

für Wiederaufnahmeverfahren begründende Regelung fehlt in der RAO.  
In der vorliegenden Entscheidung legt der OGH aber § 34 Abs 3 RAO sachgerecht weit aus und lässt die Berufung nicht nur gegen in der Sache selbst ergangene Entscheidungen im Eintragungs- und Lösungsverfahren zu, sondern auch im Wiederaufnahmeverfahren über solche Entscheidungen.

Inhaltlich konnte der Berufung aber kein Erfolg beschieden sein, weil die Dreijahresfrist des § 69 Abs 2 AVG schon lange abgelaufen war.

**MICHAEL BURESCH**



**ALFRED GROF**  
Der Autor ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle beim Verwaltungsgericht Oberösterreich.

2017/28

## Amtswegigkeit und Verbot der Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion im Verfahren der Verwaltungsgerichte

### VERWALTUNGSRECHT

Art 49, 56 AEUV; Art 47 GRC; § 38 VwGVG iVm § 25 VStG

**Art 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) bzw Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) steht dem Amtswegigkeitsprinzip des § 38 VwGVG iVm § 25 VStG insoweit nicht entgegen, als dessen Anwendung nicht zur Folge hat, dass de facto das Gericht anstelle der staatlichen Behörden jene Beweise erbringt, die erforderlich sind, um eine innerstaatliche Beschränkung dieser Freiheiten zu rechtfertigen.**

EuGH 14. 6. 2017, C-685/15, *Online Games*

#### Sachverhalt:

1. Mit Bescheid der LPD OÖ v 17. 12. 2012 wurde die Beschlagnahme eines im Eigentum der in Tschechien ansässigen GmbH des ersten Ausgangsverfahrens stehenden Glücksspielgeräts angeordnet. Die Berufung wurde mit Erk des UVS OÖ abgewiesen. Im Zuge der dagegen erhobenen Beschwerde bemängelte der VwGH, dass die Höchsteinsätze nicht hinreichend genau ermittelt worden wären, weshalb das UVS-Erk aufgehoben wurde.

2. Mit Straferk der LPD OÖ v 24. 9. 2015 wurden gegen drei Parteien des anderen Ausgangsverfahrens wegen Veranstaltung von vermeintlich illegalen Glücksspielen, deren Software via Internet aus der Slowakei bezogen wurde, Geldstrafen in einer Höhe von jeweils € 24.000,- verhängt.

3. Das zur Entscheidung über diese Ausgangsverfahren zuständige LVwG OÖ hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art 56 bzw Art 49 AEUV im Lichte des Art 6 EMRK in Verbindung mit Art 47 GRC dahin auszulegen ist, dass diese Bestimmungen mit Rücksicht auf die im Lichte der Judikatur des EGMR (insbesondere Urteil v 18. 10. 2010, *Ozerov/Russland*, Rz 54) geforderte Objektivität und Unvoreingenommenheit eines Gerichts einer innerstaatlichen Regelung entgegenstehen, wonach die im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens zur Rechtfertigung der strafrechtlich geschützten Quasi-Monopolregelung des nationalen Glücksspielmarkts zu erbringenden Nachweise im Lichte der Judikatur des EuGH (insbesondere Urteil v 30. 4. 2014, *Pfleger ua*) nicht von der Strafbehörde

(oder einem anderen staatlichen Verfolgungsorgan) in deren (bzw dessen) Funktion als Vertreter(in) der Anklage, sondern vielmehr initiativ und unabhängig vom Verhalten der Verfahrensparteien von dem zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der in Beschwerde gezogenen strafrechtlichen Maßnahme berufenen Gericht (in ein und derselben Person/Funktion) zunächst sowohl völlig eigenständig zu deklarieren und abzugrenzen als auch in der Folge autonom-investigativ zu ermitteln und zu beurteilen sind.

#### Aus den Gründen:

[...]

54 [Es] ist darauf hinzuweisen, dass nach stRsp die Gerichte der Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art 4 Abs 3 AEUV den gerichtlichen Schutz der Rechte zu gewährleisten haben, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen. Mit Art 19 Abs 1 AEUV wird den Mitgliedstaaten im Übrigen aufgegeben, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz iSv insbesondere Art 47 GRC in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist [...].

59 Die Pflichten der nationalen Gerichte bei der Prüfung der Rechtfertigung einer Grundfreiheit der EU beschränkenden Regelung sind zwar in der Rsp des Gerichtshofs so festgelegt worden, doch ist es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Rechtsbehelfe zu regeln, die

den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Denn mangels einer Unionsregelung sind die Mitgliedstaaten für den wirklichen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich und müssen insbesondere die Beachtung des in Art 47 GRC verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gewährleisten [...].

60 Hinsichtlich des Rechts nach Art 47 Abs 2 GRC auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht umfasst der Begriff der „Unabhängigkeit“, die der Aufgabe des Richters innewohnt, zwei Aspekte. Der erste – externe – Aspekt setzt voraus, dass die Stelle vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteilens ihrer Mitglieder im Hinblick auf die ihnen unterbreiteten Rechtsstreite gefährden könnten [...].

61 Der zweite – interne – Aspekt steht mit dem Begriff der „Unparteilichkeit“ in Zusammenhang und bezieht sich darauf, dass hinsichtlich der Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen an dessen Gegenstand ein gleicher Abstand gewahrt wird. Dieser Aspekt, von dem das vorliegende Gericht befürchtet, dass er im vorliegenden Fall nicht beachtet wird, verlangt, dass Sachlichkeit obwaltet und neben der strikten Anwendung der Rechtsnormen keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht [...].

62 Diese Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit setzen voraus, dass es Regeln – insbesondere statutarische und Verfahrensregeln – gibt, die es ermöglichen, bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit der genannten Stelle für Einflussnahmen von außen und an ihrer Neutralität in Bezug auf die einander gegenüberstehenden Interessen auszuräumen [...].

63 Im vorliegenden Fall geht aus den [...] nationalrechtlichen Bestimmungen hervor, dass Bescheide der Verwaltungsbehörden mit einer Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit bei den Verwaltungsgerichten angefochten werden können, wobei diese Gerichte über die Beschwerden in der Sache entscheiden. In Ausübung seines Amtes hat der Richter die Umstände der Rechtssache, mit der er befasst ist, in den Grenzen seiner Befassung unter gleicher Berücksichtigung der entlastenden und der belastenden Umstände zu ermitteln. In diesen Verfahren hat die Verwaltungsbehörde, die die Verwaltungsstrafe verhängt hat, Parteistellung.

64 Auf der Grundlage allein dieser Gesichtspunkte ist nicht davon auszugehen, dass eine solche Verfahrensregelung Zweifel an der Unparteilichkeit des nationalen Richters entstehen lassen kann, da seine Aufgabe darin besteht, die bei ihm anhängige Rechtssache zu prüfen, und zwar nicht zur Unterstützung der „Anklage“, sondern zur Wahrheitsfindung. Des Weiteren beruht diese Regelung im Wesentlichen auf dem Gedanken, dass der Richter nicht nur über einen Rechtsstreit zwischen den Parteien entscheidet, sondern das Allgemeininteresse der Gesellschaft vertritt. In Verfolgung dieses Interesses wird das nationale Gericht auch die Rechtfertigung einer Grundfreiheit der Union

beschränkenden Regelung iS der Rsp des Gerichtshofs zu prüfen haben.

65 Was das Zusammenspiel zwischen der den nationalen Gerichten nach dem nationalen Recht obliegenden Pflicht, in den bei ihnen anhängigen Rechtssachen den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, und dem Urteil v 30. 4. 2014, C-390/12, *Pfleger ua*, anbelangt, ist in den Rz 50 bis 52 des vorliegenden Urteils darauf hingewiesen worden, dass die nationalen Gerichte nach dem Unionsrecht eine Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird, auf der Grundlage der Beweise vornehmen müssen, die die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats vorgelegt haben, um das Vorliegen von Zielen, mit denen sich eine Beschränkung einer vom AEU-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit rechtfertigen lässt, und deren Verhältnismäßigkeit darzutun.

66 Diese Gerichte können nach den nationalen Verfahrensregeln zwar verpflichtet sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorlage solcher Beweise zu fördern, doch können sie – wie die Generalanwältin in den Rz 51 bis 56 und 68 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat – nicht verpflichtet sein, anstelle der genannten Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die nach dem Urteil v 30. 4. 2014, C-390/12, *Pfleger ua*, diese Behörden vorzubringen haben. Werden diese Rechtfertigungsgründe wegen der Abwesenheit oder der Passivität dieser Behörden nicht vorgebracht, müssen die nationalen Gerichte alle Konsequenzen ziehen dürfen, die sich aus einem solchen Mangel ergeben.

67 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Art 49 und 56 AEUV, wie sie insbesondere im Urteil v 30. 4. 2014, C-390/12, *Pfleger ua*, ausgelegt wurden, im Lichte des Art 47 GRC dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Verfahrensregelung, nach der in Verwaltungsstrafverfahren das Gericht, das darüber zu entscheiden hat, ob eine die Ausübung einer Grundfreiheit der EU wie der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union beschränkende Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist, bei der Prüfung des Vorliegens von Verwaltungsübertretungen die Umstände der bei ihm anhängigen Rechtssache von Amts wegen zu ermitteln hat, nicht entgegenstehen, sofern diese Regelung nicht zur Folge hat, dass das Gericht an die Stelle der zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats zu treten hat, denen es obliegt, die Beweise vorzulegen, die erforderlich sind, damit das Gericht prüfen kann, ob die Beschränkung gerechtfertigt ist.

#### **Anmerkung:**

Gegenständiglich ergibt sich der maßgebliche Sikkus nicht allein aus dem Urteil selbst, sondern vielmehr – wie aus einem dementsprechenden expliziten Verweis<sup>1</sup> resultiert – aus dessen Kontext mit den Schlussanträgen der General-

<sup>1</sup> Vgl insbesondere Rz 66 des Urteils.

anwältin:<sup>2</sup> Unter Übernahme der einschlägigen EGMR-Judikatur besteht danach die tragende Leitidee darin, dass im Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK und des Art 47 Abs 2 GRC zur effektiven Wahrung des Grundrechts der Unparteilichkeit eine Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion im Verfahren der Verwaltungsgerichte (VwG) absolut unzulässig ist<sup>3</sup> – an sich eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, nicht jedoch im System der österr Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, da hier im VwG-Verfahren ex lege das Amtswegigkeitsprinzip des § 39 Abs 2 AVG (bzw § 25 VStG) in der durch die höchstgerichtliche Judikatur vorgenommenen Ausdifferenzierung vorherrscht. Dem EuGH kommt es insoweit allerdings nicht auf Begrifflichkeiten („kontradiktorisch“, „inquisitorisch“ oder – zwischen diesen beiden Extremen liegende – „Amtswegigkeit“),<sup>4</sup> sondern vielmehr darauf an, wie die entsprechenden Normen jeweils in praxi tatsächlich gehandhabt werden. Im Besonderen darf das VwG – im Gegensatz zu einer Behörde – nicht in Ausübung seiner amtswegigen Ermittlungspflicht jene Beweise für Fakten, deren Verifizierung dem Staat bzw dessen Organen obliegen, substituieren. Dies gilt laut EuGH jedenfalls insoweit, als es erforderlich ist einen Eingriff in eine laut AEUV garantierte Grundfreiheit als gleichermaßen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses geboten und zudem verhältnismäßig zu rechtfertigen. Im Hinblick auf den bisherigen „Stehsatz“, dass im Verwaltungsstrafverfahren der Anklagegrundsatz nicht gilt,<sup>5</sup> bedeutet dies somit einen echten Paradigmenwechsel. Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der EuGH den Urteilstenor nicht negativ – nämlich dahin, dass das Amtswegigkeitsprinzip mit dem Unionsrecht unvereinbar ist, weil es schon von seiner systematischen Zielrichtung her nicht dazu geeignet ist, eine Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion und damit eine Verletzung des Art 47 GRC zuverlässig auszuschließen – formuliert hat.<sup>6</sup> Denn dann hätte der Gesetzgeber einen unmittelbaren Handlungsbedarf mit gleichsam allgemein-verbindlicher Breitenwirkung gehabt; so erscheint hingegen die Behauptungs- und Beweislast bezüglich der Frage, ob das Amtswegigkeitsprinzip in einem konkreten Einzelfall wirklich „zur Folge hatte, dass das Gericht an die Stelle der zuständigen Behörden“ getreten ist, auf die betroffene Partei verlagert. Wem es intentional um die Beibehaltung des bestehenden Systems geht, darf sich jedoch nicht allzu sehr in Sicherheit wiegen: Denn wörtlich genommen mag zwar die Wirkungsbreite des vorliegenden EuGH-Urteils dahin eingeschränkt erscheinen, dass es 1. nur insoweit zum Tragen kommt, als ein Unionsrechtsbezug (bzw: nicht bloß ein rein innerstaatlicher Sachverhalt) vorliegt, sowie 2. innerhalb dieser Grenzen zudem eine solche Konstellation gegeben sein muss, in der durch nationale Vorschriften in eine unionsrechtliche Grundfreiheit eingegriffen wird (weshalb bezüglich der Rechtmäßigkeit dieser Beeinträchtigung ein sog „Kohärenztest“ geboten ist). Abstra-

hiert man aber darüber hinaus unter Einbeziehung der Ausführungen der Generalanwältin sämtliche wesentlichen Grundlinien dieser Entscheidung, so lässt sich kaum übersehen, dass sich diese 3. – wie va aus dem expliziten Verweis auf die Schlussanträge resultiert<sup>7</sup> – dogmatisch vorrangig auf die EMRK stützt, wobei insoweit 4. aus der stRsp des EGMR folgt, dass mit Art 6 Abs 1 EMRK gänzlich unvereinbar ist, dass Beweise für zu Grundrechtseingriffen führende entscheidungsrelevante Tatsachen, die entweder den Interessen des Staats oder einer anderen Verfahrenspartei (es sei denn der Entlastung des Beschuldigten) dienen, in (sowohl civil-rights-Angelegenheiten als auch criminal charges betreffenden) VwG-Verfahren nicht von den Parteien vorgelegt, sondern vom Richter autonom erhoben werden.<sup>8</sup> Um insoweit schon den bloßen Anschein einer Parteilichkeit zu vermeiden, erscheint daher 5. zwecks Vermeidung künftiger EGMR-Beschwerden und absehbarer Verurteilungen,<sup>9</sup> vor allem aber im Interesse rascher Rechtssicherheit, eine baldige explizite gesetzliche Klarstellung dahin, dass § 39 AVG bzw § 25 VStG im VwG-Verfahren generell keine Anwendung mehr findet, unabdingbar,<sup>10</sup> dies ganz abgesehen davon, dass kein Anhaltspunkt ersichtlich ist, die Grundintention der vorliegenden Entscheidung künftig bloß auf das Glücksspielrecht zu beschränken und nicht auch auf sämtliche Verwaltungsmaterien auszudehnen, die durch maßgebliche Eingriffe in EU-Grundfreiheiten geprägt sind.

#### ALFRED GROF

<sup>2</sup> Vgl insbesondere deren Rz 51 ff; darin heißt es ua, dass richterliche und Anklagefunktion de facto nicht vermischt werden dürfen (Rz 43, 45 und 67), dass die Beweislast zum Beleg der Rechtfertigung und der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in eine der Grundfreiheiten der EU ausschließlich bei den staatlichen Behörden liegt (Rz 52 f) und hierfür einerseits ein Hinweis auf Gesetzesmaterialien nicht ausreicht (Rz 61 f) und andererseits dem Gericht auch unabhängige Sachverständige zur Verfügung stehen müssen (Rz 59 f), sowie, dass dem Erfordernis (Anschein) der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Vorrang gebührt (Rz 67 f).

<sup>3</sup> Vgl Rz 65 des Urteils und Rz 43 ff, 51 ff, 63 ff und 67 f der Schlussanträge.  
<sup>4</sup> Weil sich derartige Systeme ohnehin nie in Reinform verwirklichen lassen; vgl (implizit) Rz 66 des Urteils sowie Rz 39 f, 45, 55 und 66 der Schlussanträge.

<sup>5</sup> Vgl schon VfGH 12. 10. 1963, B 547/62 = VfSlg 4557/1963, und jüngst VwGH 15. 12. 2014, 2014/17/0121.

<sup>6</sup> Dies dürfte sich aus dem „judicial self restraint“ erklären, dem zufolge der EuGH die explizite Feststellung einer Verletzung des Art 6 EMRK (und damit auch des Art 47 GRC) wohl dem hierfür primär zuständigen EGMR überlassen wollte.

<sup>7</sup> Vgl schon oben FN 2.

<sup>8</sup> Als de facto wirkmächtig erwies sich bislang die Behauptung der BReg, dass die belangte Behörde im Verfahren vor den (früher: UVS; nunmehr) VwG die Anklage vertreten würde, und die daraus abgeleitete Darstellung, dass die Behörde – allein schon deshalb, weil Entsprechendes in § 25 VStG gesetzlich festgelegt ist – insbesondere in Vw-Strafverfahren auch tatsächlich stets objektiv ermitteln würde (vgl EGMR 4. 7. 2002, 38544/97, *Weh & Weh*, und jüngst VfGH 14. 3. 2017, E 3282/2016). Doch wie lange überzeugt ein derartiger Ansatz noch, der gänzlich quer zu allgemeinen psychologischen Grundeinsichten steht (vgl zB *J. Kruger/D. Wirtz/D. Miller*, Counterfactual Thinking and the First Instinct Fallacy, *Journal of Personality and Social Psychology* 2005, 725 ff mwN) und im Ergebnis zudem (intentional oder unbewusst) die Beweislast in unzulässiger Weise auf den Grundrechtsträger verschiebt?

<sup>9</sup> Analog der Entscheidung v 20. 9. 2016, 926/08, *Karelin*, jüngst wieder bestätigt durch Urteil v 13. 4. 2017, 66357/14, Rz 178 mwN.

<sup>10</sup> Als zumindest kontraproduktiv erweisen sich insoweit das Erk des VfGH 14. 3. 2017, E 3282/2016, und der Beschluss des VwGH 2. 6. 2017, Ra 2017/17/0037, wonach das Amtswegigkeitsprinzip keinen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 GRC bilden soll.