

TE Vwgh Erkenntnis 2005/9/8 2000/17/0201

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.09.2005

Index

34 Monopole;

Norm

GSpG 1989 §1 Abs1;

GSpG 1989 §2 Abs1;

GSpG 1989 §3;

GSpG 1989 §52 Abs1 Z1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Puck und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Schiffkorn, über die Beschwerde des KJ in H, vertreten durch Dr. Oliver Felfernig, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Reichsratsstraße 15, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 3. August 2000, Zl. UVS-06/6/5595/1999/21, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er die Berufung gegen die Vorschreibung eines Kostenersatzes gemäß § 64 Abs. 3 VStG in der Höhe von S 70.000,-- abweist, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die Bundeshauptstadt Wien hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis der Bundespolizeidirektion Wien vom 19. November 1999 wurde dem Beschwerdeführer als handelsrechtlichem Geschäftsführer der CC GesmbH in Wien und somit als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Last gelegt, in den Räumlichkeiten der CC GesmbH in einem näher genannten Zeitraum, jedenfalls aber zu fünf nach Datum und Uhrzeit genau angegebenen Zeitpunkten Glücksspiele, deren Durchführung dem Bund vorbehalten sind, und zwar "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw", veranstaltet zu haben und dadurch § 1 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 4 iVm §§ 3 und 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idgF iVm § 9 Abs. 1 VStG verletzt zu haben (Spruchpunkt 1.).

Weiters wurde dem Beschwerdeführer mit dem genannten Straferkenntnis zur Last gelegt, als handelsrechtlicher

Geschäftsführer der CC GesmbH und somit als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 VStG am 12. Dezember 1997 zu einer näher genannten Uhrzeit zwei Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht gestellt zu haben, und zwar durch die Ausspielung des Glücksspiels "Optisches Kugelkarussell". Der Beschwerdeführer habe dadurch § 1 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 iVm §§ 3 und 52 Abs. 1 Z 1 GSpG idGF iVm § 9 Abs. 1 VStG verletzt (Spruchpunkt 2.).

Schließlich wurden dem Beschwerdeführer gemäß § 64 VStG die Kosten des Strafverfahrens sowie S 70.000,-- als Ersatz der Barauslagen für das Sachverständigengutachten von Univ.- Prof. Dr. Ulrike L vorgeschrieben.

In der Begründung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses wurde nach detaillierter Wiedergabe der gepflogenen Erhebungen und der Feststellungen zur CC GesmbH sowie zu den grundsätzlichen Regeln der Kartenspiele, deren Abhaltung festgestellt worden sei (es handelte sich bei allen dreien um dem Poker ähnliche Spiele, bei denen nach jeweils im Detail unterschiedlichen Regeln in verschiedenen Runden teils offen, teils verdeckt Karten ausgegeben wurden, die Spieler jeweils Geldbeträge einsetzen konnten und der Spieler mit dem besten Blatt gewann), ausgeführt, dass zur Klärung der Frage, ob es sich bei den inkriminierten Spielen um Glücksspiele im Sinne des § 1 GSpG handle, ein Gutachten von Univ.- Prof. Dr. Ulrike L vom Institut für Statistik und Operations Research der Karl Franzens Universität Graz eingeholt worden sei.

In seiner Stellungnahme zum Gutachten habe der Beschwerdeführer der Sachverständigen falsche Aussagen und Schlussfolgerungen vorgeworfen und eine Widersprüchlichkeit des Gutachtens behauptet. Er bezweifle die fachliche Qualifikation der Sachverständigen betreffend das "Optische Kugelkarussell" und habe auf ein Gutachten verwiesen, über das er verfüge und auch der Behörde übergeben habe.

Die Frage, ob ein Glücksspiel vorliege oder ein Geschicklichkeitsspiel, könne immer nur im Einzelfall beurteilt werden, gegebenenfalls nach Einholung eines Sachverständigengutachtens. Der Behörde sei im Verfahren zunächst ein Gutachten von Univ.-Prof. G "über die Glücksspieleigenschaften des Kartenspiels '7 Card Stud Poker'" vorgelegen. Die in diesem Gutachten getroffenen Schlussfolgerungen untermauerten den Verdacht, dass es sich bei "7 Card Stud Poker" um ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG handle. Da das genannte Gutachten nicht konkret auf das in den Räumlichkeiten der CC GesmbH durchgeführte Spiel eingegangen sei und in deren Örtlichkeiten auch andere Spiele durchgeführt worden seien, sei das Gutachten von der erstinstanzlichen Behörde bei der Willensbildung nicht berücksichtigt worden. Um eine Beurteilung im konkreten Einzelfall entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes treffen zu können, sei das Gutachten von Univ.-Prof. Ulrike L eingeholt worden. In der Folge werden die wesentlichen Feststellungen im Gutachten hinsichtlich der Kartenspiele "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw" wiedergegeben sowie die Beurteilung der Sachverständigen des "Optischen Kugelkarussells" dargelegt. Die Kartenspiele "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw" seien Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich vom Zufall abhängig seien.

