



Fabrikstraße 32
4021 Linz
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at

Allgemeine Durchwahl (+43 732) 70 75-0
Kanzlei (+43 732) 70 75-180 04
Fax (+43 732) 70 75-21 80 18

LVwG-410005/3/ER/BZ/TK

Linz, 13.03.2014

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Elisabeth Reitter über die Beschwerde des Finanzamts Grieskirchen Wels gegen den Einstellungsbescheid des Bezirkshauptmannes des Bezirks Eferding vom 30. Oktober 2013, GZ Pol96-110-2013, betreffend die Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (mitbeteiligte Partei: X)

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I.1. Mit Bescheid vom 30. Oktober 2013, GZ Pol96-110-2013, stellte der Bezirkshauptmann des Bezirks Eferding (im Folgenden: belangte Behörde) das zur selben Zahl protokollierte Verwaltungsstrafverfahren gegen Herrn X, geb. 1968, X, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 2 Abs 1 und 4 GSpG iVm § 52 Abs 1 Z 1 GSpG ein.

Begründend führte die belangte Behörde dazu Folgendes aus:

"Im Erkenntnis des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, GZ. Senat-PL-13-0128, wurde zusammenfassend folgendes festgestellt: *Mit den Geräten afric2go können Musikstücke zu einem Preis von € 1,00 je Lied gekauft werden. Dabei ist die Leistung (€ 1,00 je Lied) und Gegenleistung (ein afrikanisches Lied) als marktüblich anzusehen, sodass nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass von einem massiven psychologischen Kaufzwang die Rede sein kann. Die Optik und Präsentation der Geräte hat sich im Gegensatz zu seinen Vorgängern vom Glücksspielcharakter entfernt. So wurde das Bonusspiel nunmehr dezenter gestaltet und ist aus der Präsentation der Geräte für einen durchschnittlichen Mensch derart, dass er erwartet an einem dieser Geräte ein Lied kaufen zu können. Die damit verbundene Teilnahme am Bonusspiel erschließt sich dem Kunden erst, wenn er die Bedienungsanleitung durchliest oder das Gerät schon kennt.*

Der Kunde erwirbt jedenfalls die Berechtigung das gekaufte Lied auf einen externen Datenträger zu speichern. Ob der Kunde von diesem Recht Gebrauch macht oder nicht, liegt im Willen des Kunden und hat keinen Einfluss auf die Eigenschaften und Beurteilung des Gerätes. Ebenso ist es unerheblich, ob der Inhaber USB-Sticks für die Speicherung der Lieder bereithält oder es vorsieht, dass seine Kunde diese selbst mitbringen müssen.

Für die Behörde besteht kein Grund und Anlass, die Ausführungen des Gutachters Franz Marton und die darauf bezogene Beurteilung der Stabstelle Finanzpolizei in Zweifel zu ziehen...

Der allgemein beedete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige Franz Marton stellt in seinem Gutachten vom 11.02.2013 in der Zusammenfassung folgendes fest: *"Bei afric2go handelt es sich um einen mehrstufigen Dienstleistungsautomat, welcher sowohl für Geldwechselzwecke, als auch zur entgeltlichen Musikunterhaltung, bzw. für entgeltlichen Musikdownload verwendet werden kann.*

Im Modus Musikunterhaltung, befindet sich im Hintergrund ein zufallsabhängiges Bonussystem, welches beim Erwerb von Musik (hören/kopieren), durch Drücken der Roten "Musik hören/kopieren" Taste, automatisch und ohne Zutun des Users aktiviert wird. Es liegt hier ein integriertes, zufallsabhängiges Gewinnspiel vor, bzw. wo vom Unternehmer kein Einsatz abgezogen wird. Es kann keine Verlustsituation eintreten, zumal der Kunde für je 1€, die Gegenleistung von je einem Musikstück erhält.

In Hinblick auf eine einheitliche Rechtsprechung ist das Gerät afric2go nicht als Glücksspielgerät zu qualifizieren und den Ausführungen des Unabhängigen Verwaltungssenat Niederösterreich sowie dem Sachverständigen zu folgen.

Die Tatsache, dass keine USB-Sticks am 24.09.2013 auffindbar waren, rechtfertigt entsprechend dem Erkenntnis des UVS-NÖ nicht die Annahme, Glücksspiele würden veranstaltet werden. Afrikanische Lieder waren eigenen Wahrnehmungen zufolge zu hören. Der am Gerät angesteckte USB-Stick enthielt 120 MP3 Musikdateien und eine txt-Datei. Obwohl festgestellt wurde, dass tatsächlich keine neuen Musiktitel auf den Stick kopiert wurden, vermutlich weil bereits alle auf dem Gerät afric2go verfügbaren 120 Titel bereits auf dem USB-Stick gespeichert waren, ist der Erwerbsmodus durch Download der Lieder auf einen USB-Stick prinzipiell möglich. Die subjektive Aussage des Tankwartes, niemand würde zum Musikhören kommen sondern zum Spielen kann daher die Tatsache, dass das Gerät ein Multitaskingautomat ist, nicht ändern.

Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden."

I.2. Gegen diesen, am 31. Oktober 2013 per E-Mail zugestellten Bescheid richtet sich die rechtzeitige Berufung des Finanzamts Grieskirchen Wels (im Folgenden: beschwerdeführende Partei) vom 12. November 2013. Darin wird im Wesentlichen beantragt, der bekämpfte Bescheid möge aufgehoben werden.

Gemäß § 3 Abs 1 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, BGBl I Nr. 2013/33 idgF gilt eine bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 erhobene Berufung gegen einen Bescheid, der vor Ablauf des 31. Dezember 2013 erlassen wurde, als rechtzeitig erhobene Beschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.

Begründet wird die Beschwerde mit unrichtigen Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher Beurteilung des bekämpften Bescheids. Dazu führt die beschwerdeführende Partei Folgendes aus:

"Die Behörde hat in jedem Einzelfall zu prüfen, um zu entscheiden, ob das jeweilige Gerät tatsächlich in jedem Punkt identisch ist mit jenem, welches Gegenstand des technischen Gutachtens und der grundsätzlichen Beurteilung war. Die grundsätzliche Aussage zu dem Gerät ist nicht bereits als 'Freigabe' zu verstehen!

Das heißt, dass die Behörde jedenfalls nicht ohne eingehende rechtliche Prüfung technischer Angaben oder Feststellungen davon ausgehen kann, dass ein Gerät mit der Bezeichnung 'afric2go' bloß eine Form von 'Musikbox' darstellt.

Diese genaue Prüfung ist schon deshalb unerlässlich, weil die bloß als 'Musikbox' zu bezeichnende Erscheinungsform dieses Gerätes zwar grundsätzlich möglich ist, jedoch nach den allgemeinen Lebenserfahrungen nicht gewinnbringend betrieben werden kann.

Die Aussage des Tankwartes bestätigt diese Annahme eindeutig.

Zum Gerät 'afric2go' und dem dazu erstellten Gutachten ist festzuhalten:

Das technische Gutachten stellt einerseits mit der Befundaufnahme eine sichere Vergleichsgrundlage zum jeweils vorgefundenen Gerät dar, und andererseits mit den daraus gezogenen Schlussfolgerungen eine sichere Grundlage zur grundsätzlich notwendigen rechtlichen Beurteilung der technischen Funktionen.

Die Behörde darf sich in Ihrer Entscheidung in keinem Fall bloß auf die im Gutachten gezogenen Schlussfolgerungen stützen, sondern auf die auf der Grundlage des Gutachters von der Behörde selbst vorgenommenen rechtlichen Beurteilungen.

Der technische Sachverständige darf einen Sachverhalt ausschließlich aus technischer Sicht beurteilen. Der Rechtsgutachter wiederum hat sich ausschließlich auf die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts zu beschränken.

Überschreiten Sachverständige ihre jeweilige Kompetenz, dann haben die diesbezüglichen Äußerungen unbeachtlich zu bleiben.

Deshalb hat auch ein 'Rechtsgutachten' schlicht unbeachtlich zu bleiben, in welchem festgestellt wird, dass ein Gerät genau in der vom technischen Sachverständigen beschriebenen Weise betrieben wird.

