

Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtssatzkundmachungen

Anmerkungen zu VwGH v 10.12.2021, Ra 2020/17/0013 (= BGBl I xxx*/2022 = SPWR 2021, 335)

ALFRED GROF

1. Mit Erkenntnis vom 10.12.2021, Ra 2020/17/0013¹, hat der VwGH »die in BGBl I 55/2020 gemäß § 38a Abs. 2 VwGG kundgemachten Rechtsfragen«² im Wesentlichen folgendermaßen beantwortet:

»Die Rechtsgrundlagen

- i) für die Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl 620/1989 idF BGBl I 13/2014,
- ii) für die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 16 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl 52/1991, im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG und
- iii) für die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 Abs. 2 VStG, BGBl 52/1991 idF BGBl I 33/2013,

sind grundsätzlich mit dem Unionsrecht (insbesondere Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) vereinbar.

...«

2. Dieser Entscheidung war wiederum das (auf ein entsprechendes Vorabentscheidungsersuchen des VwGH³ gemäß Art. 267 AEUV hin erlassene) Urteil des EuGH vom 14.10.2021, C-231/20, vorangegangen, dessen essentielle Feststellung lautete:

»1. ...

2. Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die im Fall der unternehmerischen Zugänglichmachung verbotener Ausspielungen Folgendes zwingend vorsieht:

- die Festsetzung einer Mindestgeldstrafe für jeden nicht bewilligten Glücksspielautomaten ohne Höchstgrenze der Gesamtsumme der verhängten Geldstrafen, sofern der Gesamtbetrag der verhängten Geldstrafen nicht außer Verhält-

nis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil steht;

- die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe für jeden nicht bewilligten Glücksspielautomaten ohne Höchstgrenze der Gesamtdauer der verhängten Ersatzfreiheitsstrafen, sofern die Dauer der tatsächlich verhängten Ersatzfreiheitsstrafe im Hinblick auf die Schwere der festgestellten Taten nicht übermäßig lang ist, und
- einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens in Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafen, sofern dieser Beitrag im Hinblick auf die tatsächlichen Kosten eines solchen Verfahrens weder überhöht ist noch das in Art. 47 der Charta verankerte Recht auf Zugang zu den Gerichten verletzt.«

3. Vergleicht man diese beiden Rechtssätze, so ist die vom VwGH verfolgte Intention, die aus den Festlegungen des EuGH für das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprinzip im Allgemeinen sowie für das Glücksspielmonopol im Besonderen resultierenden negativen Konsequenzen weitest möglich »abzumildern«, unverkennbar: Während nämlich der EuGH klar betont, dass § 52 GSpG bzw (worum es in der Sache eigentlich primär geht) § 22 Abs 2 VStG und die Monopol-(bzw Oligopol-)Konzeption des GSpG nur dann und insoweit mit Art 56 AEUV und Art 47 EGRC vereinbar sind, wenn im Zuge der konkreten Handhabung dieser innerstaatlichen Rechtsvorschriften zugleich stets auch das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** beachtet wird, verschweigt der VwGH in seinem Rechtssatz (bewusst?) gerade diese »notwendige Bedingung« gänzlich⁴. Dass dann auf einer

4 In einem Erkenntnisentwurf zu LVwG-413915/.../Gf vom 6.11.2021 war das LVwG OÖ fiktiv davon ausgegangen, dass der VwGH in unionsrechtskonformer Umsetzung des EuGH-Urteils vom 14.10.2021, C-231/20, in etwa folgenden Rechtssatz erlassen werden wird:

»Die Bestimmung des § 52 Abs. 1 und 2 GSpG ist im Licht des Art. 56 AEUV dahin unionsrechtskonform auszulegen, dass ein nationales Gericht, das mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer wegen eines Verstoßes gegen das Glücksspielmonopol verhängten Sanktion befasst ist, in einem dementsprechenden Verfahren speziell, d.h. unabhängig von der allenfalls bereits zuvor erfolgten Feststellung, dass es die Monopolregelung entsprechend den Vorgaben des EuGH geprüft und diese Beurteilung ergeben

* Anmerkung: Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrages war noch keine Publikation dieses Rechtssatzes im BGBl erfolgt.

1 Kundgemacht im RIS seit dem 4.1.2022.

2 § 38a VwGG ermöglicht es dem VwGH dann, wenn bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Revisionen anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind, diese Verfahren – mit gleichzeitiger Sperrwirkung für analoge, bei den erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten anhängige Verfahren – zu unterbrechen, bis er diese Rechtsfragen in Form eines Rechtssatzes, der schließlich im BGBl kundgemacht wird, geklärt hat.

3 Vgl den Beschluss des VwGH v 27.4.2020, Ra 2020/17/0013.

solchen Basis die tatsächliche Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Praxis vielfach nicht adäquat vorgenommen oder überhaupt unterbleiben werden wird, liegt auf der Hand. Denn die Verwaltungsbehörden, die Verwaltungsgerichte und der VwGH selbst werden sich aus eigenem (»von Amts wegen«) in aller Regel damit begnügen, dass § 52 VStG (was aufgrund der EuGH-Entscheidung vom 12.9.2019, C-64/18 [Maksimovic], ohnehin schon von vornherein klar war⁵) ja ohnehin »grundsätzlich« mit EU-Recht vereinbar ist, soweit die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit vom Beschuldigten nicht aktiv eingefordert wird.

4. Da die Bekämpfung eines Straferkenntnisses im konkreten Einzelfall – ausgenommen die Sonderkonstellation, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Behörde bzw. des VwG nicht einmal ansatzweise erkennbar wäre – sowohl im Wege einer Revision an den VwGH als auch mittels Beschwerde an den VfGH regelmäßig daran scheitern wird, dass eine bloß in Einzelaspekten unrichtige Verhältnismäßigkeitsprüfung weder vom VwGH als eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG angesehen noch aus der Sicht des VfGH als eine klärungsbedürftige verfassungsrechtliche Frage iSd Art 144 B-VG qualifiziert werden wird, sind betroffene Beschuldigte somit genötigt, eine rechtliche Möglichkeit zu finden, um sich gleichsam gegen die »Wurzel des Übels«, also gegen den unvollständigen und zumindest insoweit fehlerhaften Rechtssatz des VwGH zur Wehr setzen können.

5. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass die Kundmachung eines VwGH-Rechtssatzes nicht nur kein formelles »Gesetz« darstellt, sondern auch nicht der Rechtssatzform »Verordnung« gleichzuhalten ist⁶, sodass insoweit Individuanträge nach

Art 140 B-VG bzw nach Art 139 B-VG von vornherein ausscheiden.

Allerdings könnte überlegt werden, ob gerade das Fehlen eines derartigen unmittelbaren Rechtsbehelfs – innerstaatlich betrachtet – einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip nach sich zieht und/oder – aus dem Blickwinkel des Art 13 EMRK bzw des Art 47 EGRC – das Grundrecht auf einen effizienten Rechtsschutz verletzt. Denn bereits mit der Kundmachung des Rechtssatzes selbst wird allgemeinverbindlich festgestellt, wie der VwGH künftig in analogen Fällen entscheiden wird, sodass nicht nur »aktuelle«, sondern auch bloß potentielle Beschuldigte insoweit unmittelbar davon betroffen sind. Im Übrigen handelt es sich hierbei zudem um die Klärung einer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Frage, die mit Beschwerde nach Art 144 B-VG geltend gemacht werden kann, wobei deren Behandlung vom VfGH im Lichte des Art 13 EMRK wohl kaum abgelehnt werden darf (bzw ein derartiger Beschluss wohl seinerseits eine Beschwerdeführung an den EGMR nach sich ziehen würde).

6. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, gegen eine Entscheidung des VwGH und/oder des VfGH, in der auf den in Rede stehenden VwGH-Rechtssatz – quasi als »gesetzesgleiche Norm« – rekurriert wird, (und sofern diese für den Betroffenen nachteilig ist⁷) – eine Beschwerde an den EGMR zu richten. Denn bekanntlich geht der EGMR in seiner sog »Bosphorus«-Judikatur⁸ davon aus, dass das Rechtsschutzsystem der EU, im Besonderen jenes zur Sicherung der Effektivität der EGRC, dem nach der EMRK gleichwertig ist.

Dies trifft freilich nicht zu, wenn aufgrund von Vorabentscheidungsersuchen ergangene Feststellungen des EuGH seitens nationaler Gerichte – und in welcher Form auch immer – de facto abgeschwächt oder gar konterkariert werden.

hat, dass die Monopolregelung im Grunde unionsrechtskonform ist, weiters prüfen muss, ob die in der anwendbaren Regelung vorgesehenen Sanktionen – unter Berücksichtigung der konkreten Methoden für deren Bestimmung – mit Art. 56 AEUV vereinbar sind; im Besonderen bedeutet dies, dass im Zuge der Entscheidung jedes konkreten Einzelfalles sicherzustellen ist, dass die Festsetzung der Gesamtsumme der verhängten Geldstrafen nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil steht, dass die Gesamtdauer der tatsächlich verhängten Ersatzfreiheitsstrafe im Hinblick auf die Schwere der festgestellten Taten nicht übermäßig lang ist sowie, dass der Kostenbeitrag zum Verfahren im Hinblick auf die tatsächlichen Kosten eines solchen Verfahrens weder überhöht ist noch das in Art. 47 EGRC verankerte Recht auf Zugang zu einem Gericht verletzt.«

5 Vgl zB schon LVwG OÖ vom 16.11.2021, LVwG-412111/35/Gf/Rt, RN 192 ff.

6 Vgl VfGH vom 8.10.2020, V 505/2020.

7 Im Anlassfall (10.12.2021, Ra 2020/17/0013) wurde die Generierung einer solchen Beschwerde wohlweislich dadurch vermieden, dass der VwGH im Zuge der Strafbemessung (nicht etwa eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes festgestellt, sondern) mit einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot argumentiert hat, wobei aus der Erkenntnisbegründung nicht hervorgeht, ob dieser Umstand vom Revisionswerber selbst überhaupt releviert worden war. In dieses Bild passt auch, dass der VwGH (anstelle der Kassation) keine Sachentscheidung gemäß § 42 Abs 4 VwGG getroffen hat, obwohl nach dessen eigener Auffassung die »Vermeidung von Kassationskaskaden« ein vorrangiges Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 gebildet haben soll (vgl schon VwGH vom 26.6.2014, Ro 2014/03/0063, und zuletzt vom 26.4.2021, Ra 2021/01/0027).

8 Vgl EGMR vom 30.6.2005, 45036/98, und jüngst vom 10.9.2021, 45487/17.

Dem entsprechend könnten Betroffene darauf dringen, dass die nationalen Gerichte neuerlich eine Vorabentscheidung des EuGH zur Klärung der Frage einholen, ob der vom VwGH nunmehr positivierte Rechtssatz tatsächlich mit Unionsrecht, im Besonderen mit dem Urteil des EuGH vom 14.10.2021, C-231/20, vereinbar ist, wenn dieser (wenn schon nicht explizit Gegenteiliges aussagt, so doch zumindest) Essentielles verschweigt und auf diese Weise sehenden Auges in Kauf genommen wird, dass Unionsrecht in weiten Bereichen gerade nicht effektiv umgesetzt werden wird.

Sollte der EuGH vor diesem Hintergrund eine Unionsrechtswidrigkeit feststellen, erschiene schließlich auch eine Staatshaftungsklage nach Art 137 B-VG sinnvoll.

7. Neben einer – freilich bloß informellen – Beschwerdemöglichkeit an die EU-Kommission samt nachfolgendem Vertragsverletzungsverfahren⁹ mit der Behauptung, dass in Österreich im Bereich des Glücksspielwesens maßgebliche Prinzipien des Unionsrechts fortgesetzt und geradezu systematisch missachtet werden, bestünde zuletzt eine Handlungsalternative auch darin, den inhaltlich fehlerhaften Rechtssatz des VwGH überhaupt zu ignorieren. Denn mit diesem wird fraglos Unionsrecht ausgelegt, wofür dem VwGH eine Letztkompetenz zweifelsfrei nicht zukommt. Vielmehr hat nach ständiger Judikatur des EuGH jedes innerstaatliche Gericht die Frage der Vereinbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht aus eigenem und ohne Bindung an die Rechtsansicht anderer innerstaatlicher Gerichte, selbst wenn diese im Instanzenzug übergeordnet sein sollten, zu beurteilen¹⁰.

Die Erfahrung der vergangenen Jahre zeigt freilich, dass diesem Auftrag des EuGH in der österreichischen Rechtspraxis nicht nachgekommen wird, sodass sich die (nachgerade allzu »blauäugig« anmutende) Annahme von einer »loyalen Zusammenarbeit aller mitgliedstaatlichen Gerichte« (EuGH) bzw. von einer »Gleichwertigkeit des Rechtsschutzsystems der EMRK und der EGRC« (EGMR) zumindest bislang als reine Hypothese erweist: Anstelle eines vorbehaltlosen Vertrauens, dass die Höchstgerichte der Mitgliedstaaten jeweils eine effektive Gewährleistung der Garantien der EMRK und der EGRC forcieren würden, erscheint – wie zahlreiche Vorfälle in jüngster Zeit unterstreichen¹¹ – vielmehr im Gegenteil ein prinzipielles Misstrauen dahin angebracht,

dass diese mit Verve versuchen, nationale Extravaganzen und Kuriositäten so lange als möglich zu bewahren.

9 Vgl. EuGH vom 21.12.2021, C-497/20.

10 Vgl. zB schon EuGH vom 15.10.2015, C-581/14, vom 18.5.2021, C-920/19, und vom 21.12.21, C-497/20.

11 Vgl. nur aus jüngster Zeit – und jeweils diverse Mitgliedstaaten betreffend – statt vieler zB EuGH vom 21.12.2021, C-357/19; vom 21.12.21, C-497/20; vom 23.11.2021, C 564/19; vom 9.9.2021, C-546/18; vom 6.10.2021, C-487/19; vom 6.10.2021, C-561/19; vom 15.7.2021, C-791/19; und vom 18.5.2021, C-83/19.