OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-800281/5/BMa/TK

Datum:
Linz, 28. August 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des S L, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 20.07.2017, GZ: Ge96-27-2017, betreffend Verwaltungsübertretung nach der GewO 1994, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird abgewiesen.

II. Der Bf hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 200 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.
1.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 20.07.2017, GZ: Ge96-27-2017, wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) aufgrund seiner Stellung als satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der V s.r.o. mit Sitz in x, x, P, wegen eines Verstoßes gegen die Gewerbeordnung 1994 (GewO) mit einer Geldstrafe von 1.000 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit des Strafbetrags mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen bestraft.

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundliche Vertreter des Bf rechtzeitig Beschwerde eingebracht, die dem LVwG Oö. gemeinsam mit dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt wurde.

2. Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das LVwG Oö. durch Einzelrichterin. Das LVwG Oö. hat Einsicht genommen in den vorgelegten Behördenakt sowie in die Beschwerde und am 16.07.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Vertreter der belangten Behörde gekommen ist. Mit Mail vom 16.07.2018 wurde vom Rechtsvertreter des Bf mitgeteilt, dass von Seiten des Bf die Verhandlung unbesucht bleiben wird und er hat ein ergänzendes Vorbringen erstattet, das sich vor allem mit der Frage der Unionskonformität von Glücksspielen auseinandersetzt.

3. Das LVwG Oö. hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Die V s.r.o. ist in dem vom Stadtgericht in P geführten Handelsregister unter der Einlagezahl x, x, mit Standort x, x, P, mit der Rechtsform Gesellschaft mit beschränkter Haftung und dem Geschäftszweig „Herstellung, Handel und Dienstleistungen, die nicht in den Beilagen 1 bis 3 des Gewerbegesetzes aufgelistet sind“ eingetragen. Als Geschäftsführer war S L angeführt.
Im Standort R, x, übte die V s.r.o. von 11.05.2017 bis 23.11.2017 das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Cafes, aus. Eine Gewerbeanmeldung bei der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis durch die V s.r.o. war nicht erfolgt und es lag auch keine Eintragung im Gewerbeinformationssystem Austria vor.
Mit Eingabe vom 20.06.2017 wurde von der V s.r.o. beim Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft die Anzeige über die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen für den Standort R, x, erstattet. Als Betriebsanschrift wurde „x, S“ angeführt. Mit Schreiben vom 04.07.2017 wurde vom Bundesministerium der V s.r.o. mitgeteilt, dass die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen in Österreich gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 zur Voraussetzung hätte, dass der Dienstleistungserbringer in einem

anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR rechtmäßig zur Ausübung des betreffenden Gewerbes niedergelassen sei.
Eine Mitteilung des Ministeriums über die Zulässigkeit der Ausübung des Gastgewerbes im angeführten Standort war nicht erfolgt und im Dienstleisterregister des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft war auch kein Eintrag betreffend die V s.r.o. bezüglich einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung ersichtlich.
Von dieser Gesellschaft wurde auch kein Nachweis über die befugte Ausübung des Gastgewerbes durch die V s.r.o. in T vorgelegt.
Am 08.06.2017 erfolgte eine Überprüfung des Cafes durch die belangte Behörde und es wurde im Zuge dieser Überprüfung die Schließung des gegenständlichen Betriebes auf der Grundlage des § 360 Abs. 3 GewO 1994 verfügt. Hierüber wurde binnen eines Monats von der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis ein Bescheid erlassen. Eine weitere behördliche Überprüfung des Lokals erfolgte am 23.11.2017. Im Zuge dieser Überprüfung wurde die Ausübung des Gastgewerbes festgestellt.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem Behördenakt und dem beigeschafften Akt LVwG-850857/8/Bm/AK, insbesondere aus dem im vorerwähnten Verfahren ergangenen Erkenntnis vom 12.01.2018 und der am 16.07.2018 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt. In dieser Verhandlung wurde der anwesende Behördenvertreter zum Sachverhalt befragt. Hinsichtlich der bereits im Verfahren LVwG-850857 getroffenen Feststellungen, die dort verfahrensgegenständlich waren, haben sich keine Neuerungen ergeben. Demnach wurde die Ausübung des Gastgewerbes im Standort R, x, nicht bestritten. Auch wurde nicht in Abrede gestellt, dass bei der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis eine Gastgewerbeanmeldung durch die V s.r.o. nicht erfolgt war. Eine Anzeige über die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen war zwar an das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft erfolgt, diese wurde vom Bundesministerium aber nicht zur Kenntnis genommen (Schreiben des BMWFW vom 04. 07. 2017).
Vom Rechtsvertreter der Bf wurde die Vorlage eines Nachweises über die befugte Ausübung des Gastgewerbes durch die Bf in T angekündigt, jedoch ist eine solche Vorlage nicht erfolgt.

Auch im nun gegenständlichen Verfahren wurden vom Bf keine Beweise angeboten, die dargetan hätten, dass die V s.r.o. im Zeitraum vom 11.05.2017 bis 08.06.2017 im Standort R, x, in dem als „x“ bezeichneten Wettlokal das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Cafes (Wettcafes) auf der Grundlage einer Gewerbeberechtigung ausgeübt hätte. Die der Bescheidbeschwerde vom 24.07.2017 angeschlossene Anzeige, über die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen in Österreich, an das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, datiert mit 08.06.2017, dem letzten Tag der vorgeworfenen

Tatzeit, sodass sich bereits aus der Beschwerde selbst ergibt, dass für den angegebenen Tatzeitraum eine entsprechende Anzeige an das Ministerium gemäß § 373a GewO 1994 nicht erfolgt war und keine Mitteilung des Ministeriums, ob gegen die Ausübung der Tätigkeit ein Einwand bestehe, für den Tatzeitraum erfolgt war.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Folgende Rechtsvorschriften sind maßgeblich:

§ 366 Abs. 1 GewO:
Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben; .....

§ 339 GewO:
(1) Wer ein Gewerbe ausüben will, hat die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

(2) Die Anmeldung hat die genaue Bezeichnung des Gewerbes und des für die Ausübung in Aussicht genommenen Standortes zu enthalten. .....

§ 373a GewO:
(1) Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, dürfen diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich,

1. wenn die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Art. 3 lit. e der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt oder

2. wenn die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Z 1 reglementiert ist, der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit aber mindestens ein Jahr während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit zu verbieten, wenn die vorgenannten Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung nicht erfüllt

sind oder wenn einer der im § 87 Abs. 1 angeführten Entziehungsgründe oder der im § 85 Z 2 angeführte Endigungsgrund oder der Entziehungsgrund des § 135 Abs. 5 auf den Dienstleistungserbringer zutrifft. Wurde eine vorgeschriebene Meldung nach diesem Bundesgesetz nicht erstattet oder gegen die Informationspflichten gemäß Abs. 8 verstoßen, kann der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Ausübung für eine dem Grunde des Verbotes angemessene Dauer untersagen. Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen dieses Absatzes sind gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 zu bestrafen.

(2) Der Dienstleister hat bei der Ausübung der den Gegenstand seiner Dienstleistung bildenden Tätigkeit die Ausübungsvorschriften nach diesem Bundesgesetz und den nach diesem Bundesgesetz erlassenen Verordnungen zu beachten. Zuwiderhandlungen gegen dieses Gebot sind nach den §§ 367 und 368 zu ahnden.

(3) Die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 gelten auch für Gesellschaften im Sinne des Art. 34 des EWR-Abkommens, die nach den Rechtsvorschriften einer EWR-Vertragspartei gegründet wurden und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat haben. Wenn die genannten Gesellschaften lediglich ihren satzungsgemäßen Sitz in einem EWR-Vertragsstaat haben, muss ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines EWR-Vertragsstaates stehen.

(4) Hat die grenzüberschreitende Tätigkeit ein im § 94 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren. Diese Anzeige ist einmal jährlich zu erneuern, wenn der Dienstleister beabsichtigt, während des betreffenden Jahres vorübergehend oder gelegentlich Dienstleistungen zu erbringen. .....

3.3.2. Das von der Bf ausgeübte Gastgewerbe ist ein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 26 GewO mit Sitz in T, also einem EWR-Staat. Da eine Anzeige an den Bundesminister für den vorgeworfenen Tatzeitraum nicht erfolgt war, war die von der V s.r.o., (deren gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der Bf war) ausgeübte Tätigkeit, nämlich die regelmäßige und mit Ertragsabsicht sowie selbständig durchgeführte gastgewerbliche Tätigkeit die im Ausschank von Getränken bestand, unbefugt. Aber auch eine Anmeldung gemäß § 339 GewO 1994 bei der zuständigen Bezirkshauptmannschaft wurde nicht erstattet. Der Bf hat damit das Tatbild gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO, nämlich die unbefugte Gewerbeausübung, erfüllt.

3.3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte (Abs. 2 leg. cit).

Die belangte Behörde hat zutreffend ausgeführt, der Bf habe keinen Umstand glaubhaft gemacht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Es ist damit von einem zumindest fahrlässigen Verhalten des Bf auszugehen.

3.3.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde, in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).
§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Der Bf hat nichts gegen die von der belangten Behörde angenommenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die angeführten Straferschwerungs- und Milderungsgründe vorgebracht. Diese werden daher auch dem Erkenntnis des LVwG Oö. zugrunde gelegt. Die Höhe der von der belangten Behörde verhängten Strafe war zu bestätigen, weil deren Festsetzung im Rahmen des behördlichen Ermessens, unter Berücksichtigung des festgestellten Sachverhalts, erfolgte. Die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro hatte aus spezialpräventiven Gründen zu erfolgen, um den Bf künftig von gleichartigen Übertretungen abzuhalten und ist auch aus generalpräventiven Gründen erforderlich.

Zu II. Zumal der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Strafe vorzuschreiben.

Zu III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Ausübung von Gastgewerben ohne entsprechende Genehmigung nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann