

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 4/12-10\*

14. Juni 2012

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

DDr. Hans Georg RUPPE und

Dr. Johannes SCHNIZER

sowie der Ersatzmitglieder

Dr. Nikolaus BACHLER und

Dr. Irmgard GRISS

als Stimmführer,

im Beisein der Schriftführerin

Mag. Katharina CEDE-LUGSTEIN,

über die Anträge des UNABHÄNGIGEN VERWALTUNGSSENATES DES LANDES OBERÖSTERREICH 1. vom 3. Jänner 2012, Z VwSen-301053/13/Gf/Mu, 2. vom 7. Februar 2012, Zlen. VwSen-301167/2/Gf/Mu und VwSen-301168/2/Gf/Mu, 3. vom 13. März 2012, Zlen. VwSen-301214/2/Gf/Bu und VwSen-301215/2/Gf/Bu, 4. vom 27. März 2012, Z VwSen-301222/2/Gf/Rt, 5. vom 28. März 2012, Z VwSen-301224/2/Gf/Rt, 6. vom 3. April 2012, Zlen. VwSen-301226/2/Gf/RT und VwSen-301227/2/Gf/RT, und 7. vom 4. April 2012, Z VwSen-301228/2/Gf/Rt, "die Wendung '53,' im zweiten Satz des § 52 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 i.d.F. BGBl. Nr. I 111/2010, wegen Widerspruches zu Art. 18 Abs. 2 B-VG, zu Art. 94 B-VG, zu Art. 83 Abs. 2 B-VG, zu Art. 5 StGG und zu Art. 1 des 1.ZPMRK sowie in eventu auch die Bestimmung des § 63 Abs.1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985, BGBl. Nr. 10/1985, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 470/1995, wegen Widerspruches zu Art. 140 Abs. 7 B-VG", als verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

Die Anträge werden abgewiesen.

## Entscheidungsgründe

### I.

1. Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (im Folgenden UVS) beantragt in dem zu G 4/12 protokollierten Antrag, "die Wendung '53,' im zweiten Satz des § 52 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 i.d.F. BGBl. Nr. I 111/2010, wegen Widerspruches zu Art. 18 Abs. 2 B-VG, zu Art. 94 B-VG, zu Art. 83 Abs. 2 B-VG, zu Art. 5 StGG und zu Art. 1 des 1.ZPMRK sowie in eventu auch die Bestimmung des § 63 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985, BGBl. Nr. 10/1985, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 470/1995, wegen Widerspruches zu Art. 140 Abs. 7 B-VG", als verfassungswidrig aufzuheben.

1

2. Des Weiteren beantragt der UVS in den zu G 15/12, G 31/12, G 43/12, G 44/12, G 48/12 und G 49/12 protokollierten Anträgen, "die Wendung '53,' im zweiten Satz des § 52 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 i.d.F. BGBl. Nr. I 111/2010, wegen Widerspruches zu Art. 18 Abs. 2 B-VG, zu Art. 94

2

B-VG, zu Art. 83 Abs. 2 B-VG, zu Art. 5 StGG und zu Art. 1 des 1.ZPMRK" als verfassungswidrig aufzuheben.

## II.

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz, im Folgenden: GSpG), BGBl. 620/1989, in der Fassung BGBl. I 111/2010 lauten wie folgt (die angefochtene Zahl ist hervorgehoben):

3

### "STRAF- UND VERFAHRENSBESTIMMUNGEN

#### Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind in erster Instanz die Bezirksverwaltungsbehörden, im örtlichen Wirkungsbereich einer Bundespolizeidirektion diese, und in zweiter Instanz die Unabhängigen Verwaltungssenate gemäß § 51 Abs. 1 VStG zuständig.

(2) Diese Behörden können sich der Mitwirkung der Organe der öffentlichen Aufsicht bedienen und zur Klärung von Sachverhaltsfragen in Zusammenhang mit den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Amtssachverständigen des § 1 Abs. 3 hinzuziehen. Zu den Organen der öffentlichen Aufsicht zählen jedenfalls die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und der Abgabenbehörden.

(3) – (9) [...]

[...]

#### Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;
2. bis 11. [...]

(2) Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Die Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß § 50 Abs. 2 sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach §§ 53, 54 und 56a bleiben davon unberührt.

(3) bis (5) [...]

[...]

### Beschlagnahmen

§ 53. (1) Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen Hilfsmittel anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn

1. der Verdacht besteht, dass

a) mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, oder

b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder

2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß Z 1 lit. a gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird oder

3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird.

(2) Die Organe der öffentlichen Aufsicht können die in Abs. 1 genannten Gegenstände auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um unverzüglich sicherzustellen, daß die Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. Sie haben darüber außer im Falle des § 52 Abs. 1 Z 7 dem Betroffenen sofort eine Bescheinigung auszustellen oder, wenn ein solcher am Aufstellungsort nicht anwesend ist, dort zu hinterlassen und der Behörde die Anzeige zu erstatten. In der Bescheinigung sind der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter und der Inhaber aufzufordern, sich binnen vier Wochen bei der Behörde zu melden; außerdem ist auf die Möglichkeit einer selbständigen Beschlagnahme (Abs. 3) hinzuweisen. Tritt bei dieser Amtshandlung der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter oder der Inhaber auf, so sind ihm die Gründe der Beschlagnahme bekanntzugeben.

(3) Die Behörde hat in den Fällen des Abs. 2 unverzüglich das Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheides einzuleiten und Ermittlungen zur Feststellung von Identität und Aufenthalt des Eigentümers der Gegenstände, des Veranstalters und des Inhabers zu führen. Soweit nach der vorläufigen Beschlagnahme keine dieser Personen binnen vier Wochen ermittelt werden kann oder sich keine von diesen binnen vier Wochen meldet oder die genannten Personen zwar bekannt, aber unbekanntes Aufenthaltes sind, so kann auf die Beschlagnahme selbständig erkannt werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

(4) Die beschlagnahmten Gegenstände sind amtlich zu verwahren. Bereitet die amtliche Verwahrung Schwierigkeiten, so sind die Gegenstände einer dritten Person in Verwahrung zu geben; sie können aber auch dem bisherigen Inhaber belassen werden, wenn hierdurch der Zweck der Beschlagnahme nicht gefährdet wird. In solchen Fällen ist ein Verbot zu erlassen, über die Gegenstände zu verfügen, wobei hinsichtlich der Benützung, Pflege und Wertsicherung der Gegenstände die erforderlichen Bedingungen und Auflagen festzulegen sind. Die Gegenstände können auch durch amtliche Verschlüsse gesichert werden."

2. § 63 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, BGBl. 10, in der Fassung BGBl. 470/1995, lautet wie folgt:

4

#### "Vollstreckung

§ 63. (1) Wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Beschwerde gemäß Art. 131 B-VG stattgegeben hat, sind die Verwaltungsbehörden verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

(2) In den Erkenntnissen, mit denen der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entscheidet, hat er auch selbst das Gericht oder die Verwaltungsbehörde zu bestimmen, die das Erkenntnis zu vollstrecken hat. Das Vollstreckungsverfahren richtet sich nach den für die hiezu bestimmte Gerichts- oder Verwaltungsbehörde sonst geltenden Vorschriften. Ist als Vollstreckungsbehörde ein Gericht bestimmt worden, so bildet das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes den Exekutionstitel."

3. § 168 Strafgesetzbuch, BGBl. 60/1974, in der Fassung BGBl. I 12/2012, lautet wie folgt:

5

#### "Glücksspiel

§ 168. (1) Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, daß bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

(2) Wer sich gewerbsmäßig an einem solchen Spiel beteiligt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen."

4. In der Strafprozessordnung 1975, BGBl. 631, in der Fassung BGBl. I 35/2012, werden Sicherstellung und Beschlagnahme sowie der Rechtsschutz gegen diese wie folgt geregelt:

#### "Einspruch wegen Rechtsverletzung

§ 106. (1) Einspruch an das Gericht steht im Ermittlungsverfahren jeder Person zu, die behauptet, durch Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein, weil

1. ihr die Ausübung eines Rechtes nach diesem Gesetz verweigert oder
2. eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt wurde.

Eine Verletzung eines subjektiven Rechts liegt nicht vor, soweit das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei absieht und von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht wurde.

(2) Soweit gegen die Bewilligung einer Ermittlungsmaßnahme Beschwerde erhoben wird, ist ein Einspruch gegen deren Anordnung oder Durchführung mit der Beschwerde zu verbinden. In einem solchen Fall entscheidet das Beschwerdegericht auch über den Einspruch.

(3) Der Einspruch ist bei der Staatsanwaltschaft einzubringen. In ihm ist anzuführen, auf welche Anordnung oder welchen Vorgang er sich bezieht, worin die Rechtsverletzung besteht und auf welche Weise ihm stattzugeben sei. Sofern er sich gegen eine Maßnahme der Kriminalpolizei richtet, hat die Staatsanwaltschaft der Kriminalpolizei Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(4) Die Staatsanwaltschaft hat zu prüfen, ob die behauptete Rechtsverletzung vorliegt, und dem Einspruch, soweit er berechtigt ist, zu entsprechen sowie den Einspruchswerber davon zu verständigen, dass und auf welche Weise dies geschehen sei und dass er dennoch das Recht habe, eine Entscheidung des Gerichts zu verlangen, wenn er behauptet, dass seinem Einspruch tatsächlich nicht entsprochen wurde.

(5) Wenn die Staatsanwaltschaft dem Einspruch nicht entspricht oder der Einspruchswerber eine Entscheidung des Gerichts verlangt, hat die Staatsanwaltschaft den Einspruch unverzüglich an das Gericht weiter zu leiten. Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei hat das Gericht dem Einspruchswerber zur Äußerung binnen einer festzusetzenden, sieben Tage nicht übersteigenden Frist zuzustellen.

[...]

## Sicherstellung

§ 110. (1) Sicherstellung ist zulässig, wenn sie

1. aus Beweisgründen,
2. zur Sicherung privatrechtlicher Ansprüche (§ 367) oder
3. zur Sicherung der Konfiskation (§ 19a StGB), des Verfalls (§ 20 StGB), des erweiterten Verfalls (§ 20b StGB), der Einziehung (§ 26 StGB) oder einer anderen gesetzlich vorgesehenen vermögensrechtlichen Anordnung erforderlich scheint.

(2) Sicherstellung ist von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen.

(3) Die Kriminalpolizei ist berechtigt, Gegenstände (§ 109 Z 1 lit. a) von sich aus sicherzustellen,

1. wenn sie

- a. in niemands Verfügungsmacht stehen,
  - b. dem Opfer durch die Straftat entzogen wurden,
  - c. am Tatort aufgefunden wurden und zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet oder dazu bestimmt worden sein könnten, oder
  - d. geringwertig oder vorübergehend leicht ersetzbar sind,
2. wenn ihr Besitz allgemein verboten ist (§ 445a Abs. 1),
3. mit denen eine Person, die aus dem Grunde des § 170 Abs. 1 Z 1 festgenommen wird, betreten wurde oder die im Rahmen ihrer Durchsuchung gemäß § 120 Abs. 1 aufgefunden werden, oder
4. in den Fällen des Artikels 4 der Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen (Amtsblatt Nr. L 196 vom 02/08/2003 S. 0007 – 0014).

(4) Die Sicherstellung von Gegenständen aus Beweisgründen (Abs. 1 Z 1) ist nicht zulässig und jedenfalls auf Verlangen der betroffenen Person aufzuheben, soweit und sobald der Beweiszweck durch Bild-, Ton- oder sonstige Aufnahmen oder durch Kopien schriftlicher Aufzeichnungen oder automationsunterstützt verarbeiteter Daten erfüllt werden kann und nicht anzunehmen ist, dass die sichergestellten Gegenstände selbst oder die Originale der sichergestellten Informationen in der Hauptverhandlung in Augenschein zu nehmen sein werden.

[...]

## Beschlagnahme

§ 115. (1) Beschlagnahme ist zulässig, wenn die sichergestellten Gegenstände voraussichtlich

1. im weiteren Verfahren als Beweismittel erforderlich sein werden,
2. privatrechtlichen Ansprüchen (§ 367) unterliegen oder

3. dazu dienen werden, eine gerichtliche Entscheidung auf Konfiskation (§ 19a StGB), auf Verfall (§ 20 StGB), auf erweiterten Verfall (§ 20b StGB), auf Einziehung (§ 26 StGB) oder einer anderen gesetzlich vorgesehenen vermögensrechtlichen Anordnung zu sichern, deren Vollstreckung andernfalls gefährdet oder wesentlich erschwert würde.

(2) Über die Beschlagnahme hat das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder einer von der Sicherstellung betroffenen Person unverzüglich zu entscheiden.

(3) § 110 Abs. 4 gilt sinngemäß. Gegebenenfalls ist die Beschlagnahme auf die dort angeführten Aufnahmen und Kopien zu beschränken.

(4) Für eine Beschlagnahme durch Drittverbot und Veräußerungs- oder Belastungsverbot (§ 109 Z 2 lit. b) gelten, sofern in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt wird, die Bestimmungen der Exekutionsordnung über einstweilige Verfügungen sinngemäß.

(5) In einem Beschluss, mit dem eine Beschlagnahme zur Sicherung einer gerichtlichen Entscheidung auf Verfall (§ 20 StGB) oder auf erweiterten Verfall (§ 20b StGB) bewilligt wird, ist ein Geldbetrag zu bestimmen, in dem die für verfallen zu erklärenden Vermögenswerte Deckung finden.

(6) Wenn und sobald die Voraussetzungen der Beschlagnahme nicht oder nicht mehr bestehen oder ein nach Abs. 5 bestimmter Geldbetrag erlegt wird, hat die Staatsanwaltschaft, nach dem Einbringen der Anklage das Gericht, die Beschlagnahme aufzuheben."

### III.

1. Dem zu G 4/12 protokollierten Antrag liegt zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: 7

1.1. Mit Bescheid der BH Gmunden vom 5. Mai 2011 wurde zwecks Sicherung der Einziehung gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a GSpG die Beschlagnahme von zwei am 23. März 2011 von Organen der Finanzpolizei in einem Lokal in Gmunden vorläufig beschlagnahmten Glücksspielautomaten, die im Eigentum der nun beteiligten Gesellschaft stehen, behördlich angeordnet. Gleichzeitig wurde wegen Gefahr in Verzug die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Berufung ausgeschlossen. 8

1.2. Gegen diesen Bescheid wurde von der nun beteiligten Gesellschaft Berufung an den UVS erhoben; darin wurde vorgebracht, dass nicht bloß eine Übertretung des GSpG, sondern vielmehr der gerichtlich strafbare Tatbestand des § 168 StGB 9

vorliege, weil auf den gegenständlichen Geräten kein Einzelspiel mit einem Einsatz von weniger als 10 Euro möglich sei. Somit sei sowohl die Beschlagnahme dieses Gerätes durch die Finanzpolizei als auch der bescheidmäßige Beschlagnahmeausspruch seitens einer unzuständigen Behörde vorgenommen worden.

1.3. Mit Bescheid vom 12. Juli 2011 hat der UVS dieser Berufung Folge gegeben und den bekämpften Bescheid der BH Gmunden aufgehoben. Der UVS vertritt die Ansicht, wenn Organe der Finanzpolizei als Hilfsorgane des Finanzamtes als Abgabenbehörde erster Instanz eine vorläufige Beschlagnahme nach § 53 Abs. 2 GSpG – wie hier – aus Anlass einer gerichtlich strafbaren Handlung vorgenommen hätten, dann habe über deren Rechtmäßigkeit und weitere Aufrechterhaltung nicht die für die Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 50 Abs. 1 GSpG zuständige Bezirksverwaltungsbehörde bzw. Bundespolizeidirektion, sondern die nach der StPO hierfür kompetente Institution (idR die Staatsanwaltschaft gemäß § 110 Abs. 2 StPO bzw. das Gericht nach § 115 Abs. 2 StPO) zu entscheiden.

10

1.4. Gegen diesen Bescheid erhob die Bundesministerin für Finanzen eine Amtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, welcher mit Erkenntnis vom 16. November 2011, 2011/17/0226, den Bescheid des UVS vom 12. Juli 2011 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben hat. Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof Folgendes aus:

11

"Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 20. Juli 2011, Zl. 2011/17/0097, auf das gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, bereits ausgesprochen, dass die Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG auch dann zulässig ist, wenn eine Strafbarkeit nach § 168 StGB vorliegen sollte. Es ist daher – entgegen der im angefochtenen Bescheid vertretenen Rechtsansicht – nicht entscheidungswesentlich, ob im Beschwerdefall das Tatbild des § 168 StGB verwirklicht wurde.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem weiteren Erkenntnis vom 10. Oktober 2011, Zl. 2011/17/0110, auf das ebenfalls gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, ausgesprochen hat, steht dem auch nicht das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltentrennung gemäß Art. 94 B-VG entgegen. Die Argumentation im angefochtenen Bescheid, es sei zwar das Vorgehen von Organen der Finanzpolizei aber nicht jenes der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde bzw. Bundespolizeidirektion bei der Beschlagnahme nach dem GSpG vom Gesetz gedeckt, widerspricht dem eindeutigen Gesetzeswortlaut. § 52 Abs. 2 GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 111/2010 lautet nämlich:

[...]

Gemäß dem letzten Satz zweiter Satzteil der wiedergegebenen Bestimmung bleiben nämlich die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen u.a. nach § 53 GSpG (Beschlagnahme) ausdrücklich unberührt.

Eine Beschlagnahme gemäß § 53 Abs. 1 GSpG durch die Verwaltungsbehörden ist daher auch dann zulässig, wenn wegen der inkriminierten Handlungen neben dem Verwaltungsstrafverfahren gleichzeitig ein gerichtliches Strafverfahren geführt wird bzw. zu führen ist."

1.5. Im Verfahren zur Erlassung des Ersatzbescheides stellt nun der UVS den vorliegenden Antrag und führt dazu aus, dass er gemäß § 63 Abs. 1 VwGG an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes gebunden sei, und legt seine Bedenken wie folgt dar:

12

"In den Erläuterungen [zu § 52 Abs. 2 GSpG idF BGBl. I 54/2010] hieß es hierzu u.a. (vgl. 658 BlgNR, 24. GP, S. 8):

'Strafzuständigkeit der Verwaltungsbehörden ist ausschließlich bei Einsätzen pro Spiel bis zu 10 Euro nach diesem Bundesgesetz gegeben. Mit Abs. 2 wird auch der unbestimmte Gesetzesbegriff der geringen Beträge im Sinne des § 168 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB legal definiert. Nur bei Vorliegen solcher geringen Beträge ist eine Strafbarkeit nach § 168 Abs. 1 letzter Halbsatz ausgeschlossen, gleichgültig ob bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib gespielt wird. Ab Übersteigen dieses Betrages ist die Anzeige an die Staatsanwaltschaft zu übermitteln und besteht Gerichtszuständigkeit.'

Durch BGBl.Nr. I 111/2010 wurde § 52 GSpG u.a. dahin geändert, dass in dessen Absatz 2 die Wortfolge '§§ 54 und 56a' durch die Wortfolge '§§ 53, 54 und 56a' ersetzt wurde. In den Erläuterungen wurde dazu ausgeführt (vgl. 981 BlgNR, 24. GP, S. 148):

'Mit der Ergänzung des Hinweises auf die Beschlagnahme gemäß § 53 GSpG wird klar gestellt, dass bei Kontrollhandlungen, die (auch) einen Verdacht einer Übertretung des § 168 StGB ergeben, eine allenfalls von den Kontrollorganen vorgenommene vorläufige Sicherstellung der Eingriffsgegenstände gemäß § 53 Abs. 2 GSpG mittels Beschlagnahmeverfahren durch die Behörde beschlossen und in der Folge mittels Einziehungsverfahren zur Verhinderung weiterer Übertretungen beendet werden kann.'

3.2. Zunächst scheint sich aus den Gesetzesmaterialien insofern ein Widerspruch zu ergeben, als der Gesetzgeber im Zuge der Erlassung der Novelle BGBl.Nr. I 54/2010 explizit davon ausgegangen ist, dass dann, wenn der Einsatz pro Spiel mehr als 10 Euro beträgt, jedenfalls eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte besteht (arg.: 'Ab Übersteigen dieses Betrages ist die Anzeige an die Staatsanwaltschaft zu übermitteln und besteht Gerichtszuständigkeit.') – wobei mangels gegenteiliger Hinweise davon auszugehen ist, dass diese nach dem allgemein üblichen Verständnis nicht nur die materiell-rechtlichen, sondern auch die entsprechenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Strafrechtswesens i.S.d. Art. 10 Abs. 1 Z. 6 B-VG umfasst.

Dem gegenüber scheint aus den Erläuterungen zur Novelle BGBl.Nr. I 111/2010 implizit zu folgen, dass eine behördliche Zuständigkeit auch dann gleichsam 'fortwirkt' – und demgemäß die entsprechende Kompetenz der ordentlichen Gerichte und der Behörden des gerichtlichen Strafrechts 'zurückdrängt' –, wenn und soweit es um die behördliche Bestätigung von im Zuge von Kontrollhandlungen der Exekutive gesetzten Sicherungsmaßnahmen (wie die Beschlagnahme) und darauf aufbauende behördliche Eingriffsakte geht.

Dass diese Fortwirkung und Zurückdrängung allerdings so weit reichen würde, dass selbst dann, wenn bereits feststeht oder zumindest ein dringender Verdacht dahin besteht, dass ein Vergehen nach § 168 StGB vorliegt, die entsprechenden Parallelbefugnisse der Gerichte und Gerichtsbehörden (vgl. § 26 StGB; §§ 115 ff und 443 ff StPO) nicht zum Tragen kämen, kann den Erläuterungen allerdings nicht entnommen werden. Systemkonform – nämlich: um einen Widerspruch zu Art. 94 B-VG zu vermeiden (siehe dazu näher unten, 3.3.) – sind daher die Erläuterungen insgesamt besehen wohl dahin zu verstehen, dass eine entsprechende verwaltungsbehördliche Befugnis nur so lange gegeben ist, als kein begründeter Verdacht dahin besteht, dass ein Vergehen nach § 168 StGB vorliegt (arg. 'Übertretungen' [und nicht 'Vergehen', wie es der Qualifikation nach § 17 StGB entsprechen würde] in 981 BlgNR, 24. GP, 148). Damit ist aber unklar, bis wann die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden jeweils konkret reicht bzw. ab welchem Zeitpunkt eine Zuständigkeit des Gerichts und der Staatsanwaltschaft vorliegt, es sei denn, es käme in diesem Zusammenhang auf die Wertgrenze des § 52 Abs. 2 GSpG, d.h. darauf an, dass sich ergibt, dass der Einsatz pro Spiel den Betrag von 10 Euro pro Spiel übersteigt oder nicht, was in der Praxis allerdings regelmäßig erst von einem (zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die Exekutive meist nicht anwesenden) Sachverständigen beurteilt werden kann. Darüber hinaus scheint das rechtliche Schicksal jener der Verwaltungsbehörde zuzurechnenden Eingriffsmaßnahmen für den Fall, dass sich in der Folge ergibt, dass nicht – wie ursprünglich (vertretbar) angenommen – eine Übertretung des § 52 Abs. 1 GSpG, sondern vielmehr ein Vergehen nach § 168 StGB vorliegt, völlig offen.

§ 52 Abs. 2 GSpG scheint daher insofern gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG und davon ausgehend auch gegen das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG zu verstoßen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist der Normsetzer dazu verhalten, die Regelung der Behördenzuständigkeit in einer auch strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden Weise präzise vorzunehmen (vgl. z.B. VfGH v. 19. Juni 1989, V 33,34/88; VfSlg 9937/1984; VfSlg 10311/1984).

3.3. Davon abgesehen scheint die Bestimmung des § 52 Abs. 2 zweiter Satz GSpG auch gegen den Trennungsgrundsatz des Art. 94 B-VG zu verstoßen.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Dezember 2010, G 259/09 u.a., zu verweisen, in dem es unter Pkt. 2.5. wörtlich heißt:

'Wie der Verfassungsgerichtshof in ständiger Judikatur ausgesprochen hat (zB VfSlg. 2778/1954, 2902/1955, 3236/1957, 3424/1958, 4455/1963, 5630/1967, 6537/1971, 7273/1974, 7882/1976, 9590/1982, 10.300/1984, 10.452/1985, 11.259/1987, 16.772/2002, 17.083/2003 [S 1134 f.]), ergibt sich aus dem in Art 94 B-VG verankerten Prinzip der Trennung der Justiz von der Verwaltung die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine Angelegenheit – zur Gänze – zur Vollzie-

hung entweder den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zuzuweisen. Daraus folgt, dass über ein und dieselbe Frage nicht sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden, sei es im gemeinsamen Zusammenwirken, sei es im instanzmäßig gegliederten Nacheinander, entscheiden dürfen; jede verfahrensrechtliche Verflechtung von Gerichten und Verwaltungsbehörden zu einer organisatorischen Einheit ist als unzulässig anzusehen.'

Gerade dieser Effekt der verfassungsmäßig verpönten Verflechtung tritt jedoch ein, wenn Gegenstände von Exekutivorganen im Zuge einer Kontrolle vorläufig in Beschlag genommen und in der Folge ausschließlich die Verwaltungsbehörden zur Anordnung von deren endgültiger Beschlagnahme und/oder Einziehung zuständig sind, und zwar selbst in jenen Fällen, in denen sich zu einem bestimmten Zeitpunkt zweifelsfrei ergibt, dass nicht – wie ursprünglich angenommen – eine Übertretung des § 52 Abs. 1 GSpG, sondern ein Vergehen gegen § 168 StGB und damit eine gerichtliche Zuständigkeit vorliegt. Vielmehr hätte der einfache Gesetzgeber daher i.S.d. ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes vorzusehen gehabt, dass die behördliche Entscheidung über die Beschlagnahme und/oder die Einziehung spätestens zu diesem Zeitpunkt ihre Wirksamkeit verliert (vgl. dazu z.B. VfGH v. 14. Juni 1985, G 17/85, m.w.N.).

Dazu kommt, dass aus der Sicht der über die Gegenstände verfügbaren Personen nicht erkennbar ist, ab welchem Zeitpunkt der behördliche Rechtsschutz endet und damit der gerichtliche Rechtsschutz zu greifen beginnt, was – von qualitativen Unterschieden abgesehen – zu entsprechenden Versäumnissen in Bezug auf die jeweiligen Rechtsmittelfristen und zusätzlichen Kostenbelastungen, sohin also letztlich auch zu einer Verletzung von deren Grundrecht auf Eigentum – weil sowohl Art. 5 StGG als auch Art. 1 des 1.ZPMRK eine auch in formeller Hinsicht verfassungskonforme Grundlage für einen entsprechenden Eingriff fordern – führen kann, wie diese Zusammenhänge der Verfassungsgerichtshof bspw. auch in seinem Erkenntnis VfSlg 8349/1978 (S. 483 f) dargelegt hat:

'Der VfGH hat in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, dass die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die durch eine unscharfe Abgrenzung gekennzeichnet sind, nur dann zulässig ist, wenn deren Inhalt so weit bestimmbar ist, dass der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einrichten kann. Auch dass die Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe mit Art. 18 B-VG nur dann vereinbar ist, wenn das Verhalten der Behörde auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann, hat der VfGH wiederholt ausgesprochen .....

Diesem Erfordernis muss auch dann entsprochen sein, wenn die standesrechtliche Aufsicht über das Verhalten von Berufsangehörigen so geregelt ist, dass die Wahrnehmung und Ahndung bestimmter Verstöße gegen Berufspflichten in die Zuständigkeit der Standesorganisation als Selbstverwaltungsbehörde fällt, hingegen für andere Berufspflichtverletzungen Disziplinargerichte zuständig sind. Die Normen müssen es ermöglichen, die Inanspruchnahme der Zuständigkeit durch eine der beiden Behörden dermaßen nachzuprüfen, dass sich diese als richtig oder falsch erweist. Eine Regelung, die offen lässt, wann die Verwaltungsbehörde und wann das Gericht zur Entscheidung berufen ist, ist mit Art. 83 Abs. 2 B-VG nicht vereinbar. Wird durch die Unbestimmtheit der Regelung die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem Gericht betref-

fen, liegt hierin auch ein Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz des Art. 94 B-VG.'

3.4. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG sind die Behörden verpflichtet, im Falle der Stattgabe einer Beschwerde nach Art. 131 B-VG unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Selbst wenn diese Bestimmung jene Konstellationen abdecken sollte, in denen sich die Rechtsansicht des VwGH (wie im Anlassfall) ausschließlich auf eigene Erkenntnisse, die dieser – ohne Durchführung eines Verfahrens gemäß § 38a VwGG – erst nach der Erlassung der bei ihm angefochtenen behördlichen Entscheidung gefällt hat (sodass die Behörde zum Entscheidungszeitpunkt davon naturgemäß gar keine Kenntnis haben konnte), stützt, scheint sie doch keine Vorkehrung für den Fall zu treffen, dass sich die vom VwGH seiner Judikatur zu Grunde gelegte(n) gesetzliche(n) Bestimmung(en) als verfassungswidrig erweist (erweisen).

Damit scheint diese – nicht nur eine vorbehaltlose, sondern zudem auch eine unverzügliche Bindung normierende – Bestimmung des § 63 Abs. 1 VwGG jedoch der Anordnung des Art. 140 Abs. 7 B-VG zu widersprechen, in dem nicht nur festgelegt ist, dass alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den aufhebenden Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden sind, sondern auch, dass das als verfassungswidrig erkannte Gesetz auf den Anlassfall nicht mehr anzuwenden ist."

1.6. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der die Abweisung des Haupt- und Eventualantrages beantragt wird, und führt Folgendes aus:

13

"Ein Widerspruch dieser Gesetzesmaterialien zu denen, die der Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 zugrunde liegen (Seite 7 f des Antrags), ist nach Ansicht der Bundesregierung nicht ersichtlich. Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut des § 52 Abs. 2 GSPG findet eine Subsidiarität nur in dem Ausmaß (arg.: 'insoweit') statt, in dem eine Strafbarkeit nach StGB besteht. Insoweit aber keine Strafbarkeit nach StGB besteht, bleibt grundsätzlich – unter Berücksichtigung des Doppelbestrafungsverbot (Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPEMRK) – eine Strafbarkeit nach GSpG bestehen.

Gegenstand der angefochtenen Wendung in § 52 Abs. 2 zweiter Satz sind auch nur Sicherungsmaßnahmen nach dem GSpG, wie die im Anlassfall gegenständliche Beschlagnahme zwecks Sicherung der Einziehung. Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung – vgl. die Leitentscheidung des VwGH vom 20. Juli 2011, 2011/17/0097, mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung – ausgesprochen hat, hat der Gesetzgeber mit BGBl. I Nr. 111/2010

'klargestellt, dass ungeachtet dieser Subsidiarität [von Verwaltungsstraftatbeständen nach dem GSpG gegenüber § 168 StGB] die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach den §§ 53, 54 und 56a GSpG unberührt bleiben. [Es besteht] somit eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Handhabung der Sicherungsmaßnahmen nach dem GSpG ungeachtet des allfälligen Eingreifens der Strafbarkeit nach § 168 StGB [...]. Die Notwendigkeit der Sicherung des Verfalls oder der Einziehung ist im Fall eines subsidiären Verwal-

tungsstraftatbestandes in gleicher Weise gegeben wie im Fall eines kumulativ neben einem gerichtlichen Straftatbestand anwendbaren Straftatbestandes oder im Falle des gänzlichen Fehlens eines gerichtlichen strafbaren Tatbestandes, der durch die verwaltungsstrafrechtlich sanktionierten Handlungen (oder durch einzelne Elemente dieser Handlungen oder durch Teile dieser Handlungen im Zusammenhalt mit weiteren Sachverhaltselementen) verwirklicht sein könnte.

Eine ausdehnende Interpretation des § 30 Abs. 2 VStG dahin gehend, dass dieser auch eine Beschlagnahme in dem betreffenden Verwaltungsstrafverfahren ausschliesse, ist daher nicht geboten (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 27. Juli 1987, Zl. 83/10/0202, und vom 10. August 2000, Zl. 2000/07/0038).

Da somit eine Beschlagnahme auch dann zulässig ist, wenn wegen der inkriminierten Handlung gleichzeitig ein gerichtliches Strafverfahren geführt wird bzw. zu führen ist, stellt sich nicht die Frage, ob dieser Umstand allein die Durchführung der verwaltungsbehördlichen Beschlagnahme ausschließt bzw. welcher Grad der Wahrscheinlichkeit der Erfüllung eines gerichtlichen Straftatbestandes vorliegen muss, um die Beschlagnahme unzulässig zu machen'.

Die Ausführungen des VwGH zeigen deutlich, dass – insoweit unverändert zur bisherigen Rechtslage – gute Gründe für eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde für die – nunmehr ausdrücklich festgeschriebenen – Fälle 'behördliche[r] Sicherungsmaßnahmen nach §§ 53, 54 und 56a' sprechen und zwar auch 'in Fällen der Subsidiarität des verwaltungsbehördlichen Straftatbestandes gegenüber einem gerichtlichen Straftatbestand'.

Diese Ansicht bildet mittlerweile die ständige Rechtsprechung des VwGH und sind in den zahlreichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren diesbezüglich keine Bedenken gegen diese Bestimmung hervorgekommen (vgl. die zuletzt ergangenen Erkenntnisse des VwGH vom 14. Dezember 2011, 2011/17/0148, 2011/17/0155 und 0150 sowie vom 16. November 2011, 2011/17/0226, und vom 15. September 2011, 2011/17/0112 und 2011/17/0204, uvm.)

3. Bestimmtheitsgebot (Art. 18 Abs. 1 B-VG) und Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG).

Der Antragsteller vermeint, die Regelung der Behördenzuständigkeit sei unklar und 'nicht in einer auch strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden Weise präzise' vorgenommen worden.

Nach Ansicht der Bundesregierung ist dieser Annahme jedoch entgegenzuhalten, dass sie auf einer unzutreffenden Auslegung des § 52 Abs. 2 GSpG beruht. Der Antragsteller vermeint offenbar einen Widerspruch der Bestimmung zu Art. 94 B-VG vermeiden zu müssen, indem der eindeutige Gesetzeswortlaut reduzierend so auslegt wird, dass die verwaltungsbehördliche Zuständigkeit für Beschlagnahme und Einziehung nur so lange gegeben sei, als kein begründeter Verdacht dahin besteht, dass ein Vergehen nach § 168 StGB vorliege.

Dieser Auslegung im Antrag ist jedoch der Gesetzeswortlaut entgegenzuhalten: Durch § 52 Abs. 2 zweiter Satz GSpG wird gerade eine eindeutige Regelung getroffen. Die Verwaltungsbehörden sind auch in Fällen, in denen auch ein begründeter Verdacht eines Vergehens gemäß § 168 StGB vorliegt, zur Beschlagnahme (sowie zur Einziehung und Betriebsschließung) weiterhin berechtigt. Derartige Überlegungen werden im Übrigen auch in den Erläuterungen zur GSpG-Novelle 2010, 657 XXIV. GP, im Zusammenhang mit der Einziehung gemäß § 54 GSpG dargelegt. Nach der Novelle ist die Einziehung nunmehr mit selbständigem Bescheid und nicht mehr – wie nach der früheren Rechtslage – 'in der Regel im Straferkenntnis' zu verfügen [...]:

'Die Einziehung wird als selbstständige verwaltungsbehördliche Verfügung ausgestaltet, die losgelöst von einem Strafverfahren durch selbstständigen Bescheid auszusprechen ist, wenn der Eingriff ins Glücksspielmonopol nicht nur geringfügig war. Die Schwere des Eingriffes wird dabei beispielsweise anhand der geschätzten Umsätze mit dem Eingriffsgegenstand oder des Ausmaßes der Abweichung von den gesetzlichen Merkmalen nach § 4 Abs. 2 zu ermitteln sein. Ein Zusammenhang mit dem Strafverfahren besteht nicht. § 54 ist vielmehr ein behördliches Sicherungsmittel, um weitere Eingriffe in das Glücksspielmonopol und dadurch das Setzen weiterer Anreize zu einem Spiel ohne entsprechenden begleitenden Spielerschutz zu verhindern. Die Zuständigkeit zu ihrer Verfügung liegt bei den Bezirksverwaltungsbehörden. Sie ist auch neben etwaigen Strafverfahren vor den Strafgerichten nach § 168 StGB von den Bezirksverwaltungsbehörden zu verfügen. [...]'

Nach Ansicht der Bundesregierung ist daher in einem Fall, wie im Anlassfall, der Zeitpunkt, bis wann die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für Beschlagnahmen zur Sicherung der Einziehung jeweils konkret reicht bzw. ab welchem Zeitpunkt eine Zuständigkeit des Gerichts und der Staatsanwaltschaft vorliegt, nicht unklar. Die vorgebrachten Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes (Art. 18 Abs. 1 B-VG) und des Grundrechtes auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) erweisen sich daher nach Ansicht der Bundesregierung als unbegründet.

#### 4. Trennungsgrundsatz (Art. 94 B-VG)

Im Antrag wird 'der Effekt einer verfassungsmäßig verpönten Verflechtung' von Gerichten und Verwaltungsbehörden darin gesehen, dass Gegenstände von Exekutivorganen vorläufig in Beschlag genommen werden und in der Folge ausschließlich die Verwaltungsbehörden zur Anordnung der endgültigen Beschlagnahme und/oder Einziehung zuständig sind, selbst wenn feststehe, dass ein Vergehen gegen § 168 StGB vorliege.

Diese Bedenken des Antragsstellers hinsichtlich einer Verletzung des Trennungsgrundsatzes (Art. 94 B-VG) treffen nach Ansicht der Bundesregierung jedoch nicht zu.

Die Beschlagnahme nach § 53 GSpG dient der 'Verhinderung der weiteren Begehung bzw. Fortsetzung einer Verwaltungsübertretung' (vgl. VwGH vom 3. Juli

2009, 2009/17/0065) und die Einziehung nach § 54 GSpG ist eine 'schuldunabhängige sachbezogene Unrechtsfolge', die 'als Sicherungsmittel darauf ab[zielt], der Gefährlichkeit von bestimmten Sachen für die Allgemeinheit entgegenzuwirken' (vgl. VwGH vom 14. Dezember 2011, 2011/17/0084). Die Voraussetzungen für behördliche Sicherungsmaßnahmen (§§ 53 ff GSpG) sind vom Ausgang eines strafgerichtlichen Verfahrens völlig unabhängig, sodass diese selbst im Falle einer (nachträglichen) strafgerichtlichen Verurteilung nach § 168 StGB nicht wegfallen.

Das im Art. 94 B-VG verankerte Prinzip der Trennung der Justiz von der Verwaltung wird durch die hier getroffene Regelung somit nicht beeinträchtigt. Es wird eben nicht 'über ein und dieselbe Frage' sowohl von Gerichten als auch von Verwaltungsbehörden entschieden. Die Verwaltungsbehörden prüfen hinsichtlich des Verdachtes einer Übertretung des § 52 GSpG; die Gerichte hingegen prüfen, ob ein Vergehen gegen § 168 StGB vorliegt.

Daher überzeugt auch die Meinung im Antrag nicht, dass der einfache Gesetzgeber vorzusehen gehabt hätte, dass die behördliche Entscheidung über die Beschlagnahme spätestens im Zeitpunkt, in dem die gerichtliche Zuständigkeit zweifelsfrei feststeht, ihre Wirksamkeit verliert. Denn die Beschlagnahme oder Einziehung kann durch Verwaltungsbehörden auch dann vorgenommen werden, wenn (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) neben dem Verdacht einer Übertretung des GSpG gleichzeitig der Verdacht auf ein Vergehen nach dem StGB besteht.

Vor dem Hintergrund dieser klaren Zuständigkeitsregelung kann die Bundesregierung auch nicht nachvollziehen, weshalb es zu Versäumnissen in Bezug auf Rechtsmittelfristen und zu einer zusätzlichen Kostenbelastung, die in das Grundrecht auf Eigentum (Art. 5 StGG und Art. 1 1. ZPEMRK) eingreift, kommen soll.

Abschließend darf die Bundesregierung in diesem Zusammenhang auch darauf verweisen, dass eine vergleichbare Berufung auf Art. 94 B-VG bereits vom Verfassungsgerichtshof mit den Ablehnungsbeschlüssen B 348/11 und B 349/11 keine hinreichende Aussicht auf Erfolg beschieden worden ist, und daher die Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten worden sind.

Die Bundesregierung vermag daher keinen Verstoß gegen Art. 94 B-VG bzw. Art. 5 StGG und Art. 1 1. ZPEMRK zu erkennen.

#### 5. Exkurs: Zum Anlassfall

Auch wenn dies vom antragstellenden UVS offensichtlich als nicht entscheidungswesentlich erachtet worden ist, ist noch anzumerken, dass die Bezirkshauptmannschaft im erstinstanzlichen Bescheid, gestützt auf die Ermittlungen der einschreitenden Finanzpolizei, festgestellt hat, dass Einzelspiele 'von 0,25 Euro bis 10,80 Euro' möglich gewesen seien (vgl. Seite 2 des erstinstanzlichen Bescheides vom 5. Mai 2011, Pol96-68-2011).

Wenn die Einsatzhöhe aber 'von 0,25 Euro bis 10,80' reicht, so sind Glücksspiele sowohl über als auch unter der 10 Euro Grenze möglich gewesen, unabhängig davon, ob sich eine Strafbarkeit nun nach StGB oder nach GSpG zu richten hat. Die Unterschiede zwischen den strafrechtlichen und glücksspielrechtlichen Tatbeständen schaffen jedoch ein in der Vollzugspraxis des Glücksspielgesetzes verbreitet zu beobachtendes Phänomen, das auf den ersten Blick paradox erscheint: nämlich einen Versuch der 'Flucht ins Strafrecht'.

Der VwGH hat – vgl. das Erkenntnis vom 14. Dezember 2011, 2011/17/0233 ergangen zu einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG – ausgesprochen, dass '[n]ach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung [gemeint: § 52 Abs. 2 GSpG] ... Voraussetzung für die Subsidiarität der Strafbarkeit nach dem GSpG somit der Umstand [sei], dass für ein Spiel vermögenswerte Leistungen von über EUR 10,-- geleistet werden. Insoweit [sei] ... zutreffend davon [auszugehen], dass es ... darauf ankomm[e], welche Einsätze tatsächlich geleistet [worden seien] und nicht darauf, welche Einsätze ... geleistet werden könn[t]en.' Diese Rechtsansicht wird auch in der Literatur vertreten (vgl. ua. Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Rz. 14 zu § 168 StGB).

Eine Strafbarkeit nach StGB setzt somit ua. den Nachweis einer tatsächlichen Teilnahme voraus. Für eine Verwaltungsstrafe hingegen ist bereits die Möglichkeit einer Teilnahme ausreichend (vgl. § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 4 GSpG). Der Nachweis einer tatsächlichen Teilnahme lässt sich oftmals aber nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen, sei es weil eine Gerätebuchhaltung tatsächlich nicht existiert oder aber, dass die Betroffenen eine solche nicht vorlegen, sodass dies regelmäßig zu einer Einstellung der Strafverfahren führt, die zu einer Aufhebung der gerichtlich sichergestellten oder beschlagnahmten Sachen führt. Angemerkt sei, dass auch im verfahrensgegenständlichen Verfahren eine Gerätebuchhaltung nicht vorliegt.

Aus diesen Gründen wird daher oft argumentiert, dass kein Einzelspiel mit einem Einsatz von unter 10 Euro möglich sei (vgl. das unter Pkt. 1.2. zitierte Berufungsvorbringen) oder aber zumindest Einsätze über 10 Euro möglich seien. Eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für eine Beschlagnahme und Einziehung wie in §§ 53 ff GSpG vorgesehen ist, ist auch vor diesem Hintergrund für eine effektive Vollziehung des GSpG erforderlich.

#### 6. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 140 Abs. 7 B-VG

§ 63 Abs. 1 VwGG verpflichtet die Verwaltungsbehörde zur unverzüglichen Herstellung des der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustandes, insbesondere im Wege der Erlassung eines Ersatzbescheides.

Der allgemeine Grundsatz, dass die Verwaltungsbehörde bei der Erlassung des Bescheides die Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen hat, wie sie im Zeitpunkt der Erlassung besteht, gilt auch bei der Erlassung des Ersatzbescheides. Demnach sind insbesondere Änderungen der Rechtslage nach der Aufhebung des früheren Bescheides durch den VwGH und vor der Erlassung des Ersatzbescheides von der

Verwaltungsbehörde zu berücksichtigen (so schon Ringhofer, Der Verwaltungsgerichtshof [1955], Seite 251 f, und Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit [1983], Seite 189 unter Anführung von Literatur und Rechtsprechung, sowie Seite 188, ausdrücklich bezogen auf das Tätigwerden des Gesetzgebers).

Die Rechtsprechung des VwGH geht auch ganz klar dahin, dass bei Erlassung des Ersatzbescheides die neue Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen ist (statt vieler VwGH 14. März 1989, 88/08/0249; 27. März 1990, 89/08/0050; 8. März 1991, 91/17/0014; 29. September 1997, 93/17/0101; 20. Dezember 2002, 2002/05/0924; vgl. auch die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 3. Auflage [1987] Seite 732 ff, Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I, 2. Auflage [1998] Seite 927 f, und Holzinger/Hiesel, Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, Band I, 3. Auflage [2009] Seite 552 ff, zit. Rechtsprechung des VwGH und des VfGH), und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber durch eine rückwirkende Rechtsänderung die vom VwGH seiner Aufhebung zugrunde gelegte Rechtslage abgeändert hat (VwGH 27. Oktober 1999, 98/12/0458).

Unter die zu berücksichtigenden Änderungen der Rechtslage fällt auch die Aufhebung des dem Bescheid zugrundeliegenden Gesetzes durch den VfGH. Welche Rechtslage nun die Verwaltungsbehörde nach einer solchen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof im zweiten Rechtsgang vorfindet, wird durch die entsprechenden Aussprüche des VfGH im Grunde des Art. 140 Abs. 7 B-VG bestimmt. Sofern der VfGH nicht ohnedies ausspricht, dass die aufgehobene Bestimmung auf keinen Fall mehr anzuwenden ist, wäre das vom UVS Oberösterreich unterbrochene Verwaltungsverfahren wohl als 'Anlassfall' im Sinne der zitierten Verfassungsbestimmung anzusehen.

Das dem Eventualantrag zugrunde liegende Spannungsverhältnis zwischen § 63 Abs. 1 VwGG und Art. 140 Abs. 7 B-VG besteht daher nicht, weshalb der Eventualantrag jedenfalls unbegründet ist."

1.7. In einer Replik dazu vertritt der UVS die Meinung, dass sich die Äußerung der Bundesregierung nicht mit der verfassungsrechtlichen Problematik auseinandersetze, sondern sich bloß auf eine Interpretation der einfachgesetzlichen Regelung des § 52 Abs. 2 GSpG anhand der Gesetzesmaterialien beschränke. In der Regel könne aber eine einfachgesetzliche Bestimmung nicht zur Auslegung der Verfassung herangezogen werden. In dem der VwGH in seinem Erkenntnis vom 14.12.2011, 2011/17/0233, darauf abstelle, dass der Verdacht des Vorliegens einer gerichtlich strafbaren Handlung die Verwaltungsbehörde unmittelbar zu einer Strafanzeige sowie zur Aussetzung verpflichte, womit deren Zuständigkeit – zumindest interimistisch – suspendiert sei, scheinere der Verwaltungsgerichtshof im Ergebnis aber zugleich auch von seiner früheren Judikatur, wonach

eine behördliche Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG auch dann zulässig sei, wenn eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB vorliege, sodass insoweit nicht entscheidungswesentlich sei, ob im Anlassfall das Tatbild des § 168 StGB verwirklicht worden sei (vgl. VwGH vom 16. November 2011, 2011/17/0226, und vom 20. Juli 2011, 2011/17/0097), abgegangen zu sein.

1.8. Die zu G 4/12 beteiligte Partei erstattete eine Äußerung, in der sie beantragt, dem Antrag des UVS Folge zu geben. 15

2. Den zu G 15/12, G 31/12, G 43/12, G 44/12, G 48/12 und G 49/12 protokollierten Anträgen liegen vergleichbare Sachverhalte zu Grunde; es wurden jeweils zwecks Sicherung der Einziehung gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a GSpG die Beschlagnahme von näher bezeichneten Glücksspielautomaten behördlich angeordnet. Gegen diese Bescheide wurden Berufungen an den UVS erhoben. In den nun vorliegenden Anträgen verweist der UVS auf seinen hg. zu G 4/12 protokollierten Antrag und führt dazu aus, dass er in den oben angeführten Fällen "zwar nicht (wie im Zuge der Erlassung eines Ersatzbescheides nach § 63 Abs. 1 VwGG) formell, aus Gründen der Verfahrensökonomie wohl aber der Sache nach" an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 10.10.2011, 2011/17/0110 gebunden sei. 16

2.1. Die Bundesregierung erstattete zu G 15/12 eine hinsichtlich der Bedenken gegen § 52 Abs. 2 GSpG gleichlautende Äußerung wie zu G 4/12, in der die Abweisung des Antrages beantragt wird. Zu den weiteren Anträgen verweist die Bundesregierung auf ihre zu G 15/12 erstattete Äußerung. 17

2.2. In den zu G 43/12 und G 49/12 protokollierten Verfahren erstatteten die jeweils beteiligten Parteien eine Äußerung, in der sie sich den Ausführungen des UVS anschließen. 18

#### IV.

Der Verfassungsgerichtshof hat über die Zulässigkeit der in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbundenen Anträge erwogen: 19

1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung den antragstellenden unabhängigen Verwaltungssenat an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieser Behörde in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art. 140 B-VG bzw. des Art. 139 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden unabhängigen Verwaltungssenates im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 14.464/1996, 15.293/1998, 16.632/2002, 16.925/2003).

20

2. Der UVS hat über Bescheide zu entscheiden, mit denen zwecks Sicherung der Einziehung gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a GSpG die Beschlagnahme von zwei vorläufig beschlagnahmten Glücksspielautomaten angeordnet wurde. Aus dem in Punkt III. 1.1. bis 1.5. geschilderten Sachverhalt ergibt sich auch, dass der antragstellende UVS im Verfahren, das dem Antrag zu G 4/12 zugrunde liegt, gemäß § 63 Abs. 1 VwGG an das Erkenntnis des VwGH vom 16.11.2011, 2011/17/0226, gebunden ist. Die angefochtenen Bestimmungen sind daher vom UVS anzuwenden. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen vorliegen, sind die Anträge zulässig.

21

## V.

Der Verfassungsgerichtshof hat in der Sache erwogen:

22

1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

23

2. Der UVS hegt das Bedenken, dass es unklar sei, wie lange die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden konkret reiche bzw. ab welchem Zeitpunkt eine "Zuständigkeit des Gerichtes und der Staatsanwaltschaft" vorliege. Gestützt auf die

24

Erläuterungen zur GSpG-Novelle BGBl. I 111/2010 und eine vermeintlich verfassungskonforme Interpretation im Lichte des Art. 94 B-VG geht der UVS davon aus, dass eine verwaltungsbehördliche Befugnis so lange bestehe, als kein begründeter Verdacht dahin gegeben sei, dass ein Vergehen nach § 168 StGB vorliege. Völlig offen sei die Zuständigkeit im Fall, dass sich in der Folge ergebe, dass nicht wie ursprünglich angenommen eine Übertretung des § 52 Abs. 2 GSpG, sondern vielmehr ein Vergehen nach § 168 StGB vorliege. Daher verstoße § 52 Abs. 2 GSpG gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG und gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 B-VG. Aus denselben Gründen verstoße § 52 Abs. 2 GSpG auch gegen den "Trennungsgrundsatz des Art. 94 B-VG".

3. Nach Art. 83 Abs. 2 B-VG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Diese Verfassungsnorm bindet nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung. Das bedeutet, dass die sachliche Zuständigkeit einer Behörde – wie der Verfassungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat (VfSlg. 2909/1955, 3156/1957, 6675/1972) – im Gesetz selbst festgelegt sein muss. Art. 18 iVm Art. 83 Abs. 2 B-VG verpflichtet den Gesetzgeber zu einer - strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden – präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit (vgl. VfSlg. 3994/1961, 5698/1968, 9937/1984, 10.311/1984, 13.029/1992, 13.816/1994, 16.794/2003).

3.1. Vorauszuschicken ist, dass § 52 Abs. 2 zweiter Satz GSpG in Verbindung mit § 53 GSpG nur die Zuständigkeit für Beschlagnahmen, nicht aber jene zur Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens selbst enthält. Der Verfassungsgerichtshof geht mit der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon aus, dass die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach den §§ 53, 54 und 56a GSpG ungeachtet der – nunmehr ausdrücklich angeordneten – Subsidiarität des § 52 Abs. 1 GSpG gegenüber § 168 StGB hinsichtlich der Strafverfolgung und Strafbarkeit unberührt bleiben (vgl. VwGH 20.7.2011, 2011/17/0097, mwN). Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Gesetzesmaterialien zur GSpG-Novelle 2010 bestätigt, denen zufolge durch die Einfügung des Verweises auf § 53 in § 52 Abs. 2 GSpG klar gestellt werden sollte, dass "bei Kontrollhandlungen, die (auch) einen Verdacht einer Übertretung des § 168 StGB ergeben, eine allenfalls von den Kontrollorganen vorgenommene vorläufige Sicherstellung der Eingriffsgegenstände gemäß § 53 Abs. 2 GSpG mittels Beschlagnahmeverfahren durch die Behörde beschlos-

25

26

sen und in der Folge mittels Einziehungsverfahren zur Verhinderung weiterer Übertretungen beendet werden kann" (981 BlgNR, 24. GP, 148).

3.2. Vor diesem Hintergrund ist den Bedenken des antragstellenden UVS von vorneherein der Boden entzogen. Die Bestimmung ist nicht nur nicht unklar, sondern durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in ihrer Bedeutung in Fällen einer Zuständigkeit des Gerichts geklärt. Unterschiede in den Auffassungen des Verwaltungsgerichtshofes und eines UVS über die Auslegung einer Zuständigkeitsbestimmung machen diese nicht verfassungswidrig. Ein Verstoß gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und gegen das Bestimmtheitsgebot für Gesetze liegt nicht vor.

27

4. Das Bedenken im Hinblick auf Art. 94 B-VG trifft ebenso wenig zu.

28

4.1. Wie der Verfassungsgerichtshof in ständiger Judikatur ausgesprochen hat (zB VfSlg. 2778/1954, 2902/1955, 3236/1957, 3424/1958, 4455/1963, 5630/1967, 6537/1971, 7273/1974, 7882/1976, 9590/1982, 10.300/1984, 10.452/1985, 11.259/1987, 16.772/2002, 17.083/2003 [S 1134 f.]), ergibt sich aus dem in Art. 94 B-VG verankerten Prinzip der Trennung der Justiz von der Verwaltung die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine Angelegenheit – zur Gänze – zur Vollziehung entweder den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zuzuweisen. Daraus folgt u.a., dass über ein und dieselbe Frage nicht sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden, sei es im gemeinsamen Zusammenwirken, sei es im instanzienmäßig gegliederten Nacheinander, entscheiden dürfen.

29

4.2. Die eine Beschlagnahme anordnende Verwaltungsbehörde und ein allenfalls zur Verhängung einer Strafe zuständiges Gericht entscheiden nicht über dieselbe Sache.

30

Da bei Anordnung der Beschlagnahme nach § 53 GSpG noch nicht erwiesen sein muss (und in diesem Verfahrensstadium häufig auch nicht sein wird), ob eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG begangen oder der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, hat § 52 Abs. 2 letzter Satz GSpG insoweit die Anordnung zum Inhalt, dass die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden nach § 53 GSpG solange gegeben ist, als nicht die ausschließliche Gerichtszuständig-

31

keit feststeht. Dieses Auslegungsergebnis schließt verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Regelung schon von vornherein aus; die Frage, ob § 52 Abs. 2 letzter Satz GSpG bei einem anderen Auslegungsergebnis gegen das Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung nach Art. 94 B-VG verstoßen würde, stellt sich somit nicht. Die Behörde entscheidet im Rahmen der Anordnung einer Beschlagnahme darüber, ob der *Verdacht einer Verwaltungsübertretung* gegeben ist. Das Gericht aber entscheidet gegebenenfalls, ob eine Straftat nach § 168 StGB begangen wurde.

5. Bei diesem Ergebnis (Pkt. V. 3. und 4.) kommt eine Verletzung im "Grundrecht auf Eigentum", wie sie in den Anträgen behauptet wird, nicht in Betracht. Auch dieses Bedenken trifft daher nicht zu. 32

6. In dem zu G 4/12 protokollierten Antrag macht der UVS im Rahmen eines Eventualantrages auf Aufhebung des § 63 Abs. 1 VwGG auch die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung geltend. 33

6.1. Die Bestimmung widerspreche – als "nicht nur vorbehaltlose, sondern zudem auch unverzüglich normierte Bindung" – der Anordnung des Art. 140 Abs. 7 B-VG, in dem nicht nur festgelegt sei, dass alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den aufhebenden Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden seien, sondern auch, dass das als verfassungswidrig erkannte Gesetz auf den Anlassfall nicht mehr anzuwenden sei. Es bestehe keine Vorkehrung für den Fall, dass sich die vom Verwaltungsgerichtshof seiner Judikatur zu Grunde gelegten gesetzlichen Bestimmungen als verfassungswidrig erweisen. 34

6.2. Dieses Bedenken trifft nicht zu. Der "Folgenbeseitigungsanspruch" als Folge der erweiterten Bindungswirkung eines aufhebenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes ist von vornherein auf die Sach- und Rechtslage beschränkt, die dem durch das aufhebende Erkenntnis aufgehobenen Bescheid zugrunde lag (grundlegend *Oberndorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1983, 186 ff., insb. 189). Spätere Änderungen der Rechtslage – mögen sie durch den Gesetzgeber selbst vorgenommen werden oder die Folge der Aufhebung eines Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof sein – begrenzen daher sowohl den Folgenbeseitigungsanspruch der Parteien des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof als auch die Pflicht der belangten Behörde, den der Rechtsanschauung dieses Gerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen. 35

Selbst wenn der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis gekommen wäre, dass die vom UVS angefochtene Zahl im § 52 Abs. 2 zweiter Satz GSpG verfassungswidrig wäre, hätte daher keine Pflicht des UVS bestanden, in Entsprechung des § 63 VwGG einen Ersatzbescheid zu erlassen, der in Konflikt mit der Verpflichtung des Art. 140 Abs. 7 B-VG geraten wäre. 36

6.3. Der Antrag ist daher auch insoweit unbegründet. 37

## VI.

1. Die Anträge samt Eventualantrag sind als unbegründet abzuweisen. 38

2. Der beteiligten Partei des zu G 4/12 protokollierten Verfahrens waren die beantragten Kosten nicht zuzusprechen, da in Fällen von – wie hier – auf Grund von UVS-Anträgen eingeleiteten Normenprüfungsverfahren es die Aufgabe des antragstellenden Unabhängigen Verwaltungssenats ist, über allfällige Kostenersatzansprüche nach den für sein Verfahren geltenden Vorschriften zu erkennen (vgl. VfSlg. 15.685/1999). 39

3. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 40

Wien, am 14. Juni 2012

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:

Mag. CEDE-LUGSTEIN

\* Weitere Geschäftszahlen: G 15/12-6, G 31/12-6, G 43/12-8,  
G 44/12-6, G 48/12-6, G 49/12-8.