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-414115/26/RK/FE

Datum:
Linz, 11. Juli 2023

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Kapsammer über den Antrag des P Z, vertreten durch Mag. Dr. A S, Rechtsanwalt in X, vom 10.05.2023 den

B E S C H L U S S

I. Der Antrag auf Erlassung einstweiliger Anordnungen wird 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, Sachverhalt:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 18.03.2022, GZ: BHGM/920070018357/20, wurden über den Beschwerdeführer vier Geldstrafen von jeweils 2.500 Euro und vier Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 84 Stunden verhängt, weil Herr P Z (in der Folge: Antragsteller) Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG), an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 23.01.2020 im Lokal "C " in G unternehmerisch veranstaltet hat.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gab der dagegen erhobenen Beschwerde mit Erkenntnis vom 16.11.2022, Zl. LVwG-414115/14/RK/HUE, teilweise statt und setzte die Ersatzfreiheitsstrafen (neben einer Abänderung des Spruches) auf je 34 Stunden herab.

Dagegen erhob der Antragsteller eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 31.01.2023, Ra 2023/12/0019-5, wurde dem Antrag, der gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 16.11.2022 erhobenen Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, nicht stattgegeben.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

„Gemäß § 30 Abs. 2 erster Satz VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof einer Revision auf Antrag des Revisionswerbers die aufschiebende Wirkung mit Beschluss zuzuerkennen, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit dem Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses für den Revisionswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.

Der Revisionswerber hat in seinem Antrag zu konkretisieren, worin für ihn der unverhältnismäßige Nachteil gelegen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof wird bei Erbringung von Geldleistungen nur durch die glaubhafte Dartuung konkreter - tunlichst ziffernmäßiger - Angaben über die Einkünfte und Vermögensverhältnisse des Antragstellers (unter Einschluss seiner Schulden, jeweils nach Art und Ausmaß, insbesondere auch seiner Sorgepflichten) überhaupt in die Lage versetzt, zu beurteilen, ob der Vollzug der angefochtenen Entscheidung für den Antragsteller einen unverhältnismäßigen Nachteil mit sich brächte (vgl. VwGH 7.9.2016, Ra 2016/17/0274, mwN).

Dem vorliegenden Aufschiebungsantrag fehlt es demnach schon an der erforderlichen Konkretisierung der Vermögensverhältnisse des Revisionswerbers. Zudem wird nicht

ausgeführt, warum im Hinblick auf § 54b Abs. 3 VStG, wonach einem Bestraften, dem aus wirtschaftlichen Gründen die unverzügliche Zahlung einer Geldstrafe nicht zuzumuten ist, auf Antrag ein angemessener Aufschub oder Teilzahlung zu bewilligen ist, sowie im Hinblick auf § 53b Abs. 3 VStG, wonach - sofern nicht Fluchtgefahr besteht - mit dem Vollzug einer Freiheitsstrafe bis zur Entscheidung über eine beim Verwaltungsgerichtshof erhobene Revision zuzuwarten ist, durch den Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses dem Revisionswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil im Sinne des § 30 Abs. 2 VwGG drohen würde (vgl. VwGH 14.10.2021, Ra 2021/17/0113).

Weiters dürfen nach § 14 Abs. 1 VStG Geldstrafen nur insoweit eingetrieben werden, als dadurch weder der notwendige Unterhalt des Bestraften und derjenigen, zu deren Unterhalt ihn das Gesetz verpflichtet, noch die Erfüllung der Pflicht, den Schaden gutzumachen, gefährdet wird (vgl. VwGH 3.8.2016, Ra 2016/17/0172, mwN).“

Der Antragsteller beantragte nunmehr beim Verwaltungsgerichtshof, dieser möge einstweilige Anordnungen, gestützt auf das Unionsrecht treffen (Antrag vom 06.02.2023), veranlassen.

Dieser Antrag wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 03.04.2023 wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

In der Folge beantragte der Antragsteller beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dieses möge eine einstweilige Anordnung auf der Grundlage des Unionsrechts treffen und führte wie folgt aus:

"Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wolle unmittelbar auf das Unionsrecht gegründet die einstweiligen Anordnungen treffen mit dem Zweck, die volle Wirksamkeit der Entscheidung in der Rechtssache der beim Verwaltungsgerichtshof zu Zl. Ra 2023/12/0019 anhängigen Revision, mit welcher die mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 16.12.2022 zur GZ: LVwG-414115/14//RK/HUE verhängten Geldstrafen (Ersatzfreiheitsstrafen) und auferlegten Kostenersatz wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) vor dem Verwaltungsgerichtshof bekämpft werden, zu sichern, somit den Vollzug der Strafe hemmen und der Revision aufschiebende Wirkung zuerkennen".

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 17.04.2023, Ro 2023/12/0010 - 0012, zu RZ 1 ausgeführt habe, dass der im dortigen Verfahren gegenständliche Antrag näher begründet sei und ergebe sich aus der Diktion des Verwaltungsgerichtshofes, wonach er begründeten Anträgen stattgibt und unbegründete abweist, dass er einstweilige Anordnungen auf Grundlage des Unionsrechtes zur Sicherung der Wirksamkeit der Entscheidungen in der Hauptsache erlassen hätte. Jedoch sei mangels Zuständigkeit eine Entscheidung nicht möglich gewesen, weil zur Bestimmung der Zuständigkeit zur Erlassung einstweiliger Anordnungen im Revisionsverfahren von der "sachnächsten" Zuständigkeit auszugehen sei, welche

dem Verwaltungsgericht zukomme, weshalb der Verwaltungsgerichtshof trotz Vorlage der Revision an diesen nicht zuständig wäre.

In der Begründung des Antrages wird nun überblicksweise vorgebracht:

Es würde das allseitige Interesse am Durchbruch des Unionsrechtes, insbesondere im Hinblick auf bereits vom Verfassungsgerichtshof festgestellte Unionsrechtswidrigkeiten des Glücksspielmonopoles, überwiegen und seien erkannte Unionsrechtswidrigkeiten des Glücksspielmonopoles dadurch umzusetzen, dass alle dieses sichernden Rechtsvorschriften des Glücksspielgesetzes betreffend das nationale Glücksspielmonopol gemäß § 3 GSpG und dessen Sicherung durch die verwaltungsstrafrechtlichen Bestimmungen der §§ 22 ff GSpG nicht angewendet werden, wozu auch die abgabenrechtlichen Bestimmungen der § 57 ff GSpG zählten.
Argumentiert wurde mit einer durch Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2022, G 259/2022, erfolgten teilweisen Aufhebung des § 25 Abs. 3 GSpG, in der Fassung BGBl. I Nr. 13/2014, betreffend den Zeitraum 01.03.2014 bis 24.01.2023. Das Glücksspielmonopol und die dieses sichernden Maßnahmen wären daher unionsrechtswidrig gewesen und liege es daher im öffentlichen Interesse, auch in dieser Hinsicht einen unionsrechtskonformen Zustand herzustellen.

Das genannte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2022 wäre übrigens mit Kundmachung des Bundeskanzlers durch BGBl. I Nr. 3/2023 vom 24.01.2023 auch ordnungsgemäß kundgemacht worden.

Im Ergebnis, wie der Antragsteller sodann weiter ausführte, würde dies auch auf den Fall gewendet bedeuten, dass einstweilige Anordnungen ausschließlich auf Grundlage des Unionsrechtes zur Sicherung der Durchsetzung des Unionsrechtes zu treffen sind und daher eine Prüfung, ob dieser Anordnung zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen, unzulässig und demgemäß auch nicht zu prüfen wäre, ob nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit dem Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses oder mit der Ausübung der durch das angefochtene Erkenntnis eingeräumten Berechtigung für den Revisionswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.
Der Verfassungsgerichtshof hätte nämlich bereits die Unionsrechtswidrigkeit festgestellt und sei damit die Herstellung des unionsrechtlich geforderten Zustandes schon für sich im öffentlichen Interesse gelegen.

II. In rechtlicher Hinsicht ist nun festzuhalten:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Entsprechung der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes mehrfach festgestellt, dass es nicht ausgeschlossen sei, auf

Grundlage der unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht auch einstweilige Anordnungen mit jener Wirkung zu treffen, dass dem Antragsteller eine Rechtsposition vorläufig eingeräumt wird, deren Einräumung mit dem Verwaltungsakt, der auf der Grundlage einer allenfalls dem Unionsrecht widersprechenden nationalen Rechtsvorschrift erging, verweigert wurde.

Auch hat der Verwaltungsgerichtshof betreffend die Zuständigkeit zur Erlassung einstweiliger Anordnungen bei aufrechtem Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass ungeachtet einer Revisionserhebung die Zuständigkeit beim Verwaltungsgericht als sachnächstes Gericht liege, welchem die sachnächste Zuständigkeit auch zukomme (so VwGH 29.10.2014, Ro 2014/05/0069; 03.04.2023, Ra 2023/12/0007 - 0009).

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sieht sich daher grundsätzlich zuständig, über den Antrag zu entscheiden:

Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 29.10.2014, Ro 2014/04/0069, wie folgt aus:

„Nach der Rechtsprechung des EuGH können die nationalen Gerichte einstweilige Anordnungen nur unter den Voraussetzungen treffen, die für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Gerichtshof gelten. Zu diesen Voraussetzungen gehören die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Erlassung der einstweiligen Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht („fumus boni iuris“), das Feststehen der Dringlichkeit im Sinne der Verhinderung des Eintritts eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens beim Antragsteller und gegebenenfalls die Abwägung aller bestehenden Interessen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen ist, wenn eine von ihnen fehlt. Im Rahmen der Gesamtprüfung, die im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorzunehmen ist, verfügt der zuständige Richter über ein weites Ermessen, und er kann im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls die Art und Weise, in der die verschiedenen Voraussetzungen für die Gewährung der genannten einstweiligen Anordnungen zu prüfen sind, sowie die Reihenfolge dieser Prüfung frei bestimmen, da keine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts ihm ein feststehendes Prüfungsschema für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer vorläufigen Entscheidung vorschreibt (vgl. den hg. Beschluss vom 13. Oktober 2010, Zl. 2010/12/0169, mwN, unter anderem auf Rechtsprechung des EuGH; vgl. zwischenzeitlich etwa den Beschluss des Vizepräsidenten des EuGH vom 8. April 2014 in der Rechtssache C-78/14 P-R, Kommission gegen ANKO AE, Randnr. 14, mwN auf die Rechtsprechung des EuGH).

Wesentliche Voraussetzung ist somit u.a. das Feststehen der Dringlichkeit im Sinne der Verhinderung des Eintritts eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens beim Antragsteller.“

Auch bereits in seinem Beschluss vom 13.10.2010, 2010/12/0169, wies der Verwaltungsgerichtshof darauf hin, dass die genannten Voraussetzungen

kumulativ vorliegen müssen, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen ist, wenn eine von ihnen fehlt.
Auch gemäß Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.10.2014, Ro 2014/04/0069, müssen diese Voraussetzungen für die Gewährung kumulativ vorliegen und ist der Antrag bereits zurückzuweisen, wenn eine der kumulativen Voraussetzungen für einen derartigen Antrag nicht gegeben ist.

Für das Verwaltungsgericht gibt es keinen Anlass, von den in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eindeutig definierten Voraussetzungen für die Erlassung einstweilige Anordnungen abzugehen.

Gegenständlich gelingt es dem Antragsteller nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes bereits nicht, aus der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2022, G 259/2022, die Unionsrechts-widrigkeit des Glücksspielgesetzes an sich abzuleiten, sondern nur hinsichtlich von Teilen einer speziellen Bestimmung betreffend den Schutz von Spielbankbesuchern im weiteren Sinne. Es ist aber kein hier rechtlich relevanter Zusammenhang mit der gegenständlichen Frage darin erkennbar.

Jedenfalls kann fallbezogen sicherlich nicht, worauf der Antragsteller abzuzielen scheint, aus diesem Umstand der Aufhebung von einigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes der Umkehrschluss gezogen werden, das gesamte Glücksspielgesetz sei unionsrechtswidrig. Sämtliche darin vorgesehenen Maßnahmen wären als nicht dem effektiven Spielerschutz dienend zu qualifizieren, geschweige denn, nach dem Grundsatz "fumus boni juris" würden die derart vorgebrachten Bedenken bereits eine rechtlich genügende Handhabe dafür sein, dem Antrag auf Erlassung einstweiliger Anordnungen nach EU-Recht mit dem Ziel des Antragstellers, der Revision aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, ohne Vorliegen weiterer Voraussetzungen zu entsprechen.

Somit muss dem Antragsteller insoferne bereits entgegengetreten werden, als dieser die Prüfung der Voraussetzungen für den vorläufigen Rechtsschutz, wie beantragt, deswegen *"als nicht erforderlich"* erachtet, da dieser auf der Grundlage des Unionsrechtes zur Sicherung dessen Durchsetzung zu treffen wäre.

Aufgehobene Teile einer fallweise nicht unmittelbar einschlägigen Bestimmung könne nämlich keinesfalls den Entfall der Prüfung von materiellen Antragsvoraussetzungen bewirken, welche durch die Höchstgerichte des nationalen und des EU-Rechtes statuiert wurden, und wird somit keinesfalls eine in diesem Zusammenhang "erschütterte Rechtsgrundlage" per se nach punktueller Aufhebung nur einzelner Bestimmungen gesehen.

Das Landesverwaltungsgericht bleibt bei der nun mehrfach dargelegten Rechtsansicht, dass der Entfall der dargelegten Kriterien für die Zuerkennung der

aufschiebenden Wirkung der Revision letztlich nicht überzeugend herbeiargumentiert wurde.

Im Zusammenhang wird noch darauf hingewiesen, dass der vom Antragsteller vorgelegte "Glücksspielbericht 2019 bis 2021" im Zusammenhang mit der dort zum Thema gemachten "aufgehobenen Bestimmung" des § 22 GSpG an der dort angegebenen Stelle (Seite 11) die beschriebene "Darlegung des Bundesministeriums für Finanzen" tatsächlich nicht enthält.

Abschließend wird festgehalten, dass der Antragsteller jedwede Bezugnahme auf seine persönlichen Situation und die ihm konkret drohenden Schäden, die unwiederbringlich wären, unterlassen hat und ist, wozu auf die Begründung des Beschlusses des Verwaltungsgerichtshofes vom 31.01.2023 betreffend den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Revision verwiesen wird, auszuführen, dass weder die hier darzulegenden wirtschaftlichen Verhältnisse (eben auf Grund anderer Rechtsansicht des Landesverwaltungsgerichtes) hier eine entsprechende argumentative Untermauerung durch den Antragsteller gefunden haben und sind auch mit den dort im Beschluss genannten möglichen Zahlungserleichterungen durch Gewährung von Teilzahlungen und Belassen des notwendigen Unterhaltes solche Umstände aufgezeigt worden, die im Ergebnis für den Antragsteller günstig sind, welcher im Übrigen nicht dargelegt hat, dass er sich etwa vergeblich um eine Bewilligung eines Zahlungsaufschubes oder die Entrichtung in Teilbeträgen oder eine Verminderung bemüht hätte.

Es ist somit davon auszugehen, dass jedwede Konkretisierung in Bezug auf die materiellen Anspruchsvoraussetzungen auf Grund andersartiger Rechtsansicht des Antragstellers offenbar unterlassen wurde, weshalb davon auszugehen ist, dass keinerlei Voraussetzungen für einen derartigen Antrag letztlich genannt wurden, sodass der Antrag zurückzuweisen ist.

Hingewiesen wird darauf, dass es dem Antragsteller frei steht, bei der belangten Behörde einen Zahlungsaufschub oder die Entrichtung der Geldstrafe in Teilbeträgen zu verlangen.

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. 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

Dr. Kapsammer