Ein wesentlicher Beurteilungsaspekt wird zudem von der Behörde häufig übersehen: Geräte, welche vorgeblich der Musikkwiedergabe dienen, jedoch in einem ohnehin mit einem Dauergeräuschpegel durch Rundfunk oder andere Musikquellen belasteten Raum betrieben werden, oder der Betrieb von zwei oder mehr 'afric2go'-Geräten in einem Raum, lassen bereits den Verdacht schlüssig zu, dass die Geräte nicht in Form einer 'Musikbox', sondern als Glücksspielgeräte betrieben werden, auch wenn die Geräte eine 'download-Funktion' ermöglichen sollten.

Eine funktionierende 'Download-Funktion' konnte jedoch von den Kontrollorganen auf ggs. Gerät nicht festgestellt werden!

Zum Gerät selbst:

Die wohl zulässige, jedoch bloß vorgebliche Absicht, vergleichbar mit den bekannten Zusatzleistungen von Getränkeherstellern, zufallsbedingt an die Kunden verteilte Boni zu gewähren, nämlich weitere Musiktitel gratis zur Verfügung zu stellen, wird im Vergleich mit der vorliegenden Beschreibungen des Gutachters an dem verfahrensgegenständlichen Gerät nicht verwirklicht!

Wenn bei jedem durch Betätigung der roten Taste zum Anhören oder Abspeichern ausgewählten Musikstück automatisch eine Hintergrundfunktion ausgelöst wird, die stets mit einer Entscheidung über eine Bonuszuteilung endet, dann wird mit der roten Taste tatsächlich bloß ein Spiel ausgelöst bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt, welches nach Außen durch 'Musik', wohl aber auch durch einen Beleuchtungsumlauf erkennbar wird, der entweder mit einer beleuchteten gelben Musiknote oder mit einem beleuchteten Betragsfeld endet. Der Einsatz für dieses Spiel wird mit jeder Tastenbetätigung vom Spielgutachten abgezogen. Zudem erfordert diese Gerätefunktion nicht einmal die Auswahl unterschiedlicher Musiktitel.

Diese Gerätefunktion entspricht somit bloß einer 'verschärften' Version des vom VwGH zweifelsfrei als Glücksspielgerät qualifizierten 'Fun Wechsler'! 'Verschärft' deshalb, weil beim Fun Wechsler zuerst Musik – mehr oder weniger – zu hören war und erst danach der Beleuchtungsumlauf automatisch ausgelöst wurde, während beim 'afric2go' der Beleuchtungsumlauf zugleich mit der Musikkwiedergabe gestartet, und mit jeder weiteren Tastenbetätigung erneut ausgelöst wird, auch wenn die ausgewählte Musik immer noch wiedergegeben wird.

Die an der Gerätefrontseite vorhandene, vom 'Fun Wechsler' bekannte Glücksradscheibe ist aus dem Bild auf Seite 6 des Gutachtens zu ersehen. An der geöffneten Gerätetür ist der 'Lampenprint' ersichtlich, der in zwei konzentrischen Kreisen offensichtlich auch bestückt ist. Die kreisförmig angeordneten 'Lampen' sind an der helleren Fläche am grünen Platinengrund zu erkennen. Dass es sich bei diesen Flächen tatsächlich um Beleuchtungselemente handelt ergibt sich aus der Lage solcher Flächen, z.B. an der Rückseite der auszuwählenden Betriebs-Modi-Flächen 1 oder 2, aus einer solchen Fläche im Zentrum (Höchstgewinn) oder aus drei solcher Flächen auf der 6-Uhr-Position zur Beleuchtung der Figur.

Auf dem Gesamtbild von der Gerätefront sind auch deutlich drei auf einem gedachten Kreis angeordnete,

beleuchtete Musiknoten zu erkennen.

Aus der Tatsache, dass für die Musikfunktion unterschiedliche Betriebsmodi gewählt werden können, ergibt sich zwingend der Schluss, dass damit bloß eine Spielbeschleunigung der Hintergrund-Glücksspielfunktion – mit höherem Einsatz und damit höheren in Aussicht gestellten Gewinnen – erzielt werden soll, weil sich für die Auswahl der hintereinander abzuspielenden Musikstücke durch einen unterschiedlichen Betriebsmodus ein Unterschied gerade nicht ergibt. Es wird auch im 2er-Modus immer nur ein Stück nach dem anderen eingeblendet, nämlich immer an der zweiten Position im Display, während das erste Lied 'fixiert' wurde.

