

TE Lvg Erkenntnis 2019/11/3 VGW-002/082/11800/2019, VGW-002/V/082/11802/2019

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.11.2019

Entscheidungsdatum

03.11.2019

Index

L70309 Buchmacher Totalisateur Wetten Wien

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

WettenG Wr 2016 §19 Abs2

WettenG Wr 2016 §19 Abs4

WettenG Wr 2016 §19 Abs8

WettenG Wr 2016 §24 Abs1

VStG §45 Abs1 Z1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

(Spruchpunkt I als gekürzte Ausfertigung

gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG)

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Trefil über die gemeinsame Beschwerde 1) des A. B. (Beschwerdeführer) und 2) der C. GmbH (Sitz in E., Landes- als Handelsgericht F., FN ... -beschwerdeführende GmbH), beide vertreten durch Rechtsanwälte, vom 26.8.2019, gegen das Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36, vom 29.7.2019, Zl. ..., wegen zwei Übertretungen des § 19 des Gesetzes über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten (Wiener Wettengesetz) - Wr. WettenG, LGBl. für Wien Nr. 26/2016, in Verbindung mit § 9 Abs. 2 VStG hinsichtlich des Beschwerdeführers sowie § 9 Abs. 7 VStG hinsichtlich der beschwerdeführenden GmbH, mit angelastetem Tatzeitpunkt am 15.2.2019 im Tankstellenshop in der D.-Straße in Wien, nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 28.10.2019,

zu Recht erkannt und verkündet:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde gegen das angefochtene Straferkenntnis insoweit Folge gegeben, als sie sich gegen dessen Spruchpunkt I richtet, dieser Spruchpunkt aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren zu dieser Tatlastung gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall VStG eingestellt.

II. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde gegen das angefochtene Straferkenntnis insoweit als unbegründet abgewiesen, als sie sich gegen dessen Spruchpunkt 2 richtet, und dieser Spruchpunkt mit der Maßgabe bestätigt, dass in der verbalen Umschreibung der Tatlastung die beiden Wortfolgen ", durch zumindest ein Wettterminal im Sinne des § 2 Z 8 Wiener Wettengesetz" und nachfolgend "mit Wettterminals" zu entfallen haben und im letzten Halbsatz der Relativsatz "in dem sich zumindest ein Wettterminal befindet" durch "in dem eine Tätigkeit als Wettunternehmerin ausgeübt wird" ersetzt wird, weiters die übertretene Verwaltungsvorschrift wie in der verbalen Tatlastung richtig verwiesen mit § 19 Abs. 4 in der im Tatzeitpunkt (unverändert bis heute) geltenden Fassung des LGBI. für Wien Nr. 40/2018 anzuführen ist und in der zitierten Strafsanktionsnorm der Verweis bei § 9 VStG auf Abs. 1 mit Abs. 2 sowie die genannte Fassung des Wr. WettenG auch hier mit LGBI. für Wien Nr. 40/2018 richtigzustellen sind.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 160 Euro zu leisten. Gemäß § 38 VwGVG in Verbindung mit § 9 Abs. 7 VStG haftet die beschwerdeführende GmbH für diesen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens.

III. Gemäß § 25a VwGG ist gegen dieses Erkenntnis eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

Einstellungsgründe der gekürzten Ausfertigung
(Spruchpunkt I)

Die angelastete Tatbegehung am 15.2.2019 entsprechend der Tatumschreibung in Spruchpunkt 1 des angefochtenen Straferkenntnisses erweist sich als unbegründet.

In rechtlicher Hinsicht stellt gemäß § 19 Abs. 2 Wr. WettenG in der Fassung des LGBI. für Wien Nr. 40/2018 die Tatlastung keine Verwaltungsübertretung dar. Gemäß dieser nach sechsmonatiger Übergangsfrist seit dem 7.1.2019 geltenden und auch im Tatzeitpunkt am 15.2.2019 in Kraft stehenden und damit maßgeblichen Fassung setzt das Tatbild des § 19 Abs. 2 Wr. WettenG nicht (mehr) nur die Verwendung eines Wettterminals voraus, damit der Zutritt zur Betriebsstätte nur volljährigen und nicht selbstgesperrten Personen ermöglicht wird, sondern auch, dass es sich um eine Betriebsstätte ohne ständige Aufsicht durch verantwortliche Personen der Wettunternehmerin handelt (§ 19 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit.).

Nach der Tatlastung des Spruchpunkts 1 des angefochtenen Straferkenntnisses umfasst der Tatvorwurf die Tätigkeit als Buchmacherin (wenn auch fälschlich durch den Betrieb zumindest eines Wettterminals), nicht jedoch auch das Fehlen einer ständigen Aufsicht (im Sinne der gesetzlichen Vorgaben). Erst die unterbliebene Einrichtung eines geeigneten Kontrollsystems (§ 19 Abs. 2 erster Satz Wr. WettenG), das eine ständige Aufsicht durch verantwortliche Personen der Wettunternehmerin zu umfassen hat (§ 19 Abs. 2 zweiter Satz Wr. WettenG), führt dazu, dass der Zutritt zur Betriebsstätte nur volljährigen und nicht selbstgesperrten Personen ermöglicht werden darf.

Eine Erweiterung des Tatvorwurfs um dieses Sachverhaltselement durch das Verwaltungsgericht ginge über den Inhalt des Spruchpunkts 1 des angefochtenen Straferkenntnisses und damit über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Beschwerdeverfahren hinaus und stellte keine Präzisierung des Tatvorwurfs mehr dar (VwGH 27.2.2019, Ra 2018/10/0194, Rz. 14 ff; VwGH 13.12.2018, Ra 2018/211/0200, Rz. 10; und VwGH 27.4.2018, Ra 2018/04/0091, Rz. 8 und 10; sowie - wenn auch anders als in diesem Beschwerdeverfahren - bei Fehlen einer sämtliche Tatbestandselemente umfassenden Verfolgungshandlung VwGH 5.12.2017, Ra 2017/02/0186, Rz. 20 ff; und VwGH 30.1.2019, Ra 2018/02/0286, Rz. 15).

Auf die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 2.4.2019 als taugliche Verfolgungshandlung mit dem dort noch zutreffend enthaltenen Tatvorwurf einer fehlenden ständigen Aufsicht (bei einer mit "Wettinfoterminals" ausgeübten wettunternehmerischen Tätigkeit im Tankstellenshop als Betriebsstätte) kommt es im Beschwerdeverfahren somit nicht an, weil der Beschwerdeführer mit Spruchpunkt 1 des angefochtenen Straferkenntnisses für dieses (von ihm zu verantwortende) Verhalten nicht bestraft worden war.

Entscheidungsgründe
(Spruchpunkt II)

I. Das Verwaltungsgericht Wien sieht folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Als erwiesener Sachverhalt wird die dem Beschwerdeführer mit dem Spruchpunkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses angelastete Tatbegehung am 15.2.2019 um 14:10 Uhr in der D.-Straße im ... Wiener Gemeindebezirk in einem "Tankstellenshop" mit der Maßgabe des Spruchpunkts II dieses Erkenntnisses wie folgt festgestellt (die zu

entfallenden bzw. ersetzenden Wortfolgen gemäß Spruchpunkt II dieses Erkenntnisses sind durch spitze Klammern hervorgehoben):

"Sie (Herrn A. B.) haben als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG 1991 der C. GmbH, FN: ..., zu verantworten, dass diese in der Betriebsstätte in Wien, D.-Straße, in der diese Gesellschaft die Tätigkeit als Wettunternehmerin, nämlich Buchmacherin< durch zumindest ein Wettterminal im Sinne des § 2 Z 8 WienerWettengesetz> ausübt, am 15.02.2019, um 14:10 Uhr, insofern die Verpflichtung des § 19 Abs. 4 leg.cit., wonach vor dem Eingang zu Räumen <mit Wettterminals> durch die Wettunternehmerin oder den Wettunternehmer oder die verantwortliche Person auf das Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche gut sichtbar und dauerhaft hinzuweisen ist, nicht eingehalten hat, als kein Hinweis auf das Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche vor dem Hauptaum, <in dem sich zumindest ein Wettterminal befindet>?<in dem eine Tätigkeit als Wettunternehmerin ausgeübt wird>, angebracht war."

Der Tankstellenshop ist eine behördlich angezeigte Betriebsstätte der beschwerdeführenden GmbH für ihre wettunternehmerische Tätigkeit als Buchmacherin entsprechend dem Bewilligungsbescheid vom 6.10.2006, ..., Tabelleneintrag Nr. 64. An diesem Standort ist während der Betriebszeiten kein eigenes Personal der beschwerdeführenden GmbH durchgehend anwesend, sondern das Tankstellenpersonal des Partners der beschwerdeführenden GmbH führt eigenständig die Betriebsstätte einschließlich des Sportwettgeschäfts. Die Mitarbeiter der beschwerdeführenden GmbH machen Kontrollen und Stichproben und suchen den Tankstellenshop dazu auf.

Im Tankstellenshop befanden sich drei Geräte für Wettvorgänge, die jedoch den Abschuss einer Sportwette nicht zuließen, sondern als Vorauswahlgeräte eine Hilfestellung bei der Suche und Auswahl einer Wette boten. Die Vorauswahl konnte am Kundenkonto abgespeichert werden. Die Geräte mit dieser software- und hardwareseitig eingeschränkten Funktionsweise (die Druckereinheit war deaktiviert) wurden daher auch als "Videoinfoterminals" oder "Ausfüll- bzw. Ausführhilfe" bezeichnet. Der Wettabschluss erfolgte aber erst beim Tankstellenpersonal an der Kassa.

Ein Wettkunde identifizierte sich zunächst am Gerät mit seiner Kundenkarte, die nunmehr ein aufgedrucktes Foto des Wettkunden enthält. Die Auswahl der gewünschten Sportwette(n) wurde am Kundenkonto gespeichert. Für den wirksamen Wettabschluss war die nochmalige Bestätigung bzw. Bekanntgabe des konkreten Wetteinsatzes an der Kassa der Tankstelle erforderlich. Der Wettkunde gab damit gegenüber dem Tankstellenmitarbeiter die verbindliche Erklärung zum Abschluss der Wette mit seinem Wetteinsatz unter Vorlage seiner Kundenkarte ab. Das Tankstellenpersonal verfügte über die entsprechende Hard- und Software zur Abfrage der Kundendaten samt der vorausgewählten und am Kundenkonto gespeicherten Wette(n). Für einen wirksamen Abschluss war somit das Einschreiten des Tankstellenmitarbeiters an der Kassa erforderlich, der den Wetteinsatz vom Wettkunden nochmals erfragte und an seinem Kassengerät eingab und bei einem von der beschwerdeführenden GmbH elektronisch angenommenen Wettabschluss den Wettschein ausdruckte und dem Wettkunden übergab.

An der Kassa des Tankstellenshops, an der auch alle anderen Leistungen wie Treibstoff, gekaufte Waren und andere konsumierte Leistungen zu bezahlen waren, wurden auch auszahlbare Gewinne an Wettkunden entsprechend dem Stand ihres Kundenkontos in bar herausgegeben, was immer wieder vorkam und sich in der überwiegenden Zahl der Fälle in einer Größenordnung von 100 bis 200 Euro bewegte.

Baulich war der Verkaufsraum des Tankstellenshops nicht in mehrere Räume unterteilt. Unmittelbar nach Betreten des Lokalinneren durch eine automatische Schiebetür gelangte man in einen großen Verkaufsraum. Die drei Geräte für Wettvorgänge der beschwerdeführenden GmbH waren im Inneren seitlich nahe der Tankstellenkassa aufgestellt, also nicht inmitten der Regale zentral im Verkaufsraum.

Der Tankstellenshop wurde durch eine vollverglaste Schiebetür betreten, an der im Tatzeitpunkt jeweils mehrere ähnliche Aufkleber angebracht waren (also nicht nur jene der beschwerdeführenden GmbH). Ein Hinweis, dass der Zutritt für Kinder und Jugendliche nicht gestattet ist, war im Tatzeitpunkt nicht angebracht, beispielsweise weder an der Schiebetür noch sonst an einer Stelle an der Eingangsfront. Statt dessen wurde ein Aufkleber mit dem graphischen Symbol in Form eines Piktogramms für Verbotsschilder mit der durchgestrichenen Zahl "18" und daneben der Hinweistext "Für Kinder und Jugendliche gilt ein absolutes Wettverbot" verwendet. Dieser Hinweis befand sich auf einem Aufkleber unterhalb der Angaben zur "Bewilligungsnehmerin" und zum "Gegenstand der Bewilligung", der mit gewerbsmäßigem Abschluss von Wetten angegeben war. Unter allen an der Eingangstür angebrachten Hinweisen

hatte er mit Abstand die kleinste graphische und textliche Aufmachung und war nur bei kurzem Innehalten und gezieltem Hinsehen gut zu sehen. Ein weiterer Hinweis, dass der Zutritt in den Tankstellenshop für Kinder und Jugendliche verboten wäre, war sonst nirgendwo angebracht, weder außerhalb noch innerhalb des Tankstellenshops.

Die beschwerdeführende GmbH verfügt über Hinweisaufkleber in der Art eines augenfälligen runden Aufklebers ebenso in der Form eines Piktogramms für Verbotschilder mit einem Durchmesser von ca. 20 cm. In dieser Größe ist anzunehmen, dass er nur mit erhöhtem (Zeit-)Aufwand entfernt werden können. Ein solcher Hinweis war an der Eingangsfront der Tankstelle oder im Inneren nicht (zusätzlich) angebracht und im Tatzeitpunkt an diesem Standort nicht in Verwendung.

Der Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen im Verkaufsraum, sei es alleine oder in Begleitung ihrer Eltern, war ohne Einschränkungen zulässig und häufig zu beobachten. Das Tankstellenpersonal war nicht angehalten, ihn zu unterbinden, insbesondere wenn Kinder oder Jugendliche an der Tankstelle Produkte einkaufen wollten oder gastronomische Leistungen in Anspruch nahmen. Mit Kindern und Jugendlichen und gesperrten Personen sollten lediglich keine Wetten abgeschlossen werden.

Durch den Beschwerdeführer oder die beschwerdeführende GmbH erfolgte keine nachvollziehbare Abklärung der Reichweite der Bestimmungen des Wr. WettenG über den Schutz von Kindern, Jugendlichen und gesperrten Personen, insbesondere unter dem Aspekt eines Zutrittsverbots zu Räumen mit einem wettunternehmerischen Angebot bzw. bei Ausüben der Tätigkeit als Buchmacherin im Verkaufsraum einer Tankstelle. Die sechsmonatige Übergangsfrist verstrich ungenutzt. Räumliche Unterteilungen mit entsprechenden Hinwiesen über Zutrittsverbote wurden nicht implementiert. Hinweisschilder orientierten sich offenbar an der vorgegebenen Nutzung bzw. der Art der Betriebsräume ("Wettverbot") und nicht an den gesetzlichen Vorgaben ("Zutrittsverbot"). Der Beschwerdeführer selbst war aufgrund der Änderungen der Rechtslage in Wien und der unterschiedlichen Regelungen in anderen Bundesländern über die genaue Textierung mit der Gestaltung des Hinweistextes nicht im Detail befasst. Durch welche Vorkehrungen ein leichtes und schnelles Entfernen bzw. ein sofortiges Ersetzen versehentlich oder mutwillig entfernter Aufkleber sichergestellt war, wurde nicht dargelegt.

Zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beschwerdeführers wurden keine Angaben gemacht, auf Sorgepflichten für ein minderjähriges Kind im gemeinsamen Haushalt aber hingewiesen (weitere - etwa eheliche - Sorgepflichten aber nicht erwähnt). Die belangte Behörde ging bei der Strafbemessung von keinen Erschwerungs- und keinen Milderungsgründen aus. Es wird - nunmehr - die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers im Tatzeitpunkt zu Grunde gelegt. Die Geldstrafe beträgt 800 Euro, die Ersatzfreiheitsstrafe im Nichteinbringungsfall wurde mit einem Tag und dreizehn Stunden festgesetzt.

II. Das Verwaltungsgericht Wien hat sich bei der Beweiswürdigung von folgenden Erwägungen leiten lassen:

Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich beweiswürdigend auf den in der Verhandlung erörterten Akteninhalt unter Würdigung der Angaben des Beschwerdeführers und der Zeugen zum Kontrollvorgang im angelasteten Tatzeitpunkt sowie der umfassenden Fotodokumentation. Ein Hinweis mit einem Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche beim Eingang zum Verkaufsraum des Tankstellenshops ist auf den Fotos nicht ersichtlich. Keiner der Zeugen hat einen solchen Hinweis wahrgenommen. Das angebrachte Wettverbot wurde als sehr klein beschrieben und auch von einem Tankstellenmitarbeiter übersehen, der sich ein aussagekräftiges Hinweisschild erwartet hätten (Verhandlungsprotokoll vom 28.10.2019, Frage 18, Frage 19 und Frage 20 über Vorhalt der Fotos vom Eingangsbereich durch den Verhandlungsleiter an den Zeugen G. H.).

Dass ein solcher Hinweis unsachgemäß kurzfristig entfernt worden wäre, worauf der Beschwerdeführer mit dem Vergleich zu "heruntergekratzten" Seriennummern an Geräten der beschwerdeführenden GmbH hinaus wollte (Verhandlungsprotokoll vom 28.10.2019, Frage 28), erscheint bei einer Tankstelle mit Videoüberwachung und durchgehenden Öffnungszeiten (auch an Sonn- und Feiertagen) nicht realistisch, zumal nach den gesetzlichen Vorgaben auf eine "dauerhafte" Anbringung solcher Hinweise zu achten ist und ihre versehentliche oder mutwillige Entfernung mit einem "Handgriff" durch eine entsprechende Beschaffenheit der Aufkleber gerade nicht möglich sein sollte.

III. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

III.1. Rechtlicher Rahmen

Im Tatzeitpunkt am 15.2.2019 war das Wr. WettenG in der Fassung der am 17.12.2018 kundgemachten Novelle des LGBI. für Wien Nr. 71/2018 in Kraft.

§ 19 Abs. 3 Wr. WettenG lautete in seiner bis 6.1.2019 in Kraft stehenden Stammfassung wie folgt:

"(3) Vor dem Eingang zu Räumen mit Wettterminals ist durch die Wettunternehmerin oder den Wettunternehmer oder die verantwortliche Person auf das Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche gut sichtbar und dauerhaft hinzuweisen."

Durch die Novelle des Wr. WettenG durch das LGBI. für WienNr. 40/2018 wurde § 19 novelliert, Abs. 3 in den Abs. 4 verschoben und die oben hervorgehobene Wortfolge "mit Wettterminals" durch den Relativsatz "in denen eine Tätigkeit als Wettunternehmerin oder Wettunternehmer ausgeübt wird" ersetzt. Der vollständige geänderte Wortlaut des Abs. 4 trat gemäß § 30 Abs. 4 Wr. WettenG nach einer sechsmonatigen Übergangsfrist gemeinsam mit der ganzen Bestimmung am 7.1.2019 in Kraft und lautet wie folgt (die Änderungen sind hervorgehoben):

"(4) Vor dem Eingang zu Räumen, in denen eine Tätigkeit als Wettunternehmerin oder Wettunternehmer ausgeübt wird, ist durch die Wettunternehmerin oder den Wettunternehmer oder die verantwortliche Person auf das Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche gut sichtbar und dauerhaft hinzuweisen."

Gemäß § 24 Abs. 1 Wr. WettenG (insoweit hinsichtlich der Strafdrohung seit der Stammfassung unverändert) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist - sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet - von der Behörde mit einer Geldstrafe bis 22.000 Euro und im Falle der Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 6 Wochen zu bestrafen, wer als Wettunternehmerin oder Wettunternehmer die Verpflichtungen gemäß § 19 Abs. 1 bis 4 Wr. WettenG nicht einhält (Z 12 in der Stammfassung), wobei durch LGBI. für Wien Nr. 40/2018 der Verweis auf "Abs. 1 bis 4" entfiel, sodass (bereits) seit dem 7.7.2018 auf § 19 Wr. WettenG als Ganzes verwiesen wird.

III.2. Rechtliche Vorbemerkungen zu den Übergangsbestimmungen

Gemäß § 27 Abs. 1 zweiter Satz Wr. WettenG gelten Berechtigungen nach (zusammengefasst bestimmten) früheren gesetzlichen Bestimmungen als Bewilligungen im Sinne des Wr. WettenG. Eine sechsmonatige (Abs. 2 und 3 leg. cit.) und eine einjährige (Abs. 4 leg. cit.) Übergangsfrist gewährt einen Zeitraum für die Umsetzung bestimmter Verpflichtungen bei der zulässigen weiteren Ausübung der wettunternehmerischen Tätigkeit längstens bis zum Ablauf des 31.12.2020. Ausgehend von der längeren Frist sind "spätestens innerhalb von einem Jahr nach Inkrafttreten" des Wr. WettenG sämtliche Bestimmungen des Wr. WettenG auf alle (früheren Berechtigungen und neuen) Bewilligungen anzuwenden, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Wr. WettenG am 14.5.2016 spätestens während der Öffnungszeiten am 14.5.2017 (arg. "innerhalb") als letzten Tag der Jahresfrist. Der Gesetzeswortlaut ist insoweit völlig unmissverständlich, sodass es schon deshalb auf die - im Übrigen keinen anderen Regelungsinhalt oder -zweck nahelegenden - Gesetzeserläuterungen gar nicht ankommt.

Im hier angelasteten Tatzeitpunkt am 15.2.2019 war das Wr. WettenG auf die Tätigkeit der beschwerdeführenden GmbH als Buchmacherin daher vollständig anwendbar, und zwar insbesondere auch § 19 Wr. WettenG, zuletzt in der nach Ablauf einer sechsmonatigen Übergangsfrist im Tatzeitpunkt geltenden Fassung des LGBI. für Wien Nr. 40/2018.

III.3. Rechtliche Vorbemerkungen zur Betriebsstätteneigenschaft

Bei diesem Tankstellenshop lag unstrittig eine angezeigte Betriebsstätte der beschwerdeführenden GmbH für ihre wettunternehmerische Tätigkeit als Buchmacherin vor. Ob diese Betriebsstätte als aufgelöst angesehen oder angezeigt werden könnte, weil (offenbar im Regelfall) der Vertragsschluss am Sitz der beschwerdeführenden GmbH (durch "Realannahme") erfolgt und im Sinne des § 2 Z 7 Wr. WettenG in den angezeigten und auf den Wettscheinen angegebenen Betriebsstätten selbst keine Wetten "abgeschlossen" werden (und welche Rechtsfolgen sich daraus für die Tankstellenpächter bzw. -betreiber des jeweiligen Standorts ergeben - VwGH 24.10.2016, Ra 2016/02/0189, Rz. 23; sowie auch VwGH 24.6.2019, Ra 2018/02/0049, Rz. 8 f), ist somit rechtlich nicht von Bedeutung (zum Betriebsstättenerfordernis ErläutRV BlgLT 3/2016, Allgemeiner Teil, Seite 1, wonach der "gewerbsmäßige Abschluss und die gewerbsmäßige Vermittlung von Wetten, Wettkundinnen oder Wettkunden ... nur in ortsfesten Betriebsstätten erfolgen" dürfen).

Der Abschluss von Wetten (§ 2 Z 1 in Verbindung mit Z 6 Wr. WettenG) ist nach den gesetzlichen Definitionen (lediglich) das kennzeichnende Merkmal der Tätigkeit einer Buchmacherin. Das Wr. WettenG stellt dabei durchgehend auf Gewerbsmäßigkeit ab (§ 1 sowie § 2 Z 1 und 7 leg. cit.). Wettunternehmer ist, wer die Buchmachertätigkeit

gewerbsmäßig ausübt (§ 2 Z 4 leg. cit.). Somit ist bereits das Anbieten einer wettunternehmerischen Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung der Tätigkeit gleichzuhalten (VwGH 27.7.2017, 2017/02/0084, Rz. 18, mit Verweis auf die heranzuhaltende bundesgesetzliche Definition des § 1 GewO 1994). Auf die Erfolgswirksamkeit (den tatsächlichen Abschluss einer angebotenen Wette) bzw. generell auf den (zivilrechtlichen) Ort des Vertragsschlusses kommt es dabei nicht an. Vertragsinhalt einer Buchmacherwette ist aber auch die Herausgabe eines Wettgewinns, was unstrittig an diesem Standort möglich war und immer wieder erfolgte.

Im vorliegenden Fall war der Tankstellenshop so ausgestattet, dass Wetten (in der Regel nach einer Vorauswahl an den aufgestellten Geräten der beschwerdeführenden GmbH) bei einem Mitarbeiter vor Ort an der Tankstellenkassa (unter Verwendung eigens dafür vorgesehener Hardware der beschwerdeführenden GmbH) abgeschlossen werden mussten. Zur Bestätigung händigte der Tankstellenmitarbeiter dem Wettkunden Belege und Wettscheine aus. Auszahlbare Wettgewinne konnten an der Kassa in bar herausgegeben werden. Wettabschlüsse und die Erbringung damit einhergehender Leistungen erfolgten somit auch unmittelbar im Tankstellenshop, also unter Anwesenden, mögen die allgemeinen Wettbestimmungen der beschwerdeführenden GmbH als Ort des Vertragsschlusses selbst für den Abschluss von Wetten an der Kassa den Sitz der Buchmacherin vertraglich vorgesehen haben (VwGH 13.4.2016, Ra 2016/02/0053, Rz. 14).

Bei dieser Sachlage erfolgt somit der Wettabschluss nicht schon unmittelbar am Gerät, mit dem die Sportwette lediglich aus dem über das Internet aktualisierten Angebot der beschwerdeführenden GmbH lediglich ausgewählt wird. Es ist ein Abschluss beim Tankstellenpersonal erforderlich. Die vertragliche Regelung der beschwerdeführenden GmbH in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Realannahme (Punkt 6 der Wettbestimmungen), die sich offenbar an § 864 Abs. 1 ABGB orientiert ("Ist eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nach der Natur des Geschäfts oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten, so kommt der Vertrag zustande, wenn dem Antrag innerhalb der hierfür bestimmten oder den Umständen angemessenen Frist tatsächlich entsprochen worden ist."), findet daher in diesen Fällen des Vertragsschlusses unter Anwesenden keine Anwendung. Worin das tatsächliche Entsprechen (also ob nicht empfangsbedürftige Willensbeteiligung, ohne eine ausdrückliche oder schlüssige Willenserklärung zu sein) der Buchmacherin für den gültigen Wettabschluss liegt, ist nicht festgelegt (offenbar bewirkt dies die interne Speicherung im System der Buchmacherin). § 20 Wr. WettenG enthält eine zwingende gesetzliche Regelung über die Ausstellung und Ausfolgung eines Wettscheins und steht einem Vertragsschluss allein durch faktisches Entsprechen ohne die vorgegebene Abgabe einer schriftlichen Annahmeerklärung gegenüber. Wettkunden in Form eines Wettscheins mit einem bestimmten Mindestinhalt entgegen. Vom Zeitpunkt des (tatsächlichen) Vertragsschlusses zu unterscheiden ist schließlich jener (insbesondere bei zulässigen Livewetten kritischere) Umstand, welcher Zeitpunkt für die konkreten Bedingungen der abgeschlossenen Sportwette maßgeblich ist (insbesondere der abgegebenen Vorhersage über den Ausgang des sportlichen Ereignisses und die dafür angebotene Quote).

III.4. Kein Hinweis auf das Zutrittsverbot

Im Tatzeitpunkt wurde vor dem Eingang zu diesem Tankstellenshop, in dem die beschwerdeführende GmbH die Tätigkeit als Wettunternehmerin in Form einer Buchmacherin ausgeübt hat, auf das Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche nicht hingewiesen. Ein gut sichtbarer und dauerhafter Hinweis war an der jeweiligen Schiebetüre oder an der dafür in erster Linie in Betracht kommenden Eingangsfront des Tankstellenshops nicht angebracht. Der angebrachte Hinweis auf ein "absolutes Wettverbot" für Kinder und Jugendliche entspricht inhaltlich nicht den gesetzlichen Vorgaben. Er war gemessen an den anderen Hinweisen und Angaben auch deutlich kleiner und nur bei gezielter Suche wahrzunehmen, sodass ungeachtet dessen diesem Hinweis keine gute Sichtbarkeit für die Zwecke des § 19 Abs. 4 Wr. WettenG beigegeben werden kann. Inwieweit der Beschwerdeführer der Verpflichtung zu einer dauerhaften Anbringung gerecht geworden ist, hat er nicht dargelegt, obwohl das Entfernen von relevanten Hinweisen und Daten offenbar vorgekommen ist bzw. bekannt war.

Die für Tabaktrafiken gedachte Ausnahmeregelung gemäß § 19 Abs. 8 Wr. WettenG kommt für Tankstellen nicht in Betracht. Der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen mag hier zulässigerweise stattfinden, allerdings stützt sich diese Befugnis nicht auf die Eigenschaft einer Tankstelle als Tabaktrafik, sondern auf den in vielen Tankstellenshops integrierten Gastgewerbebetrieb, für den der Wortlaut des § 19 Abs. 8 Wr. WettenG ausdrücklich eine Ausnahme vorsieht und von der Hinweispflicht nicht entbindet (arg. "ausgenommen in Gaststätten"; vgl. dazu ErläutRV BlgLT 7/2018 zu § 19 Abs. 8, Seite 13 f.).

Schließlich ist darauf einzugehen, "ob (allenfalls auch) die Strafbarkeit im Hinblick auf die Unterlassung des Hinweises auf das Zutrittsverbot (vgl. § 19 Abs. 3 Wr. WettenG, LGBI. 26/2016, und § 19 Abs. 4 Wr. WettenG idF LGBI. 40/2018) vor dem Hintergrund des geänderten § 19 Abs. 2 Wr. WettenG idF LGBI. 40/2018 - welcher ein Zutrittsverbot nur mehr für 'Betriebsstätten ohne ständige Aufsicht durch verantwortliche Personen der Wettunternehmerin' und andernfalls ein Aufenthaltsverbot vorsieht - im Hinblick auf Betriebsstätten mit ständiger Aufsicht durch verantwortliche Personen entfallen ist und ob eine solche Konstellation im vorliegenden Fall gegeben ist" (VfGH 24.9.2019, E 2833/2019, Rz. 36; und ebenso schon VfGH 14.6.2019, E 1610/2019, Rz. 36).

Nach der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts Wien bezieht sich die Hinweispflicht auf "das Zutrittsverbot" für Kinder und Jugendliche (wie bereits gemäß § 19 Abs. 3 Wr. WettenG in der Stammfassung bzw. gemäß § 19 Abs. 4 Wr. WettenG in der hier maßgeblichen novellierten Fassung) gleichermaßen auf jeden (Raum-)Eingang, ohne dass es darauf ankommt, wie die Kontrolle der "Aufenthalts- bzw. Zutrittsbeschränkungen" (ErläutRV BlgLT 7/2018 zu § 19, Seite 13) im Sinne des § 19 Abs. 2 leg. cit. in der novellierten Fassung vom Wettunternehmer konkret umgesetzt wird. Der Wortlaut des § 19 Abs. 4 Wr. WettenG sieht keine Unterscheidung vor und wurde in diesem Punkt seit der Stammfassung nicht geändert. Die Hinweispflicht hat demnach auf den zu unterlassenden Zutritt durch Kinder und Jugendliche im Allgemeinen aufmerksam zu machen. In Betriebsstätten mitständiger Aufsicht wird die Einhaltung dieses Zutrittsverbots vom Äußeren ins Innere der Betriebsstätte verlagert und ein (wenn auch gesetzlich unerwünschter) Zutritt bei wirksamer Aufsicht (vgl. § 19 Abs. 9 leg. cit.) in Kauf genommen. Dieser Aufenthalt erlaubt jedoch nur eine zeitlich ganz "kurzfristige Anwesenheit in der Betriebsstätte nach Betreten bis zur unmittelbar zu erfolgenden Entfernung" und stellt die Kehrseite dessen dar (vgl. § 19 Abs. 2 erster Satz leg. cit.), dass letztlich auch in den "Räumen einer Betriebsstätte mit ständiger Aufsicht ... der Aufenthalt nur volljährigen Personen gestattet ist und 'die minderjährige Person in keiner Form an Wetttätigkeiten teilnehmen (weder zusehen noch selbst wetten) darf' (ErläutRV BlgLT 7/2018 zu § 19, Seite 13).

Die Hinweispflicht in § 19 Abs. 4 Wr. WettenG wurde zuletzt auf jede wettunternehmerische Tätigkeit erweitert und hängt nicht mehr von der Verwendung eines Wettterminals in (den kennzeichnungspflichten Räumen) der Betriebsstätte ab. Der Anknüpfungspunkt der Hinweispflicht unterscheidet sich somit von der ständigen Aufsicht dahingehend, dass sich der Hinweis auf das Zutrittsverbot auf Räumen bezieht, hingegen von der Einrichtung einer ständigen Aufsicht der Zutritt zur Betriebsstätte als Ganzes abhängt. Nur wenn keine räumliche Trennung zwischen dem Raum, in dem eine wettunternehmerische Tätigkeit ausgeübt wird, und dem Tankstellen- oder Gastgewerbebetrieb besteht, haben diese Regelungen einen deckungsgleichen Anwendungsbereich.

Von der Einrichtung einer ständige Aufsicht hängt es also nicht ab, ob Betriebsstätten (ohne räumliche Unterteilung) oder Räume (innerhalb einer Betriebsstätte), in denen (jeweils) eine wettunternehmerische Tätigkeit ausgeübt wird, mit einem Zutrittsverbot für Kinder und Jugendliche zu kennzeichnen sind.

Das dem Beschwerdeführer angelastete Tatbild des § 19 Abs. 4 Wr. WettenG war im Tatzeitpunkt somit erfüllt.

Die eingewendete Tatlastung einer weiteren Übertretung des § 19 Wr. WettenG zu einem zehn Tage später liegenden Tatzeitpunkt am 25.2.2019 durch die belagte Behörde schließt die Bestrafung in diesem Verfahren nicht aus. Aspekte eines Dauerdelikts oder einer tatbestandlichen Handlungseinheit über einen zehntägigen Zeitraum offenbar beginnend mit der hier erfolgte Bestrafung der Übertretung einer Hinweispflicht am 15.2.2019 zu einem Raum mit innenliegender wettunternehmerischer Tätigkeit sind in diesem Verfahren nicht relevant. Eine Ausweitung des Tatzeitraums ist jedenfalls unzulässig.

III.5. Strafbemessung

Die Tatbegehung ist dem Beschwerdeführer als verantwortlichem Beauftragten auchsubjektiv vorwerfbar. Fehlendes Verschulden konnte er nicht nachweisen. Das Fehlen eines Hinweises auf das Zutrittsverbot zum Verkaufsraum mit wettunternehmersicher Tätigkeit für Kinder und Jugendliche an einer Tankstelle, die von diesem Personenkreis (mit oder ohne Begleitung ihrer Eltern) frequentiert wird, scheint aus Praktikabilitätserwägungen bewusst in Kauf genommen worden zu sein. Vom Beschwerdeführer wurden keine erkennbaren konkreten Maßnahmen gesetzt, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden, was ihm nicht nur als geringes Verschulden zur Last gelegt werden kann.

Für die Strafbemessung ist maßgeblich, dass das öffentliche Anliegen einer geordneten wettunternehmerischen Tätigkeit einen hohen Stellenwert einnimmt. Konkret geht es ein zentrales öffentliches Anliegen des Kinder- und

Jugendschutzes. Anders als die belangte Behörde wird zwar nunmehr die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers im Tatzeitpunkt als Milderungsgrund berücksichtigt. Es werden unverändert keine Erschwerungsgründe und (nicht konkretisierte und somit) durchschnittliche Einkommensverhältnisse mit bestehenden familiären Sorgepflichten für Haushaltsangehörige angenommen. Eine Straferabsetzung kommt bei dieser Sachlage aber auch unter der Annahme des Milderungsgrunds der Unbescholtenheit des Beschwerdeführers nicht in Betracht. Die festgesetzte Strafhöhe (unter 4% des Strafrahmens) trägt der Bedeutung der geschützten Rechtsgüter sachgerecht Rechnung und ist somit schuld- und tatangemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe steht im Verhältnis zur Geldstrafe

III.6. Ergebnis

Die gemeinsame Beschwerde ist daher gegen den Spruchpunkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses nicht erfolgreich und als unbegründet abzuweisen. Bei den Änderungen im Spruch handelt es sich um den Entfall nicht relevanter Sachverhaltselemente bzw. um Richtigstellungen bei der Tatanlastung.

Der dem Bestraften vorzuschreibende Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens gründet sich auf § 52 Abs. 1 VwGVG und ist nach Abs. 2 leg. cit. mit 20% der in jedem Spruchpunkt verhängten Geldstrafe zu bemessen. Die Solidarhaftung der beschwerdeführenden GmbH (VwGH 22.5.2019, Ra 2018/04/0074, Rz. 9) auch für den Verfahrenskostenbeitrag im Beschwerdeverfahren ergibt sich aus § 38 VwGVG in Verbindung mit § 9 Abs. 7 VStG.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil im Hinblick auf den (trennbaren) Spruchpunkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses zur Hinweispflicht auf das Zutrittsverbot und damit (implizit) zu § 19 Abs. 2 Wr. WettenG und damit wiederum zusammenhängend zu dessen hier im Vordergrund sehenden § 19 Abs. 4 Wr. WettenG (vgl. auch VfGH 14.6.2019, E 1610/2019, Rz. 36) sowie zu den Merkmalen für das Vorliegen einer Betriebsstätte einer Wettunternehmerin im Sinne des § 2 Z 7 Wr. WettenG wie in der vorliegenden Konstellation (unter Berücksichtigung des vertraglich geregelten Orts des Wettabschlusses) keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt.

Hinweis

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat im Hinblick auf die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens durch den Spruchpunkt I der am 28.10.2019 verkündeten Entscheidung lediglich eine schriftliche Ausfertigung gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG zum verkündeten Spruchpunkt II beantragt, die belangte Behörde mit E-Mail vom 29.10.2019 auf eine schriftliche Ausfertigung der verkündeten Entscheidung zu beiden Spruchpunkten verzichtet. Daher kann die verkündete Entscheidung hinsichtlich Spruchpunkt I gekürzt ausgefertigt werden (§ 29 Abs. 5 VwGVG). Gegen die gekürzte Ausfertigung ist weder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof (§ 82 Abs. 3b VfGG) noch eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof (§ 25a Abs. 4a VwGG) zulässig.

Schlagworte

Wettunternehmerin; Abschluss von Wetten; Wettterminal; Tankstellenshop; Betriebsstätte; Hinweispflicht; Zutrittsverbot; Kennzeichnungspflicht

Anmerkung

VfGH v. 26.2.2020, E 4571/2019; Ablehnung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2019:VGW.002.082.11800.2019

Zuletzt aktualisiert am

30.03.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>