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-412165/7/FP

Datum:
Linz, 27. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von T.M., X, A., vertreten durch Dr. P.R., Rechtsanwalt in I., gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 22. Mai 2017, GZ: Pol96-66-2016, wegen Einziehung nach dem GSpG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe teilweise Folge gegeben, dass der Einziehungsbescheid in Bezug auf den Schlüsselanhänger mit der Bezeichnung „P." aufgehoben wird. Im Übrigen (Gerät FA-Nr. 1, Bezeichnung: „Internet@" versiegelt mit den Plaketten Nrn. A059941 – A059948 samt Schlüssel) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der Einziehungsbescheid bestätigt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem im Kopf genannten Bescheid der belangten Behörde zog diese ein am 2. März 2015 im Rahmen einer Glücksspielkontrolle im Lokal „H. B.“ beschlagnahmtes Glücksspielgerät samt zugehörigem Schlüssel, sowie einem Schlüsselanhänger mit der Aufschrift „P.“ ein.

I.2. Gegen diesen Einziehungsbescheid erhob der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer (Bf) rechtzeitig Beschwerde in der er auf das Wesentliche zusammengefasst behauptete, es seien auf dem Gerät keine Glücksspiele spielbar. Im Übrigen brachte der Bf vor, das GSpG widerspreche dem EU-Recht.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 6. Juli 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt, die von ihm beigeschafften Vorakten LVwG-411013 (Beschlagnahmeverfahren) und LVwG-411014 (Verwaltungsstrafverfahren), insbesondere die Bezug habenden Erkenntnisse des LVwG OÖ, ein vom Bf am 9. März 2017 übermitteltes, umfangreiches Vorbringen samt Beilagen, welches sich im Wesentlichen mit der Frage der Unionsrechtskonformität des GSpG auseinandersetzt, und öffentliche mündliche Verhandlung.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Über den Bf wurde mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 11. August 2015, Pol96-8-2015, eine Geldstrafe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 32 Stunden) verhängt, weil er Spielern ein am 2. März 2015 in seinem Lokal H. (-B.) vorgefundenes, betriebsbereites und funktionsfähiges Glücksspielgerät mit der Bezeichnung „Internet@“ (FA-Nr. 1, Versiegelungsplakettennummern A059941 – A059948) zur Verfügung gestellt, und es insofern unternehmerisch zugänglich gemacht hatte. Die belangte Behörde stützte ihr Straferkenntnis auf § 2 Abs 4 und § 52 Abs 1 Z 1 Drittes Tatbild und Z 2 GSpG. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bestätigte das Straferkenntnis mit Erkenntnis vom 11. Jänner 2016, LVwG-411014 im Schuldspruch, reduzierte die Strafe jedoch auf 1.700 Euro und 30 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe. Das Erkenntnis erging am 18. Jänner 2016. Die diesbezügliche Revision wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 13. Dezember 2016, Ra 2016/09/0040-5 zurückgewiesen.

Auf dem Glücksspielgerät wurde das virtuelle Walzenspiel Devil´s Fire angeboten. Der Bf hat mit diesem Gerät zwischen 1. Jänner 2014 bis 2. März 2015, also ungefähr ein Jahr und 2 Monate, Glücksspiele ermöglicht.
[Erkenntnis vom 11. Jänner 2016, LVwG-411014]

Der Beschlagnahmebescheid bezog sich auf das ggst. Gerät samt Schlüssel und Schlüsselanhänger und wurde mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 11. Jänner 2016, LVwG-411013, zugestellt am 18. Jänner 2016 bestätigt. Die diesbezügliche Revision wurde mit Beschluss des VwGH vom 13. Dezember 2016, Ra 2016/09/0044-5 zurückgewiesen.
[Erkenntnis vom 11. Jänner 2016, LVwG-411013]

Es kann nicht festgestellt werden, dass sich die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände seit der letzten veröffentlichten Entscheidung des VwGH (7. März 2018, Ra 2018/17/0006), insbesondere aber auch seit dem Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, geändert haben.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammen angegebenen Beweismitteln.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entfalten rechtskräftige Strafurteile, aber auch verwaltungsstrafrechtliche „Verurteilungen“, bindende Wirkung hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen, auf denen ihr Schuldspruch beruht, wozu jene Tatumstände gehören, aus denen sich die jeweilige strafbare Handlung nach ihren gesetzlichen Tatbestandselementen zusammensetzt. Die Bindungswirkung erstreckt sich auf die vom Gericht festgestellten und durch den Spruch gedeckten Tatsachen (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 24. September 1996, 95/13/0214, VwSlg 7123 F/1996, vom 30. Jänner 2001, 95/14/0043, VwSlg 7578 F/2001, und vom 24. Jänner 2013, 2010/16/0169, je mwN; vgl. auch Ritz, BAO^{5}, § 116 Tz 14, mwN). Diese Bindung besteht hinsichtlich jener Personen, denen gegenüber das Strafurteil ergangen ist, (vgl. die Erkenntnisse vom 25. März 1999, 97/15/0059, VwSlg 7379 F/1999, und vom 21. März 2012, 2009/16/0272, vgl. in Zh mit Verwaltungsstrafverfahren bspw. auch VwGH 21. August 2014, Ra 2014/11/0027).

Angesichts der Tatsache, dass der Bf mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 11. Jänner 2016, LVwG-411014, in Bezug auf das hier verfahrensgegenständliche Gerät eines Verstoßes § 52 Abs 1 Z 1 Drittes Tatbild und Z 2 GSpG schuldig erkannt wurde, steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im vorliegenden Fall verbindlich fest, dass der Bf mit dem Gerät „Internet@“ gegen eine Bestimmung des § 52 Abs 1 GSpG verstoßen hat.

Beweisanträge, mit denen die Frage des Begehens einer Verwaltungsübertretung neu aufgerollt werden soll, hier insbesondere die Einvernahme „sämtlicher bei der Kontrolle anwesender Organe zum Beweis dafür, dass einerseits keine verbotene Ausspielung stattgefunden hat, andererseits ein allfälliger Verstoß geringfügig war“ sind daher mangels Unabänderlichkeit des genannten Strafurteils und dessen feststellender Wirkung mangels Relevanz für das Verfahren abzuweisen.

Sämtliche vom Bf vorgelegte Beweisunterlagen stammen aus den Jahren 2013 bis 2017, zu einem großen Teil aus dem Jahr 2015, jedenfalls aber aus einer Zeit vor der zuletzt veröffentlichten Entscheidung des VwGH vom 7. März 2018, Ra 2018/17/0006, in welcher der VwGH seine Ansicht, das GSpG entspreche dem Unionsrecht unter Berufung auf seine Grundsatzentscheidung vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bekräftigt. Der Bf hat insofern keine Beweismittel vorgelegt, die geeignet wären, die mangelnde Unionsrechtskonformität des GSpG darzutun, vielmehr waren diese Beweismittel vielfach Gegenstand von Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz und des VwGH. Es ergibt sich angesichts der späteren Judikatur des VwGH, dass sich die Gesamtumstände zum Zeitpunkt der ggst. Entscheidung nicht geändert haben können bzw. ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das eine solche Annahme zuließe.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 54 Abs 1 Glücksspielgesetz (GSpG) sind Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs 1 verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.

Nach § 54 Abs 2 GSpG ist die Einziehung mit selbstständigem Bescheid zu verfügen. Dieser ist allen der Behörde bekannten Personen zuzustellen, die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen und kann, soweit die Einziehung betroffen ist, von ihnen mit Beschwerde angefochten werden. Kann keine solche Person ermittelt werden, so hat die Zustellung solcher Bescheide durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen.

Nach § 54 Abs 3 GSpG sind eingezogene Gegenstände nach Rechtskraft des Einziehungsbescheides binnen Jahresfrist von der Behörde nachweislich zu vernichten.

Gemäß § 54 Abs 4 leg. cit. gilt die Einziehung nach Abs 1 auch für vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes beschlagnahmte Gegenstände.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Wie bereits in der Beweiswürdigung ausführlich dargestellt, entfaltet das rechtskräftige Straferkenntnis in der Fassung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 11. Jänner 2016, LVwG-411014, bindende Wirkung für das Gericht. Im genannten Erkenntnis vom 11. Jänner 2016 wurde der Bf in Bezug auf das hier verfahrensgegenständliche Gerät eines Verstoßes § 52 Abs 1 Z 1 Drittes Tatbild und Z 2 GSpG schuldig erkannt.

Es steht sohin im vorliegenden Fall für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verbindlich fest, dass der Bf mit dem Gerät „Internet@“ gegen eine Bestimmung des § 52 Abs 1 GSpG verstoßen hat.

In seinem Erkenntnis vom 14. November 2013 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestands eines der Tatbilder der Verwaltungsübertretungen des § 52 Abs 1 GSpG Tatbestandsvoraussetzung für das Einziehungsverfahren nach § 54 GSpG ist (vgl. auch VwGH 14. November 2013, Zl. 2013/17/0056).

Der Tatbestand des § 54 GSpG ist daher in diesem Punkt erfüllt.

Auch die fehlende Geringfügigkeit ergibt sich aus dem genannten Erkenntnis, zumal das Gericht eine Strafe von 1.700 Euro als angemessen erachtete und den Bf nicht bloß ermahnte. Der vorliegende Verstoß ist im Übrigen schon angesichts der langen Dauer der Zugänglichmachung eines virtuellen Walzenspiels über die Dauer von einem Jahr und 2 Monaten, wobei Spieler auch nicht daran gehindert waren, mehrere Spiele nacheinander durchzuführen, nicht als geringfügig anzusehen.

Das Vorbringen in der Beschwerde, wonach der Verstoß als geringfügig einzustufen wäre, geht somit ins Leere.

III.3. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG:

III.3.1. Nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte setzt die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraus (vgl etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ist ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon aus, dass „die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein

nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen“ führt. Der Bf ist Einzelunternehmer mit Wohnsitz in Österreich. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein substantiiertes Vorbringen erstattet, sodass eine unmittelbare Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt. Dass diesbezüglich keine Verfassungswidrigkeit wegen Inländerdiskriminierung vorliegt, ergibt sich aus der Entscheidung des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19.

III.3.2. In seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, hat der Verwaltungsgerichtshof, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seit dem, zuletzt am 7. März 2018, Ra 2018/17/0006, spricht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus, dass das GSpG dem Unionsrecht entspricht. Der VwGH betont auch in ständiger Rechtsprechung, dass die Voraussetzungen für eine Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Art. 267 AEUV klar bzw. geklärt sind. Ebenso seien die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl. EuGH vom 15.9.2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, Rn. 83 f; vom 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rn. 47 ff; vom 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rn. 31, 35 ff).

Das Verwaltungsgericht folgt dieser Ansicht und erachtet das österreichische GSpG als mit dem Unionsrecht in Einklang.

III.4.1. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät „Internet@“ gegen § 52 Abs 1 GSpG verstoßen wurde und dieser Verstoß nicht nur geringfügig war, wobei bereits aufgrund des Umstandes, dass sich der Bf vorliegend auf keinen Sachverhalt berufen kann, der im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten begründen würde, eine Unterlassung der Einziehung wegen eines allfälligen Widerspruchs der nationalen Regelungen zum Unionsrecht nicht in Betracht kommt.

III.4.2. Der Bf-Vertreter hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ausdrücklich beantragt, die Einziehung im Hinblick auf den Schlüsselanhänger mit der Aufschrift „P.“ aufzuheben. Diesem Antrag ist nachzukommen, da der Schlüsselanhänger vom Schlüssel trennbar ist und als Eingriffsgegenstand nicht in Betracht kommt.

Im Übrigen war der Beschwerde nicht Folge zu geben und der angefochtene Einziehungsbescheid zu bestätigen. Der Schlüssel selbst ermöglicht den Zugang zum Gerät und ist als notwendiges Zugehör zu diesem, Eingriffsgegenstand. Er war demnach auch einzuziehen.

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 (insb. 16. März 2016, Ro 2015/17/0022) 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 dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl