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-413667/8/FP

Datum:
Linz, 22. Dezember 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M B, geb. x, G x, x N, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt, D x, x W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 26. November 2019, GZ: BHBR/919040037567/19, wegen einer Übertretung des Oö. Wettgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Dezember 2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 400 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem im Rubrum bezeichneten Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau (in der Folge: belangte Behörde) wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Strafe von 2.000 Euro (34 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt und ihm angelastet, er habe am 18. Dezember 2018, an einem bestimmten Ort ein Wettunternehmen an einer Wettannahmestelle ohne Bewilligung betrieben.

I.2. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 23. Dezember 2019 erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in der er auf das Wesentliche zusammengefasst darlegte, dass die x GmbH, deren Geschäftsführer der Bf ist, im Entscheidungszeitpunkt des Landesverwaltungsgerichtes über eine aufrechte Bewilligung verfüge, und es darauf ankäme. Die Gesellschaft habe am 8. November 2018 einen diesbezüglichen Antrag gestellt und für den Zeitraum von 27. Dezember 2018 bis zum 30. November 2020 eine Bewilligung erhalten. Aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ergebe sich, dass der Bf keine Verwaltungsübertretung begangen habe, zumal sowohl im Entscheidungszeitpunkt des Landesverwaltungsgerichtes als auch in jenem der belangten Behörde eine aufrechte Bewilligung vorgelegen sei.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 29. April 2019 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

Mit E-Mail vom 17. Dezember 2020 – dem Tag der Verhandlung – teilte der Bf mit, dass er die Verhandlung unbesucht lassen werde und brachte ausführlich zu einer zuletzt ergangenen Entscheidung des EuGH vom 12. September 2019 (Rs C-64/18 u.a.) vor. Die Entscheidung behandelt auf das Wesentliche zusammengefasst die teilweise Überlagerungen von Bestimmungen des AuslBG bzw. des AVRAG durch Unionsrecht, wenn es infolge der Kumulation und hohen Mindest- bzw. Höchststrafen zu besonders hohen Gesamtstrafen kommt. Zudem wurde ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30. Oktober 2019 zum GSpG vorgelegt.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Dezember 2020, zu der keine der Parteien erschienen ist.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Der x GmbH wurde mit Bescheid der Oö. Landesregierung vom 25. November 2016, GZ: IKD(Pol)-070303/106-2016-O, die bis zum 30. November 2018 befristete Bewilligung erteilt, ein Wettunternehmen für die Tätigkeit als B und T in Oberösterreich mit der Bezeichnung X GmbH zu betreiben.
[genannter Bescheid]

Am 8. November 2018 beantragte diese die (Neu-)erteilung der Bewilligung.
[Antrag]

Die diesbezügliche Bewilligung wurde mit Bescheid vom 27. Dezember 2018 befristet bis zum 30. November 2020 erteilt.
[Bescheid]

Der Bf war seit 1. Oktober 2018 als Geschäftsführer der x GmbH selbständig vertretungsbefugt.
[Firmenbuch]

Die x GmbH hat am 18. Dezember 2018 um 15:30 Uhr im Lokal „S P“ in x B, S V x, das Wettterminal mit der Seriennummer x, SV GA-Nr. x betrieben.
[unbestrittener Sachverhalt, Wettschein im Akt, Beschlagnahmebestätigung]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Akt, insbesondere aber dem Vorbringen des Bf selbst, in welchem implizit zugestanden wird, dass zum Tatzeitpunkt keine aufrechte Bewilligung bestand, jedoch rechtlich – wie auszuführen sein wird, unrichtig – geschlossen wird, dass es darauf ankomme, dass eine Bewilligung im Entscheidungszeitpunkt von Behörde oder Verwaltungsgericht vorliegen müsse.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen

Die wesentlichen Bestimmungen des Oö. WettG lauten:

„Tätigkeit als Wettunternehmen

§ 3

Bewilligungspflicht

(1) Die Tätigkeit als Wettunternehmen in einer Wettannahmestelle darf nur mit Bewilligung der Landesregierung ausgeübt werden.

[...]“

„§ 10
Erlöschen und Entziehen der Bewilligung
(1) Die Bewilligung erlischt
1. durch Ablauf der Bewilligungsdauer oder [...]“

„4. Abschnitt
Strafen, Veröffentlichungen und Schlussbestimmungen
§ 15
Strafbestimmungen
(1) Eine Verwaltungsübertretung begeht:
1. wer ein Wettunternehmen an einer Wettannahmestelle ohne Bewilligung, entgegen den Bedingungen und Auflagen einer Bewilligung oder nicht gemäß den im Bewilligungsverfahren vorgelegten Wettbedingungen und Wettscheinen betreibt;
[...]
(2) Wer eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs. 1 begeht, ist von der Bezirksverwaltungsbehörde, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, von der Landespolizeidirektion, mit einer Geldstrafe bis zu 20.000 Euro zu bestrafen.
[...]“

III.2. Objektiver Tatbestand

Nach dem festgestellten Sachverhalt verfügte die Gesellschaft, deren Geschäftsführer der Bf im Tatzeitpunkt war, bis zum 30. November 2018 über eine aufrechte Bewilligung zum Betrieb eines Wettunternehmens für die Tätigkeit als B und T.

Nach Ablauf dieser Bewilligung und Neuantrag vom 8. November 2018 wurde die Bewilligung mit Zustellung des Bescheids vom 27. Dezember 2018 neu erteilt, weshalb die x GmbH am Tattag, dem 18. Dezember 2018 über keine Bewilligung verfügte, gemäß § 3 Abs 1 Oö. WettG an diesem Tag also kein Wettunternehmen betreiben durfte.
Aufgrund des Umstandes, dass die Gesellschaft an diesem Tag am Tatort jedoch ein Wettterminal betriebsbereit aufgestellt hatte und Wettannahmen möglich waren, hat sie gegen § 15 Abs 1 Z 1 Oö. WettG verstoßen, weil von ihr ein Wettunternehmen an einer Wettannahmestelle ohne Bewilligung betrieben wurde.

Entgegen dem Vorbringen des Bf kommt es dabei aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 3 Abs 1 Oö. WettG und des § 15 Abs 1 Z 1 Oö. WettG (und nach allgemeinen Regeln des Strafrechts) auf das Vorliegen der Bewilligung im Tatzeitpunkt an und nicht den Entscheidungszeitpunkt von Gericht oder Behörde.

Der objektive Tatbestand des § 15 Abs 1 Z 1 Oö. WettG ist demnach erfüllt und hat der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer gemäß § 9 Abs 1 VStG für diesen einzustehen.

Das vom Bf-Vertreter vorgelegte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien betrifft ein Verfahren nach dem GSpG zu sogenannten Skill-Games und ist vorliegend nicht einschlägig.

III.3. Verschulden (subjektiver Tatbestand)

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt beim vorliegenden Strafrahmen 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.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 5).

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung seines fahrlässigen Handelns hätte der Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

Der Bf hat im Ergebnis nur vorgebracht, über eine Bewilligung verfügt zu haben, was nach dem Gesagten nicht der Fall war. Er hat damit nur auf Sachverhaltsebene bestritten und kein Vorbringen zur subjektiven Tatseite erstattet.

Wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt und dem Vorbringen des Bf zur subjektiven Tatseite nicht ergibt, dass er zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt subjektiv nicht in der Lage oder ihm diese nicht zumutbar war, wird die Strafbarkeit nicht gehindert.

Der Bf hat kein Vorbringen erstattet, welches ihn zu entschuldigen geeignet wäre und hat insofern mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht glaubhaft gemacht.

Dem Bf ist sein Verhalten daher auch subjektiv vorwerfbar.

III.4. Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Gemäß § 19 Abs 2 leg cit sind im ordentlichen Verfahren 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28. November 1966, 1846/65) 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. ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.
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.

Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs 3 leg cit ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels

bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Der Bf hat im behördlichen Verfahren keine Angaben zu seinem Einkommen gemacht, sodass die belangte Behörde dieses auf 3.000 Euro schätzte und annahm, dass kein Vermögen und keine Sorgepflichten vorhanden sind. Vor dem Hintergrund, dass der Bf Geschäftsführer eines Wettbetriebs ist, scheint diese Einschätzung wohlwollend. Auch im gerichtlichen Verfahren hat es der Bf vorgezogen, keine Angaben zu seinem Einkommen zu machen. Das Gericht folgt den Annahmen der belangten Behörde deshalb.

Als Milderungsgrund kommt dem Bf seine Unbescholtenheit zugute. Erschwerungsgründe sind nicht ersichtlich.

Die belangte Behörde hat eine Strafe in Höhe von 2.000 Euro (34 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Sie bewegt sich damit im untersten Bereich (10 %) des Strafrahmens.

Vor dem Hintergrund, dass die Gesellschaft, der der Bf vorsteht, nur für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum ohne Bewilligung war und demnach das strafbare Verhalten nicht lange angedauert hat und unter Berücksichtigung des von der Behörde geschätzten Einkommens, sowie unter Berücksichtigung der Angemessenheit der Strafe im Verhältnis zum Schuldgehalt und zum Unrechtsgehalt der Tat, erscheint dem Verwaltungsgericht die festgesetzte Strafe von gerade 10 % des Strafrahmens als angemessen. Als Geschäftsführer und angesichts des bereits gestellten Antrags wusste der Bf allerdings um das Fehlen einer Genehmigung und hätte dafür sorgen müssen, dass das Wettterminal außer Betrieb genommen wird. Das Verschulden ist daher erheblich.

Die Anwendung der Bestimmung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG (Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens/Erteilung einer Ermahnung) setzt voraus, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Identität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Diese Voraussetzungen haben kumulativ vorzuliegen. Das Verschulden ist geringfügig, wenn – unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) – das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. z.B. VwGH 12. September 2001, 2001/03/0175). Eine Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist insofern ausgeschlossen, weil der Bf mit dem Betreiben eines Wettterminals ohne Bewilligung ein typisches nach der zugrundeliegenden Bestimmung verpöntes Verhalten gesetzt hat.

Die verhängte Strafe ist jedenfalls erforderlich, um den Bf von weiteren Übertretungen des Oö. WettG abzuhalten.
Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde in entsprechendem Verhältnis zur Geldstrafe bemessen.

Die vom Bf dargestellte Judikatur des EuGH zum AuslBG ist auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da es – angesichts nur eines Gerätes – zu keiner Kumulierung von Geldstrafen kommt.

III.5. Bei diesem Ergebnis ist dem Bf ein 20%iger Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (§ 52 Abs 1 VwGVG) aufzuerlegen.

IV. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl