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-414081/9/GS/NF/CJ

Datum:
Linz, 9. Februar 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des I P, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 4. Jänner 2022, GZ: VStV/921301753125/2021, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. April 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch des angefochtenen Bescheides das Glücksspielgesetz – GSpG mit „BGBl. I Nr. 99/2020“ ergänzt wird.

II. Der Beschwerdeführer 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.1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) I P wie folgt entschieden:

„Spruch

Sie haben als Inhaber von Glücksspieleinrichtungen dadurch, dass Sie bei der oben angeführten Kontrolle

• 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.

Sie haben es als Inhaber von Glücksspieleinrichtungen unterlassen, eine Person zu bestimmen, und zur Anwesenheit im gegenständlichen Lokal zu verpflichten, welche den Verpflichtungen des Veranstalters und Inhabers gem. § 50 Abs. 4 GSpG gegenüber der Behörde nach Abs. 1 dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht nachkommt, nämlich umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblicke in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren, obwohl Sie aufgrund der Bestimmungen des § 50 Abs. 4 GSpG dazu verpflichtet gewesen wären.

Durch diese Unterlassung haben Sie die Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG verletzt und somit eine Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begangen.

Bei einer durch die Finanzpolizei als Organ des Amts für Betrugsbekämpfung gem. § 50 Abs. 2 und 3 GSpG durchgeführten Kontrolle am 18.09.2021, um 20:30, im Lokal mit der Bezeichnung W, in x L, Donau, S S 255, Betreiber T GmbH, wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

Bei der durch die Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle war keine gem. § 50 Abs. 4 GSpG bestimmte Person im Glücksspiellokal anwesend.

Der handelsrechtliche Geschäftsführer der T GmbH, Herr I P, geb.: x 1971 gab auf der Bescheinigung der vorläufigen Beschlagnahme (GSp3) selbst an, dass es sich um ein unbeaufsichtigtes Lokal handelt.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit 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 ist 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 und 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 die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§§ 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5 GSpG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€ 1.000,--	24 Stunden		§ 52 Abs. 1 Z 5 GSpG 1989 idgF (Duldungs- und Mitwirkungspflicht)

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

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

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 1.100,- Euro“

I.2. Dagegen erhob der Bf, damals noch anwaltlich vertreten, Beschwerde.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass, wie aus dem Straferkenntnis hervorgehe, der Bf als Geschäftsführer der T GmbH persönlich bei der Kontrolle anwesend gewesen wäre. Der von der belangten Behörde bzw. vom Amt für Betrugsbekämpfung aufgezeigte Sachverhalt stelle daher keinen Verstoß gegen § 50 Abs. 4 GSpG dar.

I.3. Mit Schreiben vom 12. Jänner 2022 (eingegangen am 18. Jänner 2022) hat die belangte Behörde die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses entscheidet durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. April 2022. Zur Verhandlung ist der Bf mit seiner damaligen anwaltlichen Vertretung, ein Vertreter der Organpartei sowie zwei als Zeugen geladene Beamten des Amtes für Betrugsbekämpfung gekommen.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Am 18. September 2021 um 20:30 Uhr wurde im Lokal mit der Bezeichnung „W“ in x L, eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durchgeführt. Betreiber dieses Lokals ist die T GmbH. I P war jedenfalls zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH. Da die Tür zum Lokal bei Kontrollbeginn nicht aufging, wurde von der Finanzpolizei ein vorgefertigtes Schild mit dem ungefähren Textlaut „Kontrolle Finanzpolizei nach dem Glücksspielgesetz“ in eine am Eingang angebrachte Kamera gehalten. Weiters haben sich die Finanzpolizisten durch lautes Klopfen an die Eingangstür bemerkbar gemacht. Die Tür wurde jedoch nicht geöffnet. Da der Einsatzgruppe auch ein Schlosser angehörte, wurde die Eingangstür von diesem aufgebrochen. Im Lokal wurden keine Leute mehr angetroffen, die vorgefundenen Umstände, wie Aschenbecher, haben den Eindruck erweckt, dass sich Personen unmittelbar vorher im Lokal aufgehalten haben. Weiters sind die im Lokal aufgestellten Glücksspielgeräte betriebsbereit eingeschaltet gewesen. Zwei Finanzbeamte versuchten die Geräte zu bespielen (Herr K und Herr D von der FPT 52). Bis zu einem gewissen Zeitpunkt war es den beiden Herren möglich, die Geräte zu bespielen, was auch in den aufgenommenen Unterlagen (vor allem GSpG26-Formulare und Aktenvermerk) vermerkt wurde. Zu einem späteren Zeitpunkt wurden die Geräte jedoch heruntergefahren, sodass sie für die Finanzbeamten nicht weiter bespielbar waren. Standardmäßig wird von den Finanzbeamten versucht, Einfluss auf das Spielergebnis zu nehmen, dies war jedoch nicht möglich.

Weitere Kollegen der Finanzpolizei aus Oberösterreich haben die Salzburger Finanzpolizisten (D, K und P) bei der Kontrolle unterstützt. Diese haben Personen im hinteren Bereich des Lokals wahrgenommen, die zu fliehen versuchten.

Der Bf hat sich zu Beginn der Kontrolle nicht im Lokal befunden. Weiters hat sich auch kein Angestellter von ihm darin aufgehalten. Der Bf hat in der Nähe des Lokals, nämlich in der C 8 in Linz sein Büro. Dieses Büro ist ca. 3 Minuten vom gegenständlichen W entfernt. Die meiste Zeit hält sich der Bf in seinem Office in der C 8 auf, dazwischen schaut er immer wieder im gegenständlichen Lokal in der S S x in Linz vorbei. Auf einem Computer in seinem Office in der C 8 konnte der Bf nachverfolgen, dass eine Kontrolle im Lokal in der S S 255 stattfindet. Um 20:55 Uhr am Kontrolltag erschien der Bf sodann in seinem Wettlokal in der S S x in Linz.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Die in der Verhandlung einvernommenen Finanzpolizisten schilderten in der Verhandlung nachvollziehbar und glaubwürdig, dass sie alle ihre bei der Kontrolle gemachten Beobachtungen wahrheitsgemäß in ihren Aufzeichnungen (vor allem GSpG26-Formulare und Aktenvermerk) aufgezeichnet haben. Unstrittig steht auch nach der Aussage des Bf fest, dass dieser zu Kontrollbeginn nicht im Lokal anwesend war. Auch ist seiner Erstaussage am Kontrolltag Glauben zu schenken, dass es sich um ein sogenanntes „unbetreutes Lokal“, in dem er keine Angestellten hat, handelt.

IV. Rechtliche Erwägungen:

IV.1. Die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen lauten (auszugsweise) wie folgt:

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs. 1 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).

Unternehmer ist gemäß § 2 Abs. 2 GSpG, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Um verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG handelt es sich bei Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen sind.

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. 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 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro und den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 Euro zu bestrafen,

...

5. 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 § 52 Abs. 3 GSpG ist dann, wenn durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wird, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

IV.2. § 50 Abs. 4 GSpG normiert für Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, bestimmte Pflichten, die im Zuge einer Lokalkontrolle schlagend werden. Mehrfach hat der Verwaltungsgerichtshof ausge-

führt, dass die in § 50 Abs. 4 GSpG festgelegten Duldungs- und Mitwirkungspflichten alle Personen träfen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Glücksspielautomaten sorgten (vgl. VwGH 15.03.2013, 2012/17/0590, 29.07.2015, Ra 2014/17/0031, ua).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Bf, zu dessen vorrangigsten Aufgaben es als Lokal- und Gewerbeinhaber gehörte, für einen ordnungsgemäßen Betrieb des Lokals zu sorgen, faktisch für die Verfügbarkeit und Bereithaltung der Glücksspielautomaten gesorgt hat. Als Inhaber eines Lokals treffen ihn unzweifelhaft die in § 50 Abs. 4 GSpG normierten Duldungs- und Mitwirkungspflichten.

Bereits aus dem Wortlaut des § 50 Abs. 4 GSpG, wonach die genannten Personen den Kontrollorganen ua „umfassende Überprüfungen ... zu ermöglichen“ haben, ergibt sich auch die Verpflichtung, den Kontrollorganen für Zwecke der Kontrolle Einlass zu gewähren. Zweck dieser Regelung ist die Gewährleistung einer effizienten Kontrolle im Glücksspielbereich (vgl. EB zur RV 1960 BlgNR 24.GP 51, zur GSpG-Novelle BGBl. I Nr. 112/2012). Im Hinblick darauf kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass eine Duldungs- und Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG erst dann entstünde, wenn es den Kontrollorganen gelungen wäre, sich - allenfalls gewaltsam - Zutritt zu der Örtlichkeit, an der Glücksspiele angeboten werden, zu verschaffen (vgl. VwGH 12.09.2018, Ra 2018/13/0067, sowie 24.10.2019, Ra 2019/15/0067).

Auch wenn in der Bestimmung des § 50 Abs. 4 GSpG nicht ausdrücklich eine Pflicht „zur Türöffnung“ normiert ist, so ist in dieser Bestimmung doch ein Betretungsrecht zu den genannten Zwecken enthalten. Zwangsläufig können diese Kontrollrechte nur ausgeübt werden, wenn den Kontrollorganen auch Zutritt gewährt wird. Der Wortlaut der Regelung erlaubt es nicht, deren Zweck, etwa durch Verweigerung des Lokalzutrittes, einzuschränken. Dieser Grundsatz gilt zweifelsfrei für all jene Maßnahmen und Handlungen der Verpflichteten, die es den Kontrollorganen ermöglichen sollen, jenen Sachverhalt festzustellen, der für eine Beurteilung notwendig ist. Gerade dieser Verpflichtung ist der Bf, indem er nicht dafür Sorge getragen hat (z.B. durch Anweisungen ihres Personals), dass die Kontrollorgane ins Lokal gelassen werden bzw. diesen der Zutritt ermöglicht wird, nicht nachgekommen. Zudem wurde die Zeit der gewaltsamen Türöffnung dazu genutzt, die Geräte vom Netz zu nehmen und die Stromversorgung im Lokal zu unterbrechen. Dies mit dem einen Zweck, eine Bespielung der Geräte und den Sinn und Zweck der Amtshandlung zu vereiteln.

Wie ausgeführt, trifft den Beschwerdeführer die in § 50 Abs. 4 GSpG normierte Verpflichtung. Gemäß dem in dieser Bestimmung normierten Betretungsrecht hatte er Sorge zu tragen, dass dies jederzeit möglich ist. Dieser Verpflichtung ist er zum vorgehaltenen Tatzeitpunkt - trotz mehrfacher Aufforderung - nicht nachgekommen.

Bereits mit diesem Verhalten (oder Unterlassen) wurde das Tatbild in objektiver Hinsicht verwirklicht, unabhängig davon, ob die Amtshandlung letztlich durchgeführt werden konnte oder nicht.

Zur Verfassungswidrigkeit des § 50 Abs. 4 GSpG und Selbstbezichtigungsverbot:

Hiezu wird vollinhaltlich auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 24. Februar 2014, 2013/17/0834, verwiesen, worin der VwGH sich ausführlich mit der Judikatur des EGMR zum Selbstbezichtigungsverbot nach Art. 6 Abs. 1 EMRK befasst und darauf hinweist, dass das Schweigerecht kein absolutes Recht ist, sondern Beschränkungen unterworfen werden kann. Für deren Zulässigkeit hat der EGMR nach der Art eines beweglichen Systems folgende Kriterien als maßgeblich erachtet: Art und Schwere des Zwangs zur Beweiserlangung, das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung der Straftat und der Bestrafung des Täters, die Existenz angemessener Verfahrensgarantien und die Verwertung der so erlangten Beweismittel. Auskunftspflichten gegenüber der Behörde können eine (allenfalls unzulässige) Beschränkung des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, bedeuten, wenn auf der Grundlage der so erlangten Fakten Sanktionen gegenüber dem Pflichtigen verhängt werden. Ein solcher Eingriff ist aber nach der Rechtsprechung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn die Auskunftspflichten zum angestrebten Zweck nicht unverhältnismäßig sind und den Kerngehalt des Verbots nicht verletzen (Hinweis auf Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, Rz 123 zu Art. 6 EMRK, mwN). 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.

Auch liegt bei einer Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes (noch) keine Situation vor, in der ein Aussageverweigerungsrecht überhaupt zum Tragen kommt (vgl. VwGH 19.12.2016, Ra 2016/17/0038).

Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit:

Diesbezüglich darf auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen werden, wonach es Sinn und Zweck einer Kontrolle gemäß § 50 Abs. 4 GSpG ist, einen Sachverhalt festzustellen, der die Beurteilung ermöglicht, ob die Bestimmungen des GSpG und nicht nur jene des Glücksspielmonopols des Bundes betreffenden Bestimmungen eingehalten werden (vgl. VwGH 29.06.2016, Ra 2016/09/0007,

und 10.10.2016, Fr 2016/17/0005). Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols des Bundes und eine etwa daraus folgende Unanwendbarkeit der entsprechenden Bestimmungen des GSpG bezieht sich daher nicht zwangsläufig auf die Strafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG betreffend den Verstoß gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG.

Eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols des Bundes und eine etwa daraus folgende Unanwendbarkeit der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des GSpG, insbesondere der sich darauf beziehenden Strafbestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG sowie der §§ 53 und 54 GSpG betreffend die Beschlagnahme und Einziehung von Glücksspielautomaten und sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, bewirkt nicht zwangsläufig die Rechtswidrigkeit einer Kontrolle gemäß § 50 Abs. 4 GSpG und damit verbundener Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. 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 Glücksspielmonopoles ist in diesem Fall im jeweils der Kontrolle nachfolgenden Beschlagnahme-, Einziehungs- und Strafverfahren zu prüfen (vgl. z.B. VwGH 10.10.2016, Fr 2016/17/0005, 28.04.2017, Ra 2007/17/0293, 12.07.2018, Ra 2017/17/0818-3, ua).

Fragen der Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des GSpG stellen sich vor diesem Hintergrund daher im vorliegenden Verfahren betreffend die Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 50 Abs. 4 GSpG nicht.

Nur allgemein und ohne konkrete Einzelfallprüfung darf zur vorgebrachten Unvereinbarkeit des Glücksspielmonopoles mit dem Unionsrecht darauf hingewiesen werden, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, auf Grundlage der vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt hat. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23 und E 1054/2016-19, angeschlossen. Auch der OGH hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, seine unionsrechtlichen Bedenken verworfen, sodass nunmehr eine einheitliche Rechtsprechung der Höchstgerichte vorliegt. Die neuesten Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes enthalten keine

Anhaltspunkte für die Annahme, dass derzeit eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen betreffend das Glücksspielmonopol vorliegt.

Zur subjektiven Tatseite:

Bei einer Übertretung gemäß § 50 Abs. 4 GSpG 1989 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Was die subjektive Tatseite angeht, genügt in einem solchen Fall, wenn eine verwaltungsstrafrechtliche Vorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, wie im gegenständlichen Fall, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Was dieses Verhalten angeht, so ist dem Beschwerdeführer zumindest Fahrlässigkeit anzulasten. Es ist davon auszugehen, dass ihm als Lokal- und Gewerbeinhaber, bekannt gewesen sein muss, dass das Aufstellen von Glücksspielgeräten restriktiven gesetzlichen Beschränkungen unterliegt und diesbezüglich auch Verpflichtungen bestehen.

Grundsätzlich trifft den Beschuldigten die Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen. § 50 Abs. 4 GSpG 1989 sieht unzweifelhaft eine Auskunftsverpflichtung vor. Unterlässt der Beschuldigte die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde zu seiner dem Gesetzeswortlaut widersprechenden Rechtsmeinung, kann dem Verwaltungsgericht nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass es von einem Verschulden des Beschuldigten ausgegangen ist (vgl. VwGH 30.05.2011, 2008/09/0145). Auf Belehrungen durch amtliche Organe über die Strafbarkeit der Unterlassung der Mitwirkung des Beschuldigten während der Kontrolle und nach der Tatbegehung kommt es daher nicht an. Solche Belehrungen sind nach § 50 Abs. 4 GSpG 1989 auch nicht vorgesehen (vgl. VwGH 24.06.2015, Ra 2015/09/0047).

Aktive Versuche diesbezüglich rechtliche Erkundungen einzuholen, wurden vom Bf weder behauptet noch bewiesen. Wäre der Bf hingegen seiner Erkundungspflicht nachgekommen, hätte ihm bekannt sein müssen, dass ihn diese Verpflichtung trifft. Hinzu kommt, dass eine besondere Sorgfalt, hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen ist, wenn bewusst eine Konstruktion gewählt wird, mit der die rechtlichen Möglichkeiten bis zum Äußersten ausgereizt werden sollen (vgl. VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195; 07.10.2010, 2006/17/0006; oder 20.07.2011, 2011/17/0136), wie dies in glücksspielrechtlichen Angelegenheiten in der Regel der Fall ist.

Zur Strafbemessung:

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. Nach Abs. 2 dieser Norm 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 und ist auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Schutzzweck des § 52 Abs. 1 GSpG liegt erkennbar in der Suchtprävention und dem Spielerschutz, mit dem Ziel, durch eine spürbare Strafsanktion den mit dem unkontrollierten Glücksspiel verbundenen sozialschädlichen Effekten sowie dem aus dem verpönten Verhalten erzielbaren wirtschaftlichen Nutzen wirksam zu begegnen. Diese legitimen staatlichen und auch gesellschaftlichen Interessen werden insbesondere durch das Automatenspiel in einem nicht unerheblichen Ausmaß gefährdet, zumal bekannt ist, dass gerade diese Glücksspielart eine hohe Suchtgefahr aufweist. Aufgrund dessen ist es eine sozial- und gesellschaftspolitisch notwendige Staatsaufgabe, Glücksspieleinrichtungen zu kontrollieren. Der Zweck der in § 50 Abs. 4 GSpG statuierten Duldungs- und Mitwirkungspflichten liegt erkennbar darin, zur Wahrung der aufsichtsrechtlichen Aufgaben den Behörden die Möglichkeit einzuräumen, sich zu glücksspielrechtlich relevanten Sachverhalten einen ausreichenden Informationsstand verschaffen zu können, was eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle darstellt. Dadurch soll verhindert werden, dass illegale Glücksspielanbieter durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren vereiteln. Der Bf hat mit seinem Verhalten diese legitimen staatlichen Interessen nicht unerheblich geschädigt, zumal im Ergebnis die Kontrolle von den Organen der Finanzpolizei nur eingeschränkt, nicht alle Automaten konnten bespielt werden und der Aufwand bezüglich Lokalzutritt war enorm, durchgeführt werden konnte.

Die Erstbehörde hat eine Geldstrafe von 1.000 Euro bei einem gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG vorgesehenen Strafrahmen von bis zu 22.000 Euro verhängt. Die verhängte Geldstrafe ist damit im unteren Bereich des vorgesehenen Strafrahmens angesiedelt.

Was die Berücksichtigung der subjektiven Strafbemessungskriterien angeht, so sind gegenüber der behördlichen Strafbemessung keine zusätzlichen Milderungs- oder Straferschwerungsgründe bekannt geworden. Die verhängte Strafe scheint zudem aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes erforderlich, dem Bf das Unrecht der Tat vor Augen zu führen und ihn in Zukunft von ähnlichen Übertretungen abzuhalten, wobei auch aus Gründen der Generalprävention eine Strafe in dieser Höhe erforderlich erscheint.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

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 Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen.

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. Saxinger