Zu den Kartenspielen habe vom Beschwerdeführer kein gleichwertiges Gutachten vorgelegt werden können. Es sei lediglich betreffend das "Optische Kugelkarussell" ein Gutachten von Professoren des Institutes für industrielle Fertigung und Fabrikarbeit der Universität Stuttgart vom Mai 1988 der Behörde übergeben worden. Diese Gutachter hätten experimentelle Untersuchungen im Labor durchgeführt. Es seien mehrere Versuchsspiele absolviert worden; die Versuchspersonen hätten keinerlei Vorkenntnisse über das Spiel gehabt. Die Gutachter stellten zusammenfassend fest, dass einige wenige Spieler weit bessere Ergebnisse erreicht hätten als die überwiegende Mehrheit der anderen Spieler.

Unter Berufung auf dieses Gutachten habe der Beschwerdeführer behauptet, beim Spiel "Optisches Kugelkarussell" handle es sich um ein Geschicklichkeitsspiel.

Auch zu den Kartenspielen vertrete der Beschwerdeführer die Auffassung (ohne dies näher zu begründen), dass es sich um Geschicklichkeitsspiele handle.

Das Sachverständigengutachten sei nach Ansicht der Behörde in sich schlüssig und ausreichend begründet. Die Denkvorgänge der Sachverständigen seien nachvollziehbar und verständlich. Der Beschwerdeführer begegne dem Sachverständigengutachten hinsichtlich der Kartenspiele lediglich mit Behauptungen, ohne diese näher zu begründen. Die Behörde gehe daher davon aus, dass die Kartenspiele "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw" Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG seien.

Zu dem vom Beschwerdeführer beigebrachten Gutachten betreffend das "Optische Kugelkarussell" wurde ausgeführt, dass dieses die Beurteilung des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf das Erkenntnis vom 18. Mai 1977, Zl. 2378/76) und das Sachverständigengutachten nicht zu entkräften vermöge. Der Verwaltungsgerichtshof habe im Erkenntnis vom 27. April 1981, Zl. 17/0982/80, darauf verwiesen, dass Spiele vom Typ "Optisches Kugelkarussell" zwar "im theoretischen Idealfall (unter Labor-Bedingungen) Geschicklichkeitsspiele seien, im praktischen Betrieb wegen zu großer Störanfälligkeit und anderer Unzulänglichkeiten jedoch nicht als Geschicklichkeitsspiele beurteilt werden könnten. Auch im Erkenntnis vom 17. April 1991, Zl. 91/01/0010, gehe der Verwaltungsgerichtshof von der Glücksspieleigenschaft des Spieles "Optisches Kugelkarussell" aus. Nach Wiedergabe des Inhaltes des § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 4 sowie des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG wurde hinsichtlich der Bestrafung wegen der Durchführung des Spiels "Optisches Kugelkarussell" ausgeführt, dass der Beschwerdeführer die Durchführung des Spiels, bei dem für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht gestellt worden sei, nicht in Abrede gestellt habe. Unternehmer (Veranstalter) des Spiels sei die CC GesmbH gewesen. Das Recht zur Durchführung dieses Glücksspiels sei dem Bund vorbehalten. Es sei sohin erwiesen, dass der Beschwerdeführer die im Spruch unter Punkt 2. angeführte Verwaltungsübertretung begangen habe.

Die CC GesmbH hätte die genannten Kartenspiele systematisch und sorgfältig vorbereitet und die Spieler hätten pro Runde ein Kartengeld in Höhe von maximal S 10,- oder aber einen Fixbetrag, der sich an der Anzahl der teilnehmenden Spieler oder an der Höhe des Spieleinsatzes orientiert hätte, zu entrichten gehabt. Das Kartengeld und der Fixbetrag seien zum Teil vom Casino eingezogen und zum Teil entweder dem Pot oder einem Jackpot, der bei Erreichen eines bestimmten Kartenbildes "geknackt" habe werden können, zugeteilt worden. Das Casino habe selbst am Spiel nicht teilgenommen, sondern lediglich als Kartengeber, Spielleiter und Schiedsrichter fungiert. Es sei daher vom Casino dem Gewinner der Spiele, bei denen Spieler gegeneinander gespielt hätten, eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht gestellt worden, die aber von den Verlierern zu erbringen gewesen sei. Das Casino habe diese vermögensrechtliche Leistung lediglich organisiert, veranstaltet oder angeboten.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung.

