

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/2/26 99/17/0215

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.02.2001

## Index

34 Monopole;

## Norm

GSpG 1989 §1 Abs1;

GSpG 1989 §2 Abs2;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 99/17/0216 E 26. Februar 2001 99/17/0210 E 21. Mai 2003

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Puck und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hackl, über die Beschwerde des AP in H, vertreten durch Dr. Fritz Wennig, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Kohlmarkt 5, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 26. März 1999, Zl. VwSen-300222/13/WEI/Bk, betreffend Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 5 Glücksspielgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Oberösterreich Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 28. April 1998 wurde dem Beschwerdeführer als zur Vertretung nach außen berufenem handelsrechtlichen Geschäftsführer einer näher genannten GmbH wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 5 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 (im Folgenden: GSpG), durch Zugänglichmachung eines näher beschriebenen Glücksspielautomaten in Verbindung mit § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2 und § 4 Abs. 2 GSpG eine Geldstrafe in der Höhe von S 50.000,-- auferlegt.

Auf Grund der Berufung des Beschwerdeführers wurde mit dem angefochtenen Bescheid das Straferkenntnis in der Schuldfrage mit der Maßgabe einer Umformulierung des Spruches bestätigt, der Berufung jedoch hinsichtlich des Strafausmaßes Folge gegeben und die Geldstrafe von S 50.000,-- auf S 15.000,--, die Ersatzfreiheitsstrafe von 56 Stunden auf 30 Stunden herabgesetzt.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens (insbesondere mit einem Verweis auf die Sachverhaltsfeststellungen im Bescheid der Erstbehörde hinsichtlich der Funktionsweise des

gegenständlichen Apparates) und der Ausführungen in der Berufung aus, dass zwischen der P GesmbH und der Aufstellerin des Glücksspielautomaten ein Aufstellungsvertrag geschlossen worden sei, auf Grund dessen die P GesmbH Anspruch auf eine monatliche Platzmiete je aufgestelltem Apparat gehabt habe (der Vertrag habe als Alternativen für das Entgelt für die P GesmbH einen "Kundenanteil" von 50 % aus der Bruttokassa abzüglich Steuern, oder aber den monatlichen Fixbetrag von S 1.500,- vorgesehen). Eigentümerin der Apparate sei ein drittes Unternehmen gewesen. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde habe sich diese im Rahmen einer Demonstration des Spielapparates einen unmittelbaren Eindruck vom Spielablauf und der Funktionsweise des Gerätes verschafft. Zu dem an den zufallsabhängigen Teil des Spieles anschließenden "Lauflicht-Stopspiel" stellte die belangte Behörde fest, dass es für das Drücken der START/STOP-Taste im richtigen Moment des Aufleuchtens auf der vierten Walze bei einer Leuchtdauer von 0,38 bis 0,45 Sekunden keiner besonderen Geschicklichkeit bedürfe. Nach dem festgestellten Spielverlauf hingen das Ob und die Höhe des Gewinns vom zufallsabhängigen Lauf der vier Symbolwalzen ab.

Es sei unbestritten, dass der erste Teil des Spieles mit dem in Rede stehenden Gerät (Walzenspiel) ausschließlich vom Zufall abhängt und in dieser Phase des Spiels nicht die geringste Eingriffsmöglichkeit des Spielers bestehe. Zur Realisierung bzw. Umbuchung des durch Walzenlauf erzielten Gewinnangebotes auf Kredit bedürfe es ebenso wie für das Weiterspielen der abschließenden Durchführung des Lauflicht-Stopspiels. Es wird sodann auf im Verfahren vorgelegte Privatgutachten, insbesondere des G, eingegangen und eine Verfügung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements erwähnt, in welchem die Zulässigkeit der Aufstellung von Apparaten des gegenständlichen Typs in der Schweiz bejaht werde, da der Spielausgang auf Geschicklichkeit beruhe. In rechtlicher Hinsicht wird aus der festgestellten Betriebsweise des Apparates der Schluss gezogen, dass Gewinn und Verlust vorwiegend vom Zufall abhängen und somit ein Glücksspielautomat nach § 2 Abs. 2 GSpG vorliege.

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, dass das Glücksspielmonopol gegen Gemeinschaftsrecht verstoße, wird darauf hingewiesen, dass dieser Einwand nicht näher ausgeführt worden sei und der belangten Behörde keine Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts bekannt seien, die historisch gewachsene staatliche Monopole unzulässig erscheinen ließen. Zum mangelnden Verschulden bzw. zur geltend gemachten Unkenntnis des Umstandes, dass es sich beim gegenständlichen Gerät um einen Glücksspielapparat handle, wird ausgeführt, dass sich der Beschwerdeführer nicht auf einen schuldbefreienden Rechtsirrtum berufen könne, weil nach dem gesamten Verhalten nicht angenommen werden könne, dass der Irrtum unverschuldet gewesen sei. Es wäre Sache des Beschwerdeführers gewesen, eine kompetente Rechtsauskunft einzuholen. Spätestens seit der Spielapparatekontrolle vom 29. Oktober 1996 hätte der Beschwerdeführer Zweifel an den von ihm beigebrachten Gutachten haben müssen. Es liege zumindest fahrlässiges Verhalten vor.

Die Rüge hinsichtlich der Strafhöhe sei jedoch berechtigt gewesen. Der Beschwerdeführer habe ein Einkommen von S 25.000,- netto pro Monat, kein relevantes Vermögen und keine Sorgepflichten. Vormerkungen in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht seien dem Akt nicht zu entnehmen, es komme aber der Milderungsgrund des § 34 Z 2 StGB zum Tragen. Die in der Berufung weiters angezogenen Milderungsgründe kämen aber nicht zur Anwendung. Die Länge des Tatzeitraumes könne nicht erschwerend herangezogen werden, weil der Tatzeitraum schon das spruchmäßige Unrecht bestimme und außerdem nicht von außerordentlicher Dauer gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§§ 1 und 2 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 (GSpG), lauten:

"§ 1. (1) Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.

(2) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bestimmte Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen. Eine solche Verordnung ist nur zu erlassen, wenn sie aus Gründen der Rechtssicherheit entsprechend den ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist.

§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

(2) Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung herbeigeführt wird."

§ 52 Abs. 1 GSpG (in der hier anzuwendenden Fassung der Novelle BGBl. Nr. 344/1991) lautet auszugsweise:

"§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 300.000 S zu bestrafen,

...

5. wer Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, außerhalb einer Spielbank betreibt (Veranstalter) oder zugänglich macht (Inhaber);

..."

Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten unterliegen nach § 4 Abs. 2 GSpG nicht dem Glücksspielmonopol nach § 3 leg. cit., wenn 1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 5 S nicht übersteigt und 2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 200 S nicht übersteigt.

Die Beschwerde wendet sich zunächst mit weitwendigen allgemeinen Ausführungen zur Notwendigkeit der Einholung von Sachverständigengutachten gegen den angefochtenen Bescheid unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Verfahrensvorschriften. Aus den Ausführungen über das erforderliche Fachwissen bei der Behörde bzw. die Zulässigkeit der Bestellung nur solcher Sachverständiger, die auf dem jeweiligen Sachgebiet sachkundig sind, ist jedoch nicht ersichtlich, zu welcher Frage die belangte Behörde keinen ausreichend fachkundigen Sachverständigen bestellt hätte oder welche Frage sie auf Grund ihres eigenen Wissens beantwortet hätte, ohne dazu in der Lage gewesen zu sein. Der Verwaltungsgerichtshof folgt im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation der Verbindung eines vom Zufall abhängigen Spieles, dessen Ausgang durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung herbeigeführt wird (§ 2 Abs. 2 GSpG) und eines sich daran anschließenden Spieles, bei dem der Gewinn realisiert oder erhöht werden kann (zusätzliche Punkte bei einem "Super-Game") oder im Fall, dass sich kein Gewinn-offert ergab, ein Bonuspunkt (entsprechend einem Zehntel des Einsatzes) erzielt werden kann, bei welchem auch die Geschicklichkeit entscheiden mag, im Ergebnis der Rechtsauffassung der belangten Behörde. Es ist daher nicht ersichtlich, zu welchem Beweisthema noch zusätzliche Beweise, für welche die Heranziehung von Sachverständigen notwendig gewesen wäre, zu erheben gewesen wären. Es ist nämlich unerheblich, welche Geschicklichkeit für die Realisierung des Gewinns aufgrund des zufallsabhängig erstellten "Gewinnoffers" erforderlich war. Da sich dem Spieler überhaupt erst nach der zufallsabhängigen ersten Phase des Spiels die Möglichkeit bieten kann, allenfalls einen Gewinn zu realisieren (was nach den Aussagen des Beschwerdeführers in rund einem Sechstel der Fälle tatsächlich eintritt), hängt das Ergebnis auch im vorliegenden Fall zumindest vorwiegend vom Zufall ab. Da der Spieler nach dieser Spielphase keine Möglichkeit mehr hat, das "Angebot" anzunehmen oder nicht und allenfalls seinen Einsatz zurückzubekommen, wenn er das "Offert" nicht annehmen möchte, handelt es sich nicht um ein Anbot zu einem Spiel, bei dem es auf die Geschicklichkeit des Spielers ankäme, sondern stellt das gesamte Spiel eine Einheit dar, bei der die wesentliche Entscheidung, ob allenfalls ein Gewinn realisiert werden kann, zufallsabhängig herbeigeführt wird. Der Erhebung von Beweisen, welchen Einfluss die Geschicklichkeit des Spielers auf die Realisierung des möglichen Gewinns hat, bedurfte es daher nicht.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit des Inhaltes wird in der Beschwerde der Vorwurf erhoben, dass der angefochtene Bescheid "gegen formelles und materielles Recht" verstoße. In diesem Zusammenhang wendet sich die Beschwerde gegen die eben zitierte Auffassung der belangten Behörde, dass die vorliegende Verbindung eines vom Zufall abhängigen Spiels mit einem nachfolgenden Spiel, das als Geschicklichkeitsspiel bezeichnet werden könnte, dem Spiel nicht den Charakter eines Glücksspiels im Sinne des Glücksspielgesetzes nehme. Die Beschwerde ist insoweit - wie sich aus der oben dargestellten Rechtsansicht zum Charakter der hier vorliegenden Verknüpfung von zufallsabhängigem Teil mit daran anschließendem Geschicklichkeitsspiel ergibt - nicht im Recht. Wenn im Gesetz darauf abgestellt wird, dass Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen, bedeutet dies nicht, dass der Gesetzgeber, wie dies in der Beschwerde vertreten wird, "klar auf das Endergebnis" abstelle und damit im vorliegenden Fall kein Glücksspiel vorliege. Auch bei einer Kombination eines vom Zufall abhängigen Spieles mit einem Geschicklichkeitsspiel, wie sie beim gegenständlichen Apparat vorliegt, hängt das Ergebnis ausschließlich oder

vorwiegend vom Zufall ab, da die primäre Entscheidung über Gewinn oder Verlust vom Apparat herbeigeführt wird und der Gewinn je nach Ergebnis des zufallsabhängigen Spielteils durch ein anschließendes Geschicklichkeitsspiel entweder vergrößert oder überhaupt erst realisiert werden kann. Die Gewinnchance wird somit ausschließlich zufallsabhängig herbeigeführt.

Es trifft daher nicht zu, dass "die zu Gewinn oder Verlust führende Tätigkeit des Spielers reine Geschicklichkeit" sei, wie dies in der Beschwerde formuliert wird. Der Umstand, dass nach der vom Apparat herbeigeführten Entscheidung über Gewinn und Verlust im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG die "endgültige Entscheidung", ob der (vorerst nur mögliche) Gewinn realisiert werden kann, durch ein von der Geschicklichkeit des Spielers abhängiges weiteres Spiel abhängt, ändert nichts daran, dass die Entscheidung über die Gewinnchance vom Gerät zufallsabhängig herbeigeführt wird. Es ist daher völlig unerheblich, ob die Bespielung des gegenständlichen Apparates im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde unter anderen äußeren Bedingungen erfolgte, als dies am Aufstellungsort (in einem gastgewerblichen Betrieb) der Fall ist (vgl. zu § 1 Abs. 1 GSpG auch bereits das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1994, Zl. 92/17/0179, wo für den Wortlaut des § 1 GSpG 1962, aber auch des § 1 Abs. 1 GSpG 1989 ausgesprochen wurde, dass die im Wiener Vergnügungssteuergesetz enthaltene Wortgruppe "bei denen das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig ist" den gleichen Sinn aufweise; die Argumentation unter Heranziehung eines angeblich vom Gesetzgeber intendierten Abstellens auf den "letztendlichen Spielerfolg" geht daher ins Leere; sofern man zwischen verschiedenen Formulierungen in diesem Zusammenhang überhaupt unterscheiden wollte, muss man im Gegenteil feststellen, dass bei einem bloßen Abstellen auf "Gewinn und Verlust" keineswegs auf einen ziffernmäßig bestimmten Gewinn oder Verlust abgestellt ist, es daher insofern nur darauf ankommt, ob die Entscheidung über einen Gewinn vom Zufall abhängt.

Auf die in diesem Zusammenhang in der Beschwerde enthaltenen Ausführungen hinsichtlich des Erfordernisses einer Reaktion des Spielers innerhalb einer "Leuchtdauer von 0,38 bis 0,45 Sekunden", die im Übrigen neuerlich Ausführungen unter dem Gesichtspunkt eines allfälligen Verfahrensmangels darstellen, ist daher nicht näher einzugehen. Auf der Basis der vom Verwaltungsgerichtshof geteilten Rechtsauffassung, dass die vorliegende Kombination eines vom Zufall abhängigen Spiels mit einem Geschicklichkeitsspiel dem Spiel nicht den Charakter eines Glücksspiels im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG nimmt, ist es unerheblich, ob für den zweiten Teil des Spieles besondere bzw. außergewöhnliche Fähigkeiten erforderlich sind oder nicht.

Auch das Vorbringen, dass in dem Falle, dass der Beschwerdeführer im Irrtum über die Qualifikation des Glücksspielapparates gewesen sein sollte, dieser jedenfalls unverschuldet gewesen sei, führt die Beschwerde nicht zum Erfolg. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schließt die Unkenntnis von Vorschriften betreffend die von einem Beschuldigten ausgeübten Tätigkeiten im Allgemeinen nicht das Verschulden aus (vgl. zur Tätigkeit eines gewerblichen Bauunternehmers z.B. das hg. Erkenntnis vom 24. November 1987, Zl. 87/05/0126, zur Ausübung eines Gewerbes allgemein das hg. Erkenntnis vom 20. Juni 1978, Zl. 2411/77, Slg. Nr. 9597/A, oder das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 1988, Zl. 88/18/0029, weiters zur Zumutbarkeit, sich die Kenntnisse der einschlägigen Bauvorschriften zu verschaffen, betreffend den Bauwerber das Erkenntnis vom 9. Juni 1994, Zl. 92/06/0214). Die belangte Behörde hat daher auch die Schuldfrage zutreffend beurteilt.

Die vorliegende Beschwerde ist daher nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994 (hinsichtlich des anspruchsberechtigten Rechtsträgers vgl. den hg. Beschluss vom 6. Mai 1998, Slg. Nr. 14.889/A).

Wien, am 26. Februar 2001

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2001:1999170215.X00

#### **Im RIS seit**

17.07.2001

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)