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

Geschäftszeichen:
LVwG-412709/9/Wei

Datum:
Linz, 8. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der P GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Februar 2018, GZ: VStV/917301505606/2017, betreffend Beschlagnahme von Glücksspielgeräten nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Juni 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben.

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 Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 12. Februar 2018, GZ: VStV/917301505606/2017, der sowohl der Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bfin), als auch dem Finanzamt zugestellt wurde, wurde wie folgt abgesprochen [Hervorhebungen nicht übernommen]:

„Über die am 24.07.2017, um 15.02 Uhr, in x, im Lokal mit der Bezeichnung ‚K', von Organen des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr durchgeführte vorläufige Beschlagnahme von Glücksspielgeräten ergeht von der Landespolizeidirektion als gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz zuständige Sicherheitsbehörde erster Instanz folgender

Spruch:

Gemäß § 53 Abs. 1 Zi. 1 lit. a Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016, wird von der Landespolizeidirektion OÖ zur Sicherung der Einziehung die Beschlagnahme der vorläufig beschlagnahmten zwölf (12) Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1),	Gehäusebezeichnung,	keine	Seriennr.: x
FA2),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA3),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA4),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA5),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA6),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA7),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA8),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA9),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA10),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA11),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT'	Seriennr.: x
FA12),	Gehäusebezeichnung	keine	Seriennr.: x

angeordnet."

Dieser Bescheid wurde – zusammengefasst – damit begründet, dass es sich um Glücksspielgeräte handle und der Verdacht bestehe, dass mit diesen fortgesetzt gegen die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verstoßen werde.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 12. März 2018, mit der neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Beschlagnahmeverfahrens beantragt werden.
Begründend brachte die Bfin darin zusammengefasst vor, dass der gegenständliche Bescheid inhaltlich rechtswidrig sei, Verfahrensfehler vorlägen, die belangte Behörde unzuständig sei, Aktenwidrigkeit vorläge, der Sachverhalt

ergänzungsbedürftig und unrichtig rechtlich beurteilt worden sei. Weiters wurde die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG geltend gemacht.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verwaltungsakt mit Schreiben vom 19. März 2018 zur Entscheidung vor ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen.

II.1. Mit E-Mail vom 27. Juni 2018 legte der Rechtsvertreter der Bfin mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich dem Anwendungsverbot des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken des österreichischen Glücksspielmonopols und dem im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt etlichen Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw. die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalkestudie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt. Vorgelegt wurde auch ein Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.3.2015, GZ: 8 C 673/14g-17, ein Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.5.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und das Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.5.2017.

II.2. Am 27. Juni 2018 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Zu dieser Verhandlung sind zwei Vertreter des Finanzamtes erschienen. Als Zeuge wurde das bei der Kontrolle tätig gewordene Organ der Finanzpolizei C Z einvernommen sowie folgende Dokumente verlesen und zum Akt genommen:

- Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017 (Beilage ./A)
- Glücksspielbericht des BMF 2010 – 2013 (Beilage ./B)
- Evaluierungsbericht über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010 – 2014 aus November 2014 (Beilage ./C)
- Glücksspielbericht des BMF 2014 – 2016 (Beilage ./D)
- Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur neuen Studie Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 (Beilage ./E)

- Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 zum Thema Glücksspielverhalten und -probleme in Österreich vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (Beilage ./F)
- Forschungsbericht der ÖBIG und der Gesundheit Österreich GmbH zu: Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz (Beilage ./G)

II.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Bescheinigung des Finanzamtes samt den angeschlossenen Beilagen, die GSp26-Dokumentation über die Testspiele samt Fotodokumentation sowie durch die öffentliche mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2018 samt den darin protokollierten Aussagen des Zeugen und der verlesenen Urkunden.

II.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht vom folgenden entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

Bei der am 24. Juli 2017 um 15:02 Uhr im Lokal „K“ in x, durch Organe der Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle wurden folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt:

FA1),	Gehäusebezeichnung,	keine	Seriennr.: x
FA2),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA3),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA4),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA5),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA6),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA7),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA8),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA9),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA10),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA11),	Gehäusebezeichnung	‚KAJOT‘	Seriennr.: x
FA12),	Gehäusebezeichnung	keine	Seriennr.: x

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Beschlagnahme dieser Geräte angeordnet.

Ebenso wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 19. September 2017, GZ: VStV/1189142/2017, die Beschlagnahme der in Rede stehenden Geräte angeordnet.
Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 23. Februar 2018, GZ: LVwG-412473/7/Gf/Mu, wurde der gegen diesen Bescheid eingebrachten Beschwerde stattgegeben und der angefochtene Bescheid

aufgehoben. Gegen diese Entscheidung wurde vom Bundesminister für Finanzen eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ist bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht ergangen.

Sowohl der Bescheid der belangten Behörde vom 19. September 2017, GZ: VStV/1189142/2017, als auch der nunmehr angefochtene Bescheid basieren auf den Ermittlungen der Kontrolle der Finanzpolizei vom 24. Juli 2017, um 15.02 Uhr, im Lokal „K“ in x.

