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-412252/5/BP/HUE

Datum:
Linz, 14. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Pree über die Beschwerde des G M, B, vertreten durch P & S Rechtsanwälte, Straße, B, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau/I. vom 6. Juli 2017, Zl. BHBRSich-2016-449110/30-Sch, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Dezember 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und das bekämpfte Straferkenntnis behoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau/I. (im Folgenden: belangte Behörde) vom 6. Juli 2017, Zl. BHBRSich-2016-449110/30-Sch, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 5.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 168 Stunden wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG, verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 500 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie, Herr G M, haben in der Zeit vom 01.10.2016 bis 02.05.2017 im angeführten Standort mit dem Eingriffsgegenstand Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form eines elektronischen Glücksrades auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet. Sie haben damit selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sind daher als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Sie haben somit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, erstes Tatbild, GSpG begangen.
Eingriffsgegenstände:
1) Time Machine, SerienNr. 0,
Versiegelungsplaketten-Nr. A075036
Tatzeitraum:
01.10.2016 bis 02.05.2017
Tatort:
in M (Lokal ‚Bar')
Sie haben somit folgende Rechtsvorschriften verletzte:
1) § 52 Abs. 1 Z 1 iVm. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 id.g.F."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde des Beschwerdeführers (im Folgenden: Bf), in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt wird. Begründend wird – unter Vorlage eines Gutachtens eines amtlich beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen – im Wesentlichen vorgebracht, dass es sich beim gegenständlichen Gerät um keinen Glücksspielapparat handle, sondern das Spielergebnis ausschließlich von der Geschicklichkeit des Spielers abhinge. Eine Verwaltungsübertretung liege deshalb nicht vor.

I.3. Mit Schreiben vom 10. August 2017 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, in das vom Bf vorgelegte Gutachten des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen F M, die vom Bf erstatteten Stellungnahmen zur Funktionsweise des gegenständlichen Geräts, in die Stellungnahmen des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen E F sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Dezember 2017.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 2. Mai 2017 im Lokal „Bar“ in M wurde das Gerät mit der Bezeichnung „TimeMachine“, Seriennummer 0, betriebsbereit und allgemein zugänglich vorgefunden. Der Bf ist Eigentümer des Geräts.

Das Gerät verfügt über eine Spieloberfläche, auf der spiralförmig angeordnete hinterbeleuchtete Fußbälle sowie dazwischen angeordnete Felder mit der Beschriftung „2“, „4“ und „6“ und ein mittig platziertes Fußballtor dargestellt werden; durch die nacheinander erfolgende Beleuchtung der Fußbälle auf der Spieloberfläche kommt es zur optischen Darstellung eines Animationslaufes vom Startpunkt ins Tor. Ferner wird auf der Spieloberfläche das „Level“ („1“, „2“ oder „4“) ebenfalls in Form von hinterbeleuchteten Fußbällen dargestellt. Das Gerät verfügt des Weiteren über eine Spieltaste (beschriftet mit *„START 3-4 Sek. STOP“*) sowie u.a. über einen Münzeinwurf, ein Banknotenlesegerät, eine Guthabensanzeige und zwei Geldwechsel- bzw. Funktionstasten (*„Rückgabe Wählen 1/2“* sowie *„Wechseln Münzen -› Scheine“*).

Das Gerät bietet sowohl eine Geldwechselfunktion als auch das Spiel „TimeMachine“ an. Vom Kunden können 1- und 2-Euro-Münzen (Münzeinwurf) bzw. 5- bis 100-Euro-Scheine (Banknotenlesegerät) in das Gerät eingegeben werden, womit ein Guthaben am Gerät hergestellt wird, welches in der Guthabensanzeige angezeigt wird.

Mit der Geldwechselfunktion kann das eingegebene Guthaben (nach Wahl) in 1- oder 2-Euro-Münzen getauscht werden. Dabei wird durch längeres Drücken der Taste *„Rückgabe Wählen 1/2“* der gesamte eingegebene Betrag gewechselt, sodass nach dem Wechselvorgang kein Guthaben mehr im Automaten verbleibt. Ferner ist es möglich, eingegebene Münzen durch Betätigen der Taste *„Wechseln Münzen -› Scheine“* in 10-Euro-Banknoten zu wechseln; auch hier verbleibt kein Guthaben im Automaten, weil der allfällige Restbetrag in Münzen retourniert wird.

Für die Spielfunktion muss zunächst – wie oben beschrieben – durch die Eingabe von Münzen oder Banknoten ein Guthaben am Automaten hergestellt werden. Der

Spieler muss anschließend durch (kurzes) Betätigen der Taste *„Rückgabe Wählen 1/2“* das „Level“ auswählen. Das Level entspricht dabei dem Spieleinsatz in Euro (Level 1 = 1 Euro, Level 2 = 2 Euro, Level 4 = 4 Euro), der bei Spielauslösung vom Guthaben abgezogen wird. Durch kurzes Betätigen der Spieltaste wird der Fußball am Startfeld beleuchtet. Zur Durchführung des Spiels muss die Spieltaste mindestens 1 Sekunde (höchstens 6 Sekunden) lang gedrückt werden; nach dem Loslassen der Taste wird durch Aufleuchten der Felder visualisiert, wie lange der Spieler die Taste betätigt hat und auf welchem Feld er folglich gelandet ist.

Das Gerät visualisiert im „Standby“-Betrieb (d.h. ohne dass aktuell ein entgeltliches Spiel durchgeführt wird) den Animationslauf vom Startpunkt ins Tor. Ein (potentieller) Spieler hat daher die Möglichkeit, diesen Animationslauf bzw. Zeit je Feld ohne Geldeingabe zu beobachten. Darauf wird in der auf der Vorderseite des Geräts angebrachten Spielanleitung hingewiesen. Die Zeit je Feld ist fix mit 0,1 Sekunden einprogrammiert und bei allen Spielversuchen identisch. Ziel des Spiels ist es, auf einem Gewinnfeld zu landen, d.h. im Tor (Multiplikator 10) oder auf einem der Felder mit der Beschriftung „2“, „4“ bzw. „6“ (die jeweilige Zahl entspricht dem Multiplikator).

Um im Tor zu landen, muss die Spieltaste 3,6 bis 3,7 Sekunden lang gedrückt werden; diese Zeit ist bei jedem Spiel gleich. Hat der Spieler die Taste kürzer betätigt, landet er – entsprechend seiner Betätigungsdauer und der Zeit von 0,1 Sekunden je Feld – auf einem der vorigen Felder; hat er sie länger betätigt, erreicht er zwar zunächst das Tor, wandert dann aber wieder zurück, sodass er erneut auf einem der Felder vor dem Tor landet.

Bei Erreichen eines der genannten vier Gewinnfelder wird der vom Spieler gewählte Einsatz mit dem Gewinnmultiplikator multipliziert und als Guthaben gutgeschrieben, welches sodann in der Guthabensanzeige aufscheint; landet er auf einem der übrigen Felder, hat der Spieler das Spiel verloren und es bleibt beim Guthabensabzug entsprechend dem gewählten Einsatz. Die Auszahlung des erworbenen oder verbleibenden Guthabens erfolgt – wie oben bei der Geldwechselfunktion dargestellt – durch Betätigen einer der Geldwechseltasten.

In technischer Hinsicht ist unterhalb der Spieltaste ein Mikroschalter mittig platziert; die Rückstellung der Taste erfolgt über eine Federsteuerung. Bei exakt mittiger Betätigung der Taste ist die synchrone Übertragung der Bewegung auf den Mikroschalter möglich; bei Betätigung am Rand hingegen nicht. Durch eine rasche, schlagartige Bewegung wird eine zeitnahe Schaltfunktion bewirkt; beim Loslassen wird die Taste durch die Federkraft in die Ausgansposition bewegt. Der Spieler erhält keine zusätzliche Rückmeldung zur Auslösung bzw. zum Schaltpunkt des Schalters.

Das Gerät ist nicht mit dem Internet verbunden; allfällige Änderungen des Spiels bzw. dessen Ablaufs müssen unmittelbar durch Veränderungen am Gerät selbst erfolgen.

Dass der Automat – etwa durch seine Programmierung oder zusätzliche Bauteile, die eine Zufallssteuerung des Ergebnisses herbeiführen würden – so konstruiert wäre, dass das Spielergebnis vom Zufall abhängt, konnte nicht festgestellt werden.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt und aus dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung. Die Visualisierung des Spiels bzw. die optische Gestaltung des Gerätes sowie die auf dem Gerät befindlichen Bedienelemente ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den im Behördenakt einliegenden Lichtbildern der finanzpolizeilichen Kontrolle und den damit übereinstimmenden Lichtbildern im Gutachten des SV M.

