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

Geschäftszeichen: LVwG-412397/8/Wei

Datum: Linz, 8. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des G M, geb. x, x, x, vertreten durch Rechtsanwälte P & S, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 27. September 2017, GZ: BHGRPol-234511-2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde gegen den Schuldspruch wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis insoweit bestätigt. In der Straffrage wird der Beschwerde teilweise Folge gegeben, die Geldstrafe auf 2.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 67 Stunden herabgesetzt. Die Strafsanktionsnorm wird mit der Wendung „§ 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG“ präzisiert.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Kostenbeitrag im Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde beträgt 200 Euro.

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

I. Gegenstand und Inhalt der Beschwerde

I.1. Mit Straferkenntnis vom 27. September 2017, GZ: BHGRPol96-234511-2017, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 4.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 134 Stunden) wegen einer Übertretung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG, der folgende Anlastung zugrunde liegt:

„Sie haben sich als gewerblicher Automatenaufsteller und Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG in der Zeit vom 14.4.2017 bis 27.4.2017 im Lokal mit der Bezeichnung ‚B E ' in x, x, an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4. GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unter Verwendung eines dort aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgerätes mit der Gehäusebezeichnung ‚TimeMachine', Serien-Nr. 029, mit der Versiegelungsplaketten-Nr.: A076037, mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz von mindestens 1 Euro je nach eingestelltem Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 Gewinne von mindestens 10 Euro und höchstens 40 Euro in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, beteiligt, um damit selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielgeräten zu erzielen, in dem Sie dieses Glücksspielgerät dem Glücksspielveranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben, obwohl diese Glücksspiele 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."

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass die Ausspielung verboten gewesen sei, da hiefür keine Standortbewilligung des Bundesministers für Finanzen genehmigt bzw auch keine entsprechende bundes- bzw landesgesetzliche Konzession für den Betrieb erteilt worden sei und eine Ausnahme gemäß GSpG nicht vorliege. Der Bf habe sich als Eigentümer des Geräts als Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GspG an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 nach dem vierten Tatbild beteiligt, indem er das Glücksspielgerät über einen längeren Zeitraum dem Glücksspielveranstalter durch Aufstellen des Geräts gegen Entgelt zur Verfügung gestellt habe. Die Strafhöhe sei im Hinblick auf bereits bei den vorangegangenen Kontrollen, wobei im gegenständlichen Lokal jeweils eine vom Bf aufgestellte *„TimeMachine"* beschlagnahmt werden musste und trotz wiederholter Beschlagnahme und Einleitung von Strafverfahren wiederum aufgestellt wurde, und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Einkommens angemessen.

I.2. Gegen dieses am 4. Oktober 2017 zugestellte Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig durch seine Rechtsvertreter die Beschwerde vom 5. Oktober 2017 und beantragte in der Hauptsache die Aufhebung des angefochtenen

Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu von einer Strafe abzusehen und eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die verhängte Strafe herabzusetzen. Außerdem wurde ein Antrag auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung gestellt.

Zur Begründung bringt die Beschwerde im Wesentlichen vor, dass es sich beim gegenständlichen Gerät um keinen Glücksspielapparat, sondern um einen Geschicklichkeitsapparat handle, wobei zur Funktionsweise auf das vorliegende Gerätegutachten des Sachverständigen Marton vom 25.09.2016 verwiesen wird, dem das gegenständliche Gerät vollinhaltlich entspreche. Außerdem treffe den Bf kein Verschulden, weil ein völlig neu entwickeltes Gerät vorliege, zu dem bei Markteinführung noch keine behördliche Einstufung und keine Entscheidung höherer Instanz vorgelegen sei. Der Bf habe auf das Gerätegutachten des Sachverständigen Marton vertrauen dürfen. Unabhängig davon erscheine die Strafe überhöht und wäre eine bloße Ermahnung vertretbar oder zumindest eine Herabsetzung der Strafe angemessen gewesen.

I.3. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung erlassen zu haben. Die belangte Behörde verwies auf die Aktenlage und die Begründung des Strafbescheides und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

II. Beschwerdeverfahren

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 19. April 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit eines Vertreters der Abgabenbehörde sowie in Abwesenheit der belangten Behörde und des Bf durchgeführt. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, insbesondere in die darin enthaltene Dokumentation der Kontrolle, in vorgelegte Gutachten und beigeschaffte Urkunden aus vorangegangenen Beschwerdeverfahren zum gegenständlichen Gerätetyp (Beilagen./1 bis./3) und in die vom Bundesministerium für Finanzen (BMF) dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Verfügung gestellten, den Parteien zur Kenntnis gebrachte Unterlagen wie folgt:

Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017 (Beilage ./A), Glücksspielbericht des BMF 2010–2013 (Beilage ./B), Evaluierungsbericht über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014 (Beilage ./C), Glücksspielbericht des BMF 2010–2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014–2016 (Beilage./D), Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur

neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ (Beilage./E); Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 zum Thema „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“ vom Institut für interdisziplinäre Sucht und Drogenforschung in Hamburg (Beilage./F) und Forschungsbericht des ÖBIG und der Gesundheit Österreich GmbH zum Thema „Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz“ (Beilage./G).

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 19. April 2018, zu der ADir. M S als Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels erschienen ist, wurde die finanzpolizeiliche Zeugin M H zu den Probespielen bei der Kontrolle am 27. April 2017 im Lokal „B E“ befragt. In der Verhandlung wurden auch die zum Gerätetyp *„TimeMachine“* bereits ergangenen hg. Erkenntnisse vom 6. März 2018, GZ LVwG-412110/20/Wg/KHu, und vom 16. März 2018, GZ LVwG-412580/7/KLi, angesprochen, die dem Bf zu Händen seiner Rechtsvertreter zugestellt worden waren. Kopien dieser Entscheidungen sind als Beilagen./1 und./2 und als Beilage./3 ist das im erstgenannten Verfahren erstellte Verhandlungsprotokoll zum Akt genommen worden.

II.2. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung

Der folgende wesentliche Sachverhalt ist nach Überzeugung des Verwaltungsgerichts erwiesen:

II.2.1. Ermittlungsergebnisse der Finanzpolizei

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. April 2017 um 12:35 Uhr im Lokal „B E“ (lt. Anzeige auch „B G“) in x, x, das von E Z, geb. x, betrieben wird, wurde das unten angeführte Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungspla-kettennummer
3	TimeMachine	029	keine	A076037

Die Organe der Finanzpolizei haben das Gerät mit der FA-Nr. 3 nach den durchgeführten Probespielen vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen. Es war nach Angabe des Lokalbetreibers in der Zeit vom 14. bis zum 27. April 2017 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt.

Eigentümer des Geräts ist der Bf. Dieser hat das im Lokal „B E“ in x aufgestellte Gerät *„TimeMachine*“ zur Verfügung gestellt, um aus der Veranstaltung von Glücksspielen durch verbotene Ausspielungen mit dem Gerät nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Weder der Geräteeigentümer noch der Lokalbetreiber waren Inhaber einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zum Betrieb

dieser Geräte. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Zum Spielablauf nach der Anzeige samt GSp26-Dokumentation:

Beim Gerät FA-Nr. 3 mit der Bezeichnung *„TimeMachine“* handelt es sich im Ergebnis um eine Variante eines „Fun Wechslers“ mit Geldwechselfunktion und Beleuchtungsumlauf (Lauflicht) in der Art eines elektronischen Glücksrades.

Auf dem Gerät waren bei einem Mindesteinsatz von 1 Euro - wie aus zahlreichen anderen Verfahren bei jüngeren Fun-Wechslern gerichtsbekannt ist - die Vervielfachungsfaktoren 1, 2 und 4 vorgesehen, was im Ergebnis der Wahl möglicher Einsätze von 1, 2 oder 4 Euro entspricht. Im Fall eines Lauflichtstopps im Ziel (Fußballtor) fiel der in Aussicht gestellte Höchstgewinn in Höhe des 10-fachen des vorgewählten Einsatzes an.

Die Spielauslösung (Beleuchtungsumlauf bzw Lauflicht) selbst erfolgte durch Loslassen der roten Taste „START STOP“, die zuvor mindestens eine Sekunde gedrückt gehalten werden musste. Der Beleuchtungsumlauf endet mit dem Stillstand des Lauflichts auf einem der Symbolfelder (Fußball, Zahlenfeld, oder Ziel mit Tor) am Glücksrad, welches beleuchtet bleibt. Der Stillstand des Lauflichts auf einem der zahlreichen Felder mit dem Symbol „Fußball“ bedeutet den Verlust des Einsatzes, jener auf einem der Felder mit den Zahlen 2, 4, 6 oder die 10 im Ziel (Torsymbol) einen Gewinn in Höhe des Einsatzes multipliziert mit der beleuchteten Zahl als Faktor.

Bei den Probespielen konnte die Zeugin von der Finanzpolizei keinen Gewinn erzielen. Das eingesetzte Spielgeld von 20 Euro war sehr rasch verloren. Der Zeugin gelang es auch durch verschieden langes Halten der Starttaste vor dem Loslassen nicht, ein Gewinnfeld zu erzielen. Der Ball (gemeint Lauflicht über Ballsymbole) sei sehr schnell gelaufen und eine Möglichkeit der Einflussnahme hat die Zeugin nicht gesehen (VHP, Seite 5).

Demnach war für durchschnittliche Spieler eine Einflussnahme auf das Spielergebnis durch Betätigung von Tasten nicht möglich. Dieser Eindruck der Zeugin wird durch die Auswertung von aktenkundig gewordenen Ausführungen (Gutachten, Stellungnahmen) von Sachverständigen bestätigt. Dazu im Folgenden:

II.2.2. Gerätebeschreibung und Funktionsweise der *„TimeMachine“*

Auf Grund des vom Bf vorgelegten Gerätegutachtens vom 25.09.2016 des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen F M und der dazu von der Abgabebehörde beigebrachten *„Gutachterliche Stellungnahme zum*

Gutachten zur ‚TimeMachine' des SV F M" vom 13.07.2017 des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen E F sowie der ergänzenden fachlichen Ausführungen dieses Sachverständigen im Beschwerdeverfahren zu LVwG-412110 iZm ergänzenden Angaben des Bf (vgl Verhandlungsschrift vom 18.10.2017) werden zur genauen Funktionsweise des Geräts vom Typ „*TimeMachine"* die folgenden Feststellungen getroffen:

Das Gerät hat eine Spieloberfläche, auf der in konzentrischen Kreisen bzw spiralförmig angeordnete, hinterbeleuchtbare Symbolfelder, und zwar Fußballsymbole mit dazwischen liegenden Zahlensymbolen „2", „4" und „6" und in der Mitte ein zentral platziertes Fußballtor als Ziel dargestellt werden. Durch die im Hintergrund nacheinander erfolgende Beleuchtung der Symbole auf der Spieloberfläche (Lauflicht oder Beleuchtungsumlauf) kommt es zur optischen Darstellung eines Animationslaufes vom Startpunkt bis ins Tor. Ferner wird auf der Spieloberfläche der gewählte Vervielfachungsfaktor als „Level" („1", „2" oder „4") dargestellt. Das Gerät verfügt über eine rote Spieltaste (*„START STOP")* sowie u.a. über einen Münzeinwurf, ein Banknotenlesegerät, eine dreistellige Kredit- bzw Guthabensanzeige und zwei Funktionstasten (grüne Taste: *„Rückgabe/Wählen 1/2"* und gelbe Taste: *„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. von 5- bis 100-Euro-Scheine (Banknotenlesegerät) in das Gerät eingegeben werden, womit ein Guthaben am Gerät hergestellt wird, das in der Kreditanzeige ersichtlich ist.

Mit der Geldwechselfunktion kann das eingegebene Guthaben (nach Wahl) in 1- oder 2-Euro-Münzen getauscht werden. Dabei wird durch längeres Drücken der grünen 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 Betätigung der gelben 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 grünen Taste *„Rückgabe/Wählen 1/2"* den Vervielfachungsfaktor bzw „Level" auswählen. Dieser 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 roten 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.

Ziel des Spiels ist es, auf einem Gewinnfeld zu landen, d.h. im Tor (Multiplikator 10) oder auf einem der Felder mit den Zahlen „2", „4" oder „6" (die jeweilige Zahl entspricht dem Multiplikator). Um im Tor zu landen, muss die rote Spieltaste bis zum Loslassen 3,6 bis 3,7 Sekunden lang gedrückt gehalten werden; diese Zeit ist bei jedem Spiel gleich. Hat der Spieler die Taste kürzer betätigt, landet er mit dem Lauflicht entsprechend der Betätigungsdauer und der Zeit (Verweildauer) von 0,1 Sekunden je Feld auf einem der vorherigen 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 Gewinnfaktor (Zahlensymbol) multipliziert und als Guthaben gutgeschrieben, welches in der Kreditanzeige aufscheint; landet er auf einem der übrigen Symbolfelder (Fußbälle), hat der Spieler das Spiel verloren und es bleibt beim Abzug entsprechend dem gewählten Einsatz. Die Auszahlung des erworbenen oder verbleibenden Guthabens erfolgt, wie oben bei der Geldwechselfunktion dargestellt, durch Betätigen einer der Geldwechseltasten.

Die Geschwindigkeit des im Uhrzeigersinn laufenden Lichts (Beleuchtungsumlaufes) und damit die jeweilige Zeitdauer vom Start (Fußballsymbol) bis ins Ziel oder zu anderen Gewinnfeldern ist durch das Programm vorherbestimmt und kann nur vom Programmierer geändert werden. Das Gerät ist nicht mit dem Internet verbunden; allfällige Änderungen des Spiels bzw. dessen Ablaufs müssen unmittelbar durch Veränderungen am Gerät selbst erfolgen.

Das Zeitfenster für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge betrug bei dem im Gutachten des F M (Seite 10) beschriebenen Prototyp der *„TimeMachine“* noch 200 Millisekunden (= 0,2 Sekunden). In der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2017 im gleichgelagerten Beschwerdeverfahren LVwG-412110 ergab sich, dass er Bf am 24. Juli 2017 den Programmierer angewiesen hatte, die Zeitdauer für das Halten und Loslassen der roten Spieltaste, um ins Ziel bzw Hauptgewinnfeld zu gelangen, auf 3,6 bis 3,7 Sekunden herabzusetzten. Auch das im Gutachten M für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge angeführte Zeitfenster von 0,2 Sekunden wurde auf 0,1 Sekunden reduziert und bei allen Geräten so eingestellt (vgl Angaben des Bf im Verhandlungsprotokoll zu LVwG-412110, Seiten 3f).

In technischer Hinsicht ergeben sich auf Grund der ergänzenden Angaben des Bf im Verfahren zu LVwG-412110 und der fachlichen Ausführungen des Sachverständigen E F folgende besonderen Umstände von Relevanz:

Unterhalb der Spieltaste des Gerätes ist ein Mikroschalter mittig platziert; die Rückstellung der Taste erfolgt über eine Federsteuerung. Es handelt sich dabei um kein elektronisches Präzisionsbauteil, sondern um einen elektromechanischen Schalter, dessen Schaltfunktion (Schaltpunkt, Druckpunkt) vom Spieler weder haptisch noch akustisch exakt wahrgenommen werden kann. Da der Schaltpunkt der Taste ohne seitenstabiler Oberfläche von der jeweiligen Art der Betätigung, entweder mehr zur Mitte oder mehr zum Rand der Taste hin (Betätigungsweg) und von der dabei angewendeten Bewegungsenergie abhängig ist, kann die Wiederholgenauigkeit um weit mehr als eine Zehntelsekunde abweichen. Nur bei exakt mittiger Betätigung der Taste ist die synchrone Übertragung der Bewegung auf den Mikroschalter möglich. Der auf den Mikroschalter wirkende Hebel muss dabei ebenfalls genau in der Mitte angebracht sein. Dazu kommt noch eine beim Loslassen der federgesteuerten Taste mit dem Federweg verbundene Toleranz, die nicht vom Spieler gesteuert werden kann. Selbst wenn eine rasche, schlagartige Bewegung eine zeitnahe Schaltfunktion bewirken kann, bestimmt die Schaltfunktion beim Loslassen der Taste eine Federkraft, welche die Taste in die Ausgansposition zurückbewegt. Der Spieler erhält keine zusätzliche Rückmeldung zur Auslösung bzw. zum Schaltpunkt des Schalters.

Das Gerät visualisiert im „Standby"-Betrieb (d.h. ohne dass aktuell ein entgeltliches Spiel durchgeführt wird) den Animationslauf vom Startpunkt bis ins Tor. Ein (potentieller) Spieler soll nach der auf der Vorderseite des Geräts angebrachten Spielanleitung die Möglichkeit haben, den Animationslauf ohne Geldeingabe zu beobachten. Der Sachverständige F hat dazu allerdings bei Testspielen an Geräten gleichen Typs wahrgenommen, dass Beobachtungen im Animationslauf zur Einschätzung der Zeitdauer vom Start bis ins Ziel auf den konkreten Spielverlauf nach Einsatzleistung nicht übertragbar und damit unverwertbar sind, weil der kostenpflichtige Spielablauf stets schneller durchgeführt wurde als der Animationslauf. Während beim Animationslauf ein Ball (bzw Symbol) nach dem anderen auf der spiralförmig gestalteten Spieloberfläche für kurze Zeit beleuchtet und damit eine strukturierte Wahrnehmung möglich wird, werden beim kostenpflichtigen Spielablauf stets mehrere Bälle gleichzeitig beleuchtet, so dass ohne eine strukturierende Veränderung auf der Spieloberfläche auch kein Vergleiche möglich sind. Der Spieler kann daher aus Beobachtungen im kostenfreien Animationslauf nichts für den kostenpflichtigen Spielverlauf gewinnen (vgl SV F, Gutachterliche Stellungnahme, Seite 3).

Auf Grund des Zusammenwirkens von Toleranzen aus menschlicher Reaktionszeit und aus Bauteilen und des Fehlens von Referenzpunkten für vergleichende Zeitlaufbeobachtungen hängt die Entscheidung über das Spielergebnis nicht vorwiegend von der Geschicklichkeit des Spielers ab, sondern wird vielmehr vorwiegend vom Spielprogramm und damit zufallsbestimmt herbeigeführt.

II.2.3. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41 % der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42 %). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33 %), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20 %. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4 % auf etwa 8 % verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14 %). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen - die auf dem vierten Platz liegen - sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4 % in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5 % teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6 % bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2 % im Jahr 2009 auf ca. 1 % im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen, und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der

entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa 1 %). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1 % dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8 % zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2 % dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „Casinos Austria“ nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7 % und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4 %. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Casinos von ca. 13,5 % im Jahr 2009 auf ca. 8,1 % im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2 % im Jahr 2009 auf 27,2 % im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-“Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 221.296 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31. Dezember 2016 waren beim Konzessionär österreichweit insgesamt 33.737 Personen gesperrt.

In den VLT-Outlets ist seit 2015 die Registrierung aller Teilnehmer verpflichtend. 23.845 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 dem Screening des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.216 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren). Im Jahr 2016 wurden 639 Informationsgespräche sowie 543 Beratungen bzw. Befragungen geführt; ferner wurden 776 Besuchsbeschränkungen vorgemerkt sowie 899 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Außerdem wurden 2.882 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 - darunter 2.352 über österreichische VLT-Outletbesucher und 407 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR - eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 1.434 online-“Sofort-Checks“.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spielerschutzangelegenheiten mit Behörden und fachlichen Einrichtungen auf Bundes-, Landes- sowie Regionalebene sowie international; Spielerschutz einschließlich Spielsuchtprävention im österreichischen sowie internationalen Glücksspielrecht; die fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre; Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels; Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung; des Weiteren die Weiterentwicklung von Standards und Strategien zur Eindämmung der Spielsucht und damit verbundenen anderen negativen Effekten.

Ferner ist durch die Glücksspielgesetz-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese

Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen - diese Anbindung ist seit 1. Juli 2017 in Betrieb. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

Hinsichtlich des illegalen online-Glücksspiels werden folgende Maßnahmen gesetzt: Veröffentlichung einer „white list“ der in Österreich bewilligten Unternehmen auf der Homepage des BMF zur Information darüber, wer in Österreich legal Glücksspiele anbietet; Rechtsinformation zu erlaubten Glücksspielen auf der Homepage des BMF; Verfolgung von Werbung für illegale online-Glücksspiele durch Anzeigen von Medienunternehmen; Verständigung mit anderen EU-Mitgliedstaaten im weiteren Vorgehen; Vorschreibung und Hereinbringung von Glücksspielabgaben auch von illegalen online-Glücksspielen; Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom Juli 2014 zum Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspielen; Kooperationsabkommen zwischen den Regulierungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten zu online-Glücksspiel; repressive und präventive Maßnahmen sowie Aufklärungs- und Informationskampagnen.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren und den zitierten Beweisurkunden.

II.3.1. Allgemein

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere dem schlüssigen und nachvollziehbaren Aktenvermerk der Finanzpolizei, den deutlichen Fotos im Akt und den GSp26 Formularen, mit denen die Testspiele umfangreich und schlüssig dokumentiert wurden und aus der schlüssigen und glaubhaften Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen Organs der Finanzpolizei, das die Testspiele durchgeführt hat. Das Gerät FA-Nr. 3 wurde von der finanzpolizeilichen Zeugin M H, die einen glaubwürdigen Eindruck machte, zur Probe bespielt. Sie

gab zusammengefasst an, dass es ihr nicht möglich war, auf den Spielverlauf Einfluss zu nehmen, obwohl sie Versuche unternommen und die Starttaste verschieden lange gedrückt gehalten habe. Das Spielgeld von 20 Euro war rasch verloren.