1.2. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Berufung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowohl hinsichtlich der Spruchpunkte 1. und 2. als auch hinsichtlich der Vorschreibung der Sachverständigenkosten als unbegründet abgewiesen. Die von der Sachverständigen für eine Ergänzung des Gutachtens sowie für die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung angesprochenen Gebühren wurden dem Beschwerdeführer mit gesondertem Bescheid vom 2. November 2000 zur Zahlung vorgeschrieben.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des wesentlichen Inhaltes der §§ 1, 3, 4 und 52 Abs. 1 Z 1 GSpG aus, dass die Tatsache des Abhaltens der im Straferkenntnis erster Instanz genannten Spiele zu den dort angeführten Zeitpunkten außer Streit stehe und auch im Verfahren und in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde nicht bestritten worden sei. Hinsichtlich der drei Kartenspiele habe der Beschwerdeführer die Qualifikation als Glücksspiel bestritten und die Einstellung des Verfahrens beantragt, weil es ihm am erforderlichen Unrechtsbewusstsein gemangelt habe. Hinsichtlich des "Optischen Kugelkarussells" habe der Beschwerdeführer ein Gutachten der Universität Stuttgart vorgelegt, nach welchem von einer Erlaubtheit des Spiels habe ausgegangen werden können.

Auf Grund des durchgeführten Berufungsverfahrens und insbesondere der mündlichen Berufungsverhandlung werde als erwiesen erachtet, "dass dem Berufungswerber die Strafbarkeit seines Verhaltens bei gehöriger Aufmerksamkeit, Insiderwissen im Spielbetrieb angesichts der ihm bekannten Strafverfahren in der Branche und kaufmännischer Pflichten als handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC GesmbH" bewusst gewesen sein musste. Das vorhandene Branchen-Insiderwissen habe der Beschwerdeführer durch seine Aussagen über ein seinerzeit gegen ein anderes Casino in Wien geführtes Verfahren und den Betreiber dieses Casinos bestätigt. Diesem Strafverfahren betreffend die Spiele in dem anderen Casino sei ein Warncharakter zur rechtzeitigen Abklärung der rechtlichen Situation mit den zuständigen Stellen zugekommen.

Aus dem zu seiner vermeintlichen Entlastung vorgelegten, rund elf Jahre alten abstrakten Gutachten der Universität Stuttgart habe der Beschwerdeführer die Erlaubtheit des Spiels "Optisches Kugelkarussell" als Geschicklichkeitsspiel ohne "zwischenzeitiger gezielter Informationseinholung bei den zuständigen Stellen" abgeleitet. Wenn der

Beschwerdeführer rügte, dass die Sachverständige mit dem konkreten "Optischen Kugelkarussell" nicht gespielt habe, so sei dies zwar richtig, treffe aber auch auf das vorgelegte Gutachten der Universität Stuttgart zu. Verwiesen wurde zudem auf den zwischenzeitig eingetretenen technischen Fortschritt.

Hinsichtlich der Kartenspiele führte die belangte Behörde aus, dass der Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens wegen der bereits vorliegenden Entscheidungsreife der Sache und der erfolgten Klarstellung aller entscheidungsrelevanten Fragen abgewiesen worden sei. Der Beschwerdeführer habe in seinen Schlussanträgen eine weitere Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt, in dem nicht nur abstrakt, sondern auf Grund von Befundaufnahmen die einzelnen inkriminierten Kartenspiele gutachterlich beurteilt werden sollten.

Damit sei ein unzulässiger Erkundungsbeweis gefordert.

Sodann wurde näher auf die Behandlung der Kartenspiele im Gutachten durch die Sachverständige und auf deren Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung sowie auf die Berufungseinwendungen und die Verhandlungsschrift verwiesen. Eine unmittelbare Befundaufnahme bei dem wegen Konkurses nicht mehr existenten Betrieb sei nicht möglich gewesen. Das vom Beschwerdevertreter beantragte Ergänzungsgutachten im Hinblick auf einen Vergleich und eine Darstellung "der Unterschiede der Wahrscheinlichkeit der inkriminierten Pokerspiele" zu den Kartenspielen "Schnapsen", "Bridge" und "Tarock" (die im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Glücksspiele zu qualifizieren seien) erübrige sich wegen eingetretener Entscheidungsreife der Sache. Außerdem sei schon für den Laien erkennbar, dass die Liste der Unterschiede und Wahrscheinlichkeiten der beiden erwähnten Kartenspiel-Gruppen je nach dem Wissensfortschritt und Stand der Forschung nie vollkommen sein könne. Aus der Unvollständigkeit einer derartigen Auflistung könne daher auch nicht die Unschlüssigkeit eines Gutachtens abgeleitet werden. Es wird sodann auf die zusammenfassende Aussage der Sachverständigen in der Berufsverhandlung verwiesen, nach welcher "Tarock" für zwei Personen nicht den Spielregeln entspreche. Bei "Schnapsen", "Tarock" und "Bridge" gebe es bereits endgültige Entscheidungen in der Frage der Einordnung als Glücksspiel. Im Verfahren sei jedoch dazu Stellung zu nehmen, ob die im Straferkenntnis erster Instanz genannten Kartenspiele Glücksspielcharakter besäßen. Dies sei nach Auffassung der Sachverständigen zu bejahen. "Zusammengefasst nochmals zur Frage aus der Sicht des SV, inwieweit ein Unterschied hinsichtlich der Glücksspielkomponenten bei den drei im STE angeführten Kartenspielen einerseits gegenüber Schnapsen, Tarock und Bridge auf der anderen Seite, besteht, gebe ich an, dass es zu den drei in Diskussion stehenden Spielen keine anerkannten Empfehlungen für den Sieg oder Gewinn des Spieles gibt. Auf diese Idee bin ich in meinem Zusatzgutachten Seite 3 eingegangen. Wohl aber für die genannten Kartenspiele Schnapsen, Tarock und Bridge regelrechte Empfehlungen für Verhalten gelehrt werden. Diese Spiele werden noch immer in der Judikatur als vom Zufall zumindest teilweise abhängig bezeichnet, während die hier zur Diskussion stehenden drei Kartenspiele von mir - wie bereits mehrfach ausgeführt - überwiegend vom Zufall abhängig bezeichnet werden."

Damit sei im Rahmen der Einzelfallbetrachtung die zentrale Frage, ob es sich bei den drei Kartenspielen um ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielgesetzes unter Einbeziehung des Spektrums von eventuellen Störfeldern handle, eindeutig bejaht worden. Es sei auch die Frage der "Interaktionen" zwischen den Spielern "(= bewusste und auch unbewusste Möglichkeiten von Aktionen zwischen den Spielern)" von der Sachverständigen einbezogen und erörtert worden und auch das Faktum, dass Bluffen und Ähnliches "auf keinen Fall in die statistische Analyse derart einbezogen werden könne, dass man die Auswirkungen auf den Spielerfolg messen könne". Die "unbewusste Interaktion (= Abhängigkeiten von außen bzw. Störfelder, Wasseradern, Strahlungen etc.)" unterliege nach der Sachverständigen keiner Messbarkeit.

Nach Ausführungen zum Verschulden und zur Strafbemessung wird auf die Frage der Angemessenheit des Honorars der Sachverständigen eingegangen. Zusammenfassend wird festgehalten, dass daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen sei.

1.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der der Verstoß des angefochtenen Bescheides gegen näher genannte Vorschriften des Glücksspielgesetzes und die Verletzung im Recht auf straffreie Durchführung erlaubter Kartenspiele sowie erlaubter Kugelspiele geltend gemacht wird. Der Beschwerdeführer erachtet sich weiters im Recht auf Abhaltung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens verletzt, weil die belangte Behörde ein unschlüssiges Gutachten der Entscheidung zu Grunde gelegt habe und die für die "endgültige Beurteilung der Rechtssache erforderlichen Beweisanträge nicht durchgeführt" habe.

1.4. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. Zur Rechtslage:

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, sind Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Nach § 2 Abs. 1 GSpG in der Fassung BGBl. I Nr. 69/1997 sind Ausspielungen Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

Gemäß § 3 GSpG ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, insbesondere aller Arten von Ausspielungen, wie ... Roulette und rouletteähnliche Spiele ..., soweit in diesen Bundesgesetzen nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 695/1993 beging eine Verwaltungsübertretung und war von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 300 000 S zu bestrafen,

"1. wer Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet;"

2.2. Zur Bestrafung wegen Veranstaltung des Spieles "Optisches Kugelkarussell":

Die belangte Behörde hat die Bestrafung des Beschwerdeführers, soweit es um die Ausspielung "Optisches Kugelkarussell" geht, insbesondere auf das von der Behörde erster Instanz eingeholte Sachverständigengutachten, die ergänzende Aussage der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung und auf die Aussagen in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum sogenannten "Optischen Kugelkarussell" gestützt.

In der Beschwerde wird dieser rechtlichen Beurteilung neuerlich im Wesentlichen das bereits im Verfahren vorgelegte Gutachten von Mitarbeitern der Universität Stuttgart entgegengehalten.

Die Beschwerdeausführungen bzw. dieses Gutachten sind jedoch nicht geeignet, die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde in Zweifel zu ziehen.

In seinem Urteil vom 27. April 1981, Zl. 17/0982/80, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass ein Beschwerdeführer die besonderen Umstände, die in seinem Fall eine andere Beurteilung des für das Spiel "Optisches Kugelkarussell" verwendeten Spielapparates erforderten (also eine Abweichung von der in der Rechtsprechung vorgenommenen Beurteilung dieses Spruches als Glücksspiel rechtfertigten), dartun müsste. Der Verwaltungsgerichtshof ist in dem genannten Erkenntnis ungeachtet von Verfahrensmängeln in dem damaligen Feststellungsverfahren nach § 49 Abs. 1 GSpG zum Ergebnis gekommen, ein entsprechender Beweisantrag wäre nur dann zweckentsprechend gewesen, wenn er konkrete Anhaltspunkte dafür geliefert hätte, dass im Falle des im Beschwerdefall verwendeten Kugelkarussells besondere Umstände geherrscht hätten, die eine von dem bisherigen Gutachten über Spielapparate an anderen Standorten abweichende Beurteilung erforderlich gemacht hätten. Im Übrigen werde auch in der Beschwerdeschrift selbst keine konkrete Behauptung in dieser Richtung aufgestellt. Der Verwaltungsgerichtshof ging in diesem Erkenntnis davon aus, dass ein Spiel wie das "Optische Kugelkarussell" im praktischen Betrieb wegen zu großer Störanfälligkeit und anderer Unzulänglichkeiten nicht als Geschicklichkeitsspiel zu beurteilen sei.

In gleicher Weise hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. April 1991, Zl. 91/01/0010, zu einem Verfahren, in welchem ebenfalls ein Verfahrensfehler zu konstatieren war, festgestellt, dass dieser nicht wesentlich sei, weil die belangte Behörde auch bei Vermeidung desselben zu keinem anderen Bescheid hätte kommen können. Gemäß dem im damaligen Verfahren vorgelegten Gutachten seien Spiele vom Typ "Optisches Kugelkarussell" nur unter Laborbedingungen Geschicklichkeitsspiele, im praktischen Betrieb jedoch nicht. Auch das vom damaligen Beschwerdeführer vorgelegte Gutachten, das den gegenteiligen Standpunkt stützen sollte, wurde als ungenügend angesehen, weil es nur in abstrakter Weise die Frage des Glücksspiels oder Geschicklichkeitsspiels untersuche.

Gleiches gilt im vorliegenden Fall, in dem der Beschwerdeführer lediglich ein mehr als zehn Jahre vor der Abhaltung der Spiele, deren Durchführung ihm zum Vorwurf gemacht wird, erstelltes Gutachten vorgelegt hat. Auch dieses

Gutachten kann zwangsläufig nicht auf die näheren Umstände des konkreten Spielapparates eingehen. Darüber hinaus legt dieses Gutachten, welches die Fehlerwahrscheinlichkeiten für die Aussage "Die Spielergebnisse sind keine Zufallstreffer" mit Hilfe des Chi-Quadrat-Tests berechnete, nur dar, dass zwei von 48 Spielern im durchgeführten Versuch den von den Verfassern für die Bestätigung der These, das optische Kugelkarussell sei ein Geschicklichkeitsspiel, als erforderlich angesetzten Trefferwert (26,6 Treffer bei 240 Versuchen, um das "übliche Signifikanzniveau von 95 %" zu erreichen) erreicht hätten. Diese beiden Spieler hätten bei einer Wiederholung ihr gutes Ergebnis "bestätigt" (tatsächlich erreichte einer der beiden bei der Wiederholung nicht mehr ein "Signifikanzniveau" von 99,5, sondern nur von 90, sodass die empirische Untermauerung der Aussagen des Gutachtens nicht stark abgesichert erscheint). In diesem Gutachten wird auch eingeräumt, dass die Fehlerwahrscheinlichkeit für die Behauptung, es handle sich um ein Geschicklichkeitsspiel, bei Berücksichtigung der Ergebnisse aller Spieler bei 26,6 % gelegen sei. Dies erkläre sich daraus, dass es "Wie bei jedem Spiel" gute und weniger gute Spieler gegeben habe. "Interessanter" sei daher der "Übergang auf die Einzelspielerauswertung". Welche wissenschaftliche Aussage mit diesem Hinweis (der ohne nähere Begründung dazu führt, dass die Schlussfolgerungen, die das Gutachten zieht, zentral auf den Ergebnissen der zwei bzw. vier besten Versuchspersonen aufbauen) verbunden sein soll, ist nicht ersichtlich. Durch das deutlich unterschiedliche Ergebnis der einen Versuchsperson bei Test und Wiederholung des Tests bestehen darüber hinaus selbst bei Heranziehung dieser beiden erfolgreichsten Testpersonen allein Bedenken gegen die Ableitungen in diesem Gutachten. Auch dieses Gutachten ist daher nicht geeignet, eine andere rechtliche Beurteilung des "Optischen Kugelkarussells" nahe zu legen.

Gegen die entscheidende Annahme der Verwaltungsstrafbehörde auf dem Boden der hg. Rechtsprechung, dass auf Grund der (unwägbaren) äußeren Einflüsse und des daraus resultierenden Fehlens von idealtypischen Bedingungen im tatsächlichen Spielbetrieb das "Optische Kugelkarussell" ein Glücksspiel sei, wurden vom Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren somit keine beachtlichen Einwände vorgetragen.

Wenngleich der angefochtene Bescheid im Zusammenhang mit der Bestrafung wegen Durchführung des Spiels "Optisches Kugelkarussell" Begründungsmängel aufweist (so wird etwa unter Hinweis auf das Gutachten der Sachverständigen festgestellt, dass die Sachverständige den einzigen Unterschied zum Roulette darin erblicke, dass beim "Optischen Kugelkarussell" eine andere Anzahl bespielbarer Felder vorhanden sei, und damit letztlich diese unzutreffende Tatsachenfeststellung auch in den angefochtenen Bescheid übernommen; ferner wird gegenüber dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten ins Treffen geführt, dass seit dessen Erstellung der technische Fortschritt bei der Spielgeräteherzeugung und Materialienverwendung "rasant" gewesen sei, was aber die in der Vorjudikatur als maßgeblich angesehenen Unwägbarkeiten, die das Spiel zum Glücksspiel machen, allenfalls reduziert haben könnte und somit eher für den Standpunkt des Beschwerdeführer spräche), ergibt sich somit, dass die belangte Behörde auch bei Vermeidung dieser Verfahrensmängel zu keinem anderen Bescheid hätte kommen können.

Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid, soweit mit diesem die Berufung gegen Spruchpunkt 2. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses abgewiesen wurde, in seinen Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden ist.

Die Beschwerde war infolgedessen in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

2.3. Zur Bestrafung wegen Veranstaltung der Kartenspiele:

In der Beschwerde wird geltend gemacht, dass die rechtliche Beurteilung, bei den Kartenspielen "7 Card Stud Poker", "Texas Hold'Em" und "5 Card Draw" handle es sich um Glücksspiele, verfehlt sei.

Die belangte Behörde ist im Anschluss an das Gutachten der Sachverständigen Univ.-Prof. Dr. L davon ausgegangen, Überlegungen der Wahrscheinlichkeitstheorie zeigten, dass es schwierig sei, konkrete Vorhersagen über den Verlauf eines der in Rede stehenden Spiele zu machen. Der Umstand, dass aufmerksame Spieler mit einem guten Gedächtnis höhere Gewinnchancen hätten, wurde von der belangten Behörde nicht als ausreichend erachtet, den Spielen den Glücksspielcharakter zu nehmen. Die belangte Behörde ist vielmehr im Ergebnis mit der Gutachterin davon ausgegangen, dass der Ausgang der Spiele vorwiegend vom Zufall abhängen. Im Vergleich zu den in der hg. Rechtsprechung als Geschicklichkeitsspiele eingestuften Kartenspielen "Schnapsen", "Tarock" und "Bridge" sei schon für den Laien erkennbar, "dass die Liste der Unterschiede und Wahrscheinlichkeiten der beiden erwähnten Kartenspiel-Gruppen je nach dem Wissensfortschritt und Stand der Forschung nie vollkommen" sein könne.

Die Gutachterin hat in ihrem Gutachten zunächst die Spielregeln der drei hier in Rede stehenden Kartenspiele dargelegt und sodann eine Berechnung von Wahrscheinlichkeiten für die Erlangung bestimmter Kartenkonstellationen durchgeführt. Sie kommt dabei zum Ergebnis, dass - auch abhängig von der Zahl der Mitspieler und unter Einbeziehung des Umstandes, dass einzelne Karten offen zugeteilt werden - die Wahrscheinlichkeit, eine gewünschte bzw. erhoffte Kombination von zwei bzw. fünf Karten zu erhalten, enorm klein sei. Auf der Basis dieser (geringen) Wahrscheinlichkeiten seien auch die Einschätzungen über die (verdeckten) Karten der Mitspieler vorzunehmen. Sie berechnet die Wahrscheinlichkeit, nach dem Auflegen von zwei offenen Karten auf dem Tisch bei zwei Mitspielern als nächste Karte eine weitere hohe Karte zu erhalten und kommt zum Ergebnis, dass diese Wahrscheinlichkeit etwas weniger als ein Tausendstel betrage. Auch unter Einbeziehung des Umstandes, dass die Farbe der Karten gleichgültig sei, ergäben sich sehr kleine Wahrscheinlichkeiten. Für den gesamten Spielverlauf mit den weiteren Runden ergebe sich, dass das Ergebnis durch die Multiplikation mit den kleinen Zahlen jeweils deutlich kleiner werde. Wahrscheinlichkeiten nahe null bildeten die Grundlage für eine Überlegung über die Verteilung von verdeckten Karten eines (beliebigen) Mitspielers. Darauf gründet die Sachverständige die Schlussfolgerung, dass es sich bei den in Rede stehenden Kartenspielen um Spiele handle, die ausschließlich vom Zufall abhängen.

Die belangte Behörde hat ihre rechtliche Beurteilung zudem auf die Aussagen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung gestützt, in welcher die Sachverständige einen Unterschied zwischen den in Rede stehenden Kartenspielen und den Spielen "Schnapsen", "Tarock" und "Bridge" darin gesehen hat, dass für letztere bestimmte Verhaltensregeln und Anweisungen bestünden, für die in Rede stehenden Kartenspiele jedoch derartige nicht gegeben werden könnten.

Der Verwaltungsgerichtshof ist in seinem Erkenntnis vom 18. Dezember 1995, Zl. 95/16/0047, hinsichtlich des Spieles "7 Card Stud Poker" im Hinblick auf den Umstand, dass die Spieler bei diesem Spiel vier Karten offen erhalten, davon ausgegangen, dass gegebenenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens der Glücksspielcharakter des Spiels nachzuweisen wäre.

Die Behörde erster Instanz hat versucht, dieser Anforderung im vorliegenden Verfahren durch die Einholung des auch von der belangten Behörde ihrem Bescheid zu Grunde gelegten Gutachtens Rechnung zu tragen. Trotz einiger Mängel in der Begründung kann der belangten Behörde dabei im Ergebnis dahin gehend gefolgt werden, das verwendete Gutachten mache ausreichend deutlich, dass die drei zu beurteilenden Kartenspiele auf Grund der Vielzahl der denkbaren Spielkonstellationen, die sich trotz des Umstandes, dass einzelne Karten offen zugeteilt werden, ergeben können, solche sind, bei denen der Ausgang des Spiels wenn schon nicht ausschließlich, so doch vorwiegend vom Zufall abhängt.

Die Sachverständige hat aus den geringen Wahrscheinlichkeiten, eine bestimmte Kombination von Karten zu erhalten, abgeleitet, dass "Wahrscheinlichkeiten nahe null ... die Grundlage für eine Überlegung über eine Verteilung von verdeckten Karten eines (beliebigen) Mitspielers" bildeten. Wenn auch im Gutachten von Univ.-Prof. Dr. L dem Umstand, dass es nicht allein auf die Wahrscheinlichkeit, eine bestimmte Kartenkonstellation zu erhalten bzw. welche Kartenkombination ein Mitspieler haben könnte, ankommt, sondern dass es auch von Bedeutung sein kann, welche Informationen der einzelne Spieler für sein Setzen aus dem Spielverlauf (den Reaktionen der Mitspieler) ableiten kann, keine Bedeutung zugemessen wird und die belangte Behörde darauf verzichtet hat, diesbezügliche Ergänzungen des Gutachtens zu verlangen (sieht man von der Befragung in der mündlichen Verhandlung bezüglich des Vergleichs mit "Schnapsen", "Tarock" und "Bridge" ab), erweist sich der diesbezügliche Verfahrensmangel als nicht wesentlich.

Dies deshalb, weil auch bei den vorliegenden Kartenspielen der Umstand, dass allenfalls ein Spieler durch Bluffen selbst bei schlechten Karten ein günstiges Spielergebnis erreichen könnte (was man der Geschicklichkeit eines Spielers zuschreiben könnte) und dass ein Spieler darüber hinaus seine Entscheidungen nicht allein von den mathematischen Wahrscheinlichkeiten, welches Blatt die Mitspieler angesichts der bekannten (offen zugeteilten) Karten haben könnten, sondern auch von deren Verhalten während des Spiels abhängig machen könnte, den Spielen nicht den Charakter als Glücksspiel nimmt. Denn bei den von der Sachverständigen dargestellten ausgesprochen kleinen Wahrscheinlichkeiten hinsichtlich bestimmter Kombinationen entscheidet letztlich tatsächlich vorwiegend der Zufall in Form der den Mitspielern zugeteilten Karten über den Ausgang des Spieles. Dies wird auch durch die Aussage der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung hinsichtlich des Fehlens von anerkannten Verhaltensanordnungen für die in Rede stehenden Spiele im Gegensatz zu den Spielen "Tarock", "Schnapsen" und "Bridge" bestätigt. Diese Feststellung wird in der vorliegenden Beschwerde zwar bestritten, ohne dass aber irgendwelche Hinweise auf das Vorliegen solcher

Anleitungen oder Verhaltensregeln gegeben werden.

Insofern ist das von der belangten Behörde dem Bescheid zu Grunde gelegte Gutachten auch als ausreichend anzusehen, den Glücksspielcharakter der in Rede stehenden Kartenspiele aufzuzeigen.

Die Beschwerde war infolge dessen auch in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

2.4. Zur Bestätigung der Festsetzung der Höhe der Sachverständigengebühren:

Der Beschwerdeführer bekämpft den angefochtenen Bescheid zur Gänze, also auch hinsichtlich der Bestätigung der Verpflichtung zum Kostenersatz für die der Sachverständigen ausbezahlte Sachverständigengebühr in der Höhe von S 70.000,--.

Mit dem in diesem Zusammenhang vorgetragenen Einwand, die Sachverständige wäre zur Vorlage einer entsprechenden Honorarnote zu verhalten gewesen, ist die Beschwerde im Ergebnis im Recht. Im erstinstanzlichen Bescheid war keinerlei Begründung für die Höhe der Sachverständigengebühr gegeben worden. Nach der im Verfahren vor der Behörde erster Instanz gelegten Honorarnote wurde von der Sachverständigen eine Gebühr für 5 Tage a S 14.000,--, gesamt sohin von S 70.000,-- beansprucht. Dieser Betrag wurde dem Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Bescheid zur Zahlung nach § 64 Abs. 3 VStG vorgeschrieben.

Im Verfahren vor der belangten Behörde hat nach der Aktenlage die Sachverständige mit Schreiben vom 17. Mai 2000 eine "Aufgliederung zur Honorarnote vom 23.8.1999" vorgelegt. In dieser Aufgliederung wird eine Gebühr für Mühewaltung "gemäß § 34 GebAG iVm dem Honorartarif (industrielle Technik)" für 58 Stunden a S 768,-- und eine Gebühr für die Beiziehung von Hilfskräften gemäß § 30 GebAG für die "Durchführung und Ausarbeitung einiger Spiele ..., Zusammenfassung erster Ergebnisse in Tabellenform, Erstellung von Graphiken und Diagrammen" für 68 Stunden a S 384,-- angesprochen. Dass diese Aufgliederung dem Beschwerdeführer zur Stellungnahme übermittelt worden wäre, ist dem Akt nicht zu entnehmen. Die belangte Behörde hat somit dem Beschwerdeführer zu der ergänzenden Aufgliederung des Honoraranspruches kein Parteiengehör eingeräumt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird nach einem Hinweis auf die erwähnte Aufgliederung zur Angemessenheit der Höhe der Gebühr lediglich global darauf verwiesen, dass nach Ansicht der belangten Behörde der Gesamtbetrag nicht nur angemessen, sondern sogar eher bescheiden bemessen worden sei.

Durch die Unterlassung der Übermittlung der aufgegliederten Honorarnote der Sachverständigen zur Stellungnahme hat die belangte Behörde entgegen §§ 37 und 45 Abs. 3 AVG iVm § 24 VStG das Parteiengehör verletzt. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die belangte Behörde bei Vermeidung dieses Verfahrensmangels zu einem anderen Bescheid gekommen wäre, ist dieser Verfahrensmangel auch wesentlich. Der angefochtene Bescheid leidet insofern an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

2.5. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid, soweit mit diesem die Berufung gegen die Spruchpunkte 1. und 2. des erstinstanzlichen Bescheides abgewiesen wurde, in ihren Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden ist.

Die Beschwerde war infolgedessen insoweit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Im Übrigen, nämlich hinsichtlich der Bestätigung der Vorschreibung eines Kostenersatzes in der Höhe von S 70.000,-- gemäß § 64 Abs. 3 VStG war der angefochtene Bescheid jedoch gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG aufzuheben.

2.6. Da die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, dem im Hinblick auf die erfolgte Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat nicht entgegensteht, konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG von der beantragten Verhandlung abgesehen werden.

2.8. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333, insbesondere deren § 3 Abs. 2. Die vom Beschwerdeführer entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von S 2.500,-- war dabei gemäß § 3 Abs. 2 Z 3 Euro-Gesetz, BGBl. I Nr. 72/2000, mit EUR 181,68 in Ansatz zu bringen.

Hinsichtlich

des zur Kostentragung verpflichteten Rechtsträgers vgl. den hg. Beschluss vom 6. Mai 1998, Slg. Nr. 14.889/A.

Wien, am 8. September 2005

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2000170201.X00

Im RIS seit

18.11.2005

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at