OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411367/10/Bi/CG

Datum:
Linz, 31. März 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Bissenberger über die Beschwerde des Herrn N K, c/o F A Kft., L F utca , H-P, vertreten durch Herrn RA Dr. P R, I, vom 14. März 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 10. Februar 2016, Pol96-186-2015, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 2. Dezember 2016

zu Recht e r k a n n t :

I.
Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren ohne Vorschreibung von Verfahrenskostenbeiträgen gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

II.
Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren.

III.
Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit dem oben bezeichneten Straferkenntnis wurde über den Beschuldigten wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild iVm § 2 Abs. 4 GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG eine Geldstrafe von 1000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Stunden verhängt sowie ihm gemäß § 64 Abs. 1 VStG ein Verfahrenskostenbeitrag von 100 Euro auferlegt. Zugrundegelegt wurde laut Schuldspruch, er habe als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ, nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer der F A Kft mit Sitz in H-P zu verantworten, dass bei einer Glücksspielkontrolle des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 16. März 2015 ab 13.33 Uhr im Lokal Treff in S, Straße, das Glücksspielgerät FA-GeräteNr. 2, Gerätebezeichnung: GT Europa Global Tronic (Musik-to-go), SerienNr. 02, Versiegelungsplaketten A05-A07, betriebsbereit vorgefunden worden sei, wobei das Gerät von 15. Februar 2015 bis 16. März 2015 (Beschlagnahme) betriebsbereit aufgestellt gewesen sei, am Gerät mit einem elektronischen Glücksradspiel für einen Mindesteinsatz von 0,50 Euro und einem Höchsteinsatz von 5 Euro Gewinne in Aussicht gestellt worden seien, das Spielergebnis überwiegend vom Zufall abgehängt sei. Die Spiele seien auf Rechnung der F A Kft, L F Utca, H-P, durchgeführt worden. Gewinn und Verlust seien bei ihr gelegen gewesen. Damit habe diese Firma vom Inland aus verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet.
Die Zustellung des Straferkenntnisses erfolgte laut Rückschein am 15. Februar 2016.

2. Dagegen hat der Beschwerdeführer (in Folge: Bf) fristgerecht Beschwerde gemäß § 7 VwGVG iVm Art.130 Abs.1 Z1 B-VG eingebracht, die von der belangten Behörde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungs-gericht OÖ zur Entscheidung vorgelegt wurde, das darüber gemäß Art.131 B-VG zu entscheiden hat. Am 2. Dezember 2016 wurde eine (beantragte) öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Rechtsvertreters des Bf, RA Dr. P R, des Vertreters des Finanzamtes Grieskirchen-Wels W S sowie des Zeugen Ch W, FinPol Wels, durchgeführt. Der Bf und der Vertreter der belangten Behörde waren entschuldigt. Auf die mündliche Verkündung des Erkenntnisses wurde verzichtet.

3. Der Bf macht im Wesentlichen geltend, die F A Kft habe keine Ausspielungen veranstaltet. Bei ggst Gerät handle es sich um eine Musikbox und nicht um einen Glücksspielautomaten, es würden Musiktitel verschiedener Kategorien um 0,50 Euro je File angeboten und die Musik könne entweder vor Ort angehört oder mittels QR-Code oder USB-Stick gespeichert werden. Dazu verwies er auf das im Beschlagnahmeverfahren vorgelegte Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen F M, auf das die belangte Behörde in Verkennung der Rechtslage nicht eingegangen sei. Der im Straferkenntnis festgehaltene

Spielablauf sei schlicht falsch. Dass die um je 0,50 Euro zum Kauf angebotene Musik gehört werden könne, sei ein Nebenprodukt; es gehe im Wesentlichen darum, dass die Musik auch „geteilt“ und gespeichert werden könne. Der Preis von 0,50 Euro sei marktwirtschaftlich gerechtfertigt. Alles was nachher folge, sei ein Zusatzangebot, für die die Kunden keine finanziellen Leistungen erbringen müssten, egal ob nur ein oder 10 Musikstücke gekauft würden. Habe der Kunde ein oder mehrere Musikstücke gekauft, könne er über den grünen Button „ja, ich habe meine Musik gescannt und gespeichert“ zum Geschicklichkeitsspiel „Wie schnell bis du? Fang den grünen Kreis“ gelangen. Er könne aber auch auf „Abbrechen“ drücken und komme dann wieder zur Startseite; zumal davon ausgegangen werde, dass die Kunden lesen können. Tatsächlich komme, wie bei jeder Musikbox ein gewöhnlicher zivilrechtlicher Vertrag über den Kauf eines Musikstückes zustande. Beim Geschicklichkeitsspiel „Fang den grünen Kreis“ komme es tatsächlich auf die Geschicklichkeit des Kunden an; das Gutachten beschreibe die Funktionsweise dazu in leicht verständlicher Art und Weise. Die Ansicht der belangten Behörde, das sei keinesfalls ein Geschicklichkeitsspiel sei rätselhaft, zumal noch nicht einmal ein Testspiel durchgeführt worden sei.
Der Kunde gelange erst nach dem einsatzfreien Geschicklichkeitsspiel zum ebenfalls einsatzfreien Glücksspiel – die Glückspieleigenschaft dieses Glücksrades werde nicht bestritten und sei im Gutachten nachzulesen. Hier werde aber der Ausspielungsbegriff völlig außer Acht gelassen: Da der Kunde für das Glücksspiel keine vermögensrechtliche Leistung zu erbringen habe, liege auch keine Ausspielung vor.
Im Übrigen könne sich die F A Kft auf die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit berufen.
Weiters verweise er auf ein Schreiben der OÖ Landesregierung vom 7. März 2013 nach Rücksprache mit dem Leiter der Stabsstelle Finanzpolizei im BMF, wonach es sich beim ggst Gerätetyp um einen Musikautomaten und nicht um einen Glücksspielautomaten handle.
Die Kriterien zum Schuldausschließungsgrund nach § 9 Abs. 2 StGB seien auf den nach § 5 Abs. 2 VStG in gleicher Weise anzuwenden. Er habe aufgrund dieses Schreibens darauf vertrauen dürfen, dass sein Verhalten keinen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz darstelle noch sonst rechtswidrig sei. Die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe lägen jedenfalls vor. Die Tatanlastung sei unschlüssig und nicht nachvollziehbar. Es sei unklar, warum im Hinblick auf den Betrieb einer Musikbox „verbotene Ausspielungen“ vorgelegen haben sollten; jedenfalls wäre ein Spielablauf zur Überprüfung des Vorliegens der angeblichen Ausspielung anzuführen. Dazu wird eine mündliche Verhandlung beantragt, im Übrigen Verfahrenseinstellung.

4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, bei der der Rechtsvertreter des Bf und der Vertreter des Finanzamtes Wels Grieskirchen gehört und die Ausführungen der belangten

Behörde in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses berücksichtigt wurden. Auf die Einvernahme des Zeugen wurde verzichtet.

Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:
Laut Anzeige vom 29. Juni 2015, GZ: 054/70181234615, wurde bei einer von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle am 16. März 2015, 13.30 Uhr, im von M Ö betriebenen Lokal „Treff“ in S, Straße, ua ein Gerät mit der Gehäusebezeichnung „GT Europe (global tronic)“ mit der SerienNr. 02 vorgefunden, das laut Angaben der Lokalbetreiberin seit Mitte Februar 2015 dort aufgestellt war. Das Gerät wurde mit der FA-Nummer 2 und mit den Versiegelungsplaketten A05-A07 versehen. Das Gerät wurde vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für dieses Gerät und diesen Standort lag nicht vor, ebenso wenig eine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen.

Mit Schriftsatz vom 7. April 2015 hatte der Rechtsvertreter, bezogen auf eine im selben Lokal am 16. März 2015 durchgeführten FA-Kontrolle mit Beschlagnahme desselben Gerätes zu Pol96-101-2015, die F A Kft, L F Utca, P, U, als Veranstalterin bekanntgegeben, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer laut Firmenbuch der Bf ist.

Bei der Kontrolle am 29. Juni 2015 wurde festgestellt, dass das Gerät GT Europe (global tronic) betriebsbereit im Lokal öffentlich zugänglich aufgestellt und voll funktionsfähig war. Dies wurde durch Testspiele durch Organe der Abgabenbehörde am Gerät mittels vorgelegtem Spielguthaben von 20 Euro festgestellt und in einer Fotodokumentation festgehalten. Beim in Rede stehenden Gerät handelt es sich demnach um ein elektronisches Glücksrad mit Vervielfachungsfaktor mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von 20 Euro bei einem Höchsteinsatz von 1 Euro. Zunächst wurde beim Testspiel nach Eingabe von 20 Euro in Banknoten ein Guthaben von „20,1“ angezeigt und durch Tastenbetätigung (orange Taste –„Kaufpreis“) ein Einsatz von 1 Euro ausgewählt (möglich sind 0, 5, 1, 2, 3, 4, 5). Bei Betätigung der spielauslösenden grünen Taste („Musikkauf“) konnte man 2 Musiktitel (Auswahl aus 100 Musiktiteln verschiedener Kategorien) die QR-Codes per Handy-App oder per USB-Stick abspeichern. Durch Betätigen der Taste „Ja, ich habe meine Musik gescannt und gespeichert“ wurde das „Einsatzfreie Geschicklichkeitsspiel: Wie schnell bist du? Fang den grünen Kreis“ gestartet – dabei leuchtete abwechselnd links der rote Kreis und rechts der grüne Kreis auf. Berührte man den grünen Kreis, wurde ein Beleuchtungsumlauf gestartet, welcher mit zufälligem Stillstand auf einem der Felder (X, 2, 6, 10, 4, 8, 20, HEART20Games) stehen blieb. Beim Probespiel wurde ein Gewinn von 8 Euro erzielt und auf das Guthaben aufgebucht. Festgestellt wurde, dass jede Berührung des grünen Kreises den Beleuchtungsumlauf auslöste mit zufälligem Ausgang. Durch Drücken der Taste

„Retourgeld“ wurde der Gewinn bzw das Guthaben in Scheinen und Münzen ausgeworfen. Die Musik war jedoch nur leise bzw kaum hörbar, weil im Lokal das Gerät „Max Fire“ laut in Betrieb war – laut Aussage der Lokalbetreiberin M Ö war der „Global Tronic“, der seit Mitte Februar 2015 im Lokal stand, nicht an die Boxen des Lokals angeschlossen.

Vorgelegt wurde der „Sachverständigen-Geräteprüfbefund betreffend den Musik-verkaufsautomaten Music-to-go Nr.0012“ des Sachverständigen (Fachgebiete 19.02 und 60.87 Glücksspiel und Spielerschutz) F M, K, Straße, vom 15.11.2014, dessen Zusammenfassung lautet:

„Bei „Musik to go“ handelt es sich um einen neuartigen elektronischen Musikverkaufs-Automat, bei welchem der Kunde verschiedene Musiktitel im Format MP3 per Download (QR-Code oder USB-Stick) um 0,50 € je File erwerben kann. Nachdem der Kaufvorgang beendet ist, wird dem Kunden am dortigen Gerät ein einsatzfreies Geschicklichkeitsspiel angeboten, wo bei geschickten Kunden ein zufallsabhängiges, ebenfalls einsatzfreies Bonusspiel (Glücksspiel) anschließt, bei welchem Beträge bis 20 € je Spiel gewonnen werden können. „Musik to go“ ist so konzipiert, dass der Kunde auf jeder Seite mittels „Abbrechen/zurück“ wieder zur Startseite gelangen kann. Die im Gerät gespeicherten 100 Musiktitel (jazz, Swing, Rock, Meditation ...) wurden von der Fa. G T e.U. bei www.frametraxx.de inclusive Verwertungsrechte käuflich erworben und stehen dem Kunden zur nichtgewerblichen Nutzung zur Verfügung. Das integrierte Skillgame „Wie schnell bist du? Fang den grünen Kreis“ ist so konzipiert, dass das Spiel in unterschiedlicher Abfolge entweder mit dem roten oder grünen Kreis beginnt, wobei der rote oder grüne Kreis jeweils 250 Millisekunden aufleuchtet. Mit einem geschulten Auge und erhöhter Aufmerksamkeit kann der grüne Kreis berührt und die gestellte Aufgabe somit erfüllt werden = Geschicklichkeitsspiel (siehe ua Definition).

Die Reaktionszeit ist die Zeitspanne zwischen dem Erkennen eines bestimmten Reaktionsanlasses und dem Beginn der darauf gerichteten (Abwehr-)Handlung. Sie ist psychologisch und physiologisch bestimmt und liegt bei visuellen Reizen, dh 80% unserer Wahrnehmungsinhalte, zwischen 0,2 und 0,3 Sekunden (http://www.egopont.com/de/reaktionszeit-test).

Das integrierte Bonusspiel wird nur bei geschickten Kunden aktiviert, stellt ein zufallsabhängiges Glücksspiel dar, welches der Kunde nicht beeinflussen kann und wo der Kunde keine vermögensrechtliche Leistung für die Teilnahme erbringen muss. Die Fa. S G T ist der Erzeuger von Musik to go Musikverkaufsautomaten und verkauft diese Geräte an Aufsteller.

Allfällige landesrechtliche Bestimmungen (zB Veranstaltungsgesetz) sind vom verantwortlichen Aufsteller/Veranstalter abzuklären bzw einzuhalten. Aufgrund des integrierten Glücksspieles/Gewinnspieles ist weiters die Verständigung des örtlichen Finanzamtes betr. Errechnung der Glücksspielabgabe (§ 58 GSpG) erforderlich. Eine genauere Gerätebeschreibung findet sich im SV-Gutachten vom November 2014, welches bei Bedarf vorgelegt werden kann.

Das ggst Musik to go Gerät Nr.02/PlatinenNr. 67 wurde vom SV am 14.11.2014 in 4600 Wels begutachtet und entspricht der vorliegenden Beschreibung.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Beschwerde wurde geltend gemacht, hinsichtlich eines in bestimmten Funktionsweisen ähnlichen Gerätetyps vom Finanzministerium sei ausdrücklich klargestellt worden, dass es sich bei diesem Gerät um einen Musikautomaten und um keinen Glücksspielautomaten handle. Soweit dies für jenes – gerichtsbekannte – Gerät „afric2go“ gelte, müsse dies für das ggst Gerät „Musik to go“ noch umso mehr gelten – hier sei die Produktpalette vielseitiger, die Musikstücke (noch) preiswerter und könnten diese auch über Scanning eines QR-Codes gespeichert und/oder weitergeleitet werden. Verwiesen wird auf ein Schreiben der OÖ Landesregierung von 7. März 2013, das sich auf eine Rücksprache mit Herrn W L (Leiter der Stabsstelle Finanzpolizei im BMF) beziehe. Der Bf macht geltend, er habe berechtigterweise darauf vertrauen dürfen, dass es sich beim ggst Gerät um eine (reine) Musikbox handelte und das hier nunmehr als Verwaltungsübertretung zur Last gelegte Verhalten weder einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz darstelle noch sonst rechtswidrig sei.

In diesem Schreiben vom 7. März 2013, IKD(Pol)-070283/2-2013-O, an die „afric2go GmbH“ in 4982 Kirchdorf/Inn, wird zur Einstufungsbeurteilung für ein Unterhaltungsgerät (Musikautomat) mit der Bezeichnung „afric2go“ mitgeteilt:
„Nach telefonischer Rücksprache und eingeholter Stellungnahme vom 28. Februar bzw 7. März 2013 vom Bundesministerium für Finanzen, W L MLS – Leiter der Stabsstelle Finanzpolizei, wurde uns mitgeteilt, dass der Automat afric2go unter der Voraussetzung, dass diese Automaten so wie in den vorgelegten Sachverständigengutachten betrieben werden, als Musikautomaten (Musicbox) einzustufen sind.
Unter den Begriffsbestimmungen gemäß § 2 Z 1 OÖ Spielapparate- und Wettgesetz idgF sind im Sinn dieses Landesgesetzes jedenfalls Kegel- und Bowlingbahnen, Fußballtische, Basketball-, Air-Hockey- und Shuffle-Ball-Automaten, Billardtische, Darts-, Kinderreit- und Musikautomaten sowie Schießanlagen, die ausschließlich sportlichen Zwecken dienen, als Unterhaltungsgeräte bestimmt.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt – insbesondere der Fotodokumentation, dem GSp26-Formular, der Aussage der Lokalinhaberin und dem oben angeführten Gutachten von F M – auf die Zeugeneinvernahme des als Kontrollorgan bei der gegenständlichen Kontrolle anwesenden Zeugen Ch W wurde verzichtet.

Dass der Bf bzw die F A Kft im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät gewesen wäre oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde von ihr zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:
Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz - GSpG in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014 begeht derjenige eine Verwaltungs-

übertretung und ist 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 § 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 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele, die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).
Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, 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.
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.

Das durchgeführte Beweisverfahren hat ergeben, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät (abgesehen vom Speichern von Musiktiteln) Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt, zumal bei Berührung des grünen Kreises umgehend ein Beleuchtungsumlauf gestartet wird, der auch laut F M ein „zufallsabhängiges Glücksspiel darstellt“.

Laut VwGH (vgl E 20.4.2016, Ro 2015/17/0020, zum ähnlich wie das Gerät „Music-to-go“ gelagerten Gerät „afric2go“) ist davon auszugehen, dass das Gerät eine Gewinnchance bietet. Durch den Einwurf einer 1-Euro-Münze erwirbt man die Chance, bei Aufleuchten einer entsprechenden Zahl und anschließender Betätigung der "Rückgabe-Taste" einen Gewinn zu realisieren. Da das über einen Gewinn entscheidende Aufleuchten eines Zahlensymbols vom Gerät selbsttätig herbeigeführt wird, liegt ein Spiel vor, dessen Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden kann. Ob dabei Zusatzleistungen wie eine Geldwechselfunktion oder die Möglichkeit, ein Musikstück abzuspielen oder durch Download auf einen USB-Stick zu erwerben, geboten wird, ist für die Beurteilung, ob das

Gerät eine vom Zufall abhängige Gewinnchance bietet, ohne Belang. Zu welchem (weiteren) Zweck das Gerät bestimmt ist oder benutzt wird, ist für die Beurteilung, ob ein Glücksspielgerät vorliegt, ebenso wenig relevant.
Der Verwaltungsgerichtshof stellt damit klar, dass für die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung erbracht wird. Der Einsatz von 1 Euro stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel, da gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören"-Taste der zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt werde, mit dem der Einsatz vervielfacht werden könne. Selbst ein zeitversetztes Starten der Gewinnspielfunktion könne den Zusammenhang zwischen Einsatzleistung und Gewinnspiel nicht durchbrechen, da selbst ein verzögert in Gang gesetztes Glücksspiel noch in einem engen Zusammenhang mit der Einsatzleistung stehe, weil die vermögenswerte Leistung des Anwenders nicht auf den Erwerb eines Musiktitels beschränkt ist, sondern auch die (nachfolgende) Gewinnchance umfasst.

Bereits in seiner – in der Anzeige der Finanzpolizei vom 29. Juni 2015 erwähnten – früheren Rechtsprechung (vgl E 28.6.2011, 2011/17/0068, zum ähnlichen Gerät "Fun-Wechsler") hat der VwGH ausgeführt, es ist für das Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG nicht maßgeblich, ob und wie viele Einzelhandlungen oder Spieletappen erforderlich sind, um das Glücksspiel durchführen zu können (vgl. E 26.2.2001, 99/17/0214). Auch das Argument, dass für das Abspielen eines Musikstückes kein Glück erforderlich ist, vermag nichts daran zu ändern, dass der beschlagnahmte Automat ein Glücks-spielautomat im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG ist.

Aufgrund der Rechtsprechung des VwGH zum Gerät „afric2go" (E 19.12.2016, Ra 2016/17/0159; 15.12.2016, Ra 2016/17/0171; 14.12.2016, Ra 2015/17/0120; uva) kann die bisherige Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes OÖ, die zusammengefasst davon ausging, dass aufgrund der Zurverfügungstellung eines Musiktitels, welcher auf einem Datenträger gespeichert und mitgenommen werden kann und des daraus resultierenden Erhalts eines Wertäquivalents, keine Einsatzleistung und insofern keine Ausspielung vorliegt, nicht aufrechterhalten werden. Das Landesverwaltungsgericht OÖ stützte sich bei dieser Rechtsprechung insbesondere auf die oben dargestellten Gutachten, die den Schluss zuließen, dass es sich bei Geräten, die diesen Gutachten entsprechen, um Musikautomaten handle. Dieser Ansicht war auch der Leiter der Stabstelle der Finanzpolizei, worauf die zuständige Abteilung der OÖ. Landesregierung mit dem oben zitierten Schreiben vom 7. März 2013 mitteilte, dass Geräte, die den Gutachten entsprechen würden, als Musikautomaten zu qualifizieren seien.

Der Bf brachte jedoch in seiner schriftlichen Beschwerde vor, dass ihm auf Grund der unterschiedlichen Rechtsmeinungen zum gegenständlichen Thema kein Verschulden anzulasten sei. Er beruft sich damit auf einen Verbotsirrtum.

Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung" (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195); (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21 (Stand 1.7.2013, rdb.at).

Obwohl durch das Aufstellen des gegenständlichen Geräts ein Verstoß gegen einen der objektiven Tatbestände des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begangen wurde, fehlt es im konkreten Fall an einem vorwerfbaren Verhalten. Insbesondere konnte sich der Bf auf die im Tatzeitraum ergangenen Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich berufen, welche bei ähnlichen Geräten von keiner Glücksspieleigenschaft ausgegangen sind. Diesbezüglich ist auch festzuhalten ist, dass die oben genannte Entscheidung des Verwaltungs-gerichtshofes zum Gerät „afric2go“ erst nach der gegenständlichen Beanstandung bzw Beschlagnahme ergangen ist. Der Bf konnte sich somit erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen.

Es war somit im Ergebnis der Beschwerde gemäß § 50 VwGVG stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen, naturgemäß unter Entfall von Verfahrenskostenbeiträgen.

Zu II.:

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG entfällt die Vorschreibung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren.

Zu III.:

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 Rechtsprechung. 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 dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim VwGH einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bissenberger