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-413458/24/BMa

Datum:
Linz, 22. Mai 2023

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Anträge der S S, vertreten durch H Rechtsanwälte OG, auf Aufhebung der Vollstreckbarkeit bzw. Aufhebung des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 06.06.2019, GZ: VStV/9223023200146/2022 (gemeint wohl VStV/919300622987/2019) und des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: 413458/6/BMa/FK, wegen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes (GSpG)

zu Recht:

I. Der Antrag auf Aufhebung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: 413458/6/BMa/FK, wird als unbegründet abgewiesen.

und fasst den Beschluss:

II. Die Anträge auf Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 06.06.2019, GZ: VStV/919300622987/2019, und des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: LVwG-413458/6/BMa/FK, werden als unzulässig zurückgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidungen ist eine Revision jeweils unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang, Sachverhalt:

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 06.06.2019, GZ: VStV/919300622987/2019, wurde über S S (in der Folge: Antragstellerin) in sieben Fällen eine Geldstrafe von je 6.000 Euro und Ersatzfreiheitsstrafe von je 60 Stunden wegen näher bezeichneter Verstöße gegen das Glücksspielgesetz verhängt.

I.2. Die gegen dieses Straferkenntnis erhobene Beschwerde vom 28.06.2019, wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: LVwG-413458/6/BMa/FK, mit der Maßgabe abgewiesen, dass im Spruch des bekämpften Bescheides bei den verletzten Rechtsvorschriften § 9 Abs. 1 VStG entfällt und die Verwaltungsstrafnorm auf § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG korrigiert wurde.

I.3. Die Behandlung der gegen dieses Erkenntnis erhobenen Beschwerde lehnte der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 21.09.2020, GZ: E 1757/2020-6, ab. Die gegen das Erkenntnis erhobene Revision wies der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 03.02.2022 als unzulässig zurück.

I.4. Mit Schreiben vom 27.02.2023 stellte die Antragstellerin sowohl an die belangte Behörde als auch an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Antrag auf Aufhebung der Vollstreckbarkeit bzw. Aufhebung des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 06.06.2019, GZ: VStV/9223023200146/2022 (offensichtlich gemeint: GZ: VStV/919300622987/2019, und des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: LVwG-413458/6/BMa/FK, wegen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes.

Begründet wurde dieser im Wesentlichen damit, dass der Verfassungsgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung vom 14. Dezember 2022, GZ: G 259/2022, näher bezeichnete Teile des § 25 Abs. 3 GSpG aufgehoben hat, weil der unionsrechtlich gebotene Spielerschutz in der genannten Bestimmung nicht in einer dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden Weise verwirklicht wurde. Da sich aus der Entscheidung eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes ergebe, werde unter Bezugnahme auf die Judikatur des EuGH vom 13. Jänner 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, die Aufhebung der Straferkenntnisse beantragt.

II. Beweise, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den gegenständlichen Verfahrensakt, insbesondere in das Straferkenntnis der belangten Behörde, das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich und in den verfahrensgegenständlichen Antrag.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte entfallen, weil eine solche von der Antragstellerin nicht beantragt wurde, die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und überdies nur Rechtsfragen zu klären waren.

II.2. Der unter I. dargestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Im verfahrensgegenständlichen Antrag wird die Aufhebung der Vollstreckbarkeit bzw. Aufhebung des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 06.06.2019, GZ: VStV/919300622987/2019, und des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: LVwG-413458/6/BMa/FK, wegen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes beantragt. Dies im Wesentlichen mit Verweis auf eine aktuelle Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 14. Dezember 2022, GZ: G 259/2022, in der dieser näher bezeichnete Teile des § 25 Abs. 3 GSpG aufgehoben hat, weil der unionsrechtlich gebotene Spielerschutz in der genannten Bestimmung nicht in einer dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden Weise verwirklicht wurde, und unter Bezugnahme auf die Judikatur des EuGH (vom 13. Jänner 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*).

Der EuGH hatte in seiner Entscheidung vom 13. Jänner 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, über eine Vorlagefrage dahingehend abzusprechen, ob das Gemeinschaftsrecht eine Behörde dazu verpflichtet, einen bestandskräftigen Bescheid zurückzunehmen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts im Sinne einer Auslegung aufgrund eines späteren Vorabentscheidungsersuchens sicherzustellen. Diesbezüglich führte der EuGH ganz grundsätzlich aus, dass die Rechtssicherheit zu den im Gemeinschaftsrecht anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört. Die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung, die nach Ablauf angemessener Klagefristen oder Erschöpfung des Rechtswegs eingetreten ist, trägt zur Rechtssicherheit bei. Daher verpflichtet das Gemeinschaftsrecht eine Verwaltungsbehörde nicht dazu, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen. Im konkreten Fall hat das vorlegende Gericht jedoch dargelegt, dass eine Verwaltungsbehörde nach niederländischem

Recht – sofern keine Rechte Dritter verletzt werden – stets die Befugnis hat, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, und dass das Bestehen einer derartigen Befugnis unter Umständen die Verpflichtung implizieren kann, eine solche Entscheidung zurückzunehmen, selbst wenn die zuständige Behörde nach niederländischem Recht nicht verpflichtet ist, bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen durchgängig zurückzunehmen, um einer später ergangenen gerichtlichen Entscheidung nachzukommen. Mit seiner Vorlagefrage wollte das vorlegende Gericht wissen, ob sich unter Umständen wie denjenigen des Ausgangsverfahrens aus dem Gemeinschaftsrecht eine Pflicht zur Rücknahme einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung ergibt.

Im Ergebnis führte der EuGH zur Vorlagefrage des vorlegenden Gerichts aus, dass der Grundsatz der Zusammenarbeit eine Verwaltungsbehörde auf einen entsprechenden Antrag hin nur dann verpflichtet, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen, wenn

- die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen,
- die Entscheidung infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist,
- das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofes zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde,
- der Betroffene sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofes erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt hat.

Eine Durchbrechung der Rechtskraft bzw. die Zurücknahme einer Entscheidung im Sinne von *Kühne & Heitz* würde voraussetzen, dass die Entscheidung auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die sich durch eine spätere Entscheidung des EuGH ergeben hat, beruht und der EuGH nicht um Vorabentscheidung ersucht wurde.
Im vorliegenden Fall beruft sich die Antragstellerin auf eine jüngst ergangene Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes (14. Dezember 2022, G 259/2022), in der dieser einen Teil des § 25 Abs. 3 GSpG wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aufgehoben hat, sodass vor diesem Hintergrund schon fraglich ist, ob dem Kriterium, dass sich durch ein nach der aufzuhebenden Entscheidung ergangenes Urteil des EuGH eine Unionsrechtswidrigkeit ergeben hat, genüge getan wird.

Würde man vor der bisherigen EuGH-Judikatur zum Glücksspielmonopol davon ausgehen, dass sich eine – im Sinne von *Kühne & Heitz* – relevante

Unionsrechtswidrigkeit auch aus einer anderslautenden innerstaatlichen Rechtsprechung zum GSpG ergeben könnte, so ist Folgendes festzuhalten: In der genannten Entscheidung hat der VfGH einzelne Teile des § 25 Abs. 3 GSpG aufgehoben, weil der unionsrechtlich gebotene Spielerschutz in der angefochtenen Bestimmung nicht in einer dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden Weise verwirklicht wurde. Sowohl der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, als auch der Verfassungsgerichtshof in VfSlg 20.101/2016 haben ausgesprochen, dass das in Österreich geltende Glücksspielmonopol deswegen nicht den unionsrechtlichen Vorgaben widerspricht, weil im Glücksspielgesetz die Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität, sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die angefochtene Bestimmung in ihrer Ausgestaltung als gleichheitswidrig, weil unsachlich, da die Schutz- und Sorgfaltspflichten der Spielbankleitung – mit näherer, hier jedoch nicht maßgeblicher Begründung – in einer Durchschnittsbetrachtung nicht geeignet sind, einen effektiven Spielerschutz zu gewährleisten.

Die Antragstellerin scheint mit ihrer Argumentation darauf abzuzielen, dass aus der Entscheidung des VfGH die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG an sich abzuleiten wäre, weil es nicht dem effektiven Spielerschutz diene. Konkret hat der VfGH jedoch nur Teile des § 25 Abs. 3 GSpG aufgehoben, der Schutz- und Sorgfaltspflichten der Leitung von Spielbanken festlegt, weil diese Pflichten zum Teil so ausgestaltet waren, dass sie dem effektiven Spielerschutz nicht gedient haben. Daraus kann jedenfalls im Umkehrschluss nicht abgeleitet werden, dass das gesamte Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig ist, weil sämtliche darin vorgesehenen Maßnahmen als nicht dem effektiven Spielerschutz dienend zu qualifizieren wären. Die Antragstellerin wurde im hier zugrundeliegenden Strafverfahren deshalb bestraft, weil sie an verbotenen Glücksspielausspielungen unternehmerisch beteiligt hat, insbesondere weil keine Konzession nach dem Glücksspielgesetz erteilt wurde.
Dass der VfGH von seiner bisherigen Rechtsprechung, dass das in Österreich geltende Glücksspielmonopol deswegen nicht den unionsrechtlichen Vorgaben widerspricht, weil im Glücksspielgesetz die Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität, sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, abweichen würde und aufgrund der teilweisen Verfassungswidrigkeit des § 25 Abs. 3 GSpG eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes oder -monopols nunmehr als gegeben erachten würde, ergibt sich aus der Entscheidung jedenfalls nicht.

Mit der Argumentation in ihrem Antrag ist daher für die Antragstellerin nichts zu gewinnen: Wesentlich für die Aufhebung im Sinne von *Kühne & Heitz* ist, dass das Urteil auf einer unrichtigen Anwendung des Unionsrechts beruht. Wenn man aus der Entscheidung des VfGH ableiten möchte, dass das GSpG dem Unionsrecht widerspricht, weil es nicht dem effektiven Spielerschutz dient, dann aufgrund der Judikatur nur im Hinblick auf die nunmehr aufgehobenen Teile des § 25 Abs 3 GSpG. Diese waren jedoch augenscheinlich im hier zugrundeliegenden Strafverfahren nicht verfahrensgegenständlich, zumal die Regelungen insbesondere den Spielerschutz bei konzessionierten Spielbanken zum Gegenstand haben. Im vorliegenden Fall begründet sich die Strafbarkeit im Wesentlichen darin, dass keine Konzession vorliegt.

Weil bereits aus diesen Gründen der gestellte Antrag auf Aufhebung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: 413458/6/BMa/FK, als unbegründet abzuweisen war, erübrigt sich ein Eingehen auf das weitere diesbezügliche Vorbringen.

Soweit sich der Antrag auf die Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 11.05.2020, GZ: LVwG-413458/6/BMa/FK, richtet, ist auszuführen, dass sich die Vollstreckbarkeit eines Bescheids grundsätzlich aus dessen Rechtskraft ergibt und diesbezüglich ein separates Vollstreckungsverfahren durchzuführen ist. Dieses ist von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz einzuleiten und ist in diesem eine Vollstreckungsverfügung zu erlassen, wobei diese von der zuständigen Behörde nach Maßgabe der geltenden Regelungen des AVG aufgehoben oder mit Beschwerde beim zuständigen Verwaltungsgericht bekämpft werden kann. Davon abgesehen entfällt die Vollstreckbarkeit ausschließlich durch den Wegfall der zu vollstreckenden Entscheidung. Eine (bloße) Aufhebung der Vollstreckbarkeit eines rechtskräftigen Straferkenntnisses durch das Verwaltungsgericht ist außerhalb dieses Verfahrens (oder des Rechtsmittelverfahrens gegen den „Titelbescheid“) in der österreichischen Rechtsordnung nicht vorgesehen, sodass sich dieser Antrag als unzulässig erweist und zurückzuweisen war.

Soweit sich der Antrag auf die Aufhebung des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 06.06.2019, GZ: VStV/919300622987/2019, richtet, ist festzuhalten, dass nach der EuGH-Judikatur *Kühne & Heitz* eine Entscheidung grundsätzlich immer nur von der erlassenden Behörde zurückgenommen werden soll. Zuständig wäre somit für den konkreten Antrag nicht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, sondern die belangte Behörde.

Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen konnte auch eine Prüfung, ob im gegenständlichen Fall Vollstreckungsverjährung nach § 31 Abs. 3 VStG (oder Tilgung nach § 55 Abs 1 VStG) eingetreten ist, unterbleiben.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Die Frage, ob das Glücksspielgesetz dem Unionsrecht entspricht, wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien beurteilt und hat sich auch im Zusammenhang mit der jüngsten Judikatur des VfGH hinsichtlich der Vereinbarkeit des Glücksspielrechts mit dem Unionsrecht keine andere, von der bisherigen Judikatur des VwGH abweichende Beurteilung ergeben. Im Übrigen erfolgte die Beurteilung – auch hinsichtlich der unionsrechtlich gebotenen Prüfung einer Durchbrechung der Rechtskraft im Sinne der EuGH-Judikatur *Kühne & Heitz* – nach Maßgabe der in der Entscheidung zitierten Judikatur des VwGH. 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. Bergmayr-Mann