeitpunkt der Kontrolle einsetzenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten stellen eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar. Dieser tragende Regelungsgrund für die Neufassung des 2. Satzes im § 50 Abs 4 mit der GSpG-Novelle im Art 10 des BGBl I Nr. 112/2012 wird in der Regierungsvorlage ausdrücklich angeführt und zudem betont, dass *„eine anwesende Person diesen Verpflichtungen stets in geeigneter Art und Weise im Zeitpunkt der Kontrolle nachkommen müsse“* [vgl Erl der RV, 1960 BlgNR, 24. GP, Seite 51: Zu Z 8 lit.a (§ 50 Abs 4 zweiter Satz GSpG)].

### IV.3. Schuldfrage

Gemäß § 5 Abs 1 Satz 1 VStG genügt zur Strafbarkeit grundsätzlich fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Das gilt auch für die Strafnorm des § 52 Abs 1 GSpG, die über das Verschulden nicht anderes bestimmt.

Mit dem wiederkehrenden Verweis auf die Dienstanweisung konnte sich die Bfin weder ihrer Verpflichtungen nach dem § 50 Abs 4 GSpG entziehen, noch sich damit entschuldigen. So einfach durfte sie es sich nicht machen. Sie hätte sich über die mit ihrer Beschäftigung in einem Spiellokal verbundenen Pflichten und die Wirksamkeit der erteilten rechtswidrigen Dienstanweisung bei kompetenter Stelle erkundigen müssen (zB.: zuständige Behörden oder Rechtsberatung Arbeiterkammer). Sie war auch nicht durch Belehrungen der Finanzpolizei zu einer kritischeren Haltung zu bewegen, sondern berief sich weiterhin pauschal auf die Dienstanweisung. Selbst wenn die Bfin mit der eigenen Beurteilung der Sach- und Rechtslage weitgehend überfordert gewesen sein mag, hätte sie nicht einfach die

für sie bequemste „Lösung“ wählen dürfen, sich der Dienstanweisung bedingungslos zu unterwerfen. Ein solches Verhalten muss zumindest als bewusst fahrlässig, wenn nicht schon als bedingt vorsätzlich angesehen werden, soweit sich die Bfin mit der möglichen Tatbilderfüllung abgefunden hat.

Die zur Kontrollzeit allein im Lokal als verantwortliche Bedienstete der Lokalbetreiberin tätige Bfin hätte bei durchschnittlicher Betrachtung wenigstens mit Grund vermuten können, dass sie als Person, die faktisch die Glücksspieleinrichtungen bereithielt, in erster Linie selbst für eine Mitwirkung bei der Kontrolle vor Ort durch Unterstützung der Kontrollorgane in Betracht kommen wird. Aus diesem naheliegenden Grund hätte sie auch die Belehrung durch Herrn L nicht pauschal missachten und ihre Mitwirkung generell verweigern dürfen.

Bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt war auch für einen Laien erkennbar, dass die Dienstanweisung offensichtlich im Zusammenspiel mit dem herbeigeführten „net error“ eine generelle Auskunftsverweigerung gewährleisten sollte, damit wirksame Kontrollen, die genügend Anhaltspunkte für ein Verwaltungsstrafverfahren bieten, schon im Ansatz vereitelt werden. Dass diese Strategie der Verdunkelung nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand.

Das Bestreben, die Verschwiegenheit der Bfin unter Hinweis auf abstrakte Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse und drohende Rechtsfolgen ihrer Preisgabe zu erzwingen, war erfolgreich. Die Bfin hätte aber wissen müssen, dass sie nach der Art ihrer Beschäftigung mit einem schlichten faktischen Aufgabenbereich keine Geheimnisträgerin ist und daher für gewöhnlich auch keine Betriebsgeheimnisse preisgeben kann. Durch die gesetzlich im § 50 Abs 4 GSpG vorgeschriebenen Mitwirkungshandlungen bei Kontrollen, kommt es idR nicht zur Preisgabe von solchen Geheimnissen. Es ist nicht ansatzweise dargelegt worden, welche relevanten Geheimnisse durch eine gesetzeskonforme Mitwirkung der Bfin in Gefahr gekommen wären, offengelegt zu werden. Die Zweckbehauptungen in der Dienstanweisung sollten offenbar die Bfin nur einschüchtern (Hinweise auf Schadenersatzpflicht und „fristlose Entlassung“ bei Verletzung der Verschwiegenheit).

Wie eine solche Preisgabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen durch eine uninformierte Bedienstete wie die Bfin, die nur Geräte faktisch bereithält, denkbar wäre, ist völlig offen geblieben. Eine solche Gefahr erscheint bei einer Dienstnehmerin ohne besondere Befugnisse nach den gegebenen Umständen nicht nachvollziehbar.

Im Ergebnis ist mangels bekannt gewordener Einschränkungen der Schuldfähigkeit davon auszugehen, dass die Bfin nach ihren subjektiven Fähigkeiten auch in der Lage war, die objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten. Deshalb hätte sie die objektiv zweifelhafte Dienstanweisung in Frage stellen, Nachforschungen anstellen

und entsprechende Rechtsauskünfte einholen müssen, um sich zu vergewissern. Sie hat stattdessen bedingungslosen Gehorsam geleistet und sich resistent gegenüber Belehrungen des Leiters der Amtshandlung gezeigt. Ein solches Verhalten erscheint zumindest fahrlässig.

### IV.4. Unionsrecht und § 50 Abs 4 GSpG

Die vom Rechtsvertreter vorgebrachten unionsrechtlichen Bedenken gegen das österreichische Glücksspielmonopol sind im Hinblick auf die der Bfin im gegenständlichen Verfahren angelastete Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäß § 52 Abs 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 GSpG nicht von rechtlicher Relevanz (vgl VwGH 15.3.2013, Zl. 2012/17/0590; 19.12.2016, Zl. Ra 2016/17/0034-3). Die Verpflichtungen nach § 50 Abs 4 GSpG setzen keinen gesetzwidrigen Betrieb von Glücksspieleinrichtungen voraus, sondern richten sich unterschiedslos an alle Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten. Sie hätten die Bfin daher auch dann getroffen, wenn sich im gegenständlichen Lokal legaler Weise Glücksspieleinrichtungen befunden hätten. Es kann daher dahin gestellt bleiben, ob das Glücksspielmonopol im Widerspruch zum Unionsrecht steht, da selbst im Falle einer Unionsrechtswidrigkeit der diesbezüglichen Bestimmungen des GSpG die Regelung des § 50 Abs 4 GSpG und die daran anknüpfende Strafbestimmung des § 52 Abs 1 Z 5 letzter Fall GSpG weiterhin anzuwenden wären. Auf eine Auseinandersetzung mit dem auf die Frage der Unionsrechtswidrigkeit bezogenen Vorbringen samt Beweisanträgen bzw mit den vorgelegten Urkunden konnte daher mangels Relevanz für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens verzichtet werden.

## V. Strafbemessung

### V.1. Grundlagen

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG bilden „*die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat*“ die Grundlage einer jeden Strafbemessung. Darüber hinaus sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen, wobei auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen ist. Bei der Bemessung von Geldstrafen ist auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten Bedacht zu nehmen. Die Behörde und in weiterer Folge auch das Verwaltungsgericht hat dann mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens Angaben über diese Umstände verweigert. Bei der Schätzung der Einkommensverhältnisse ist mangels Informationen von

Seiten der Beschuldigten von einem Durchschnittseinkommen auszugehen (vgl. etwa VwGH 22.04.1992, Zl. 92/03/0019; 18.11.2011, Zl. 2011/02/0322).

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3 leg. cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl § 34 StGB).

## V.2. Strafzumessung

### V.2.1. Persönliche Verhältnisse

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben der Bfin zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 1.000 Euro, keinen Sorgepflichten und keinem relevanten Vermögen aus. Die rechtsfreundlich vertretene Bfin hat sich dazu nicht geäußert. Da keine Einwände erhoben wurden, geht auch das Verwaltungsgericht von diesen geschätzten persönlichen Verhältnissen aus.

### V.2.2. Besondere Erschwerungs- und Milderungsgründe

Die belangte Behörde hat keinen Umstand als erschwerend festgestellt. Dies trifft auch nach Ansicht des Gerichts auf Grund der Aktenlage zu. Als Milderungsgrund wertete die belangte Behörde, dass keine rechtskräftigen Vormerkungen wegen Verwaltungsübertretungen aufscheinen (Unbescholtenheit).

Die Bfin kann sich auch nicht auf einen entschuldigenden Rechtsirrtum berufen, weil sie sich nicht bei kompetenter Stelle über die Relevanz der Dienstanweisung vergewissert hat, sondern dieser – vermutlich auch aus Bequemlichkeit - „blind“ folgte. Der besondere Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 12 StGB (Tatbegehung in einem die Schuld nichts ausschließenden Rechtsirrtum) kommt der Bfin nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nicht zu, weil sie entgegen ihrer Sorgfaltspflicht keinerlei Nachforschungen über die Rechtslage angestellt hat (vgl

VwGH 24.06.2014, Zl. 2013/17/0507 unter Hinweis auf VwGH 27.07.1994, Zl. 94/09/0102).