Der Spielablauf – im Wesentlichen bestehend aus dem längeren Drücken der Spieltaste – sowie die Abhängigkeit des Spielergebnisses von der Betätigungsdauer der Spieltaste, ferner die Gewinnzuschreibung bei Erreichen bestimmter Felder, ergibt sich aus den vom Bf erstatteten Äußerungen sowie dem von ihm vorgelegten Gutachten. Das Vorbringen des Bf, dass die Zeit je Feld fix implementiert und nicht variabel sei sowie die von ihm genannte Betätigungsdauer der Spieltaste für das Erreichen des Hauptgewinnes, erscheint glaubwürdig, weil der Bf den Spielablauf detailliert schilderte und sichtlich bemüht um eine korrekte Darstellung der Gerätefunktion war. So stellte er von Anfang klar, dass die Spieltaste zum Erreichen des Hauptgewinnfeldes 3,6 Sekunden lang gedrückt werden müsse sowie jedes Feld 0,1 Sekunden lang leuchten würde und legte nicht zuletzt in der mündlichen Verhandlung ausführlich dar, dass er die Zeittoleranz für das Erreichen eines Gewinnes von anfänglich 0,2 Sekunden auf nunmehr 0,1 Sekunden reduziert habe. Dass das vom Bf vorgelegte Gutachten des SV M mittlerweile insofern überholt ist, als die angesprochene Zeittoleranz zur Erreichung des Gewinnes reduziert wurde, erweist sich in Anbetracht der eindeutigen Einlassung des Bf als unstrittig; davon abgesehen vermag das Gutachten jedoch ein Gesamtbild über die Funktionsweise des gegenständlichen Gerätes zu vermitteln.

Auch der Zeuge, der die Kontrolle vor Ort durchführte, schilderte die Grundfunktionen des Gerätes und brachte vor, dass zur Spieldurchführung das Drücken der Spieltaste über 3 - 4 Sekunden erforderlich sei und die Kontrollorgane bei den Testpielen 24 Versuche gebraucht hätten, um ein bestimmtes Feld zu erlangen. Dass er im Rahmen der Kontrolle den Eindruck gewann, dass das Spielergebnis nicht beeinflussbar sei, vermag die Ergebnisse der ergänzenden Erhebungen jedoch letztlich nicht zu erschüttern.

Die technische Implementierung der Taste ergibt sich aus der Stellungnahme des ASV F vom 3. August 2017.

Die sich aus den vorliegenden Gutachten der Sachverständigen ergebenden Widersprüche fußen letztlich vor allem auf der von ihnen jeweils vorgenommenen Einstufung des Automaten als Glücksspiel- oder Geschicklichkeitsgerät, was jedoch in erster Linie eine rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhaltes darstellt und daher im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch näher erörtert werden wird. Der ASV führte – neben allgemeinen Überlegungen, die sich jedoch nicht auf den konkreten Ablauf des Spiels beziehen, wie etwa der Möglichkeit zur Leistung von Einsätzen, der Möglichkeit der Gewinnerzielung und -auszahlung, wirtschaftlichen Überlegungen udgl, die aus Sicht des ASV gegen die Eigenschaft des Automaten als Geschicklichkeitsgerät sprechen würden – betreffend die Glücksspieleigenschaft im Wesentlichen die – nicht näher quantifizierbare – Bauteiltoleranz der Spieltaste an. Auch für das Gericht ist unstrittig, dass die ggst. Spieltaste kein „Präzisionsbauteil“ darstellt (so ASV in seiner Stellungnahme vom 3.8.2017, S. 3f). Im ganzen Verfahren haben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass beim Automaten eine darüber hinausgehende gesonderte technische Implementierung vorliegen würde, die eine Zufallsabhängigkeit des Ergebnisses herbeiführen würde (etwa durch einen Zufalls-Timer oder durch einen Zufallsgenerator, der das Spielergebnis unabhängig vom Spielerverhalten ermittelt, udgl).

III. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz iVm § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2015, 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.

Gemäß § 52 Abs. 2 GSpG 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.

§ 52 Abs. 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

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. 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.

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.

III.2. Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel iS dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Zufall liegt vor, wenn der Erfolg nicht von zielbewusstem Handeln oder der Geschicklichkeit oder allein vom Belieben der beteiligten Personen abhängt, sondern wenn auch weitere Bedingungen dazu treten müssen, die außerhalb des Willens der beteiligten Personen liegen (vgl. etwa VwGH 2.7.2015, Ro 2015/16/0019 mwN). Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG ist etwa dann gegeben, wenn sich nicht eine berechtigte rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur aufgrund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spieles gesetzt werden kann (siehe das soeben zit Erk des VwGH unter Hinweis auf *Bresich/Klingenbrunner/Posch* in Strejcek/Bresich, Kommentar zum Glücksspielgesetz 1989 § 1 GSpG Rz 5).

Geschicklichkeitsspiele unterscheiden sich hiervon dadurch, dass Faktoren wie Routine, Berechnung und Kombinationsgabe den Ausgang des Spiels überwiegend beeinflussen (siehe die genannte Kommentierung zu § 1 GSpG Rz 3). Demnach liegt kein Glücksspiel vor, wenn es der Spieler „in der Hand“ hat, ob der Zufall oder seine Geschicklichkeit entscheidet; wenn er sich also kausale Umstände soweit zunutze machen könnte, dass er den Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit steuern und oder prognostizieren kann. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Spieler die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Spielergebnis ungenützt lässt und somit ein zufallsabhängiges Spielergebnis realisiert (siehe VwGH 4.1.2017, Ra 2015/17/0145 mwN).

III.3. Vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung in Glücks- und Geschicklichkeitsspiele ist zu beurteilen, wie das im Sachverhalt näher dargestellte Spiel „TimeMachine“ in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist.

III.4. Das Spiel „TimeMachine“ basiert darauf, dass die Spieltaste für das Erreichen eines der Gewinnfelder eine bestimmte, fix einprogrammierte Zeitdauer lang mit einer Genauigkeit von 0,1 Sekunden betätigt werden muss.

III.5. Auch das erkennende Gericht geht – entsprechend der Argumentation des ASV – davon aus, dass der ggst. Zeitrahmen von 0,1 Sekunden unterhalb der menschlichen Reaktionszeit liegen wird. Der Bf weist jedoch darauf hin, dass im ggst. Fall keine Überlegungen zur Reaktionszeit anzustellen seien, weil es beim Spiel um das Abschätzen einer Zeitspanne gehe, während die Reaktionszeit vielmehr das Reagieren auf einen äußeren Reiz betreffe. Dieses Vorbringen erweist sich als zutreffend:

Die Reaktionszeit ist definiert als *„die Zeitspanne, die zwischen einem Signal und der auf dieses Signal folgenden Reaktion einer Versuchsperson gemessen wird*“ und kann als Summe verschiedener Teilvorgänge aufgefasst werden: *„Unterschieden werden die sensorische Reizleitungszeit, die zentrale kognitive Verarbeitungszeit und die motorische Reizleitungszeit. Es wird angenommen, die motorische und sensorische Reizleitungszeit sei jeweils konstant, um rechnerisch die kognitive Verarbeitungszeit zu bestimmen. Die Reaktionszeiten sind interindividuell sehr verschieden. Einfach-Reaktionszeiten, d.h. Reaktionen auf einfache Reize, betragen – abhängig von der Intensität des Reizes – bei einem Lichtsignal etwa 180 msec, bei einem akustischen Reiz etwa 140 msec, bei einem taktilen Reiz etwa 130 msec.“* (vgl. http://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/reaktionszeit/12540, aufgerufen am 14.8.2017).

Da das Spiel „TimeMachine“ nicht darauf basiert, auf einen externen Reiz (wie etwa das unvermittelte Aufleuchten eines Symbols) innerhalb von 0,1 Sekunden zu reagieren, sondern vielmehr das Gedrückt-Halten der Spieltaste für eine bestimmte Zeitdauer spielentscheidend ist, stellt sich die Frage der Reaktionszeit

nicht. Wie soeben dargelegt, inkludiert die Reaktionszeit nämlich auch die Reizleitung sowie die Verarbeitung des Reizes im Gehirn. Entscheidend ist beim ggst. Spiel aber vielmehr, dass der Spieler eine – fixe – Zeitspanne möglichst exakt abschätzt und die Spieltaste möglichst exakt zur richtigen Zeit loslässt. Mit anderen Worten geht es um die Zeiteinschätzung (allenfalls unter Zuhilfenahme einer Stoppuhr udgl), die Kenntnis der körpereigenen „Umsetzzeit“ (also der Zeit zwischen dem kognitiven Entschluss des Loslassens des Knopfes, der Reizleitung zu den Muskeln und der eigentlichen Ausführung der Bewegung) und die exakte Spieldurchführung. Da die gewinnentscheidende Zeitspanne immer dieselbe ist, hängt der Spielerfolg damit grundsätzlich von der Fertigkeit des Spielers ab.

III.6. Unstrittig ist, dass eine Taste mit darunterliegendem Mikroschalter gewisse Schaltwege beim Drücken bzw. Federwege beim Loslassen aufweist. Es erscheint nachvollziehbar, dass zwischen dem Moment der ersten Berührung der Taste und dem tatsächlichen technischen Auslösen des Schalters (zum Beginn der Zeitnehmung) ein Leerweg zurückzulegen ist; dasselbe gilt sinngemäß für das Loslassen der Taste bei der Rückführung in die Ausgangsposition, weil auch dort der Schaltpunkt (zum Beenden der Zeitnehmung) nicht unmittelbar mit der beginnenden Reduktion Tastendrucks ausgelöst werden wird. Alleine diese technischen Aspekte reichen aber nicht aus, um das Spiel als Glücksspiel zu qualifizieren:

So ist etwa die Frage, wo genau das Tastenfeld berührt werden soll um eine möglichst exakte Übertragung der Bewegung bzw. Auslösung des Schalters zu erhalten, eine Frage der Fertigkeit und der Erfahrung des Spielers. Dasselbe gilt für die Frage, wie schlagartig die Taste gedrückt bzw. losgelassen werden soll. Auch eine allfällige technische Verzögerung aus dem zurückzulegenden Federweg beim Loslassen der Taste kann in die Spielererfahrung einbezogen werden, weil der Spieler zwar keine gesonderte Rückmeldung hinsichtlich der Betätigung der Spieltaste erhält, aber sehr wohl aus Spielerfolg oder -verlust Rückschlüsse treffen kann. In Ansehung des Umstandes, dass der Spieler bloß zwei sehr einfache Aktionen zu setzen hat – Drücken und Loslassen eine Taste – geht das Gericht davon aus, dass ein Spieler sehr wohl Kenntnisse hinsichtlich des Verhaltens des Automaten erwerben kann.

Wenn nämlich – und hierfür konnten im ggst. Verfahren keinerlei Anhaltspunkte gefunden werden – die Taste bzw. der Schalter sowie die dahinterstehende Elektronik und Programmierung nicht ganz bewusst so gestaltet sind, dass zusätzlich ein nicht beeinflussbares, zufallsabhängiges Verzögerungsmoment hinzutritt, ist der Spielerfolgt oder -verlust unmittelbar vom Spielverhalten abhängig. Auch Verschleißeffekte und dadurch bedingte Änderungen des Tastenansprechverhaltens stellen einen länger andauernden Prozess dar, sodass daraus kein Zufallsmoment abgeleitet werden kann. Im Ergebnis ist die rein

technisch-physikalische Reaktion einer Bedieneinheit bzw. ihre optimale Betätigung ein Aspekt des Erfahrungsschatzes des Spielers.

III.7. Bei der gegebenen fixen Betätigungsdauer sind Zufallselemente augenscheinlich in den Hintergrund gedrängt. Keinesfalls erscheint es sachgerecht, aus jeglicher technischen Varianz der Bedieneinheit die überwiegende Abhängigkeit vom Zufall abzuleiten; andernfalls wären sämtliche (Computer-) Spiele, die mit Bedieneinheiten – wie Tasten, Joysticks, Touchscreens, udgl. – gesteuert werden, überwiegend vom Zufall abhängig, was jedoch nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht. Vielmehr geht das Gericht – aufgrund des dargestellten simplen Spielablaufes – davon aus, dass ein Spieler auch Betätigungs- und Federweg der Taste durch Routine erlernen kann.

III.8. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Geschicklichkeitsspiel so trivial sein muss, dass bereits nach wenigen Versuchen ein durchgängiger Spielerfolg verzeichnet werden kann; beispielsweise ist auch im Bereich des Sportes mitunter ein sehr exaktes Agieren des Spielers erforderlich (genaues Treffen, zeitlich präzise Schussabgabe im Schießsport, etc.). Entscheidend ist vielmehr nur, dass man sich durch Übung die für das Spiel erforderlichen Fertigkeiten grundsätzlich aneignen kann, weil Einzelergebnisse durchaus von der „Tagesverfassung“ und der individuellen Begabung eines konkreten Spielers abhängen können.

