jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2002/1/31 6Ob48/01d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 31.01.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden sowie den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Christian K*****, und 2.) Steffen K*****, beide vertreten durch Dr. Günther Riess, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Casinos Austria Aktiengesellschaft, 1015 Wien, Dr. Karl-Lueger-Ring 14, vertreten durch Dr. Thomas Schröfl,

Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 43.603,70 EUR =

600.000 S) und Feststellung (Streitwert 14.534,56 EUR = 200.000 S)

infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 17. Oktober 2000, GZ 1 R 201/00v-23, womit infolge Berufungen aller Parteien das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 15. Juni 2000, GZ 10 Cg 250/99a-16, teils bestätigt und teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird in Ansehung von Punkt 1.) des Hauptbegehrens dahin abgeändert, dass insoweit das klagestattgebende Ersturteil wiederhergestellt wird. In Ansehung von Punkt 2.) des Hauptbegehrens werden die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin abgeändert, dass festgestellt wird, die beklagte Partei haftet den Klägern für künftige Vermögensschäden, die mit dem über sie von der beklagten Partei verhängten Zutrittsverbot in kausalem Zusammenhang stehen.

Im Umfang der Entscheidung über die Eventualbegehren wird das Urteil des Berufungsgerichtes (ersatzlos) aufgehoben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit 9.283,27 EUR (darin 1.367,08 EUR Umsatzsteuer und 1.080,79 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz, die mit 4.348,95 EUR (darin 583,60 EUR Umsatzsteuer und 847,36 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 3.892,68 EUR (darin 295,58 EUR Umsatzsteuer und 2.119,21 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der 1944 geborene Erstkläger und sein Sohn, der 1968 geborene Zweitkläger, sind deutsche Staatsangehörige und bestreiten ihren Lebensunterhalt ausschließlich aus den Gewinnen, den sie durch ihr Spiel beim Roulette erzielen. Die

beklagte Casinos Austria AG als Betreiberin von Spielbanken (Spielcasinos, im Folgenden nur Casinos) in Österreich verhängte 1991 über beide Kläger ein Eintrittsverbot in ihre Casinos und unterrichtete von diesem Eintrittsverbot auch andere Casinos im Ausland, sodass es den Klägern nicht möglich ist, Casinos (der beklagten Partei in Österreich und andere im Ausland) zu betreten.

Der Erstkläger hatte bei Casino-Besuchen festgestellt, dass die am Zylinderrand des Roulette-Kessels angebrachten rautenförmigen Obstacles praktisch wirkungslos sind und die in den Zylinder eingeworfenen Kugeln in ihrem Lauf nicht beeinflussen, die Kugel nahezu senkrecht in das Nummernfeld fällt. Darauf begann der Erstkläger zu experimentieren und sich um die Perfektion des "Kesselguckens" zu bemühen. Dieses "Kesselgucken" beruht im Wesentlichen in der genauesten Beobachtung des Abwurfpunktes der Kugel und der Geschwindigkeit des in die Gegenrichtung laufenden Nummernkranzes, was auf Grund von Zeitmessungen eine ziemlich präzise Vorhersage darüber erlaubt, in welchen Sektor des Zahlenkranzes die Kugel fallen wird. Der Erstkläger setzte dann, wenn er der Überzeugung war, auf diese Weise die "kommende Zahl" zu wissen, diese Zahl und drei oder vier Nachbarnummern, um den gesamten Sektor abzudecken. Wenn er - was ebenfalls Teil des Systems ist - spät setzte, erzielte er eine sehr hohe Trefferquote. Vorerst verwendete der Erstkläger zu der notwendigen Zeitmessung eine mechanische Stoppuhr, entwickelte in der Folge die Uhr weiter, indem er im rechten Schuh unterhalb der großen Zehe einen Druckschalter einbaute, der dazu diente, den Stoppvorgang auszulösen und zu beenden, wobei ihm die so gestoppte Zeit dann mittels eines batteriebetriebenen, schnurlosen Ohrhörers zugesprochen wurde. Das System mit der mechanischen Stoppuhr verwendete der Kläger auch bei einem Besuch in dem von der beklagten Partei in Bregenz betriebenen Casino; er wurde von dessen Direktor nicht beanstandet. Diese Spielweise verwendete der Erstkläger auch bei seinen Besuchen in einem Casino in Hittfeld (Deutschland), wobei allerdings von den Casinobetreibern eine Strafanzeige erstattet wurde, weil sie betrügerische Manipulationen vermuteten. Die Ermittlungen wurden eingestellt, weil der bloße Einsatz von technischen Gerätschaften nicht verboten und daher nicht als Betrug aufzufassen war. Auf Grund eines anonymen Schreibens, in dem beide Kläger beschuldigt wurden, technische Gerätschaften bei den Spielen zu verwenden und dabei viel zu gewinnen, verhängte die beklagte Partei mit Wirkung vom 3. bzw. 4. Oktober 1991 über beide Kläger ein Eintrittsverbot, ohne jemals einen der Kläger in irgendeinem ihrer Spielbanken bei derartigen Aktionen "erwischt" zu haben. Einen Roulette-Computer verwendete der Erstkläger nie. Das vom Erstkläger "kultivierte" System des Spielens besteht zu 2/3 aus "Know-how", zu 1/3 aus dem entsprechenden "Gefühl". Der Erstkläger war mit diesem System durchaus erfolgreich, er lebte zwischen 1986 und 1991 vom Glücksspiel.

Der Zweitkläger kennt das vom Vater entwickelte System, verwendete allerdings nie eine Stoppuhr, weil er über die Fähigkeit verfügt, die Zeit genau zu schätzen und damit die Geschwindigkeit des Kessels zu errechnen, sodass er weder im Ausland noch in Österreich beim Glücksspiel jemals irgendwelche technischen Hilfsmittel verwendete. Auch der Zweitkläger ist auf Grund der über ihn von der beklagten Partei verhängten Sperre in Casinos in Deutschland, Österreich, Belgien und Dänemark gesperrt.

Die beklagte Partei erließ für den Besuch ihrer Spielbanken eine Besuchs- und Spielordnung, deren genauer Inhalt im Einzelnen nicht feststellbar ist, die aber jedenfalls bis zum Jahre 1993 (Novelle zum GlücksspielG [GSpG] BGBl 1993/695) keinerlei Regelungen traf, ob und inwieweit die Benützung technischer Hilfsmittel erlaubt oder verboten ist. Wäre bereits vor 1993 in den Casinos der beklagten Partei die Verwendung technischer Hilfsmittel in irgendeiner Art und Weise verboten gewesen, dann hätte sich der Erstkläger an dieses Verbot gehalten und diese technischen Geräte nicht eingesetzt; er setzt auch nunmehr diese technischen Hilfsmittel nicht ein, weil sie ausdrücklich verboten sind; er wird sie auch in Hinkunft nicht einsetzen, wenn er in den Casinos der beklagten Partei spielen sollte.

