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-412601/11/Wg

Datum:
Linz, 3. Mai 2018

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. Weigl über die Beschwerde des J E gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 19. Dezember 2017, GZ: Pol96-782-3-2015-Bu, wegen einer Übertretung des GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2018

zu Recht:

I. Das Straferkenntnis wird behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt.

II. Die Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1.1. Die belangte Behörde (Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn) sah es im bekämpften Straferkenntnis als erwiesen an, dass der Beschwerdeführer (Bf) als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A Handels GmbH zu verantworten habe, dass sich diese Gesellschaft im Tatzeitraum 27. September 2015 bis 28. September 2015 mit dem Glücksspielgerät FA-Nr. 3 (Afric2go) im Lokal „Cafe H“, U 2, M, an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt habe (§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG). Die GmbH habe „die Glücksspielgeräte, die Hardware und die Software für den Betrieb der vorgefundenen Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt“. Die Behörde verhängte über den Bf „gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG“ eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden. Als Verfahrenskostenbeitrag wurden 200 Euro vorgeschrieben.

1.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwertete folgende Beweismittel: Inhalt der vorliegenden Verfahrensakte der Behörde und des Verwaltungsgerichtes, Aussage des Zeugen Hager in der Verhandlung am 6. März 2018.

2. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Während der am 28. September 2015 im Lokal „Cafe H“, Eigentümer E H, durchgeführten finanzpolizeilichen Kontrolle wurde dienstlich wahrgenommen, dass die in der Folge mit den FA-Nrn. 1-3 versehenen Geräte betriebsbereit aufgestellt waren. Bei dem Gerät mit der FA-Nr. 3 handelt es sich um eine Art elektronisches Glücksrad mit Vervielfachungsfaktor mit der Bezeichnung „Afric2go“. Keine der beteiligten Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für dieses Gerät und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor. 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 anzuschließen ist und in der Tankstelle zur Verfügung gestellt wird, kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um 1 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 auf Grund 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.

Die Funktionsweise des Gerätes stimmt mit der Beschreibung im Gutachten des F M vom 11. Februar 2013 überein. Das Amt der Oö. Landesregierung erteilte den nachgeordneten Dienststellen mit Schreiben vom 25. März 2013 folgende Rechtsauskunft: „Die Herstellerfirma a GmbH (FN x) mit dem Sitz in K, K 1, ersuchte uns um rechtliche Stellungnahme bzw. Einstufungsbeurteilung betreffend Spielgerät mit Bezeichnung ‚afric2go'. Seitens des Bundesministeriums für Finanzen, W L MLS - Leiter der Stabstelle Finanzpolizei, wurde uns mit Schreiben vom 28. Februar 2013 mitgeteilt, dass der Automat afric2go, unter der Voraussetzung, dass dieser Automat so wie in dem vorgelegten Sachverständigengutachten des gerichtlich beeideten zertifizierten Sachverständigen F M, betrieben wird, als Musikautomat (Musicbox) einzustufen ist. Das erwähnte SV-Gutachten vom 11. Februar 2013 wird als Beilage mit übermittelt. Unter den Begriffsbestimmungen gemäß § 2 Z 1 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz i.d.g.F., 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 angeführt." Das Gutachten sowie das Schreiben der Oö. Landesregierung zum Gerätetyp „Afric2go" waren dem Bf vor Aufstellung des Gerätes bekannt. Der Bf war im angelasteten Tatzeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der A Handels GmbH, der Eigentümerin des Gerätes FA-Nr. 3. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020, klargestellt, dass es sich bei Afric2go-Geräten um Glücksspielgeräte handelt.

3. Beweiswürdigung:

In der Sache selbst (2.) stützen sich die Feststellungen auf die in Klammer angegebenen Beweismittel. Die A Handels GmbH gab ihr Eigentum an Gerät FA-Nr. 3 bekannt. Im Tatzeitpunkt war die klarstellende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zur Glücksspieleigenschaft des Afric2go noch nicht vorhanden, weshalb unbestritten von einer bereits zu GZ: LVwG-411284/10/ER entschiedenen Fallkonstellation auszugehen war.

4. Rechtliche Beurteilung:

Auf Grund der nunmehr vorliegenden Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021) zum Gerät „Afric2go“, kann die bisherige Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, die zusammengefasst davon ausging, dass auf Grund 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 das Gutachten des F M, das den Schluss zuließ, dass es sich bei Geräten, die diesem Gutachten entsprechen, um Musikautomaten handle. Dieser Ansicht war auch der Leiter der Stabsstelle der Finanzpolizei, worauf die zuständige Abteilung der Oö. Landesregierung mit Schreiben vom 25. März 2013 mitteilte, dass Geräte, die dem Gutachten entsprechen würden, als Musikautomaten zu qualifizieren seien.

Im Tatzeitpunkt war die klarstellende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes noch nicht vorhanden. Der Bf unterlag einem Verbotsirrtum. Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung 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 hierbei 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 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 22.2.2006, 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 Gerätes 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 Bf durfte auf die - ihm bereits vor Aufstellung des gegenständlichen Gerätes bekannte - Rechtsansicht der Oö. Landesregierung bzw. des Leiters der Stabsstelle Finanzpolizei, wonach es sich bei einem derartigen Gerät um einen Musikautomaten handle, soweit es dem Sachverständigengutachten entspricht, vertrauen. Der Bf konnte sich somit erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen.

5. 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. Weigl