OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-411652/22/Gf/Mu

Datum: Linz, 20. November 2017

# I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde des A K, vertreten durch RA Dr. F M, gegen das wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes (unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspie-lungen) ergangene Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (Polizeikommissariat Steyr) vom 6. Oktober 2016, Zl. VStV-915301651027-2015 (Mitbeteiligte Partei: Finanzamt Kirchdorf-Perg-Steyr),

z u R e c h t e r k a n n t :

I. Der Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG insoweit stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 3.000 Euro pro Glücksspielgerät herabgesetzt wird; im Übrigen wird diese hingegen als im Ergebnis unbegründet abgewiesen.

II. Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 1.200 Euro; für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat der Beschwerdeführer keinen Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

# E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

## I.

### Vorgängige Behörden- und Verwaltungsgerichtsverfahren

1. Auf Grund eines anonymen Anrufes vom 5. Oktober 2015 sowie einer Mitteilung der O GmbH vom 7. Oktober 2015 haben Exekutivorgane der Finanzpolizei am 21. Oktober 2015 in einem in der x in S etablierten Gastgewerbebetrieb eine Kontrolle wegen des Verdachtes des Vorliegens eines Verstoßes gegen das Glücksspielgesetz durchgeführt.

Laut der in der Folge vom Finanzamt Kirchdorf-Perg-Steyr hierüber erstatteten Anzeige vom 27. Oktober 2015, Zl. 051/70274/23/4315, an die Landespolizeidirektion Oberösterreich (Polizeikommissariat Steyr, im Folgenden auch kurz: LPD OÖ bzw. PK Steyr) sei im Zuge dieses Augenscheins festgestellt worden, dass in jenem Lokal seit dem 19. Oktober 2015 vier Automaten ohne erforderliche behördliche Konzession betriebsbereit aufgestellt gewesen seien, an denen nach entsprechender Geldeingabe unterschiedliche Spiele (sog. virtuelle Walzenspiele und ein sog. „Hundewettrenn-Terminal“), die nach dem Glücksspielgesetz als Glücksspiele zu qualifizieren seien, hätten durchgeführt werden können, wobei die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH diese Glücksspielautomaten entgeltlich zur Verfügung gestellt und sich dadurch an den verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt habe.

2. Ohne weitere Ermittlungsschritte zu tätigen, wurde von der LPD OÖ (im Folgenden auch: belangte Behörde) gegen den Rechtsmittelwerber in dessen Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH mit Straferkenntnis vom 6. Oktober 2016, Zl. VStV-915301651027-2015, eine Geldstrafe von 20.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 112 Stunden) verhängt, weil er es als außenvertretungsbefugtes Organ verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten habe, dass sich diese GmbH durch das entgeltliche Zur-Verfügung-Stellen von Glücksspielautomaten an nach dem Glücksspielgesetz verbotenen Ausspielungen beteiligt habe. Dadurch habe er eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 viertes Tatbild des Glücksspielgesetzes, BGBl 620/1989 in der damals maßgeblichen Fassung BGBl I 118/2015 (im Folgenden: GSpG), begangen, weshalb er nach § 52 Abs. 1 GSpG zu bestrafen gewesen sei.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die dem Beschwerdeführer angelastete Übertretung auf Grund der Anzeige des Finanzamtes Kirchdorf-

Perg-Steyr sowie des vom PK Steyr durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen sei.

Die Höhe der verhängten Geldstrafe entspreche dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat; sie erweise sich in diesem Ausmaß als notwendig, um den Rechtsmittelwerber von der künftigen Begehung derartiger Übertretungen wirksam abzuhalten.

3. Gegen dieses ihm am 10. Oktober 2016 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, am 3. November 2016 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich.

Darin wird – auf das Wesentliche zusammengefasst – vorgebracht, dass es nach der allgemeinen Lebenserfahrung äußerst unwahrscheinlich sei, dass während der im Straferkenntnis als Tatzeit angegebenen Lokalkontrolle eine Bespielung der verfahrensgegenständlichen Automaten durch Dritte möglich gewesen sei, sodass zu diesem Zeitpunkt keine Inbetriebnahme der Geräte vorgelegen sei. Außerdem sei die belangte Behörde zur Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses sachlich deshalb nicht zuständig gewesen, weil in Wahrheit eine gerichtlich strafbare Handlung vorgelegen sei. Schließlich leide das Straferkenntnis auch an einer Vielzahl von näher dargestellten Begründungsmängeln.

Daher wird in erster Linie dessen Aufhebung beantragt.

## I I .

## Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung

1. Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde zu Zl. VStV-915301651027-2015.

2. Weiters wurde den Verfahrensparteien mit hg. Schriftsatz vom 7. Dezember 2016, LVwG-411652/2/Gf/Mu u.a., mitgeteilt, dass sowohl nach der Begründung der angefochtenen Entscheidungen als auch nach dem (jeweiligen) Vorbringen der Rechtsmittelwerber(innen) der entscheidungswesentliche Sachverhalt als unstrittig erscheint, sodass aus der Sicht des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vornehmlich deshalb als nicht erforderlich erachtet wird, weil in den gegenständlichen Fällen bloß Rechtsfragen – nämlich in erster Linie jene nach der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielmonopolregelung – zu klären sind.

3.1. Hierzu hat sich der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit e-mail vom 13. Dezember 2016 zunächst dahin geäußert, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet wird.

In der Sache wurde sodann (nach Themen strukturiert) darauf hingewiesen, dass das GSpG-Monopol als unionsrechtswidrig anzusehen sei, was im gegenständlichen Fall zu einer verfassungswidrigen Inländerdiskriminierung führe. Außerdem habe die Neuordnung des Glücksspielwesens zu keiner Reduktion der Spielsucht und der damit verbundenen Probleme (sondern nur zu einer örtlichen Verlagerung ins benachbarte Ausland und somit eher sogar zu einer Ausweitung) geführt. Dazu komme, dass – wie sich aus einem psychologischen Gutachten ergebe – der Spielerschutz in jedem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union besser ausgestaltet sei als in Österreich, was sich schon daran zeige, dass dieser in weitem Umfang von freiwilligen Spenden der Glücksspielanbieter abhänge. Weiters werde von den Konzessionsinhabern keineswegs bloß eine maßvolle, sondern vielmehr eine aggressive Werbepolitik betrieben, die v.a. auch darauf ausgerichtet sei, solche Personen zu Glücksspielaktivitäten zu verleiten, die bislang dazu keinerlei Bezug aufgewiesen haben. Davon abgesehen könnten die vom Gesetzgeber mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen auch durch weniger eingriffsintensive Maßnahmen – so z.B. durch eine finanzielle Unterstützung von Spielsuchtambulanzen – erreicht werden.

3.2. Die belangte Behörde hat mit e-mail vom 13. Dezember 2016 bekannt gegeben, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet wird.

Beweismittel wurden dieser Mitteilung weder angeschlossen noch wurden in dieser solche bezeichnet.

3.3. Das Finanzamt Kirchdorf-Perg-Steyr hat sich bis zur Erlassung des gegenständlichen Erkenntnisses nicht geäußert.

4. Im Zuge dieser Beweisaufnahme ließen sich hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität des im Glückspielgesetz verankerten Monopolsystems insbesondere unter Bedachtnahme auf die in früheren, beim LVwG OÖ anhängigen gleichartigen Verfahren erhobenen Beweise sowie der im gegenständlichen Verfahren von den Parteien ergänzend vorgelegten Beweismittel folgende entscheidungswesentliche Sachverhaltselemente feststellen:

4.1. Zum „*Glücksspiel – Bericht 2010-2013*“ des Bundesministeriums für Finanzen[1]:

[1] Abrufbar unter: www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/Gluecksspiel-Bericht-2010-2013.html.

Von den darin enthaltenen bloßen rechtspolitischen Absichtserklärungen und deskriptiven Wiedergaben von Gesetzestexten und Materialien hierzu abgesehen wurde in diesem Zusammenhang beispielsweise schon im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, darauf hingewiesen, dass bereits die diesem zentral zu Grunde liegende Anzahl von ca. 64.000 spielsüchtigen Personen in Österreich als nicht plausibel erscheint und es somit nicht als ein sicheres Faktum angesehen werden kann, dass Spielsucht in Österreich ein gesellschaftsrelevantes Problem darstellt(e) (vgl. S. 35 ff, 42 f und 46 dieses Erkenntnisses); Gleiches gilt hinsichtlich der Ausführungen des Glücksspielberichts zum illegalen Glücksspiel als Kriminalitätsproblem insofern, als bloß eine hohe Anzahl von Verfolgungshandlungen und Bestrafungen wegen Verletzungen des – im Ergebnis als unionsrechtswidrig zu qualifizierenden – Glücksspielmonopols selbst (also gleichsam der petitio principii) hierfür keinen Beleg zu bilden vermag (vgl. S. 37 f und 46 des Erkenntnisses)[2].

Dem gegenüber haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, daran zu zweifeln, dass die in diesem Glücksspiel – Bericht 2010-2013 angeführten Intensivierungsmaßnahmen hinsichtlich der staatlichen Aufsicht (Anbindung an ein Datenrechenzentrum, bescheidmäßige Vorschreibung von Werbestandards, Maßnahmen zur Geldwäschevorbeugung) nicht den Tatsachen entsprechen würden.

4.2. Zur „*Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 18. September 2014*“:

Soweit diese insofern über den Glücksspiel – Bericht 2010-2013 hinausgeht, als detaillierte bescheidmäßige Auflagen im Zuge von Konzessionserteilungen (Mindestdauer pro Spiel, Mindestabstandsregelungen, Zutrittssysteme etc.) sowie konkrete Aufgaben der Stabsstelle für Spielerschutz (wie Zugangskontrolle und strenge staatliche Aufsicht) beschrieben werden (vgl. S. 9 ff), bestehen für das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich ebenfalls keine Zweifel, dass diese Maßnahmen auch tatsächlich (wenngleich im Einzelfall jeweils mehr bzw. weniger stringent) umgesetzt bzw. auf deren tatsächliche Einhaltung hin überprüft wurden und werden (vgl. schon S. 43 und 46 des hg. Erkenntnisses vom 24. Juni 2015, LVwG-410600).

4.3. Zum Bericht „*Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 – Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen gemäß § 60 Abs. 25 Z. 5 GSpG – November 2014*“, III-131 BlgNR, 25. GP (im Folgenden kurz: Evaluierungsbericht)[3]:

---

[2] Vgl. in diesem Sinne auch die parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundesministeriums für Inneres vom 21. November 2014, 2405/AB zu 2559/J (25. GP).
[3] Vgl. www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00131/fname_380250.pdf

Da sich dieser Bericht inhaltlich besehen lediglich als eine – datenmäßig geringfügig aktualisierte – Zusammenfassung des zuvor dargestellten „Glücksspiel – Berichts 2010-2013“ und der „Stellungnahme vom 18. September 2014“ darstellt (vgl. schon LVwG OÖ vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, S. 42), kann diesbezüglich auf das oben unter II.4.1. und II.4.2. Ausgeführte verwiesen werden.

4.4. Zur Studie „*Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015*“ des Instituts für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (im Folgenden kurz: „Glücksspielstudie 2015“ [4]):

Diese Studie des in der BRD situierten Instituts für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung[5] (im Folgenden kurz: ISD) kommt zunächst zu der generellen Schlussfolgerung, dass sich das Glücksspielverhalten der österreichischen Bevölkerung im Zeitraum zwischen 2009 und 2015 nicht maßgeblich verändert habe (S. 16). Speziell bezogen auf Glücksspielgeräte habe sich gezeigt, dass in diesem Zeitraum das Automatenglücksspiel außerhalb von Casinos einerseits leicht – nämlich von 1,2% auf 1,0% – gesunken sei und andererseits diese Spielform weiterhin in einem auffälligen Missverhältnis zu den beliebtesten Glücksspielarten („Lotto 6 aus 45“: 33,0%; „Joker“: 14,3%; „Euromillionen“: 13,2%; „Rubbellose“: 8,7%) stehe (S. 17 f). Im Übrigen erfülle die weit überwiegende Mehrzahl (nämlich 97,2%) aller Befragten keines und 1,7% der Stichprobenteilnehmer bloß ein oder zwei der insgesamt zehn Kriterien des „Diagnostischen und Statistischen Manuals Psychischer Störungen“ (vgl. S. 12; im Folgenden kurz: DSM-IV-Kriterien), was einem riskanten Spielverhalten entspreche; ca. 0,5% der Teilnehmer würden durch Glücksspiel bedingte Probleme (= Erfüllung von drei oder vier DSM-IV-Kriterien) und 0,6% ein pathologisches Spielverhalten (= Erfüllung von mindestens fünf DSM-IV-Kriterien) aufweisen[6], woraus zu schließen sei, dass – zusammengerechnet – „*1,1% aller Österreicher/innen (14 bis 65 Jahre) über ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten verfügen*“ würden, „*das sind*“ – hochgerechnet (!) – „*etwa 64.000 Personen*“ (S. 23). Dabei könne es sich allerdings „*immer nur um eine Schätzung der tatsächlichen Verhältnisse*“ handeln; auf Grund dieser sei davon auszugehen, dass – wie auch bereits im Jahr 2009 – „*in Österreich aktuell zwischen 27.000 bis etwa 46.000 Personen spielsüchtig*“ sein dürften (S. 24 f). Bei jenen Befragten, die an außerhalb von Casinos

[4] Abrufbar unter: www.isd-hamburg.de/dl/Repraesentativbefragung_2015_Bericht_final.pdf.
[5] Projektleitung: Jens Kalke und Friedrich Martin Wurst; weitere Mitglieder des Projektteams: Sven Buth und Natasha Thon.
[6] Nach der Version IV des Diagnostischen und Statistischen Manuals Psychischer Störungen wurde das pathologische Spielen noch als „Störung der Impulskontrolle“ klassifiziert, während ein solches Verhalten seit der im Jahr 2013 erschienenen Version DSM-5 unter Übernahme der früheren Kriterien (ausgenommen jenes der „illegalen Handlungen“) nunmehr als „Glücksspielstörung“ („gambling disorder“) bezeichnet und als erste (und einzige) stoffungebundene Sucht zu den Suchtstörungen gezählt wird; eine „leichte Glücksspielstörung“ liegt danach bei Erfüllung von 4 bis 5 Kriterien, eine „mittlere Glücksspielstörung“ bei Erfüllung von 6 bis 7 Kriterien und eine „schwere Glücksspielstörung“ bei Erfüllung von 8 bis 9 (von insgesamt 9) Kriterien innerhalb von 12 Monaten vor (vgl. näher Institut Suchprävention pro mente Oberösterreich, Factsheet Sucht – Abhängigkeit und Substanzkonsum, Version 2.4 vom 17. Juni 2016, S. 38).

aufgestellten Automaten – also an solchen, die sich in Spielhallen, Gaststätten oder Tankstellen befinden – spielten, sei der Anteil an nicht bloß problematischen, sondern sogar pathologischen Spielern (= Erfüllung von mindestens fünf DSM-IV-Kriterien) als signifikant hoch, nämlich mit 21,2%, zu qualifizieren, während sich dem gegenüber der Vergleichswert für Automatenglücksspiel in konzessionierten Salons der Casinos Austria AG als eher gering (4,4%) ausnehmen würde (S. 28 f). Unter einer Auswahl von 13 suchtpräventiven Maßnahmen kämen ein Spielverbot unter 18 Jahren (89%), eine spielartübergreifende Sperre (83%) bzw. eine Reduzierung der Werbung (70%) auf die höchsten Akzeptanzwerte, während das staatliche Glücksspielmonopol und ein Alkoholverbot in Spielstätten (jeweils unter 50%) sowohl in der Bevölkerung als auch unter den Spielern selbst auf die geringste Resonanz stoßen würden (S. 30 ff).

Ungeachtet dessen, dass das ISD auch nach der Rechtsordnung jenes Staates, in dem dieses seinen Sitz hat (BRD), nicht als eine öffentlich-rechtliche Einrichtung, sondern als privater Verein[7] zu qualifizieren ist[8], wurde – sieht man davon ab, dass die im Zeitraum zwischen Jänner und Juni 2015 durchgeführte Befragung nunmehr 10.000 Personen (2009: 6.300 Personen) im Alter zwischen 14 und 65 Jahren im Rahmen einer (allerdings bloß telefonisch erhobenen) Stichprobe erfasste (S. 8 f) – bei der Erstellung der Glücksspielstudie 2015 wieder auf dieselbe Methodik zurückgegriffen, die bereits der Repräsentativerhebung 2009 zu Grunde lag (S. 8 ff).

Berücksichtigt man weiters, dass die Glücksspielstudie 2015 selbst zu dem Ergebnis kommt, dass „*sich das Glücksspielverhalten der österreichischen Bevölkerung seit dem Jahr 2009 nicht stark verändert*“ hat (S. 3 und 16), vermag dieses Beweismittel sohin auf der Tatsachenebene keine additiven Erkenntnisse zu erbringen. Dazu trägt insbesondere auch der Umstand bei, dass in der Glücksspielstudie 2015 überwiegend bloß prozentuelle Anteile angeführt, die daraus zu ziehenden Schlüsse hingegen nicht einmal angedeutet, geschweige denn nachvollziehbar begründet und somit die entscheidenden Fragen im Ergebnis vielfach nicht gelöst, sondern offen gelassen werden: So könnte beispielsweise (und stellvertretend für Vieles) aus der Angabe, dass das Automatenglücksspiel außerhalb von Casinos zwischen 2009 und 2015 leicht – nämlich von 1,2% auf 1,0% – gesunken ist, sowohl abgeleitet werden, dass dies als eine positive Konsequenz der verstärkten finanzpolizeilichen Kontrollen angesehen werden muss, aber auch, dass sich diese im Gegenteil wegen des kaum quantifizierbaren Erfolges gesamthaft betrachtet als ineffektiv erwiesen haben.

---

[7] Vgl. näher: www.isd-hamburg.de.

[8] Wodurch der Aspekt einer Neutralität und Unabhängigkeit dieser Institution schon von vornherein relativiert wird (vgl. insbesondere S. 7 dieser Studie: „*Unterstützt wurde die Untersuchung von der Casinos Austria AG und der Österreichische Lotterien GmbH, die durch eine finanzielle Förderung an die Gesellschaft zur Erforschung nicht stoffgebundener Abhängigkeiten [GES] die Realisierung dieser Studie möglich gemacht haben. Die GES ist Zuwendungsgeber und Vertragspartner für das ISD. Ein der GES zugeordneter Beirat hat die Untersuchung inhaltlich begleitet.*“ [Hervorhebungen nicht im Original]).

Außerdem haben auch im Rahmen dieser Untersuchung lediglich 1,1% aller Befragten – also absolut besehen: bloß 110 Personen – und diese zudem nur auf Grund einer Eigeneinschätzung angegeben, „mehr oder weniger stark spielsüchtig“ zu sein, sodass die aus einer bloßen Selbstreflexion abgeleitete Schlussfolgerung, dass „*in Österreich aktuell zwischen 27.000 bis etwa 46.000 Personen spielsüchtig*“ sein dürften, lediglich ein abstraktes Rechenexempel verkörpert, das jeglicher faktischer Verifizierbarkeit entbehrt.

4.5. Zum *Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022*, zum *Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016, E 945/2015*, zu den *Entscheidungen anderer Einzelrichter des LVwG OÖ* sowie den *Entscheidungen anderer Landesverwaltungsgerichte*, mit denen jeweils – explizit oder implizit – die unionsrechtliche Unbedenklichkeit des im GSpG normierten Monopolsystems festgestellt wurde, sowie zum *Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m*, in dem dieser von einer Unions- und Verfassungswidrigkeit der im GSpG normierten Monopolregelung ausgeht:

Diese Entscheidungen sind jeweils durchgängig dadurch gekennzeichnet, dass ihnen keine eigenständige, auf die Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopolsystems bezogene Faktenermittlung zu Grunde liegt (vgl. schon LVwG OÖ vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, S. 43 f).

Somit vermögen sie – rein auf der Faktenebene – schon von vornherein nichts zur Klärung der vom EuGH jüngst neuerlich (vgl. EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/16 [Admiral Casinos & Entertainment AG – ECLI:EU:C:2016:500]; s. auch unten, II.2.6.) betonten Problematik beizutragen, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass es bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven nationalen Regelung im Bereich der Glücksspiele im Sinne einer nicht bloß statischen, sondern vielmehr einer dynamischen Betrachtungsweise (RN 36) nicht nur auf die Zielsetzung dieser Regelung im Moment ihres Erlasses ankommt, sondern auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden Auswirkungen (RN 37).

4.6. Zur „*schriftlichen Äußerung*“ des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers:

Soweit in dieser auf rechtswissenschaftliche Literaturstellen Bezug genommen wird, gilt das zuvor unter II.2.5. Ausgeführte hier in gleicher Weise, weil jenen ebenfalls keine eigenständigen faktenmäßigen Erhebungen zu Grunde liegen (vgl. schon LVwG OÖ vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, S. 44).

Andererseits decken sich die in der Presseaussendung der APA (Originaltextservice) vom 8. April 2015[9] über den Geschäftserfolg der „Casinos Austria AG“ und der „Österreichischen Lotterien GmbH“ im Jahr 2014 genannten Werte und die

[9] Vgl. www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150408_OTS0039.

daraus resultierende Steuerleistung von 552 Mio. Euro im Vorjahr mit den auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen diesbezüglich veröffentlichten Zahlen[10], sodass diese sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach als zutreffend angesehen werden kann.

Dem gegenüber enthält das vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bezogene Statement der Vorsitzenden der „(Wiener) Spielsuchthilfe“ vom 3. April 2015 bloß Mutmaßungen. Auch der Inhalt des von ihnen vorgelegten, in diversen zivilgerichtlichen (wettbewerbsrechtlichen) Prozessen erstatteten Zeugenaussagen durfte im gegenständlichen Verfahren wegen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (vgl. § 48 VwGVG) nicht verwendet werden; davon abgesehen wird in den in jenen Verfahren ergangenen Entscheidungen – wie bereits zuvor angeführt – sogar ausdrücklich klargestellt, dass mangels entsprechender Beweisangebote eben gerade keine für die Klärung der Frage der Unionsrechtskonformität maßgeblichen Fakten erhoben wurden (vgl. z.B. Landesgericht Steyr vom 3. April 2015, 2 Cg-48/14y-25, S. 11).

Weiters lässt sich auch nicht konstatieren, dass es sich bei dem vom Vertreter des Beschwerdeführers vorgelegten Manuskript „Überblick – Spielsuchtprävention Österreich vier Jahre nach Inkrafttreten des GSpG 2010“ (von MMag. M. Z. vom 12. Jänner 2015; im Folgenden auch kurz: Manuskript Suchtprävention) tatsächlich – wie von ihm vorgebracht – um ein Sachverständigengutachten handelt; dagegen spricht nicht nur der unstrukturierte Aufbau der Darstellung und das durchgängige Fehlen von Bezugnahmen auf Fachliteratur, sondern vor allem die polemische, einseitig-inobjektive inhaltliche Bewertung von Mängeln im Zusammenhang mit der faktischen Umsetzung der gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen; vielmehr dürfte dieses Manuskript bloß die Basis für einen Vortrag oder eine Präsentation darstellen (bzw. dargestellt haben), wie sich aus dem häufigen Hinweis auf (gemeint wohl: Power-Point-)„Folien“ (vgl. insbesondere S. 3) ergibt.

Soweit es schließlich die Werbeaktivitäten der Konzessionsinhaber betrifft, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass bereits im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, festgestellt wurde, dass diese als „notorisch aggressiv“ zu qualifizieren ist (vgl. S. 39 f).

Diese Einschätzung wird durch die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seiner schriftlichen Äußerung beigegebenen Unterlagen zusätzlich bekräftigt: Denn danach zielen zahlreiche Werbeaktivitäten darauf ab, nicht bloß das Glücksspiel in legale Bahnen zu lenken; vielmehr sollen ganz offensichtlich auch solche Personen zum Glücksspiel animiert werden, die diesem bislang völlig desinteressiert gegenübergestanden sind[11].

---

[10] Vgl. auch https://service.bmf.gv.at/budget/akthh/2014/201412FH_ug16.htm.

[11] Wobei in diesem Zusammenhang nicht nur eine große Reichweite garantierende Medien – v.a. TV, Rundfunk (vgl. z.B. „*Ö3-Glückskeks*“), e-papers, Internet (vgl. z.B. „*Damentag in allen Casinos: ..... Für nur 23 Euro erhalten Sie Begrüßungsjetons im Wert von 25 Euro und Ihr Gewinnticket für die Verlosung des Tagespreises*“, www.casinos.at/de/casinos-austria/eventkalender?edui=4&estx=damentag), Printmedien

Fakten, die diese auch vom OGH und zahlreichen Zivilgerichten geteilte Einschätzung widerlegen, lassen sich demgegenüber insbesondere auch dem Erkenntnis des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, und der dort bezogenen Judikatur des VwGH und des LVwG OÖ nicht entnehmen.

4.7. All dies berücksichtigend erachtete es der nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter des LVwG OÖ daher in tatsächlicher Hinsicht weiterhin

als nicht erwiesen,

- dass in Österreich 64.000 Personen spielsüchtig sind[12] und dass es hierzulande beispielsweise mehr spielsüchtige (substanzunabhängige bzw. stoffunabhängige Verhaltenssucht) als drogenabhängige (substanzabhängige Verhaltenssucht) Personen gibt,

- dass die Spielsucht in Österreich ein erhebliches, einen unverzüglichen staatlichen Handlungsbedarf hinsichtlich Spielerschutzmaßnahmen begründendes gesellschaftliches Problem darstellt(e), und

- dass das Glücksspiel, insbesondere das Automatenglücksspiel, tatsächlich ein echtes Kriminalitätsproblem verkörpert(e), weil Verstöße gegen glücksspielrechtliche Bestimmungen nur in relativ geringem Ausmaß schwere (strafgerichtlich zu ahndende) Delikte bild(et)en; zum weitaus überwiegenden Teil handelte es sich dagegen bloß um Ordnungswidrigkeiten, nämlich um Verstöße gegen solche Vorschriften, die ausschließlich der effektiven Sicherung und Aufrechterhaltung des bestehenden Monopolsystems dienen;

---

(vgl. z.B. „*Lotterien-Tag: Österreichs Lotterien öffnen Türen zum Tiergarten Schönbrunn: ..... Wer mit einer Spielquittung oder einem Los der Österreichischen Lotterien zu einem der drei Eingänge kommt, erhält freien Eintritt .....*“, Der Standard vom 21. Juli 2014, S. 17; Stadt-Blatt Innsbruck vom 18. März 2015 mit aufgeklebtem 10-Euro-Gutschein-Jeton für das Casino Innsbruck) und Social Medias (vgl. z.B. „*Jackpot Cafe – Mega-Million-Jackpot – Täglich ab 11:00 Uhr – Keine Bekleidungsvorschriften – Spielen ab 1 Cent – vom 1. bis 14. April 2016*“ via facebook) –, sondern auch alle anderen Formen von Werbeträgern – wie eine Garnitur der Wiener U-Bahn oder Plakatwände, aber auch Lokalzeitungen (vgl. z.B. „*Lotterien-Tag im Kunsthistorischen Museum – mit dem Lottoschein am Freitag, dem 31. Oktober, kostenlos zu Diego Velazquez*“, Neue Vorarlberger Tageszeitung vom 30. Oktober 2014, S. 33) und weniger auflagenstarke Printmedien (vgl. z.B. „*Mit Anteilsschein mehr Chancen zu gewinnen – Neu bei Lotto und EuroMillionen: Geringer Einsatz, eine Vielzahl an Tipps und somit erhöhte Gewinnchancen*“, Katholisches Kirchenblatt Vorarlberg vom 16. Dezember 2014, S. 22) benützt werden.

[12] Siehe insbesondere nochmals Institut Suchprävention pro mente Oberösterreich, Factsheet Sucht – Abhängigkeit und Substanzkonsum, Version 2.4 vom 17. Juni 2016, S. 3: „*Wie alle statistischen Materialien sind auch die hier vorgestellten Zahlen selbst kein Spiegel der Realität. Sie sind vielmehr durch Konstruktionsprozesse entstanden und im Umgang damit ist Vorsicht geboten. ..... Wahrscheinlichkeiten beziehen sich auf konstruierte gesellschaftliche Gruppen, bei denen bestimmte Merkmale gehäuft beobachtet werden können. Wahrscheinlichkeiten beziffern die Häufigkeit eines Ereignisses in einer fiktiven Kohorte, in einer Grundgesamtheit. ..... Wahrscheinlichkeiten beziehen sich jedoch per definitionem nicht auf eine konkrete Person, sondern auf einen konstruierten Kasus (einen Idealtypus); ..... . Der Schluss auf kausale Merkmale (Wahrscheinlichkeiten) der aggregierten Gruppe begründet kein Kausalmodell im Sinne der Newton'schen Physik.*“

erweist sich jedoch dieses Regelungssystem i.S. einer petitio principii als unionsrechtswidrig, dann kann eine Verletzung von Bestimmungen, die zu dessen Aufrechterhaltung und Absicherung dienen, auch nicht als rechtswidrig und schon gar nicht als kriminell qualifiziert werden;

als erwiesen,

- dass die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich ca. 500 Mio. Euro betragen (und die GSpG-Konzessionäre damit zu den 5 größten steuerleistenden Unternehmen in Österreich zählen),

- dass der Spielerschutz seit dem Inkrafttreten der GSpG-Novelle 2010 – wenngleich nicht perfektioniert, so doch (im Wege entsprechender Auflagenvorschreibungen an die Konzessionäre) – erheblich verbessert wurde,

- dass die Monopolinhaber eine aggressive Expansions- und Werbestrategie verfolgen, sowie

- dass der Staat, insbesondere die staatlichen Behörden die Notwendigkeit einer Monopolregelung gerade in jener Form, wie diese im GSpG verankert ist, nicht nachgewiesen haben, sodass insbesondere nicht erkennbar ist, weshalb beispielsweise eine strenge Konzessionsprüfung (Eigenkapitalausstattung, Spielerschutzauflagen, Vertrauenswürdigkeit, etc. bis hin zu hohen Verfahrensabgaben) ohne zusätzliche (auf eine Bedarfsprüfung hinauslaufende) Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Anbietern zur Zielerreichung nicht in gleicher Weise ausreichend sein soll.

Darüber hinausgehende (Erkundungs-)Beweise seien – schon mangels entsprechender Anträge der Verfahrensparteien – selbst unter Bedachtnahme auf die Maßgeblichkeit des Amtswegigkeitsprinzips[13] nicht zu erheben gewesen.

---

[13] Wenn der VwGH in diesem Zusammenhang in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2015, Ro 2014/17/0121, anführt, dass er die vom LVwG OÖ in dessen Erkenntnis vom 30. April 2014, LVwG-410287, vertretene Rechtsansicht, dass gegen die Geltung des Amtswegigkeitsprinzips in einem gerichtlichen Strafverfahren verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 90 Abs. 2 B-VG, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 EGRC bestehen, nicht nachvollziehen könne, so ist zwar zuzugestehen, dass in der hg. Entscheidung nicht dezidiert zum Ausdruck gebracht wurde, dass das Amtswegigkeitsprinzip im Anwendungsbereich des Verwaltungs(straf-)verfahrens den Charakter eines Inquisitionsprinzips annimmt und daher auch synonym in diesem Sinn zu verstehen ist; allerdings wird diese Ansicht der Sache nach einhellig (wenngleich gelegentlich euphemistisch umschrieben) schon seit dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze vertreten (vgl. z.B. *A. Langer*, Verwaltungs-Strafrecht und Strafverfahren [1926], 25; *Ernst C. Hellbling*, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. II [1954], S. 3), sodass dem LVwG OÖ eine gesonderte Betonung dieses Umstandes entbehrlich erschien. Dessen ungeachtet dürfte es aber keinem Zweifel unterliegen, dass die Fortgeltung der Inquisitionsmaxime auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (allenfalls mit Art. 90 Abs. 2 B-VG [so der VwGH im Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Zl. Ro 2014/17/0121], jedenfalls aber) nicht mit den europäischen Grundrechtsgewährleistungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC vereinbar ist.

Im Besonderen sei auch (entgegen der ursprünglich gegenteiligen Annahme des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich selbst) die Einholung eines Sachverständigengutachtens schon deshalb entbehrlich gewesen, weil die Bewertung der vom EuGH aufgestellten Kriterien hinsichtlich der Beurteilung der Vereinbarkeit der Monopolregelungen des GSpG mit der unionsrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit kein derart spezifisches Sachwissen erfordert, dass besondere Fachkenntnisse eines bestimmten naturwissenschaftlichen Materienbereiches erforderlich wären; vielmehr würden diese Kriterien bloß eine reine Faktenerhebung voraussetzen. Systematisch besehen gehe es also um eine Tatsachenermittlung ex post, nämlich bezogen auf den Tatzeitpunkt, sowie um die nachträgliche Verifizierung von Behauptungen, Absichtserklärungen und/oder Prognosen (und zwar vornehmlich des Gesetzgebers bzw. des Bundesministeriums für Finanzen zwecks Rechtfertigung des Glücksspielmonopols); ob bzw. inwieweit diese jeweils für wahr zu halten sind, verkörpere dem gegenüber ausschließlich eine Frage der Beweiswürdigung.

4.8. Im Besonderen wurde schließlich festgestellt, dass der Beschwerdeführer – jedenfalls zum Tatzeitpunkt – Geschäftsführer jener GmbH war („P GmbH“), hinsichtlich der er als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher i.S.d. § 9 VStG belangt wurde. Diese GmbH hat ihren Sitz in der Gemeinde W und der Rechtsmittelwerber selbst ist s Staatsbürger.

4.9. Von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung konnte schon im Hinblick auf den von den Verfahrensparteien erklärten Verzicht, aber auch unter Heranziehung der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (im Folgenden auch: EGMR) zu Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesehen werden: Denn danach ist eine solche auch in Strafverfahren nicht erforderlich, wenn es beispielsweise – wie im vorliegenden Fall – bloß um Verwaltungsübertretungen geht und für die durch die angefochtene Entscheidung belastete Partei keine gravierenden Rechtsfolgen auf dem Spiel stehen (vgl. EGMR vom 23. November 2006, 73053/01, RN 43 und 48, m.w.N., jüngst bestätigt z.B. durch EGMR vom 15. Jänner 2015, 63362/09, RN 81, sowie vom 19. November 2015, 46998/08, RN 81).

5. Auf Grund dieser Sachverhaltsfeststellungen gelangte der im gegenständlichen Verfahren geschäftsverteilungsmäßig zuständige Einzelrichter des LVwG OÖ zu der Auffassung, dass die im Glücksspielgesetz normierte Monopolregelung mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist, sodass sich auch die darauf fußenden Eingriffsermächtigungen des GSpG als unionsrechtswidrig erweisen.

Daher wurde der Beschwerde mit Erkenntnis vom 22. Dezember 2016, LVwG-411652/5/Gf/Mu u.a., gemäß § 50 VwGVG stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben.

III.

Weiteres Rechtsmittelverfahren und Folgeentwicklungen

1. Mit Schriftsatz vom 31. Jänner 2017, Zl. BMF-180000/0122-IV/2/2017, hat der Bundesminister für Finanzen gegen dieses Erkenntnis des LVwG OÖ vom 22. Dezember 2016, LVwG-411652/5/Gf/Mu u.a., eine Amtsrevision an den VwGH erhoben.

2. Zuvor hatte der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m u.a., beim VfGH gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG einen Antrag auf Aufhebung der Monopolbestimmungen des GSpG eingebracht und darin u.a. explizit festgestellt (vgl. S. 31 f): „*Aus der vom Senat angenommen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols folgt daher, dass die in Fallgestaltungen, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, weiter anzuwendenden Bestimmungen des Glücksspielrechts eine gegen Art. 7 B-VG verstoßende Inländerdiskriminierung bewirken.*“ (Hervorhebung nicht im Original).

Begründend wurde dazu – zusammengefasst – ausgeführt, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die unionsrechtliche Zulässigkeit des im GSpG normierten Monopolsystems nicht allein von Zielsetzungen des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der gesetzlichen Regelungen abhängig sei. Hinsichtlich der Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Spielausgaben, die prinzipiell einen Rechtfertigungsgrund für einen nationalrechtlichen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit bildet, und damit im Zusammenhang stehenden zulässigen Werbemaßnahmen der Konzessionsinhaber komme der Kohärenz der im GSpG getroffenen Regelung große Bedeutung zu: Für den Fall, dass die Eignung dieser Norm bejaht wird, beurteile der EuGH in einem zweiten Schritt deren Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und gegebenenfalls in einem dritten Schritt die Angemessenheit der Beschränkung; eine nationale Regelung sei nach Ansicht des EuGH dann unionsrechtswidrig, wenn diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Vor diesem Hintergrund sei zu konstatieren, dass nach den Feststellungen der unterinstanzlichen Gerichte die Österreichische Lotterien GmbH als Inhaberin aller in § 14 GSpG vorgesehenen Lotterienkonzessionen jährlich zwischen 40 und 50 Mio. Euro in Werbemaßnahmen investiere und damit unter den Top-Acht-Investoren bei Werbeausgaben in Österreich rangiere, wobei auf diese Weise gesamthaft besehen ein sehr breites Publikum angesprochen worden sei. Ähnliches gelte auch

für die Casinos Austria AG als Inhaberin aller in § 21 GSpG vorgesehenen Spielbankkonzessionen. Im Ergebnis resultiere daraus, dass diese Werbung nicht ausschließlich dazu diene, Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken, sondern auch den Zweck verfolge, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bis dato nicht ohne weiteres zu spielen bereit seien. Im Übrigen werde dem Spielen ein positives Image zugeschrieben; weiters versuche diese Werbung, die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen, wobei zudem bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht gestellt werden. Dadurch würden insbesondere neue Zielgruppen zum Spielen angeregt und die Werbung schließlich auch laufend inhaltlich ausgedehnt. Im Sinne der Judikatur des EuGH liege sohin keine maßvolle Werbung vor, die sich bloß darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken; in dieses Bild füge sich auch der Umstand, dass § 56 Abs. 1 GSpG eine Überprüfung des unionsrechtlich gebotenen Maßstabs bei Werbeauftritten im Weg einer Klage von Mitbewerbern oder klagebefugten Verbänden nach dem UWG ausschließt.

Daher fehle dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung.

Davon ausgehend führe die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG objektiv besehen auch insofern zu einer Inländerdiskriminierung, als einerseits ein ausländischer Anbieter, der in seinem Heimatstaat erlaubterweise – nämlich v.a. auf Grund einer unter vergleichsweise weniger rigiden Voraussetzungen erlangten Bewilligung – Ausspielungen veranstaltet, hierzu infolge der durch die Dienstleistungsfreiheit bewirkten Verdrängung der Monopolbestimmungen des GSpG auch in Österreich berechtigt ist, während Gleiches einem Inländer deshalb verwehrt bleibt, weil bei reinen Inlandssachverhalten die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und somit auch die im Verhältnis dazu bestehende Unionsrechtswidrigkeit bzw. die daraus resultierende Verdrängungswirkung bezüglich der Monopolregelung des GSpG so lange nicht zum Tragen kommt, bis Letztere durch eine Aufhebung seitens des VfGH beseitigt ist.

3. Nahezu zeitgleich war hingegen der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des GSpG nicht zu erkennen sei (RN 123), weil die mit diesem Gesetz angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt würden und diese Ziele nicht bloß als Vorwand für die Beibehaltung der Monopolregelung bzw. einer Einnahmenmaximierung angesehen werden könnten. Dass vom Staat – bei Verfolgung gerechtfertigter Ziele im Sinne von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – im Zusammenhang mit dem Glücksspiel hohe Einnahmen erzielt werden, mache die Regelungen des GSpG nicht unionsrechtwidrig, denn es sei zu berücksichtigen, dass sowohl die

Maßnahmen des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung und der Kriminalitätsbekämpfung sowie die Aufsicht über die Glücksspielkonzessionäre und Bewilligungsinhaber und auch die medizinischen Behandlungskosten von Spielsüchtigen sowie Fürsorgeunterstützungen für Spielsüchtige und deren Familien hohe finanzielle Kosten verursachen würden. Daher sei es auch unter diesen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn neben der Verfolgung von legitimen Zielen zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch entsprechende Einnahmen aus Abgaben im Zusammenhang mit Glücksspiel durch den Staat lukriert werden, wobei im Übrigen gerade die vom LVwG OÖ geforderte Vergabe von Konzessionen und Bewilligungen in unbeschränkter Anzahl eine Erhöhung der vom Staat lukrierten Abgaben ermöglichen würde (RN 122).

Diese Rechtsmeinung hat der VwGH in der Folge in zahlreichen Entscheidungen bekräftigt (vgl. z.B. VwGH vom 7. März 2017, Ra 2017/17/0085; vom 10. März 2017, Ra 2015/17/0024; vom 14. März 2017, Ra 2017/17/0108; vom selben Tag, Ra 2017/17/0120; vom 15. März 2017, Ra 2017/17/0177; vom selben Tag, Ra 2017/17/0172; vom 17. März 2017, Ra 2017/17/0005; vom selben Tag, Ra 2017/17/0090; vom selben Tag, Ra 2017/17/0097; vom selben Tag, Ra 2017/17/0099; vom selben Tag, Ra 2017/17/0101; vom selben Tag, Ra 2017/17/0105; vom selben Tag, Ra 2017/17/0107; vom selben Tag, Ra 2017/17/0152; vom selben Tag, Ra 2017/17/0156; vom selben Tag, Ra 2017/17/0157; vom selben Tag, Ra 2017/17/0176; vom selben Tag, Ra 2017/17/0178; vom 23. März 2017, Ra 2017/17/0196; vom selben Tag, Ra 2017/17/0206; vom 6. April 2017, Ra 2017/17/0227; vom selben Tag, Ra 2017/17/0245; vom selben Tag, Ra 2017/17/0250; vom selben Tag, Ra 2017/17/0252; vom 18. April 2017, Ra 2017/17/0243; vom selben Tag, Ra 2017/17/0265; vom selben Tag, Ra 2017/17/0266; vom 19. April 2017, Ra 2017/17/0220; vom selben Tag, Ra 2017/17/0230; vom selben Tag, Ra 2017/17/0233; vom selben Tag, Ra 2017/17/0236; vom selben Tag, Ra 2017/17/0244; vom selben Tag, Ra 2017/17/0246; vom selben Tag, Ra 2017/17/0247; vom selben Tag, Ra 2017/17/0249; vom selben Tag, Ra 2017/17/0251; vom selben Tag, Ra 2017/17/0261; vom selben Tag, Ra 2017/17/0264; vom selben Tag, Ra 2017/17/0278; vom 21. April 2017, Ra 2017/17/0280; vom selben Tag, Ra 2016/17/0290; vom selben Tag, Ra 2015/17/0099; vom selben Tag, Ra 2015/17/0101; vom 25. April 2017, Ra 2017/17/0102; vom selben Tag, Ra 2017/17/0139; vom selben Tag, Ra 2017/17/0158; vom selben Tag, Ra 2017/17/0194; vom selben Tag, Ra 2017/17/0197; vom selben Tag, Ra 2017/17/0232; vom selben Tag, Ra 2017/17/0240; vom 28. April 2017, Ra 2017/17/0260; vom selben Tag, Ra 2017/17/0263; vom selben Tag, Ra 2017/17/0290; vom selben Tag, Ra 2017/17/0293; vom 3. Mai 2017, Ra 2017/17/0101; vom selben Tag, Ra 2017/17/0106; vom selben Tag, Ra 2017/17/0239; vom selben Tag, Ra 2017/17/0241; vom selben Tag, Ra 2017/17/0242; vom selben Tag, Ra 2017/17/0248; vom selben Tag, Ra 2017/17/0254; vom selben Tag, Ra

2017/17/0262; vom selben Tag, Ra 2017/17/0279; vom selben Tag, Ra 2017/17/0287; vom selben Tag, Ra 2017/17/0291; vom selben Tag, Ra 2017/17/0294; vom 5. Mai 2017, Ra 2017/17/0295; vom 15. Mai 2017, Ra 2017/17/0214; vom 16. Mai 2017, Ra 2017/17/0309; vom 17. Mai 2017, Ra 2017/17/0288; vom selben Tag, Ra 2017/17/0292; vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173; vom 1. Juni 2017, Ra 2017/17/0087; vom selben Tag, Ra 2017/17/0089; vom 2. Juni 2017, Ra 2017/17/0037; vom selben Tag, Ra 2017/17/0088; vom 7. Juni 2017, Ra 2016/17/0212 u. 0213; vom 16. Juni 2017, Ra 2016/17/0147; vom selben Tag, Ra 2016/17/0239 u. 0240; vom 30. Juni 2017, Ra 2017/17/0080; vom selben Tag, Ra 2017/17/0269; vom 13. Juli 2017, Ra 2017/17/0030; vom selben Tag, Ra 2017/17/0289; vom 14. Juli 2017, Ra 2017/17/0162; vom 11. August 2017, Ra 2017/17/0462; vom selben Tag, Ra 2017/17/0086; vom 17. August 2017, Ra 2017/17/0378; vom 23. August 2017, Ra 2017/17/0421; vom selben Tag, Ra 2017/17/0479; vom 25. August 2017, Ra 2017/17/0468; vom selben Tag, Ra 2017/17/0640; vom 4. September 2017, Ra 2017/17/0490; vom selben Tag, Ra 2017/17/0510; vom selben Tag, Ra 2017/17/0520; vom selben Tag, Ra 2017/17/0527; vom selben Tag, Ra 2017/17/0593; vom selben Tag, Ra 2017/17/0595; vom selben Tag, Ra 2017/17/0619; vom selben Tag, Ra 2017/17/0623; vom selben Tag, Ra 2017/17/0639; vom selben Tag, Ra 2017/17/0658; vom 7. September 2017, Ra 2017/17/0461; vom selben Tag, Ra 2017/17/0466; vom selben Tag, Ra 2017/17/0482; vom selben Tag, Ra 2017/17/0487; vom selben Tag, Ra 2017/17/0511; vom selben Tag, Ra 2017/17/0513; vom selben Tag, Ra 2017/17/0518; vom selben Tag, Ra 2017/17/0530; vom selben Tag, Ra 2017/17/0553; vom selben Tag, Ra 2017/17/0554; vom selben Tag, Ra 2017/17/0577; vom selben Tag, Ra 2017/17/0590; vom selben Tag, Ra 2017/17/0647; vom 11. September 2017, Ra 2017/17/0524; vom selben Tag, Ra 2017/17/0552; vom selben Tag, Ra 2017/17/0594; vom selben Tag, Ra 2017/17/0624; vom 12. September 2017, Ra 2017/17/0622; vom selben Tag, Ra 2017/17/0627; vom selben Tag, Ra 2017/17/0632; vom selben Tag, Ra 2017/17/0645; vom selben Tag, Ra 2017/17/0657; vom selben Tag, Ra 2017/17/0669; vom selben Tag, Ra 2017/17/0695; vom 13. September 2017, Ra 2017/17/0472; vom selben Tag, Ra 2017/17/0485 u. 0486; vom selben Tag, Ra 2017/17/0526; vom selben Tag, Ra 2017/17/0528; vom selben Tag, Ra 2017/17/0531; vom selben Tag, Ra 2017/17/0578; vom selben Tag, Ra 2017/17/0592; vom selben Tag, Ra 2017/17/0629 u. 0630; vom selben Tag, Ra 2017/17/0638; vom selben Tag, Ra 2017/17/0668; vom 14. September 2017, Ra 2017/17/0519; vom selben Tag, Ra 2017/17/0618; vom selben Tag, Ra 2017/17/0628; vom selben Tag, Ra 2017/17/0672; vom 20. September 2017, Ra 2017/17/0571; vom selben Tag, Ra 2017/17/0572; vom selben Tag, Ra 2017/17/0685; vom 28. September 2017, Ra 2017/17/0450; vom 12. Oktober 2017, Ra 2017/17/0484; vom selben Tag, Ra 2017/17/0597; vom selben Tag, Ra 2017/17/0659; vom selben Tag, Ra 2017/17/0716; vom selben Tag, Ra 2017/17/0764; vom 18. Oktober 2017, Ra 2017/17/0691; vom 27. Oktober 2017,

Ra 2017/17/0512; vom selben Tag, Ra 2017/17/0751; vom selben Tag, Ra 2017/17/0757; vom selben Tag, Ra 2017/17/0828; vom 31. Oktober 2017, Ra 2017/17/0522; vom selben Tag, Ra 2017/17/0523; vom selben Tag, Ra 2017/17/0529; vom selben Tag, Ra 2017/17/0574; vom selben Tag, Ra 2017/17/0617; vom selben Tag, Ra 2017/17/0625; und vom selben Tag, Ra 2017/17/0634).

4. Unter Übernahme dieser Rechtsansicht des VwGH war schließlich auch der Verfassungsgerichtshof seit seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, von der Unionsrechtskonformität des im GSpG geregelten Monopolsystems ausgegangen (vgl. in der Folge z.B. VfGH vom 23. Februar 2017, E 16/2017; vom selben Tag, E 18/2017; vom selben Tag, E 19/2017; vom selben Tag, E 29/2017; vom selben Tag, E 50/2017; vom selben Tag, E 51/2017; vom selben Tag, E 71/2017; vom selben Tag, E 95/2017; vom selben Tag, E 96/2017; vom selben Tag, E 98/2017; vom selben Tag, E 100/2017; vom selben Tag, E 144/2017; vom selben Tag, E 156/2017; vom selben Tag, E 157/2017; vom selben Tag, E 158/2017; vom selben Tag, E 159/2017; vom selben Tag, E 160/2017; vom selben Tag, E 161/2017; vom selben Tag, E 162/2017; vom selben Tag, E 179/2017; vom selben Tag, E 180/2017; vom selben Tag, E 182/2017; vom selben Tag, E 183/2017; vom selben Tag, E 184/2017; vom selben Tag, E 185/2017; vom selben Tag, E 216/2017; vom selben Tag, E 218/2017; vom selben Tag, E 230/2017; vom selben Tag, E 260/2017; vom selben Tag, E 261/2017; vom selben Tag, E 264/2017; vom selben Tag, E 265/2017; vom selben Tag, E 266/2017; vom selben Tag, E 282/2017; vom selben Tag, E 283/2017; vom selben Tag, E 286/2017; vom selben Tag, E 289/2017; vom selben Tag, E 290/2017; vom selben Tag, E 291/2017; vom selben Tag, E 292/2017; vom selben Tag, E 294/2017; vom selben Tag, E 297/2017; vom selben Tag, E 301/2017; vom selben Tag, E 314/2017; vom selben Tag, E 316/2017; vom selben Tag, E 326/2017; vom selben Tag, E 327/2017; vom selben Tag, E 328/2017; vom selben Tag, E 344/2017; vom selben Tag, E 346/2017; vom selben Tag, E 348/2017; vom selben Tag, E 421/2017; vom selben Tag, E 422/2017; vom selben Tag, E 423/2017; vom selben Tag, E 433/2017; vom selben Tag, E 2432/2016; vom selben Tag, E 3202/2016; vom selben Tag, E 3301/2016; vom selben Tag, E 3325/2016; vom 24. Februar 2017, E 209/2017; vom 14. März 2017, E 121/2017; vom selben Tag E 267/2017; vom selben Tag, E 418/2017; vom selben Tag, E 423/2017; vom selben Tag, E 438/2017; vom selben Tag, E 470/2017; vom selben Tag, E 472/2017; vom selben Tag, E 476/2017; vom selben Tag, E 493/2017; vom selben Tag, E 508/2017; vom selben Tag, E 510/2017; vom selben Tag, E 511/2017; vom selben Tag, E 512/2017; vom selben Tag, E 539/2017; vom selben Tag, E 545/2017; vom selben Tag, E 546/2017; vom selben Tag, E 547/2017; vom selben Tag, E 549/2017; vom selben Tag, E 577/2017; vom selben Tag, E 596/2017; vom selben Tag, E 598/2017; vom selben Tag, E 634/2017; vom selben Tag, E 636/2017; vom selben Tag, E 641/2017; vom selben Tag,

E 643/2017; vom selben Tag, E 645/2017; vom selben Tag, E 665/2017; vom selben Tag, E 666/2017; vom selben Tag, E 667/2017; vom selben Tag, E 670/2017; vom selben Tag, E 671/2017; vom selben Tag, E 672/2017; vom selben Tag, E 673/2017; vom selben Tag, E 672/2017; vom selben Tag, E 694/2017; vom selben Tag, E 3316/2016; vom selben Tag, E 3317/2016; vom 8. Juni 2017, E 742/2017; vom selben Tag, E 794/2017; vom selben Tag, E 777/2017; vom selben Tag, E 794/2017; vom selben Tag, E 797/2017; vom selben Tag, E 798/2017; vom selben Tag, E 799/2017; vom selben Tag, E 800/2017; vom selben Tag, E 857/2017; vom selben Tag, E 859/2017; vom selben Tag, E 887/2017; vom selben Tag, E 934/2017; vom selben Tag, E 989/2017; vom selben Tag, E 993/2017; vom selben Tag, E 1018/2017; vom selben Tag, E 1019/2017; vom selben Tag, E 1020/2017; vom selben Tag, E 1021/2017; vom selben Tag, E 1054/2017; vom selben Tag, E 1068/2017; vom selben Tag, E 1069/2017; vom selben Tag, E 1212/2017; vom selben Tag, E 1227/2017; vom selben Tag, E 1230/2017; vom selben Tag, E 1319/2017; vom selben Tag, E 1321/2017; vom selben Tag, E 1322/2017; vom selben Tag, E 1346/2017; vom selben Tag, E 1349/2017; vom selben Tag, E 1350/2017; vom selben Tag, E 1351/2017; vom selben Tag, E 1359/2017; vom selben Tag, E 1360/2017; vom selben Tag, E 1379/2017; vom selben Tag, E 1464/2017; vom selben Tag, E 1479/2017; vom selben Tag, E 1501/2017 vom selben Tag, E 1523/2017; vom selben Tag, E 1568/2017; vom selben Tag, E 1569/2017; vom selben Tag, E 1603/2017; vom selben Tag, E 1639/2017; vom selben Tag, E 1663/2017; vom selben Tag, E 1701/2017; vom selben Tag, E 1701/2017; vom selben Tag, E 1703/2017; vom selben Tag, E 1713/2017; vom selben Tag, E 1715/2017; vom selben Tag, E 1755/2017; vom selben Tag, E 1796/2017; vom selben Tag, E 1889/2017; vom selben Tag, E 2684/2017; vom selben Tag, E 3261/2017; vom 28. Juni 2017, E 740/2017; vom selben Tag, E 935/2017; vom selben Tag, E 941/2017; vom selben Tag, E 965/2017; vom selben Tag, E 967/2017; vom selben Tag, E 968/2017; vom selben Tag, E 969/2017; vom selben Tag, E 990/2017; vom selben Tag, E 1058/2017; vom selben Tag, E 1071/2017; vom selben Tag, E 1072/2017; vom selben Tag, E 1222/2017; vom selben Tag, E 1223/2017; vom selben Tag, E 1226/2017; vom selben Tag, E 1317/2017; vom selben Tag, E 1318/2017; vom selben Tag, E 1348/2017; vom selben Tag, E 1481/2017; vom selben Tag, E 1482/2017; vom selben Tag, E 1502/2017; vom selben Tag, E 1664/2017; vom selben Tag, E 1665/2017; vom selben Tag, E 1752/2017; vom selben Tag, E 1955/2017; vom selben Tag, E 1956/2017; vom selben Tag, E 1957/2017; vom selben Tag, E 1958/2017; vom selben Tag, E 1959/2017; vom selben Tag, E 1960/2017; vom selben Tag, E 1961/2017; vom selben Tag, E 1962/2017; vom selben Tag, E 1963/2017; vom selben Tag, E 1981/2017; vom selben Tag, E 1982/2017; vom selben Tag, E 2009/2017; vom selben Tag, E 2038/2017; vom selben Tag, E 2039/2017; vom selben Tag, E 2040/2017; vom selben Tag, E 2041/2017; vom selben Tag, E 2042/2017; vom selben Tag, E 2056/2017; vom selben Tag, E 2057/2017; vom selben Tag, E 2058/2017; vom selben Tag, E 2059/2017; vom selben Tag,

E 2101/2017; vom selben Tag, E 2103/2017; vom selben Tag, E 2116/2017; vom selben Tag, E 2123/2017; vom selben Tag, E 2158/2017; vom selben Tag, E 2159/2017; und vom selben Tag, E 2170/2017).

5. Dem gegenüber hat der auch im gegenständlichen Fall geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständige Einzelrichter in zahlreichen Erkenntnissen weiterhin die Auffassung vertreten, dass die im GSpG getroffene Monopolregelung dem Unionsrecht widerspricht (vgl. z.B. jüngst LVwG-412285 vom 10. Oktober 2017).

5.1. Im Besonderen wurde darin in Bezug auf das Grundsatzerkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, ausgeführt, dass dessen Begründung rechtssystematisch besehen im Wesentlichen auf drei Argumentationssträngen beruhe, nämlich auf einer Darstellung der historischen Entwicklung des Glücksspielrechts in Österreich (RN 68 bis 77) – die vor dem Hintergrund, dass die Monopolregelung vor allem auch gegenwärtig dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot entsprechen muss (vgl. insbesondere EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/15 [Admiral Casinos, ECLI:EU:C:2016:500]), schon von vornherein keine rechtliche Relevanz aufweise –, auf den in (zahlreichen) Gesetzesmaterialien (seit dem Jahr 1989) zu den einzelnen Novellierungen des GSpG angeführten Absichten und Prognosen (RN 78 bis RN 106) – denen nach den Schlussanträgen der Generalanwältin vom 9. März 2017, C-685/15, RN 61 f, (wenn überhaupt, so lediglich) periphere Maßgeblichkeit zukomme – sowie auf den Feststellungen des Glücksspielberichts 2010-2013 des Bundesministeriums für Finanzen.

Davon ausgehend sei der VwGH – in zahlreichen anderen Entscheidungen vor allem auf Basis der von (anderen) Einzelrichtern des LVwG OÖ auf Grund von Ermittlungsverfahren, die lediglich eine nähere Überprüfung der exekutivbehördlichen Kontrolltätigkeit, jedoch in keiner Weise auch eine Auseinandersetzung mit Fragen der Unionsrechtskompatibilität des GSpG zum Gegenstand hatten, getroffenen Feststellungen (vgl. z.B. statt vieler VwGH vom 13. Dezember 2016, Ra 2016/09/0040, RN 6) – zu dem Ergebnis gelangt, dass durch die im GSpG vorgesehenen Bestimmungen die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt würden (RN 119); diese Ziele könnten nicht bloß als Vorwand für die Beibehaltung der Monopolregelung bzw. einer Einnahmenmaximierung angesehen werden (RN 122), weshalb auch keine Unionsrechtswidrigkeit zu erkennen sei (RN 123).

Dazu komme, dass der VwGH seither in zahlreichen Folgeentscheidungen – und im Gegensatz zu der vom EuGH in dessen Urteil vom 30. Juni 2016, C-464/15 (Admiral Casinos, ECLI:EU:C:2016:500) angemahnten Forderung, dass das Vorliegen einer kohärenten Erreichung der mit der Monopolregelung ver-

folgten Zielsetzung stets aktuell und damit immer wieder von Neuem zu überprüfen ist – ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Parteienvorbringen bloß auf dieses mittlerweile bereits vor mehr als $1^1/_2$ Jahren erlassene Erkenntnis verweise.

Damit stelle sich jedoch die Frage, ob derart im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC ein auch in jeder Hinsicht grundrechtskonformes Ergebnis erzielt wurde:

Vorweg sei neuerlich daran zu erinnern, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertritt, dass jedes Gericht die Frage der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht eigenständig und ohne Bindung an die Rechtsauffassung anderer nationaler Gerichte zu beurteilen hat (vgl. z.B. zuletzt EuGH vom 5. April 2016, C-689/13, m.w.N.).

Insbesondere bedeute dies einerseits, dass in diesem Zusammenhang auftretende Zweifelsfragen im Wege eines Vorlageantrages an den EuGH – ohne vorangehende Befassung eines nach nationalem Recht exklusiv zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung zuständigen Gerichts – zu klären sind (vgl. EuGH vom 11. September 2014, C-112/13), und andererseits, dass bei Nichtbestehen solcher Zweifel nationale Normen, die eine allgemeine Bindungswirkung an die Rechtsmeinung übergeordneter Instanzen festlegen, insoweit nicht zum Tragen kommen (vgl. EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14).

Den Ausgangspunkt für die eingangs aufgeworfene Fragestellung bilde die Bestimmung des § 42 Abs. 4 VwGG. Danach könne der VwGH (im Sinne einer Ermessensentscheidung) dann auch in der Sache selbst entscheiden, wenn 1.) diese entscheidungsreif ist und 2.) eine Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt; wird das Ermessen in diesem Sinne ausgeübt, dann hat der VwGH den maßgeblichen Sachverhalt (selbst) festzustellen.

Im Übrigen, d.h. im Regelfall, habe der VwGH hingegen (im Sinne einer Rechtsentscheidung) gemäß § 41 Abs. 1 erster Satz VwGG (von gegenständlich nicht maßgeblichen Ausnahmekonstellationen abgesehen) das angefochtene Erkenntnis auf Grund des vom Verwaltungsgericht angenommenen Sachverhalts im Rahmen der geltend gemachten Revisionspunkte zu überprüfen.

Ergänzend halte der VwGH in diesem Zusammenhang in ständiger Judikatur fest, dass er im Revisionsverfahren zur Überprüfung der Beweiswürdigung der Verwaltungsgerichte nicht berufen ist (vgl. statt vieler z.B. VwGH v. 13. Oktober 2015, Ra 2015/03/0075, m.w.N.).

Ungeachtet dessen, dass in sog. Kohärenzprüfungsverfahren einerseits das Neuerungsverbot des § 41 VwGG wegen Unionsrechtswidrigkeit schon von vornherein nicht zum Tragen komme und andererseits damit aus demselben Grund auch ein Kassationsmodell schon von vornherein nicht vereinbar sein dürfte, scheine sich rechtsdogmatisch besehen somit insgesamt zu ergeben, dass der VwGH dann, wenn er die Sachverhaltsfeststellungen des VwG unbeanstandet lässt, eine andersartige Würdigung dieser solcherart feststehenden Beweis- und Faktenlage nur dann vornehmen dürfe, wenn und soweit dies auf Grund eigenständig-modifizierter Sachverhaltsfeststellungen entsprechend indiziert und gerechtfertigt ist. Bedingt werde diese einfachgesetzlich-innerstaatliche Konzeption, wonach eine darüber hinaus gehende Umdeutung bzw. Umkehrung der Beweiswürdigung grundsätzlich nicht in Betracht kommt, durch die verfassungsrechtlich-supranationale Garantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK (bzw. Art. 47 EGRC): Denn der in dieser Bestimmung (jeweils) garantierte Grundsatz des fairen (insbesondere unmittelbar-kontradiktorischen) gerichtlichen Verfahrens würde zweifelsfrei verletzt, wenn die in einem Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechenden (und in diesem Sinne „gerichtlichen“) Verfahren gewonnene (Sachverhaltsfeststellung und/oder) Beweiswürdigung durch eine solche, die in einem den Ansprüchen dieser Garantie nicht bzw. nicht in vollem Umfang gerecht werdenden (und in diesem Sinne „nicht-gerichtlichen“) Verfahren vorgenommen wurde, ersetzt werden würde.

In allen zuvor angeführten Erkenntnissen habe der VwGH aber weder selbst eine öffentliche Verhandlung durchgeführt noch sonst eigenständige Sachverhaltsfeststellungen getroffen, sondern vielmehr schon beginnend mit dem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, mehrfach betont, dass diese Entscheidungen auf den vom LVwG OÖ vorgenommenen Sachverhaltsfeststellungen fußen würden (vgl. dort insbesondere RN 119 und 127; ebenso beispielsweise statt vieler wiederum VwGH vom 13. Dezember 2016, Ra 2016/09/0040, RN 6).

Wenn davon ausgehend die in den Erläuterungen zu den Novellierungen des GSpG angeführten Maßnahmen und Zielsetzungen des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung – bei denen es sich rechtlich besehen nicht um Tatsachenfeststellungen, sondern lediglich um Absichtserklärungen bzw. Rechtsmeinungen von Ministerialbeamten handle – entgegen der diesbezüglich vom LVwG OÖ in dessen den Anlassfall zur VwGH-Entscheidung vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bildenden Erkenntnis vom 29. Mai 2015, LVwG-410287, vorgenommenen Würdigung ohne nähere Begründung und vor allem ohne entsprechenden Nachweis hierfür durch staatliche Behörden durchgehend so gewertet werden, als ob diese auch bereits faktisch effizient sein und damit dem vom EuGH geforderten Kohärenzgebot entsprechen würden, dann scheine dies im Ergebnis ebenso zu einer Modifikation bzw. Substitution der untergerichtlichen Beweiswürdigung zu führen wie der Umstand der vorbehaltlosen Heranziehung des Glücksspielberichts 2010-2013 des

Bundesministeriums für Finanzen, wenn zudem auf die übrigen, der genannten Entscheidung des LVwG OÖ zu Grunde gelegten Beweismittel (wie z.B. die Studie des Zentrums für interdisziplinäre Suchtgiftforschung, die Untersuchung „Kleines Glücksspiel – großes Leid?“ von *J. Köberl* und *F. Prettenthaler* und die Belege zur Frage einer nicht bloß maßvollen Werbung) entweder überhaupt nicht eingegangen wird oder bloß eine kursorische Auseinandersetzung mit den darauf fußenden Gegenargumenten erfolgt.

Einerseits erkenne der EuGH in ständiger Rechtsprechung jedem Gericht die Kompetenz zu bzw. verpflichtet er dieses, aus eigenem – und ungeachtet allenfalls entgegenstehender Entscheidungen nationaler Höchstgerichte – innerstaatliche Rechtsvorschriften, die dem EU-Recht widersprechen, unangewendet zu lassen (vgl. z.B. EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14 = EuGRZ 2015, 660 ff).

Andererseits liege auf der Hand, dass bei der praktischen Handhabung einer derartigen Maxime unschwer – und zudem über einen längeren Zeitraum andauernde – Situationen entstehen können, in denen zu ein und derselben Rechtsfrage widersprüchliche gerichtliche Entscheidungen und damit erhebliche Rechtsunsicherheiten existieren, bis die Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit der nationalen Normen mit dem Unionsrecht vom hierfür letztkompetenten EuGH verbindlich entschieden ist.

Halte man die Institutionalisierung bzw. das Bestehen einer gleichermaßen zentralen wie exklusiven Zuständigkeit eines nationalen Gerichts (in diesem Sinne z.B. das [deutsche] Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, RN 43 = EuGRZ 2016, 33 ff, wobei die do. Verfassungsrechtslage allerdings der österreichischen insoweit nicht vergleichbar ist) zur (Vor-)Prüfung der Unionsrechtskompatibilität für damit unvereinbar, so scheine aber mit der vom EuGH propagierten Maxime unter einem auch ein nationales Rechtsmittelsystem gefordert zu sein, nach dem jeweils auch den übergeordneten Instanzen die Qualität eines Gerichtes i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC – und zwar nicht bloß in organisations-, sondern vor allem auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht – zukommen muss. In diesem Sinne seien daher wohl auch die RN 52 bis 55 des bereits mehrfach angeführten EuGH-Urteils vom 30. April 2014, C-390/12 (Pfleger) zu verstehen, wonach „*das*“ – im Sinne von: jedes – „*nationale Gericht eine Gesamtwürdigung der Umstände vornehmen*“ muss, „*unter denen eine restriktive Regelung, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede steht, erlassen worden ist und durchgeführt wird. Im vorliegenden Fall haben die nationalen Behörden nach Ansicht des vorlegenden Gerichts nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten. Das Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das wahre Ziel der fraglichen restriktiven Regelung nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in einer bloßen Maximierung der Staatseinnahmen, obwohl der Gerichtshof bereits*

*entschieden hat, dass das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen kann ..... Diese Regelung erscheine, so das Gericht, jedenfalls unverhältnismäßig, da sie nicht geeignet sei, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geforderte Kohärenz zu garantieren, und über das hinausgehe, was zur Erreichung der angeführten Ziele erforderlich sei. Sollte das vorlegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.*“

Dies bedeute insbesondere, dass auch die übergeordneten Gerichte – um den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC zu entsprechen – entweder jeweils selbst ein faires, insbesondere unmittelbar-kontradiktorisches Verfahren durchführen oder sich – bei einer nur kassatorischen Entscheidungsbefugnis – bloß auf die Entscheidung der Rechtsfrage beschränken müssen.

Unvereinbar mit einem derartigen System erschiene jedenfalls, dass ohne eigenständige Sachverhaltsfeststellungen und/oder ohne Durchführung eines in jeder Beziehung dem Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC entsprechenden Verfahrens eine Modifikation der Beweiswürdigung des unterinstanzlichen Gerichtes vorgenommen wird. Denn summarisch betrachtet läge dann nämlich kein den Ansprüchen dieser europarechtlichen Grundrechtsgewährleistungen genügendes faires, insbesondere kontradiktorisches Verfahren mehr vor. Hinzu komme, dass gerade in Bezug auf Strafverfahren – und damit auch für solche nach dem GSpG – auch die Garantie des Art. 2 erster Satz des 7.ZPMRK (Rechtsmittel in Strafsachen) ersichtlich von einer derartigen Grundkonzeption getragen zu sein scheine.

5.2. In gleicher Weise sei nach Auffassung des geschäftsverteilungsmäßig zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ auch hinsichtlich des Grundsatzerkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, zu beachten, dass der VfGH dieser Entscheidung keine eigenständigen Argumente zu Grunde gelegt, sondern vielmehr in weiten Teilen bloß die Begründung des VwGH-Erkenntnisses vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bzw. seiner jeweiligen landesverwaltungsgerichtlichen Anlassverfahren inhaltlich übernommen habe; dass dem Erkenntnis des VfGH im Übrigen nicht zu entnehmen sei, auf welche Faktenbasis seine Annahme, dass der OGH bloß „*isoliert konkrete Werbetätigkeiten einzelner Konzessionäre*“ betrachte, „*ohne eine gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union vorzunehmen*“ (RN 50), gegründet ist; und dass hinsichtlich der mangelnden Gerichtsförmigkeit des Verfahrens i.S.d. Art. 6 EMRK bzw. i.S.d. Art. 47 EGRC dieselben Bedenken wie in Bezug auf das bezogene VwGH-Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bestünden.

Dazu komme, dass auch der VfGH seither in zahlreichen Folgeentscheidungen – und im Gegensatz zu der vom EuGH in dessen Urteil vom 30. Juni 2016, C-464/15 (Admiral Casinos, ECLI:EU:C:2016:500) normierten Forderung, dass die Erreichung der Zielsetzung stets aktuell und damit immer wieder von Neuem zu überprüfen ist – ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Parteienvorbringen bloß auf seine schon über 1 Jahr zurückliegende Grundsatzentscheidung verweist (vgl. oben, III.4.).

6. Weiters hat der EuGH hinsichtlich des zufolge der Verweisung des § 38 VwGVG auch im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten maßgeblichen verwaltungsstrafrechtlichen Amtswegigkeitsprinzips des § 25 VStG mit Urteil vom 14. Juni 2017, C-685/15 („Online Games“, ECLI:EU:C:2017:452), ausgesprochen, dass dieses Prinzip in Konstellationen, in denen die Ausübung einer Grundfreiheit der EU durch eine innerstaatliche Regelung beschränkt wird, sodass vom nationalen Gericht eine entsprechende Kohärenzprüfung durchzuführen ist, dem Grundrecht auf ein faires Verfahren gemäß (Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw.) Art. 47 Abs. 2 EGRC nur insoweit nicht entgegensteht, als § 25 VStG nicht dazu führt, dass das Verwaltungsgericht – weil es den Behörden obliegt, jene Beweise vorzulegen, die erforderlich sind, damit das Gericht prüfen kann, ob die Einschränkung der Grundfreiheit gerechtfertigt ist – diesbezüglich de facto an die Stelle der Behörden tritt.

6.1. Abgesehen von einer Bestandsaufnahme seiner materiell-rechtlichen Glücksspieljudikatur – die in erster Linie dadurch gekennzeichnet ist, dass das nationale Gericht zu prüfen hat, welche Ziele mit der betreffenden innerstaatlichen Regelung tatsächlich verfolgt werden und ob die durch die Regelung auferlegten Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen (wobei sich das Gericht insbesondere im Licht der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung vergewissern muss, dass diese Beschränkung tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, die Tätigkeiten in diesem Bereich zu begrenzen und die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen – vgl. RN 51); dass das Gericht eine Gesamtwürdigung der Umstände vornehmen muss, unter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird (RN 52); sowie, dass der Ansatz des nationalen Gerichts im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht statisch, sondern dynamisch sein und auch die Entwicklung der Umstände nach dem Erlass der betreffenden Regelung berücksichtigen (RN 53) und schließlich ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet sein muss (RN 54) – hat der EuGH im Besonderen darauf hingewiesen, dass dem Bürger ein Recht auf Entscheidung durch ein unabhängiges Gericht zukommt (RN 60 ff), was u.a. innerstaatliche Verfahrensnormen voraussetzt, die sogar jeden diesbezüglichen Anschein vermeiden (RN 62), sodass die Aufgabe des nationalen Richters in einem Verwaltungsstrafverfahren, in dessen Rahmen eine Kohärenzprüfung vorgenommen wird, darin be-

steht, „*die bei ihm anhängige Rechtssache zu prüfen, und zwar nicht zur Unterstützung der ‚Anklage', sondern zur Wahrheitsfindung*“ (RN 64); hingegen können die Gerichte „*nicht dazu verpflichtet sein, anstelle der staatlichen Behörden jene Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die nach dem Urteil vom 30. April 2014, Pfleger ua. (C-390/12, EU:C:2014:281), diese Behörden vorzubringen*“ haben; „*werden diese Rechtfertigungsgründe wegen der Abwesenheit oder der Passivität dieser Behörden nicht vorgebracht, müssen die nationalen Gerichte alle Konsequenzen ziehen dürfen, die sich aus einem solchen Mangel ergeben*“ (RN 66).

