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-413823/9/VG

Datum:
Linz, 25. August 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des B M, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 9. September 2020, GZ: VStV/920301378925/2020, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch des bekämpften Bescheides das GSpG auf „idF BGBl. I Nr. 104/2019“ korrigiert wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400 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:

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 9. September 2020 wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) wegen einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 5 4. Tatbild GSpG iVm § 50 Abs. 4 GSpG verhängt. Gleichzeitig wurden Verfahrenskosten in der Höhe von 200 Euro vorgeschrieben. Im Wesentlichen wurde dem Bf vorgeworfen, er habe als Beauftragter des Lokalinhabers bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 16. Juli 2020 um 13:00 im Lokal K in L den Organen der Finanzpolizei durch Nichtöffnen der Zugangstüre das Betretungsrecht verweigert. Er habe dadurch gegen die ihm zukommende Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen.

2. Dagegen erhob der rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitige Beschwerde, welche dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) von der belangten Behörde unter Anschluss des bezughabenden Aktes zur Entscheidung vorgelegt wurde.

3. Mit E-Mails vom 5. August 2021 führte der Bf das jüngste Urteil des EuGH vom 12. September 2019, in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, wonach die Strafnormen des § 28 AuslBG bzw. des §7d AVRAG dem Art. 56 AEUV entgegenstehen würden, ins Treffen. Weiters wurde eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Wien mitsamt Ausführungen eines Gutachters zu den „Skill Games“ vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. führte am 5. August 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

II. Festgestellter Sachverhalt:

Am 16. Juli 2020 um 13.00 Uhr wurde von Organen der Finanzpolizei versucht das Lokal K in L zu betreten. Zu diesem Zeitpunkt war die Zugangstür geschlossen und ließ sich diese von außen nicht öffnen. Kurz vor Kontrollbeginn wurde von den Kontrollorganen der Finanzpolizei beobachtet, wie mehrere Walzengeräte durch zwei Männer in das Lokal verbracht wurden. Während dieser Anlieferung stand die Zugangstür offen. Die Finanzpolizei klingelte ab 13.00 Uhr, klopfte lautstark und kündigte die zwangsweise Öffnung gemäß GSpG an, allerdings ohne Erfolg. Dies wurde zweimal wiederholt bzw. wurde auch ein DIN-A4-Blatt mit der entsprechenden Aufforderung und ein Dienstausweis inkl. Kokarde vor die vorhandene Videoüberwachung gehalten. Da auch darauf keine Reaktion erfolgte,

begann der beigezogene Schlüsseldienst um 13.04 Uhr mit der Zwangsöffnung, indem er das Schloss ausbaute. Um 13:06 Uhr konnte das Lokal letztendlich von den Kontrollorganen der Finanzpolizei betreten werden. Gleich hinter der Eingangstüre stand der Bf und versperrte breitbeinig den weiteren Zutritt in das Lokal. Der Bf wurde vom Kontrollorgan gebeten zur Seite zu treten, der Bf forderte das Kontrollorgan jedoch auf, sich zuerst auszuweisen. Das erste Bekleidungsstück des Kontrollorgans war eine gelbe Signalweste mit der Aufschrift „Finanzpolizei“. Erst nachdem dem Bf der Dienstausweis und die Kokarde gezeigt wurden, ließ er das Kontrollorgan vorbei. Die Kontrollorgane konnten sich daher erst mit Verzögerung Zutritt zum Lokal verschaffen. Im Lokal befanden sich Glücksspielapparate. Der Bf gab an, für die Sicherheit im Lokal zuständig zu sein. Im Lokal selbst befanden sich ein Kellner, mehrere Gäste und die zwei Männer, die zuvor die Walzengeräte in das Lokal verbracht hatten. Der Bf war am Kontrolltrag jedenfalls auch dafür zuständig, unerwünschten Personen, wie offensichtlich als solche erkennbare Kontrollorgane der Finanzpolizei, am Betreten des Lokals zu hindern.

III. Beweiswürdigung:

Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung in der auch die Kontrollorgane der Finanzpolizei als Zeugen einvernommen wurden. Die Feststellungen zum unkooperativen Verhalten des Bf bei der Kontrolle ergeben sich aus dem schlüssigen Aktenvermerk zur Kontrolle und der überzeugenden Zeugenaussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Die Angabe des Bf in der Niederschrift, für die Sicherheit der Mitarbeiter zuständig zu sein, inkludierte nach dem während der Kontrolle gezeigten Verhalten des Bf und der glaubhaften Zeugenaussage unzweifelhaft auch, unerwünschten Personen, wie offensichtlich als solche erkennbare Kontrollorgane der Finanzpolizei, am Betreten des Lokals zu hindern.

IV. Rechtliche Beurteilung:

Zu I.:

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.

Das behördliche Betretungsrecht wird ergänzt durch die Mitwirkungs- und Duldungspflichten der Veranstalter und Inhaber sowie jener Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten (vgl. VwGH 27.06.2018, Ro 2017/17/0028). Das „Bereithalten“ von Glücksspieleinrichtungen 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 Mitwirkungsverpflichtung 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 denjenigen, der faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgt (vgl. VwGH 20.06.2012, 2012/17/0114). Für die Auslegung des Terminus des „Bereithaltens“ ist daher maßgeblich, ob der in Frage kommenden Person die faktische Macht zukommt, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit eines Glücksspielapparats zu sorgen (vgl. VwGH 21.08.2014, Ra 2014/17/0004; 27.02.2019, Ra 2018/17/0181).

Wie festgestellt, wurde den Kontrollorganen der Finanzpolizei die Tür zum Lokal nicht geöffnet, sodass eine Zwangsöffnung erforderlich war. Der Bf hatte zum Zeitpunkt der glücksspielrechtlichen Kontrolle unzweifelhaft die faktische Macht, für die (Nicht-)Verfügbarkeit der Geräte zu sorgen. Dies ergibt sich klar aus dem Umstand, dass er dem Kontrollorgan nach der erfolgten Zwangsöffnung breitbeinig den weiteren Zutritt ins Lokal versperrte, obwohl das Kontrollorgan eine gelbe Signalweste mit dem Aufdruck „Finanzpolizei“ trug. Der Umstand, dass der Bf am Kontrolltag Lokalverantwortlicher war, ergibt sich zudem daraus, dass der Kellner bei seiner Einvernahme immer wieder versuchte mit dem Bf Blickkontakt aufzunehmen bzw. die Fragen an den Bf weitergeben wollte. Der Bf hatte es daher unzweifelhaft zu verantworten, dass den Kontrollorganen die Tür nicht geöffnet wurde. Er wäre aber vor dem Hintergrund des § 50 Abs. 4 GSpG verpflichtet gewesen, den Kontrollorganen den Zutritt zum Lokal und Testspiele zu ermöglichen.

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. Ohne diese Pflichten wäre es den Behörden nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das Glücksspielgesetz festzustellen und entsprechend zu ahnden (vgl. VwGH 22.05.2019, Ra 2018/09/0171, mwN.). Bereits aus § 50 Abs. 4 GSpG ergibt sich daher, dass der Gesetzgeber möglichst umfassende Mitwirkungspflichten vorsehen wollte (vgl. VwGH 29.04.2019, Ra 2019/17/0024, mwN.). Sinn und Zweck der Kontrolle ist es ja gerade, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes eingehalten werden (vgl. VwGH 19.03.2018, Ra 2017/17/0871; 27.06.2018, Ro 2017/17/0028; 12.09.2018, Ra 2018/13/0067, mwN). Demnach liegt bei einer bloßen Kontrolle wie der gegenständlichen nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch keine Situation vor, in der ein Aussageverweigerungsrecht im Falle der Selbstbezichtigung überhaupt zum Tragen kommt (vgl. VwGH 18.05.2016, Ra 2015/17/0029; 29.12.2017, Ra 2017/17/0958; 13.12.2018, Ra 2018/09/0066).

Zur vom Bf behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols ist Folgendes auszuführen: Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass eine Kontrolle nach § 50 Abs. 4 GSpG grundsätzlich der Überwachung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und nicht nur der Überwachung der Einhaltung des in den §§ 3 und 4 GSpG normierten Glücksspielmonopols dient. Sinn und Zweck einer Kontrolle gemäß § 50 Abs. 4 GSpG ist es, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und nicht nur jene das Glücksspielmonopol des Bundes betreffenden Bestimmungen eingehalten werden. Eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols des Bundes und eine etwa daraus folgende Unanwendbarkeit der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, insbesondere der sich darauf beziehenden Strafbestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG, würde daher nicht zwangsläufig die Rechtswidrigkeit einer Kontrolle gemäß § 50 Abs. 4 GSpG und ein unionsrechtlich begründetes Anwendungsverbot des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG bewirken (vgl. etwa VwGH 19.03.2018, Ra 2017/17/0871 mwN). Dies gilt selbst für den Fall, dass sich im Zuge einer Kontrolle nach § 50 Abs. 4 GSpG der Verdacht eines Verstoßes gegen das Glücksspielmonopol und einer Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1, 6 bzw. 9 GSpG ergibt und in weiterer Folge Glücksspielautomaten, sonstige Eingriffsgegenstände oder technische Hilfsmittel gemäß § 53 GSpG beschlagnahmt und gemäß § 54 GSpG eingezogen werden. Der Einwand der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols ist in diesem Fall im jeweils der Kontrolle nachfolgenden Beschlagnahme-, Einziehungs- und Strafverfahren zu

prüfen (vgl. VwGH 10.10.2016, Fr 2016/17/0005). Fragen der Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes stellen sich daher im vorliegenden Verfahren nicht.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist 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 und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher eine fahrlässige Tatbegehung.

Nach dem Gesagten hat der Bf den Tatbestand des § 50 Abs. 4 iVm § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht.

Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass es sich dabei nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist, handelt. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert § 19 Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf zu seinen Einkommens- und Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 1.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Da auch im Beschwerdeverfahren keine diesbezüglichen Angaben gemacht wurden, geht auch das LVwG Oö. von diesen Verhältnissen aus.

Als mildernd wurde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf gewertet. Erschwerungsgründe wurden nicht angenommen.

Die belangte Behörde betonte im Zusammenhang mit der Gewichtung des Unrechtsgehaltes mit Recht die Bedeutung des Rechtsgutes zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an der kontrollierten Durchführung von Glücksspielen mit fiskal- und ordnungspolitischen Zielsetzungen. Bei Letzteren geht es vor allem um die wichtige Bekämpfung der besonders negativen Begleiterscheinungen des unkontrollierbaren illegalen Glücksspiels.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG ist die gesetzliche Höchststrafe für die gegenständliche Verwaltungsübertretung 22.000 Euro. Eine Mindeststrafe ist nicht vorgesehen.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse erscheint die verhängte Geldstrafe von 2.000 Euro, womit nicht einmal 10 % des möglichen Strafrahmens ausgeschöpft wurden, nicht überhöht, zumal das Verhalten des Bf gerade darauf ausgerichtet war, nicht nur die Mitwirkung an der Kontrolle zu verweigern, sondern auch die vollständige Sachverhaltsermittlung durch die Kontrollorgane zu verhindern. Ein Herabsetzen der Geldstrafe wäre daher sowohl aus general- als auch spezialpräventiven Gründen nicht vertretbar.

Zu II.:

Dem Bf ist gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Höhe von 400 Euro (das sind 20 % der Strafe) vorzuschreiben.

V. 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 Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts als schuldhafte Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG stützen sich auf die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichthofes entwickelten Grundsätze (laut zitierter Judikatur) und bedarf im Übrigen einer Beurteilung im Einzelfall, sodass keine darüber hinausgehende, allgemeingültige Bedeutung vorliegt. Auch in der Straffrage wurde nicht von den Grundsätzen in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

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. Gubesch