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-412075/2/Sch/CG

Datum: Linz, 9. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Schön über die Beschwerde des Herrn K F H, K, W, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. R H. S und Dr. G P, S, B, vom 7. April 2017 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 5. April 2017, GZ: Sich96-97/14-2015, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung jeglicher Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land hat mit Straferkenntnis vom 5. April 2017, Sich96-97/14-2015, über Herrn K F H wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes eine Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe verhängt.

Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:

„Die M s.r.o. mit Sitz in R, O, hat sich im Zeitraum von 9. März 2015 bis 2. Juni 2015 unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt.

Sie sind seit 14. März 2014 handelsrechtlicher Geschäftsführer der M s.r.o. und somit ein zur Vertretung nach außen berufenes Organ im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG. Als solcher haben Sie es zu verantworten, dass sich die M s.r.o. im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG an den verbotenen Ausspielungen beteiligt hat.

Es handelte sich um verbotene Ausspielungen, da dafür weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt wurde und die Ausspielungen auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig und nachhaltig Einnahmen erzielt wurden und

einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden und für die zur Teilnahme am Spiel eine Vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und für welche vom Unternehmer Vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden. Das durch Sie vertretene Unternehmen war daran beteiligt, indem es ein Gerät zur Erzielung von Einnahmen zur Verfügung stellte.

Die verbotenen Ausspielungen wurden mit folgendem Gerät durchgeführt:

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
4	Afric2go	x	Keine	x

Tatzeitraum: 09.03.2015 bis 02.06.2015

Tatort: Lokal W, Betreiber B C, in B, B Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 52 Abs. 1 Z 1 (4. Tatbild) iVm § 2 Abs. 2 und 4 sowie § 4 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 105/2014

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von Euro	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
1.000,00	36 Stunden	---	§ 52 Abs. 2 GspG

Allfällige weitere Aussprüche (zB über die Anrechnung der Vorhaft, über den Verfall oder über privatrechtliche Ansprüche):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
100,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);
--- Euro als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 1.100,00 Euro.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden.
Dieses hatte gemäß § 2 iVm § 50 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu entscheiden.
Gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

3. Der Beschwerdeführer begründet sein Rechtsmittel im Wesentlichen damit, dass der subjektive Tatbestand nicht vorliege. Der Tatvorwurf beziehe sich auf den Zeitraum 9.3.2015 – 2.6.2015. Zu dieser Zeit sei der Gerätetyp Afric2go nicht als Glücksspielapparat eingestuft gewesen. Verwiesen wird auf zahlreiche Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes OÖ.
Die entsprechende gegenteilige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (etwa VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020) sei erst lange nach dem vorgeworfenen Tatzeitraum ergangen.
Im Ergebnis beruft sich der Beschwerdeführer sohin auf einen bei ihm vorliegenden relevanten Verbotsirrtum.

4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ. hat in einem gleichgelagerten Fall mit Erkenntnis vom 31. März 2017, LVwG-411367/10/Bi/CG, diese Rechtsansicht geteilt. Diesbezüglich hat das Verwaltungsgericht Folgendes ausgeführt:

„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 Parteien Vertreter (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 Zweifei 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.“

5. Die belangte Behörde selbst vertritt laut den entsprechenden Ausführungen im Vorlageschreiben im Zusammenhang mit der nunmehr gegenständlichen Beschwerde die Ansicht, dass das erwähnte Erkenntnis als einschlägig anzusehen ist.
Zumal allerdings mit einem Vorlageantrag seitens der Finanzbehörde gerechnet wurde, erließ die belangte Behörde unbeschadet dessen keine entsprechende Beschwerdevorentscheidung.
Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich steht jedenfalls fest, dass vorliegend keine Gründe gegeben sind, von der erwähnten Rechtsprechung abzuweichen. Dem Beschwerdeführer war also der ihm unterlaufene Verbotsirrtum zu Gute zu halten, zumal zu dem hier relevanten Tatzeitraum noch die Rechtsauffassung allgemein vorherrschend war, dass eben mit dem Gerät Afric2go kein Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes erfolgen könne.

Zu II.:
Die Entscheidung über die Verfahrenskosten ist in § 52 Abs. 8 und Abs. 9 VwGVG begründet.

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. 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 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.

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. Schön