

Zur Vorlage an die jeweilige
Behörde bzw. deren Vertreter

Wien, am 14.02.2018

Betreff: Einschreiten durch Behörden / Organe trotz bestehender
Unionsrechtswidrigkeit der Regelungen im GSpG

Sehr geehrte Damen und Herren !

1. Nach § 302 StGB ist ein Beamter mit Freiheitsstrafe zu bestrafen, der mit dem Vorsatz, dadurch einen Staatsbürger in seinen unionsrechtlich gewährleisteten Rechten zu schädigen, indem er seine Befugnis wissentlich missbraucht. Die Regelung lautet:

§ 302. (1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat bei der Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

2. Ob der Tatbestand dieser auf Vorsatz beruhenden Strafnorm bereits im Rahmen einer Kontrolle nach dem GSpG bzw. einem Vollzug nach dem VStG und/oder einer Vorführung zum Strafantritt erfüllt ist, mag dahingestellt sein. Denn diese Strafnorm ist jedenfalls dann erfüllt, wenn die Amtshandlungen auch nach Durchsicht dieses Schreibens anhalten.
3. Sollten Sie dennoch an Ihrer irrigen Rechtsansicht festhalten, dass Kontrollen nach dem GSpG / Beschlagnahmen / Betriebsschließungen / Straferkenntnisse / Zwangsstrafen / Vorführungen zu Ersatzfreiheitsstrafen (alle betreffend das österr. GSpG) rechtlich gedeckt und somit in Ordnung sind, ist von einem **wissentlichen Missbrauch Ihrer Befugnis zur Vollziehung von Amtsgeschäften mit dem Vorsatz auszugehen**, Menschen in ihren unionsrechtlich gewährleisteten Rechten zu schädigen. Die Rechte der Bürger aus dem Unionsrecht sind – das kann Ihnen nach über 20 Jahren Mitgliedschaft Österreichs in der Europäischen Union nicht entgangen sein – höherrangig als nationales Recht und stehen der Anwendung / Vollziehung eines unionsrechtswidrigen Bescheides, aber auch dem Einschreiten nach einer unionsrechtswidrigen Norm zum Nachteil der Bürger entgegen. Dieser Anwendungsvorrang ist auch von jedem Beamten als Amtswalter zu beachten.
4. Dies vorausgeschickt, erläutere ich Ihnen die unionsrechtlich geprägte wirkliche Rechtslage:
5. Die von Ihnen verfolgten Personen sind im Schutzbereich des freien Dienstleistungsverkehrs tätig. Nach der insoweit maßgeblichen Vorschrift des Artikels 56 AEUV sind Ihnen als Amtswalter und/oder Beamter Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs „verboten“.
6. Art. 56 AEUV richtet sich an jede staatliche Stelle in den 28 EU-Mitgliedstaaten und hat folgenden Wortlaut: „Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.“

7. Auf diese Verbotsvorschrift kann sich der Bürger Ihnen sowie jeder anderen staatlichen Stelle gegenüber berufen. Das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr ist bekanntlich unmittelbar anwendbar. D.h., zur Anwendbarkeit des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr bedarf es weder einer behördlichen noch einer gerichtlichen Bestätigung durch österreichische staatliche Stellen.
8. Der Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV steht auch nicht entgegen, dass die Bürger im österreichischen Inland ansässig sind. Zum einen ist in Österreich die so genannte Inländerdiskriminierung bekanntlich verboten (Art 7 B-VG). Zum anderen findet das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr immer auch dann Anwendung in rein innerstaatlichen Sachverhalten, wenn – wie hier – die beschränkte Dienstleistung auch für Unternehmen interessant ist, die ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben (so genanntes „gesichertes grenzüberschreitendes Interesse“, Vgl. nur EuGH, Coname, Parking Brixen).
9. Die an Sie gerichtete Verbotsvorschrift des Art. 56 AEUV steht wie gesagt über nationalem Recht, auch über nationalem Verfassungsrecht (EuGH, Kreil) und kann auch nicht durch ein nationales Verfassungsgericht ausgehebelt werden. Art. 56 AEUV muss von jedem Amtswalter gegenüber jeder nationalen Beschränkung unabhängig von der Rechtsqualität dieser Beschränkung vorrangig angewendet werden. Jede nationale Beschränkung, auch wenn sie Verfassungsrang hat oder in einem rechtskräftigen und durch Höchstgerichte bestätigten Bescheid besteht, die mit der an Sie gerichteten höherrangigen Verbotsvorschrift des Art. 56 AEUV kollidiert, darf von Ihnen nicht angewendet werden.
10. Diese Konsequenz des Beitritts Österreich zur EG bzw. jetzt Europäischen Union kann Ihnen nicht entgangen sein. Der Gerichtshof hat schon 1999 in der Entscheidung Ciola (C-224/97) erläutert, dass aus unionsrechtswidrigen Gesetzen und/oder Behördenmaßnahmen, auch wenn sie rechtskräftig/bestandskräftig sind, Unionsbürgern keine Nachteile erwachsen dürfen. Vielmehr müssen sich Amtswalter, so der Gerichtshof wörtlich, dem höherrangigen Unionsrecht „beugen“.
11. Anstatt das Unionsrecht zum Nachteil der Bürger zu beugen und teilweise durch rechtswidrigen Vorführungen zum Strafantritt aber auch durch Kontrollen nach dem GSpG, die Bürger in ihrer Freiheit zu berauben und/oder

deren Geschäft zu zerstören, haben Sie daher die oben angeführten Bestimmungen unangewendet zu lassen.

12. Zur Vereinfachung darf ich einige Passagen aus dem Urteil des EuGH in der Sache Ciola zitieren. Damals hatte Österreich vor dem EuGH geltend gemacht, der Anwendungsvorrang des Unionsrechts würde nur nationale Gesetze, nicht aber Verwaltungsentscheidungen betreffen. Der EuGH tritt dem selbstverständlich entgegen und führt aus:

„24. Nach Ansicht der österreichischen Regierung besteht kein Anlass, die Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts ungeprüft und uneingeschränkt auf individuell-konkrete Verwaltungsakte zu übertragen. Zur Stützung ihrer Auffassung beruft sie sich auf die Bestandskraft von Verwaltungsakten und verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zur sogenannten „Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“. Wenn dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor einem bestandskräftigen Verwaltungsakt eingeräumt würde, so könnte dies die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes oder des Schutzes wohlverworbener Rechte in Frage stellen.

25. Vorab ist mit dem Generalanwalt — Nummern 40 bis 43 seiner Schlussanträge — festzustellen, dass der Rechtsstreit nicht das rechtliche Schicksal des Verwaltungsaktes, nämlich des Bescheids vom 9. August 1990, selbst, sondern die Frage betrifft, ob ein solcher Verwaltungsakt im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Sanktion, die wegen der Nichtbeachtung einer sich aus ihm ergebenden Verpflichtung verhängt wurde, deshalb unangewendet bleiben muss, weil er mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs unvereinbar ist.

26. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen des EG-Vertrags, da sie in der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats unmittelbar gelten und da das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht vorgeht, Rechte zugunsten der Betroffenen erzeugen, die die nationalen Behörden zu achten und zu wahren haben, so dass ihnen entgegenstehende Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts aus diesem Grund unanwendbar werden (vgl. Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnr. 35).

27. Da die zwingenden Bestimmungen des Artikels 59 des Vertrages mit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar und unbedingt anwendbar geworden sind (vgl. Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305, Randnr. 13), schließt dieser Artikel die Anwendung jedes entgegenstehenden Rechtsakts des innerstaatlichen Rechts aus.

28. Für die Republik Österreich ergibt sich aus Artikel 2 der Beitrittsakte, dass die Bestimmungen des EG-Vertrags mit dem Beitritt, also am 1. Januar 1995, verbindlich geworden sind; an diesem Tag ist mithin Artikel 59 EG-Vertrag unmittelbare Rechtsquelle geworden.

29. Nachdem der Gerichtshof ursprünglich entschieden hat, dass die Verpflichtung gegebenenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die nationalen Gerichte trifft (vgl. Urteil Simmenthal, Randnr. 21), hat er in der Folge seine Rechtsprechung in zwei Richtungen konkretisiert.

30. Zum einen haben sich nämlich nach dieser Rechtsprechung alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften diesem Vorrang zu beugen, so dass sich der einzelne ihnen gegenüber auf eine solche Gemeinschaftsbestimmung berufen kann (Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839, Randnr. 32).

31. Zum anderen können die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die einer solchen Gemeinschaftsbestimmung entgegenstehen, sowohl Rechts- als auch Verwaltungsvorschriften umfassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80, Rewe, Slg. 1981, 1805, Randnr. 43).

32. Nach der Logik dieser Rechtsprechung umfassen die genannten innerstaatlichen Verwaltungsvorschriften nicht nur generell-abstrakte Normen, sondern auch individuell-konkrete Verwaltungsentscheidungen.

33. Es wäre nämlich durch nichts zu rechtfertigen, wenn dem einzelnen der Rechtsschutz, der sich für ihn aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt und den die innerstaatlichen Gerichte zu gewährleisten haben (vgl. Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89, Factortame u. a., Slg. 1990, I-2433, Randnr. 19), in einem Fall verweigert

würde, in dem es um die Gültigkeit eines Verwaltungsakts geht. Dieser Rechtsschutz kann nicht von der Art der entgegenstehenden Bestimmung des innerstaatlichen Rechts abhängen.

34. Nach alledem muss ein gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßendes Verbot, dass vor dem Beitritt eines Mitgliedstaats zur Europäischen Union nicht durch eine generell-abstrakte Rechtsvorschrift, sondern durch eine individuell-konkrete, bestandskräftig gewordene Verwaltungsentscheidung eingeführt wurde, bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Geldstrafe, die nach dem Zeitpunkt des Beitritts wegen der Nichtbeachtung dieses Verbots verhängt wurde, unangewendet bleiben.“

13. Der Vorrang des Rechts der Bürger aus Art. 56 AEUV auf freien Dienstleistungsverkehr hat mithin zur Konsequenz, dass gegen diese gerichtete Bescheide / Straferkenntnisse welche auf dem GSpG basieren auch dann, wenn diese bestandskräftig/rechtskräftig und unverjährt sein sollten, von Ihnen nicht vollstreckt werden dürfen.
14. Der eingangs angeführten Tätigkeiten der Behörden verstoßen unbestreitbar gegen das vorrangige Unionsrecht. Die Handlungen beruhen auf dem den Dienstleistungsverkehr beschränkenden österreichischen Glücksspielgesetz. Eine Legitimation des Verstoßes gegen den freien Dienstleistungsverkehr wird von Ihnen weder behauptet noch dargelegt.
15. Um die fehlende Legitimation des österreichischen Monopols zu untermauern genügt ohnehin der Hinweis auf die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Pfleger (C-390/12). Die Beschränkungen des Glücksspielgesetzes sind im Lichte der konkreten Anwendungsmodalitäten unionsrechtswidrig. Gegenteiliges wird von Ihnen nicht behauptet und schon gar nicht dargelegt, obwohl Sie insoweit in der Beweis- und Darlegungs-last sind, wie der Gerichtshof zuletzt in der Österreich betreffenden Rechtssache C-685/15 bekräftigt hat.
16. Auf dem EU-rechtswidrigen Gesetz beruhende Bescheide / Straferkenntnisse dürften nicht ergehen. Wenn sie dennoch ergehen und dennoch bestandskräftig werden, dürfen unionsrechtswidrig Bescheide ua nicht vollstreckt werden. Sie als Amtswalter haben sich dem höherrangigen Unionsrecht, um die Worte des EuGH zu verwenden, „zu beugen“.

17. Auf unionsrechtswidrig Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes, wie insbesondere die Entscheidung vom 16.3.2016 zur Rechtssache 2015/17/0022, können Sie sich nicht berufen. Falsche Entscheidungen des VwGH überlagern nicht das EU-Recht und entbinden die Verwaltung nicht davon, das vorrangige EU-Recht zu beachten.
18. Auch alle weiteren Erkenntnisse des VwGH in Parallelverfahren sind EU-rechtlich betrachtet falsch. Dies ist einfach nachzuvollziehen:
19. Auf der Basis des EuGH-Urteils in der Sache Pfleger hatte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu Recht mit Entscheidung vom 9.5.2014 im Lichte der konkreten Anwendungsmodalitäten die fehlende Legitimation des österreichischen Glücksspielmonopols bestätigt (LVwG-410286). Das Landesverwaltungsgericht hatte lediglich die zutreffend festgestellten Tatsachen unter das EuGH-Urteil in der Sache Pfleger subsumiert.
20. Zwar hatte der Bundesminister für Finanzen Revision erhoben und der Verwaltungsgerichtshof mit Entscheidung vom 15.12.2014 die Sache zur erneuten Verfahrensdurchführung an das LVwG zurückverwiesen, das LVwG erkannte daraufhin aber mit Erkenntnis vom 29.5.2015 erneut auf die Aufhebung des gegenständlichen Straferkenntnisses wegen der fehlenden Legitimation der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der daraus folgenden Unionsrechtswidrigkeit des Monopols.
21. Zwar hat der Verwaltungsgerichtshof in einem Verwaltungsstrafverfahren mit besagtem Erkenntnis vom 16.3.2016 (Ro 2015/17/022) die Entscheidung des LVwG Oberösterreich aufgehoben, dies ändert jedoch nichts an der Unionsrechtswidrigkeit und der daraus folgenden Unanwendbarkeit des österreichischen Glücksspielmonopols und darauf basierender Bescheide. Das Unionsrecht wird nicht verbindlich durch den Verwaltungsgerichtshof ausgelegt, sondern dürfte verbindlich nur durch den EuGH ausgelegt werden.
22. Dies hat der EuGH in der Rechtssache Pfleger getan und an seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, dass das österreichische Monopol – und damit eben auch darauf beruhende Bescheide – unionsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Die staatlichen Stellen haben nämlich nicht nachweisen können, dass die Kriminalität oder die Spielsucht tatsächlich ein Problem darstellen, welches ein Monopol rechtfertigt.

23. Daran hat und konnte der VwGH nichts ändern. Denn er hat ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden. An den tatsächlichen Feststellungen des Landesverwaltungsgerichts hat der VwGH deshalb nichts geändert und konnte daran auch nichts ändern. Es bleibt vielmehr dabei, dass keine Tatsachen existieren, die das Monopol unionsrechtlich legitimieren könnten.

24. Damit bleibt es auch für Sie bei der Rechtslage, dass sowohl das Glücksspielmonopol als auch darauf basierende Bescheide ua unionsrechtswidrig sind. Tatsachen, die das Monopol unionsrechtlich belastbar legitimieren könnten, liegen nicht vor und werden von Ihnen genauso wenig wie vom Verwaltungsgerichtshof behauptet.

25. Die Rechtslage, die Sie vorrangig zu beachten haben, stellt sich mithin wie folgt dar: Der Gerichtshof führt in der Rechtssache Pfleger aus:

„52: ... In vorliegendem Fall haben die nationalen Behörden nach Ansicht des vorliegenden Gerichts nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht in präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten. Das Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das wahre Ziel der fraglichen restriktiven Regelung nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in einer bloßen Maximierung der Staatseinnahmen [...].

55: Sollte das vorliegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelungen nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.“

26. Genauso verhält es sich auch hier: Im vorliegenden Fall haben sie als Behörde nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht in dem maßgeblichen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellte, welches ein Monopol legitimieren könnte. Vielmehr wissen Sie ganz genau, dass das wahre Ziel des Monopols nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in der bloßen Maximierung der Staatseinnahmen.

27. Daraus folgt, dass auch Sie zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die streitgegenständlichen Regelungen und damit auch alle damit

- zusammenhängenden Handlungen wie zB Beschlagnahmen, Kontrollen, Betriebsschließungen und die danach folgenden Vollstreckungsmaßnahmen nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sind und deshalb nicht angewendet werden dürfen.
28. Die Tatsachen, nämlich die Tatsache, dass weder die Kriminalität noch die Spielsucht ein derart erhebliches Problem darstellen, dass dem durch ein Monopol abgeholfen werden muss, stellt der Verwaltungsgerichtshof auch in seinen jüngsten Entscheidungen vom 5.2.2018 nicht in Frage. Der Verwaltungsgerichtshof könnte auch keine das Monopol legitimierenden Tatsachen feststellen. Der Verwaltungsgerichtshof ist keine Tatsacheninstanz, die einen neuen Tatsachenvortrag der beweisbelasteten Partei zur Kenntnis nimmt.
29. Jedenfalls hat der Verwaltungsgerichtshof in dem besagten Verfahren 2015/17/0022, auf welches er alle weiteren Entscheidungen stützt, keine mündliche Verhandlung durchgeführt und mithin keine neuen Tatsachen ermittelt. Der VwGH durfte deshalb in dem Erkenntnis vom 16.3.2016 nur die vom LVwG ermittelten Fakten zu Grunde legen. Aus diesen Tatsachen musste der Verwaltungsgerichtshof unionsrechtlich zwingend schlussfolgern, dass das Monopol unionsrechtlich nicht gerechtfertigt ist und damit nicht angewendet werden darf. Denn dies hatte der EuGH schon in der Rechtssache Pfleger bestätigt.
30. Kurz: Dem Verwaltungsgerichtshof ist vorzuwerfen, dass er das Unions-recht in seiner verbindlichen Auslegung durch den EuGH willkürlich missachtet. Die beim VwGH agierenden Richter erschüttern damit zwar nachhaltig das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz, hebeln aber den Anwendungsvorrang des EU-Rechts nicht aus.
31. Für Sie als Beamte bedeuten die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes, mit denen Straferkenntnisse und / oder Bescheide bestätigt werden, rechtlich betrachtet also nichts. Für Sie ist nur das höherrangige Unionsrecht in der Auslegung durch den EuGH maßgeblich. Sie müssen aus eigener Entscheidungskompetenz heraus dem Unionsrecht entgegenstehende Bestimmungen und darauf beruhende Bescheide ua unangewendet lassen. Selbst wenn ein Bescheid durch den

Verwaltungsgerichtshof als angeblich unionsrechtskonform bestätigt wird, dürfen Sie daraus keine weiteren Nachteile für die Bürger herleiten.

32. Ich darf deshalb noch einmal abschließend hervorheben, dass Sie sich gemäß § 302 StGB strafbar machen und unionsrechtliche Staatshaftungsansprüche (dazu EuGH, Konle) auslösen, wenn Sie an Ihrem Vorhaben festhalten und weiterhin einschreiten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Fabian Maschke
Rechtsanwalt