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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-410589/39/KOF/HK

Datum:
Linz, 12. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Kofler über die Beschwerde der U I s.r.o. – nunmehr: U G s.r.o. – Bratislava, vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. P R gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 16. Februar 2015, Pol96-36-2015 – Punkt 2. wegen der Beschlagnahme des Glücksspielgerätes „afric2go“ unter Bindung an das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 07. Juli 2016, Ro 2016/170028, nach der am 03. Jänner 2017 durchgeführten mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die belangte Behörde hat mit dem in der Präambel zitierten Bescheid – welcher unter anderem auch der nunmehrigen Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) zugestellt wurde – wie folgt abgesprochen:

„Nachdem bei einer Glücksspiel-Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen-Wels am 13.01.2015 ab 8:24 Uhr im Lokal ‚W. A.' in PLZ Adresse, betrieben von Herrn TGB, geb. ...., der begründete Verdacht entstand, dass mit nachstehend angeführten elektronischen Glücksspielgeräten fortgesetzt verbotene Ausspielungen veranstaltet wurden und der Verdacht unverändert besteht, wird zur Verhinderung weiterer Eingriffe in das Glücksspielmonopol des Bundes die Beschlagnahme angeordnet für:

FA-Geräte Nummer	Gerätebezeichnung	Seriennummer	Versiegelungs-plakettennummer
1	Dreamliner Gold Act	20030003	A058424-A058427
2	afric2go	0319	A058428-A058430

Rechtsgrundlage:
§ 53 Abs 1 Z 1 lit a Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 in der geltenden Fassung"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen diesen Bescheid hat die Bf innerhalb offener Frist eine begründete Beschwerde erhoben.

Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter (Art. 135 Abs. 1 1. Satz B-VG) erwogen:

Betreffend FA-Gerät Nr. 1 wurde die dagegen erhobene Beschwerde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 14.10.2015, LVwG-410589/8 abgewiesen und die dagegen erhobene Revision vom VwGH mit Beschluss vom 07.07.2016, Ra 2016/17/0188 zurückgewiesen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Erkenntnis vom 14. Oktober 2015, LVwG-410589/8 – nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. Juli 2015 – gemäß § 50 VwGVG der Beschwerde hinsichtlich des FA-Gerätes Nr.2 „afric2go" stattgegeben und die Beschlagnahme dieses Gerätes aufgehoben.
Aufgrund der dagegen von der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land erhobenen Revision hat der VwGH mit Erkenntnis vom 07.07.2016, Ro 2016/17/0028 das Erkenntnis des LVwG Oö. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Maßgeblich ist im gegenständlichen Verfahren nur das Gerät Nr. 2 – „afric2go".

Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit dem ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen.
Bei Erlassung der Ersatzentscheidung ist das LVwG Oö. somit an die vom VwGH in seinem aufhebenden Erkenntnis geäußerte Rechtsanschauung gebunden;
stRsp des VwGH, z.B. Erk. vom 13.09.2016, Ro 2016/01/0009 mit Vorjudikatur.

Im Verfahren betreffend die Ersatzentscheidung wurde am 03. Jänner 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung (mVh) durchgeführt, an welcher der Rechtsvertreter der Bf sowie ein Vertreter des Finanzamtes Wels Grieskirchen teilgenommen haben.

Stellungnahme des Rechtsvertreters der Bf:
Ich verweise auf die Beschwerde vom 16.03.2015 sowie auf die Stellungnahme vom 27.12.2016 einschließlich der darin vorgelegten Beilagen.
Zusätzlich bringe ich vor:
Aufgrund der phänomenalen Werbung durch C A konnte nunmehr das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel der Einnahmenmaximierung erreicht werden und hat im Vergleich zum Jahr 2015 nun im Jahr 2016 die Republik an Glücksspielabgaben um 90 Millionen Euro mehr erwirtschaftet.
Die in der Kalke-Studio und Stellungnahmen des Finanzamtes zugrunde gelegten Parameter sind daher mittlerweile überholt.
Beweis: K P, p.a. Bundesministerium für Finanzen.
Das Landesgericht Korneuburg hat mit Beschluss vom 23.11.2016 dem EuGH insgesamt acht Fragen zur Beantwortung vorgelegt.
Das Landesgericht Korneuburg hat erhebliche Zweifel an der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes.
Ebenso hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes mit einer Entscheidung vom 22.12.2016, LVwG-411653/5 ausgesprochen.
Zugleich hat in der Dezemberausgabe 2016 Univ. Prof. Dr. F L zur Kohärenz im österreichischen Glücksspielgesetz in der juristischen Zeitung „Medien und Recht“ einen Artikel verfasst, der von der Unrichtigkeit der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes ausgeht.
Aufgrund des Umstandes, dass die belangte Behörde nicht anwesend ist, besteht die Gefahr einer „inquisitorischen Vorgangsweise“ des Gerichtes und wird hiermit auch Anscheinsbefangenheit des Richters geltend gemacht.
Die persönliche Integrität des Richters steht jedoch nicht in Zweifel.
Diesbezüglich wird auf den Artikel in der Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Seite 665 „Unparteilichkeit des Gerichts – Abwesenheit des Anklagevertreters in der Verhandlung“, EGMR 20.9.2016, Karelin gegen Russland verwiesen.

Im April 2016 hat die Beschwerdeführerin „U I s.r.o.“ eine Namensänderung auf U g s.r.o. vorgenommen.
Zugleich wurde das Stammkapital auf 70.000 Euro erhöht.
Im Jahr 2016 verfügte diese Gesellschaft über eine Konzession in Bratislava.

Beantragt wird, der Beschwerde (neuerlich) stattzugeben und den bekämpften Bescheid – Punkt 2. Gerät „afric2go“ aufzuheben.

Stellungnahme des Vertreters des Finanzamtes Wels Grieskirchen:
Beantragt wird, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und den behördlichen Bescheid – Punkt 2. zu bestätigen.

Die Bf hat im Verfahren betreffend die Ersatzentscheidung – schriftliche Eingabe vom 27.12.2016 und bei der mVh – nicht behauptet, dass eine (wesentliche) Änderung der Sach- und Rechtslage eingetreten wäre;
siehe dazu ebenfalls VwGH vom 13.09.2016, Ro 2016/01/0009. – Rz7.

Das LVwG Oö. hat – wie dargelegt – mit Erkenntnis vom 14. Oktober 2015, LVwG-410589/8 – Spruchpunkt II. die Beschwerde wegen der Beschlagnahme des Gerätes FA-Nr.1 „Dreamliner Gold Act“ als unbegründet abgewiesen.
Der VwGH hat die dagegen – vom selben Rechtsvertreter wie im vorliegenden Verfahren – erhobene Revision mit Beschluss vom 07.07.2016, Ra 2016/17/0188 zurückgewiesen.
Es wird daher betreffend das Gerät „afric2go“ auf dieses Erkenntnis des LVwG Oö. vom 14.10.2015, LVwG-410589/8, Seite 14 – Seite 42 verwiesen.
Ein derartiger Verweis ist zulässig;
VwGH vom 10.10.1996, 95/20/0501 mit Vorjudikatur.

Betreffend die Zweifel an der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes sowie die Vorbringen zur Unionrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes genügt ein Verweis auf die gegenteiligen, jeweils ausführlich begründeten Entscheidungen der Höchstgerichte:
Erkenntnisse bzw. Beschlüsse des VfGH vom 10.3.2015 G 203/2014 ua;
vom 18.06.2015 G 55-56/2015 ua; vom 15.10.2016, G 103 – 104/2016 ua und vom 15.10.2016, E 945/2016 ua;
Erkenntnis des VwGH vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022.
Beschluss des OGH vom 22.11.2016, 4 Ob 31/16m

Zu den Vorbringen in der mVh hinsichtlich „Unparteilichkeit des Gerichts – Abwesenheit des Anklagevertreters in der Verhandlung“ EGMR 20.9.2016, Karelin gegen Russland wird auf das gegenteilige – ausführlich begründete – Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2014, Ro 2014/17/0121 verwiesen.

Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGVG gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist. Betreffend die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte ist festzuhalten, dass gemäß Art. 130 Abs. 4 erster Satz B-VG (s. auch § 50 VwGVG) in Verwaltungsstrafsachen das Verwaltungsgericht immer in der Sache selbst entscheidet, woraus folgt, dass in Verwaltungsstrafverfahren dem Verwaltungsgericht in jedem Fall auch die Befugnis und Verpflichtung zu allenfalls erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen zukommt.

Die Rechtsansicht, gegen die Geltung des Amtswegigkeitprinzips in einem gerichtlichen Strafverfahren bestünden "verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf (Art. 90 Abs. 2 B-VG sowie auf) Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 GRC", kann vom Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollzogen werden.

Art. 90 Abs. 2 B-VG gilt im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten nicht.

Das Unionsrecht verlangt, dass zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes zumindest ein im Instanzenzug anrufbares Gericht insofern über eine ausreichende Rechts- und Tatsachenkognition verfügt, als es möglich sein muss, alle für die Wahrung der in Rede stehenden individuellen Unionsrechte relevanten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu überprüfen. Weshalb der Umstand, dass in Verwaltungsstrafsachen vor den Verwaltungsgerichten das Amtswegigkeitsprinzip gilt, daher in ein Spannungsverhältnis mit Art. 47 GRC geraten könnte, ist nicht ersichtlich.

Die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts oder mindestens die Kontrolle durch unabhängige Instanzen (wenn der maßgebliche Sachverhalt bereits festgestellt wurde) ist im Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK und bei Geltendmachung gemeinschaftsrechtlicher (nunmehr unionsrechtlicher) Positionen geboten, weil nur so effektiver Rechtsschutz im Sinne dieser Vorgaben gewährleistet werden kann.
Art. 47 GRC bzw. Art. 6 EMRK stehen daher keinesfalls der Geltung des Amtswegigkeitsgrundsatzes entgegen.

Festgehalten sei zur Geltung des Amtswegigkeitsgrundsatzes im Allgemeinen, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts (nunmehr: Unionsrechts) durch die Behörden der Mitgliedstaaten nach dem nationalen Verfahrensrecht zu erfolgen hat, soweit das Unionsrecht hier keine Verfahrensvorschriften enthält
(Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten).
Diese Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten ist nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch durch die (unionsrechtlichen) Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beschränkt (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 10. Okober 2011, Zl. 2008/17/0113, oder das hg. Erkenntnis vom 27. September 2013, Zl. 2010/05/0202).
Dass die Geltung des Amtswegigkeitsprinzips nach der österreichischen Rechtslage dem Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes keinesfalls entgegensteht, steht fest. Auch jener der Äquivalenz spricht nicht dagegen, weil der Amtswegigkeitsgrundsatz gleichermaßen in Verwaltungsstrafverfahren gilt, in denen auf das Unionsrecht gestützte Rechte zu prüfen sind wie in solchen mit ausschließlich innerstaatlichem Bezug.

Vor diesem Hintergrund ist das Urteil des EuGH, Rs C-390/12, R P u.a., nicht dahin auszulegen, dass der EuGH einem in Österreich geltenden Amtswegigkeitsprinzip eine Absage erteilte.

Keinesfalls kann aus dem Urteil des EuGH, Robert Pfleger u.a., Rs C-390/12, abgeleitet werden, der EuGH habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass die Geltung des Amtswegigkeitsprinzips im Zusammenhang mit der hier vom österreichischen Gericht zu prüfenden unionsrechtlichen Frage, ob Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, soweit damit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit vorgenommen werden, im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt sind, ausgeschlossen sei.

Gemäß § 38 VwGVG i.V.m. § 25 VStG gelten im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit. Es kann daher die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hiezu auch für das Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten herangezogen werden. Betreffend die Ermittlung des Sachverhaltes bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen ohne Rücksicht auf Vorträge, Verhalten und Behauptungen der Parteien die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen.
Der Untersuchungsgrundsatz verwirklicht das Prinzip der materiellen (objektiven) Wahrheit, welcher es verbietet, den Entscheidungen einen bloß formell (subjektiv) wahren Sachverhalt zu Grund zu legen. Der Auftrag zur Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichtet die Verwaltungsgerichte, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen.
In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können.
Die Sachverhaltsermittlungen sind ohne Einschränkungen eigenständig vorzunehmen.

Der VwGH hat ausgesprochen, dass im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 17 VwGVG i.V.m. § 39 Abs. 2 AVG, auch außerhalb des Verwaltungsstrafverfahrens das Amtswegigkeitsprinzip gilt; vgl. das Erkenntnis vom 26.06.2014, Zl. Ro 2014/03/0063.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:
Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, 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 des Verwaltungsgerichtshofes.
Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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 dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof (VwGH).
Eine Beschwerde an den VfGH ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den VwGH 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 Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim VwGH einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kofler