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-411622/22/Wim/BZ**

Datum: **Linz, 23. 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 seinen Richter Dr. Wimmer über die Beschwerde der Frau R A, geb. X, X, X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 17. August 2016, GZ: Pol96-68-2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. März 2017

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG hat die Beschwerdeführerin weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

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.:

1.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) vom 17. August 2016, GZ: Pol96-68-2016, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG in der Fassung BGBl I Nr. 13/2014 verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der X HandelsgmbH mit Sitz in X, X, zu verantworten, dass im Aufenthaltsraum für LKW-Fahrer der Lagerhaustankstelle in X, X, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte und welche dem Glücksspielmonopol unterliegen und weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren, in der Zeit vom 30.4.2016 bis 25.6.2016 von der genannten Firma unter Verwendung eines dort aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgerätes mit der Gehäusebezeichnung ‚X', Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A083368 – A083370, mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz von mindestens 1 Euro je nach eingestelltem Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 Gewinne von mindestens 20 Euro und höchstens 80 Euro in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, unternehmerisch iSd § 2 Abs. 2 GSpG zugänglich gemacht wurden, um selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen."

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Bf vom 15. September 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung bzw. die Herabsetzung der Strafe beantragt werden.

1.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 16. September 2016 die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

2.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. März 2017. Zu

dieser Verhandlung sind der Rechtsvertreter der Bf und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen.

Vom Vertreter der Bf wurde ein umfangreiches ergänzendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das österreichische Glücksspielmonopol dem Unionsrecht widerspreche.

In der mündlichen Verhandlung hat der Rechtsvertreter der Bf zusätzlich Folgendes ausgeführt:
„Betreffend der von Amts wegen beigeschafften Urkunden und Unterlagen verweisen die Beschwerdeführer auf die Schlussanträge der Generalanwältin in der Rechtssache C-685/15 vom 9. März 2017 (EuGH), wonach es absolut unzulässig ist, wenn das in einer Verwaltungsstrafsache bzw. in einer Verwaltungssache erkennende Gericht selbstständig rechtfertigende Unterlagen bzw. Dokumente zum Beweis dafür einholt und/oder beischafft, dass das Glücksspielgesetz in seiner Ausgestaltung unionsrechtskonform ist. Die Generalanwältin beschreibt ab Randziffer 59 des eben erwähnten Schlussantrages genauestens, dass es einzig und allein Angelegenheit und Aufgabe des jeweiligen Mitgliedsstaates ist, derartige Rechtfertigungsgründe vorzubringen. Weiters führte die Generalanwältin aus, dass eine derartige Rechtfertigung durch den Mitgliedsstaat nicht erbracht werden kann, wenn dieser wie im eben hier relevanten Fall, dies durch Stellungnahmen und eigenständige Erhebungen versucht. Sollte eine ordentliche Rechtfertigung im Sinne des Urteils des EuGH in der Rechtssache X, insbesondere unter Bezugnahme auf die dortige Randziffer 50 unterbleiben, so hat nach Ansicht der Generalanwältin das nationale Gericht aus der Passivität bzw. der mangelnden Rechtfertigung des Mitgliedsstaates seine Schlüsse zu ziehen und die in Frage stehenden Regelungen unangewendet zu lassen. Betreffend der dem EuGH und der Generalanwältin bekannten und auch in diesem Verfahren hier beigeschafften Unterlagen (Beilage 1-6) führt die Generalanwältin aus, dass derartige Quellen von vorhinein nicht als zuverlässig angesehen werden können, wenn der Gerichtshof (EuGH) wie im Fall des österreichischen Glücksspielgesetzes bereits in seinen vergangenen Entscheidungen (X) festgestellt hat, dass es deutliche Hinweise darauf gibt, dass das fragliche Gesetz den Anforderungen des Unionsrechts nicht genüge."

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten S a c h v e r h a l t aus:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 25. Juni 2016 im Aufenthaltsraum der Lagerhaus-Tankstelle in X, X, durchgeführten Kontrolle wurde das Gerät mit der Gehäusebezeichnung „X" und der Seriennummer X betriebsbereit vorgefunden, mit Versiegelungsplaketten versehen und vorläufig beschlagnahmt.

Die A Handels-GmbH ist Eigentümerin dieses Gerätes. Der Aufenthaltsraum, in dem das Gerät vorgefunden wurde, wird von der X HandelsgmbH betrieben. Die Bf war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Gesellschaft.

Keine dieser Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Das verfahrensgegenständliche Gerät wurde zumindest seit 30. April 2016 bis zum Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am 25. Juni 2016 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und es stand in diesem Zeitraum in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Aufenthaltsraum eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Die X HandelsgmbH hat in dem von ihr betriebenen Aufenthaltsraum das betriebsbereite verfahrensgegenständliche Gerät geduldet und wurde dieses durch sie Spielinteressenten allgemein zugänglich gemacht, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*Vervielfachung*	*Einsatz*	*Gewinnaussicht*
1	X	1, 2 und 4	4 Euro	80 Euro

Der Spielablauf stellt sich wie folgt dar:
Beim gegenständlichen Gerät mit der Gehäusebezeichnung „X" handelt es sich um ein Gerät, das unter anderem für Geldwechselzwecke verwendet werden kann. Auf dem Gerät befinden sich eine rote, eine gelbe 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 werden kann, 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.
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 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 Stufe 4 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in vierfacher Höhe. Durch (langes) Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Die Bf verfügt über ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro netto, hat keine Sorgepflichten und kein Vermögen. Es scheinen keine einschlägigen rechtskräftigen Verwaltungsvorstrafen der Bf bei der belangten Behörde auf.

Mit E-Mail vom 22. Juli 2016 hat Herr X X, Angestellter der X HandelsgmbH und Gatte der Bf, der belangten Behörde mitgeteilt, dass die Firma A Handels-GmbH ca. 3 Monate lang versucht habe, den Wechsler aufzustellen. Nachdem die A Handels-GmbH ihnen den Bescheid der Landesregierung gezeigt habe, hätten sie sich gedacht, dass es nicht illegal sein könne.

Herr X X hat auch bereits im Zuge der Vernehmung durch die Finanzpolizei am 25. Juni 2016 u.a. Folgendes angegeben:
„Zum X Gerät gebe ich an, dass die A mich mehrmals telefonisch und persönlich kontaktiert hat und mir angeboten hat einen ‚Wechsler´ hier im Aufenthaltsraum aufzustellen. Auf meine Nachfrage zur Funktion und was die Firma A dabei verdienen würde, wenn er nur Geld in Münzen gewechselt wird, wurde mir gesagt, dass man beim Gerät Musik kaufen kann. Diese Musik kann gehört oder auf dem USB-Stick gespeichert werden. Dazu gibt es ein Bonusspiel, bei dem Geld wieder zurück erstattet wird. [...] Die Fa. A hat mir versichert, dass das Gerät den gesetzlichen Bestimmungen entspricht und mir darüber auch ein Gutachten gegeben."

2.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation und der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei. Der Dokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele zu entnehmen. Die Anzeige der Finanzpolizei enthält auch eine Beschreibung des Spielablaufs und lässt sich diese Beschreibung auch mit der Fotodokumentation in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksrädern überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen. Dass das Gerät zumindest seit 30. April 2016 betrieben

wurde, ergibt sich aus der glaubwürdigen Aussage des Angestellten der X HandelsgmbH im Zuge der Vernehmung durch die Finanzpolizei.

Die Feststellungen zur Bf bzw. zur X HandelsgmbH und zur A Handels-GmbH sowie zu den Eigentumsverhältnissen gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen samt Firmenbuchauszügen, den Angaben des Beschwerdevertreters und aus der schriftlichen Mitteilung vom 30. Juni 2016, worin die Eigentümerschaft des Gerätes bestätigt wurde.

Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass es von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt und Spielinteressenten zugänglich gemacht wurden und dass die Funktionsweise des Geräts auf die Einnahmenerzielung ausgerichtet ist. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre. Bei lebensnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieses Geräts in einem öffentlich zugänglichen Bereich letztlich ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen.
Darüber hinaus hat der Angestellte der X HandelsgmbH im Zuge der Vernehmung durch die Finanzpolizei auch ausgesagt, dass die Abrechnung nach Umsatz am Gerät (Musik) erfolge und zwischen der Fa. A und der Fa. X im Verhältnis 50:50 aufgeteilt werde.

Die Feststellung, dass bei der belangten Behörde keine rechtskräftigen einschlägigen Verwaltungsvorstrafen hinsichtlich der Bf aufscheinen, gründet auf dem Verwaltungsvorstrafenregisterauszug vom 17. August 2016.

Dass die Bf darauf vertraut habe, dass es sich um kein Glücksspielgerät handelt, ergibt sich aus der glaubwürdigen Aussage des Gatten der Bf und Angestellten im Zuge der Vernehmung der Finanzpolizei und dem schriftlichen Vorbringen vom 22. Juli 2016.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür 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 Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligt.

Nach § 52 Abs. 2 leg. cit. ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

Gemäß § 52 Abs. 3 leg. cit., ist, sofern durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklich ist, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Nach § 168 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) ist derjenige mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, der ein Spiel bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spiels veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs. 1 GSpG).

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 § 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.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

3.2. Gemäß § 50 Abs. 1 GSpG ist das Landesverwaltungsgericht zuständig.

3.3. Hinsichtlich des Glücksspielcharakters des verfahrensgegenständlichen Geräts ist Folgendes auszuführen:

Aufgrund der festgestellten Funktionsweise des X-Gerätes ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. VwGH 20.04.2016, Ro 2015/17/0020) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die elektronischen Glücksradspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

In dieser Entscheidung stellte der Verwaltungsgerichtshof 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 umfasse (VwGH 20.04.2016, Ro 2015/17/0020).

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, kann daher nicht mehr aufrechterhalten werden.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, wurden mit dem gegenständlichen Gerät Glücksspiele veranstaltet, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Aufgrund des verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräts mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich weiters, dass sich das verfahrens-gegenständliche Gerät zum Tatzeitpunkt betriebsbereit in einem öffentlichen zugänglichen Bereich des Aufenthaltsraums der Lagerhaus-Tankstelle in X befand. Die X HandelsgmbH machte diese verbotenen Ausspielungen insofern zugänglich, als sie zunächst eine Fläche des von ihr betriebenen Aufenthaltsraumes zum Zwecke des Aufstellens des gegenständlichen Geräts freigab und die in der Folge das betriebsbereite Gerät auf dieser Fläche in dem Aufenthaltsraum duldete und diesen Aufenthaltsraum samt dem aufgestellten Gerät für die Öffentlichkeit zugänglich machte.

Die X HandelsgmbH hat mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht und hat dies die Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin zu verantworten. Es ist somit der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt.

3.4. Dem Verfahrensakt ist jedoch zu entnehmen, dass sich die Bf auf die vom BMF und der Oö. Landesregierung vorgelegten Ausführungen verlassen haben, wonach es sich beim gegenständlichen X-Gerät um kein Glücksspielgerät handelt. Es ist somit zu prüfen, ob ein Verbotsirrtum vorliegt.

Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung 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/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH

04.10.2012, 2012/09/0134, 18.09.2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB 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 (zB 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 (VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195); (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 21 (Stand 01.07.2013, rdb.at).

Obwohl durch das unternehmerische Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen 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.

Auch wenn die o.a. Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zum Gerät „X" mit 20. April 2016 ergangen ist, wurde diese erst mit 18. Mai 2016 im RIS veröffentlicht. Der vorgeworfene Tatzeitraum umfasst die Zeit vom 30. April 2016 bis 25. Juni 2016, somit auch rund einen Monat und eine Woche nach Veröffentlichung dieser Entscheidung.

Aufgrund des Umstandes, dass zum Aufstellungszeitpunkt die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes noch nicht im RIS veröffentlicht war und der noch relativ zeitnah vor Durchführung der Kontrolle veröffentlichten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes durfte die Bf jedoch auf die Rechtsansicht der Oö. Landesregierung bzw. des Leiters der Stabstelle Finanzpolizei, wonach es sich bei einem derartigen Gerät, soweit es dem Sachverständigengutachten entspricht, um einen Musikautomaten handle, vertrauen. Dies insbesondere deshalb, da der vorgeworfene Tatzeitraum auch einen Zeitraum umfasst, in dem die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes noch nicht im RIS veröffentlicht war und die Aufstellung des verfahrensgegenständlichen Gerätes jedenfalls vor der Veröffentlichung der Entscheidung im RIS war. Auch ist nachvollziehbar, dass die Bf, welche offenbar bis zur Vorlage der Gutachten einer Aufstellung des gegenständlichen Gerätes nicht zustimmte und eine Aufstellung eben nur aufgrund der vorgelegten Gutachten zuließ, sich darauf verlassen hatte und die Bf keine ständigen Judikatur Recherche im RIS betrieb. Die Bf konnte sich somit erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen.

4. Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zu II.:
Bei diesem Ergebnis war gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht, noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

Zu III.:
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. Zur Frage des Verbotsirrtums existiert bereits Judikatur des VwGH und weicht die Entscheidung nicht von dieser Judikatur ab. Es liegen sohin keine Hinweise auf eine grundsätzlich 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

Dr. Wimmer