Schließlich spricht die Darstellung der allenfalls erzielten 'Bonuslieder' klar gegen gratis zur Verfügung gestellte Musiktitel, nämlich in Betragsform mit zwei Stellen nach dem Komma.

Auch die Zuzählung des erzielten Bonus als Betrag zum Spielguthaben (durch beliebige Tastenbetätigung!) widerspricht deutlich der Behauptung, es würden durch diese Darstellung zufallsbedingt bloß weitere Musiktitel ohne Bezahlung ermöglicht werden. Wenn gratis Musikwiedergabe tatsächlich das Spielziel der 'Hintergrundfunktion' wäre, müsste einerseits die Darstellung in Form einer ganzen Ziffer oder Zahl, also ohne Kommastellen erfolgen und andererseits keine Umbuchung in das 'Credit'-Display, also keine Umwandlung in einen Betrag möglich sein.

Völlig widerspricht aber die Auszahlungsmöglichkeit erzielter Boni der vorgeblichen Intention, kostenlose weitere Musikstücke zu gewähren!

Es ist bislang nicht bekannt geworden, dass in Musikboxen eingegebene Beträge rückerstattet werden könnten, wenn der Benutzer, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr weiter zuhören möchte! Auch die gewinnverheißende Getränkekapsel konnte bislang nicht in Bargeld eingetauscht werden! Erst eine bestimmte Kombination von Kapselinhalten oder eine bestimmte Anzahl gleicher Inhalte hatte eine Gewinnzuteilung zur Folge.

Im Zusammenhang mit der Geldwechselfunktion ist auch eine gesonderte Banknotenausfolgetaste schlicht nicht erforderlich, weil sich der jeweilige Wechselvorgang aus der Form des eingegebenen Betrages ergeben müsste. Münzen sind in Banknoten und umgekehrt Banknoten in Münzen zu wechseln, andernfalls die Wechselfunktion schlicht gar nicht benötigt wird.

Aus den vorgefundenen Gerätefunktionen ergibt sich, unabhängig von der Qualifizierung des technischen Sachverständigen, somit klar ein – lediglich mangelhaft getarntes – elektronisches Gerät, mit dem Spiele durchgeführt werden, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt, bei dem das vorgelegte Spielguthaben im 'Credit'-Display angezeigt wird, bei dem zur Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung in der Höhe von mindestens einem Euro zu erbringen ist und bei dem jedenfalls vermögenswerte Leistungen in Aussicht gestellt werden, nämlich Gewinne in Form von Bonusbeträgen. Mit dem Gerät wurden also Spiele in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG veranstaltet.

Das mit dem Gerät ermöglichte Glücksspiel manifestiert sich durch die mit Spielauslösung bewirkte, ausschließlich zufallsbedingt getroffene Entscheidung über das Spielergebnis, nämlich Bonusbetrag oder nicht (nämlich beleuchtete Musiknoten) sowie durch Zubuchung erzielter Gewinne zum 'Credit' und Auszahlung des gesamten 'Credit'-Betrages bei Beendigung des Spieles.

Die gleichzeitig damit ausgelöste, allenfalls unterschiedlich stark störende oder wahrzunehmende Geräuschentwicklung ist dabei schlicht bedeutungslos.

Mit dem Gerät wurden also, mangels Rechtsgrundlage, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen gem § 2 Abs 4 GSpG veranstaltet."

I.3. Das Oö. Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit Schreiben vom 29. November 2013 unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in das Gutachten des gerichtlich beideten Sachverständigen F M vom 11.02.2013, das Gutachten des gerichtlich beideten Sachverständigen Mag. M S vom 8.8.2013 sowie in den E-Mailverkehr des Amtes der Oö. Landesregierung, Direktion Inneres und Kommunales (Verwaltungspolizei), mit der Stabsstelle Finanzpolizei im Finanzministerium. Aus diesen Unterlagen ließ sich der entscheidungsrelevante Sachverhalt widerspruchsfrei feststellen.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs 3 Z 3 VwGVG abgesehen werden, zumal im angefochtenen Bescheid keine (500 Euro übersteigende) Geldstrafe verhängt wurde und keine Partei die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat.

Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter, soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen.

I.4. Das Oö. Landesverwaltungsgericht geht von folgendem **S a c h v e r h a l t** aus:

Anlässlich einer von den Organen der Abgabenbehörde am 24. September 2013 im Lokal mit der Bezeichnung "X Tankstelle" in X, durchgeführten Kontrolle wurde das Gerät mit der FA-Nr. 1 mit der Bezeichnung "afric2go" und der Seriennummer 0363 betriebsbereit vorgefunden und in der Folge vorläufig beschlagnahmt.

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 und 2 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Gutachtens auf dem Kreditdisplay. Abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) können in weiterer Folge durch Drücken der roten Taste 1 oder 2 (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, wobei im Falle des Downloads der Kunde das Recht zur nicht gewerblichen Verwendung im privaten Rahmen erwirbt. 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 zwei 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. Die Aktivierung dieses Bonussystems erfordert keine

zusätzliche vermögenswerte Leistung.

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. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Die Musik ist beim Abspielen deutlich hörbar. Ein Preis von einem Euro für den Kauf eines Musiktitels in digitaler Form an einen Endkonsumenten ist marktüblich.

In einem an die X GmbH gerichteten Schreiben des Amtes der Oö. Landesregierung, Direktion Inneres und Kommunales, vom 7. März 2013 wird mitgeteilt, dass nach "telefonischer Rücksprache und eingeholter Stellungnahme [...] vom Bundesministerium für Finanzen [...] mitgeteilt [wurde], dass der Automat afric2go, unter der Voraussetzung, dass diese Automaten so wie in den vorgelegten Sachverständigengutachten betrieben werden, als Musikautomaten (Musicbox) einzustufen sind."

Der festgestellte Spielablauf stimmt mit der Beschreibung im Gutachten des gerichtlich beeedeten Sachverständigen Franz Marton vom 11. Februar 2013 überein.

II.1.1. Im E-Mailverkehr des Amtes der Oö. Landesregierung, Direktion Inneres und Kommunales (Verwaltungspolizei), mit der Stabsstelle Finanzpolizei im Finanzministerium hat der Leiter der Stabsstelle Finanzpolizei im Finanzministerium mit E-Mail vom 28. Februar 2013 mitgeteilt, dass das Gerät mit der Bezeichnung "afric2go" als Musikautomat einzustufen sei, wenn es so wie im aktenkundigen Gutachten des gerichtlich beeedeten Sachverständigen Franz Marton vom 11. Februar 2013 (Basisgutachten) betrieben wird.

Nach diesem Basisgutachten liegt beim "afric2go" ein mehrstufiger Dienstleistungsautomat vor. Er kann als Geldwechsler oder als Musikautomat verwendet werden. Im Gerät sind 121 nummerierte Titel afrikanischer Musik gespeichert, an denen die X GmbH die Rechte zur Veröffentlichung hat und die periodisch erneuert werden, um laufend ein attraktives Musikprogramm zu bieten. Die Musiktitel werden in akzeptabler Qualität abgespielt, dauern drei bis fünf Minuten und können nicht unterbrochen oder abgebrochen werden. Folgender Ablauf der wesentlichen Funktionen wird im Gutachten beschrieben:

Durch die Betätigung der grünen "Rückgabe/Wählen" Taste kann die Stufe 1 (ein Lied) oder Stufe 2 (zwei Lieder) gewählt werden. Mittels Münzeingabe oder des Banknoteneinzuges muss ein Guthaben auf dem Kreditdisplay hergestellt werden. Durch Drücken der roten "Musik kopieren/hören" Taste können die Musiktitel gespielt werden. Der Preis für ein Musikstück beträgt je 1 Euro. Zur Auswahl können die im Gerät gespeicherten Musiktitel, die im linken Display am Gerät angezeigt werden, durch kurzes Drücken der roten "Musik hören/kopieren" Taste hintereinander aufgerufen werden und danach ist die Wahl durch langes Drücken dieser Taste zu bestätigen. Bei Stufe 2 erfolgt die Auswahl der Musiktitel analog in zwei Stufen. Dies stellt auch die Auswahl des Einsatzes von 1 Euro oder 2 Euro dar.

Abhängig von der gewählten Stufe (Multiplikator) können in weiterer Folge 1 oder 2 Lieder angehört werden. Alternativ besteht die Möglichkeit zum Download der Musikstücke (als mp3-Datei) mit einem gratis zur Verfügung gestellten USB-Stick, der zu Beginn am USB 2.0 Steckplatz unter dem Display zur Liederanzeige angesteckt werden muss. In diesem Fall erfolgt ein Download auf den USB-Stick durch Drücken der roten "Musik hören/kopieren" -Taste.

Mit dem jeweiligen Drücken der roten Taste zum Abspielen oder Kopieren eines Musiktitels wird ein Zufallsgenerator aktiviert, der zu einem vom Spieler nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlauf führt, wobei ein allfällig erlangter Bonus durch Aufleuchten eines entsprechenden Zahlensymbolfeldes (2/4/6/8/20) sowie der Displayanzeige "Rabatt" mit Angabe der Zahl im Anzeigedisplay für Musiktitel ersichtlich ist. Durch Drücken einer beliebigen Taste wird der angezeigte "Rabatt" dem Kredit zugezählt.

Ein Kreditguthaben inklusive eines allfällig erzielten "Rabatts" kann jederzeit durch Drücken der grünen "Rückgabe/Wählen"-Taste in Münzen und durch Drücken der orangen Wechseltaste in 10-Euro Banknoten ausgeworfen werden.

Nach der schlüssigen Ansicht des Gutachters handelt es sich um einen Dienstleistungsautomat für Geldwechselzwecke und zur Musikunterhaltung bzw für den Musikdownload gegen Entgelt. Das im Modus Musikunterhaltung integrierte zufallsabhängige Gewinnspiel erfordert keine zusätzliche vermögenswerte Leistung, weshalb keine Verlustsituation beim Kunden eintreten kann, der für einen Euro jeweils ein Musikstück erhält.

II.1.2. Zum Vorbringen in der Beschwerde, dass keine funktionierende "Download-Funktion" von den Kontrollorganen festgestellt worden wäre, ist anzumerken, dass der Download eines Musiktitels auf einen angesteckten USB-Stick, auf welchem bereits – wie der Anzeige zweifelsfrei zu entnehmen ist – alle auf dem Gerät verfügbaren Musiktitel gespeichert sind, schon rein technisch – ohne Umbenennung des betreffenden Musiktitels – nicht möglich ist. Im Übrigen wird dies auch bereits in der Anzeige vom 14.10.2013 ausgeführt. Ein Download mit einem anderen USB-Stick wurde nicht versucht.

Die Finanzpolizei geht lediglich aufgrund der Aussage des Herrn X in der Niederschrift vom 24.09.2013 davon aus, dass keine USB-Sticks vorhanden gewesen seien. Die Aussage des Herrn X ist aber schon aufgrund der eigenen Wahrnehmung der Finanzpolizei unglaubwürdig, da nachweislich zumindest ein USB-Stick am Gerät vorhanden war. Die Aussage des Herrn X (siehe Protokoll vom 24.09.2014), wonach "ein ganzer Sack voll USB-Sticks" vorhanden gewesen sei, wurde indes von der Finanzpolizei nicht überprüft.

Zumal nachweislich zumindest ein USB-Stick vorhanden war, wurde den Kunden damit zweifelsfrei die Möglichkeit geboten, diesen gratis zu nutzen, um die erworbenen digitalen Musikstücke zu speichern. Dass auf dem vorgefundenen USB-Stick bereits alle verfügbaren Lieder vorhanden waren beweist, dass dieser USB-Stick tatsächlich dazu verwendet wurde, erworbene Lieder zu speichern. Ungeachtet dessen erwirbt der Kunde jedenfalls die Berechtigung, das gekaufte Lied zu speichern. Der zu leistende Betrag von einem Euro pro Lied entspricht – dem Gutachten von Mag. S zufolge (vgl Punkt II.3.) – jedenfalls dem marktüblichen Wert.

Die Ausführungen in der Beschwerde hinsichtlich der Vermutung, dass aufgrund des Dauergeräuschpegels durch Rundfunk oder andere Musikquellen oder durch den Betrieb von zwei oder mehr "afric2go"-Geräten in einem Raum das Gerät nicht als Musikbox betrieben werde, gehen ins Leere. Die Organe der Abgabenbehörde haben im Rahmen der Kontrolle festgestellt, dass sich im gegenständlichen Lokal mit der Bezeichnung "X Tankstelle" lediglich ein Gerät mit der Bezeichnung "afric2go" befindet. Wahrnehmungen, die Rückschlüsse auf einen hohen Dauergeräuschpegel durch Rundfunk oder andere Musikquellen zum Kontrollzeitpunkt zuließen, sind den Ausführungen der Abgabenbehörde nicht zu entnehmen.

Der Einwand, dass eine Darstellung der Anzahl der Bonuslieder am Display des Geräts mit Komma-Stellen gegen eine Gratis-Zurverfügungstellung von Musiktiteln spreche, ist unerheblich, zumal die Darstellung mit Komma-Stellen in der Displayanzeige dem Basisgutachten vom 11.02.2013 – belegt durch Fotos auf Seite 8, 9 und 10 – entspricht. Darüber hinaus stellten die Organe der Abgabenbehörde im Rahmen der Kontrolle selbst fest (vgl die Anzeige vom 14.10.2013, das GSP26-Formular, die Fotodokumentation und das Protokoll über das Testspiel), dass am gegenständlichen Gerät tatsächlich nur Münzen im Wert von einem oder zwei Euro bzw Banknoten eingegeben und nur ganze Eurobeträge ausgezahlt werden konnten.

II.2. Aufgrund der Beschreibung der Finanzpolizei, insbesondere der Anzeige vom 14.10.2013, des Aktenvermerks vom 24.09.2013, des Protokolls vom 24.09.2013 sowie der Fotodokumentation, besteht an der Gleichartigkeit der Funktion und Ausstattung des verfahrensgegenständlichen Geräts (vgl dazu die Feststellungen unter Punkt 1.4.) mit jenen im zitierten Basisgutachten dargestellten Geräten mit der Gehäusebezeichnung "afric2go" kein Zweifel.

II.3. Dem E-Mailverkehr der IKD (Verwaltungspolizei) mit der Stabsstelle Finanzpolizei ist ein weiteres Gutachten des gerichtlich beideten Sachverständigen Mag. M D S vom 8. August 2013 zu entnehmen. Darin wird die Frage behandelt, ob der Verkauf eines Musikstückes in digitaler Form (mp3-Dateien) zum Preis von 1 Euro an Endkonsumenten als marktüblich anzusehen ist. Nach Auswertung der Angebote von fünf Musikhändlern im Internet ergaben sich meist Preise von 0,99 oder 1,29 Euro pro Musiktitel. Die Preise verschiedener Musikgenres unterscheiden sich dabei im Allgemeinen nicht. Kürzlich erschienene und populäre Musiktitel seien tendenziell etwas teurer. Im Ergebnis hielt der Gutachter den Verkauf eines Musiktitels in digitaler Form an den Endkonsumenten um 1 Euro für marktüblich, was – insbesondere aufgrund der Auswertung der Angebote von mehreren Musikhändlern im Internet – plausibel erscheint.

III. Gemäß § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG in der Fassung BGBl I Nr. 13/2014 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 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 daran beteiligt.

In der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung BGBl I Nr. 70/2013 begeht gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe bis zu 40.000 Euro 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.

Im Sinne des § 1 Abs 2 VStG ist die zum Tatzeitpunkt geltende Rechtslage für den Bf günstiger und daher anzuwenden, da die mit 1. März 2014 in Kraft getretene neue Bestimmung eine höhere Strafandrohung beinhaltet.

Ausspielungen sind gemäß § 2 Abs 1 GSpG Glücksspiele (vgl § 1 Abs 1 GSpG: Spiele, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt),

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 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. Der Unternehmerbegriff wird im 2. Satz noch wie folgt erweitert:

"Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teileleistungen 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 Glücksspiel 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 3 Satz 1 GSpG liegt eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt.

Gemäß § 2 Abs 4 GSpG sind solche Ausspielungen verboten, für die einerseits eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und die andererseits auch nicht Isd § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen sind.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Auch wenn am verfahrensgegenständlichen Gerät "afric2go" das Ergebnis des glücksradähnlichen Beleuchtungsumlaufs, der mit jeder Wahl eines Musiktitels verbunden ist, vom Zufall abhängt, muss noch nicht

zwingend ein Glücksspielgerät vorliegen. Denn Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG liegen nicht vor, wenn im Unterschied zu den Fun Wechslern in der bisherigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs angenommen werden kann, dass mit der Zahlung eines Euros nicht gleichzeitig auch ein Einsatz für eine Gewinnchance geleistet wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Geräten vom Typ Fun Wechsler in seiner Judikatur (vgl nur VwGH 28.6.2011, 2011/17/0068) ausgeführt, dass nach den Feststellungen zum Spielverlauf das Gerät für einen Einsatz von 1 Euro eine Gewinnchance bot. Durch den Einwurf (bzw das Belassen im Gerät nach Gebrauch der Geldwechselfunktion) von einer bzw mehreren Euro-Münzen und Abspielen eines Musikstückes, was zum Verlust eines Euros führte, und durch den damit verbundenen automatischen Start des Beleuchtungsumlaufes bzw Lichtkranzlaufes erwarb der Spieler die Chance, beim Aufleuchten eines Zahlen- oder Betragssymbols nach neuerlicher Einsatzleistung durch Betätigen der roten Taste den angezeigten Betrag und damit einen Gewinn zu realisieren.

Während bei den bisher bekannt gewordenen Fun Wechslern die Musiktitel Auswahl – soweit sie überhaupt möglich war – nur im Rahmen von 12 meist schlecht hörbaren Musikstücken erfolgen konnte und daher von untergeordneter Bedeutung erschien, steht für Interessenten beim Gerät "afric2go" mit 121 gespeicherten Musikstücken afrikanischer Herkunft die Musikauswahl (Wahlmöglichkeit mit Displayanzeige) und der optionale Erwerb eines Titels in digitaler Form im Vordergrund. Ein "afric2go" mit Wiedergabe der gewählten Musiktitel in akzeptabler Qualität kann daher durchaus mit einer früheren Musikbox in Gastlokalen verglichen werden. Im Unterschied zu Geräten vom Typ Fun Wechsler wird das Entgelt von 1 Euro beim "afric2go" tatsächlich für den Musiktitel entrichtet, der als adäquate Gegenleistung anzusehen ist. Der mit dem Erwerb eines Musiktitels verbundene zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf ist daher als Gewinnspiel anzusehen, für das der Kunde keinen Einsatz leisten muss, weshalb auch keine Verlustsituation eintreten kann.

Insgesamt ist in Bezug auf das Gerät mit der FA-Nr. 1 "afric2go" mit der Seriennummer 0363 davon auszugehen, dass besonders durch die Möglichkeit des Herunterladens von Musikstücken ein angemessenes Wertäquivalent für die Leistung von 1 Euro vorhanden ist und daher keine Einsatzleistung für ein Glücksspiel vorliegt. Denn der Kunde kann vergleichbar mit gängigen sonstigen "Downloadportalen" (iTunes, Amazon, etc) Musik erwerben und diese auch für private Zwecke weiter verwenden. Für den automatischen Beleuchtungsumlauf bzw Lichtkranzlauf wird vom Kunden kein Einsatz mehr geleistet. Insofern ist in Anlehnung an die Rechtsansicht der dem Finanzministerium zurechenbaren Stabstelle der Finanzpolizei davon auszugehen, dass keine Ausspielungen iSd § 2 GSpG stattgefunden haben (vgl Emailverkehr zwischen IKD und Stabstelle Finanzpolizei, Gutachten von Herrn Mag. M D S, Gutachten von Herrn F M).

Auch die Ausführungen der Abgabenbehörde führen – wie unter Punkt II.1.2. ausführlich dargelegt – zu keinem anders lautenden Ergebnis.

V. Im Ergebnis war daher die Beschwerde des Finanzamtes als unbegründet abzuweisen. Die belangte Behörde hat demnach zu Recht die Einstellung verfügt, die auf der Grundlage des § 45 Abs 1 Z 1 VStG mangels einer strafbaren Verwaltungsübertretung vorzunehmen war.

VI. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil es zur Frage der Einstufung des sog. Unterhaltungsgeräts mit der Bezeichnung "afric2go" – Musikautomat in glücksspielrechtlicher Hinsicht noch keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs gibt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter