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-490677/4/JS**

Datum: **Linz, 25. November 2021**

**I M N A M E N D E R R E P U B L I K**

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über die Beschwerde des A K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, vom 2.8.2021 gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 5.7.2021, GZ: BHWL/920180011170/20, betreffend die Abweisung eines Antrags auf Aufschub des Strafvollzugs gemäß § 54a Abs. 1 VStG

**A. zu Recht:**

**I. Aus Anlass der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben.**

**II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.**

**B. und fasst den B e s c h l u s s :**

**I. Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wird als unzulässig zurückgewiesen.**

**II. 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 31.1.2017, GZ: VStV/916300740718/2016, wurde der Beschwerdeführer (Bf) aufgrund seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma P GmbH wegen Verstoßes gegen das Glücksspielgesetz gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 1. Fall GSpG (1 Glücksspielgerät; Tatzeitraum: 1.6.2015 bis 30.7.2015, 10.00 Uhr; Tatort: Lokal „Cafe" in W) mit einer Geldstrafe in Höhe von 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) samt Verfahrenskosten belegt.

I.2. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 28.3.2017, Zl. VGW-002/V/042/3716/2017, wurde der Beschwerde des Bf teilweise stattgegeben und die verhängte Geldstrafe auf 5.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 7 Tage) herabgesetzt. Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

I.3. Mit Verständigung vom 15.6.2020 veranlasste die Landespolizeidirektion Wien die zwangsweise Vorführung des Bf zum Strafantritt hinsichtlich der mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 31.1.2017 verhängten Ersatzfreiheitsstrafe von „14 Tagen". Eine tabellarische Auflistung in der Verständigung weist hingegen ein offenes Strafausmaß von 7 Tagen aus. Diese Verständigung übermittelte die Landespolizeidirektion Wien an die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (in der Folge: belangte Behörde) mit dem (auf der Rückseite der Verständigung befindlichen) Ersuchen um Übergabe der beigelegten Verständigung an den Bf und Veranlassung der Vorführung.

I.4. Mit Schreiben vom 20.1.2021 forderte die belangte Behörde den Bf zum Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe hinsichtlich der mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 31.1.2017 verhängten Ersatzfreiheitsstrafe innerhalb von zwei Wochen im Polizeianhaltezentrum der Landespolizeidirektion Oberösterreich auf: „Aus dem Straferkenntnis der LPD Wien [...] vom 31.01.2017, Zahl VStV/916300740718/2016" sei eine Strafe von 5.000 Euro (offene Ersatzfreiheitsstrafe: 7 Tage) zu vollstrecken.

I.5. Mit E-Mail vom 9.6.2021 stellte der rechtsfreundlich vertretene Bf einen (weiteren) Antrag an die belangte Behörde, den Strafvollzug der Ersatzfreiheitsstrafe aufzuschieben bzw. zu unterbrechen. Begründend wurde auf das Urteil des EuGH vom 12.9.2019 in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, sowie auf das Vorabentscheidungsverfahren bzw. den Beschluss gemäß § 38a VwGG des VwGH zu Ra 2020/17/0013 verwiesen.

I.6. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 5.7.2021 (zugestellt an den Bf: 7.7.2021) wurde der Antrag des Bf um Bewilligung des Aufschubes des Strafvollzuges der mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 31.1.2019 rechtskräftig verhängten Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen gemäß § 54a Abs. 1 VStG als unbegründet abgewiesen. Begründend wurde von der belangten Behörde zusammengefasst ausgeführt, eine mögliche Unionsrechtswidrigkeit der im rechtskräftigen Titelverfahren angewendeten Strafnorm stelle keinen „wichtigen Grund" im Sinne des § 54a Abs. 1 VStG für einen Strafaufschub dar. Das Vollstreckungsverfahren stelle auch kein geeignetes Mittel dar, das zugrundeliegende Strafverfahren nochmals inhaltlich zu überprüfen. Auch die Höhe der verhängten Strafe sei keinesfalls mit den unionsrechtlich beanstandeten Entscheidungen zu vergleichen.

I.7. Dagegen erhob der Bf mit Schriftsatz vom 2.8.2021 die verfahrensgegenständliche Beschwerde und beantragte, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkennen, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und erkennen, dass dem Antrag auf Aufschub des Strafvollzugs bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Hinblick auf das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in der Rs. C-231/20, in eventu bis zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung der gegenständlichen Verwaltungsstrafbestimmungen, stattgegeben werde. Beantragt wurden schließlich die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses. Begründend führte der Bf im Wesentlichen neuerlich die angestellten Überlegungen in Bezug auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes (Ra 2020/17/0013) und die Entscheidung des EuGH vom 12.9.2019, C-64/18 u.a., an und begehrt in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz, dass die Vollstreckung der gegenständlichen Strafe nicht rechtmäßig sei. Der Verwaltungsgerichtshof habe mit Beschluss vom 11.3.2021 (Zl. Ra 2020/09/0077) beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG beantragt und habe der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10.3.2015, GZ 203/2014, dargetan, dass sich die Strafsätze des § 52 Abs. 2 GSpG an dieser Bestimmung orientieren würden. Der Bf vertritt weiters die Ansicht, dass er einen wichtigen Grund iSd § 54a VStG geltend mache.
Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Bf ohne die aufschiebende Wirkung einen vehementen Eingriff in sein verfassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives Recht auf körperliche Freiheit und Unversehrtheit erleiden würde, wodurch dem Bf ein nicht wiedergutzumachender unverhältnismäßiger Nachteil entstehen würde. Es würde dem Bf keine andere Rechtsposition durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der gegenständlichen Beschwerde eingeräumt werden, da bereits durch den Antrag gemäß § 54a Abs. 1 VStG bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides der Strafvollzug offensichtlich gehemmt bzw. aufgeschoben war.

I.8. Mit Schreiben vom 29.10.2021 zu GZ: VStV/916300740718/2016 trat die Landespolizeidirektion Wien den Akt zur Durchführung des Strafvollzuges gemäß § 29a VStG an die belangte Behörde ab.

I.9. Mit Schreiben vom 5.11.2021 legte die belangte Behörde – ohne Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung – die Beschwerde samt ihrem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Der festgestellte Verfahrensgang/Sachverhalt ergibt sich vollständig und schlüssig aus dem vorgelegten Verwaltungsakt samt dem über Aufforderung nachgereichten Schreiben vom 29.10.2021.

Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht bestritten wurde und die Aktenlage erkennen lässt, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Es handelt sich im vorliegenden Fall um keine unter Art. 6 Abs. 1 EMRK fallende Rechtssache, weil weder ein Verfahren über eine strafrechtliche Anklage noch über eine Streitigkeit wegen „civil rights" iSd Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 GRC vorliegt. Der Antrag des Bf auf Strafaufschub betrifft den Strafvollzug. Dabei geht es nur um ein Annexverfahren im Verhältnis zum rechtskräftigen Titelverfahren über die Erlassung eines Straferkenntnisses gegen den Bf, das ohnehin den Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK entsprechen musste. Im gegenständlichen Vollstreckungsverfahren zur Umsetzung eines verbindlich gewordenen Straferkenntnisses sind lediglich Rechtsfragen zu beantworten.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Zu A.I.:

III.1.1. Gemäß § 54 b Abs. 1 und 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) sind rechtskräftig verhängte Geldstrafen oder sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen binnen zwei Wochen nach Eintritt der Rechtskraft zu bezahlen. Soweit eine Geldstrafe uneinbringlich ist oder dies mit Grund anzunehmen ist, ist die dem ausstehenden Betrag entsprechende Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen. Für den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe gelten die §§ 53 ff VStG betreffend den Vollzug von Freiheitsstrafen (*Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG[2] § 54b Rz 8 [Stand 1.5.2017, rdb.at])

Nach der Bestimmung des § 53 Abs. 1 VStG ist die Freiheitsstrafe im Haftraum der Behörde oder jener Behörde zu vollziehen, der der Strafvollzug gemäß § 29a VStG übertragen wurde. Können diese Behörden die Strafe nicht vollziehen oder verlangt es der Bestrafte, so ist die dem ständigen Aufenthalt des Bestraften nächstgelegene Bezirksverwaltungsbehörde oder Landespolizeidirektion um den Strafvollzug zu ersuchen, wenn sie über einen Haftraum verfügt.

Alle Anordnungen und Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe obliegen gemäß § 53a VStG bis zum Strafantritt der Verwaltungsstrafbehörde oder jener Behörde, der der Strafvollzug gemäß § 29a VStG übertragen wurde. Mit Strafantritt stehen diese Anordnungen und Entscheidungen, soweit nicht das Vollzugsgericht zuständig ist, der Verwaltungsbehörde zu, der gemäß § 53 der Strafvollzug obliegt (Strafvollzugsbehörde).

III.1.2. Eine Verfahrensanordnung der Landespolizeidirektion Wien als Verwaltungsstrafbehörde gemäß § 29a VStG, die Zuständigkeit zum Strafvollzug an die belangte Behörde zu übertragen, erging erst mit Schreiben vom 29.10.2021. Die belangte Behörde war daher im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides am 7.7.2021 – mangels Delegierung – gemäß § 53a VStG nicht zuständig, über den Antrag gemäß § 54a VStG vom 9.6.2021 zu entscheiden. Maßgebend für die Zuständigkeit zur Erlassung des jeweiligen Bescheides ist die im Zeitpunkt der Erlassung geltende Rechtslage (vgl. VwGH 5.3.2021, Ra 2018/04/0173).

Es ist aus diesem Anlass auch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach in einer Übertragung nach § 29a VStG eine verfahrensrechtliche Anordnung der an sich zuständigen Behörde zu erblicken ist, die ausdrücklich zu ergehen hat und nicht stillschweigend oder durch ein konkludentes Verhalten begründet werden kann (vgl. VwGH 19.12.1990, 90/02/0083; vgl. auch VwGH 25.11.1991, 91/19/0293, wonach ein Schreiben mit dem Betreff: "A Fremdenpolizeigesetz und Paßgesetz" und dem Ersuchen um "Kenntnisnahme" sowie "zuständige Erledigung" mangels jeglicher Bezugnahme auf ein konkretes den Beschwerdeführer betreffendes Strafverfahren sowie infolge Fehlens jedes Hinweises auf § 29a VStG nicht als verfahrensrechtliche Anordnung im Sinne dieser Bestimmung gewertet werden). Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Übertragung der örtlichen Zuständigkeit zum Strafvollzug gemäß § 29a VStG ist auch durch das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht eines Bestraften auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 83 Abs. 2 B-VG geboten (vgl. VfGH 26.2.1987, B 295/86). In einem bloßen Ersuchen der Landespolizeidirektion Wien als Verwaltungsstrafbehörde um eine faktische Übergabe einer Verständigung an den Bf und Veranlassung seiner Vorführung kann daher keine Delegierung der örtlichen Zuständigkeit an die belangte Behörde im Sinne des § 29a VStG in der für den Strafvollzug notwendigen Ausdrücklichkeit gesehen werden.

Der angefochtene Bescheid war daher aus Anlass der Beschwerde wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde aufzuheben.

III.1.3. Der Vollständigkeit halber ist zur Aufforderung der belangten Behörde vom 20.1.2021 an den Bf zum Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe – neben der Frage der Zuständigkeit zu ihrer Erlassung (vgl. Punkt III. 1. 2.) – anzumerken, dass das darin angeführte Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 31.1.2017, das eine verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen vorsah, mit Sachentscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 28.3.2017 aus dem Rechtsbestand beseitigt wurde (vgl. VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032). Im Rahmen dieser verwaltungsgerichtlichen Entscheidung wurde u.a. auch die zu verhängende Ersatzfreiheitsstrafe mit 7 Tagen neu bemessen. Nur dieses Erkenntnis kann daher Gegenstand des Strafvollzuges der damit verhängten Ersatzfreiheitsstrafe sein. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kommt gerade einer (inhaltlich richtigen) Aufforderung zum Strafantritt (§ 53b Abs. 1 VStG) besondere Bedeutung zu, ist sie doch – abgesehen von Fällen der Fluchtgefahr – Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der zwangsweisen Vorführung des Bestrafen und des Vollzuges der gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe (vgl. VwGH 8.8.2018, Ra 2017/10/0057; *Fister*, aaO, § 53b Rz 4).

III.2. Zu B.I.:

Grundsätzlich kommt einer (rechtzeitigen und zulässigen) Beschwerde iSd Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG gemäß § 13 Abs. 1 VwGVG aufschiebende Wirkung zu. Der aufschiebenden Wirkung sind allerdings faktisch dahingehend Grenzen gesetzt, als die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels niemandem eine Rechtsposition einzuräumen vermag, die er vorher nicht innehatte (*Hengstschläger/Leeb,* AVG § 64 (Stand 1.7.2007, rdb.at) Rz 24 mwN).

Die vom Bf beantragte "Zuerkennung" der aufschiebenden Wirkung an die in Rede stehende Bescheidbeschwerde (Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG) kommt in einer Konstellation wie der vorliegenden daher schon von vornherein nicht in Betracht:

Im vorliegenden Fall beantragte der Bf den Aufschub des Strafvollzugs aus wichtigem Grund gemäß § 54a Abs. 1 VStG. Dieser Antrag wurde von der belangten Behörde abgewiesen. Mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung würde daher dem Bf eine Rechtsposition eingeräumt werden, die ihm vorher nicht zugekommen ist, da damit vorübergehend dem Antrag auf Strafaufschub – jedenfalls bis zur endgültigen Entscheidung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich – stattgegeben würde. Ein Antragsteller kann jedoch die angestrebte Bewilligung nicht auf Grund der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels gegen den Ablehnungsbescheid erhalten. Mag es auch durch den Antrag auf Aufschub des Strafvollzuges zu einem allenfalls faktischen Zuwarten

der Behörde mit weiteren Vollzugshandlung aus verfahrensökonomischen Gründen kommen, so erkennt das Verwaltungsstrafgesetz dem Antrag gemäß § 54a Abs. 1 VStG keine aufschiebende Wirkung zu (vgl. hingegen etwa § 53b Abs. 3 VStG für den Fall der Erhebung eines Rechtsmittel gegen ein Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes, mit dem die Ersatzfreiheitsstrafe verhängt wurde).

Der Antrag war daher als unzulässig zurückzuweisen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil die Rechtslage zu den angewandten Normen klar und eindeutig ist. Die Frage, ob im gegenständlichen Fall ein Aufschub des Strafvollzugs aus wichtigen Gründen zu gewähren ist, warf keine über den Einzelfall hinausgehenden Rechtsfragen auf.

## 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. Steinschnack