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-413946/10/VG

Datum:
Linz, 2. Dezember 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des M K, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 19. Februar 2021, GZ.: VStV/920302009295/2020, betreffend eine Übertretung des Glückspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 1.500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 23 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die Kosten im Verfahren vor belangten Behörde reduzieren sich auf 150 Euro. Die beschwerdeführende Partei 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 dem in Beschwerde gezogenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 19. Februar 2021, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 9 VStG i.V.m. § 52 Abs. 1 Z 5, letzter Fall i.V.m. § 50 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) – eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage) verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Sie haben, wie am 20.10.2020, um 14:00 Uhr, von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Salzburg-Land, im Lokal mit der Bezeichnung M, in L, Betreiber P GmbH, anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, in Ihrer Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, welche als Inhaberin dieses Lokals, welches Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten hat, dadurch, dass Sie

- *zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht für die Anwesenheit einer Person gesorgt haben, die gegenüber den Kontrollorganen die Verpflichtungen gemäß § 50 Abs. 4 GSpG wahrzunehmen gehabt hätte*

gegen die Ihnen zukommende Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen.“

Zudem wurden dem Bf Verfahrenskosten in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

I.2. Die gegenständliche Beschwerde wurde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) mit Schreiben der belangten Behörde vom 19. März 2021 unter Anschluss des bezughabenden Verwaltungsaktes zur Entscheidung vorgelegt.

I.3. Mit E-Mails vom 24. November 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“ und ein Vorabentscheidungsersuchen des Landesverwaltungsgerichts Steiermark zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG vorgelegt.

I.4. Am 24. November 2021 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

II. Festgestellter Sachverhalt:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 20. Oktober 2020, um 14:00 Uhr, im Lokal „M“ in L wurden zunächst drei Geräte betriebsbereit vorgefunden. Nach den Fotoaufnahmen können dazu folgende Feststellungen getroffen werden: Geräte FA-Nr. 1 + 3: Spiel „Halloween King“ + Gewinnplan; Gerät FA-Nr. 2: Spiel „Joker27“ + Gewinnplan.

Das Lokal war frei zugänglich und videoüberwacht. Betreiberin und Inhaberin des genannten Lokals war die P GmbH. Der Bf ist bzw. war zum Zeitpunkt der Kontrolle handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH. Da kurz nach Beginn der Kontrolle die Internetverbindung zu den Geräten unterbrochen wurde, konnten Testspiele nicht durchgeführt werden.

Der bei der Kontrolle anwesende Spieler (Gast) H B gab an, dass er bei allen drei Geräten bereits Gewinne erzielt hat und zeigte den Kontrollorganen einen Gewinngutschein vom Kontrolltag über 200 Euro vor, den er einlösen wollte. Er erklärte dazu, dass man den Gewinngutschein in den Bargeldeinzug der Geräte geben kann und der Gewinn nach drücken der Payout-Taste ausbezahlt wird.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle war seitens der P GmbH keine Person bestimmt bzw. im Lokal anwesend , die den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen ermöglicht hätte und die Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Geräte und in die Spielbeschreibungen hätte gewähren können.

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. Daraus, insbesondere aus der Fotodokumentation und den überzeugenden Zeugenaussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, ergibt sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt.

IV. Rechtliche Beurteilung:

<u>Zu I.:</u>

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).

Mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten wollte der Gesetzgeber auch 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).

Der Bf hat entgegen der Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG, nicht dafür gesorgt, dass eine anwesende Person den genannten Duldungs- und Mitwirkungspflichten gegenüber den Kontrollorganen nachkommt. Der Bf hätte als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, die Betreiberin und Inhaberin des verfahrensgegenständlichen Lokals ist, entsprechende Vorkehrungen treffen müssen. Diese Verpflichtung ist auch nicht etwa intentional auf eine Informationsbeschaffung zum Zweck strafrechtlicher Verfolgung des Bf gerichtet, sondern dient der Ermöglichung der Kontrolltätigkeit der in § 50 Abs. 4 GSpG genannten Überwachungsaufgaben.

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 GSpG in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht.

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

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.

Der Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 3.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und keinem Vermögen wurde vom Bf im Verfahren nicht entgegengetreten. Da auch im Beschwerdeverfahren keine

diesbezüglichen Angaben gemacht wurden, geht auch das LVwG Oö. von diesen Verhältnissen aus.

Entgegen den Ausführungen der belangten Behörde konnten die im angefochtenen Bescheid angeführten Straferkenntnisse nicht straferschwerend wirken, da die jeweiligen Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich erst nach dem verfahrensgegenständlichen Tatzeitpunkt rechtskräftig entschieden wurden. Gleiches gilt auch für die angeführten Straferkenntnisse, gegen die Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben wurde.

Die Verwaltungsstrafe ist daher vom LVwG Oö. zu reduzieren.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse erscheint eine Geldstrafe von 1.500 Euro, womit nicht einmal 10 % des möglichen Strafrahmens ausgeschöpft werden, als schuld- und tatangemessen. Als Ersatzfreiheitsstrafe werden 23 Stunden festgelegt. Der Bf hat nicht dafür Sorge getragen, dass sich eine anwesende Person vor Ort im verfahrensgegenständlichen Lokal befindet, die den Verpflichtungen des § 50 Abs. 4 GSpG nachgekommen wäre. Damit liegt aber eine geradezu typische Deliktsverwirklichung vor, weil damit bereits im Ansatz versucht wird, die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Ein weiteres Herabsetzen der Geldstrafe wäre daher sowohl aus general- als auch spezialpräventiven Gründen nicht vertretbar. Eine Ermahnung kommt aufgrund des keinesfalls als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung nicht in Betracht.

Zu II.:

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wurde. Wegen der Herabsetzung der Strafe waren keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben. Die behördlichen Verfahrenskosten werden entsprechend herabgesetzt.

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 iVm § 50 Abs. 4 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