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-413829/6/KLe/HK

Datum:
Linz, 14. Dezember 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde des I J, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 15.9.2020, GZ: VStV/920301403954/2020, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die verletzte Rechtsvorschrift "§ 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 118/2016" sowie die Strafnorm „§ 52 Abs. 1 Z 5 4. Tatbild Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 62/2019" lautet.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro 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:

Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 15.9.2020, GZ: VStV/920301403954/2020, wurde folgender Spruch erlassen:

„Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010 - DV durchgeführten Kontrolle am 16.07.2020, um 13:00, im Lokal mit der Bezeichnung K, in L, S S, Betreiber V T s.r.o., wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

Herr J I als Beauftragter der V T s.r.o. und somit Verantwortlicher für die Kontrolle, der Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten hat, hat dadurch, dass er bei der oben angeführten Kontrolle den Organen der öffentlichen Aufsicht die geforderten Auskünfte nicht erteilt hat gegen die ihm zukommende Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen. Herr J I hat die geforderten Auskünfte im Zusammenhang mit der festgestellten Veranstaltung verbotener Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG nicht erteilt, obwohl er aufgrund der niederschriftlich festgehaltenen Eigenschaft als für die Betreuung der Glücksspielgeräte vom Lokalverantwortlichen Beauftragter als durch das Bereithalten von Glücksspieleinrichtungen zur Auskunft verpflichtete Person dazu verpflichtet gewesen war. Trotz Hinweis auf die gesetzliche Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG und die Folgen der Nichteinhaltung gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG wurden die erwünschten Auskünfte nicht erteilt. Durch dieses Verhalten hat er die Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verletzt. Herr J I hat somit eine Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begangen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5 GSpG

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 1.000,--	24 Stunden	§ 52 Abs. 1 Zi 5 4. Tatbild GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 118/2015

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

• 100,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe Ge ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100 angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 1.100,- Euro“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde machte der Beschwerdeführer (Bf) zusammengefasst geltend, dass dem Straferkenntnis keine ausreichende Sachverhaltsdarstellung zu entnehmen sei. Die vorgeworfene Tat sei durch die Feststellungen nicht gedeckt. Es würden zahlreiche Begründungsmängel vorliegen und es sei nicht zu erkennen, weshalb die Behörde davon ausgehe, dass es sich um Glücksspielautomaten handle. Es handle sich um

Geschicklichkeitsgeräte mit „Touchscreen Funktion“. Weiters wurden umfangreiche Ausführungen zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes gemacht. In Verwaltungsstrafverfahren sei es zulässig, Dienstanweisungen an Angestellte zu erteilen, um die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen zu verhindern. Die ggst. Bestimmung verstoße gegen den Grundsatz, dass eine im Verdacht einer Übertretung stehende Person nicht verpflichtet werden dürfe, Beweise gegen sich selbst zu liefern. Den Bf treffe wegen der unterschiedlichen Rechtsprechung kein Verschulden und jedenfalls sei die Strafe bei weitem überhöht.

Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 16.10.2020 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. An dieser nahm der Rechtsvertreter des Bf teil.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 16.7.2020 im Lokal mit der Bezeichnung K in L, S S, durchgeführten Kontrolle wurde an den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 4 die Betriebsbereitschaft festgestellt und wurden bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 3 Testspiele durchgeführt, bei denen für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Bei allen Geräten konnte ein Guthaben hergestellt und der Gewinnplan aufgerufen werden.

Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 3 handelt es sich um virtuelle Walzenspielgeräte deren Spielablauf sich im Wesentlichen wie folgt darstellt:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte 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 wurde mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab 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. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.
Hinsichtlich der Funktionalität dieses Geräts als „Skill Game“ ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss, welche eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ (des Skill Games) ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Der Spieler kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. 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 trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels“. Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig. Der Ausgang dieser Spiele konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Die Geräte waren zu Kontrollbeginn betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig. Bei allen Geräten können nach dem Einsatz von Geld Spiele gespielt werden und es werden Gewinne in Aussicht gestellt. Im Verfahren wurde nie konkret behauptet, dass mit diesen Geräten keine Ausspielungen möglich gewesen wären bzw. zu welchem sonstigen Zweck die Geräte aufgestellt waren. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb der Geräte war nicht vorhanden.

Der Bf hat den Organen trotz mehrfacher Aufforderung und der entsprechenden Rechtsbelehrung die geforderten Auskünfte nicht erteilt.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Überprüfung der Geräte sowie den Fotos im Akt. Auf den Fotos lassen sich die angebotenen Spiele erkennen.

Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 3 konnten Probebespielungen durch die Finanzpolizei durchgeführt werden. Aufgrund dieser Dokumentation bestehen aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den Feststellungen zu den Spielabläufen, die auch mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksspielen übereinstimmen.

Auf den Geräten waren 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. 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 Start-Taste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Start-Taste 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 es 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.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

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.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären, sowie der Bf als Lokalbetreiber den Betrieb der Geräte nicht freiwillig in seinem Lokal geduldet hätte.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinn dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, "wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt".

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 Glücksspielgesetz (GSpG) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3 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 des Glücksspielgesetzes 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 Über-prüfungen 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.

Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG haben unter anderem „Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten“ umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen zu geben. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes treffen die in § 50 Abs. 4 GSpG angeführten Verpflichtungen auch die Angestellten des Lokalbetreibers. So führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Juni 2012, 2012/17/0114, aus, dass das Glücksspielgesetz den Begriff des „Bereithaltens“ einer Glücksspieleinrichtung bzw. der „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereit hält“, zwar nicht näher definiere und auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle des Glücksspielgesetzes mit BGBl. I Nr. 54/2010, mit welcher § 50 Abs. 4 GSpG in das Glücksspielgesetz eingefügt wurde (658 BlgNR, 24. GP, 8), keine Ausführungen zu § 50 Abs. 4 GSpG enthielten. Unter einer „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereit hält“, könne 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, sorge. Das Bereithalten werde vom Gesetzgeber in § 50 Abs. 4 GSpG vom „Veranstalten“ und „Anbieten“ eines Glücksspielapparates unterschieden. Das „Bereithalten“ setze somit keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinne voraus, dass jemand das Spiel organisiere, dass die Verträge mit ihm abgeschlossen würden oder die Spiele auf seine Rechnung erfolgten. Der Gesetzgeber habe mit der Bestimmung offensichtlich

auch eine Auskunftsverpflichtung jener Personen schaffen wollen, 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 ermöglichten und in vielen Fällen bei Kontrollen die einzigen Personen seien, die den Kontrollorganen Auskünfte erteilen könnten. Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal treffe 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 werde, sondern den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgten. Die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst seien, habe sich nach dem Aufgabenbereich des Angestellten zu richten (vgl. darauf rekurrierend auch VwGH 21.8.2014, Ra 2014/17/0004).

Der Bf war im Zeitpunkt der Kontrolle für das gegenständliche Lokal faktisch verantwortlich. Er war als einziger Mitarbeiter im Lokal und betreute dieses. Er hatte es damit in der Hand, Spielern die Geräte zugänglich zu machen oder sie vom Spiel auszuschließen (Öffnen der Eingangstür, Herstellen bzw. Unterbrechen der Stromversorgung sowie der Internetverbindung). Er war jene Person, welche die Glücksspieleinrichtungen im Zeitpunkt der Kontrolle bereitgehalten hat, ihm kam die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der von den Kontrollorganen vorgefundenen Geräte zu sorgen. Er hat jedoch über Aufforderung keinerlei Auskünfte erteilt.

Mit den Geräten konnten Spiele durchgeführt werden, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da bei diesen Spielen auch Einsätze geleistet werden und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt wird, handelt es sich um Ausspielungen im Sinne des GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Die vorgefundenen Geräte und die darauf angebotenen Spiele gleichen jenen, welche aus zahlreichen anderen Verfahren als Glücksspiele bekannt sind. Es wurde nie konkret und nachvollziehbar behauptet, dass diese Geräte einem anderen Zweck dienen oder andere Funktionen aufweisen.

Der Bf, welcher die angeführten Glücksspieleinrichtungen im Lokal bereitgehalten hat, hat über Aufforderung sich geweigert, Auskünfte im Sinne des GSpG zu erteilen. Er hat damit die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht begangen.

Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes ist auszuführen, dass die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nach der ständigen

Rechtsprechung der Höchstgerichte Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046), wobei es bei einem reinen Inlandssachverhalt nicht unmittelbar möglich ist, sich auf eine Grundfreiheit zu berufen. Darüber hinaus hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seitdem (zuletzt etwa am 7.3.2018, Ra 2018/17/0006; sowie 15.2.2019, Ra 2018/17/0003) spricht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus, dass das Glücksspielgesetz dem Unionsrecht entspricht. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgt dieser Ansicht und erachtet das österreichische Glücksspielgesetz als mit dem Unionsrecht in Einklang.

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. Nach dem 2. Satz des § 5 Abs. 1 VStG ist Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sog. „Ungehorsamsdelikt“) und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein solches Ungehorsamsdelikt, bei dem Fahrlässigkeit ohne weiteres anzunehmen ist, wenn der Täter mangelndes Verschulden nicht glaubhaft macht. Der Bf konnte nicht glaubhaft darlegen, dass, bzw. warum es ihm nicht möglich gewesen wäre, die Probespiele zu ermöglichen sowie Einblick in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen zu gewähren.

Der Bf hat sich darauf berufen, dass er aufgrund einer Dienstanweisung nicht kooperieren habe dürfen bzw. dass es das Selbstbezichtigungsverbot verletzen würde, würde man ihn zu einer Äußerung verpflichten.

Die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG wird durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs eingeschränkt, wenn bereits vor der Durchführung der Befragung ein konkreter Verdacht einer dem Befragten zuzurechnenden Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG oder einer Straftat nach § 168 StGB besteht (vgl. VwGH 24.2.2014, 2013/17/0834). Der Bf des gegenständlichen Verfahrens ist jedoch als Mitarbeiter der Lokalinhaberin gerade nicht vom Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst und war daher hinsichtlich dieses

Delikts auch nicht als Beschuldigter anzusehen (vgl. VwGH 22.10.2013, 2013/17/0168).

Im hier vorliegenden Fall war eine Bestrafung des Bf im verwaltungsbehördlichen Strafverfahren nach dem Glücksspielgesetz (abgesehen von der Verletzung der Mitwirkungspflicht) gar nicht möglich. Auch für eine gerichtliche Strafbarkeit liegen keine Hinweise vor. Der Bf konnte sich somit weder auf das Selbstbezichtigungsverbot berufen (so VwGH 29.7.2015, Ra 2014/17/0031) noch auf die – nicht entschuldigende – Dienstanweisung berufen.

Der Bf hat zusammengefasst keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen. Er hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die gesetzliche Höchststrafe für die gegenständliche Übertretung beträgt gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG 22.000 Euro.

Die belangte Behörde hat zutreffend das Nichtvorliegen von rechtskräftigen Vormerkungen wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes als strafmildernd gewertet, sonstige Straferschwerungsgründe liegen nicht vor.

Der Bf hat durch sein Verhalten die Kontrolle von Glücksspielgeräten erheblich erschwert, weshalb der Unrechtsgehalt der Übertretung als hoch einzuschätzen ist. Es ist daher die Verhängung einer strengen Strafe geboten. Die verhängte Strafe erscheint nicht überhöht. Sie entspricht auch den finanziellen Verhältnissen des Bf, wobei die behördliche Einschätzung (monatliches Nettoeinkommen von ungefähr 1.000 Euro bei keinem relevanten Vermögen und keinen ins Gewicht fallenden Sorgepflichten) zugrunde gelegt wird, weil der Bf dieser nicht widersprochen hat.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte das Recht, dass im Spruch die richtige Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, aufscheint. Diesem Gebot wird dann nicht entsprochen, wenn im Spruch die Fundstelle jener Novelle fehlt, durch welche die als verletzt betrachtete Norm ihre zum Tatzeitpunkt gültige Fassung erhalten hat (VwGH 25.4.2019, Ra 2018/09/0113; 6.8.2020, Ra 2020/09/0013). Aus diesem Grund war die verletzte Vorschrift entsprechend zu berichtigen.

Es war daher, wie im Spruch angeführt, zu entscheiden.

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 solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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

Mag. Lederer