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-412580/17/KLi

Datum:
Linz, 12. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des G M, vertreten durch P & S Rechtsanwälte, x Straße 4, B, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 9. Jänner 2018, GZ: BHRIPol-2017-184096/17-SEI, betreffend Verletzung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Aufhebung des Erkenntnisses vom 16. März 2018, GZ: LVwG-412580/7/KLi, durch den Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 20. August 2018, Zl. Ro 2018/17/0002-8, sowie nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 200 Euro zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (im Folgenden: belangte Behörde) vom 9.1.2018, GZ: BHRIPol-2017-184096/17-SEI, wurde über den Beschwerdeführer (Bf) wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 GSpG eine Geldstrafe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt; ferner wurde ein Kostenbeitrag von 100 Euro festgesetzt.

Begründend wurde ausgeführt, im Zuge der Kontrolle der Abgabenbehörde am 31.3.2017, um 18:20 Uhr, sei im Lokal „x“ (vormals „x“), x 6, R, das Gerät *„‚TimeMachine‘, Seriennummer: x, Versiegelungsplakettennr. A075025 bis A75029, FA-Nr. 1“*, zumindest von 30.3.2017 bis 31.3.2017 betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden worden. Es handle sich um ein Glücksspielgerät, mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt würden und deren Spielergebnis ausschließlich bzw. vorwiegend vom Zufall abhängig sei. Der Bf habe dieses Gerät betrieben und damit vom Inland aus zur Teilnahme an verbotenen Ausspielungen auf eigenen Namen und eigene Rechnung ermöglicht, wobei das Gewinn- und Verlustrisiko bei ihm gelegen sei.

I.2. Gegen dieses Sraferkenntnis richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu das Vorgehen mittels Ermahnung beantragt wird.

Begründend wird im Wesentlichen vorgebracht, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät um keinen Glücksspielapparat handle, sondern das Spielergebnis ausschließlich von der Geschicklichkeit des Spielers abhänge. Die Bestrafung des Beschwerdeführers sei daher nicht zulässig.

I.3. Die belangte Behörde legte den Akt mit Schreiben vom 18. Jänner 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte daraufhin am 6. März 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der die Sach- und Rechtslage – zur Frage der Eigenschaft des Gerätes als Glücksspiel- oder Geschicklichkeitsgerät – umfassend erörtert wurde. Das erhebende Kontrollorgan wurde als Zeuge vernommen.

I.5. Mit Erkenntnis vom 16. März 2018, GZ: LVwG-412580/7/KLi, wurde der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Begründend führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät nach dem festgestellten Sachverhalt um ein Geschicklichkeitsgerät und nicht um ein Glückspielgerät handle.

Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt, weil zur rechtlichen Qualifikation als Geschicklichkeits- oder Glücksspielgerät noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorlag.

I.6. Gegen dieses Erkenntnis richtete sich die ordentliche Revision der belangten Behörde vom 30. April 2018.

Zusammengefasst brachte die belangte Behörde vor, dass es sich bei dem gegenständlichen Gerät „TimeMachine“ sehr wohl um ein Glücksspielgerät handle. Beantragt wurde das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich aufzuheben.

I.7. Mit Erkenntnis vom 20. August 2018, Zl. Ro 2018/17/0002-8, hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 16. März 2018, GZ: LVwG-412580/7/KLi, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof aus, der Revisionsfall gleiche in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht in den entscheidungswesentlichen Punkten zur Unvertretbarkeit der Beurteilung des Gerätes „TimeMachine“ als Geschicklichkeitsgerät jenem. der vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 11. Juli 2018, Ro 2018/17/0001, entschieden worden sei.

Die Beurteilung als Geschicklichkeitsgerät sei fehlerhaft. Gemäß § 43 Abs. 2 VwGG werde auf die Entscheidungsgründe des zitierten Erkenntnisses verwiesen.

I.8. Am 29. Oktober 2018 führte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung durch.

In dieser Verhandlung wurde die Sach- und Rechtslage auf Basis des vorliegenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes mit dem Bf, seinem Rechtsvertreter sowie Vertretern der belangten Behörde und der Abgabenbehörde umfassend erörtert.

Auch die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verbotsirrtums, das Vorgehen mittels einer Ermahnung und die Herabsetzung der verhängten Mindeststrafe mittels außerordentlicher Strafmilderung wurden mit den Parteien erörtert. Diese hatten Gelegenheit ihren Rechtsstandpunkt darzulegen.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 31. März 2017 im Lokal „x“ in R, x 6, wurde das Gerät mit der Bezeichnung „TimeMachine“, Seriennummer x, betriebsbereit und allgemein zugänglich vorgefunden.

II.2. Der Bf ist Eigentümer des Gerätes.

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

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

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

Für die Spielfunktion muss zunächst – wie oben beschrieben – durch die Eingabe von Münzen oder Banknoten ein Guthaben am Automaten hergestellt werden. Der Spieler muss anschließend durch (kurzes) Betätigen der Taste *„Rückgabe Wählen 1/2“* das „Level“ auswählen. Das Level entspricht dabei dem Spieleinsatz in Euro (Level 1 = 1 Euro, Level 2 = 2 Euro, Level 4 = 4 Euro), der bei Spielauslösung vom Guthaben abgezogen wird.

Durch kurzes Betätigen der Spieltaste wird der Fußball am Startfeld beleuchtet. Zur Durchführung des Spiels muss die Spieltaste mindestens 1 Sekunde (höchstens 6 Sekunden) lang gedrückt werden; nach dem Loslassen der Taste wird

durch Aufleuchten der Felder visualisiert, wie lange der Spieler die Taste betätigt hat und auf welchem Feld er folglich gelandet ist.

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

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

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

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

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

II.4. Der Bf hat vor der Aufstellung des Gerätes ein Privatgutachten zur Qualifikation des Gerätes als Geschicklichkeitsspiel eingeholt.

Der Bf hat Anfragen an Bezirkshauptmannschaften und Magistrate sowie an die Abgabenbehörde bzw. das Finanzministerium gerichtet, ob das von ihm entwickelte Gerät als Glücksspiel oder Geschicklichkeitsspiel gewertet würde.

Er hat dazu von keiner der von ihm kontaktierten Behörden eine abschließende Stellungnahme erhalten. Dennoch entschied sich der Bf dazu, das Gerät „TimeMachine“ aufzustellen.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, in die im Akt einliegende Dokumentation der Kontrolle, in die Beschwerde, das vom Bf vorgelegte Gutachten des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen F M, die vom Bf erstattete Rechtfertigung zur Funktionsweise des ggst. Gerätes, die Verlesung des Verhandlungsprotokolls vom 18. Oktober 2017 zu GZ: LVwG-412110/19/Wg/LR im Beschlagnahmeverfahren, sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 6. März 2018 und am 29. Oktober 2018 öffentliche mündliche Verhandlungen durchgeführt und die Sach- und Rechtslage, insbesondere zur Frage der Qualifikation des Gerätes „TimeMachine“, umfassend erörtert. Außerdem wurden der Bf und ein Kontrollorgan vernommen sowie die vorliegenden Sachverständigengutachten verlesen.

III.2. Die finanzpolizeiliche Überprüfung wurde im Verwaltungsakt ausführlich dokumentiert; daraus ergeben sich insbesondere Zeit und Ort der Kontrolle. Dass das Lokal im Protokoll der Finanzpolizei als „x“ bezeichnet wurde, ergibt sich aus einer Umbenennung des Lokals; auf den Fotos der Finanzpolizei ist ersichtlich, dass das Lokal im Eingangsbereich groß als „x“ bezeichnet wird, während sich auf einem kleineren Schild noch die Bezeichnung „x“ findet. Auf den Fotos der Kontrolle ist im Übrigen der ggst. Automat „TimeMachine“ eindeutig erkennbar. Vor diesem Hintergrund ist unzweifelhaft, dass sich die Dokumentation auf die ggst. Kontrolle bezieht.

III.3. Die Eigentümerstellung des Bf wurde von diesem selbst sowie vom Lokalbetreiber im Verwaltungsverfahren dargetan und im weiteren Verfahren nicht mehr bestritten.

III.4. Die Visualisierung des Spiels bzw. die optische Gestaltung des Gerätes sowie die auf dem Gerät befindlichen Bedienelemente ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den im Behördenakt einliegenden Lichtbildern der

finanzpolizeilichen Kontrolle und den damit übereinstimmenden Lichtbildern im Gutachten des SV M.

Der Spielablauf – im Wesentlichen bestehend aus dem längeren Drücken der Spieltaste – sowie die Abhängigkeit des Spielergebnisses von der Betätigungsdauer der Spieltaste, ferner die Gewinnzuschreibung bei Erreichen bestimmter Felder, ergibt sich aus der vom Bf erstatteten Rechtfertigung sowie dem von ihm vorgelegten Gutachten.

Die (auch) im Rahmen der mündlichen Verhandlung im Beschlagnahmeverfahren erfolgte Äußerung des Bf, dass die Zeit je Feld fix implementiert und nicht variabel sei sowie die von ihm genannte Betätigungsdauer der Spieltaste für das Erreichen des Hauptgewinnes, erscheint glaubwürdig, weil der Bf den Spielablauf detailliert schilderte und sichtlich bemüht um eine korrekte Darstellung der Gerätefunktion war.

So stellte er von Anfang an klar, dass die Spieltaste zum Erreichen des Hauptgewinnfeldes 3,6 Sekunden lang gedrückt werden müsse sowie jedes Feld 0,1 Sekunden lang leuchten würde und legte in der Folge ausführlich dar, dass er die Zeittoleranz für das Erreichen eines Gewinnes von anfänglich 0,2 Sekunden auf nunmehr 0,1 Sekunden reduziert habe.

Dass das vom Bf vorgelegte Gutachten des SV M mittlerweile insofern überholt ist, als die angesprochene Zeittoleranz zur Erreichung des Gewinnes reduziert wurde, erweist sich in Anbetracht der eindeutigen Einlassung des Bf als unstrittig; davon abgesehen vermag das Gutachten jedoch ein Gesamtbild über die Funktionsweise des ggst. Gerätes zu vermitteln.

III.5. Der Zeuge, der die Kontrolle vor Ort durchführte, schilderte die Grundfunktionen des Gerätes wie festgestellt und gab an, dass zur Spieldurchführung das Drücken der Spieltaste über 3-4 Sekunden erforderlich sei; sowie dass er im Rahmen der Kontrolle den Eindruck gewann, dass das Spielergebnis nicht beeinflussbar sei.

III.6. Die technische Implementierung der Taste ergibt sich aus der Stellungnahme des ASV F vom 3. August 2017 sowie der Erörterung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Beschlagnahmeverfahren.

Die sich aus den vorliegenden Gutachten der Sachverständigen ergebenden Widersprüche fußen letztlich vor allem auf der von ihnen jeweils vorgenommenen Einstufung des Automaten als Glücksspiel- oder Geschicklichkeitsgerät, was jedoch eine rechtliche Würdigung darstellt und daher im Rahmen der rechtlichen Beurteilung erörtert wird. Der ASV führte – neben allgemeinen Überlegungen, die sich nicht auf den konkreten Ablauf des Spiels beziehen, wie etwa der Möglichkeit

zur Leistung von Einsätzen, der Möglichkeit der Gewinnerzielung und -auszahlung, wirtschaftlichen Überlegungen, die aus Sicht des ASV gegen die Eigenschaft des Automaten als Geschicklichkeitsgerät sprechen würden – betreffend die Glücksspieleigenschaft im Wesentlichen die Bauteiltoleranz der Spieltaste an.

Auch für das erkennende Gericht ist unstrittig, dass die gegenständliche Spieltaste kein „Präzisionsbauteil“ darstellt.

III.7. Die Erkundigungen des Bf zur Qualifikation des Gerätes „TimeMachine“ ergeben sich aus dessen glaubwürdiger Aussage. Inwiefern diese zu seiner Entlastung dienen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

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

IV.2. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 118/2015, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs. 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

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

IV.3. 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.

IV.4. Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Strittig ist die Rechtsfrage, ob es sich bei dem gegenständlichen Gerät nunmehr um ein Glücksspiel- oder ein Geschicklichkeitsspielgerät handelt.

V.2. Entsprechend dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Juli 2018, Ro 2018/17/0001, ist das Gerät „TimeMachine“ als Glücksspielgerät zu qualifizieren:

„[...]
7 Im Revisionsverfahren ist die Qualifikation des beschlagnahmten Geräts als Glücksspielgerät strittig.
8 Nach § 1 Abs. 1 GSpG ist eine Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
9 Ein Zufall liegt vor, wenn der Erfolg weder von zielbewusstem Handeln oder der Geschicklichkeit oder allein vom Belieben der beteiligten Personen abhängt, sondern wenn auch weitere Bedingungen dazu treten müssen, die außerhalb des Willens der beteiligten Personen liegen (vgl. schon VwGH 18.12.1995, 95/16/0047).
10 Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG ist etwa dann gegeben, wenn sich nicht eine berechtigte rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur aufgrund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spieles gesetzt werden kann (vgl. Bresich/Klingenbrunner/Posch in Strejcek/Bresich, Kommentar zum Glücksspielgesetz 1989, Rz 5 zu § 1 GSpG, mwN).

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 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 Eiderholung 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 Gewinnes 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 Beleuchtungsablauf 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 bei dem 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.

[...]“

V.3. Im Ergebnis ist das verfahrensgegenständliche Gerät „TimeMachine“ daher als Glücksspielgerät zu qualifizieren, was auch vom Bf in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 29. Oktober 2018 (zumindest aus objektiver Sicht) nicht mehr weiter bestritten wurde.

Auf die subjektive Vorwerfbarkeit wird unten im Rahmen der Strafzumessung (Verbotsirrtum, Ermahnung, außerordentliche Strafmilderung) noch näher einzugehen sein.

V.4. Der Bf bringt außerdem vor, die Bestimmungen des GSpG seien gemeinschaftsrechtswidrig.

V.4.1. Nach der Rsp des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache Gambelli, C-243/01; Rechtssache Pfleger u.a., C 390/12).

V.4.2. Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht 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 der Bf österreichischer Staatsangehöriger. Im Verfahren ist kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein substantiiertes Vorbringen erstattet, sodass eine unmittelbare Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

V.4.3. Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl. VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, 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 24.4.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 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 solche (vgl. OGH 17.2.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies 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 VfGH wegen Inländer-diskriminierung, 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, V 8/12 u.a.).

Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft dem Bf aber auch sonst nicht zum Erfolg: Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (im gegenständlichen Fall etwa nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass sich staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) rechtswidrig verhalten. Dem Bf erwüchse durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw. staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl. etwa VfGH 30.9.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungs-gerichtshof im Übrigen jüngst abschließend festgestellt (vgl. VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Im Ergebnis führen 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.

V.5. Im Ergebnis hat der Bf die Übertretung des GSpG in objektiver Hinsicht verwirklicht.

V.6. 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 VStG 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 (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. 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 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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 StGB 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).

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, 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.

Fahrlässigkeit ist 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, 88/17/0010 mwN). Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

V.7. Der Bf wendete im fortgesetzten Verfahren einen Verbotsirrtum bzw. Rechtsirrtum ein.

Ein Verbotsirrtum nach § 5 Abs. 2 VStG liegt nur dann vor, wenn dem Betroffenen die übertretene Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach ihren Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist (vgl. VwGH 24.4.2006, 2005/09/0021). Sofern den Betroffenen auch nur ein geringes Verschulden (Fahrlässigkeit) an dem Rechtsirrtum trifft, scheidet dieser als Schuldausschließungsgrund aus (vgl. auch VwGH 10.2.1999, 98/09/0298).

Das Vorbringen des Bf, er sei einem Verbots- bzw. Rechtsirrtum unterlegen, stellt somit nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich jedenfalls keinen entsprechenden Beweis zur Entlastung dar. Auch im Übrigen machte der Bf keinerlei Umstände geltend, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Bf beruft sich auf einen Verbotsirrtum. Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst

erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg. 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung" (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg. 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg. 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger 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)

Angesichts der obigen Ausführungen besteht eine eindeutige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend, dass die österreichischen Regeln des GSpG anwendbar und nicht vom Gemeinschaftsrecht überlagert sind. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich (insbesondere LVwG-410286) wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121-5).

Zur Qualifikation des Gerätes „TimeMachine“ hat sich nunmehr aufgrund des oben zitierten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Juli 2018, Ro 2018/17/0001, ergeben, dass das Gerät „TimeMachine“ als Glücksspielgerät zu qualifizieren ist und somit ein Verstoß gegen das GSpG gegeben ist. Dem steht auch die ursprüngliche rechtliche Würdigung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nicht entgegen, zumal (noch) keine höchstgerichtliche Judikatur bestand, auf die sich der Bf berufen hätte können.

Dem Bf musste daher das Risiko bewusst sein, dass eine höchstgerichtliche Entscheidung auch zu einer anderen rechtlichen Würdigung als das erkennende Gericht kommen konnte. Rechtsauskünfte der Bezirksverwaltungs- bzw. Abgabenbehörden lagen ebenfalls nicht vor. Nachdem sich der Bf dennoch auf das ihm offensichtlich bekannte Risiko eines Verstoßes gegen das GSpG eingelassen hat, kann er sich nicht auf einen Verbotsirrtum berufen.

Zum Glücksspielgerät „afric2go“ war die Rechtslage anders zu würdigen. In diesem Fall existierte die Rechtsansicht der Oö. Landesregierung bzw. des Leiters der Stabstelle Finanzpolizei aus dem Jahr 2013, wonach es sich bei diesem Gerät um eine Musikbox handelte. Durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020 und 0021, wurde allerdings klargestellt, dass es sich bei diesem Gerät um ein Glücksspielgerät und nicht um eine Musikbox handelt. Nur unmittelbar in dieser Zeit war es daher möglich, sich erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum zu berufen.

Im vorliegenden Fall gibt es – anders als zum Gerät „afric2go“ – keine Rechtsauffassung der Oö. Landesregierung oder der Stabstelle der Finanzpolizei. Der Bf konnte und durfte sich daher auf keine Rechtsansicht verlassen. Die Einschätzung in einem Privatsachverständigengutachten ist dafür nicht ausreichend.

Der Bf konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der allerdings vorwerfbar ist. Für die Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums reicht bereits ein geringes Verschulden aus. Somit ist auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

V.8. Zum Vorgehen mittels Ermahnung ist Nachfolgendes auszuführen:

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z 4 leg. cit. unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Voraussetzung für die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist folglich das kumulative Vorliegen beider normierter Kriterien; nämlich sowohl ein geringes Verschulden (subjektive Tatseite) als auch, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering ist (objektive Tatseite).

Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt von vornherein nicht in Betracht, zumal die objektiven Voraussetzungen einer geringen Beeinträchtigung von vornherein nicht gegeben sind. Insofern fehlt es aber zumindest an einer der in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten kumulativen Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens und kommt folglich keine Ermahnung nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG in Frage.

Überdies ist von geringem Verschulden im Sinne dieser Bestimmung nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 9.9.2016, Ra 2016/02/0118; idS etwa auch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.10.2009, 2008/09/0015). Dies ist im konkreten Fall ebenfalls nicht gegeben: Es ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das tatbildmäßige Verhalten des Bf hinter dem in § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückgeblieben und das Verschulden daher lediglich geringfügig gewesen wäre.

Insbesondere musste dem Bf die umstrittene Rechtslage zur Qualifikation von Geräten als Glücksspielgeräte bewusst und bekannt sein. Dass dies auch tatsächlich so war, zeigt sich schon darin, dass der Bf ein Privatsachverständigengutachten zu dieser Frage eingeholt und an verschiedene Behörden diesbezügliche Anfragen gerichtet hat. Aufgrund der ungeklärten Rechtslage konnte bzw. durfte der Bf allerdings auf keine konkrete Auskunft vertrauen. Zur irrtümlichen rechtlichen Einschätzung des Bf kann auf die obigen Ausführungen zum Verbotsirrtum verwiesen werden.

V.9. Zur außerordentlichen Strafmilderung:

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen.

Die belangte Behörde ist von der Unbescholtenheit des Bf ausgegangen. Weitere Milderungsgründe sind jedoch nicht gegeben. Dass kein Schaden iSd § 34 Z 13 StGB eingetreten ist, kann bei Ungehorsamsdelikten – wozu § 52 GSpG zweifelsohne zählt – nicht als mildernd betrachtet werden (so u.a. VwGH 20.7.2004, 2002/03/0223). Dass sich der Bf ernstlich bemüht habe, nachteilige Folgen zu verhindern, ist nicht ersichtlich, weshalb mangels Anhaltspunkte auch dieser Milderungsgrund nicht in Betracht kommt. Ein relativ kurzer Tatzeitraum und der Umstand, dass der Bf sämtliche Geräte mit der Bezeichnung „TimeMachine“ inzwischen veräußert hat und somit eine Wiederholungsgefahr nicht gegeben ist, kann ebenfalls nicht mildernd gewürdigt werden. Darin dass ein Beschuldigter eine Verwaltungsübertretung nicht wieder begehen werde, kann nur die Wirkung der Spezialprävention einer Strafe erblickt werden, nicht aber ein Milderungsgrund.

Im Ergebnis konnte daher auch nicht mittels außerordentlicher Strafmilderung vorgegangen – allerdings mit der von der belangten Behörde verhängten Mindeststrafe – das Auslangen gefunden werden.

V.10. Zusammengefasst liegt ein Verbotsirrtum somit nicht vor. Auch die Voraussetzungen für das Vorgehen mittels Ermahnung oder außerordentlicher Strafmilderung sind nicht erfüllt.

Bei der gegenständlichen Tat handelt es sich mangels rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafen um eine erstmalige Tat in Bezug auf § 52 Abs. 1 GSpG iSd Qualifikation des ersten Strafsatzes. Damit liegt der Strafrahmen für das gegenständliche Glücksspielgerät bei 1.000 bis 10.000 Euro.

Bei der von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhe handelt es sich um die Mindeststrafe des vorgegebenen Strafrahmens. Die belangte Behörde hat von dem eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht, eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichtes nicht vor.

V.11. Aus den angeführten Gründen war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Gemäß § 52 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG hat der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens von 200 Euro zu bezahlen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Das vorliegende Erkenntnis steht insbesondere im Einklang mit der nunmehr vorliegenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Juli 2018, Ro 2018/17/0001, wonach das Gerät „TimeMachine“ als Glücksspielgerät zu qualifizieren ist.

VI.3. Die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. des EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zu V.4. dargestellte Rechtsprechung verwiesen.

VI.4. Auch die vorgenommene Strafzumessung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage eines Verbotsirrtumes (V.7.), zum Vorgehen mittels Ermahnung (V.8.) und zur außerordentlichen Strafmilderung (V.9.). Darüber hinaus ist die konkrete Strafzumessung stets einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt schon deshalb nicht vor.

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

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer