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-414117/8/AL/HUE

Datum:
Linz, 20. Juni 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lukas über die Beschwerde des F Ö, vertreten durch H Rechtsanwälte OG, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 28. März 2022, Zl. VStV, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch des bekämpften Bescheides die Wortfolge „in Form von virtuellen Walzenspielen“ entfällt, das Glücksspielgesetz – GSpG mit „BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 99/2020“ ergänzt sowie die Strafsanktionsnorm auf „§ 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG“ korrigiert wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 28. März 2022, Zl. VStV/921301713999/2021, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 1.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden verhängt, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit vom 26. Mai 2021 bis 17. September 2021 im Lokal „K“ in unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben, als Obmann und somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ des Vereines: ‚Verein Z‘ in der Zeit vom 26.05.2021 bis 17.09.2021 die mit dem Eingriffsgegenstand ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch im angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt haben. Der Verein hat damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Der Verein hat somit Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unternehmerisch zugänglich gemacht und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als Obmann und somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ des Vereines ‚Verein Z‘ verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten haben.
Bei einer durch die Finanzpolizei als Organ des Amts für Betrugsbekämpfung gem. § 50 Abs. 2 und 3 GSpG durchgeführten Kontrolle am 17.09.2021, um 20:00, im Lokal mit der Bezeichnung K, in L, Betreiber ‚Verein Z‘, wurde folgendes elektronische Glücksspielgerät betriebsbereit vorgefunden, mit welchem in der Zeit vom 26.05.2021 bis 17.09.2021 verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden.
Das Gerät wurde zur Identifikation von Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 17.09.2021 mit fortlaufender Nummerierung versehen.
Nr.: F - Gehäusebezeichnung: A M - Seriennummer: SN 000 -
aufgestellt seit: 26.05.2021
Mit diesem Eingriffsgegenstand, mit welchem zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesem Gerät veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1 drittes Tatbild GSpG“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass keine mildernden oder erschwerenden Umstände vorgelegen seien. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 7. April 2022, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.
Begründend brachte der Bf darin zusammengefasst vor, dass es keiner gutachterlichen Expertise bedürfe um festzustellen, dass es sich aus folgenden Gründen um Geschicklichkeitsspiele handle, weshalb eine Anwendung des GSpG ausscheide:

„1. Dem Spieler wird ein Laufband mit diversen Gewinnfeldern vorgegeben.
2. Bevor der Spieler einen Einsatz leistet sieht dieser daher seine Gewinnmöglichkeiten. Der Spieler kann daher durch Einsatzleistung das Spiel starten oder das Spiel ohne Verlust eines Einsatzes beenden.
3. Das Laufband stoppt unverzüglich durch den Tastendruck am gewünschten Symbol. Dies haben die Kontrollorgane auch feststellen können.
4. Die daraus folgende Videosimulation eines Walzenspiels hat auf den Spielausgang keinen wie immer gearteten Einfluss. Es stellt dies lediglich eine Visualisierung des vorher bereits feststehenden Spielausgang dar und dient der Unterhaltung. Es handelt sich daher nicht um klassisches virtuelles Walzenspiel. Der von der Behörde dargestellte Spielablauf entspricht daher nicht der Tatsache.“

I.3. Mit Schreiben vom 7. April 2022 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft). Weiters wurde Beweis erhoben durch Einsicht in die Verhandlungsprotokolle zu den dasselbe bzw. ein baugleiches Gerät betreffenden mündlichen Verhandlungen am 13.1. und 17.2.2022 vor dem Oö. LVwG (zu den Verfahren LVwG-414038/29ad/AL/FE, LVwG-414047/24ad/AL/FE, LVwG-413991/38ad/KHu/FE, LVwG-413992/25ad/KHu/FE, LVwG-413993/25ad/KHu/FE, LVwG-414056/7ad/KHu/FE). Die rechtsfreundliche Vertretung des Bf war auch in diesen Verfahren mit der Vertretung der beschwerdeführenden Seite betraut und bei den Verhandlungen anwesend, weshalb die diesbezüglichen Verhandlungsprotokolle

samt Vorbringen der beschwerdeführenden Seite in den dortigen Verfahren in Abstimmung mit der rechtsfreundlichen Vertretung dem gegenständlichen Beweisverfahren zugrundegelegt werden.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 17. September 2021 im (Vereins-)Lokal „K“ in L, wurde das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt. Dieses Gerät war vom 26. Mai 2021 bis zum Tag der Beschlagnahme im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurde zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben.

Im Lokal wurden Einsätze am Gerät geleistet und Gewinne ausbezahlt. Der Bf ist Obmann des Vereins „Verein Z“ (sh. Vereinsregisterauszug vom 4. Oktober 2021). Dieser Verein verfügt über eine Berechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Gasthaus und hat als Betreiberin des gegenständlichen Lokals die verbotenen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht.

Der vom Bf vertretene Verein war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG.

Es wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
1	Fruits of Death	0,10 – 5 Euro	50 – 2.500 Euro

<u>Das Gerät stellt sich – zusammengefasst – wie folgt dar:</u>
Das Gerät ist mit einem pultförmigen sowie einem senkrecht darüber montierten Flachbildschirm und mit einem schräg nach vorne abfallenden Bedienpult, auf dem eine Taste mit der Aufschrift „STOP“ angebracht ist, ausgestattet. Unmittelbar rechts neben dem Bedienpult befindet sich ein Geldeingabeschlitz. Der pultförmige Flachbildschirm ist als Touchscreen ausgeführt und dient der Darstellung der Spielauswahloberfläche sowie der eigentlichen Spieloberfläche (alle späteren Sachverhaltsfeststellungen beziehen sich daher auf diesen Bildschirm). Der senkrechte Flachbildschirm dient der Anzeige der Gerätebezeichnung („SKILLARELLA GAMES“) sowie der Darstellung des Jackpots unter Angabe des genauen Jackpot-Betrages [sh. etwa die Bilddokumentation lt. Fotobeilage und kommentierter Bilddokumentation, u.a. bei LVwG-413991/ON 4, und das psychologische Gutachten, u.a. Beilage ./17 bei LVwG-413991/ON 7, S. 18].

Auf der Spielauswahloberfläche werden neun Spiele unter Angabe eines Spielenamens und eines Spielelogos zur Auswahl angeboten [sh. Bilddokumentation und die Spielübersicht, u.a. Beilage ./16 bei LVwG-413991/ON 7]. Diese Spiele unterscheiden sich in ihrer optischen Aufbereitung; das Spielprinzip ist bei allen Spielen gleich [sh. VHP 13.1.2022, S. 3 und 4].

Auf dem Gerät ist durch Eingabe von Geld ein Guthaben herzustellen. Nach Auswahl eines Spieles auf der Spielauswahloberfläche wird der Startbildschirm des gewählten Spieles angezeigt; nach Betätigen des Touchscreens kommt es zur Anzeige der Spieloberfläche [sh. Bilddokumentation].

Auf der Spieloberfläche zeigt sich groß die Darstellung von 15 Symbolen (drei Zeilen mit jeweils fünf Symbolen); diese Symbole bewegen sich zu diesem Zeitpunkt nicht. In optischer Hinsicht ist die Darstellung dieser Symbole mit jener von virtuellen Walzenspielen vergleichbar. Der linke Bereich der Spieloberfläche dient der Darstellung des Jackpots. Am unteren Rand der Spieloberfläche zeigt sich in deutlich kleiner dimensionierter Form ein zufällig zusammengesetztes Laufband („Miniaturlaufband“), bestehend aus 32 quadratischen Feldern (verschiedene Symbole mit verschiedenen Rahmenfarben) und einer fixen, mittigen Markierungslinie [sh. Bilddokumentation und Gutachten Dr. L, u.a. Beilage ./7 bei LVwG-413991/ON 7, S. 6 f]. Die einzelnen Felder des Miniaturlaufbandes haben eine Seitenlänge von rund 1,5 cm [sh. das psychologische Gutachten, S. 5]. Die Felder des Miniaturlaufbandes bewegen sich unmittelbar nach Initiierung des Spieles [VHP 13.1.2022, S. 2]. Die Felder bewegen sich im Laufband von links nach rechts; ein auf der rechten Seite verschwindendes Feld taucht nach kurzer Zeit links wieder auf. Es sind jeweils 27 Felder sichtbar und 5 Felder kurz verdeckt; ein Banddurchlauf benötigt rund 1,4 Sekunden [sh. Gutachten Dr. L, S. 7, sowie VHP 13.1.2022, S. 6].

Durch Betätigen der Stopp-Taste oder des entsprechenden Bedienfeldes auf dem Touchscreen wird das Miniaturlaufband angehalten. Es ist nicht hervorgekommen, dass eine zufallsabhängige variable Verzögerung der Anhaltung erfolgen würde [VHP 17.2.2022, S. 4 und S. 10; VHP 13.1.2022, S. 16]. Auch ist nicht hervorgekommen, dass die Stopp-Taste keine ausreichende Präzision für ein gezieltes Anhalten des Miniaturlaufbandes hätte [sh. das psychologische Gutachten; zur Spieltaste allgemein: VHP 13.1.2022, S. 10 f].

Im Moment des Betätigens der Stopp-Taste bzw. des Touchscreens kommt es zum Abzug des Einsatzbetrages vom Guthaben [VHP 13.1.2022, S. 10]. In der Folge kommt es im großen Bereich der Spieloberfläche zu einer Darstellung von sich bewegenden Symbolen, vergleichbar einem virtuellen Walzenlauf, bei dem das Spielergebnis durch 15 Symbole und Einblendung von Gewinnlinien großflächig angezeigt wird [sh. Bilddokumentation und Gutachten Dr. L, S. 11]. Auf diese Weise wird das Spielergebnis, das durch das im Miniaturlaufband im Bereich der

Markierungslinie angehaltene Feld bereits feststeht, großflächig visualisiert. Diese Visualisierung hat keinen Einfluss auf das Spielergebnis und kann nicht beeinflusst werden. In der Folge wird ein allenfalls erzielter Gewinn gutgeschrieben [sh. Gutachten Dr. L, S. 11; VHP 13.1.2022, S. 4 f].

Nach kurzer Zeit beginnt das Miniaturlaufband im unteren Bereich des Spielfeldes automatisch neu zu laufen, wobei die Felder des Miniaturlaufbandes zufallsabhängig neu zusammengesetzt sind [VHP 13.1.2022, S. 2]. Der Spielvorgang kann unmittelbar in der bereits dargestellten Art – durch Betätigen der Stopp-Taste oder des entsprechenden Bedienfeldes auf dem Touchscreen – wiederholt werden.

Der Spieler kann jederzeit, d.h. auch bei laufendem Miniaturlaufband, den Spieleinsatz verändern. Das Verändern des Spieleinsatzes führt zu einem zufallsabhängig neu zusammengesetzten Miniaturlaufband, das jedoch maximal Gewinne in der Höhe des einfachen Einsatzes ermöglicht (siehe zu den Details unten). Das Spiel kann jederzeit, d.h. auch bei laufendem Miniaturlaufband, durch das Betätigen des Knopfes „Lobby“ beendet werden. Ein Guthabensabzug erfolgt erst bei Anhalten des Miniaturlaufbandes durch Betätigen der Stopp-Taste bzw. des Touchscreens, sodass die Einsatzveränderung und das Beenden des Spieles ohne Abzug des Einsatzes möglich sind [VHP 13.1.2022, S. 10].

Details des geschilderten Spielablaufes ergeben sich aus den nachfolgenden Feststellungen.

Spielbeschreibung:
Auf der Spielauswahloberfläche befindet sich im unteren Bereich ein Feld mit der Beschreibung „Spielbeschreibung / Disclaimer“. Dies führt zur Anzeige eines „Disclaimers“ mit allgemeinen Informationen, in denen auf die Spielbeschreibung und Spielbedingungen verwiesen wird. Durch Betätigen des gelben Textes „Spielbeschreibung“ bzw. „Spielbedingung“ im Disclaimer können die Inhalte jeweils aufgerufen werden [VHP 13.1.2022, S. 3].

Die Spielbeschreibung war nicht in gedruckter Form auf dem Gerät angebracht bzw. im Lokal ausgehängt [VHP 13.1.2022, S. 17]. Die Spielbeschreibung liegt aber in einem „Behördenordner“ und in einem „Wirteordner“ ein [VHP 17.2.2022, S. 10].

Symbole im Miniaturlaufband und Gewinntabelle:
Im Miniaturlaufband werden 32 Felder dargestellt. Die Darstellung der Symbole (d.h. welche Symbolbilder verwendet werden) ist vom jeweiligen Spiel abhängig. Beispielsweise enthält das Spiel „FRUITS OF DEATH“ die Symbole „Kirschen“, „Wassermelone“, „Zitrone“, „Orange“, „Bananen“, „Pflaume“, „Weintrauben“, „Bar“ und „7“. Jedes dieser Symbole im Miniaturlaufband wird von einem farbigen

Rahmen in der Farbe grün, blau, lila, rot oder gelb umgeben. Dazu kommen ein Jackpot-Feld (beim genannten Spiel in der Form eines „Sensenmannes“) [sh. Gutachten Dr. L, S. 8 und 9] und ein Feld „Freespin“ [sh. Spielanleitung, u.a. Beilage ./14 bei LVwG-413991/ON 7, S. 3].

Spielentscheidend ist, welches Feld im Miniaturlaufband im Bereich der Markierungslinie angehalten wird. Das Spielergebnis definiert sich durch die Kombination aus Symbol und Rahmenfarbe. Wird ein Feld mit grünem oder blauem Rahmen getroffen, so kommt es zu keinem Gewinn. Wird ein Feld mit lila, rotem oder gelbem Rahmen getroffen, kommt es zu einem Gewinn entsprechend der im Spiel aufrufbaren Gewinntabelle [sh. Gutachten Dr. L, S. 8 f, und VHP 13.1.2022, S. 4 f].

Beispielsweise führt das Symbol „Kirschen“ beim Spiel „FRUITS OF DEATH“ bei lila Rahmen zu einem „Gewinn“ in der Höhe der Hälfte des Einsatzes, bei rotem Rahmen zu einem „Gewinn“ in Höhe des 1-fachen Einsatzes und bei gelbem Rahmen zu einem Gewinn in der Höhe des 5-fachen Einsatzes. Im Spiel „FRUITS OF DEATH“ ist das Symbol „7“ das bestmögliche Symbol; es führt bei lila Rahmen zu einem Gewinn in der Höhe des 10-fachen Einsatzes, bei rotem Rahmen zu einem Gewinn in Höhe des 100-fachen Einsatzes und bei gelbem Rahmen zu einem Gewinn in der Höhe des 500-fachen Einsatzes [sh. Gutachten Dr. L, S. 8, und die Bilddokumentation].

Das Jackpotfeld führt zu einem Gewinn in der Höhe des 10-fachen Einsatzes. Es wird im linken Bildschirmbereich mitgezählt, wie oft das Jackpotfeld getroffen wurde. Wird das Jackpotfeld über mehrere Spielvorgänge hinweg in Summe fünf Mal getroffen, wird der Jackpot ausbezahlt [sh. Gutachten Dr. L, S. 9 f].

<u>Zusammensetzung des Miniaturlaufbandes:</u>
Die Zusammensetzung des Miniaturlaufbandes erfolgt zufallsbestimmt [VHP 13.1.2022, S. 9]. Jedes Miniaturlaufband enthält zumindest ein Feld, mit dem zumindest ein „Gewinn“ in der Höhe des halben Einsatzes erreicht werden kann. Es enthält daher nicht jedes Miniaturlaufband ein Feld, das einen Gewinn, der höher als der Einsatz ist, ermöglicht [sh. Spielanleitung, S. 3]. Die Wahrscheinlichkeit dafür, dass im Miniaturlaufband ein Feld mit einem Gewinn höher als dem Einsatz enthalten ist, liegt bei 49,11 % [Gutachten Dr. L, S. 17, unter Hinweis auf eine Auskunft des Entwicklers]. Das Jackpotfeld erscheint ebenfalls zufällig [VHP 13.1.2022, S. 14] und ist „sehr selten“ [sh. Gutachten Dr. L, S. 9].
Die Wahrscheinlichkeiten ergeben sich aus der Spielbeschreibung nicht [sh. Spielanleitung].

Wird der Einsatzbetrag verändert, wird ein neues Miniaturlaufband generiert. Dieses Miniaturlaufband ist ebenfalls zufallsbestimmt zusammengesetzt, dies

jedoch nach einer anderen Logik: Es ermöglicht maximal einen „Gewinn“ in der Höhe des einfachen Einsatzes; es ist jedoch stets mindestens ein Feld enthalten, das einen „Gewinn“ in der Höhe des einfachen Einsatzes ermöglicht [Gutachten Dr. L, S. 12, unter Hinweis auf eine Auskunft des Entwicklers; VHP 13.1.2022, S. 9]. Diese abweichende Zusammensetzungslogik ist in der Spielbeschreibung nicht erwähnt (sie widerspricht der allgemein gehaltenen Ausführung in der Spielbeschreibung aber auch nicht) [VHP 13.1.2022, S. 10].

II.2.1. Die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände haben sich seit den Erkenntnissen des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, nicht verändert.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Bilddokumentation, den vorgelegten Videos, den Angaben von A W, Geschäftsführer der Geräteinhaberin, in der Niederschrift vom 21.6.2021 und der ausführlichen Erörterung samt Zeugeneinvernahmen in der Verhandlung vom 17.2.2022.

Die Feststellungen zur Funktionsweise des Geräts ergeben sich aus diesen Beweismitteln sowie insbesondere aus dem vom Bf vorgelegten Gutachten des Univ.-Prof. Dr. G L zur Frage des Geschicklichkeitsanteils der Spiele „Fruits of Death, Lucky Farm, Book of Treasures, Egyptian Treasures, Howling Wolf, Golden Slots“ vom 8.3.2021 (kurz: „Gutachten Dr. L“) sowie dem vom Bf vorgelegten Gutachten des M G, MSc, und des Univ.-Prof. Dr. U A, Fakultät für Psychologie, zur Evaluierung der Geschicklichkeitsanforderungen der von der skilltechnic software GmbH entwickelten Spiele vom 8.9.2021 (kurz: „psychologisches Gutachten“). Bereits in den Verhandlungen zu den Verfahren LVwG-413991, 413992, 413993, 414038 und 414047 (alle betreffend dieselbe Kontrolle) sowie LVwG-414056 (betreffend eine andere Kontrolle, bei der aber ein Gerät mit derselben Software vorgefunden wurde) wurde das Spielprinzip – bezugnehmend auf die genannten Beweismittel – ausführlich erörtert.

Sämtliche Feststellungen zur Funktionsweise des Geräts entsprechen dem Vorbringen des Bf. Auf die von den Parteien gestellten Beweisanträge kommt es nicht mehr an, weil es dabei um Feststellungen zu Details geht, die für die Entscheidung nicht relevant waren.

III.2. Es ist im Verfahren überdies nicht hervorgekommen, dass sich seit den Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zur Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols etwas verändert hätte. Vielmehr zeigt sich in den gerichtsbekannten Dokumenten, konkret der Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013, Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums, Glücksspielbericht 2014 – 2016 des BMF sowie die Schreiben des BMF vom 17.11.2017 samt Beilagen und vom 9.8.2018 hinsichtlich Unionsrechtskonformität, Glücksspielbericht 2017 – 2019 des BMF, Information der Stabsstelle für Spielerschutz zu Spielerschutzregelungen des Glücksspielgesetzes sowie Maßnahmen in diesem Bereich und deren Wirksamkeit, 5. Auflage, August 2020), dass keine Änderung der relevanten Umstände eingetreten ist; auch der Verwaltungsgerichtshof hat in seinen jüngsten Entscheidungen vom 3. Februar 2022 (sh. etwa Zl. Ra 2020/17/0127) ausgesprochen, dass die Frage der Unionsrechtskonformität geklärt ist. Die Frage der Unionsrechtskonformität des österreichischen GSpG wurde vom Bf auch nicht thematisiert.

III.3. 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 erfolgte, 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 Gerätes aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre, sowie der vom Bf vertretene Verein als Lokalbetreiber den Betrieb des Geräts nicht freiwillig in seinem Lokal geduldet hätte.

Dass der vom Bf vertretene Verein im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/themen/gluecksspiel-spielerschutz/gluecksspiel-in-oesterreich/konzessionaere-ausspielbewilligte.html nicht entnehmbar.

Dass das verfahrensgegenständliche Gerät zumindest im festgestellten Zeitraum betriebsbereit aufgestellt war, ergibt sich aus der Niederschrift zur gegenständlichen Kontrolle.

IV. Rechtliche Beurteilung:

IV.1. Rechtliche Grundlagen

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

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

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

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

Gemäß § 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 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.2. Was die Frage der Beeinflussbarkeit der vorliegenden Glücksspiele durch Geschick betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass nicht jegliche Eingriffsmöglichkeit im Rahmen des Spielablaufs eine Geschicklichkeitskomponente ist. Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG ist nach dem VwGH 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).

Zufall iSd GSpG liegt nach hL und höchstgerichtlicher Rechtsprechung 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“ (Rz 22 ff zu § 1 GSpG in Zillner, Kommentar zum Glücksspielgesetz und ausgewählte Fragen des Wettenrechts [2021], mN aus Rspr und Literatur).

Für die Beurteilung, ob ein Glücksspiel iSd GSpG oder ein Geschicklichkeitsspiel vorliegt, ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass bei einem Spiel das Spielgeschehen oftmals in verschiedene Abschnitte unterteilbar ist. „Werden Teile des Spielverlaufs als ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig beurteilt, so ist das Spiel rechtlich als Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG zu qualifizieren. Ob ein Spielteilnehmer zuerst eine zufallsdominierte Phase des Spiels absolvieren muss oder ob diese nach einem geschicklichkeitsdominierten Abschnitt stattfindet, ist für die Beurteilung unerheblich. Vielmehr ist das gesamte Spiel als eine Einheit anzusehen und auf ‚die wesentliche Entscheidung‘ über das Spielergebnis abzustellen“.
Zudem ist bei der Beurteilung des Ausmaßes der Zufallsabhängigkeit nach hL und höchstgerichtlicher Rechtsprechung „nicht auf die abstrakten Regeln des Spiels abzustellen, sondern vielmehr auf die ‚konkreten Modalitäten und Rahmenbedingungen‘. Insbesondere ist nicht der theoretische Idealfall, welcher unter Laborbedingungen beobachtet werden kann, ausschlaggebend, sondern es

entscheidet ‚die Beeinflussbarkeit des Ergebnisses im praktischen Spielbetrieb.“ In der Literatur werden als zu berücksichtigende Umstände etwa die „tatsächliche Durchführung, Spielgeschwindigkeit, Ausgestaltung, Bewerbung sowie die bestehenden Lärm- und Lichtverhältnisse“ genannt.
Darüber hinaus sind bei der Beurteilung der Zufallsabhängigkeit „Fähigkeiten ausschlaggebend, die von den Spielteilnehmern durchschnittlich zu erwarten sind. Es ist sohin auf einen Durchschnittsspieler des Zielpublikums abzustellen.“
(Rz 28 ff zu § 1 GSpG in Zillner, Kommentar zum Glücksspielgesetz und ausgewählte Fragen des Wettenrechts [2021] mN aus Lit und Rspr des VwGH).

Zusammengefasst sind für die Beurteilung, ob im konkret vorliegenden Fall ein Spiel, dessen Spielergebnis zumindest überwiegend vom Zufall abhängt, und damit ein Glücksspiel iSd GSpG vorliegt, daher die konkreten Modalitäten und Rahmenbedingungen des tatsächlichen praktischen Spielbetriebs unter Anlegen des Maßstabs eines Durchschnittsspielers des Zielpublikums entscheidend.

IV.3. Für das Gericht steht außer Zweifel, dass es sich beim Zielpublikum des gegenständlichen „Skillarella“-Gerätes um den klassischen „Automaten“-Spieler handelt:
Das Gerät gleicht, wie festgestellt, optisch nach der äußeren Erscheinungsform einem herkömmlichen elektronischen Glücksspielgerät. Auch im Spielbetrieb ist die Spieloberfläche vom typischen Erscheinungsbild der klassischen Walzenspielgeräte dominiert: Für den Spieler zeigt sich groß am Bildschirm ein Walzenspiellauf; nur in optisch ganz untergeordneter, deutlich kleiner dimensionierter Form zeigt sich im unteren Monitorbereich zusätzlich ein kleines Miniaturlaufband. Gesamtbetrachtet zeigt sich für das erkennende Gericht eindeutig eine optische Orientierung an klassischen Walzenspielgeräten, weshalb als Zielpublikum für das in Rede stehende Gerät jedenfalls der klassische „Automaten“-Spieler adressiert ist.

Nach Auffassung des Gerichts ist auch die Spielbeschreibung/Spielanleitung Teil des Spielgeschehens. Ausgehend vom typischen „Automaten“-Spieler als durchschnittlichem Zielpublikum ist davon auszugehen, dass dieser die Spielbeschreibung – weder in einem im Lokal verfügbaren physischen Ordner (sofern dieser dem Spieler zugänglich sein sollte), noch durch virtuelle Abfrage auf dem Bildschirm – vor der Bespielung des gegenständlichen Geräts studieren wird. Vielmehr lässt schon der erste optische Eindruck des (optisch dominanten) Walzenlaufs für das Zielpublikum auf einen von anderen klassischen Walzenspielgeräten gewohnten Spielablauf schließen. Kurzum: Im Lichte von Branchenüblichkeit und Erwartungshorizont des durchschnittlichen Automaten-Spielers erweckt schon allein das äußere Erscheinungsbild von Gerät und Bildschirm beim Zielpublikum den Eindruck eines typischen Walzenspiels. Dies deckt sich auch mit den glaubwürdigen Ausführungen des finanzpolizeilichen Zeugen in der Verhandlung vom 17.2.2022. So führte der Zeuge befragt aus, dass

es sich für ihn augenscheinlich um ein Walzenspielgerät gehandelt habe. Erst im Verlauf der Spiele sei er darauf gekommen, dass die untere Leiste (Miniaturlaufband) in Wahrheit das Hauptspiel sei. Das gesamte in Rede stehende Spiel ist nach Auffassung des Gerichts daher darauf ausgerichtet, für das Zielpublikum – also den typischen „Automaten“-Spieler – den Eindruck eines Walzenspiels zu erwecken.

Auch ist zu bedenken, dass auf der beschwerdeführenden Seite sowohl den Gutachtern als auch den Testspielern im Rahmen der Gutachten der Spielablauf – insbesondere die spielentscheidende Komponente des optisch untergeordneten Miniaturlaufbandes – ausführlich erklärt und damit jedenfalls bewusst und detailliert bekannt war. Selbst für den Fall, dass dem Zielpublikum der typischen Durchschnitts-„Automaten“-Spieler die im Akt befindliche, mehrseitige Spielanleitung vor Spielbeginn bewusst wäre, geht das Gericht nicht davon aus, dass dies zu einem umfänglichen Verständnis des konkreten Spielablaufs führte. Ganz grundsätzlich steht für das Gericht aber ohnehin außer Zweifel, dass Tempo und Intention von Spielautomaten, die sich an Walzenspielen orientieren, ausgerichtet auf das adressierte Zielpublikum auf besonders schnelle und zügige Spielabfolgen abzielen. Mit anderen Worten: Das typische Zielpublikum erwartet schnelle, zügige Spielabläufe mit einfacher Bedienung; sein Interesse ist nicht auf ausführliches Studium umfangreicher und durchaus komplizierter Spielbeschreibungen gerichtet.

In diesem Sinne wird der typische Spieler das Spiel, das den äußeren Anschein eines virtuellen Walzenspieles hat, auch in der Art und Weise bespielen, wie er andere Geräte für virtuelle Walzenspiele bespielt. Das Spiel ermöglicht eine derartige Bespielung auch, indem die einzig erforderliche Interaktion im Betätigen der (dem Spieler grundsätzlich von anderen Geräten bekannten) Stopp-Taste oder des Touchscreens besteht. Der durchschnittliche Spieler wird, nachdem ein Spiel initiiert wurde, mit der Betätigung der Stopp-Taste den – aus seiner Sicht – virtuellen Walzenlauf starten. Er wird auf diese Weise zufällig ein Feld im Miniaturlaufband ausgewählt haben, ohne dass eine optische Aufbereitung erfolgen würde, die dem Spieler zu Bewusstsein führt, dass es darauf angekommen ist.

Schon aufgrund der Ausgestaltung des Spiels ergibt sich für das erkennende Gericht, dass beim vorliegenden Gerät Spiele möglich waren, bei denen das Spielergebnis zumindest vorwiegend vom Zufall abhängig ist.

IV.4. Selbst wenn man das Spielprinzip, bei dem es nur auf das Miniaturlaufband ankommt, als bekannt voraussetzt und von einer entsprechenden Bespielung ausgeht, liegt nach Ansicht des Gerichts ein Glücksspiel vor:

Vorweggeschickt wird, dass das Gericht nicht verkennt, dass es nicht nur Geschicklichkeitsspiele gibt, die bei jedem Spieldurchgang identische Startbedingungen aufweisen (zu denken ist beispielsweise an Schach, bei dem Anzahl und Startpositionen der Figuren definiert sind), sondern auch solche, die Zufallselemente beinhalten (zu denken ist etwa an das Austeilen gemischter Karten beim Schnapsen). Auch verkennt das Gericht nicht, dass der einzelne Spieler bei einem Angebot, ein Geschicklichkeitsspiel gegen Geld zu spielen, häufig keinen Einfluss auf die ausgeschriebenen Preise hat, sondern er nur entscheiden kann, ob er ein konkretes Angebot annehmen möchte oder nicht.

Wie festgestellt, setzt sich das Miniaturlaufband aus einer bestimmten Anzahl an farbig umrahmten Symbolen zusammen, wobei entscheidend ist, welches Feld an der Markierungslinie des Miniaturlaufbandes angehalten wird. Wie ferner festgestellt, gibt es Rahmenfarben, die zum Verlust des Einsatzes führen und Rahmenfarben, die – je nach Kombination aus Symbol und Rahmenfarbe – zu einem „Gewinn“ in der Höhe des halben Einsatzes bis hin zu einem Gewinn in der Höhe des 500-fachen Einsatzes führen. Das Spiel kennt daher Gewinnfelder, die zu keinem „positiven Gewinn“ (so das Gutachten Dr. L, S. 9) führen (Gutschrift des halben oder des einfachen Einsatzes, d.h.: Verlust des halben Einsatzes oder Nullsummenspiel), sowie Gewinnfelder, die zu einem „positiven Gewinn“ führen.

Entscheidend für die Gewinnmöglichkeiten des Spielers ist, welche Felder im Miniaturlaufband angezeigt werden. Es wird im Spiel nicht bloß die Reihenfolge der Felder, sondern die gesamte Zusammensetzung des Miniaturlaufbandes zufällig generiert, wobei die Wahrscheinlichkeit dafür, dass bei einem Laufband ein Feld mit einem Gewinn höher als dem Einsatz enthalten ist, bei 49,11 % liegt. Ob bei einem einzelnen Spiel ein derartiges Gewinnfeld enthalten ist, ist daher zufällig.

Laut dem Gutachten von Dr. L ist die Spielstrategie des perfekten Spielers, 1. das Miniaturlaufband zu analysieren und – sofern ein Gewinnfeld enthalten ist, das zu einem Gewinn mindestens in der Höhe des Einsatzes führt – es 2. beim bestmöglichen Gewinnfeld anzuhalten (so das Gutachten Dr. L, S. 13, mit dem Hinweis, dass dann, wenn kein derartiges Gewinnfeld enthalten sei, eine Neuzusammensetzung des Bandes durch Änderung des Einsatzbetrages zu veranlassen sei). Bei einer vereinfachten Spielstrategie kann darauf abgestellt werden, ob mindestens zwei derartige Gewinnfelder nebeneinander liegen, was das korrekte Stoppen des Laufbandes „um ein Vielfaches einfacher“ mache (so das Gutachten Dr. L, S. 15; zu kurz gegriffen erscheint es vor diesem Hintergrund aber, wenn – wie im psychologischen Gutachten – davon ausgegangen wird, es käme nur darauf an, „irgendein“ Gewinnfeld zu treffen).

Beim ggst. Spiel erfolgt unmittelbar eine monetäre Bewertung des Spielvorganges anhand einer Gewinntabelle. Ein Spielvorgang besteht in einer Interaktion des Spielers (einmaliges Drücken der Stopp-Taste oder des Touchscreens), deren

höchstmögliche Bewertung sich aus dem Miniaturlaufband ergibt und die daher zufallsbestimmt ist; es gibt dagegen etwa keine Bewertung für das Treffen des „bestmöglichen“ Feldes des aktuellen Miniaturlaufbandes und keine Bewertung von Geschicklichkeitselementen (etwa Geschwindigkeit, Präzision, etc).

Das führt dazu, dass dann, wenn mehrere vergleichbar gute Spieler ein Spiel auf dem Gerät durchführen (oder eine definierte Zeitdauer oder Spielanzahl auf dem Gerät spielen), nicht primär entscheidend ist, wer seine Leistung im Spielzeitpunkt am besten abrufen konnte, sondern welche Gewinnfelder während der jeweiligen Spielvorgänge angeboten wurden. Würde eine Rangliste der Spieler anhand ihres Spielergebnisses erstellt werden, ließe diese Rangliste keine Rückschlüsse darauf zu, welcher der Spieler die beste Leistung in Bezug auf Geschicklichkeit erbracht hat; vielmehr ist vorrangig entscheidend, welche Gewinnfelder jeweils zufallsbestimmt angeboten wurden.

Nach Ansicht des Gerichts stellt ein solches Spielprinzip kein Geschicklichkeitsspiel dar (auf das Argument, dass sich ein geschickter Spieler langfristig „im Gewinnbereich“ befindet, wird sogleich eingegangen). Darin zeigt sich auch der entscheidende Unterschied zu dem vom Bf wiederholt ins Treffen geführten Spielen von Schach gegen Geldeinsatz; dort geht es nämlich zunächst um einen regelbestimmten Sieg (= Spielergebnis) oder eine sich daraus ergebende Platzierung in einem Wettbewerb. Erst in der Folge wird daran eine Preisgeldauszahlung geknüpft.

IV.5. Der Bf wendet dagegen ein, dass das Annehmen oder Ablehnen eines Angebotes auf Bespielung eines konkreten Miniaturlaufbandes zum Spielprinzip gehöre (das Ablehnen eines Angebotes sei dem Spieler durch Einsatzveränderung oder gänzlichen Abbruch des Spiels jederzeit möglich). Selbst wenn man annimmt, dass es auf die Möglichkeit des Vergleiches von Leistungen verschiedener Spieler nicht ankomme, ändert sich im Ergebnis nichts:

Im Gutachten Dr. L erfolgt eine Auseinandersetzung damit, wie lange ein Spieler, der die optimale Spielstrategie verfolgt, benötigt, „bis er sich sicher in einem Gewinnbereich befindet“. Dies sei zwar im Durchschnitt rasch der Fall; es könne aber sein, dass mehrere Laufbänder nacheinander auftreten, mit denen kein „positiver Gewinn“ erzielt werden könne (siehe Gutachten Dr. L, S. 17 f; dies gelte auch für die vereinfachte Spielstrategie, wobei es dort länger dauere; siehe S. 15). Da aber eine unmittelbare monetäre Bewertung des Spielergebnisses erfolgt, kann das Spielergebnis nicht nur abstrakt darin gesehen werden, ob man sich „im Gewinnbereich“ befindet, sondern das Spielergebnis besteht in einem konkret bezifferten Eurobetrag, der gewonnen (oder verloren) wird. Es mag also sein, dass sich ein geschickter Spieler „im Gewinnbereich“ befindet; der konkrete Betrag – das eigentliche Spielergebnis – ist aber zufallsabhängig.

IV.6. Dagegen bringt der Bf vor, dass ein Spieler bei jedem neuen Miniaturlaufband darüber entscheide, ob er das Angebot auf Bespielung dieses Laufbandes annehme, sodass die einzelnen Spielvorgänge isoliert voneinander zu betrachten seien. Das trifft bei Gesamtwürdigung des Spielablaufs aber nicht zu:

Jedenfalls schon aufgrund des Angebots des Jackpots zeigt sich, dass die einzelnen Spielvorgänge ein durchgängiges Spiel darstellen, weil das Jackpotfeld über mehrere Spielvorgänge hinweg in Summe fünf Mal getroffen werden muss.

Ob ein Jackpotfeld im Miniaturlaufband enthalten ist, ist – wie dessen restliche Zusammensetzung – zufallsbestimmt; es kann (und wird) aufgrund der Seltenheit dieses Feldes also vorkommen, dass in einem Minitaturlaufband kein Jackpotfeld enthalten ist. Der Spielvorgang ist dann in Bezug auf ein anderes Gewinnfeld durchzuführen (siehe die obige Spielstrategie). Selbst wenn man davon ausgeht, dass es einem geschickten Spieler möglich ist, das jeweils gewünschte Gewinnfeld gezielt anzuhalten, hat er keinerlei Einfluss darauf, ob ihm in endlicher Zeit die erforderliche Zahl an Jackpotfeldern angeboten wird. Das Spiel um Jackpot ist daher primär vom Zufall abhängig und erst nachgereiht geht es um die Fähigkeit des Spielers, geeignete Gewinnfelder abzurufen.

IV.7. Es hat sich daher ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis überwiegend vom Zufall abhängt. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der vom Bf vertretene Verein von diesem auch nicht ausgenommen war.

IV.8. Das Gerät war zumindest im festgestellten Zeitraum im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt oder dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Der vom Bf vertretene Verein hat als Betreiber des Lokals, in welchem das Gerät betriebsbereit vorgefunden wurde, zumindest geduldet, dass dieses zur selbstständigen nachhaltigen Einnahmenerzielung im vorgeworfenen Tatzeitraum öffentlich zugänglich betrieben wurde. Der Verein hat die am gegenständlichen Gerät festgestellten verbotenen Ausspielungen im vorgeworfenen Tatzeitraum somit unternehmerisch zugänglich gemacht. Dies hat der Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

IV.8.1. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass der vom Bf vertretene Verein als Lokalbetreiber im vorgeworfenen Zeitraum verbotene

Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt.

IV.8.2. 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 somit 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).

IV.8.3. 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 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender

subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. 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).

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung weder mildernde noch erschwerende Umstände an.
Aufgrund der Aktenlage ist von Unbescholtenheit des Bf auszugehen.

Bei der gegenständlichen Tat handelt es sich um eine Erstbegehung in Bezug auf § 52 Abs. 1 GSpG iSd Qualifikation des 1. Strafsatzes. Damit liegt der Strafrahmen für jedes gegenständliche Glücksspielgerät bei 1.000 – 10.000 Euro.

Bei der von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhe handelt es sich somit um die Mindestgeldstrafe des vorgegebenen Strafrahmens. Die belangte Behörde hat von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht, eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung der Geldstrafe liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor. Bei Anwendung derselben Strafbemessungsgründe wäre eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden festzusetzen gewesen. Dem Landesverwaltungsgericht ist es verwehrt diesen Umstand aufzugreifen, um die mit 24 Stunden von der Behörde zu niedrig verhängte Ersatzfreiheitsstrafe tat- und schuldangemessen anzupassen.
Bei Verhängung der Mindeststrafe sind die konkreten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Bf ohne Belang.

Eine Herabsetzung oder gar eine Ermahnung kamen auf Grund des nicht als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung ohnehin

nicht in Betracht. Auch überwiegen die Milderungsgründe nicht beträchtlich, weshalb eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG ausscheidet.

IV.9. Es war somit im Ergebnis die Beschwerde gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Bescheid zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten hat. § 52 Abs. 2 VwGVG normiert, dass dieser Beitrag mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro, zu bemessen ist.

Es war dem Bf daher ein Verfahrenskostenbeitrag vorzuschreiben.

V. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt:
Zwar können aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Leitlinien zum Begriff des Glücks- und Geschicklichkeitsspieles abgeleitet werden (siehe die Nachweise in der zit. Kommentarliteratur); zur Frage, wie ein Gerät mit der dargestellten Funktionsweise letztlich zu qualifizieren ist, liegt aber – soweit ersichtlich – noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor. Im Verfahren haben sich insbesondere die Frage der Relevanz des Gesamterscheinungsbildes des Gerätes, ferner die Frage, anhand welcher Maßstäbe die Zufallsabhängigkeit zu bemessen ist, und die Frage, worin das Spielergebnis des Spieles zu erblicken ist, gestellt. Das Gericht geht davon aus, dass der Beurteilung des Gerätes eine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommen wird und es daher einer entsprechenden Klarstellung durch den Verwaltungsgerichtshof bedürfen wird.

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 ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin

erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. 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 für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof 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.
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; 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lukas