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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411464/10/Kü/SW

Datum:
Linz, 12. April 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des Finanzamtes Braunau Ried Schärding, Gerichtsplatz 2, 4780 Schärding, vom 13.05.2016, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 10.05.2016, GZ: Pol96-56-2015, betreffend Einstellung des gegen J.E. geführten Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. 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

I.1. Im Zuge einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 10.06.2015 im Lokal „L. S.“, X, R., wurde von Organen des Finanzamtes Braunau Ried Schärding, wegen des Verdachtes der Übertretung des Glücksspielgesetzes unter anderem das Glücksspielgerät mit der Bezeichnung „Afric2go“, Seriennummer x, Versiegelungsplaketten Nr. A052594 bis A052599, FA-Gerätenr. x, vorläufig und in weiterer Folge von der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (im Folgenden: belangte Behörde) mit Bescheid vom 29.07.2015, zu Pol01-54-2015 beschlagnahmt.

2. Am 09.07.2015 erstattete das Finanzamt Braunau Ried Schärding (im Folgenden: Bf) gegen J.E. (im Folgenden: Beschuldigter) als zur Vertretung nach außen Berufenen der A.-GmbH, X, E., Anzeige wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG viertes Tatbild (unternehmerisch beteiligen). Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass die A.-GmbH in der Zeit vom 09.06.2015 bis 10.06.2015 das genannte Glücksspielgerät bzw. die Hardware oder Software gegen Entgelt dem Veranstalter zur Verfügung gestellt habe. Die A.-GmbH habe ohne entsprechende Konzession selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten und habe sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen beteiligt, was der Beschuldigte als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten habe.

3. Auf die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 08.04.2016 führte der Beschuldigte mit Stellungnahme vom 22.04.2016 aus, dass er die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen habe bzw. durch das Verhalten keinen Straftatbestand gesetzt habe. Beantragt werde daher die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

4. Mit Bescheid vom 10.05.2016 stellte die belangte Behörde das Verfahren gegen den Beschuldigten wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz ein. Zusammengefasst begründete die belangte Behörde, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 12.04.2016 410960/7/ER - 410961/2 den Beschlagnahmebescheid der belangten Behörde vom 29.07.2015, Pol01-54-2015, über das Gerät mit der Bezeichnung Afric2go aufgehoben habe. Insgesamt sei davon auszugehen, dass durch die Möglichkeit des Herunterladens von Musikstücken ein angemessener Wertäquivalent für die Leistung von 1 Euro vorliege und daher keine Einsatzleistung für ein Glücksspiel vorliege. Der Kunde könne, vergleichbar mit gängigen sonstigen „Downloadportalen“, Musik erwerben und diese auch für private Zwecke weiterverwenden. Es seien daher keine verbotenen Ausspielungen im Sinne des

§ 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt worden, folglich sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

5. Die Bf beantragte mit Beschwerde vom 13.05.2016, eingelangt am 17.05.2016, die Aufhebung des Einstellungsbescheides sowie eine Entscheidung in der Sache selbst und brachte darin unrichtige Tatsachenfeststellung, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige Beurteilung vor und führte dazu aus, dass das beschlagnahmte Gerät „afric2go“ mit der vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich festgestellten Funktionsweise dem Benützer nach Einsatzleistung eine Gewinnchance eröffne, weshalb es unter diesem Aspekt geeignet sei, den Verdacht des Eingriffs in das Glücksspielmonopol des Bundes zu begründen. Ein bloßer Musikapparat (gleich einem Warenautomaten) liege jedenfalls nicht vor. Dies sei auch durch Judikatur des VwGH und VwG gedeckt. Der Einstellungsbescheid der belangten Behörde sei daher rechtswidrig.

6. Mit am 25.05.2016 eingelangtem Schreiben legte die belangte Behörde den bezughabenden Verwaltungsakt samt Beschwerde dem Landes-verwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

7. Unmittelbar vor der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 06.02.2017 übermittelte der Rechtsvertreter des Beschuldigten per E-Mail ein ergänzendes Vorbringen samt einem umfangreichen Konvolut an Entscheidungen bezüglich einer etwaigen Unionswidrigkeit des GSpG.

8. Am 06.02.2017 führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der der Rechtsvertreter des Beschuldigten und ein Vertreter der Bf erschienen sind. In der Verhandlung brachte der Rechtsvertreter des Beschuldigten mit Verweis auf die EuGH Entscheidung zu „K.“ ergänzend vor, dass bei einer mündlichen Verhandlung auch ein Rechtsvertreter der belangten Behörde anwesend sein müsse. Weiters wurde vorgebracht, dass das Glücksspielgesetz unionswidrig sei und darüber hinaus zum Zeitpunkt der Kontrolle noch davon auszugehen gewesen sei, dass es sich beim fraglichen Gerät um kein Glücksspielgerät gehandelt habe. Dies sei vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch regelmäßig so entschieden worden. Dazu gäbe es auch Gutachten von S. und M., die ebenfalls bestätigen würden, dass es sich beim gegenständlichen Gerät um kein Glücksspielgerät handle. Nicht bestritten wurde, dass bei der Kontrolle das Gerät mit dem Namen „afric2go“ vom Kontrollorgan bespielt werden konnte. Diesbezügliche Protokolle über die Bespielungen bzw. der Aktenvermerk über die Beschreibung der Spielweise wurden ebenfalls nicht bestritten.

9. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten

Verfahrensakt und die in diesem Akt einliegende Anzeige der Finanzpolizei, ihre Aktenvermerke, die Dokumentation über das Probespiel, die in den Akten einliegenden Fotos, dem Firmenbuchauszug zur A.-GmbH, das Beschwerdevorbringen sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 16. Jänner 2017, zu der ein Rechtsvertreter des Beschuldigten und ein Vertreter des Bf gekommen sind.

II. Ergänzend wird folgender Sachverhalt festgestellt:

1. Beim gegenständlichen Gerät mit der Gehäusebezeichnung "afric2go" handelt es sich um ein Gerät, welches unter anderem für Geldwechselzwecke verwendet werden kann. Auf dem Gerät befinden sich eine rote und eine grüne Taste. Mittels Drücken der grünen Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Durch erneutes Drücken der grünen Taste kann das Guthaben in 1 Euro oder 2 Euro Münzen gewechselt werden.

Durch Drücken der roten Taste können jedoch – abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) – 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder am Automaten angehört oder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen war, kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um einen Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro, bei gewählter Stufe 4 um 4 Euro.

Während des Anhörens oder Kopierens der Musik, also bereits aufgrund des Drückens der roten Taste, kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird.

Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Das aktivierte zufallsabhängige Bonussystem ermöglicht in der Stufe 1 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) von 2/4/6/8 oder 20, in Stufe 2 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in doppelter Höhe und in der Stufe 4 in vierfacher Höhe. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass von den Parteien jener Sachverhalt, welcher im Akt der belangten Behörde aufgezeigt wurde, insbesondere der in der Strafanzeige des Finanzamtes ersichtliche – mit Ausnahme des dargestellten Spielablaufs der einzelnen Geräte – nicht bestritten wurde. Der Spielverlauf der dargestellten Glücksspiele wurde anlässlich der

Kontrolle durch die Finanzpolizei in der Dokumentation umfassend beschrieben. Aufgrund von Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und aufgrund der durch die Finanzorgane durchgeführten Probespiele und der daraus angefertigten Dokumentation waren weitere Probespiele oder Sachverständigengutachten nicht erforderlich.

III. Das Landesverwaltungsgericht hat dazu erwogen:

1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG 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,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 45 Abs. 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn
1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;

2. Aufgrund der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020 und 0021, zum Gerät „afric2go“, kann die bisherige Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, 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 mehr aufrechterhalten werden. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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.
Der Verwaltungsgerichtshof stellte nunmehr klar (Ro 2015/17/0020), 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 umfasse.

Entsprechend der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist festzuhalten, dass mit dem Gerät mit der FA-Nr. 10 Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG und auch keine Ausnahme von diesem vorlag, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

3. Der rechtsfreundliche Vertreter des Beschuldigten brachte jedoch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle bzw. kurz davor noch davon auzugehen war, dass es sich beim fraglichen Gerät „afric2go“ um kein Glücksspiel handelt. Der Rechtsvertreter des Beschuldigten wendet damit einen Verbotsirrtum ein.

Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Judikatur zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 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 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle bzw. Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hierbei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012,

2012/09/0134, 18. 9. 2008, 2008/09/0187), einer anderen fachkompetenten Institution, 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 Rechtsprechung 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 (vgl. VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195, und Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21).

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. Der Beschuldigte durfte auf die – ihm bereits vor der Beschlagnahmung des gegenständlichen Geräts bekannte – Rechtsansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, wonach es sich bei einem derartigen Gerät um einen Musikautomaten handle, vertrauen. Der Beschuldigte konnte sich somit erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen.

Es war daher im Ergebnis der Einstellungsbescheid zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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 Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger