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-413920/16/RK/FE

Datum:
Linz, 14. Februar 2024

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Kapsammer über den Antrag des Herrn W M, T, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M, W, auf Aufhebung (u.A.) des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 07.01.2021, Zl. VStV/920302009299/2020, in der Fassung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 25.03.2022, GZ: LVwG-413920/11/RK/HUE, wegen Unionsrechtswidrigkeit den

B E S C H L U S S

I. Der Antrag auf Aufhebung des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 07.01.2021, Zl. VStV/920302009299/2020, in der Fassung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 25.03.2022, GZ: LVwG-413920/11/RK/HUE, wird als unbegründet abgewiesen.

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 Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 07.01.2021, Zl. VStV/920302009299/2020, wurden über Herrn W M (im Folgenden: Antragsteller) 12 Geldstrafen von jeweils 6.000 Euro und 12 Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 60 Stunden verhängt.

Der Vorwurf lautete auf Zugänglichmachung von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, und zwar, in der Zeit vom 01.10.2020 bis 28.10.2020 im Lokal "S" in Linz.

Die gegen dieses Straferkenntnis erhobene Beschwerde vom 03.02.2021, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurde, hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung vom 11.02.2022 mit Erkenntnis vom 25.03.2022 dem Grunde nach abgewiesen und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die 12 Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 34 Stunden herabgesetzt wurden und eine geringfügige Spruchkorrektur erfolgte.

In der Folge hat die Landespolizeidirektion Oberösterreich den Strafvollzug gemäß § 29a Verwaltungsstrafgesetz (VStG) an die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen übertragen, welche das Vollstreckungsverfahren unter der GZ: BHGR/922080022268/22 eingeleitet hat.

Mit Eingabe vom 09.05.2023 hat der Antragsteller unter Bezugnahme unter anderem auf die genannte Zahl der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen beantragt, das zugrundeliegende Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen, GZ: BHGR/922080022268/22, aufzuheben.

Im Antrag wurde ausgeführt, dass das in der Strafsache ergangene Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes, als auch das ursprüngliche Straferkenntnis aufzuheben seien.
Begründet wurde der Antrag im Wesentlichen damit, dass der Verfassungsgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung vom 14.12.2022, G259/2022, näher bezeichnete Teile des § 25 Abs. 3 Glücksspielgesetz aufgehoben hätte, weil der unionsrechtlich gebotene Spielerschutz in der genannten Bestimmung nicht in einer dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden Weise verwirklicht worden wäre. Da sich aus der Entscheidung eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes ergebe, werde unter Bezugnahme

auf die Judikatur des EuGH vom 13.01.2004, C-453/00 (Kühne & Heitz), die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt.

II. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den gegenständlichen Verfahrensakt, insbesondere in das Straferkenntnis der belangten Behörde (Landespolizeidirektion Oberösterreich), das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 25.03.2022 und in den verfahrensgegenständlichen Antrag.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte mangels Antragstellung insoferne unterbleiben, als die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und überdies nur Rechtsfragen zu klären waren.

Es ergibt sich ein widerspruchsfreier Sachverhalt.

III. Rechtliche Erwägungen:

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen:

Wenn der Antragsteller vorerst die Aufhebung des Straferkenntnisses der Landepolizeidirektion Oberösterreich ("ursprüngliches Straferkenntnis"), wie oben bereits näher ausgeführt, und zwar in der Fassung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich (offenbar vom 25.03.2022, GZ: LVwG-413920/11/RK/HUE), wegen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes im Wesentlichen mit Verweis auf eine aktuelle Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2022 verlangt, mit welchem er nähere Teile des § 25 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes aufgehoben hat, weil der unionsrechtlich gebotene Spielerschutz in der genannten Bestimmung nicht in einer dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden Weise verwirklicht wurde und dies unter Bezugnahme auf eine Judikatur des EuGH, wie oben schon ausgeführt, vom 13.01.2004, C-453/00, argumentiert, so ist dazu wie folgt auszuführen:

Der EuGH hatte in der angesprochenen Entscheidung vom 13.01.2004 über eine Vorlagefrage nur dahingehend abzusprechen, ob das Gemeinschaftsrecht eine Behörde dazu verpflichtet, einen bestandskräftigen Bescheid zurückzunehmen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechtes im Sinne einer Auslegung auf Grund eines späteren Vorabentscheidungsersuchens sicherzustellen.
Dies stellte die entscheidende Rechtsfrage im Verfahren dar.

Der EuGH führte ganz grundsätzlich aus, dass die Rechtssicherheit zu den anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Gemeinschaftsrecht gehöre und die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung, die nach Ablauf einer angemessenen Klagefrist und Erschöpfung des Rechtsweges eingetreten ist, wesentlich zur Rechtssicherheit beitrage.
Daher würde das Gemeinschaftsrecht eine Verwaltungsbehörde nicht dazu verpflichten, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen.

Der EuGH hat im Ergebnis unter Bezugnahme auf die Vorlagefrage des vorlegenden Gerichtes den Grundsatz entwickelt, dass jener der Zusammenarbeit - eine Verwaltungsbehörde (auf einen entsprechenden Antrag hin) nur verpflichten würde, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmungen Rechnung zu tragen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. Die Behörde ist nach nationalem Recht befugt, diese Entscheidung zurückzunehmen.
2. Die Entscheidung ist infolge eines in letzter Instanz ergangenen Urteiles eines nationalen Gerichtes bestandskräftig geworden.
3. Das ergangene Urteil in letzter Instanz hat auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechtes beruht, ohne dass der Gerichtshof um eine Vorabentscheidung ersucht wurde. wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofes zeigt.
4. der Betroffene hat sich unmittelbar nach Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofes an die Verwaltungsbehörde gewandt.

Nach dem Gesagten ist jedenfalls die Befugnis einer Einrichtung, bei der die Aufhebung ihrer Entscheidung beantragt wurde, nach nationalem Recht diese Entscheidung zurückzunehmen, zentrale und wesentliche Voraussetzung.

Dieser Grundsatz, wonach eine Behörde nur dann eine Rücknahmeverpflichtung hat, wenn diese nach nationalem Recht dazu befugt ist, wurde durch nachfolgende, aus 2006 stammende, Urteile in den Rechtssachen Kapferer (EuGH 16.03.2006, C-234/04, Slg. 2006, I-2585, RZ 23) und i-21 Germany GmbH und Arcor AG & Co KG (EuGH 19.09.2006, C-392/04, C-422/04, Slg. 2006, I-8559, RZ 63) näher präzisiert.
Der EuGH hat im Urteil Kapferer klar ausgesprochen, dass nationale Gerichte unionsrechtlich nicht verpflichtet seien, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, auf Grund deren eine Entscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch auf einen Verstoß gegen Unionrecht hin argumentiert wird.

Es ist daher davon auszugehen, dass grundsätzlich keine unionsrechtliche Verpflichtung besteht, rechtskräftige Entscheidungen nochmals zu prüfen und

abzuändern oder aufzuheben, wenn ein späteres Vorabentscheidungsverfahren zu einer anderen Rechtsauslegung geführt hat als jener, die dem rechtskräftig gewordenen Bescheid (hier etwa dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes) zugrunde gelegt worden ist.

Im Weiteren ist daher davon auszugehen, dass das Unionsrecht nicht verlangt, dass rechtskräftige Bescheide der nationalen Verwaltungsbehörden (auch Entscheidungen der Verwaltungsgerichte) jedenfalls zurückgenommen werden müssten, wenn sie gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstoßen. Voraussetzung für eine derartige Rücknahmepflicht ist nämlich gemäß dem Grundsatz der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten die jederzeitige Existenz entsprechender nationaler Vorschriften, welche die Durchbrechung der Rechtskraft (eben innerstaatlich) vorsehen.
Gibt es derartige nationale Vorschriften betreffend die Durchbrechung der Rechtskraft, müssen sie demgemäß bei der Durchsetzung von Urteilen des EuGH, wie des Unionsrechts allgemein, genauso zur Anwendung kommen wie bei der Durchsetzung von staatlichem Recht (vgl. hierzu *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68, Rz 149 f [Stand: 01.03.2018, rdb.at]).

Die Lösung dieser Frage führt nach dem oben Gesagten zur Betrachtung der innerstaatlichen Vorschrift des § 68 Abs. 2 AVG, welche unter bestimmten Voraussetzungen eine Behörde dazu ermächtigt, einen bereits rechtskräftigen Bescheid aufzuheben.

Für den gegenständlichen Antrag auf Aufhebung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung durch das erkennende Verwaltungsgericht selbst ist auszuführen, dass § 68 AVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht anzuwenden ist, was sich aus § 17 VwGVG ergibt.

Zu denken wäre im Zusammenhang an die Bestimmung des § 32 VwGVG betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens, welche eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 38 AVG für eine Wiederaufnahme bietet, wozu der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung VfSlg. 18.797/2009 - unter Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer derartigen Bestimmung betreffend die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens für Fälle, in denen sich aus der nachträglich ergangenen Entscheidung des EuGH eine andere Auslegung einer früheren Entscheidung ergab, - unter anderem ausgesprochen hat, dass es sich bei einer späteren Vorabentscheidung des EuGH nicht um eine in diesem Sinne nachträgliche abweichende Entscheidung einer Vorfrage und auch nicht um eine neu hervorgekommene Tatsache etwa handelt, auf die die Wiederaufnahme des Verfahrens etwa gestützt werden könnte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in der Entscheidung VwSlg. 8471 F/2009 im Ergebnis dieser Auffassung angeschlossen und ausgesprochen, dass im

Vorabentscheidungsverfahren ergangene Urteile des EuGH betreffend die Auslegung des Unionsrechtes in diesem Sinne keinen *"Wiederaufnahmegrund der abweichenden Vorfragenentscheidung"* darstellen würden.

Auch könne deswegen nicht von einer planwidrigen Lücke, die durch Analogie allenfalls geschlossen werden müsste, gesprochen werden, da eben das Unionsrecht nicht verlange, dass die im nationalen Recht vorgesehene Rechtskraft durchbrochen werden müsste (hierzu auch *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68, Rz 154 [Stand: 01.03.2018, rdb.at]).

Diese Ansicht hat der Verwaltungsgerichtshof betreffend die Nichteröffnung einer Möglichkeit, gemäß § 32 Abs. 1 Z 3 VwGVG für die Verwaltungsgerichte im Wege der Wiederaufnahme eines Verfahrens ein bereits rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Erkenntnis wegen der abweichenden Rechtsfragenlösung zu durchbrechen, in einer jüngst ergangenen Entscheidung erneut bestätigt.

Somit ist davon auszugehen, dass eine allfällige abweichende Auslegung des Gemeinschaftsrechtes eine Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nicht zu begründen vermag, möge der betreffenden Rechtsanschauung des EuGH auch bindende Wirkung für zukünftige gleichgelagerte Verfahren zukommen (hierzu explizit VwGH 12.04.2021, Ra 2020/11/0070).

In der Angelegenheit ist weiter auszuführen, dass in der genannten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2022, G 259/2022, dieser Teile des § 25 Abs. 3 Glücksspielgesetz aufgehoben hat, weil der unionsrechtlich gebotene Spielerschutz in der angefochtenen Bestimmung nicht in einer sachlichen Weise verwirklicht wurde.
Es haben aber sowohl der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, als auch der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung VfSlg. 20.101/2016 jeweils ausgesprochen, dass das in Österreich geltende Glücksspielmonopol deswegen nicht den unionsrechtlichen Vorgaben widerspreche, 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 würden.
Lediglich vor diesem Hintergrund erweist sich die angefochtene Bestimmung in ihrer Ausgestaltung als gleichheitswidrig wegen Unsachlichkeit, 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.

Der Antragsteller verkennt mit seiner Argumentation den Umstand, dass der Verfassungsgerichtshof konkret nur Teile des § 25 Abs. 3 Glücksspielgesetz deswegen aufgehoben hat, weil die dortigen Schutz- und Sorgfaltspflichten der

Leitung von Spielbanken zum Teil so ausgestaltet waren, dass sie den effektiven Spielerschutz nicht gedient haben.

Ein Umkehrschluss dahingehend, dass das gesamte Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig sei, weil sämtliche darin vorgesehenen Maßnahmen als nicht dem effektiven Spielerschutz dienend zu qualifizieren wären, ist jedoch unzulässig.

Der Antragsteller wurde im zugrundeliegenden Strafverfahren deswegen bestraft, weil er es als zur Vertretung nach außen gemäß § 9 VStG berufenes Organ des Unternehmens S GmbH als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu vertreten hätte, dass das Unternehmen verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hätte, wofür keine Konzession nach dem Glücksspielgesetz erteilt worden wäre.

Es ist jedenfalls keinerlei Abgehen des Verfassungsgerichtshofes im Zusammenhang von seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach das in Österreich geltende Glücksspielmonopol etwa deswegen nicht den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen würde, 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 tatsächlich verfolgt würden, ersichtlich.

Insbesondere ergibt sich aus der Entscheidung aus der teilweisen Verfassungswidrigkeit des § 25 Abs. 3 Glücksspielgesetz nicht etwa eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes oder Glücksspielmonopols als solchem.

Mit der Argumentation im gegenständlichen Antrag ist daher für den Antragsteller schon deswegen nichts zu gewinnen, weil die nunmehr aufgehobenen Teile des § 25 Abs. 3 Glücksspielgesetz im - im konkreten Fall zugrundeliegenden - Strafverfahren gar nicht verfahrensgegenständlich waren, zumal die dortigen Regelungen, was bereits ausgeführt wurde, insbesondere den Spielerschutz bei konzessionierten Spielbanken zum Gegenstand hatten, wohingegen im vorliegenden Fall die Strafbarkeit im Wesentlichen im Nichtvorhandensein einer Glücksspielkonzession gründet.

Auch ist unmissverständlich auszuführen, dass der allfällige Antrag auf Aufhebung des Straferkenntnisses der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 07.01.2021, Zl. VStV/920302009299/2020, nach der Judikatur des EuGH (Kühne & Heitz) nur von der erlassenden Behörde selbst zurückgenommen werden soll.

Zuständig für den konkreten Antrag wäre somit die bescheiderlassende Behörde.

Dazu ist aber auch auszuführen, dass mit der meritorischen Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich im gegenständlichen Verfahren mit Erkenntnis vom 25.03.2022, GZ: LVwG-413920/11/RK/HUE, das Straferkenntnis der belangten Behörde aus dem Rechtsbestand ausgeschieden ist (gemäß VwGH v. 08.03.2021, Ra 2018/16/0109), sodass dieses als zwingende Voraussetzung die Durchschreitung des Instanzenzuges bestimmt und kann das Erkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich mangels Existenz nicht mehr aufgehoben werden.

Noch einmal ist aber darauf zu verweisen, dass, wozu auf die obige umfangreiche Begründung zu verweisen ist, im gegebenen Zusammenhang hinsichtlich der inhaltlichen Prüfung betreffend eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit, die zur Aufhebung dieser Entscheidung durch die belangte Behörde führen könnte, vor dem Hintergrund der obigen umfangreichen Ausführungen festzustellen ist, dass schon in gesetzesinhaltlicher Hinsicht das Antragsziel als verfehlt gelten muss, weshalb die beantragte Aufhebung nicht in Frage kommen kann.
Es war daher 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. 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