V.2.3. Abwägung der Strafzumessungsgründe und Strafhöhe

Die Walzenspielgeräte ermöglichen mit den verfügbaren Spielprogrammen verbotene Ausspielungen mit beträchtlichen Einsätzen und attraktiven Gewinnchancen. Es erscheint evident, dass es bei Walzenspielen grundsätzlich nicht um Glücksspiele im Bagatellbereich geht. Die Verletzung von Mitwirkungspflichten behindert Kontrollorgane und bedeutet letztlich auch eine Begünstigung von illegalem Glücksspiel. Die Bedeutung des geschützten Rechtsguts und die Intensität des Eingriffs (12 Walzenspielgeräte!) ins Glücksspielmonopol des Bundes sowie das nicht bloß geringe Verschulden der Bfin schließen die Anwendbarkeit des § 45 Abs 1 Z 4 VStG bzw einer bloßen Ermahnung von vorneherein aus.

Bei wertender Betrachtung der festgestellten Umstände des Falles ist von einem ins Gewicht fallenden Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes auszugehen. Die belangte Behörde hat im Zusammenhang mit der Gewichtung des Unrechtsgehalts mit Recht die Bedeutung des Rechtsguts zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an einer kontrollierten Durchführung von Glücksspielen mit fiskal- und ordnungspolitischen Zielsetzungen betont. Bei Letzteren geht es vor allem um die wichtige Bekämpfung der besonders negativen Begleiterscheinungen des unkontrollierbaren illegalen Glücksspiels.

Der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat kann mit Blick auf die unbelehrbare Haltung der Bfin und die sorglose Verletzung von Erkundigungspflichten nicht als unbedeutend angesehen werden. Diese Einschätzung gilt trotz des Umstands, dass die Dienstanweisung mit der Entlassungsdrohung im Fall der Verletzung der angeblichen Verschwiegenheitspflicht die Bfin wohl beeinflusst hat und ihr unkooperatives Verhalten in einem etwas milderen Licht erscheinen lässt. Die Bfin hat sich aber auch ungewöhnlich starrsinnig verhalten, ihre Verpflichtungen nach § 50 Abs 4 Satz 2 GSpG konsequent missachtet und nicht einmal die zutreffend erstellten Niederschriften unterfertigt.

Im gegenständlichen Fall einer Übertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 GSpG ist der Strafrahmen bis 22.000 Euro des Einleitungssatzes im § 52 Abs 1 GSpG in den Fällen der Z 2 bis Z 11 heranzuziehen.

Der erkennende Richter hält die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe von 2.000 Euro (unter 10 % der Höchststrafe) nach Abwägung der gegebenen Umstände für schuldangemessen und den persönlichen Verhältnissen noch angepasst. Die Strafhöhe ist gut vertretbar, auch wenn die Bfin bislang

unbescholten war. Das Verschulden der sich völlig unkooperativ verhalten habenden Bfin erfordert eine klare Sanktion, die als deutliches Unwerturteil und als ein Apell, sich in Hinkunft anders zu verhalten, wahrgenommen wird. Es spricht besonders bei der Bfin auch die präventive Indikation für diese Strafe. Mit ihrem gleichgültigen Verhalten bei der gegenständlichen Kontrolle der Finanzpolizei hat die Bfin auch eine gewisse Unempfindlichkeit gegenüber drohenden behördlichen Maßnahmen erkennen lassen. Es bedarf daher einer spürbaren Sanktion, um sie künftig allenfalls doch zu rechtstreuem Verhalten zu bewegen.

Die von der belangten Behörde innerhalb des Strafrahmens von zwei Wochen gemäß § 16 Abs 1 und 2 VStG festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 22 Stunden begegnet aus der Sicht der Bfin keinen Bedenken. Sie ist im Verhältnis zur Geldstrafe eher noch zu niedrig bemessen.

## VI. Ergebnis

Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen zu bestätigen. Über die Bfin wurde für die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung auch eine angemessene Strafe verhängt. Diese war mit der Maßgabe zu bestätigen, dass die Strafsanktionsnorm durch die Wendung „§ 52 Abs 1 Einleitungssatz GSpG“ präzisiert wird.

Bei diesem Ergebnis war der Bfin für das gerichtliche Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG die Leistung eines weiteren Beitrags zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 20% der Geldstrafe und damit von 400 Euro vorzuschreiben.

## 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. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts weicht nicht von der herrschenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung des § 50 Abs 4 GSpG und zu den Grundsätzen bei der Strafbemessung ab.

## 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 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