III.9. Des Weiteren gibt es keine rechtlichen Anhaltspunkte dafür, dass ein Geschicklichkeitsspiel „gratis“ erlernbar sein müsste, wenngleich darauf hinzuweisen ist, dass das Gerät den Animationslauf ohne Geldeingabe darstellt und der Spieler diesen beobachten kann. Auch daraus, dass ein Lernen vor allem aus Misserfolgen möglich ist, können keine weiteren Schlussfolgerungen abgeleitet werden, weil das vielen Spielen immanent ist. Schließlich ist auch der Aspekt der Gewinnausspielung nicht entscheidend: Zwar werden – wie der ASV zutreffend darlegte – Geschicklichkeitsspiele häufig derart angeboten, dass Spiel- oder Zeiteinheiten, „Leben“, Würfe udgl. erworben werden, die Spieler aber im Gegenzug keine Gewinnmöglichkeiten erhalten, sondern sich nur am Spielablauf erfreuen können. Die Definition des § 1 Abs. 1 GSpG liefert jedoch keine rechtliche Grundlage dafür, dass ein Spiel bloß deshalb seinen Charakter als Geschicklichkeitsspiel verlieren würde, weil eine Gewinnmöglichkeit besteht (idS. die Rsp des VwGH, aus der sich ergibt, dass auch bei Automaten mit Gewinnmöglichkeiten sehr wohl festgestellt werden muss, ob eine Einflussnahme auf das Spielergebnis möglich ist; siehe etwa VwGH 4.1.2017, Ra 2015/17/0145). Entscheidend ist daher vielmehr nur, ob das Erreichen des Gewinnes überwiegend vom Zufall (Glücksspiel) oder von den Fertigkeiten des Spielers (Geschicklichkeitsspiel) abhängt.

III.10. Zwar ist bei der Prüfung des Ausmaßes der Zufallsabhängigkeit eines Spieles nicht bloß auf dessen abstrakte Regeln abzustellen, sondern sind ebenso die konkreten Modalitäten und Rahmenbedingungen der Durchführung des Spieles zu berücksichtigen (vgl. VwGH 2.7.2015, Ro 2015/16/0019 unter Hinweis auf *Bresich/Klingenbrunner/Posch*, aaO, § 1 GSpG Rz 8). Dass Automaten wie der gegenständliche üblicherweise in Wirtshäusern oder Bars aufgestellt werden, reicht jedoch nicht aus, um das ggst. Spiel als Glücksspiel zu qualifizieren, zumal im ggst. Fall keine besonderen Verhältnisse festgestellt werden konnten, die objektiv betrachtet eine Spieldurchführung ungebührlich erschwert hätten.

III.11. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass es nicht darauf ankommt, ob ein Automat für dessen Eigentümer bzw. Aufsteller letztlich Gewinn oder Verlust erwirtschaftet. Freilich wird eine subjektive Erwartungshaltung des Anbieters bestehen, dass ungeübte Spieler anfänglich wenig Erfolg haben bzw. einige Spieler nicht bereit sein werden, die nötige Konzentration und den nötigen Ehrgeiz aufzubringen, um ihr Spielverhalten zu verbessern. Es kann aber nicht darauf ankommen, welche Erwartungshaltung der Anbieter hat – oder ob sich diese Erwartungshaltung erfüllt –, solange das Spiel durch menschliche Fertigkeiten steuerbar ist.

III.12. Zusammengefasst zeigt sich nach Durchführung des gerichtlichen Verfahrens, dass der ggst. Automat aufgrund seiner konkret festgestellten Funktionsweise nicht in den Anwendungsbereich des GSpG fällt. Damit ist aber der konkret vorgeworfene Tatbestand im angefochtenen Straferkenntnis schon aus objektiver Sicht nicht erfüllt, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt: Zwar können aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes allgemeine Rückschlüsse zum Begriff des Glücks- und Geschicklichkeitsspieles getroffen werden (siehe die oben dargestellte Rsp); zur Frage, wie ein Gerät mit der dargestellten Funktionsweise letztlich aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofes zu qualifizieren ist, liegt – soweit ersichtlich – jedoch noch keine Rechtsprechung vor. Das erkennende Gericht geht davon aus, dass dieser Frage eine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommen wird. Im gegebenen Zusammenhang ist besonders darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Gerät zwar in technischer Hinsicht eine gewisse Ähnlichkeit zu bekannten Geräten aufweist, dass jedoch der Spielablauf gänzlich anders gestaltet ist.

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 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 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Pree