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-413524/6/ER

Datum:
Linz, 14. Februar 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des N Z, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D, W, gegen das Straferkenntnis Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 19. Juli 2019, GZ: BHRIPol-2018-440152/29-SEI, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. Dezember 2019

zu Recht:

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

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens 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.1. Mit Straferkenntnis vom 19. Juli 2019, GZ: BHRIPol-2018-440152/29-SEI, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 15 Stunden) gemäß § 50 Abs 4 iVm § 52 Abs 1 Z 5 letzter Fall Glücksspielgesetz – GSpG wie folgt:

„Sie haben am 28.08.2018 um ca. 13:28 Uhr in dem von der S G GmbH betriebenen Lokal ‚K' in R, R, als Beauftragter des Lokalinhabers bzw. als Person, welche Glückspieleinrichtungen bereitgehalten hat, während einer Kontrolle durch das Finanzamt Braunau-Ried-Schärding, Team Finanzpolizei, nach dem Glücksspielgesetz ihre Mitwirkungspflicht verletzt, indem sie den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglicht haben, weil die Datenleitungen zu den vorgefundenen Glückspielgeräten während der Kontrolle unterbrochen bzw. die Stromzufuhr zu den zu kontrollierenden Glückspielgeräten unterbrochen haben. Konkret handelte es sich hierbei um folgende Glückspielgeräte:

- Walzengerät mit der Gehäusebezeichnung ‚Kajot', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074352, FA-Gerätenummer 1
- Walzengerät mit der Gehäusebezeichnung ‚Kajot', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074353, FA-Gerätenummer 2
- Walzengerät mit der Gehäusebezeichnung ‚Kajot', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074354, FA-Gerätenummer 3
- Walzengerät mit der Gehäusebezeichnung ‚Kajot', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074355, FA-Gerätenummer 4
- Walzengerät mit der Gehäusebezeichnung ‚Kajot', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074356, FA-Gerätenummer 5
- Walzengerät mit der Gehäusebezeichnung ‚Kajot', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074357, FA-Gerätenummer 6
- Hundewettterminal mit der Gehäusebezeichnung ‚www.racingdogs.eu', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074358, FA-Gerätenummer 7
- Hundewettterminal mit der Gehäusebezeichnung ‚www.racingdogs.eu', Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A074359, FA-Gerätenummer 8

Sie haben die Testspiele nicht ermöglicht, obwohl sie aufgrund der niederschriftlich festgehaltenen Eigenschaft als Lokalverantwortlicher bzw. für die Betreuung der Glückspielgeräte vom Lokalverantwortlichen Beauftragter bzw. als Person, welche Glückspieleinrichtungen bereitgehalten hat, dazu verpflichtet gewesen wären."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde dazu im Wesentlichen aus, dass auf Grund der Dokumentation der Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei für die Behörde feststehe, dass der Bf seine Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz – GSpG verletzt habe, indem er den Organen der öffentlichen Aufsicht im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Kontrolle nach dem GSpG die geforderten Auskünfte nicht erteilt habe. § 50 Abs 4 GSpG stelle im Zusammenhang mit der Ermöglichung von Testspielen ausdrücklich klar, dass es

sich hierbei um eine aktive Pflicht handle. Demnach seien Veranstalter, Inhaber sowie Bereithalter von Glückspieleinrichtungen verpflichtet, insbesondere der Behörde 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 und in die nach dem GSpG aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt. Den Ausführungen der Rechtsvertretung des Bf sei zu entnehmen, dass der Bf zur Zusammenarbeit und Mitwirkung nicht ausreichend bereit gewesen sei. Die belangte Behörde habe keine Zweifel daran, dass der Bf die vorgeworfene Verwaltungsübertretung begangen hat.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig rechtsfreundlich vertreten Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die Strafe herabzusetzen.
Der Bf begründete seine Beschwerde mit der Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts, Verfahrensfehlern, Unzuständigkeit der belangten Behörde, Aktenwidrigkeit, Ergänzungsbedürftigkeit des Ermittlungsverfahrens, unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mangelnder Schuld und er bekämpfte die Strafhöhe.

I.3. Mit Schreiben vom 26. August 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. Dezember 2019.

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Am 28. August 2018 fand ab 12:34 Uhr im Lokal „K“, das zu diesem Zeitpunkt von der S G GmbH, einer nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaft mit Sitz in Österreich, betrieben wurde, eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz statt. Der Bf war zu diesem Zeitpunkt Verantwortlicher für das ggst Lokal. Im Lokal wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Geräte vorgefunden. Diese waren beim Eintreffen der Kontrollorgane eingeschaltet, an den Geräten mit den FA-Nummern 1 und 2 konnten Spielguthaben und aufgerufene Spiele festgestellt und fotografiert werden. Um etwa 12:35 Uhr wurde der Strom unterbrochen und die Geräte konnten nicht wieder eingeschaltet werden. Testspiele waren an keinem der Geräte möglich. Es kann nicht festgestellt werden, worauf die Stromunterbrechung zurückzuführen ist.
Bei der Kontrolle war im Lokal außer dem Bf eine Person, die vor Beginn der Kontrolle an einem der Geräte gespielt hat, anwesend. Der Bf wurde von den

Organen der Finanzpolizei ab 12:40 Uhr befragt, darüber wurde eine entsprechende Niederschrift durch die Organe der Finanzpolizei angefertigt. Der Bf beantwortete die Fragen der Kontrollorgane, wobei er auf manche Fragen keine Antwort wusste.

II. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der Anzeige der Finanzpolizei, der Niederschrift, ihren Aktenvermerken, den GSp26-Formularen und den Fotos im Akt. Die festgestellten Zeitangaben ergeben sich aus der Dokumentation der Finanzpolizei.
Dass nicht festgestellt werden kann, worauf die Stromunterbrechung zurückzuführen ist, ergibt sich einerseits aus der Niederschrift über Aussage des Bf, wonach er trotz Aufforderung und Verweis auf die Mitwirkungsverpflichtung angegeben habe, dass er die Geräte nicht mehr hochfahren könne. Er wisse nicht wer die Geräte ausgeschaltet habe, das könne auch „die Firma“ über die Kameras tun. Diese könne auch die Eingangstüre auf- bzw zumachen. Der Bf gab zwar an, einen Schalter hinter der Theke gedrückt zu haben, führte befragt dazu aber aus, dass er damit die Fernseher ausgeschaltet habe. Dass diese tatsächlich nach Kontrollbeginn ausgeschaltet wurden, ergibt sich ebenfalls aus der Niederschrift. Andererseits ist aus der Fotodokumentation ersichtlich, dass unter der Theke zwei Schalteranlagen angebracht waren, wobei eine aus zwei fix montierten roten Knöpfen unterhalb der Theke bestand. Ferner befand sich unter der Theke ein Verteilerstecker, an dem mehrere Kabel angesteckt waren, der mit zwei Schaltern zur Stromunterbrechung ausgestattet war. Laut Dokumentation habe der Bf behauptet, die Schalter am Verteilerstecker ausgeschaltet zu haben. Der in der Verhandlung befragte Zeuge gab dazu an, dass die Schalter erst nach der Unterbrechung der Stromzufuhr vorgefunden worden seien, der Bf sei dann auf die Schalter angesprochen worden.
Zumal mehrere mögliche Schalter vorgefunden wurden und der Bf auch eingestand, einen zur Abschaltung der Fernseher betätigt zu haben, jedoch leugnete, auch die Geräte abgeschaltet zu haben, was er durch die Möglichkeit, dass dies durch eine Fernschaltung – wie auch die Öffnung oder Schließung der Türen – möglich sei, nicht unnachvollziehbar darlegte, und auch die Organe der Finanzpolizei keine unmittelbaren Wahrnehmungen dazu haben, kann nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Gewissheit festgestellt werden, worauf die Stromunterbrechung zurückzuführen ist.

III. Gemäß § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz – GSpG in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 118/2016 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. Die Behörde nach Abs 1 und die in Abs 2 und 3 genannten Organe sind ermächtigt, diese Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Die Ausübung ist dem Betroffenen anzudrohen. Die Organe haben deren Ausübung zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde, sich zeigt, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden kann oder der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff steht. Eine Gefährdung des Lebens oder eine nachhaltige Gefährdung der Gesundheit ist jedenfalls unzulässig.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen (...) eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 verstößt.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten wollte der Gesetzgeber dem Versuch der Glücksspielanbieter begegnen, durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Nicht nur, dass den Kontrollorganen Testspiele unentgeltlich ermöglicht werden sollten, es sollten sich die Verpflichteten auch nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflicht entziehen können (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1960 BlgNR 24. GP 51 zu § 50 Abs 4 zweiter Satz GSpG). Ohne diese Pflichten wäre es den Behörde nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das Glücksspielgesetz festzustellen und entsprechend zu ahnden (vgl dazu auch VwGH, 24.02.2014, 2013/17/0834).

IV.2. Unter einer „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“, kann 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“ setzt 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 Sinne zu tun haben, die aber durch ihr Verhalten die Durchführung des Spiels erst ermöglichen. Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal treffen die Pflichten nach § 50 Abs. 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats, sondern auch den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgen (VwGH 20.06.2012, 2012/17/0114).

Der Bf war zum Kontrollzeitpunkt als einzige für die Geräte verantwortliche Person im Lokal anwesend und ist somit – auch wenn er keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu den Geräten hatte – als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält, anzusehen.

IV.3. Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wurde dem Bf vorgeworfen, als Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält bzw als Beauftragter des Lokalinhabers während der Kontrolle seine Mitwirkungspflicht verletzt zu haben, da er den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele nicht ermöglich habe, weil er die Datenleitung zu den Geräten während der Kontrolle bzw die Stromzufuhr unterbrochen habe.
Wie das durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben hat, konnte jedoch nicht festgestellt werden, worauf die Stromunterbrechung zurückzuführen ist.

Gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Da die Ursache der Stromunterbrechung nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Gewissheit festgestellt werden konnte, kann diese – sowie die damit einhergehende Unmöglichkeit, Testspiele durchzuführen – dem Bf auch nicht zur Last gelegt werden.

V. Im Ergebnis war daher das Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung 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. Reitter