Jeder Besucher, der die Casinos der beklagten Partei betritt, muss sich legitimieren, wobei die so gewonnenen Daten elektronisch verarbeitet werden. Diese Daten werden auch im Zusammenhang mit erfolgten Sperren ausländischen Partner-Casinos mitgeteilt. Die beklagte Partei betreibt bzw. managt eine Reihe von Casinos, sie hat daher mit einer Vielzahl von - auch ausländischen - Casinos eine Vereinbarung, dass diesen Casinos die Daten all jener Personen, die von der beklagten Partei mit einem Eintrittsverbot belegt werden, mitgeteilt werden; umgekehrt wird die beklagte Partei auch von diesen "Partnercasinos" von dort verhängten Sperren verständigt. Dies führte dazu, dass der Erstkläger auf Grund der Mitteilung der beklagten Partei in allen italienischen, österreichischen, deutschen, holländischen, belgischen und luxemburgischen Casinos gesperrt ist, dazu in der Hälfte aller Casinos in Frankreich, in drei von sechs dänischen Casinos und in einem Casino in Beirut, wobei diese Sperren ausschließlich auf die Sperrmitteilung durch die beklagte Partei zurückzuführen sind. Ab 1992 war der Erstkläger fast ausschließlich

gezwungen, von den in den Jahren 1986 bis 1991 angelegten Ersparnissen zu leben. Im Herbst 1991 wurde ihm auf Grund der mittlerweile erfolgten Sperre der Einlass in das Casino Seefeld verweigert. In der Folge bemühte er sich, eine Aufhebung dieser Sperre zu erreichen, wobei es zu diversen Gesprächen zwischen ihm und Mitarbeitern der beklagten Partei kam. Nachdem der Erstkläger wusste, dass er in österreichischen Casinos gesperrt ist, unternahm er seit 1991 keinen Versuch mehr, in österreichischen Casinos Einlass zu finden. Beide Kläger reisen nicht zu Casinos an, von denen sie wissen, dass sie nicht eingelassen werden, sodass nicht feststellbar ist, dass ihnen in Hinkunft auf Grund der erfolgten Sperre durch die beklagte Partei irgendwelche Schäden entstehen werden und ob sie in Hinkunft in den Casinos der beklagten Partei überhaupt irgendwelche Gewinne erzielen werden.

Die Kläger begehrten mit ihrem Hauptbegehren den Ausspruch, 1.) das von der beklagten Partei gegen sie ausgesprochene Verbot, die Spielcasinos der beklagten Partei, insbesondere das in Seefeld, zu betreten und an den von der beklagten Partei angebotenen Spielen teilzunehmen, sei rechtswidrig und unwirksam; die beklagte Partei sei schuldig, es zu unterlassen, den Klägern den Zutritt zu den von ihr geführten Spielcasions in Österreich und die Teilnahme an den von ihr angebotenen Spielen zu verweigern, sofern die Kläger das hiefür zu leistende Entgelt bezahlen und sich an die jeweils geltende Besuchs- und Spielordnung halten; 2.) es werde festgestellt, dass die beklagte Partei den Klägern für künftige Vermögensschäden hafte, die mit dem über sie verhängten Zutrittsverbot in kausalem Zusammenhang stehen. Weiters stellten sie für den Fall der Abweisung ihrer Hauptbegehren das Eventualbegehren, 1.) die beklagte Partei sei schuldig, ihnen binnen 14 Tagen gemäß den Bestimmungen des DatenschutzG (DSG) im folgenden Umfang Auskunft zu erteilen: a) über die zur Person der Kläger gespeicherten Daten und über deren Herkunft, insbesondere woher die Daten stammen, welcher Art und welchen Inhalts die Daten sind und wozu sie verwendet worden seien bzw. würden; b) darüber, ob und an welche Empfänger diese Daten übermittelt worden seien und darüber, ob diese Daten einem anderen Rechtsträger überlassen worden seien, und zwar durch Angabe von Namen und Anschrift derartiger Empfänger; c) für den Fall eines internationalen Datentransfers die entsprechende Bewilligungsnummer iSd DSG. In der Tagsatzung vom 29. Mai 2000 stellten die Kläger "aus Gründen prozessualer Vorsicht" ein weiteres Eventualbegehren des Inhaltes, es werde festgestellt, dass die beklagte Partei nicht berechtigt sei, persönliche Daten der Kläger an andere Spielbanken weiterzugeben.

Die Kläger brachten zu ihren Hauptbegehren zusammengefasst vor, durch die Sperren würde die beklagte Partei ihre durch das GSpG eingeräumte Monopolstellung ausnützen und die Kläger ohne sachliche Rechtfertigung vom Spiel ausschließen, wobei es sich von selbst verstehe, dass die Kläger regelkonform spielten und sich auch in Zukunft an die jeweils gültigen Regelungen halten. Auf Grund dieser rechtswidrigen Sperre sei auch die Haftung der beklagten Partei für Vermögensnachteile, die den Klägern durch die Verweigerung des Zutrittes entstünden, zu bejahen.

Die beklagte Partei wendete, soweit hier relevant, zu den Hauptbegehren ein, der Erstkläger habe eine Form des in Fachkreisen bekannten "Kesselguckens" entwickelt, die darin bestanden habe, dass er unter Beobachtung des genauen Abwurfpunktes der Kugel und unter Berücksichtigung der Umlaufgeschwindigkeit des Läufers sowie unter Verwendung einer Präzisionsstoppuhr so rechtzeitig mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit den Sektor, in den die Kugel fallen werde, vorausbestimmen hätte können, dass es ihm möglich sei, noch vor dem "rien ne va plus" auf die entsprechenden Chancen zu setzen. Dieses System habe der Erstkläger in der Folge noch verfeinert. Durch diese Verhaltensweise sei er um 1990 herum in verschiedenen Casinos aufgefallen. Die beklagte Partei habe vertrauliche Hinweise auf diese Tätigkeiten des Erstklägers erhalten. Nach einem weiteren, 1991 erhaltenen vertraulichen Hinweis habe sie über beide Kläger - der Erstkläger habe den Zweitkläger in dieser Spielweise unterrichtet - ein Eintrittsverbot verhängt. Die Kläger seien nicht ungerechtfertigt ausgeschlossen worden. Auch nach der alten Rechtslage (GSpG vor der Novelle BGBl 1993/695) sei der Ausschluss gerechtfertigt gewesen, weil er wegen Verwendung verbotener technischer Mittel sachlich begründet gewesen sei.

Die Kläger replizierten, es habe zu dem Zeitpunkt, als der Erstkläger die Uhr verwendet habe, keine gesetzliche Bestimmung bestanden, nach der technische Gerätschaften nicht eingesetzt werden dürften: Seit dem diesbezüglichen gesetzlichen Verbot werde er selbstverständlich solche nicht mehr verwenden.

Das Erstgericht gab dem 1.Hauptbegehren statt und wies das

2. Hauptbegehren ab. Die beklagte Partei stütze die von ihr behauptete Berechtigung, die Kläger vom Besuch ihrer Casinos auszuschließen, auf § 25 Abs 4 und 5 GSpG, wonach Spielbankenbesuchern das Mitführen technischer Hilfsmittel, die geeignet seien, sich oder anderen einen Spielvorteil zu verschaffen, nicht gestattet sei und der

Spielbank in diesem Fall das Recht zustehe, derartige Personen vom Besuch der Spielbank auszuschließen. Bis zum 1. November 1993 habe allerdings keine entsprechende Bestimmung existiert. § 25 GSpG aF, wonach die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen könne, sei so zu interpretieren, dass der Ausschluss nicht willkürlich erfolgen dürfe, sondern sachlich nachvollziehbare Gründe dafür vorliegen müssten. Solche habe die beklagte Partei nicht behauptet. Der Erstkläger sei daher vor seiner Aussperrung prinzipiell berechtigt gewesen, die Hilfsmittel zu benützen. Im Rahmen der verfassungsmäßig gewährleisteten Erwerbsfreiheit müsse es den Klägern unbenommen bleiben, eine Erwerbsquelle, die ihnen beinahe in allen Staaten der Welt angeboten werde, zu ihrem Nutzen zu erschließen und aus Glücksspielgewinnen ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Es gehe daher keinesfalls an, dass ein Spielbankenbetreiber, der sein wirtschaftliches Einkommen ebenfalls aus dem Glücksspiel bezieht, unter Hinweis darauf, eine derartige Lebensplanung eines Spielers sei in gewissem Sinne "minderwertig" und ein Spieler, der überwiegend gewinne, müsse es sich daher gefallen lassen, dass er nicht mehr zum Spiel zugelassen werde, diesen Spieler nur deshalb ausschließen. Ihre Berechtigung, auch den Zweitkläger vom Spiel auszuschließen, stütze die beklagte Partei - soweit überhaupt erkennbar - ausschließlich darauf, dass er von dem Spielsystem seines Vaters wisse. Allerdings habe der Zweitkläger dieses Spielsystem jedenfalls nicht mit technischen Hilfsmitteln angewendet und sich auch niemals derartiger technischer Hilfsmittel bedient. Allein der Umstand, dass er über die Fähigkeit verfüge, notwendige Berechnungen "im Kopf und nach Gefühl" anzustellen, berechtige die beklagte Partei wiederum im Hinblick auf die auch den Zweitkläger schützende verfassungsrechtliche Bestimmung der Erwerbsfreiheit nicht, diesen vom Spiel auszuschließen. Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil in Ansehung des 2. Hauptbegehrens und änderte es im Übrigen dahin ab, dass auch das2. Hauptbegehren ab. Die beklagte Partei stütze die von ihr behauptete Berechtigung, die Kläger vom Besuch ihrer Casinos auszuschließen, auf Paragraph 25, Absatz 4 und 5 GSpG, wonach Spielbankenbesuchern das Mitführen technischer Hilfsmittel, die geeignet seien, sich oder anderen einen Spielvorteil zu verschaffen, nicht gestattet sei und der Spielbank in diesem Fall das Recht zustehe, derartige Personen vom Besuch der Spielbank auszuschließen. Bis zum 1. November 1993 habe allerdings keine entsprechende Bestimmung existiert. Paragraph 25, GSpG aF, wonach die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen könne, sei so zu interpretieren, dass der Ausschluss nicht willkürlich erfolgen dürfe, sondern sachlich nachvollziehbare Gründe dafür vorliegen müssten. Solche habe die beklagte Partei nicht behauptet. Der Erstkläger sei daher vor seiner Aussperrung prinzipiell berechtigt gewesen, die Hilfsmittel zu benützen. Im Rahmen der verfassungsmäßig gewährleisteten Erwerbsfreiheit müsse es den Klägern unbenommen bleiben, eine Erwerbsquelle, die ihnen beinahe in allen Staaten der Welt angeboten werde, zu ihrem Nutzen zu erschließen und aus Glücksspielgewinnen ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Es gehe daher keinesfalls an, dass ein Spielbankenbetreiber, der sein wirtschaftliches Einkommen ebenfalls aus dem Glücksspiel bezieht, unter Hinweis darauf, eine derartige Lebensplanung eines Spielers sei in gewissem Sinne "minderwertig" und ein Spieler, der überwiegend gewinne, müsse es sich daher gefallen lassen, dass er nicht mehr zum Spiel zugelassen werde, diesen Spieler nur deshalb ausschließen. Ihre Berechtigung, auch den Zweitkläger vom Spiel auszuschließen, stütze die beklagte Partei - soweit überhaupt erkennbar - ausschließlich darauf, dass er von dem Spielsystem seines Vaters wisse. Allerdings habe der Zweitkläger dieses Spielsystem jedenfalls nicht mit technischen Hilfsmitteln angewendet und sich auch niemals derartiger technischer Hilfsmittel bedient. Allein der Umstand, dass er über die Fähigkeit verfüge, notwendige Berechnungen "im Kopf und nach Gefühl" anzustellen, berechtige die beklagte Partei wiederum im Hinblick auf die auch den Zweitkläger schützende verfassungsrechtliche Bestimmung der Erwerbsfreiheit nicht, diesen vom Spiel auszuschließen. Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil in Ansehung des 2. Hauptbegehrens und änderte es im Übrigen dahin ab, dass auch das

1. 1.Ziffer eins
   Hauptbegehren, ein Teil des 1.Eventualbegehrens und das
2. 2.Ziffer 2
   Eventualbegehren abgewiesen und einem Teil des 1.Eventualbegehrens stattgegeben wurde. Die zweite Instanz ließ sich zur Abweisung des 1. Hauptbegehrens von folgenden rechtlichen Erwägungen leiten:
   In deutscher Lehre und Rechtsprechung werde ein Kontrahierungszwang von Spielcasinos mit der Begründung verneint, ein solcher könne überhaupt nur dort in Betracht kommen, wo das Gewähren und Befriedigen von Leistungen und Bedürfnissen im Allgemeininteresse liege; lediglich aus ordnungspolitischen Erwägungen habe der Gesetzgeber in beschränktem Ausmaß das von ihm an sich unerwünschte Glücksspiel zugelassen; es werde zwar nicht gerade als verwerflich oder sittenwidrig angesehen, liege aber wegen der mit ihm verbundenen

Gefahren nicht im allgemeinen Interesse. Kontrahierungszwang komme nur dort in Betracht, wo dem Zugang zur Leistung ideelle Werte zugrunde lägen, was auf das Glücksspiel nicht zutreffe.

§ 25 Abs 2 GSpG vermöge, wenn die Bestimmung im Lichte der ordnungspolitischen Intention des Gesetzgebers gesehen werde - wie in der Regierungsvorlage dargestellt - den Kontrahierungszwang der beklagten Partei zu begründen. Auf den ersten Blick scheine diese Bestimmung zwar das Gegenteil auszusagen. Ginge allerdings der Gesetzgeber tatsächlich davon aus, dass kein Kontrahierungszwang bestünde, wäre eine Bestimmung, wonach die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen könne, überflüssig. Die Existenz dieser Bestimmung weise also eher darauf hin, dass der Gesetzgeber zumindest von der Möglichkeit eines Kontrahierungszwanges ausgegangen sei. Dies müsse folgerichtig auch aus der ordnungspolitischen Zielsetzung des GSpG abgeleitet werden:Paragraph 25, Absatz 2, GSpG vermöge, wenn die Bestimmung im Lichte der ordnungspolitischen Intention des Gesetzgebers gesehen werde - wie in der Regierungsvorlage dargestellt - den Kontrahierungszwang der beklagten Partei zu begründen. Auf den ersten Blick scheine diese Bestimmung zwar das Gegenteil auszusagen. Ginge allerdings der Gesetzgeber tatsächlich davon aus, dass kein Kontrahierungszwang bestünde, wäre eine Bestimmung, wonach die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen könne, überflüssig. Die Existenz dieser Bestimmung weise also eher darauf hin, dass der Gesetzgeber zumindest von der Möglichkeit eines Kontrahierungszwanges ausgegangen sei. Dies müsse folgerichtig auch aus der ordnungspolitischen Zielsetzung des GSpG abgeleitet werden:
Wenn das GSpG den allen Menschen immanenten Spieltrieb akzeptiere und ihn in geordnete Bahnen lenken wolle, wäre es widersinnig, nicht - zumindest grundsätzlich - sämtlichen spielen wollenden Menschen diese Möglichkeit zu eröffnen. Werde dementsprechend grundsätzlich vom Kontrahierungszwang ausgegangen, sei naheliegend, § 25 Abs 2 GSpG als Ausnahmeregelung anzusehen, deren (notwendigerweise) verfassungskonforme Auslegung iSd Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 2440/96m zu erfolgen habe: Danach dürfe der Ausschluss des einzelnen Spielers zwar ohne Angabe von Gründen erfolgen, die Gründe selbst aber dürften nicht willkürlicher Art sein.Wenn das GSpG den allen Menschen immanenten Spieltrieb akzeptiere und ihn in geordnete Bahnen lenken wolle, wäre es widersinnig, nicht - zumindest grundsätzlich - sämtlichen spielen wollenden Menschen diese Möglichkeit zu eröffnen. Werde dementsprechend grundsätzlich vom Kontrahierungszwang ausgegangen, sei naheliegend, Paragraph 25, Absatz 2, GSpG als Ausnahmeregelung anzusehen, deren (notwendigerweise) verfassungskonforme Auslegung iSd Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 2440/96m zu erfolgen habe: Danach dürfe der Ausschluss des einzelnen Spielers zwar ohne Angabe von Gründen erfolgen, die Gründe selbst aber dürften nicht willkürlicher Art sein.
Daraus sei aber für den Standpunkt der Kläger noch nichts gewonnen. Fraglos könne auch ein dem Kontrahierungszwang unterliegender Monopolist den Vertragsabschluss aus gerechtfertigten Gründen verweigern. In der genannten Entscheidung habe der Oberste Gerichtshof ein erst in der Revisionsbeantwortung und somit entgegen dem Neuerungsverbot erstattetes Vorbringen ("dass die beklagte Partei durch die Intentionen des GSpG verpflichtet sei, sogenannte "Card-Counters" von der Teilnahme am Glücksspiel auszuschließen, um den Charakter des Glücksspiels zu wahren; dies erfordere, wenn ein Spieler infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen berechnen könne, dessen Ausschluss") kurz behandelt und dazu ausgeführt, es möge sein, dass diese Begründung für einen weiteren Ausschluss des (dortigen) Klägers wegen des dokumentierten Interesses des Gesetzgebers, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol schöpfen zu können, durchaus gerechtfertigt wäre, diese Frage aber im Hinblick auf das Neuerungsverbot letztlich offen gelassen. Es erscheine geradezu selbstverständlich, dass eine Spielbank berechtigt sein müsse, einen Spieler, der infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen im Glücksspiel so berechnen könne, dass er per Saldo stets gewinne, von der Teilnahme am Glücksspiel auszuschließen; dies jedenfalls bei solchen Glücksspielen, bei denen die Spielbank auch selbst die Rolle des Spielers habe (also gewinnen, letztlich aber auch verlieren könne) wie im Roulette. Jedem Spieler stehe selbstverständlich die Möglichkeit offen, an einem Spiel nicht mehr weiter teilzunehmen, wenn er erkenne, dass ein anderer - aus welchen Gründen immer - letztlich nur gewinne, er aber verliere. Auch eine Spielbank (in der Spielerrolle) könne nicht gezwungen werden, einen Spieler, der infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen des Spiels berechnen könne (und somit per Saldo stets gewinne) weiterspielen zu lassen. Das Gegenteil würde in letzter Konsequenz Spielbanken verpflichten, bis zum wirtschaftlichen Untergang solchen Spielern die Spielteilnahme zu ermöglichen; jedenfalls aber der in der Regierungsvorlage (1067 BlgNR 17.GP 15) erwähnten fiskalischen Intention des GSpG ("Interesse des Bundes einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können") zuwiderlaufen. Ein zu einem solchen Verhalten zwingendes Recht auf Erwerbsfreiheit eines Berufsspielers könne angesichts der gesetzlichen Missbilligung

des Spiels nicht anerkannt werden. Angesichts der vom Erstkläger seinerzeit verwendeten technischen Hilfsmittel zur Beeinflussung der Gewinnchancen sei das deshalb von der beklagten Partei ausgesprochene Spielverbot gerechtfertigt gewesen, ohne dass es dazu eines gesetzlichen ausdrücklichen Verbotes bedürfe. Aber auch obwohl der Zweitkläger nie solche technischen Hilfsmittel verwendet habe und der Erstkläger künftighin keine solchen technischen Mittel mehr einsetzen werde, sei die von der beklagten Partei verhängte Spielsperre über beide Kläger gerechtfertigt. Der Erstkläger bezeichne sich selbst als Berufsspieler, der seinen Lebensunterhalt durch das Spiel bestreite. Beim Zweitkläger stehe fest, dass auch er Berufsspieler sei und seinen Lebensunterhalt ausschließlich vom Glücksspiel bestreite. Daraus folge zwangsläufig, dass beide auch ohne Einsatz technischer Hilfsmittel eine Spielmethode entwickelt haben und zur Anwendung bringen, die dem Glücksspielcharakter (bei dem das aleatorische Moment überwiegen müsse - § 1 GSpG) zuwiderlaufe und ihnen per Saldo stets Gewinne sichere. Damit stehe hier das fest, was eine Spielbank dazu berechtige, über einen Spieler eine Sperre zu verhängen, also weitere Vertragsabschlüsse mit ihm abzulehnen. Angesichts dessen sei es auch gerechtfertigt, diese Sperre unbefristet auszusprechen und aufrecht zu erhalten.Daraus sei aber für den Standpunkt der Kläger noch nichts gewonnen. Fraglos könne auch ein dem Kontrahierungszwang unterliegender Monopolist den Vertragsabschluss aus gerechtfertigten Gründen verweigern. In der genannten Entscheidung habe der Oberste Gerichtshof ein erst in der Revisionsbeantwortung und somit entgegen dem Neuerungsverbot erstattetes Vorbringen ("dass die beklagte Partei durch die Intentionen des GSpG verpflichtet sei, sogenannte "Card-Counters" von der Teilnahme am Glücksspiel auszuschließen, um den Charakter des Glücksspiels zu wahren; dies erfordere, wenn ein Spieler infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen berechnen könne, dessen Ausschluss") kurz behandelt und dazu ausgeführt, es möge sein, dass diese Begründung für einen weiteren Ausschluss des (dortigen) Klägers wegen des dokumentierten Interesses des Gesetzgebers, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol schöpfen zu können, durchaus gerechtfertigt wäre, diese Frage aber im Hinblick auf das Neuerungsverbot letztlich offen gelassen. Es erscheine geradezu selbstverständlich, dass eine Spielbank berechtigt sein müsse, einen Spieler, der infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen im Glücksspiel so berechnen könne, dass er per Saldo stets gewinne, von der Teilnahme am Glücksspiel auszuschließen; dies jedenfalls bei solchen Glücksspielen, bei denen die Spielbank auch selbst die Rolle des Spielers habe (also gewinnen, letztlich aber auch verlieren könne) wie im Roulette. Jedem Spieler stehe selbstverständlich die Möglichkeit offen, an einem Spiel nicht mehr weiter teilzunehmen, wenn er erkenne, dass ein anderer - aus welchen Gründen immer - letztlich nur gewinne, er aber verliere. Auch eine Spielbank (in der Spielerrolle) könne nicht gezwungen werden, einen Spieler, der infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen des Spiels berechnen könne (und somit per Saldo stets gewinne) weiterspielen zu lassen. Das Gegenteil würde in letzter Konsequenz Spielbanken verpflichten, bis zum wirtschaftlichen Untergang solchen Spielern die Spielteilnahme zu ermöglichen; jedenfalls aber der in der Regierungsvorlage (1067 BlgNR 17.GP 15) erwähnten fiskalischen Intention des GSpG ("Interesse des Bundes einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können") zuwiderlaufen. Ein zu einem solchen Verhalten zwingendes Recht auf Erwerbsfreiheit eines Berufsspielers könne angesichts der gesetzlichen Missbilligung des Spiels nicht anerkannt werden. Angesichts der vom Erstkläger seinerzeit verwendeten technischen Hilfsmittel zur Beeinflussung der Gewinnchancen sei das deshalb von der beklagten Partei ausgesprochene Spielverbot gerechtfertigt gewesen, ohne dass es dazu eines gesetzlichen ausdrücklichen Verbotes bedürfe. Aber auch obwohl der Zweitkläger nie solche technischen Hilfsmittel verwendet habe und der Erstkläger künftighin keine solchen technischen Mittel mehr einsetzen werde, sei die von der beklagten Partei verhängte Spielsperre über beide Kläger gerechtfertigt. Der Erstkläger bezeichne sich selbst als Berufsspieler, der seinen Lebensunterhalt durch das Spiel bestreite. Beim Zweitkläger stehe fest, dass auch er Berufsspieler sei und seinen Lebensunterhalt ausschließlich vom Glücksspiel bestreite. Daraus folge zwangsläufig, dass beide auch ohne Einsatz technischer Hilfsmittel eine Spielmethode entwickelt haben und zur Anwendung bringen, die dem Glücksspielcharakter (bei dem das aleatorische Moment überwiegen müsse - Paragraph eins, GSpG) zuwiderlaufe und ihnen per Saldo stets Gewinne sichere. Damit stehe hier das fest, was eine Spielbank dazu berechtige, über einen Spieler eine Sperre zu verhängen, also weitere Vertragsabschlüsse mit ihm abzulehnen. Angesichts dessen sei es auch gerechtfertigt, diese Sperre unbefristet auszusprechen und aufrecht zu erhalten.

Die berufungsinstanzlichen Erwägungen zum 2.Hauptbegehren werden unten (c) wiedergegeben, eine Wiedergabe der eingehenden Erwägungen zu den Eventualbegehren scheint entbehrlich.

Rechtliche Beurteilung

Die von der zweiten Instanz zugelassene Revision der Kläger ist zulässig und berechtigt.

a) Das nach Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG der Bundeskompetenz zugeordnete Monopolwesen umfasst auch das dem Bund vorbehaltene Recht zur Durchführung von Glücksspielen (Glücksspielmonopol), wobei die näheren Bestimmungen im GlücksspielG (GSpG) geregelt sind (Mayer, B-VG2 22 mwN). Dieses gestattet dem Bund im Wege der Konzessionserteilung u.a., das Recht zum Betrieb einer Spielbank zu übertragen, von welchem zugunsten der beklagten Partei Gebrauch gemacht wurde. Der Bund überträgt nicht bloß einzelne Monopolfunktionen, sondern das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, somit den Monopolgegenstand selbst. Auch nach dem Bericht des Finanzausschusses (1139 BlgNR 17.GP, 1) sind die Zielsetzungen des Bundes einerseits ordnungspolitischer und andererseits fiskalischer Natur. Dadurch, dass der Spieltrieb im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen gelenkt werde, erhalte der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Dass die beklagte Partei beim Betrieb von Spielbanken in Österreich eine Monopolstellung hat, wurde schon im vorinstanzlichen Verfahren nicht in Zweifel gezogen. In ihren Spielbanken lässt die beklagte Partei u. a. das von einem Croupier, regelmäßig einem Angestellten der Spielbank geleitete Glücksspiel Roulette spielen. a) Das nach Artikel 10, Absatz eins, Ziffer 4, B-VG der Bundeskompetenz zugeordnete Monopolwesen umfasst auch das dem Bund vorbehaltene Recht zur Durchführung von Glücksspielen (Glücksspielmonopol), wobei die näheren Bestimmungen im GlücksspielG (GSpG) geregelt sind (Mayer, B-VG2 22 mwN). Dieses gestattet dem Bund im Wege der Konzessionserteilung u.a., das Recht zum Betrieb einer Spielbank zu übertragen, von welchem zugunsten der beklagten Partei Gebrauch gemacht wurde. Der Bund überträgt nicht bloß einzelne Monopolfunktionen, sondern das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, somit den Monopolgegenstand selbst. Auch nach dem Bericht des Finanzausschusses (1139 BlgNR 17.GP, 1) sind die Zielsetzungen des Bundes einerseits ordnungspolitischer und andererseits fiskalischer Natur. Dadurch, dass der Spieltrieb im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen gelenkt werde, erhalte der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Dass die beklagte Partei beim Betrieb von Spielbanken in Österreich eine Monopolstellung hat, wurde schon im vorinstanzlichen Verfahren nicht in Zweifel gezogen. In ihren Spielbanken lässt die beklagte Partei u. a. das von einem Croupier, regelmäßig einem Angestellten der Spielbank geleitete Glücksspiel Roulette spielen.

b) Im Schuldrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit; es steht also im Belieben der Parteien, ob und mit wem sie kontrahieren wollen. Diese Freiheit wird nur in den Fällen des "Kontrahierungszwanges" ausnahmsweise durchbrochen. Neben den gesetzlich geregelten Fällen eines Kontrahierungszwanges (vgl. dazu Rummel in Rummel3, § 861 ABGB Rz 10) besteht nach Lehre und Rsp darüber hinaus ein "allgemeiner" oder "mittelbarer" Kontrahierungszwang. Bereits mehrfach sprach der Oberste Gerichtshof unter Berufung auf die grundlegenden Lehren Nipperdeys (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 61) und F. Bydlinskis (Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 170) aus, dass ein solcher Kontrahierungszwang überall dort anzunehmen ist, wo die faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität diesem die Möglichkeit der "Fremdbestimmung" über andere gibt. Wegen einer solchen Übermacht sind dem Abschlusszwang ganz allgemein Monopolisten und - gewöhnlich als solche betriebene - Unternehmen der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge unterworfen, ist doch die Öffentlichkeit auf deren Leistungen angewiesen. Entbehren Unternehmen der öffentlichen Hand einer Monopolstellung, sind sie dennoch soweit zum Vertragsabschluss verhalten, als dessen Verweigerung ihrer Pflicht zur Gleichbehandlung widerspräche. Denn es ist heute allgemein anerkannt, dass die (gegen den Staat gerichteten) Grundrechte infolge der Generalklauseln des Privatrechtes auch in die Privatrechtsordnung und damit in denb) Im Schuldrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit; es steht also im Belieben der Parteien, ob und mit wem sie kontrahieren wollen. Diese Freiheit wird nur in den Fällen des "Kontrahierungszwanges" ausnahmsweise durchbrochen. Neben den gesetzlich geregelten Fällen eines Kontrahierungszwanges vergleiche dazu Rummel in Rummel3, Paragraph 861, ABGB Rz 10) besteht nach Lehre und Rsp darüber hinaus ein "allgemeiner" oder "mittelbarer" Kontrahierungszwang. Bereits mehrfach sprach der Oberste Gerichtshof unter Berufung auf die grundlegenden Lehren Nipperdeys (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 61) und F. Bydlinskis (Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 170) aus, dass ein solcher Kontrahierungszwang überall dort anzunehmen ist, wo die faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität diesem die Möglichkeit der "Fremdbestimmung" über andere gibt. Wegen einer solchen Übermacht sind dem Abschlusszwang ganz allgemein Monopolisten und - gewöhnlich als solche betriebene - Unternehmen der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge unterworfen, ist doch die Öffentlichkeit auf deren Leistungen angewiesen. Entbehren Unternehmen der öffentlichen Hand einer Monopolstellung, sind sie dennoch soweit zum Vertragsabschluss verhalten,

als dessen Verweigerung ihrer Pflicht zur Gleichbehandlung widerspräche. Denn es ist heute allgemein anerkannt, dass die (gegen den Staat gerichteten) Grundrechte infolge der Generalklauseln des Privatrechtes auch in die Privatrechtsordnung und damit in den

rechtsgeschäftlichen Verkehr einfließen (3 Ob 2440/96m = SZ 71/68 =

ecolex 1999, 163 [Wilhelm] = MietSlg 50.174 = AnwBl 1999, 116 [Riess]

mwN aus dem Schrifttum). Der Gleichheitsgrundsatz verbietet Willkür.

Allerdings kann auch der Monopolist nicht gezwungen werden, jeden von

einem Dritten gewünschten Vertrag abzuschließen; er kann vielmehr aus

sachlich gerechtfertigten Gründen einen Vertragsabschluss ablehnen

(SZ 44/138 = EvBl 1972, 157; SZ 59/130;4 Ob 214/97t = SZ 70/173 =

EvBl 1998/22; 1 Ob 135/98d; 3 Ob 2440/96m; 1 Ob 214/98x = SZ 72/4 =

RdW 1999, 403 = ecolex 1999, 468 [Spunda] u.a.; RIS-JustizRS0016745;

Apathy in Schwimann2, § 861 ABGB Rz 14 ff; Rummel aaO§ 861 ABGB Rz 10, je mwN aus der Rsp und dem Schrifttum). Diesen Ausführungen schließt sich auch der erkennende Senat an.Apathy in Schwimann2, Paragraph 861, ABGB Rz 14 ff; Rummel aaO Paragraph 861, ABGB Rz 10, je mwN aus der Rsp und dem Schrifttum). Diesen Ausführungen schließt sich auch der erkennende Senat an.

In Deutschland (vgl. etwa Habersack in MünchKomm3, § 763 BGB Rz 14 mwN in FN 37) wird, wie die zweite Instanz zutreffend erkannte, die Auffassung vertreten, Casinos unterlägen nicht dem Kontrahierungszwang. In der Entscheidung 3 Ob 2440/96m wurde die Frage offen gelassen, im österr. Schrifttum (Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz mit wichtigen Spielbedingungen, § 25 Anm I.2.) wird der Kontrahierungszwang lediglich mit der Begründung verneint, der Abschluss der Glücksverträge unterliege auch auf Seiten des Konzessionärs grundsätzlich der Privatautonomie.In Deutschland vergleiche etwa Habersack in MünchKomm3, Paragraph 763, BGB Rz 14 mwN in FN 37) wird, wie die zweite Instanz zutreffend erkannte, die Auffassung vertreten, Casinos unterlägen nicht dem Kontrahierungszwang. In der Entscheidung 3 Ob 2440/96m wurde die Frage offen gelassen, im österr. Schrifttum (Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz mit wichtigen Spielbedingungen, Paragraph 25, Anmerkung römisch eins.2.) wird der Kontrahierungszwang lediglich mit der Begründung verneint, der Abschluss der Glücksverträge unterliege auch auf Seiten des Konzessionärs grundsätzlich der Privatautonomie.

Wenngleich sich der Grundsatz des Kontrahierungszwanges ursprünglich im Zusammenhang mit öffentlichen Einrichtungen der allgemeinen Daseinsvorsorge - zu denen eine Spielbank sicher nicht gehört - entwickelt hat, ist er im Laufe der Zeit doch durch Analogie immer weiter ausgedehnt worden und letztlich eben auch auf den Monopolisten - unabhängig davon, ob sich dieser nun der öffentlichen Daseinsvorsorge widmet oder nicht - angewendet worden. In einer Reihe von Fällen hat der Oberste Gerichtshof in jüngerer Zeit einen Kontrahierungszwang bejaht, denen jeweils ein Sachverhalt zugrunde lag, der mit der Deckung des Normal- oder Notbedarfs nichts mehr zu tun hatte: In 1 Ob 554/86 = SZ 59/130 = JBl 1987, 36 = EvBl 1987/6 wurde der Kontrahierungszwang des Inhabers einer öffentlichen Gaststätte, dem in einem Ort eine monopolartige Stellung zukam, bejaht. Eine Lokalsperre dürfe nur auf sachlich gerechtfertigte Gründe gestützt werden; in 4 Ob 166, 167/90 = MR 1991, 121 = WBl 1991, 170 wurde der Kontrahierungszwang eines Badebetriebes als

einziges öffentliches Bad in einem Ort bejaht; in 4 Ob 538, 539/91 =

WBl 1992, 21 = RdW 1992, 108 = ecolex 1992, 18 wurde der Kontrahierungszwang einer Fremdenverkehrsgemeinde, die zu Werbezwecken im Rahmen ihres Verkehrsamtes einen Werbeprospekt ihrer örtlichen Beherbergungsbetriebe herausgibt, bejaht (die Aufnahme eines Hoteliers in dieses Prospekt kann nur dann verweigert werden, wenn die Gemeinde hiefür sachlich gerechtfertigte Gründe ins Treffen

führen kann); in 4 Ob 146/93 = ÖBl 1994, 66 = WBl 1994, 169 = RdW

1994, 173 = ecolex 1994, 405 wurde der Kontrahierungszwang eines Straßenbahnunternehmens in Bezug auf den Verkauf von Werbeflächen auf der Straßenbahn grundsätzlich bejaht, sofern keine vergleichbare und gleichwertige Ausweichmöglichkeiten (andere Werbeformen) zur Verfügung stehen; in 4 Ob 214/97t = SZ 70/173 = EvBl 1998/22 =

ÖBl 1998, 36 = MR 1997, 328 = WBl 1998, 96 = RdW 1998, 187 wurde ausgesprochen, ein monopolistischer Filmverleiher sei verpflichtet, mit jedem Kinobetreiber einen Filmleihvertrag abzuschließen, sofern er nicht sachlich gerechtfertigte Gründe für die Lieferverweigerung hat.

Diese Erwägungen der Rechtsprechung müssen an Hand der konkreten gesetzlichen Regelung überprüft werden.

Die §§ 21 ff des in der Folge vielfach novellierten Bundesgesetzes vom 27. Juni 1962 zur Regelung des Glücksspielwesens, BGBl 1962/169 (Glücksspielgesetz, GSpG 1962), befassten sich mit den Spielbanken. Auch nach der Neuregelung des Glücksspielwesens durch das GSpG 1989, BGBl 1989/620 idgF, lautet § 25 Abs 2 leg cit (§ 25 hat die Überschrift "Spielbankbesucher") unverändert: Die Spielbankleitung kann Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Die EB (RV, 1067 BlgNR 17.GP 15) führen zur Regelung des Glückspielwesens in ihrem Allgemeinen Teil u.a. aus:Die Paragraphen 21, ff des in der Folge vielfach novellierten Bundesgesetzes vom 27. Juni 1962 zur Regelung des Glücksspielwesens, BGBl 1962/169 (Glücksspielgesetz, GSpG 1962), befassten sich mit den Spielbanken. Auch nach der Neuregelung des Glücksspielwesens durch das GSpG 1989, BGBl 1989/620 idgF, lautet Paragraph 25, Absatz 2, leg cit (Paragraph 25, hat die Überschrift "Spielbankbesucher") unverändert: Die Spielbankleitung kann Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Die EB (RV, 1067 BlgNR 17.GP 15) führen zur Regelung des Glückspielwesens in ihrem Allgemeinen Teil u.a. aus:

"Die Zielsetzungen, die der Bund mit diesem Bundesgesetz verfolgt, sind einerseits ordnungspolitischer und andererseits fiskalischer Natur. In ordnungspolitischer Hinsicht muss gesagt werden, dass idealerweise ein gänzliches Verbot von Glücksspielen die sinnvollste Regelung wäre. Angesichts des bekannten Umstandes, daß der Spieltrieb dem Menschen nun einmal immanent gegeben zu sein scheint (wie dies auch sämtliche zu diesem Thema erscheinenden Studien immer wieder belegen), ist es aber wesentlich sinnvoller, diesen Spieltrieb im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken. Dadurch wird zweierlei erreicht: Eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspieles in die Illegalität wird vermieden, gleichzeitig erhält sich der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Diese Überwachung muss als oberste Zielsetzung den Schutz des einzelnen Spielers vor Augen haben. In fiskalischer Hinsicht besteht ein Interesse des Bundes, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können. ..."

Die Bestimmung des § 25 Abs 2 GSpG kann in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der zweiten Instanz (und entgegen Wilhelm, ecolex 1999, 163) tatsächlich nur so verstanden werden, dass der Gesetzgeber zumindest von der Möglichkeit eines Kontrahierungszwanges ausgegangen ist. Denn ausgehend von der dargestellten ordnungspolitischen Zielsetzung des GSpG wird vom Gesetzgeber der fast allen Menschen immanente Spieltrieb letztlich akzeptiert und in geordnete Bahnen gelenkt, wobei die Allgemeinheit durch die fiskalischen Erwägungen mittelbar davon profitiert. Das hat aber zur Folge, dass in den Grenzen des § 25 Abs 2 GSpG allen spielwilligen Spielbankbesuchern die Möglichkeit eröffnet werden soll, an den in den Spielbanken der beklagten Partei angebotenen Spielen teilzunehmen. Damit muss aber grundsätzlich von einem Kontrahierungszwang der beklagten Partei ausgegangen werden; eingeschränkt ist dieser freilich durch § 25 GSpG als Ausnahmeregelung, die (notwendigerweise) verfassungskonform auszulegen ist (3 Ob 2440/96m). Die Bestimmung des Paragraph 25, Absatz 2, GSpG kann in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der zweiten Instanz (und entgegen Wilhelm, ecolex 1999, 163) tatsächlich nur so verstanden werden, dass der Gesetzgeber zumindest von der Möglichkeit eines Kontrahierungszwanges ausgegangen ist. Denn ausgehend von der dargestellten ordnungspolitischen Zielsetzung des GSpG wird vom Gesetzgeber der fast allen Menschen immanente Spieltrieb letztlich akzeptiert und in geordnete Bahnen gelenkt, wobei die Allgemeinheit durch die fiskalischen Erwägungen mittelbar davon profitiert. Das hat aber zur Folge, dass in den Grenzen des Paragraph 25, Absatz 2, GSpG allen spielwilligen Spielbankbesuchern die Möglichkeit eröffnet werden soll, an den in den Spielbanken der beklagten Partei angebotenen Spielen teilzunehmen. Damit muss aber grundsätzlich von einem Kontrahierungszwang der beklagten Partei ausgegangen werden; eingeschränkt ist dieser freilich durch Paragraph 25, GSpG als Ausnahmeregelung, die (notwendigerweise) verfassungskonform auszulegen ist (3 Ob 2440/96m).

Nach § 25 Abs 2 GSpG kann, wie bereits dargestellt, die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Derartigen Anordnungen ist von den Spielwilligen somit, ohne dass nähere Ausführungen gemacht werden, Folge zu leisten. Infolge der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte darf aber ungeachtet dessen der Ausschluss eines Spielers vom Spiel nicht willkürlich erfolgen (3 Ob 2440/96m, 1 Ob 214/98x). Willkür liegt nicht nur dann vor, wenn der Ausschluss aus vom Verfassungsgesetzgeber missbilligten subjektiven

Gründen (etwa wegen der Hautfarbe oder der Nationalität) erfolgt, sondern auch dann, wenn die später (im Prozess) angegebenen Gründe nicht nachvollziehbar sind. Da die beklagte Partei verpflichtet ist, das Spielverhalten der Besucher nicht nur zu beobachten, sondern auch zu dokumentieren (§ 22 Z 4 GSpG), muss sie auch in der Lage sein, im Streitfall objektive "denkmögliche" Gründe für die weitere Nichtzulassung eines einmal ausgeschlossenen Spielers anzugeben. Sowohl "denkunmögliche" als auch ausschließlich subjektive, gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßende Gründe stellen Willkür her (3 Ob 2440/96m mwN).Nach Paragraph 25, Absatz 2, GSpG kann, wie bereits dargestellt, die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Derartigen Anordnungen ist von den Spielwilligen somit, ohne dass nähere Ausführungen gemacht werden, Folge zu leisten. Infolge der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte darf aber ungeachtet dessen der Ausschluss eines Spielers vom Spiel nicht willkürlich erfolgen (3 Ob 2440/96m, 1 Ob 214/98x). Willkür liegt nicht nur dann vor, wenn der Ausschluss aus vom Verfassungsgesetzgeber missbilligten subjektiven Gründen (etwa wegen der Hautfarbe oder der Nationalität) erfolgt, sondern auch dann, wenn die später (im Prozess) angegebenen Gründe nicht nachvollziehbar sind. Da die beklagte Partei verpflichtet ist, das Spielverhalten der Besucher nicht nur zu beobachten, sondern auch zu dokumentieren (Paragraph 22, Ziffer 4, GSpG), muss sie auch in der Lage sein, im Streitfall objektive "denkmögliche" Gründe für die weitere Nichtzulassung eines einmal ausgeschlossenen Spielers anzugeben. Sowohl "denkunmögliche" als auch ausschließlich subjektive, gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßende Gründe stellen Willkür her (3 Ob 2440/96m mwN).

Zutreffend wird in der Revision dargestellt, dass sich die beklagte Partei im vorliegenden Verfahren zur Rechtfertigung des Ausschlusses des Erstklägers vom Spiel nicht darauf berief, dieser habe zu viel gewonnen, sondern darauf, dieser habe beim Roulette-Spiel unerlaubte Hilfsmittel verwendet, um damit die Zufallsentscheidung als typisches Merkmal eines Glücksspiels auszuschließen. Tatsächlich wurden durch die Novelle zum GSpG BGBl 1993/695 dem § 25 folgende Absätze 4 und 5 angefügt:Zutreffend wird in der Revision dargestellt, dass sich die beklagte Partei im vorliegenden Verfahren zur Rechtfertigung des Ausschlusses des Erstklägers vom Spiel nicht darauf berief, dieser habe zu viel gewonnen, sondern darauf, dieser habe beim Roulette-Spiel unerlaubte Hilfsmittel verwendet, um damit die Zufallsentscheidung als typisches Merkmal eines Glücksspiels auszuschließen. Tatsächlich wurden durch die Novelle zum GSpG BGBl 1993/695 dem Paragraph 25, folgende Absätze 4 und 5 angefügt:

(4) Den Spielbankbesuchern ist das Mitführen technischer Hilfsmittel, die geeignet sind, sich und anderen einen Spielvorteil zu verschaffen, nicht gestattet.

(5) Ergeben sich begründete Anhaltspunkte dafür, dass eine Person technische Hilfsmittel im Sinne des Abs. 4 mit sich führt, so hat die Spielbankleitung diese vom Besuch der Spielbank auszuschließen. Nach den Materialien (RV, 1172 BlgNR 18. GP, 1) sollten mit dieser Neuregelung festgestellte Malversationen, insbesondere mit mikroelektronischen und computergesteuerten Komponenten bekämpft werden, weil "die Verwendung derartiger technischer Hilfsmittel zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Bruttospielertrages des Konzessionärs und damit auch des Abgabenaufkommens des Bundes führt". Die beklagte Partei vertritt die Auffassung, sie sei durch die Intentionen des GSpG verpflichtet, auch "Kesselgucker" von der Teilnahme am Glücksspiel auszuschließen, um den Charakter des Glücksspieles zu wahren; wenn ein Spieler infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen berechnen könne, erfordere dies seinen Ausschluss. Dem kann nicht beigetreten werden. Gemäß § 1 Abs 1 GSpG sind Glücksspiele in diesem Gesetzes Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Der Begriff "vorwiegend" verdeutlicht, dass auch in einem Glücksspiel Spielteilnehmer durchaus in der Lage sein können, das Spiel in einem bestimmten Ausmaß zu beeinflussen. Beurteilungsmaßstab dafür, ob ein Glücksspiel vorliegt, ist der durchschnittlich geübte und begabte Spielteilnehmer. Unbestritten besteht beim Roulette-Spiel wegen der Zahl "Zero" ein statistischer Gewinnvorteil der Spielbank und ist es äußert unwahrscheinlich, dass angesichts der Beschränkungen beim Einsatz ein Spieler die Spielbank in den wirtschaftlichen Ruin treibt. Dass andererseits ein Spieler, der (auch immer) gewinnt oder mehr gewinnt als verliert, ohne Verletzung des Willkürverbots nicht vom Spiel ausgeschlossen werden darf, ist evident. Dies muss aber auch für nach System spielende Spieler und für solche gelten, die (auch immer wieder) gewinnen, weil sie ein "unverlierbares Spiel" erfunden haben, regelmäßig nur, weil sie dies glauben. Nichts anderes kann aber gelten, wenn ein einzelner Spieler durch seine besonderen Fähigkeiten oder seine Geschicklichkeit, und sei es auch beim sogenannten "Kesselgucken", für sich eine Möglichkeit sieht - im Rahmen der Gesetze und der Spielordnung der beklagten Partei - auch als Berufsspieler immer wieder einen Gewinn zu erzielen. Auch in einem solchen Fall bleibt entgegen dem Standpunkt der beklagten Partei dennoch das Roulettespiel auch für

diesen Spieler, dessen spezielle Begabung - nach den Feststellungen des Erstgerichtes sind dies beim Erstkläger 2/3 "Know-How" und 1/3 ein entsprechendes "Gefühl" - die eines durchschnittlichen Spielteilnehmers übersteigt, ein Glücksspiel. Es kann auch nicht übersehen werden, dass für manche Spieler gerade die von ihnen angenommene Möglichkeit, sie könnten das Glücksspiel beeinflussen und dessen aleatorischen Charakter zurückdrängen, ein wesentliches Moment dafür darstellt, am Roulette-Spiel teilzunehmen. Dies muss auch der beklagten Partei bewusst sein, sonst hätte sie wohl von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, durch eine Änderung der Handhabung des Roulette-Spiels, etwa Einwurf der Kugel in den Kessel erst nach dem Setzen der Spieler oder Verwendung verschiedener Kugeln, das "Kesselgucken" unmöglich zu machen.(5) Ergeben sich begründete Anhaltspunkte dafür, dass eine Person technische Hilfsmittel im Sinne des Absatz 4, mit sich führt, so hat die Spielbankleitung diese vom Besuch der Spielbank auszuschließen. Nach den Materialien (RV, 1172 BlgNR 18. GP, 1) sollten mit dieser Neuregelung festgestellte Malversationen, insbesondere mit mikroelektronischen und computergesteuerten Komponenten bekämpft werden, weil "die Verwendung derartiger technischer Hilfsmittel zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Bruttospielertrages des Konzessionärs und damit auch des Abgabenaufkommens des Bundes führt". Die beklagte Partei vertritt die Auffassung, sie sei durch die Intentionen des GSpG verpflichtet, auch "Kesselgucker" von der Teilnahme am Glücksspiel auszuschließen, um den Charakter des Glücksspieles zu wahren; wenn ein Spieler infolge außergewöhnlicher Fähigkeiten die Chancen berechnen könne, erfordere dies seinen Ausschluss. Dem kann nicht beigetreten werden. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, GSpG sind Glücksspiele in diesem Gesetzes Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Der Begriff "vorwiegend" verdeutlicht, dass auch in einem Glücksspiel Spielteilnehmer durchaus in der Lage sein können, das Spiel in einem bestimmten Ausmaß zu beeinflussen. Beurteilungsmaßstab dafür, ob ein Glücksspiel vorliegt, ist der durchschnittlich geübte und begabte Spielteilnehmer. Unbestritten besteht beim Roulette-Spiel wegen der Zahl "Zero" ein statistischer Gewinnvorteil der Spielbank und ist es äußert unwahrscheinlich, dass angesichts der Beschränkungen beim Einsatz ein Spieler die Spielbank in den wirtschaftlichen Ruin treibt. Dass andererseits ein Spieler, der (auch immer) gewinnt oder mehr gewinnt als verliert, ohne Verletzung des Willkürverbots nicht vom Spiel ausgeschlossen werden darf, ist evident. Dies muss aber auch für nach System spielende Spieler und für solche gelten, die (auch immer wieder) gewinnen, weil sie ein "unverlierbares Spiel" erfunden haben, regelmäßig nur, weil sie dies glauben. Nichts anderes kann aber gelten, wenn ein einzelner Spieler durch seine besonderen Fähigkeiten oder seine Geschicklichkeit, und sei es auch beim sogenannten "Kesselgucken", für sich eine Möglichkeit sieht - im Rahmen der Gesetze und der Spielordnung der beklagten Partei - auch als Berufsspieler immer wieder einen Gewinn zu erzielen. Auch in einem solchen Fall bleibt entgegen dem Standpunkt der beklagten Partei dennoch das Roulettespiel auch für diesen Spieler, dessen spezielle Begabung - nach den Feststellungen des Erstgerichtes sind dies beim Erstkläger 2/3 "Know-How" und 1/3 ein entsprechendes "Gefühl" - die eines durchschnittlichen Spielteilnehmers übersteigt, ein Glücksspiel. Es kann auch nicht übersehen werden, dass für manche Spieler gerade die von ihnen angenommene Möglichkeit, sie könnten das Glücksspiel beeinflussen und dessen aleatorischen Charakter zurückdrängen, ein wesentliches Moment dafür darstellt, am Roulette-Spiel teilzunehmen. Dies muss auch der beklagten Partei bewusst sein, sonst hätte sie wohl von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, durch eine Änderung der Handhabung des Roulette-Spiels, etwa Einwurf der Kugel in den Kessel erst nach dem Setzen der Spieler oder Verwendung verschiedener Kugeln, das "Kesselgucken" unmöglich zu machen.

Ausgehend von diesen Erwägungen ergibt sich bei Prüfung der Frage, ob die beklagte Partei die Kläger zu Recht vom weiteren Spiel ausgeschlossen hat, Folgendes: Der Erstkläger hat nach Inkrafttreten der Novelle zum GSpG BGBl 1993/695 beim Glücksspiel keinerlei verbotene technische Hilfsmittel verwendet, vorher - bis zu seinem Ausschluss 1991 - waren derartige Hilfsmittel weder von Gesetz noch von den Spielbankordnungen der beklagten Partei untersagt. Nach den Feststellungen hat er seine "technischen Hilfsmittel" einmal bei einem Besuch eines Spielcasinos der beklagten Partei in Bregenz verwendet, ohne dass dies der Direktor dieses Spielcasinos beanstandet hätte. Bei diesen Feststellungen muss davon ausgegangen werden, dass er das "technische Hilfsmittel" des Erstklägers erkannt hat. Die Schlussfolgerung des Berufungsgerichtes, dass der Erstkläger mit seinen technischen Hilfsmitteln "per Saldo stets" gewinne (S 21 der Urteilsausfertigung zweiter Instanz), entspricht nicht den getroffenen

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at