II.5. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, aus dem Akt LVwG-412473 sowie aus dem durchgeführten Beweisverfahren.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Gemäß § 68 Abs 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), der nach § 24 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) auch im Verwaltungsstrafverfahren gilt, sind Anbringen von Beteiligten, die außer den Fällen der §§ 69 und 71 die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, wenn die Behörde nicht den Anlass zu einer Verfügung gemäß den Abs. 2 bis 4 findet, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.

Aus § 68 Abs 1 AVG ist das im Verwaltungsverfahren geltende Prinzip abzuleiten, dass über ein und dieselbe Verwaltungssache nur einmal rechtskräftig zu entscheiden ist (ne bis in idem). Mit der Rechtskraft ist die Wirkung verbunden, dass die mit dem Bescheid unanfechtbar und unwiderruflich erledigte Sache nicht neuerlich entschieden werden kann (Wiederholungsverbot). Einer nochmaligen Entscheidung steht das Prozesshindernis der res iudicata entgegen (vgl nur VwGH 9.10.1998, Zl. 96/19/3364; 24.5.2016, Zl. Ra 2016/03/0050-3 mwN).

Verfahrensgegenständlich ist das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts vom 23. Februar 2018, GZ: LVwG-412473/7/Gf/Mu, mit der Erlassung rechtskräftig geworden. Die gegen diese Entscheidung erhobene Revision an den Verwaltungsgerichtshof ändert daran nichts (vgl VwGH 26.11.2015, Ro 2015/07/0018).

Einer neuerlichen Entscheidung steht somit die Rechtskraft dieser Entscheidung entgegen. Das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache liegt aber nur dann vor, wenn Identität der Sache vorliegt.

Nach stRsp des Verwaltungsgerichtshofes ist Identität der Sache dann gegeben, wenn sich der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt, welcher dem

rechtskräftigen Bescheid zugrunde lag, nicht geändert hat (vgl etwa VwGH 26.02.2004, Zl. 2004/07/0014).

Bei der Prüfung, ob sich der Sachverhalt maßgeblich geändert hat, ist vom rechtskräftigen Vorbescheid auszugehen, ohne dabei dessen sachliche Richtigkeit (nochmals) zu ergründen, weil die Rechtskraftwirkung ja gerade darin besteht, dass die von der Behörde entschiedene Sache nicht neuerlich untersucht und entschieden werden darf (vgl wiederum VwGH 26.2.2004, Zl. 2004/07/0014).

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 68 Abs 1 AVG ist weiters, dass Identität der Rechtslage vorliegt. Diese ist gegeben, wenn seit der Erlassung des rechtskräftigen Bescheides in der Rechtslage, auf welche die Behörde den Bescheid gestützt hat, keine wesentliche, dh die Erlassung eines inhaltlich anders lautenden Bescheides ermöglichende oder gebietende Modifikation eingetreten ist (vgl VwGH 21.6.2007, Zl. 2006/10/0093 sowie Hengstschläger/Leeb, AVG^2, § 68 Rz 32 mwN). Wobei nur eine Änderung der maßgeblichen Rechtsvorschriften selbst bedeutsam sein kann, nicht eine bloße Änderung in der interpretativen Beurteilung eines Rechtsbegriffes oder einer Rechtsvorschrift bei unverändertem Normenbestand (zB VwGH 27.4.2000, Zl. 2000/10/0017 mwN) oder eine allfällige Änderung der Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (so VwGH 12.2.1988, Zl. 87/08/0289).

Im gegenständlichen Fall hat die belangte Behörde bereits mit Bescheid vom 19. September 2017, GZ: VStV/1189142/2017, die Beschlagnahme der in Rede stehenden Geräte angeordnet und wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 23. Februar 2018, GZ: LVwG-412473/7/Gf/Mu, über die gegen diesen Bescheid eingebrachte Beschwerde rechtskräftig abgesprochen. Auch eine maßgebliche Änderung der Rechtslage ist zwischenzeitlich nicht eingetreten.

Im Ergebnis hat sich die maßgebliche Sach- und Rechtslage somit nicht verändert, weshalb von Identität der Sache auszugehen ist.

Verletzt die Behörde den Grundsatz der Unwiederholbarkeit, indem sie infolge eines Anbringens (Ansuchens) oder von Amts wegen ein Verfahren in einer entschiedenen Sache unzulässig einleitet (vgl VwGH 2.10.2008, Zl. 2008/18/0538), so belastet sie nach herrschender Rechtsprechung den Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhalts (VwGH 31.7.2006, Zl. 2005/05/0020, uva).

Aufgrund des Wiederholungsverbotes kann mit eingetretener Rechtskraft der Entscheidung, also mit Erlassung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes über die gegen den Bescheid erhobene Beschwerde, aufgrund der Unanfechtbarkeit und Unwiderruflichkeit der erledigten Sache nicht noch einmal darüber entschieden

werden. Der neuerlichen Sachentscheidung der belangten Behörde im hier bekämpften Bescheid steht das Prozesshindernis der res iudicata entgegen. Der gegenständliche Bescheid ist somit mit der Rechtswidrigkeit belastet, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

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. Zur Frage der entschiedenen Sache liegt bereits umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und entspricht die Entscheidung – soweit ersichtlich – dieser einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß