

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 3282/2016-13

14. März 2017

## 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. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Dr. Lisa Marie PÖTZELBERGER

als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache des \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* , vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Patrick Ruth, Kapuzinergasse 8/4, 6020 Innsbruck, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 9. November 2016, Z 405-10/110/1/9-2016, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 144 B-VG zu Recht erkannt:

- I. Der Beschwerdeführer ist durch das angefochtene Erkenntnis weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt worden.
- II. Die Beschwerde wird abgewiesen und dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abgetreten, ob der Beschwerdeführer durch das angefochtene Erkenntnis in einem sonstigen Recht verletzt worden ist.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Sachverhalt, Beschwerdevorbringen und Vorverfahren**

1. Im Zuge einer Glücksspielrechtlichen Kontrolle am 17. November 2015 fanden Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See in einem näher bezeichneten Gastgewerbebetrieb einen Glücksspielautomat betriebsbereit vor und verfügten nach Durchführung eines Testspiels die vorläufige Beschlagnahme des Gerätes. Mit Erkenntnis vom 7. April 2016 verfügte das Landesverwaltungsgericht Salzburg die Beschlagnahme des Glücksspielautomaten. 1
2. Mit Straferkenntnis vom 28. April 2016 verhängte die Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau über den Beschwerdeführer eine näher bestimmte Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG. 2
3. An der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg am 29. August 2016 nahmen – wie aus den dem Verfassungsgerichtshof vorliegenden Gerichtsakten des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg ersichtlich – trotz der an alle Parteien zugestellten Ladung vom 13. Juli 2016 weder der 3

Beschwerdeführer oder dessen Rechtsvertreter noch ein Vertreter der belangten Behörde teil. Erschienen war hingegen ein Organ der ebenfalls geladenen Abgabenbehörde, auf deren Antrag – und nicht, wie vom Beschwerdeführer behauptet, amtswegig durch das Landesverwaltungsgericht Salzburg – der Einsatzleiter der am 17. November 2015 durchgeführten Glücksspielkontrolle als Zeuge Auskunft über den Ablauf der Amtshandlung gab. Im Anschluss an seine Zeugenaussage beantragte das Organ der Abgabenbehörde die Abweisung der Beschwerde des Einschreiters gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau vom 28. April 2016.

4. Mit Erkenntnis vom 9. November 2016 wies das Landesverwaltungsgericht Salzburg die Beschwerde des Einschreiters gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau vom 28. April 2016 als unbegründet ab. Es handle sich bei den auf dem Glücksspielautomaten vorgefundenen Gewinnspielen um verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG, für die unbestritten keine Konzession nach dem Glücksspielgesetz erteilt worden sei. Der Beschwerdeführer sei einer der beiden Geschäftsführer des Gastgewerbebetriebes, in dem eine näher bezeichnete Gesellschaft englischen Rechtes mit Sitz in Großbritannien und einer Zweigniederlassung in Salzburg mit einer Stammeinlage von € 1.000,- das in ihrem Eigentum befindliche Walzenspielgerät mindestens seit 9. November 2015 gegen Leistung eines mündlich vereinbarten Fixentgeltes aufgestellt und betrieben habe, um daraus fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Der Beschwerdeführer habe es nicht in Abrede gestellt, die Aufstellung und den Betrieb gegen Entgelt in seinem Gastgewerbelokal zugelassen zu haben, weshalb das Landesverwaltungsgericht Salzburg der von der belangten Behörde vorgenommenen Subsumtion unter die dritte Tatvariante des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG nicht entgegengetreten könne. Aus der vom Beschwerdeführer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols sei für ihn nichts zu gewinnen, auch wenn über die veranstaltende Gesellschaft ein unionsrechtlich relevanter Auslandsbezug bestehe. Eine Unionsrechtswidrigkeit durch die Beschränkung der österreichischen Glücksspieltätigkeiten liege – wie unter anderem auch der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua., und der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, ausgeführt hätten – nicht vor. Der Bundesminister für Finanzen habe in seiner Stellungnahme an das Landesverwaltungsgericht Salzburg vom 20. Mai 2015 unter exemplarischer Auflistung einzelner Normen des Glücksspielgesetzes mitgeteilt, welchen Zielen das Glücksspielmonopol diene (zB Verbraucherschutz, Schutz der Sozialordnung, Kriminali-

4

tätsbekämpfung, Spielerschutz). Studien betreffend Glücksspielsucht – unter anderem *Kalke ua.*, Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich (2011), und *Kalke/Wurst*, Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 – zeigten die Spielsuchtprobleme bzw. auch die (positiven) Lenkungseffekte im Zusammenhang mit den jüngsten gesetzlichen Entwicklungen – wie beispielsweise in Wien durch das Verbot von Glücksspielautomaten – auf. Wie sich aus der genannten Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen und dem Bericht des Bundesministeriums für Finanzen "Glücksspiel Bericht 2010-2013" ergebe, bestehe eine umfassende Aufsicht und Kontrolle in Bezug auf konzessioniertes Glücksspiel sowie Maßnahmen zur Bekämpfung illegalen Glücksspiels. Im Hinblick auf einen verantwortungsvollen Maßstab der Glücksspielwerbung ergebe sich aus dem festgestellten Sachverhalt, dass bescheidmäßig Standards für die Glücksspielwerbung vorgeschrieben wurden und die Werbetätigkeit der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber zu keinem Wachstum des gesamten Marktes geführt habe; allenfalls gegen § 56 GSpG verstoßende einzelne Werbemaßnahmen könnten die Kohärenz der glücksspielrechtlichen Regelungen nicht beeinträchtigen.

5. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in welcher der Beschwerdeführer die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG sowie auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses, in eventu die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, beantragt. Der Verfassungsgerichtshof habe seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua., einerseits ein vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in den Ausgangsfällen unrichtig festgestelltes Tatsachensubstrat in Bezug auf die Spielsuchtproblematik in Österreich zugrunde gelegt, andererseits sei er – vor allem im Hinblick auf (zulässige) Werbemaßnahmen – von der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union zu den Voraussetzungen eines Glücksspielmonopols abgegangen. Die angeblichen Zielsetzungen des Glücksspielmonopols ließen sich durch gelindere Mittel als die Monopolisierung eines ganzen Wirtschaftszweiges erreichen. Die in den §§ 50 ff. GSpG normierten Eingriffsbefugnisse stellten zudem eine unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit gemäß Art. 15 GRC, der unternehmerischen Freiheit gemäß Art. 16 GRC und des Eigentumsrechtes gemäß Art. 17 GRC dar

5

bzw. seien im Hinblick auf die Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 7 GRC und den Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GRC – insbesondere wegen fehlender vorangehender richterlicher Kontrolle – bedenklich. Die Regelungen für Spielbanken, elektronische Lotterien, Pokersalons, (den in nur einigen Bundesländern erlaubten) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten und Sportwetten seien zudem inhomogen und gesamtgesellschaftlich betrachtet inkohärent. Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hätte die Frage der Gesamtkohärenz – mangels bereits erfolgter Klärung – an den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV herantragen müssen. Das Landesverwaltungsgericht Salzburg habe darüber hinaus von sich aus inquisitiv ausschließlich belastende Beweise aufgenommen und sei auf die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Urkunden nicht eingegangen. Das österreichische Verwaltungsstrafverfahrensrecht biete – insbesondere auf Grund des in § 38 VwGVG iVm § 25 Abs. 1 VStG normierten Amtswegigkeitsprinzips – keine ausreichende Garantie, die Vermischung anklagender und judikativer Funktion hintanzuhalten, wie es die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR 20.9.2016, Fall *Karelin*, Appl. 926/08) gebiete.

6. Die belangte Behörde des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg legte die Verwaltungsakten vor und sah von der Erstattung einer Gegenschrift ab. 6

7. Das Landesverwaltungsgericht Salzburg legte die Gerichtsakten vor und sah ebenfalls von der Erstattung einer Gegenschrift ab. 7

## II. Rechtslage

1. Die §§ 18, 27, 28, 38, 44, 45, 46, 48, 50 des Bundesgesetzes über das Verfahren der Verwaltungsgerichte – VwGVG, BGBl. I 33/2013, lauten in ihrem Zusammenhang: 8

"Parteien

§ 18. Partei ist auch die belangte Behörde.

[...]

Prüfungsumfang

§ 27. Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

#### 4. Abschnitt Erkenntnisse und Beschlüsse Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostensparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

(4) Hat die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben, hat das Verwaltungsgericht, wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

(5) Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

(6) Ist im Verfahren wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde

nicht zurückzuweisen oder abzuweisen, so hat das Verwaltungsgericht die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben. Dauert die für rechtswidrig erklärte Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt noch an, so hat die belangte Behörde unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Zustand herzustellen.

(7) Im Verfahren über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG kann das Verwaltungsgericht sein Erkenntnis vorerst auf die Entscheidung einzelner maßgeblicher Rechtsfragen beschränken und der Behörde auftragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der hiermit festgelegten Rechtsanschauung binnen bestimmter, acht Wochen nicht übersteigender Frist zu erlassen. Kommt die Behörde dem Auftrag nicht nach, so entscheidet das Verwaltungsgericht über die Beschwerde durch Erkenntnis in der Sache selbst, wobei es auch das sonst der Behörde zustehende Ermessen handhabt.

(8) Durch die Aufhebung der angefochtenen Weisung tritt jener Rechtszustand ein, der vor der Erlassung der Weisung bestanden hat; infolge der Weisung aufgehobene Verordnungen treten jedoch dadurch nicht wieder in Kraft. Die Behörde ist verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

[...]

#### Anzuwendendes Recht

§ 38. Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

[...]

#### Verhandlung

§ 44. (1) Das Verwaltungsgericht hat eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

(2) Die Verhandlung entfällt, wenn der Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

(3) Das Verwaltungsgericht kann von einer Verhandlung absehen, wenn

1. in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird oder
2. sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der Strafe richtet oder
3. im angefochtenen Bescheid eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde oder
4. sich die Beschwerde gegen einen verfahrensrechtlichen Bescheid richtet und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat. Der Beschwerdeführer hat die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden.

(4) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn es einen Beschluss zu fassen hat, die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

(5) Das Verwaltungsgericht kann von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

(6) Die Parteien sind so rechtzeitig zur Verhandlung zu laden, dass ihnen von der Zustellung der Ladung an mindestens zwei Wochen zur Vorbereitung zur Verfügung stehen.

#### Durchführung der Verhandlung

§ 45. (1) Die Verhandlung beginnt mit dem Aufruf der Sache. Zeugen haben daraufhin das Verhandlungszimmer zu verlassen.

(2) Wenn eine Partei trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen ist, dann hindert dies weder die Durchführung der Verhandlung noch die Fällung des Erkenntnisses.

(3) Zu Beginn der Verhandlung ist der Gegenstand der Verhandlung zu bezeichnen und der bisherige Gang des Verfahrens zusammenzufassen. Sodann ist den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zu äußern.

#### Beweisaufnahme



§ 46. (1) Das Verwaltungsgericht hat die zur Entscheidung der Sache erforderlichen Beweise aufzunehmen.

(2) Außer dem Verhandlungsleiter sind die Parteien und ihre Vertreter, insbesondere der Beschuldigte, im Verfahren vor dem Senat auch die sonstigen Mitglieder berechtigt, an jede Person, die vernommen wird, Fragen zu stellen. Der Verhandlungsleiter erteilt ihnen hiezu das Wort. Er kann Fragen, die nicht der Aufklärung des Sachverhaltes dienen, zurückweisen.

(3) Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten oder von Zeugen sowie die Gutachten der Sachverständigen dürfen nur verlesen werden, wenn

1. die Vernommenen in der Zwischenzeit gestorben sind, ihr Aufenthalt unbekannt ist oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Behinderung oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen nicht verlangt werden kann oder
2. die in der mündlichen Verhandlung Vernommenen in wesentlichen Punkten von ihren früheren Aussagen abweichen oder
3. Zeugen, ohne dazu berechtigt zu sein, oder Beschuldigte die Aussage verweigern oder
4. alle anwesenden Parteien zustimmen.

(4) Sonstige Beweismittel, wie Augenscheinsaufnahmen, Fotos oder Urkunden, müssen dem Beschuldigten vorgehalten werden. Es ist ihm Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern.

[...]

#### Unmittelbarkeit des Verfahrens

§ 48. Wenn eine Verhandlung durchgeführt wurde, dann ist bei der Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist. Auf Aktenstücke ist nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als sie bei der Verhandlung verlesen wurden, es sei denn, der Beschuldigte hätte darauf verzichtet, oder als es sich um Beweiserhebungen handelt, deren Erörterung infolge des Verzichts auf eine fortgesetzte Verhandlung gemäß § 44 Abs. 5 entfallen ist.

[...]

#### Erkenntnisse

§ 50. Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden."

2. § 25 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl. 52/1991, idF BGBl. I 33/2013, lautet:

"§ 25. (1) Verwaltungsübertretungen sind mit Ausnahme des Falles des § 56 von Amts wegen zu verfolgen.

(2) Die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände sind in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden.

(3) Die Gerichte und Verwaltungsbehörden sind nicht verpflichtet, der Behörde die Begehung einer Verwaltungsübertretung anzuzeigen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering sind."

### III. Erwägungen

Die – zulässige – Beschwerde ist nicht begründet. 10

1. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit und Inländerdiskriminierung 11

1.1. In der Beschwerde wird die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkung der Konzessionen zum Betrieb von Glücksspielautomaten unter anderem damit begründet, dass die Werbemaßnahmen der Inhaber von Glücksspielkonzessionen nicht den Anforderungen genügen, die der Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Rechtsprechung festgelegt habe. Die Werbung diene nämlich tatsächlich nicht dazu, Verbraucher zu kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern verfolge den Zweck, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bisher nicht ohne Weiteres zu spielen bereit seien. Zudem seien die Regelungen für Spielbanken, elektronische Lotterien, Pokersalons, (den in nur einigen Bundesländern erlaubten) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten und Sportwetten inhomogen und gesamtheitlich betrachtet inkohärent. Die zur Absicherung des Glücksspielmonopols vorgesehenen Eingriffsbefugnisse der §§ 50 ff. GSpG seien darüber hinaus unverhältnismäßig. 12

1.2. Der Verfassungsgerichtshof setzte sich in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua., ausführlich mit den – auch im vorliegenden Fall – einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes auseinander. Der Verfassungsgerichtshof kam dabei – soweit es für seine Zuständigkeit zur Beurteilung des Vorliegens einer Inländerdiskriminierung maßgeblich ist – ausgehend von den sachverhältnismäßigen Feststellungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich im Beschwerdeverfahren zum Ergebnis, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union festgelegten Anfor- 13

derungen (vgl. ua. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli ua.*; 30.4.2014, C-390/12, *Pfleger ua.*; 11.6.2015, C-98/14, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft ua.*; 30.6.2016, C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG ua.*) entsprechen und keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen (insbesondere im Hinblick auf Art. 56 ff. AEUV) und somit auch kein Sachverhalt vorliege, der als sogenannte Inländerdiskriminierung am Gleichheitsgrundsatz zu prüfen sei (vgl. auch VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022).

1.3. Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat sich in seinem Erkenntnis vom 9. November 2016 entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121 mwN, 16.3.2016, Ro 2015/17/0022) und des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 15.10.2016, E 945/2016 ua.) eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes und deren tatsächliche Handhabung gegen Unionsrecht (insb. Art. 56 ff. AEUV) verstoßen. Dabei kam das Landesverwaltungsgericht Salzburg nach Erhebung des Sachverhalts und unter anderem unter Zugrundelegung mehrerer Studien und Berichte (*Kalke ua.*, Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich [2011]; *Kalke/Wurst*, Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015; *Bundesministerium für Finanzen*, Glücksspiel Bericht 2010-2013; *Spielsuchthilfe Wien*, Festbericht 2013) zum Ergebnis, dass kein Verstoß gegen Unionsrecht vorliege.

14

Auf Grund der Ergebnisse des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg, welches nicht nur die tatsächlichen Auswirkungen der Werbetätigkeiten der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber, sondern insbesondere die tatsächlichen Auswirkungen der glücksspielrechtlichen Regelungen im Bereich des Automatenglücksspiels außerhalb von Spielbanken (vgl. insbesondere § 5 GSpG) berücksichtigte, sieht der Verfassungsgerichtshof keinen Anlass, von seinen Ausführungen in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua., abzugehen, wonach die einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht unionsrechtswidrig sind und damit von vornherein keine Inländerdiskriminierung vorliegen kann.

15

1.4. Soweit der Beschwerdeführer bezüglich der Berufsfreiheit gemäß Art. 15 GRC, der unternehmerischen Freiheit gemäß Art. 16 GRC und des Eigentumsrechts gemäß Art. 17 GRC die Unionsrechtswidrigkeit der das Glücksspiel-

16

monopol absichernden behördlichen Eingriffsbefugnisse der §§ 50 ff. GSpG insbesondere im Zusammenhang mit der Kohärenz der gesetzlichen Bestimmungen vorbringt, vermag er – unabhängig von der Frage, ob die GRC im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar ist – keine Bedenken vorzubringen, die nicht bereits Inhalt der im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua., erfolgten Prüfung der Vereinbarkeit der einschlägigen Regelungen des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht (insb. Art. 56 ff. AEUV) waren und im gegebenen Zusammenhang einer besonderen, darüber hinausgehenden Prüfung bedürften (vgl. EuGH 30.4.2014, Rs. C-390/12, *Pfleger*, Rz. 57 ff.).

1.5. Ungeachtet der Frage, ob im Beschwerdefall überhaupt ein Eingriff in die Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 7 GRC sowie auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GRC vorliegt, gehen die Bedenken im Hinblick auf das Fehlen vorangehender richterlicher Ermächtigungen im Zusammenhang mit den Eingriffsbefugnissen gemäß den §§ 50 ff. GSpG schon deswegen ins Leere, weil in mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Konstellationen "das Bestehen einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle vom EGMR als geeignet angesehen [wird], das Fehlen einer vorherigen richterlichen Ermächtigung zu kompensieren" (vgl. EuGH 18.6.2015, Rs. C-583/13 P, *Deutsche Bahn ua.*, mwN). Diese Voraussetzung ist durch die umfassende Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte iSd Art. 130 B-VG erfüllt.

17

2. Zur behaupteten Verletzung des Art. 6 EMRK

18

2.1. Der Beschwerdeführer behauptet im Wesentlichen, das in § 25 Abs. 1 VStG verankerte und für die Verwaltungsgerichte über den Verweis des § 38 VwGVG anzuwendende Amtswegigkeitsprinzip widerspreche der in Art. 6 EMRK normierten Unparteilichkeit des erkennenden Gerichtes im Sinne des Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 20. September 2016, Fall *Karelin*, Appl. 926/08. Es komme nämlich – insbesondere bei Abwesenheit der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht – zu einer Vermischung anklagender und judikativer Funktionen, was Art. 6 EMRK widerspreche.

19

2.2. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat, gehört wird. 20

2.3. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in mehreren – im Gegensatz zum vorliegenden Fall gerichtliches Strafrecht betreffenden – Fällen (vgl. EGMR 25.6.1992, Fall *Thorgeir Thorgeirson gegen Island*, Appl. 13.778/88; 18.5.2010, Fall *Ozerov gegen Russland*, Appl. 64.962/01; 27.1.2011, Fall *Krivoshapkin gegen Russland* Appl. 42.224/02) mit der Frage beschäftigt, ob und inwieweit die (objektive) Unparteilichkeit des erkennenden Gerichtes iSd Art. 6 EMRK durch das Fernbleiben der Anklagebehörde von Gerichtsverhandlungen verletzt ist. In Bezug auf die österreichische Rechtslage (vor der Verwaltungsgerichtsnovelle 2012) setzte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit dieser Frage zuletzt im Fall *Weh und Weh gegen Österreich* (EGMR 4.7.2002, Appl. 38.544/97) auseinander, in dem er das diesbezügliche Vorbringen in der Beschwerde gemäß Art. 35 Abs. 3 und 4 EMRK als unzulässig ("manifestly ill-founded") zurückwies und unter Betrachtung des gesamten zugrunde liegenden Verwaltungsstrafverfahrens keinen Hinweis auf eine Verletzung des Art. 6 EMRK fand: 21

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte führt dabei an, dass dem Beschuldigten sowohl im Rahmen des von der erstinstanzlichen Behörde durchgeführten formalen Ermittlungsverfahrens vor Erlassung des Straferkenntnisses als auch in der Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat die Möglichkeit zur Verteidigung eingeräumt werde. Das in der Folge erlassene Straferkenntnis repräsentiere die Anklageschrift, die im Verfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat als Berufungsinstanz die relevanten Fakten und die rechtliche Beurteilung abstecke. Die Anklagebehörde sei zudem Partei im Verfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat, der seinerseits ein Tribunal iSd des Art. 6 EMRK darstelle. Dem Unabhängigen Verwaltungssenat lägen die Rechtsauffassungen beider Parteien – der anklagenden Behörde und des Beschuldigten – vor und er habe selbst im Falle der Abwesenheit der Anklagebehörde entlastende und belastende Umstände von Amts wegen zu beachten. Eine mündliche Präsentation der Anklagepunkte durch die Anklagebehörde sei verfahrensrechtlich nicht vorgesehen. In der im zugrunde liegenden Beschwerdefall durchgeführten Verhandlung sei weder eine Vernehmung von Zeugen noch eine Beweisauf- 22

nahme erfolgt. Es sei nicht erkennbar, dass der Unabhängige Verwaltungssenat Aufgaben der Anklagebehörde ausgeübt habe.

2.4. Die Wertung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Weh und Weh gegen Österreich* (EGMR 4.7.2002, Appl. 38.544/97) ist umso mehr auf die aktuelle österreichische Rechtslage übertragbar, als einerseits die genannten, das Verwaltungsstrafverfahren prägenden Aspekte im Zuge der Verwaltungsgerichtsnovelle 2012 unverändert geblieben sind und andererseits das österreichische Verwaltungsstrafrecht nunmehr vollen gerichtlichen Rechtsschutz durch die mit umfassender Zuständigkeit ausgestatteten Verwaltungsgerichte vorsieht. 23

Es ist im Übrigen auch nicht erkennbar, dass im vorliegenden Fall ein Verstoß gegen Art. 2 7. ZPEMRK vorliegen könnte. 24

2.5. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte kann der Verfassungsgerichtshof nicht finden, dass das im österreichischen Verwaltungsstrafverfahren für die Verwaltungsstrafbehörde wie für das Verwaltungsgericht geltende Amtswegigkeitsprinzip – selbst bei Abwesenheit der Verwaltungsstrafbehörde in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht – gegen Art. 6 EMRK verstößt (vgl. EGMR 4.7.2002, Fall *Weh und Weh gegen Österreich*, Appl. 38.544/97): 25

2.5.1. Das in § 25 Abs. 1 VStG normierte Prinzip der amtswegigen Verfolgung von Verwaltungsübertretungen findet im Wege des Verweises des § 38 VwGVG auch im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten Anwendung. Im Verwaltungsstrafverfahren, in dem das Verwaltungsgericht (auf Grund der in § 50 VwGVG umgesetzten Vorgabe des Art. 130 Abs. 4 erster Satz B-VG) stets zur Entscheidung in der Sache verpflichtet ist (wie auch die Unabhängigen Verwaltungssenate nach der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Rechtslage), kommt dem Verwaltungsgericht in jedem Fall die Befugnis bzw. Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhaltes zu (vgl. zB VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121). Dabei hat das Verwaltungsgericht, wie auch in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Weh und Weh gegen Österreich* in Bezug auf die Unabhängigen Verwaltungssenate (an deren Stelle mit 1. Jänner 2014 die Verwaltungsgerichte traten) festgehalten, entsprechend dem in § 25 Abs. 2 VStG 26

normierten Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit den wahren Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu erforschen und dabei den Beschuldigten sowohl entlastende als auch belastende Umstände zu berücksichtigen.

Der Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte richtet sich im Verwaltungsstrafverfahren (wie auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren) nach der Vorschrift des § 27 VwGVG. Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und somit auch der Prüfungsumfang im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ist durch das Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde begrenzt, womit es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen. 27

Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers, die Unabhängigkeit des erkennenden Verwaltungsgerichtes sei nicht gewährleistet, weil die wesentlichen Anklagepunkte erst im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht erhoben würden, repräsentiert – wie auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Weh und Weh gegen Österreich* (EGMR 4.7.2002, Appl. 38.544/97) festgehalten – das erstinstanzliche Straferkenntnis der belangten Behörde gleichsam die Anklageschrift im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. VwGH 14.07.2005, 2004/06/0064; 13.12.2016, Ra 2016/09/0040). 28

2.5.2. Im Unterschied zu dem dem Fall *Karelin gegen Russland* (EGMR 20.9.2016, Appl. 926/08) zugrunde liegenden russischen Verwaltungsstrafrecht sieht § 18 VwGVG zudem vor, dass die belangte Behörde Partei des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht ist, die der beschuldigten Partei in einem kontradiktorischen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht gegenübersteht (vgl. VwGH 6.4.2016, Fr 2015/03/0011) und der unabhängig von ihrer Anwesenheit in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht dementsprechende Parteienrechte, wie beispielsweise das Recht gemäß Art. 133 Abs. 6 Z 2 B-VG, gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben, zukommen. Am kontradiktorischen Charakter des Verfahrens ändert auch die allfällige Abwesenheit einer Partei oder sämtlicher Parteien nichts, zumal dem erkennenden Verwaltungsgericht sowohl die Position der belangten Behörde in Form des – die Funktion der Anklageschrift repräsentierenden – (erstinstanzlichen) Straferkenntnisses als auch jene der 29

beschuldigten Partei in Gestalt der Beschwerde oder Beschwerdebeantwortung im Fall einer Amtsbeschwerde vorliegen.

2.5.3. Aus all dem folgt, dass der in Verwaltungsstrafsachen, wie den hier in Rede stehenden, gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 Abs. 1 VStG maßgebliche Grundsatz der amtswegigen Verfolgung von Verwaltungsübertretungen die durch Art. 6 EMRK garantierte Unparteilichkeit der Verwaltungsgerichte nicht verletzt. 30

2.6. Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat auch im Beschwerdefall keine Verfahrensschritte der Anklagebehörde gesetzt, welche Zweifel an seiner Unparteilichkeit im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 6 EMRK aufkommen ließen. 31

2.7. Ungeachtet der Frage, ob Art. 6 EMRK insoweit überhaupt anwendbar ist, scheidet eine Verletzung des Art. 6 EMRK wegen eines Verstoßes gegen die Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union iSd des Art. 267 Abs. 3 AEUV angesichts des Umstandes, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof im vorliegenden Fall auf Grund der Höhe der verhängten Geldstrafe von € 2.500,- gesetzlich nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 133 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 9 zweiter Satz B-VG iVm § 25a Abs. 4 VwGG) und das Landesverwaltungsgericht Salzburg aus diesem Grund nicht letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist, von vornherein aus (vgl. VfSlg. 19.896/2014). 32

2.8. Sofern der Beschwerdeführer die Pflicht der Verwaltungsgerichte, im Rahmen des im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 VStG anwendbaren Amtswegigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Erforschung der materiellen Wahrheit Feststellungen zur Anwendbarkeit von Unionsrecht zu treffen (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0120; 15.12.2014, Ro 2014/17/0121), einer inquisitiven und belastenden Beweisaufnahme gleichsetzt und daraus eine Verletzung des Art. 6 EMRK auf Grund der Unparteilichkeit des Gerichtes ableitet, verkennt der Beschwerdeführer, dass diese (auf Grund der Vorgaben des Unionsrechts verpflichtende) Auseinandersetzung nicht der Ermittlung einer allenfalls begangenen Verwaltungsübertretung bzw. der Klärung der damit zusammenhängenden Schuldfrage, sondern der im Rahmen der unionsrechtlichen Kohärenzprüfung notwendigen Tatsachenermittlung zur Beantwortung der Rechtsfrage, ob österreichisches 33



Recht auf Grund einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar zu bleiben hat, dient.

2.9. Ob die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg im Übrigen in jeder Hinsicht rechtmäßig war, ist vom Verfassungsgerichtshof nicht zu prüfen. 34

#### **IV. Ergebnis**

1. Angesichts der Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen ist es ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer in seinen Rechten wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verletzt wurde. 35

2. Das Verfahren hat auch nicht ergeben, dass der Beschwerdeführer in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wurde. 36

3. Die Beschwerde ist daher abzuweisen und gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG antragsgemäß dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten. 37

4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 38

Wien, am 14. März 2017

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:

Dr. PÖTZELBERGER