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-413243/5/KL/HEK

Datum:
Linz, 24. Juni 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde von S O M R, vertreten durch S, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.1.2019, GZ: VStV/918301752655/2018, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. Februar 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis wird behoben und das Strafverfahren wird eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 14.1.2019, GZ: VStV/918301752655/2018, wurde über Frau S O M R (im Folgenden: Beschwerdeführerin) infolge der Übertretung der §§ 50 Abs. 4 GSpG iVm 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG eine Geldstrafe von 5.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 55 Stunden) verhängt und ein Kostenbeitrag in der Höhe von 500 Euro vorgeschrieben.
Der Beschwerdeführerin wird folgende Verwaltungsübertretung zur Last gelegt:

„Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Grieskirchen Wels gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010 – DV durchgeführten Kontrolle am 14.11.2018, um 14.00 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung P G, in x, x, Betreiber: E G A Kft, haben Sie als Bedienstete, zum Zeitpunkt der Kontrolle

- den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglicht, weil Sie die Stromzufuhr zu den zu kontrollierenden Glücksspielgeräten unterbrochen haben
- den Organen der öffentlichen Aufsicht Einblick in die geführten Unterlagen nicht gewährt
- den Organen der öffentlichen Aufsicht Einblick in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen nicht gewährt
- den Organen der öffentlichen Aufsicht Einblick in die aufzulegenden Spielbeschreibungen nicht gewährt

sohin gegen die Ihnen zukommende Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen.“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Beschwerdeführerin mit einer von ihrem Rechtsanwalt verfassten Eingabe, datiert mit 28.1.2019, eingebracht per Fax am 29.1.2019, rechtzeitig Beschwerde, die im Wesentlichen auf das Selbstbezichtigungsverbot gestützt wurde.

I.3. Mit Schreiben vom 29.1.2019 legte die belangte Behörde die gegenständliche Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Am 28. Februar 2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt sowie durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. Februar 2019, zu der Vertreter der Organpartei, des Finanzamtes Grieskirchen Wels, und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erschienen. Die belangte Behörde entschuldigte sich. Weiters wurden die Zeugen W S und C W geladen und einvernommen.

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Am 14.11.2018 führten Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels ab 14:00 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „P G“ in x, x, Betreiber: E G A Kft, eine Kontrolle durch. In diesem Lokal befanden sich mehrere Glücksspielgeräte, die bereits bei Beginn der Kontrolle ausgeschaltet, aber noch betriebswarm waren. Die bei der Kontrolle anwesende Beschwerdeführerin wurde im Zuge der Kontrolle einvernommen. Sie arbeitet seit Februar 2018 40 Wochenstunden in diesem Lokal, am Kontrolltag hat sie etwa um 11:00 Uhr mit der Arbeit begonnen. Die gegenständlichen Geräte befinden sich zumindest seit Mitte Oktober 2018 im Lokal. Trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Kontrollorgane, die Probespiele an den Spielgeräten zu ermöglichen gibt die Bedienstete an, dass sie das nicht könne, weiters dass sie keinen Chef anrufen könne und keine Nummer habe und auch nicht wisse wo er wohnt. Sie wisse nur, dass es sich um Spielgeräte handelt, nicht jedoch welche Spiele darauf laufen. Auch gab sie an, dass sie keine Verträge, Spielbeschreibungen, Gerätebuchhaltungen zu den Spielgeräten habe, auch keine Schlüssel oder Karten zu den Geräten. Die Geräte werden automatisch ausgeschaltet. Auch einen erforderlichen Pin-Code habe sie noch nie eingegeben. Zu ihrer Funktion bzw. Aufgabe konkret wurde die Beschäftigte nicht einvernommen. Eine Aufgabensdarstellung, insbesondere ob sie mit den Spielgeräten zu tun hätte, ergibt sich aus der niederschriftlichen Einvernahme nicht. Der zu Beginn der Kontrolle angetroffene Gast bzw. Spieler gab immer wieder an, dass eine Kellnerin bzw. ein Kellner das Guthaben ausbezahlt und bei den Geräten auf 0 stellt. Ob es sich dabei auch um die Beschwerdeführerin handelte, ist der Aussage nicht zu entnehmen. Die Aussagen beziehen sich allgemein auf die Vorgehensweise, da der Spieler schon seit Anfang Oktober dieses Lokal immer wieder besucht. Es ist daher nicht geklärt, ob die Beschwerdeführerin lediglich als Kellnerin tätig ist oder auch die Betreuung der Geräte und Auszahlung von Gewinnen vornimmt. Im Übrigen konnten die Geräte zum Kontrollzeitpunkt nicht bespielt werden und konnte daher eine verbotene Ausspielung nicht festgestellt werden. Dass der Beschwerdeführerin der Pin-Code bekannt war oder ihr bekannt sein müsste, geht aus keiner Aussage hervor. Auch geht nirgends hervor, dass die Kellnerin und Beschwerdeführerin die Geräte abgeschaltet hätte.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde sowie aus der Durchführung der öffentlichen mündlichen

Verhandlung. Die Angaben zur Beschwerdeführerin ergeben sich aus der mit dieser im Zuge der Kontrolle aufgenommenen Niederschrift sowie dem im Akt aufliegenden Aktenvermerk.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z. 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz von der Behörde mit einer 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 GSpG 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).

III.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, wird der Beschwerdeführerin zusammengefasst vorgeworfen, dass sie als Bedienstete der Fa. E G A Kft, die das Lokal mit der Bezeichnung „P G“ in x, x, betreibt, die ihr gemäß § 50 Abs. 4 GSpG obliegende Mitwirkungspflicht durch die im Spruch umschriebenen Handlungen/Unterlassungen verletzt habe.

III.3. Gemäß § 44a VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:
1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;

5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

Nach der ständigen Judikatur des VwGH hat sich die Umschreibung der Tat iSd § 44a Z 1 VStG am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (vgl. VwGH 29.3.2019, Ra 2019/02/0013; 19.11.2018, Ra 2017/02/0248, mwN). Die Tat ist hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau darzustellen, dass ihre Identität nach Tatzeit und Tatort feststeht und die Zuordnung des Tatverhaltens zur verletzten Verwaltungsvorschrift hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird, insbesondere sind die in der Person des Täters gelegenen besonderen Merkmale, wenn seine Strafbarkeit davon abhängt, anzuführen (vgl. VwGH 19.5.1994, 94/17/0007; 28.3.2014, 2012/02/0181). Die Umschreibung der Tat hat so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr der Doppelbestrafung ausgesetzt ist; sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (vgl. VwGH 20.11.2018, Ra 2017/02/0242). Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselements im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Bescheidbegründung ersetzt werden (vgl. VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201).

III.4. Von der in § 50 Abs. 4 GSpG normierten Verpflichtung zur Mitwirkung sind Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, erfasst.

Die belangte Behörde hat der Beschwerdeführerin sowohl in der Aufforderung zur Rechtfertigung als auch im bekämpften Straferkenntnis die Verwaltungsübertretung – durch die dort näher beschriebenen Handlungen/ Unterlassungen - in ihrer Funktion als Bedienstete der Betreiberin des kontrollierten Lokals vorgeworfen. Der Beschwerdeführerin wurde jedoch in offener Verfolgungsverjährung nie vorgeworfen, als Bereithalterin von Glücksspieleinrichtungen bzw. als deren Inhaberin oder Veranstalterin gegen § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen zu haben, sondern es wurde ihr „bloß“ ihr Bedienstetenverhältnis zum Vorwurf gemacht. Der Umstand, dass die belangte Behörde in der Begründung des bekämpften Straferkenntnisses ausführt, die Beschwerdeführerin habe die Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten, reicht jedoch nicht aus, um den Spruch des bekämpften Straferkenntnisses als im Einklang mit den in § 44a VStG normierten Anforderungen zu bewerten (vgl. dazu die oben unter Punkt III.3. angeführte Judikatur).

III.5. Der bloße Umstand, bei einer Firma bedienstet zu sein, die ein Lokal betreibt, in dem Glücksspielgeräte aufgestellt sind, reicht jedoch nicht aus, um eine Strafbarkeit der Beschwerdeführerin zu begründen und bildet der Umstand, bei der Lokalbetreiberin bedienstet zu sein, keine Verwaltungsübertretung.

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, u.a. Erkenntnis vom 21.8.2014, Ra 2014/17/0004, hat der Verwaltungsgerichtshof sich bereits mit dem

Begriff des „Bereithaltens“ einer Glücksspieleinrichtung iSd § 50 Abs. 4 GSpG befasst. Dazu führt er aus: „Das GSpG definiert den Begriff des ‚Bereithaltens‘ einer Glücksspieleinrichtung bzw. der ‚Person‘ die Glücksspieleinrichtungen bereit hält‘, zwar nicht näher und auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle des GSpG mit BGBl. I Nr. 54/2010, mit welcher § 50 Abs. 4 GSpG in das GSpG eingeführt wurde (658 Blg NR, 24. GP, 8), enthalten keine Ausführungen zu § 50 Abs. 4 GSpG. Unter einer ‚Person, die Glücksspieleinrichtungen bereit hält‘, kann jedoch schon nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand verstanden werden, der de facto für die Bereithaltung einer ‚Einrichtung‘, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorgt. Das ‚Bereithalten‘ wird vom Gesetzgeber in § 50 Abs. 4 GSpG vom ‚Veranstalten‘ und ‚Anbieten‘ eines Glücksspielapparates unterschieden. Das ‚Bereithalten‘ setzt somit keine rechtlich organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinne 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 offensichtlich auch eine Auskunftsverpflichtung jener Personen schaffen, die zwar mit der Veranstaltung des Spiels nicht im eben genannten Sinn 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, der in einer großen Zahl der Fälle nicht im Lokal anwesend sein wird, sondern den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgen. Die Abgrenzung, welche Angestellte des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, hat sich nach dem Aufgabenbereich des Angestellten zu richten.“
Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Maßgeblich für die Auslegung des Terminus des ‚Bereithaltens‘ ist vielmehr, ob der in Frage kommenden Person die faktische Macht zukommt, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit eines Glücksspielapparates zu sorgen. Diese ergibt sich in der Regel aus dem Aufgabenbereich des Angestellten (bzw. seines Vertreters).“

III.6. Wie aber aus dem festgestellten Sachverhalt zu entnehmen ist, wurden konkrete Fragen hinsichtlich der Aufgaben der Bediensteten, insbesondere ob sie auch Tätigkeiten hinsichtlich der Spielgeräte auszuführen hat, nicht gestellt. Die allgemeinen Schilderungen des einvernommenen Spielers können nicht eindeutig der Beschuldigten zugeordnet werden. Es ist daher nicht geklärt, ob die Beschuldigte die Geräte ein- und ausschaltet, Gewinne auszahlt, einen Pin-Code eingeben muss udgl. Es ist daher auch aus dieser Sicht ein Bereithalten einer Glücksspieleinrichtung durch die Beschwerdeführerin nicht erwiesen. Es ist daher kein Beweis hervorgekommen und erbracht worden, dass der Beschuldigten als Kellnerin die faktische Macht zukam, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der Spielgeräte zu sorgen. Es ist daher nicht erwiesen, dass die Beschuldigte im angeführten Lokal Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten hat. Dies ist jedoch eine wesentliche Voraussetzung für die daran angeknüpfte Pflicht zur umfassenden

Auskunftserteilung, umfassenden Ermöglichung der Überprüfung und von Testspielen und Gewährung von Einblick in Aufzeichnungen und Spielbeschreibungen.
Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ist von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die der Beschuldigten zur Last gelegten Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Mangels der Nachweisbarkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens war daher das Straferkenntnis gegen die Beschuldigte aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Auf das in der Beschwerde geltend gemachte Selbstbezichtigungsverbot braucht somit nicht mehr eingegangen zu werden.

III.7. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen, weil die Beschwerde Erfolg hatte.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

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

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

Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt