

Geschäftszeichen:

LVwG-BN-14-0212

Datum:

02. Dezember 2015

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch HR Mag. Parich-Gabler als Einzelrichterin über die Beschwerde des Herrn ***, vertreten durch ***, Rechtsanwalt in ***, ***, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom ***, Zl. ***, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG), den

BESCHLUSS

gefasst:

1. Das Verfahren wird gemäß § 34 Abs. 1 Z. 3 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wegen eines beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahrens betreffend das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, zur Zl. LVwG-410472/19/HW, in dem dieselbe Rechtsfrage wie in dem beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich anhängigen Verfahren zu lösen ist, und weil beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine erhebliche Anzahl von Verfahren anhängig ist, in denen dieselbe Rechtsfrage zu lösen ist, ausgesetzt, da eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Lösung dieser Rechtsfrage fehlt.

Begründung:

1. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom ***, Zl. *** wurde über den Beschuldigten als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der *** mit Sitz in ***, ***, wegen einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG eine Geldstrafe in der Höhe von 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 336 Stunden) verhängt und zwar weil dieser im Lokal der *** in ***, ***, zwei Geräte mit der Gehäusebezeichnung „Mainvision“ seit dem *** bis zum *** (Tag der Kontrolle durch die Organe der Finanzaufsicht) auf eigene Gefahr und eigenes Risiko betrieben hat und damit Glücksspiele mit dem Vorsatz veranstaltet hat, fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung dieser vom Inland aus verbotenen Ausspielungen zu erzielen.

2. Zum Beschwerdevorbringen:

In seiner rechtzeitig gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Beschwerde beantragt der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, dass es sich bei gegenständlichen Geräten um keine Glücksspielautomaten gehandelt hätte, weswegen kein Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliege, die Tatanlastung sei unschlüssig, im Bescheid sei nicht einmal eine Beschreibung der angeblich zugänglich gemachten Ausspielungen zu entnehmen, die Behörde sei zur Entscheidung in der Sache unzuständig gewesen, da nicht nur geringe Beträge geleistet hätten werden können, sondern den Erhebungen der Abgabenbehörde folgend Einsätze von bis zu 15 Euro möglich gewesen seien, weswegen eine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit nicht vorliege. Die Kriterien zum Schuldausschließungsgrund nach § 9 Abs. 2 StGB seien auf den Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG in gleicher Weise anzuwenden. Selbst wenn die Tatbestände der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht verwirklicht worden wären, liege bei richtiger rechtlicher Beurteilung der Schuldfrage in subjektiver Hinsicht jedenfalls der Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG vor, da der Beschuldigte aufgrund der einhelligen Lehrmeinung und Gutachten zum unionsrechtlichen

Anwendungsverbot der das Glücksspielmonopol durchsetzenden Strafbestimmungen darauf vertraut habe, und infolge der wohl nicht anzuzweifelnde Kompetenz der wissenschaftlich höchst renommierten Autoren auch berechtigterweise darauf vertrauen habe dürfen, dass ihm das hier nunmehr als Verwaltungsübertretung zur Last gelegte Verhalten weder einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz darstelle, noch sonst rechtswidrig sei.

Selbst für den Fall, dass der Beschuldigte die ihm angelastete Verwaltungsübertretung zu verantworten hätte, sei das Straferkenntnis aufzuheben und das gegen ihn eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, da mit einem Straferkenntnis in unvertretbarer Rechtsansicht gegen das unionsrechtlich begründete Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG verstoßen werden würde. Das im GSpG verankerte Monopolsystem verfolge nur vordergründig das Ziel des Spielerschutzes und nicht wirklich das Ziel einer Kriminalitätsbekämpfung, sondern in erster Linie vielmehr das Ziel einer Maximierung der Staatseinnahmen, sodass vor diesem Hintergrund die derzeit bestehende Monopolregelung in Verbindung mit dem unter einem zu dessen Effektuierung institutionalisierten strikten Sanktionensystem insgesamt gesehen unverhältnismäßig sei. Entsprechend den vom EuGH in seinem Urteil vom 30.04.2014, C-390/12 getroffenen Feststellungen widerspreche daher eine solche nationale Regelung dem Art. 56 AEUV, da eine Regelung eines Mitgliedsstaates wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Betrieb von Glücksspielautomaten ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbiete, eine Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs darstelle, es erweise sich sohin vor dem Hintergrund der Unvereinbarkeit des Monopolsystems des GSpG auch das darauf fußende Sanktionensystem als unionsrechtswidrig. Auch der Oberste Gerichtshof habe schon in seinem Beschluss vom 27.11.2013, 2 Ob 243/12t dargelegt, dass das Glücksspielmonopol des GSpG und das darauf basierende Konzessionensystem prinzipiell der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit widerstreite. Der EuGH habe in seiner ab dem Jahr 2010 ergangenen Judikatur im Bereich des Glücksspiels ein sehr präzises Prüfprogramm entwickelt, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise eine Monopol- oder Alleinkonzessionsregelung als solche – die ja als solche schon eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehr darstelle – zulässig sei und habe ausgesprochen, dass nationale Gerichte und Behörde

zwingend zu prüfen hätten, ob vom Mitgliedsstaat der Nachweis geführt werden könne, dass die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht im betreffenden Mitgliedsstaat ein Problem waren und nur eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätten abhelfen können. Es sei zu prüfen, ob vom Mitgliedstaat der Nachweis geführt werden könne, dass die Geschäftspolitik des Konzessionär, insbesondere seine Werbeaktivitäten, maßvoll und begrenzt sind und ob das Gesamtsystem der innerstaatlichen Glücksspielregelungen vor dem Hintergrund der konkreten Anwendungspraxis den Vorgaben des EuGH seiner rechtlichen und praktischen Kohärenz genügt. Die Vornahme dieses Prüfprogramms sei für die Beurteilung der Unionsrechtskonformität – und damit der Anwendbarkeit – des österreichischen Glücksspielmonopols unerlässlich.

Die Bezirkshauptmannschaft X hat ihren Akt mit der Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat am *** eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf sein ergänzendes Vorbringen zur Unionswidrigkeit des Glücksspielgesetzes verwies und zudem auf die offensive Werbepolitik der *** und der *** verwies.

4. Rechtslage:

Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob das Unionsrecht im konkreten Fall überhaupt anzuwenden ist, was auf Sachverhalte ohne Auslandsbezug nicht zutrifft. Die Veranstalterin der Ausspielungen hat ihren Sitz in der Slowakei und gegenständlich den Ort ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in das Inland verlegt. Somit weist der vorliegende Fall Unionsrechtsbezug auf.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zuletzt (vgl. die Erkenntnisse vom 15.12.2014, Ro 2014/17/0121, und vom 29.5.2015, Ro 2014/17/0049) ausgesprochen, dass das

Verwaltungsgericht von Amts wegen wahrzunehmen hat, wenn eine in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehene Regelung gegen das Unionsrecht verstoßen sollte und deswegen unangewendet zu bleiben hätte. Nicht sämtliche nationalen Vorschriften auf dem Gebiet des Glücksspielwesens haben unangewendet zu bleiben, wenn nur eine Regelung nicht unionsrechtskonform ist, sondern nur jene Rechtsvorschriften, die im Widerspruch zum Unionsrecht stehen (VwGH-Erkenntnis vom 30.6.2015, RO 2015/17/0012). Ein Verstoß gegen eine Regelung im Glücksspielbereich kann nicht zu Sanktionen führen, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist (vgl. VwGH vom 29.5.2015, Ro 2014/17/0049).

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seinen Urteilen vom 15.9.2011, Rs C-347/09 (Dickinger und Ömer), und vom 30.4.2014, Rs C-390/12 (Pfleger), die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers - Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung - sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig gemacht. Nach ersterem EuGH-Urteil ist zu prüfen, ob die Geschäftspolitik des Inhabers des Monopols sowohl hinsichtlich des Umfangs der Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann und ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem waren und eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können; dabei muss die Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken, und darf nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Nach letzterem EuGH-Urteil muss das Gericht eine „Gesamtwürdigung der Umstände“ vornehmen, unter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird; so ist z.B. zu erheben, ob die Kriminalität

und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten.

Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen, soweit kein Erkenntnis zu fällen ist, durch Beschluss.

Gemäß § 34 Abs. 3 Z. 1 VwGVG kann das Verwaltungsgericht ein Verfahren über eine Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG mit Beschluss aussetzen, wenn vom Verwaltungsgericht in einer erheblichen Anzahl von anhängigen oder in naher Zukunft zu erwartenden Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen ist und gleichzeitig beim Verwaltungsgerichtshof ein Verfahren über eine Revision gegen ein Erkenntnis oder einen Beschluss eines Verwaltungsgerichtes anhängig ist, in welchem dieselbe Rechtsfrage zu lösen ist.

5. Erwägungen:

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, ZI. LVwG-410472/19/HW, sprach dieses Gericht aus, dass das österreichische Glücksspielgesetz unionsrechtskonform sei. Dazu ist eine Revision anhängig, es erfolgte noch keine Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof.

Zumal beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zahlreiche weitere Verwaltungsstrafverfahren nach dem Glücksspielgesetz anhängig sind, in welchen die Rechtsfrage, ob die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht vereinbar sind, zu lösen ist und diese Frage eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist, liegen die Voraussetzungen gemäß § 34 Abs. 3 VwGVG vor, weswegen das gegenständliche Verfahren ausgesetzt wird.

Das Verwaltungsgericht hat dem Verwaltungsgerichtshof das Aussetzen des Verfahrens unter Bezeichnung des beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahrens mitgeteilt.

6. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die Revision ist nicht zulässig, da es sich bei der gegenständlichen Entscheidung um einen verfahrensleitenden Beschluss handelt und somit gemäß § 25a Abs. 3 VwGG eine Revision ausgeschlossen ist. Dieser Beschluss kann in der Revision gegen das in der Rechtssache erledigende Erkenntnis angefochten werden.