Auch aus der Fotodokumentation kann nichts den getroffenen Feststellungen Widersprechendes erkannt werden. Es besteht kein Grund, an der schlüssigen Aussage der Zeugin, die mit der angefertigten Fotodokumentation und den Gsp26-Formularen in Einklang steht, zu zweifeln. Darüber hinaus konnten die möglichen Einsätze und Funktionsweisen auch vom einvernommenen Lokalbetreiber geschildert werden.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgt, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre.

Dass der Bf im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso wenig ist eine solche Konzession der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html zu entnehmen.

Dass das verfahrensgegenständliche Gerät zumindest von 14.04.2017 bis 24.04.2017 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus der Aussage des Lokalbetreibers im Rahmen der Kontrolle und wurde vom Bf auch nicht bestritten.

II.3.2. Zur Funktionsweise der „TimeMachine“ als Glücksspielgerät

Zur Beschreibung des Geräts wird auf den unbedenklichen Befund zum baugleichen Prototyp im aktenkundigen Gutachten des Sachverständigen F M vom 25.09.2016, das der Bf in Auftrag gegeben hatte, verwiesen. Hinsichtlich der Feststellungen und Schlussfolgerungen betreffend den Glückspielcharakter des Gerätes war der von der Abgabenbehörde vorgelegten Gegendarstellung des Sachverständigen E F vom 13.07.2017 sowie dessen Ausführungen als beigezogener Sachverständiger in der mündlichen Verhandlung des

gleichgelagerten Beschwerdeverfahrens zu LVwG-412110-2018 zu folgen (vgl im ggst Akt Beilage 3 zum Verhandlungsprotokoll). Die dargestellten Argumente dieses Sachverständigen waren für das Verwaltungsgericht überzeugend. Im Ergebnis hielt er die *„TimeMachine“* wegen der nicht bestreitbaren Toleranzen bei Betätigung der Spieltaste in Verbindung mit der menschlichen Reaktionszeit für ein Glücksspielgerät, bei dem vorwiegend das Spielprogramm das Ergebnis herbeiführt. Die Schlussfolgerungen des Sachverständigen waren für das Verwaltungsgericht gut nachvollziehbar. Ebenso erscheint dessen Meinung plausibel, dass die *„TimeMachine“* unschwer als eine weitere Variante des „Fun Wechslers“ erkennbar sei und dessen Geldwechsel- und Glücksradfunktion aufweise.

Indirekt wird dieses Ergebnis auch noch durch eine Fußnote im Gutachten des Sachverständigen F M bestätigt (vgl Gutachten, Seite 13, FN zu Punkt 3.2) Im Zusammenhang mit dem damals noch aktuellen Zeitfenster von 200 Millisekunden (0,2 Sekunden) für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge ist u.a. folgende Fußnote zu lesen:

Reaktionszeit
Die Reaktionszeit ist die Zeitspanne zwischen dem Erkennen eines bestimmten Reaktionsanlasses und dem Beginn der darauf gerichteten (Abwehr-) Handlung. Sie ist psychologisch und physiologisch bestimmt und liegt bei visuellen Reizen, d.h. 80% unserer Wahrnehmungsinhalte, zwischen ca. 0,2 und 0,3 Sekunden. http://www.egopont.com/de/reaktionszeit-test

Geht man von dieser für visuelle Reize angegebenen Reaktionszeit von 0,2 bis 0,3 Sekunden aus, so wird schon damit bewiesen, dass das nunmehr programmierte Zeitfenster von einer Zehntelsekunde außerhalb der menschlichen Reaktionsfähigkeit liegt. Auch die vom Bf angegebene Zeitdauer vom Start bis zum Ziel von 3,6 bis 3,7 Sekunden weist eine menschlich nicht beherrschbare Abweichung von einer Zehntelsekunde auf.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, auch um eine Rechtsfrage, die vom Verwaltungsgericht zu lösen ist. Ein Sachverständiger kann dabei Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht aber auch bei Testspielen durch die Finanzpolizei. Die Einholung von weiteren Gutachten war aus diesem Grund nicht erforderlich.

II.3.3. Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus

Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013, im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 und im Glücksspielbericht 2014-2016. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

III. Einschlägige Rechtsvorschriften

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl. I Nr. 118/2016 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 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 § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs 1 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.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Zur Funktionsweise und Qualifikation des Geräts vom Typ *„TimeMachine“* sind jüngst die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes auf Grund von hg. Anlassfällen ergangen (VwGH 11.07.2018, Ro 2018/17/0001; VwGH 20.08.2018, Ro 2018/17/0002). Gegen das diesen Gerätetyp als Geschicklichkeitsgerät einstufende Erkenntnis des LVwG Oö. vom 6. März 2018, LVwG-412110/20/Wg/KHu, hatte die in diesem Verfahren belangte Behörde erfolgreich Amtsrevision erhoben. Der Verwaltungsgerichtshof setzte sich mit der Frage der Glücksspieleigenschaft näher auseinander und kam im Erkenntnis vom 11.07.2018, Ro 2018/17/0001, auf Basis der hg Tatsachenfeststellungen, die im Grunde den Ausführungen des Sachverständigen E F folgten, zum Ergebnis, dass das Gerät in unvertretbarer Weise als Geschicklichkeitsgerät qualifiziert wurde. Im Folgenden werden RN 11 bis 13 aus der Begründung des Verwaltungsgerichtshofs in der zitierten Entscheidung wiedergegeben:

„11 Ausgehend von dem auf der Grundlage eines eingeholten Amtssachverständigengutachtens vom LVwG festgestellten Sachverhalt ist zunächst festzuhalten, dass der beschlagnahmte Apparat eine Gewinnchance bietet. Durch den Einwurf einer Münze bzw. durch das Einführen eines Geldscheines erwirbt man die Chance, bei Erlangen eines bestimmten Feldes einen Gewinn zu realisieren. Ziel des Spieles ist es, auf einem Gewinnfeld zu landen und nicht etwa z. B. besonders geschickt Bauteile zusammenzusetzen; letzteres ließe unter Beachtung der menschlichen Feinmotorik /Hand-Auge-Koordination bzw. Reaktionszeit auf ein Geschicklichkeitsspiel schließen. Zur Erreichung des Gewinnfeldes ist es nach den Feststellungen des LVwG, die insoweit den Ausführungen des Mitbeteiligten sowie des Amtssachverständigen in der mündlichen Verhandlung folgen, erforderlich, eine Taste ‚3,6 bis 3,7 Sekunden‘ lang gedrückt zu halten. Nach den Feststellungen ist diese Zeitspanne nicht exakt kalkuliert, da eine Abweichung

von 0,1 Sekunden möglich ist. Die verwendete Taste ist dabei nach den auf den Ausführungen des Amtssachverständigen basierenden Feststellungen des Verwaltungsgerichtes kein Präzisionsbauteil und besitzt eine Federsteuerung. Der Amtssachverständige führte dazu in seinem Gutachten aus:

‚Wenngleich eine rasche schlagartige Betätigung wohl eine durchaus zeitnahe Schaltfunktion bewirken wird, bestimmt die Schaltfunktion beim Loslassen der Taste stets ausschließlich die - dem Spieler wiederum nicht erkennbare, somit auch nicht nachvollziehbare und für jederzeitige Wiederholung speicherbare - Federkraft, welche die Taste in die Ausgangslage zurück bewegt‘.

12 Es gibt nach den Feststellungen des LVwG - insofern dem Gutachten des Amtssachverständigen folgend - keine zusätzliche Rückmeldung zur Auslösung bzw. zum Schaltpunkt des Gerätes; somit auch nicht zu den Federwegen. Der Mitbeteiligte hat nach eigenen Angaben die Zeittoleranz zur Erreichung eines Gewinns von 0,2 auf 0,1 Sekunden je Feld reduziert. Folgende vom Amtssachverständigen in seinem Gutachten getätigten Ausführungen zum Beleuchtungsablauf wurden vom LVwG in seine Beurteilung (ohne nähere Begründung) nicht miteinbezogen: Der Beleuchtungsumlauf bestehe nicht aus jeweils einem einzelnen, kontinuierlich hintereinander beleuchtetem Feld, sondern aus bis zu sechs gleichzeitig beleuchteten Feldern, wobei das in Laufrichtung erste Feld jeweils bereits schwächer leuchte, und das in Laufrichtung letzte Feld gerade zu leuchten beginne, weshalb für den Spieler einzelne beleuchtete Felder gerade nicht erkennbar seien. Aufgrund der "Lauflichtfunktion" und der Verweildauer von bloß einer Zehntelsekunde im Ziel könne der insgesamt vom Start bis ins Ziel erforderliche Zeitrahmen nur annähernd genau wahrgenommen werden.

13 Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist die Beurteilung des LVwG, wonach es sich beim vorliegenden Gerät "TimeMachine" nicht um ein Glücksspielgerät handelt, unvertretbar. Den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Amtssachverständigen folgend ist es keinesfalls vorwiegend aufgrund der Geschicklichkeit des Spielers möglich, einen Zeitablauf auf eine Zehntelsekunde genau wahrzunehmen und reproduzierbar zu speichern und/oder mit einer keinesfalls genau bzw. wiederholgenau schaltenden Taste richtig zu reproduzieren. Es konnte demzufolge nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kein Einfluss auf das Spielergebnis genommen werden, weshalb dieses als vorwiegend vom Zufall abhängig zu beurteilen gewesen wäre (vgl. zur Zufallsabhängigkeit z.B. VwGH 26.3.2015, Ra 2014/17/0033). Hängt das Spielergebnis jedoch vorwiegend vom Zufall ab, so ist ein Spiel gemäß § 1 Abs 1 GSpG als Glücksspiel zu qualifizieren. Die dennoch vorgenommene Beurteilung des Gerätes als Geschicklichkeitsgerät durch das LVwG erweist sich auf Grundlage der getroffenen Feststellungen daher als krass fehlerhaft.“

IV.2. Die auf die fachlichen Aussagen des Sachverständigen E F gestützte Begründung des Verwaltungsgerichtshofs ist wegen des gleichen Gerätetyps auch für das vorliegende Verfahren einschlägig. Auf das Wesentlichen zusammengefasst, sprechen nach Ansicht des VwGH folgende Besonderheiten im Rahmen des glücksradähnlichen Beleuchtungsumlaufs gegen ein Geschicklichkeitsgerät: Der angeblich durch Geschicklichkeit beeinflussbare Beleuchtungsumlauf besteht nicht aus kontinuierlich hintereinander beleuchteten

Feldern, sondern aus bis zu sechs gleichzeitig beleuchteten, wobei das in Laufrichtung erste Feld bereits schwächer leuchtet und das letzte Feld gerade zu leuchten beginnt. Deshalb sind einzelne beleuchtete Felder für den Spieler gerade nicht erkennbar. Durch diese „Lauflichtfunktion“ und die Verweildauer des Lichts von einer bloßen Zehntelsekunde im Ziel kann die Zeit vom Start bis ins Ziel nur annähernd wahrgenommen werden. Zur Erreichung des Gewinnfeldes im Ziel müsste eine – schon nicht so präzise - Taste mit Federsteuerung für die Dauer von 3,6 bis 3,7 Sekunden (mögliche Abweichung von 0,1 Sek) gedrückt gehalten werden. Es erscheint aber unmöglich, einen Zeitablauf auf eine Zehntelsekunde genau wahrzunehmen und reproduzierbar zu speichern und/oder mit einer nicht wiederholgenau schaltenden Taste richtig zu reproduzieren.

Im gegenständlichen Ermittlungsverfahren wurde diese Einschätzung vollinhaltlich bestätigt, dass das Gerät mit der Bezeichnung *„TimeMachine“* Spiele in der Art eines Glücksrades mit Beleuchtungsumlauf durchführt, deren Ergebnisse zumindest vorwiegend programmbedingt und nicht vom Spieler herbeigeführt werden, somit vom Zufall abhängen. Diese Beurteilung wird auch durch die Angaben der finanzpolizeilichen Zeugin über ihre Probespiele vollinhaltlich bestätigt.

Das gegenständliche Gerät „TimeMachine“ ist somit unzweifelhaft als Glücksspielgerät zu qualifizieren. Die Spieler haben Einsätze zu leisten, für die ein Gewinn in Aussicht gestellt ist. Es handelt es sich daher um Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG, für welche weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag, noch eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes nach § 4 GSpG in Betracht kam. Deshalb waren sie gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten.

IV.3. Aus dem Ermittlungsverfahren ergibt sich weiter, dass der Bf das ihm gehörende Geräts zur Durchführung von verbotenen Ausspielung zur Verfügung gestellt hat. Das Gerät mit der FA-Nr. 3 war vom 14. bis 27. April 2017 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt. Es verfügt über keinen Internetanschluss.

Der Bf hat sich an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen unternehmerisch beteiligt, indem er das Gerät durch Aufstellen im Lokal zur Verfügung stellte, um aus der Durchführung von Glücksspielen in Form von Ausspielungen nachhaltig und fortlaufend Einnahmen zu erzielen. Der Bf hat sich an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt und somit fortlaufend den objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG im vorgeworfenen Tatzeitraum erfüllt.

IV.4. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG

IV.4.1. Hinsichtlich der vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass – wie auch von den Höchstgerichten in ständiger Rechtsprechung festgehalten wird – die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Ein Inländer ist nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y). So geht etwa auch der OGH in der Entscheidung 4 Ob 244/14g davon aus, dass „die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen“ führt.

Im gegenständlichen Fall ist kein Auslandsbezug hervorgekommen bzw. indiziert und wurde diesbezüglich auch kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet, sodass eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

IV.4.2. Wie noch im nächsten Punkt dargelegt wird, ist der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen auch nach Ansicht des erkennenden Richters des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht unionsrechtswidrig. Dies steht im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts (vgl etwa VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022; 11.07.2018, Ra 2018/17/0048, 0049; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH 24.04.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (z.B. mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (z.B. inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solcher (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es wäre durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof wegen Inländerdiskriminierung,

vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung, einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12, u.a.).

Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft der Beschwerde im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg:

Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (gegenständlich nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw. staatliches Agieren erwächst kein Rechtsanspruch darauf, dass ein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird. Denn dies wäre im Ergebnis ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen bereits ausdrücklich festgehalten (vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Wie dargelegt, sind die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl etwa auch VwGH 07.06.2017, Ra 2017/17/0017). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht festgestellt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, angeschlossen. Auch der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt und den im Verfahren hervorgekommenen Umständen sieht das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch keinen Anlass dazu, um vom Ergebnis der im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, vorgenommenen Gesamtwürdigung abzuweichen.

Im Ergebnis führen somit die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des GSpG (diese bewirken als solche keine

Inländerdiskriminierung), noch die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes bei reinen Inlandssachverhalten (keine Gleichheit bei einem allfälligen durch die Vollziehung bewirkten Unrecht) in Betracht kommt.

Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit liegt außerdem aus nachfolgenden Gründen nicht vor:

IV.4.3. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli,* C-243/01; Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12). Gemäß Art 52 iVm Art 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl etwa Rechtssache *Pfleger* u.a., C-390/12, mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.5.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im Glücksspielgesetz geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl. I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 6.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 7.3.2013, 2011/17/0304; VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.2.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass

der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).
Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im Glücksspielgesetz geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspiels entgegen zu wirken (vgl EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12, RZ 41).

IV.4.4. Es ist daher zu prüfen, ob die im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

Das Glücksspielgesetz regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem Glücksspielgesetz klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im Glücksspielgesetz normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt auch einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung von illegalem Glücksspiel.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076, und 2016 748

Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der Glücksspielgesetz-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die Glücksspielgesetz-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.
Auch hinsichtlich des illegalen Online-Glücksspiels wurden Maßnahmen gesetzt, die einerseits präventiv, andererseits repressiv wirken sollen.

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere der Kontrollen der Konzessionäre, der Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, der Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts OÖ, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

IV.4.5. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH 24.4.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (C-464/15 [*Admiral Casinos & Entertainment AG*]) ist eben nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe nahezu 8.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2016 über 630.000 Spielbankbesucher den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, wobei diese mittlerweile zweimal monatlich durchgeführt werden. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2016 in österreichischen Spielbanken bei 33.737 Spielbankbesuchern Sperren bestanden. Im Jahr 2016 wurden 23.845 VLT-Outlet-Besucher aus dem EU/EWR-Raum (inkl. Österreich) den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien bearbeitet. 776 Besuchsbeschränkungen wurden auf Wunsch von Gästen vorgemerkt, 899 Selbstsperren aktiviert und 2.882 Wirtschaftsauskünfte über österreichische Besucher beim KSV 1870 eingeholt. Zusätzlich erfolgten 1.434 Sofort-Checks.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim im Hinblick auf spielbedingte Probleme besonders risikoreichen Automatenglücksspiel ist die Prävalenz des problematischen und pathologischen Spielens (von ca. 13,5 % [2009] auf ca. 8,1 % [2015] bei Automaten in Casinos und von ca. 33,2 % [2009] auf ca. 27,2 % [2015] bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos)

seit 2009 zurückgegangen. Auch ist der durchschnittliche Geldeinsatz im Automatenglücksspielbereich außerhalb von Spielbanken merklich gesunken. Es zeigt sich auch, dass die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der konzessionierten „Casinos Austria“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere den oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des Glücksspielgesetzes eine unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

IV.4.6. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände keine Unionsrechtswidrigkeit - und somit auch kein Verstoß gegen die Grundrechtecharta - durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu diesem Thema (VwGH 16.3.2018, Ro 2015/17/0022-7 und jüngst VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048) und steht in Einklang mit der aktuellen Judikatur des OGH zu 4 Ob 71/17w vom 3. Mai 2017 [unter Verweis auf 4 Ob 162/16a; RIS-Justiz RS0130636 (T1, T2, T3, T4); 4 Ob 12/17v; 4 Ob 13/17s; 4 Ob 18/17a; 4 Ob 24/17h; 4 Ob 41/17h u.v.a.]. Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen, sodass alle österreichischen Höchstgerichte einhellig von der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes ausgehen. Diese Ansicht wird durch die jüngst ergangene Entscheidung des EuGH in der RS Online Games Handels GmbH et. al., C-685/15 gestützt, in welcher der EuGH auf die RS Pfleger et. al., C-390/12 verweist und neuerlich keine Bedenken gegenüber dem österreichischen Glücksspielgesetz äußert.

Hinzu kommt, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (vgl etwa VwGH 7.6.2017, Ra 2017/17/0017). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinen Erkenntnissen vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022 und jüngst VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048, nach der vom

EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht festgestellt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, angeschlossen. Auch der OGH hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt und den im Verfahren hervorgekommenen Umständen sieht das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch keinen Anlass dazu, um vom Ergebnis der in den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und jüngst vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, vorgenommenen Gesamtwürdigung abzuweichen.

IV.5. Der Bf rügt zudem, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund des Mangels an seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweise (wobei auf den Schlussantrag der Generalanwältin S im Verfahren zu C-685/15 verwiesen wird) in tatsächlicher Hinsicht etwa nicht feststellen, dass in Österreich (nach wie vor) eine hohe Anzahl an Personen spielsüchtig sei und die Spielsucht ein erhebliches gesellschaftliches Problem darstelle usw.

Dem ist entgegen zuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022 (ebenso VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 ua) durch Vornahme der nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vgl insb EuGH 15.9.2011, C-347/09 [*Dickinger und Ömer*] Rz 83 f; 30.4.2014, C-390/12 [*Pfleger*] Rz 47 ff; sowie 30.06.2016, C-464/15 [*Admiral Casinos & Entertainment AG*] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (vgl dazu auch VwGH 14.2.2017, Ra 2017/17/0010 und VwGH 29.5.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der VwGH unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel eingegangen (Rz 122 bzw. 68). Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

IV.6. Der Bf beruft sich auf mangelndes Verschulden (sinngemäß auf Rechtsirrtum gemäß § 5 Abs 2 VStG) und verweist dazu auf das eingeholte Gerätegutachten des Sachverständigen M zur *„TimeMachine“*, einem angeblich völlig neu entwickelten Gerät, auf das er vertrauen habe dürfen. Mit diesem Standpunkt ist der Bf nicht im Recht.

IV.6.1. Nach ständiger Rechtsprechung zum Verbotsirrtum entschuldigt das Vertrauen auf eine Auskunft oder Informationen nur, wenn diese auf einer einschlägigen und einhelligen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), auf von der zuständigen Behörde selbst erteilten Auskünften über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) oder eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) beruht sowie wenn Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen, die bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen.

Entschuldigend wirkt sohin 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) und im eingeschränkten 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]).

IV.6.2. Der Bf war in seiner Eigenschaft als Automatenaufsteller verpflichtet, sich über die Sach- und Rechtslage, insbesondere über Eigenschaften und rechtliche Qualifikation der Geräte, mit denen er im geschäftlichen Verkehr auftritt und die er bereitstellt, im Detail zu informieren. Daran hat die vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich (vgl LVwG-412110/20/Wg/KHu vom 6.03.2018 und LVwG-412580/7/KLi vom 16.03.2018), die zunächst Geräte mit der Bezeichnung *„TimeMachine“* nicht als Glücksspielgeräte einstufte, und dazu die ordentliche Revision an den VwGH zuließ, nichts geändert. Zur gegebenen Tatzeit im April 2017 konnte der Bf auch nicht im Vertrauen auf diese Judikatur des Landesverwaltungsgerichts gehandelt haben.

Der Bf hat sich nur auf das selbst eingeholte Gerätegutachten des Sachverständigen F M berufen. Mit der Qualifikation als Geschicklichkeits- oder Glücksspielgerät ist auch untrennbar die Lösung einer Rechtsfrage iSd § 1 Abs 1 GSpG verbunden, bei der stets die dazu ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu beachten ist. Eine abschließende Aussage über die Einstufung als Geschicklichkeits- oder als Glücksspielgerät war dem Sachverständigen F M gar nicht möglich, weil er damit auch eine wesentliche

Rechtsfrage beantworten hätte müssen, für die er nicht zuständig ist. Der Bf durfte sich schon aus diesem Grund nicht auf die Einstufung der *„TimeMachine“* als Geschicklichkeitsgerät durch den Sachverständigen verlassen.

Ohne sich näher zu erkundigen und die durch Beschlagnahme- und Strafverfahren dokumentierte gegenteilige Meinung der Behörden zu beachten, hat sich der Bf nur auf Grundlage seines Privatgutachtens „im Zweifel“ für die ihm günstigere Rechtsauffassung entschieden und die *„TimeMachine“* nach eigenem Gutdünken als Geschicklichkeitsgerät betrachtet, obwohl er wissen musste, dass sie als elektronisches Glücksrad auch eine Ähnlichkeit mit diversen Fun-Wechslern hat, die bisher noch alle vom VwGH als Glücksspielgeräte eingestuft wurden. Nunmehr liegt bereits die auch vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Interesse der Rechtssicherheit angestrebte höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Qualifikation von Geräten vom Typ *„TimeMachine“* als Glückspielgeräte vor. Der Bf musste mit einem solchen Ergebnis rechnen. Er hat das Risiko seines eigenmächtigen Vorgehens in Kauf genommen und nunmehr nach Klärung durch den Verwaltungsgerichtshof dafür die Konsequenzen zu tragen. Die durchaus unvollständige „Neuartigkeit“ des Geräts war jedenfalls kein Umstand, der das Verschulden des Bf auszuschließen vermag.

IV.6.3. Der Bf verweist zur Begründung der Unionsrechtswidrigkeit auf eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich und „[erhob] deren Begründung zum Vorbringen dieses Beschwerdeschriftsatzes“. Ein derart pauschaler Verweis ist unzulässig und nicht geeignet, die Darstellung des gesetzlichen Inhalts einer Beschwerde zu ersetzen (sh dazu *Leeb*/*Zeinhofer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Das Verfahren der allgemeinen Verwaltungsgerichte, in: Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 35 [50]; vgl VwGH 14.01.2013, 2010/08/0177). Abgesehen davon ist der Bf darauf hinzuweisen, dass dem eine ständige Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und die einhellige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegensteht.

Wie oben schon näher dargestellt worden ist, sind nach der eindeutigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs die österreichischen Regeln des Glücksspielgesetzes anwendbar und nicht vom Unionsrecht überlagert worden. Die vereinzelt gebliebene abweichende Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (vgl zuletzt VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048).

Der Bf kann sich nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Rechtsirrtum berufen. Er unterlag allenfalls einem selbst verschuldeten Rechtsirrtum, der vorwerfbar ist.

IV.7. Ergebnis in der Schuldfrage

Für die subjektive Tatseite gilt gemäß § 5 Abs 1 VStG, dass zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Nach dem zweiten Satz des § 5 Abs 1 VStG ist Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 23.12.1991, Zl. 88/17/0010 mwN).

Der Bf hat sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten. Sein Vorbringen war nicht geeignet, ihn vom Schuldvorwurf zu entlasten. Soweit er sich auf eine Entschuldigung im Vertrauen auf das eingeholte Gerätegutachten beruft, ist ihm jedenfalls aus den oben näher dargelegten Gründen Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

Der Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG ist somit in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Die Beschwerde gegen den Schuldspruch war als unbegründet abzuweisen.

V. Strafbemessung

V.1. Grundlagen

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist (vgl näher dazu mwN *Wessely*, in Raschauer/Wessely [Hrsg], VStG[2] § 19 Rz 1ff). Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).

§ 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Seit BGBl I Nr.33/2013 ist objektive Grundlage allein die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Für das ordentliche Verfahren schreibt § 19 Abs 2 VStG zusätzlich die Berücksichtigung von subjektiven Kriterien vor. Neben der Abwägung der in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe ist auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen. Dabei gelten sinngemäß die Strafbemessungsregeln der §§ 32 bis 35 StGB, wenn dem nicht die Eigenart des Verwaltungsstrafrechts entgegensteht.

Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs 3 leg. cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

V.2. Strafbemessung fallbezogen

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro und keinen Sorgepflichten aus. Da auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht keine Angaben gemacht wurden, geht auch das Landesverwaltungsgericht von diesen persönlichen Verhältnissen aus.

Die belangte Behörde hat als erschwerend gewertet, dass der Bf - wie die gegenständliche Kontrolle vom 27.April 2017 ergab - abermals eine „TimeMachine“ im gegenständlichen Lokal aufgestellt hatte, obwohl zuvor schon am 5. November 2016 und am 7. März 2017 jeweils eine vom Bf aufgestellte „TimeMachine“ beschlagnahmt und ein Strafverfahren eingeleitet worden war.

Entgegen der Ansicht der belangten Behörde liegt ein besonderer Erschwerungsgrund nicht schon deshalb vor, weil der Bf trotz wiederholter Beschlagnahmen wieder Geräte aufstellte und damit auf seiner Ansicht beharrte, dass die *„TimeMachine*“ kein Glücksspielgerät sei. Für dieses Verhalten trägt der Bf allerdings das Risiko der Widerlegung im gerichtlichen Instanzenzug. Wie oben ausgeführt, kann er sich nachträglich nicht auf einen entschuldigenden Rechtsirrtum berufen, wenn er vorher eigenmächtig und in eigener Verantwortung gehandelt hat, ohne sich bei kompetenter Stelle über seinen Standpunkt zu vergewissern. Auch der besondere Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 12 StGB (Tatbegehung in einem die Schuld nichts ausschließenden Rechtsirrtum) kommt dem Bf nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nicht zu, weil er keine seiner Sorgfaltspflicht entsprechenden Nachforschungen über die Rechtslage angestellt hat (vgl VwGH 24.06.2014, Zl. 2013/17/0507 unter Hinweis auf VwGH 27.07.1994, Zl. 94/09/0102). Damit hat es sein Bewenden. Die Verantwortung des Bf für sein Verhalten kann nicht noch weiter durch die Annahme eines Erschwerungsgrundes gesteigert werden, zumal aus § 33 Z 2 StGB iVm § 19 Abs 2 VStG nach hM abzuleiten ist, dass nur die einschlägigen, im Tatzeitpunkt bereits rechtskräftigen Vorverurteilungen (und nicht bloß anhängige Strafverfahren) als besondere Erschwerungsgründe berücksichtigt werden dürfen (vgl *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB[4] [2017] § 33 Rz 7; aus der Judikatur bspw VwGH 25.04.2014, Zl. 2011/07/0004). Somit entfällt der von der belangten Behörde herangezogene Erschwerungsgrund.

Es war aber auch kein besonderer Milderungsgrund anzunehmen. Die belangte Behörde hat keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen des Bf festgestellt und sind solche auch nicht aktenkundig. Dieser Umstand wirkt sich nicht eo ipso mildernd aus. Der gemäß § 19 Abs 2 VStG sinngemäß anwendbare Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 2 StGB (*„bisher ordentlicher Lebenswandel“*) wird nicht schon durch bloße Unbescholtenheit begründet. Es bedarf vielmehr zusätzlich der Feststellung, dass die Tat mit dem sonstigen Verhalten des Täters in auffallendem Widerspruch steht (vgl näher *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB[4]

[2017] § 34 Rz 6f). Gerade dies kann beim Verhalten des Bf, das hier insgesamt zu berücksichtigen ist, nicht behauptet werden, hatte er doch das als eine neue Variante eines Fun-Wechslers erkennbare Gerät vom Typ *„TimeMachine“* zum Tatzeitpunkt schon das dritte Mal in einem Lokal aufgestellt, obwohl er durch Beschlagnahmen und Einleitung von Strafverfahren das seinen Standpunkt offensichtlich ablehnende Behördenverhalten längst zur Kenntnis nehmen hätte müssen.

Eine Anwendung des § 20 VStG kommt von vornherein nicht in Betracht, zumal das Gerät „TimeMachine“ im Wesentlichen als Glücksspielgerät wie ein klassischer „Fun Wechsler“ einzustufen ist und schon nach den bisherigen Ausführungen von einem beträchtlichen Überwiegen der (nicht vorhandenen) Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen keine Rede sein kann.

Auch an eine Ermahnung gemäß § 45 Abs 1 Z 4 iVm Abs 1 Satz 2 VStG war im vorliegenden Fall eines erheblichen Eingriffs in das Glücksspielmonopol mit der *„TimeMachine“* als Variante eines elektronischen Glücksrades nicht zu denken. Das Gerät mit diesem Spielprogramm ermöglicht verbotene Ausspielungen mit Einsätzen von 1 bis 4 Euro und Gewinnchancen vom 2fachen bis zum 10fachen, wobei das Spielergebnis bereits nach wenigen Sekunden feststeht. Schon daraus ist ersichtlich, dass nicht unerhebliche Beträge in kurzer Zeit umgesetzt werden können. Bei entsprechender Risikofreudigkeit des Spielers sind Verluste von einigen hundert Euros innerhalb von noch in Minuten gezählten Zeiteinheiten durchaus möglich. Das Gerät hat auch eine Kreditanzeige im dreistelligen Bereich und nimmt Banknoten bis 100 Euro zur Herstellung eines Guthabens. Es geht daher offensichtlich nicht um Glücksspiele im Bagatellbereich. Die Bedeutung des geschützten Rechtsguts und die Intensität des Eingriffs sowie das eher durchschnittliche Verschulden des Bf schließen die Anwendbarkeit des § 45 Abs 1 Z 4 VStG von vorneherein aus.

Bei wertender Betrachtung der festgestellten Umstände des Falles ist von einem nicht unbeträchtlichen Eingriff in das Glücksspielmonopol für die Dauer eines Tatzeitraumes von fast 2 Wochen auszugehen. Der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat kann mit Blick auf die dargelegte Verletzung von Sorgfaltspflichten und die unternehmerische Motivation des Bf der nachhaltigen Erzielung von Einnahmen mit einem möglichen Glücksspielgerät nicht als unbedeutend angesehen werden.

Dennoch erachtet der erkennende Richter die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe von 4.000 Euro (= 40 % des anwendbaren Strafrahmens) als zu hoch gegriffen und nicht mehr schuldangemessen. Als Strafrahmen sieht die Strafsanktionsnorm des § 52 Abs 2 GSpG bei der Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jedes Gerät eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro (1. Strafsatz), im Falle

der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro (2. Strafsatz) vor. Da keine rechtskräftigen Vorstrafen nach dem GSpG gegen den Bf aufscheinen, ist im vorliegenden Fall der Übertretung mit bis zu drei Glücksspielautomaten der erste Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG anzuwenden.

Zugunsten des Bf spricht im Rahmen der Gewichtung seines Verschuldens iSd § 19 Abs 2 VStG, dass er zum Tatzeitpunkt noch nicht einschlägig vorbestraft war und in Bezug auf das geschützte Rechtsgut nicht völlig gleichgültig agierte. Immerhin holte er ein Gerätegutachten zum Gerät vom Typ *„TimeMachine“* eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Glücksspiele ein und übersendete es als Anhang seiner mit E-Mail vom 30. September 2016 eingebrachten Anfrage an die belangte Behörde zum Gerätetyp, auf die er keine Antwort erhielt. Der Bf hat wohl gehofft, dass die Geschicklichkeitskomponente des neu entwickelten Spielprogramms als überwiegend angesehen werden würde und er damit geschäftlich arbeiten könne. Somit bemühte sich der Bf zumindest bei der Markteinführung des Gerätetyps, den illegalen Betrieb des Gerätes verbunden mit einem Eingriff ins Glücksspielmonopol zu vermeiden. Erst durch die jüngst ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs wurde abschließend geklärt, dass es sich bei der *„TimeMachine“* um ein Glücksspielgerät handelt. Die vorher bestehende Ungewissheit ließ noch Raum für Hoffnungen und ein - wenn auch fahrlässiges - Wunschdenken des Bf. Das Ausmaß des Verschuldens erscheint damit in einem etwas milderen Licht, die Einstellung es Bf gegenüber den rechtlich geschützten Werten war anscheinend nicht ganz gleichgültig.

Aus all diesen Gründen hält es der erkennende Richter beim gegebenen Strafrahmen für tat- und schuldangemessen und spezialpräventiv ausreichend, die Strafe auf eine Höhe von 20 % des Strafrahmens herabzusetzen. Die Geldstrafe wird daher mit 2.000 Euro und die angepasste Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 16 Abs 1 und 2 VStG mit 67 Stunden festgesetzt. Die Höhe der Strafe entspricht dem Zweifachen der Mindeststrafe und liegt noch im unteren Bereich des Strafrahmens.

V.3. Ergebnis in der Straffrage

Im Ergebnis war die Geldstrafe spruchgemäß auf 2.000 Euro (20 % des Strafsatzes) herabzusetzen und die Ersatzfreiheitsstrafe mit 67 Stunden entsprechend anzupassen. Die von der belangten Behörde mit § 52 Abs 2 GSpG zu ungenau angeführte Strafsanktionsnorm war durch den Ausdruck „§ 52 Abs 2 erster Strafsatz GSpG“ zu präzisieren.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs 1 und 2 VStG mit 200 Euro (10 % der Geldstrafe) festzusetzen.

VI 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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl etwa VwGH 8.01.2015, Ra 2014/08/0064).

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß