

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

13.12.2017

Geschäftszahl

Ro 2017/02/0027

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

Ro 2017/02/0028

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck sowie den Hofrat Mag. Dr. Köller und die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Harrer, über die Revision von 1. R in E und

2. der w Gesellschaft m.b.H in W, beide vertreten durch Mag. Martin Paar, Mag. Hermann Zwanzger, Rechtsanwälte in 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 46/6, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 18. Juli 2017, Zlen. VGW- 002/032/4316/2017 und VGW-002/032/5316/2017/E, betreffend Übertretungen des Gesetzes betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwesens (GTBW-G) (Behörde gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 VwGG: Magistrat der Stadt Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird, soweit es die revisionswerbenden Parteien betrifft, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Das Land Wien hat der erstrevisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 Mit Aufforderung zur Rechtfertigung der belangten Behörde vom 23. März 2016 wurde der Erstrevisionswerberin Folgendes zur Last gelegt (Anonymisierungen in der Folge durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Herr J. G. hat am 18.02.2016 in W., G-straße 36 ident Tstraße 96 („Cafe P“), die Tätigkeit der Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden an eine Buchmacherin, und zwar an die (zweitrevisionswerbende Partei) ausgeübt (Kontrolle durch die Magistratsabteilung K und V am 18.02.2016), obwohl eine dafür notwendige Bewilligung der Wiener Landesregierung nicht erwirkt wurde.

Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin der (zweitrevisionswerbenden Partei) und somit gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ dieser Gesellschaft zu verantworten, dass die (zweitrevisionswerbende Partei) durch das Aufstellen von zwei Wettterminals im „Cafe P“, sowie dadurch, dass sie sich als Buchmacherin von Herrn J. G. Wettkundinnen und Wettkunden vermitteln hat lassen, an der Begehung der oben angeführten Verwaltungsübertretung durch Herrn J. G. mitgewirkt hat."

2 Die Erstrevisionswerberin habe dadurch § 2 Abs. 3 Z 2 GTBW-G übertreten.

3 Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 10. Februar 2017 wurde die Erstrevisionswerberin folgender Übertretung schuldig erachtet:

"Herr J. G. hat am 18.02.2016, um 15:15 Uhr, in W, Gstraße 36 ident T-straße 96 („Cafe P“), die Tätigkeit der gewerbsmäßigen Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden aus Anlass sportlicher Veranstaltungen,

wie z.B. Fußballspiele, an eine Buchmacherin, nämlich die (zweitrevisionswerbende Partei), mit zwei betriebsbereiten Wettterminals ausgeübt..., obwohl er die dafür erforderliche Bewilligung der Wiener Landesregierung nicht erwirkt hatte.

Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin der (zweitrevisionswerbenden Partei) und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ dieser Gesellschaft zu verantworten, dass die (zweitrevisionswerbende Partei) an der Begehung der oben angeführten Verwaltungsübertretung vorsätzlich mitgewirkt hat, indem sie sich als Buchmacherin von Herrn J. G. Wettkundinnen und Wettkunden hat vermitteln lassen sowie durch das Aufstellen von zwei Wettterminals in W, G-straße 36 ident T-straße 96 („Cafe P“).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 2 Absatz 3 Z 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens StGBI 1919/388 i. d.F. LGBl Nr. 26/2015 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 VStG i.d.g.F

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EUR 4.200,00...

Die (zweitrevisionswerbende Partei) haftet für die mit diesem Bescheid über die zur Vertretung nach außen Berufene, Frau (Erstrevisionswerberin), verhängte Geldstrafe von EUR 4.200,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von EUR 420,00 und für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand."

4 Im Spruchpunkt II des angefochtenen Erkenntnisses hat das Verwaltungsgericht die Beschwerde der Erstrevisionswerberin mit der Maßgabe abgewiesen, dass der Spruch zu lauten habe:

"(Die Erstrevisionswerberin) hat als handelsrechtliche Geschäftsführerin der (zweitrevisionswerbenden Partei) und somit als gemäß § 9 Abs.1...VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ dieser Gesellschaft zu verantworten, dass die (zweitrevisionswerbende Partei) am 18.02.2016, um 15:15 Uhr, in W, G-straße 36 ident T-straße 96 („Cafe P“), ohne Bewilligung der Wiener Landesregierung durch das Aufstellen und den Betrieb zweier Wettterminals gewerbsmäßig Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, wie z.B. Fußballspiele, abgeschlossen hat."

5 Die Erstrevisionswerberin habe dadurch § 2 Abs. 1 GTBW-G verletzt.

6 Im Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses wurde das Verfahren gegen J. G. wegen des Vorwurfs der Tätigkeit der Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden an eine Buchmacherin, und zwar an die (zweitrevisionswerbende Partei), obwohl eine dafür notwendige landesrechtliche Bewilligung nicht erwirkt wurde, eingestellt.

7 Gegen dieses Erkenntnis erklärte das Verwaltungsgericht gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für zulässig.

8 In der Begründung traf das Verwaltungsgericht folgende Feststellungen:

"Am 18. Februar 2016 ab 15:15 Uhr fand an der Adresse W, Gstraße 36 ident T-straße 96 im „Cafe P“ eine Kontrolle der belangten Behörde nach dem GTBW-G statt. Im Zuge dieser Kontrolle wurden im Lokal zwei eingeschaltete betriebsbereite Wettterminals mit der Bezeichnung „Ambassador“ und den Seriennummern 6127 und 4291 vorgefunden. Diese Wettterminals dienten dem Abschluss von Wetten auf den Ausgang sportlicher Ereignisse, zB Fußballspiele.

Diese Wettterminals stehen im Eigentum der (zweitrevisionswerbenden Partei) und wurden zum Tatzeitpunkt auch von dieser auf eigene Rechnung und Gefahr betrieben. Über die software der Wettterminals konnten verschiedene Anwendungen der (zweitrevisionswerbenden Partei) aufgerufen werden. Nach Einführen von Bargeld in das Gerät konnte ein Kunde Wettangebote auswählen. Die Wettterminals waren durch eine Datenleitung mit einem Server der (zweitrevisionswerbenden Partei) verbunden. Nach Anklicken eines solchen Wettangebots wurden der w diese Daten übermittelt und vonseiten der (zweitrevisionswerbenden Partei) wiederum Daten an das Wettterminal gesendet. In der Folge wurde am Wettterminal automatisch der Vertragsschluss durch Ausdrucken eines Wetttickets bestätigt.

Der (zweitrevisionswerbenden Partei) wurde mit Bescheid ...vom 13. April 2004 eine Bewilligung zum gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten aus Anlass von sportlichen Veranstaltungen in vier Wiener Betriebsstätten erteilt; der Standort W, G-straße 36 ident T-straße 96 ist in der Bewilligung nicht aufgezählt.

Zum Tatzeitpunkt war J. G. Inhaber einer Gewerbeberechtigung zur „Vermittlung von Kunden zu Buchmachern/Wettbüros unter Ausschluss der Tippannahme“ für - unter anderem - den verfahrensgegenständlichen Standort. Er hat für die Anmeldung und Innehaltung der Gewerbeberechtigung von der (zweitrevisionswerbenden Partei) ein fixes Entgelt für mehrere Standorte erhalten, war jedoch weder am Zustandekommen der einzelnen Wettverträge beteiligt noch hat er einen Anteil an den Gewinnen aus diesen Wettverträgen erhalten.

(Die Erstrevisionswerberin) war zum Tatzeitpunkt handelsrechtliche Geschäftsführerin der (zweitrevisionswerbenden Partei). Sie ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten und weist durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf."

9 Nach beweismäßigenden Überlegungen und Darstellung der Rechtslage führte das Verwaltungsgericht hinsichtlich des Straferkenntnisses vom 30. Jänner 2017 gegen J.G. aus, die einzige Verbindung des J.G. zu den im „Cafe P“ abgeschlossenen Wetten sei gewesen, dass J.G. Inhaber einer Gewerbeberechtigung für diesen Standort gewesen sei. Ansonsten lägen keine Beweisergebnisse vor, dass er zum Abschluss von Wetten beigetragen habe oder wirtschaftlich am Abschluss der jeweiligen Wetten beteiligt gewesen sei. Auch die belangte Behörde habe keine über die Innehabung der Gewerbeberechtigung hinausgehende Verbindung des J.G. mit den verfahrensgegenständlichen Wetten behauptet. Das bloße Innehaben einer Gewerbeberechtigung stelle jedoch kein Vermitteln von Wettkundinnen und Wettkunden im Sinne des § 2 Abs. 1 GTBW-G dar. Weil somit auch nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch J.G. bestünden, sei das gegen ihn geführte Verwaltungsstrafverfahren im Zweifel gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen gewesen. In dem gegen die Erstrevisionswerberin gerichteten Straferkenntnis werde dieser vorgeworfen, als nach außen vertretungsbefugtes Organ der zweitrevisionswerbenden Partei zwei betriebsbereite Wettterminals aufgestellt und damit an der Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden aus Anlass sportlicher Veranstaltungen an die zweitrevisionswerbende Partei vorsätzlich mitgewirkt zu haben. Mit diesem Tatsachensubstrat, gegen das sich die Erstrevisionswerberin auch inhaltlich vor dem Verwaltungsgericht Wien verteidigt habe, werde jedoch nicht der von der belangten Behörde herangezogene Tatbestand der Mitwirkung an der Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 2 GTBW-G, sondern vielmehr der gewerbsmäßige Abschluss von Wetten im Sinne des § 2 Abs. 1 GTBW-G verwirklicht, weil eine Vermittlung von Wettkunden an sich selbst nicht in Betracht komme. Dieser Tatvorwurf sei im Ergebnis zutreffend, weil die zweitrevisionswerbende Partei als Buchmacherin mit den verfahrensgegenständlichen Wettterminals tatsächlich unmittelbar Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen abgeschlossen habe. Im Spruch des Straferkenntnisses seien alle wesentlichen Sachverhaltselemente des gegenüber der Erstrevisionswerberin erhobenen Tatvorwurfes enthalten, um dieses Verhalten dem Tatbestand des gewerbsmäßigen Abschlusses von Wetten im Sinne des § 2 Abs. 1 GTBW-G zu unterstellen. In einem solchen Fall ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, einerseits die vorgeworfene Tat der tatsächlich anzuwendenden Strafe zu unterstellen und andererseits den Tatvorwurf entsprechend sprachlich zu präzisieren. Demgemäß sei der Spruch des gegenüber der Erstrevisionswerberin ergangenen Straferkenntnisses entsprechend abzuändern gewesen.

10 Es folgen Ausführungen des Verwaltungsgerichtes zum Ort des Vertragsabschlusses, zur anwendbaren Rechtslage, zum Verschulden und zur Strafbemessung.

11 Die Revision gegen dieses Erkenntnis beschränkt sich auf den die Erstrevisionswerberin betreffenden Spruchpunkt II. (und den damit zusammenhängenden Kosten- und Haftungsausspruch im Spruchpunkt IV.) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

12 Die belangte Behörde hat eine Revisionsbeantwortung erstattet und beantragt, der Revision keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

13 Als zulässig erachten die revisionswerbenden Parteien die Revision, weil das Verwaltungsgericht entgegen der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ausgegangen sei, der Ort des Wettabschlusses sei dort gelegen, wo das Wicket als Bestätigung des Vertragsabschlusses ausgedruckt worden sei. Nach den Feststellungen seien am Wettterminal Wettangebote der zweitrevisionswerbenden Partei abrufbar gewesen. Das Verwaltungsgericht habe keine Feststellungen getroffen, ob mittels Betätigung des Wettterminals ein Wettkunde ein Angebot zum Abschluss eines Wettvertrages annehmen oder abgeben habe können bzw. wie der Wettvertrag konkret zustande gekommen sei. Zudem brachten die revisionswerbenden Parteien vor, es sei bereits Verfolgungsverjährung eingetreten, weil der Tatvorwurf (Tat am 18. Februar 2016) durch den Spruch des angefochtenen Erkenntnisses vom 18. Juli 2017 geändert und dadurch die Tat ausgewechselt worden sei.

14 Die Revision ist zulässig und aus dem zuletzt vorgebrachten Argument auch berechtigt.

15 Die hier maßgebenden Bestimmungen des Gesetzes betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkwesens idF LGBI. Nr.26/2015 lauten:

"§ 1 (1) Die gewerbsmäßige Vermittlung und der gewerbsmäßige Abschluss von Wetten sowie die gewerbsmäßige Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden aus Anlass sportlicher Veranstaltungen ist nur mit Bewilligung der Landesregierung zulässig.

...

§ 2 (1) Wer ohne Bewilligung der Landesregierung Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen gewerbsmäßig abschließt oder vermittelt oder bei diesem Abschluss (dieser Vermittlung) mitwirkt, wer ohne Bewilligung der Landesregierung aus Anlass sportlicher Veranstaltungen Wettkundinnen und Wettkunden gewerbsmäßig vermittelt, ferner wer die ihm erteilte Bewilligung der Landesregierung überschreitet, begeht eine

Verwaltungsübertretung und ist - sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet - mit einer Geldstrafe bis 22.000 Euro und im Falle der Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen zu bestrafen.

(2) Weiters begeht eine Verwaltungsübertretung und ist - sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet - mit einer Geldstrafe bis 22.000 Euro und im Falle der Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen zu bestrafen, wer in einem zur Ausübung seiner oder ihrer Erwerbstätigkeit bestimmten allgemein zugänglichen Betriebsraum (Gast- und Schankgewerbelokalität, Vergnügungsunternehmung usw.) die gewerbsmäßige Vermittlung oder den gewerbsmäßigen Abschluss der im ersten Absatz bezeichneten Wetten oder die gewerbsmäßige Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden betreffend die im ersten Absatz bezeichneten Wetten erlaubt.

(3) Derselben Strafe unterliegt:

1. wer bei dem gewerbsmäßigen Abschluss oder der gewerbsmäßigen Vermittlung der im ersten Absatz angeführten Wetten mitwirkt;

2. wer bei der gewerbsmäßigen Vermittlung von

Wettkundinnen und Wettkunden betreffend der im ersten Absatz angeführten Wetten mitwirkt..."

16 Gemäß § 44a Z 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung zu lauten hat, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.

17 Nach der ständigen hg. Rechtsprechung zu der genannten Bestimmung hat die Umschreibung der Tat so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist; sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist. Ungenauigkeiten bei der Konkretisierung der Tat haben nur dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt wird. Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (VwGH 25.7.2014, Ra 2014/02/0034, mwN).

18 Sowohl in der Aufforderung zur Rechtfertigung als auch im Straferkenntnis warf die belangte Behörde der Erstrevisionswerberin die vorsätzliche Mitwirkung an einer bewilligungslosen gewerbsmäßigen Vermittlung von Wettkundinnen und Wettkunden durch J. G. an die zweitrevisionswerbende Partei vor, indem sich Letztere als Buchmacherin von J. G. Wettkundinnen und Wettkunden habe vermitteln lassen sowie zwei Wettterminals aufgestellt habe und unterstellte diesen Tatvorwurf § 2 Abs. 3 Z 2 GTBW-G.

19 Durch die Einstellung des Verfahrens gegen J. G. kommt eine Bestrafung der zweitrevisionswerbenden Partei wegen Mitwirkung an dessen bewilligungsloser Vermittlung von Wettkunden nicht mehr in Betracht. Das Verwaltungsgericht wirft der zweitrevisionswerbenden Partei im angefochtenen Erkenntnis nunmehr vor, dass die zweitrevisionswerbende Partei ohne Bewilligung der Wiener Landesregierung durch das Aufstellen und den Betrieb zweier Wettterminals gewerbsmäßig Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen abgeschlossen habe, wodurch die Erstrevisionswerberin § 2 Abs. 1 GTBW-G verletzt habe.

20 Sowohl der den jeweiligen Deliktstatbestand erfüllende Sachverhalt (bewilligungsloser Abschluss von Wetten anstelle von Mitwirkung an bewilligungsloser Vermittlung von Wettkunden) als auch die Verwaltungsvorschriften, die durch die Tat verletzt wurden (§ 2 Abs. 1 GTBW-G anstelle von § 2 Abs. 3 Z 2 GTBW-G), unterscheiden sich voneinander, sodass die Tat vom Verwaltungsgericht ausgewechselt worden ist. Anders als das Verwaltungsgericht und die belangte Behörde in der Revisionsbeantwortung meinen, sind im ersten Tatvorwurf nicht alle Tatbestandsmerkmale des zweiten Tatvorwurfes enthalten, weil der Erstrevisionswerberin zunächst nicht vorgehalten wurde, die zweitrevisionswerbende Partei schließe Wetten ohne Bewilligung ab, sondern sie wirke an einer bewilligungslosen Vermittlung mit.

21 Gemäß § 31 Abs. 1 VStG ist die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

22 Der nunmehr im angefochtenen Erkenntnis vom 18. Juli 2017 ausgetauschte Tatvorwurf ist im Hinblick auf den Tattag 18. Februar 2016 außerhalb der einjährigen Verjährungsfrist erhoben worden, weshalb sich die Bestrafung der Erstrevisionswerberin als rechtswidrig erweist.

23 Das angefochtenen Erkenntnis ist daher mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, weshalb es gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

24 Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

Wien, am 13. Dezember 2017