6.2. Diese Feststellungen ergänzend und präzisierend ergibt sich aus den entsprechenden Schlussanträgen der Generalanwältin vom 9. März 2017, C-685/15, die zufolge eines in RN 66 des Urteils enthaltenen expliziten Verweises einen integrierenden Bestandteil desselben bilden, zunächst, dass es „*allein dem betroffenen Mitgliedstaat*“ obliegt, die Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in eine Grundfreiheit der EU vorzutragen; „*dies ist nicht Sache anderer Verfahrensbeteiligter, einschließlich des nationalen Gerichts oder der Partei, die die Gültigkeit der fraglichen nationalen Ausnahmeregelung in Zweifel zieht. Von ihnen kann, mit anderen Worten, nicht erwartet werden, dass sie ‚mutmaßen', welche Gründe den Mitgliedstaat veranlasst haben, diese Regelung zu erlassen*“ (RN 53).

Weiters gilt danach der Grundsatz der Unparteilichkeit nicht nur für das Gericht, sondern in gleicher Intensität auch in Bezug auf von diesem allenfalls beigezogene Sachverständige (vgl. RN 60 der Schlussanträge), während andererseits Gesetzesmaterialien weder erschöpfende noch absolute Quellen für den Nachweis der Rechtfertigung einer nationalen Eingriffsregelung zu bilden vermögen (vgl. RN 61 f der Schlussanträge).

Und schließlich muss ein Spruchkörper, der über die Schuld eines Angeklagten zu befinden hat, in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (im Folgenden auch: EGMR) „*den objektiven Anschein von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bieten*“ (vgl. RN 67 der Schlussanträge), was „*eine Verwischung der Grenzen zwischen Gericht und Anklagebehörde*“ kategorisch ausschließt (vgl. RN 63 ff der Schlussanträge).

7. Schließlich bedürfen zum gegenwärtigen Zeitpunkt auf Grund entsprechender, von dem im gegenständlichen Fall geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichter beginnend im Jahr 2016 gemäß Art. 267 AEUV eingebrachter Vorabentscheidungsersuchen noch folgende Fragestellungen einer Klärung durch den EuGH:

7.1. Zu EuGH C-589/16:

> „*Ist Art. 47 EGRC in Verbindung mit den Art. 56 ff AEUV dahin auszulegen, dass mit diesen unionsrechtlichen Vorschriften in jenen Fallkonstellationen,*

*in denen die Vornahme einer Kohärenzprüfung geboten ist, nationale Regelungen (wie § 86a Abs. 4 VfGG, § 38a Abs. 4 VwGG, § 87 Abs. 2 VfGG oder § 63 Abs. 1 VwGG) nicht vereinbar sind, die es – als Teil eines Gesamtsystems, das sich in der Praxis dahin auswirkt, dass Höchstgerichte keine autonome Sachverhaltsprüfung und Beweiswürdigung vornehmen sowie bei zahlreichen, in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage gleichartig gelagerten Fällen lediglich in einem von diesen eine singuläre Sachentscheidung treffen und davon ausgehend alle übrigen Beschwerden a limine zurückweisen – zulassen bzw. nicht zuverlässig ausschließen, dass gerichtliche (i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC) Entscheidungen – insbesondere, wenn diese in zentralen unionsrechtlichen Anliegen wie z.B. des Marktzuganges oder der Marktöffnung ergangen sind – in der Folge durch Entscheidungen von instanzenmäßig übergeordneten Institutionen, die ihrerseits nicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC gerecht werden, ohne ein vorangegangenes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH eliminiert werden können?*“

7.2. Zu EuGH C-79/17:

1.) *Ist eine glücksspielrechtliche innerstaatliche Monopolregelung als kohärent i.S.d. Art. 56 ff AEUV anzusehen, hinsichtlich der*
*– davon ausgehend, dass insoweit*
*a) eine Sachverhaltsfeststellung und Würdigung anhand der von staatlichen Stellen und von privaten Verfahrensparteien vorgelegten sowie anhand notorischer Beweismittel hinreicht (vgl. hierzu näher C-685/15) und*
*b) keine Bindung an die Rechtsauffassung anderer innerstaatlicher Gerichte, denen keine autonome Kohärenzprüfung zugrunde liegt, besteht (vgl. hierzu näher C-589/16) –*
*in einem die eben genannten Kautelen beachtenden und sohin präsumtiv dem Fairnessgrundsatz des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC entsprechenden gerichtlichen Verfahren als wesentliche Eckpunkte festgestellt wurden, dass*
** Spielsucht kein einen staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem darstellt,*
** verbotenes Glücksspiel nicht als kriminelle Handlung, sondern lediglich (wenngleich häufig) als verwaltungspolizeiliche Ordnungsstörung in Erscheinung tritt,*
** die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich mehr als 500 Mio Euro (= 0,4% des gesamtstaatlichen Jahresbudgets) betragen und*
** die Werbemaßnahmen der Konzessionäre maßgeblich auch darauf abzielen, bisher Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren?*

2.) Falls Frage 1.) bejaht wird: *Ist ein solches System, das weder die damit verfolgten Ziele noch die Beweislast des Staates hinsichtlich deren tatsächlicher Erreichung explizit gesetzlich festlegt, sondern die Herausarbeitung der essentiellen Kohärenzkriterien und deren Verifizierung den nationalen Gerichten derart überantwortet, dass im Ergebnis ein faires Verfahren i.S.d. Art 6 Abs. 1 EMRK bzw. i.S.d. Art. 47 AEUV nicht zuverlässig gewährleistet ist, als kohärent i.S.d. Art. 56 ff AEUV anzusehen?*

3.) Falls Frage 1.) und/oder Frage 2.) bejaht wird/werden: *Ist ein solches System hinsichtlich der gesetzlich normierten, weit reichenden exekutivbehördlichen Eingriffsbefugnisse, die jeweils keiner vorangehenden richterlichen Genehmigung oder Kontrolle unterliegen, als verhältnismäßig i.S.d. Art. 56 ff AEUV zu qualifizieren?*

4.) Falls die Fragen 1.), 2.) und 3.) bejaht werden: *Ist ein solches System im Hinblick darauf, dass die alleinige Normierung von strengen Zugangsvoraussetzungen ohne gleichzeitige Fixierung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen einen vergleichsweise geringeren Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit bewirken würde, als verhältnismäßig i.S.d. Art. 56 ff AEUV zu qualifizieren?*

5.) Falls eine der vorgenannten Fragen verneint wird: *Hat ein nationales Gericht, das die Unionsrechtswidrigkeit des Monopolsystems des GSpG festgestellt hat, davon ausgehend nicht nur die in den bei ihm anhängigen Verfahren gesetzten Eingriffsmaßnahmen aus diesem Grund als rechtswidrig festzustellen, sondern darüber hinaus im Rahmen seiner Zuständigkeit von Amts wegen (z.B. durch Wiederaufnahme jener Verfahren) auch eine Rückabwicklung von notwendig akzessorischen, aber bereits in Rechtskraft erwachsenen Sanktionen (wie z.B. Verwaltungsstrafen) vorzunehmen?*

7.3. Vorabentscheidungsersuchen vom 30. Oktober 2017, LVwG-411664:

„*Ist eine solche Kombination von Verfahrenssystem und Gerichtsorganisation, wie sie in Österreich für die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts in den Art. 133 Abs. 4 B-VG und Art. 144 Abs. 1 B-VG in Verbindung mit den §§ 41, 42 und 63 VwGG einerseits bzw. in Verbindung mit § 87 VfGG andererseits festgelegt ist –*

*nämlich:*

*jeweils bloße Kassation durch die oberste Instanz, die im Ergebnis keiner Sacherledigung, sondern einer bloß formalen Zurückverweisung an die Unterinstanz gleichkommt, d.h.*

*1.) Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses*

*2.) samt Verpflichtung der Unterinstanz zur Erlassung einer neuen Sacherledigung unter*

*3.) gleichzeitiger Bindung an die Rechtsansicht der obersten Instanzen,*

*wobei diese Bindungswirkung gesetzlich generell, d.h. insbesondere auch für jene Fallkonstellationen angeordnet wird, in denen ex lege nicht sichergestellt ist, dass die übergeordneten Gerichte in einem in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC entsprechenden (sondern vielmehr vor allem durch*

*1.) Neuerungsverbot,*

*2.) Bindung an das von der Unterinstanz angenommene Tatsachensubstrat,*

*3.) Bezogenheit auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung der Unterinstanz maßgebliche Sach- und Rechtslage und*

*4.) Limitierung hinsichtlich der Kognitionsbefugnis auf bloß grundsätzliche Rechtsfragen [VwGH] einerseits bzw. Verletzungen der Grundrechtssphäre [VfGH] andererseits*

*geprägten) Verfahren eine sowohl autonome als auch auf dem aktuellen Faktenstand basierende Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt haben*

*– mit der in Art. 49 AEUV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit bzw. mit der in Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit vereinbar?*“

8. Unterdessen hat der VwGH im vorliegenden Fall der Amtsrevision des Bundesministers für Finanzen stattgegeben und das hg. Erkenntnis vom 22. Dezember 2016, LVwG-411654/5/Gf/Mu u.a., mit Erkenntnis vom 14. Juni 2017, Ro 2017/17/0267, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründend wurde dazu in der Sache (Hervorhebungen nicht im Original) ausgeführt:

„*7 Der Revisionsfall gleicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in den entscheidungswesentlichen Punkten jenem, der vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, entschieden wurde. Gemäß § 43 Abs 2 VwGG wird auf die Entscheidungsgründe des genannten Erkenntnisses verwiesen. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen.*

*8 Eine Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes ist somit ausgehend von den Verfahrensergebnissen im Revisionsfall nicht zu erkennen.*

*9 Da das Verwaltungsgericht insoweit die Rechtslage verkannte, hat es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.*

*10 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.*“

## IV.

## Fortzusetzendes Verfahren

1. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG ist das Verwaltungsgericht dann, wenn der VwGH einer Revision stattgegeben hat, dazu verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

2. Wenngleich der EuGH in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2015, C-581/14 („Naderhirn“ – ECLI:EU:C:2015:707), gerade speziell hinsichtlich dieser Bestimmung dezidiert festgestellt hat, dass das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass es einer nationalen Rechtslage entgegensteht, die durch das Vorliegen innerstaatlicher Vorschriften gekennzeichnet ist, „*nach denen das fragliche Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht gebunden ist, sofern das fragliche nationale Gericht aufgrund einer solchen innerstaatlichen Rechtsvorschrift daran gehindert wäre, sicherzustellen, dass der Vorrang des Unionsrechts ordnungsgemäß gewährleistet wird, indem es im Rahmen seiner Zuständigkeiten alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreift*“ (vgl. RN 37; Hervorhebungen nicht im Original), und dies für den vorliegenden Fall zur Konsequenz hätte, dass infolge der Unanwendbarkeit des § 63 Abs. 1 VwGG im fortgesetzten Verfahren eine Bindungswirkung des LVwG OÖ an das Erkenntnis des VwGH vom 30. Juni 2017, Ro 2017/17/0269, nicht besteht, wäre dadurch aber im Ergebnis das Problem nicht gelöst, sondern gleichsam nur „verschoben“:

Würde nämlich der vorliegenden Beschwerde unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des geschäftsverteilungsmäßig zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ, wonach das österreichische Glücksspielmonopol als unionsrechtswidrig anzusehen ist, neuerlich stattgegeben, würde dies für den Bundesminister für Finanzen – im Wissen um eine angesichts der zuvor dargestellten Rechtsprechung des VwGH mit Sicherheit gegebene Erfolgsaussicht – kein Hindernis darstellen, um von seiner bisher gepflogenen Praxis abzugehen, gegen derartige Entscheidungen standardmäßig eine Amtsrevision an den VwGH zu erheben; und in gleicher Weise würde in der Folge auch der Verwaltungsgerichtshof, wie zwischenzeitlich in bereits deutlich mehr als 100 Fällen praktiziert (s.o., III.3.), seine ständige

Judikatur beibehalten, d.h., die hg. Entscheidung konsequenterweise wiederum wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufheben.

Im Ergebnis würde so gleichsam ein „infiniter Zirkel“ resultieren.

3. An diesem Punkt gilt es zu bedenken, dass das rechtsstaatliche Prinzip nach allgemein herrschender Auffassung ein Baugesetz der österreichischen Bundesverfassung verkörpert und der Grundsatz der Rechtssicherheit als ein konstituierendes Teilelement desselben gilt (vgl. z.B. statt vieler *H. Mayer – G. Kucsko-Stadlmayer – K. Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl., Wien 2015, RN 165 ff; *L.K. Adamovich – B.C. Funk – G. Holzinger – St.L. Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl.. Wien 2011, RN 14.013 ff; *Th. Öhlinger – H. Eberhard*, Verfassungsrecht, 10. Aufl., Wien 2014, RN 80 ff; *W. Berka*, Verfassungsrecht, 6. Aufl., Wien 2016, RN 174 ff).

Mit dem Prinzip der Rechtssicherheit ist ein in einen infiniten Zirkel mündendes Verfahrenssystem aber offenkundig nicht vereinbar.

Schließlich gilt es zu beachten, dass von zahlreichen Höchstgerichten namhafter Mitgliedsländer der Europäischen Union die Rechtsansicht vertreten wird (vgl. z.B. die Nachweise im Beschluss des [deutschen] Bundesverfassungsgerichtes vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, RN 47), dass die souveränitätsstiftenden Verfassungsgrundsätze eines Mitgliedsstaates dem Unionsrecht vorgehen bzw. im Sinne der „ultra-vires“-Doktrin durch entgegenstehendes Unionsrecht zumindest nicht ohne Weiteres in den Hintergrund gedrängt werden (sog. „integrationsfester Verfassungskern“); vielmehr sind in derartigen Konstellationen nationales Recht und Unionsrecht weitestmöglich zu harmonisieren.

4. Konkret ergibt sich aus all dem Folgendes:

In den zahlreichen beim LVwG OÖ anhängigen Beschwerden wenden sich die Betroffenen in der Regel gegen behördliche Eingriffe in ihre Grundrechtssphäre durch die Beschlagnahme und Einziehung von Glücksspielgeräten gemäß § 53 bzw. § 54 GSpG oder durch Betriebsschließungen nach § 56a GSpG (Grundrecht auf Eigentum bzw. auf Erwerbsfreiheit; vgl. Art. 1 des 1.ZPMRK bzw. Art. 15 und Art. 17 EGRC) sowie durch die Verhängung von Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 52 GSpG (Grundrecht auf Eigentum bzw. Freiheit der Person; vgl. Art. 5 EMRK und Art. 1 des 1.ZPMRK bzw. Art. 6 und Art. 17 EGRC).

Vor dem Hintergrund des zuvor Ausgeführten erweist sich daher – in der Phase bis zur dezidierten Klärung der zweifelhaften Frage, ob das österreichische Glücksspielmonopol mit den Grundfreiheiten der EU vereinbar ist, durch den hierfür exklusiv und verbindlich zuständigen EuGH – weder eine rigorose

faktische Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen nationalen Normen noch eine absolute Bindung gemäß § 63 Abs. 1 VwGG als zielführend.

Vielmehr ist (statu praesente) die durch solche Eingriffe konkret bewirkte Beeinträchtigung der subjektiven Rechtssphäre des Beschwerdeführers dem jeweiligen öffentlichen Interesse an der Rechtssicherheit gegenüberzustellen und davon ausgehend im Lichte der beiden tragenden Leitlinien „Unmittelbare Wirksamkeit des Unionsrechts“ – die im Falle der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols auch darauf fußende staatliche Eingriffsakte verbietet – einerseits und „Prinzip der Rechtssicherheit“ – das u.a. eine Bindung der Unterinstanzen an höchstgerichtliche Entscheidungen fordert – andererseits anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, nämlich mit Blick auf die (objektive und subjektive) Schwere des Eingriffes, ein einzelfallbezogen-adäquater Interessenausgleich herzustellen.

Von maßgeblicher Bedeutung ist in diesem Sinne sohin beispielsweise, ob der Betroffene im Falle einer Beschlagnahme auch Eigentümer der Geräte ist oder bloß deren Aufstellung in seinem Lokal geduldet hat; ob lediglich einzelne oder sämtliche Geräte eingezogen wurden; ob der gesamte Betrieb oder lediglich ein einzelner Raum behördlich geschlossen wurde; in welcher Höhe eine Geldstrafe verhängt wurde und ob wegen angesichts prekärer finanzieller Verhältnisse des Beschuldigten der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe ernstlich droht; etc.

5. Diese Prinzipien heranziehend stellen sich die maßgebenden Umstände im vorliegenden Fall folgendermaßen dar:

5.1. Vom Beschwerdeführer wurde nicht in Abrede gestellt, dass er zum Tatzeitpunkt als Geschäftsführer jener GmbH fungierte, die sich im Tatzeitraum durch das Zur-Verfügung-Stellen von vier Glücksspielautomaten an einer verbotenen Ausspielung i.S.d. Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses als Unternehmerin beteiligte, sodass er damit den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z. 1 vierte Alternative GSpG erfüllt hat.

5.2. Für diese Übertretung wurde über den Rechtsmittelwerber eine Geldstrafe in einer Höhe von 20.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: [lediglich] 112 Stunden) verhängt.

In diesem Zusammenhang legte § 52 Abs. 2 GSpG in der zum Tatzeitraum maßgeblichen Fassung BGBl I 118/2015 fest:

> „(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z. 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro

bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen."

Aus der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die belangte Behörde vom Vorliegen eines Wiederholungsfalles ausgegangen wäre; daher hatte sie nach § 52 Abs. 2 zweiter Halbsatz – weil die Übertretung im vorliegenden Fall mit mehr als drei (nämlich: vier) Automaten begangen wurde – einen Strafrahmen von 3.000 Euro bis 30.000 Euro für jedes Eingriffsgerät zu Grunde zu legen.

Eine (Gesamt-)Geldstrafe von 20.000 Euro entspricht vor diesem Hintergrund und unter Heranziehung gleichheitsrechtlicher Aspekte einer Strafhöhe von 5.000 Euro pro Eingriffsgerät, sodass sich daraus ergibt, dass die belangte Behörde nicht bloß die Mindeststrafe verhängt hat. Als Begründung hierfür findet sich lediglich die in keiner Weise näher determinierte Feststellung:

„*Die verhängte Geldstrafe entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten.*"

5.3. Soweit es die damit im Raum stehende Frage nach der Gravität des Rechtseingriffes bzw. jene betrifft, ob insoweit im vorliegenden Fall die Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips gewahrt wurden, ist insbesondere Folgendes zu beachten:

5.3.1. Gemäß § 16 VStG ist (im Sinne einer Rechtsentscheidung) dann, wenn eine Geldstrafe verhängt wird, zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen, die – mangels entsprechender Sonderbestimmungen im GSpG – das Ausmaß von zwei Wochen nicht übersteigen darf.

Im Gefolge einer Zusammenschau zwischen § 52 Abs. 2 erster Halbsatz GSpG und § 16 Abs. 2 VStG resultiert somit eine grundsätzliche Relation dahin, dass bei Zugrundelegung des (jeweils) höchsten Ausmaßes des gesetzlichen Strafrahmens für Geldstrafen (also von 10.000 Euro bzw. 30.000 Euro bzw. von 60.000 Euro) pro verwendetem Glücksspielapparat diesem stets nur ein Höchstausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 336 Stunden gegenübersteht, sodass also im Ergebnis für die beiden qualifizierten Tatbilder „Verwendung von mehr als 3 Glücksspielautomaten" bzw. „Wiederholungsfall" ein vergleichsweise degressiveres Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe resultiert.

Aus diesem gesetzlich positivierten Verhältnis lässt sich sohin im Ergebnis ein prinzipieller Wille des Normsetzers dahin ableiten, dass Übertretungen des GSpG zwar durchaus gravierende Eingriffe in das Grundrecht auf Eigentum (Art. 1 1.ZPMRK) bewirken, jedoch für den Extremfall der Erschöpfung sämtlicher finanzieller Ressourcen des Beschuldigten keine allzu rigorose Beeinträchtigung

von dessen Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 5 EMRK bzw. Art. 6 EGRC) nach sich ziehen sollen, zumal es sich ja lediglich um die Pönalisierung einer Ordnungswidrigkeit handelt.

5.3.2. Im Jahr 2015 belief sich das mittlere Nettojahreseinkommen eines unselbständig Erwerbstätigen auf 19.558 Euro; dies entspricht einem durchschnittlichen Monatsnettoeinkommen von ca. 1.630 Euro.

Zusätzlich von einer durchschnittlichen monatlichen (gleichsam freiwilligen) Nettosparquote von 8 %[14] ausgehend (entspricht einem absoluten Sparbetrag von ca. 130 Euro pro Monat) bedeutet eine (Mindest-)Geldstrafe von 3.000 Euro (pro Gerät bei einer Verwendung von mehr als drei Glücksspielautomaten), der eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 34 Stunden korreliert, objektiv besehen weder einen übermäßig gravierenden Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum (nämlich bloß eine monatliche Belastung in Höhe von 130 Euro für die Dauer von 23 Monaten) noch einen solchen in das Grundrecht auf persönliche Freiheit.

Dieser Rahmen erscheint – isoliert betrachtet und unter der (insbesondere im gegenständlichen Fall naheliegenden) Annahme, dass die von der belangten Behörde verhängte Gesamtstrafe von 20.000 Euro als sich auf die vier Glücksspielgeräte proportional verteilend intendiert war – auch bei einer Geldstrafe in Höhe von 5.000 Euro, der eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von jeweils 168 Stunden korrelieren würde, noch nicht überschritten.

5.3.3. Freilich ist in diesem Zusammenhang aber stets auch das dem Verwaltungsstrafrecht eigentümliche Kumulationsprinzip (§ 22 Abs. 2 VStG), insbesondere in Form seiner spezifischen Ausprägung durch § 52 Abs. 2 GSpG, ins Kalkül zu ziehen, um im konkreten Fall beurteilen zu können, ob auch aus dem subjektiven Blickwinkel des Beschuldigten insgesamt betrachtet keine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorliegt.

5.4. Im gegenständlichen Fall wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von 20.000 Euro, und für den Fall von deren Uneinbringlichkeit jedoch eine Ersatzfreiheitsstrafe von bloß 112 Stunden verhängt.

Hierbei gilt es zu bedenken, dass der Rechtsmittelwerber als Geschäftsführer einer GmbH fungiert und somit zwar über ein regelmäßiges Einkommen in durchschnittlicher Höhe – Gegenteiliges wurde von ihm jedenfalls nicht behauptet – verfügt; und (von der Möglichkeit der Beantragung einer Ratenzahlung ganz abgesehen) selbst für den Fall, dass er finanziell nicht bloß teilweise, sondern im Umfang des gesamten Strafbetrages nicht leistungsfähig wäre, droht lediglich der Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe von (knapp weniger als) 5 Tagen.

---

[14] Vgl. die dementsprechende Übersicht der Österreichischen Nationalbank, abrufbar unter: https://www.oenb.at/isaweb/report.do?lang=DE&report=7.11.1

5.5. Angesichts dieser Faktenlage wären daher auch insoweit die öffentlichen Interessen daran, im gegenständlichen Fall nach mehr als 2 Jahren Rechtssicherheit in Form einer endgültigen Entscheidung herzustellen, höher zu bewerten als die Schaffung eines unionsrechtskonformen Ergebnisses bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem die entsprechenden Zweifelsfragen vom hierfür alleinkompetenten EuGH noch nicht entschieden sind.

5.6. Ungeachtet dessen sind jedoch vorliegend keine Anhaltpunkte dafür erkennbar, weshalb hier nicht auch mit der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden könnte.

Denn von der belangten Behörde wurden einerseits keine Erschwerungsgründe eruiert; andererseits wurde die bisherige Unbescholtenheit des Rechtsmittelwerbers – Gegenteiliges wurde von der LPD OÖ ebenfalls nicht festgestellt – nicht als strafmildernd gewertet; schließlich ist auch noch zu berücksichtigen, dass die GmbH des Beschwerdeführers die Glücksspielgeräte lediglich für einen kurzen Zeitraum – nämlich drei Tage – zur Verfügung gestellt hat.

Vor diesem Hintergrund erachtet es daher das LVwG OÖ sowohl als tat- als auch als schuldangemessen, die verhängte Geldstrafe auf 3.000 Euro pro Glücksspielgerät herabzusetzen.

5.7. Zuletzt ist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hinzuweisen, dass eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit dieser Entscheidung jedenfalls nicht vom LVwG OÖ zu vertreten ist: Denn soweit den Beeinträchtigten mangels Individualbeschwerdebefugnis entsprechende Rechtsbehelfe an den EuGH nicht zur Disposition stehen, wurden vom LVwG OÖ ohnehin sämtliche soweit zum gegenwärtigen Zeitpunkt ersichtlich im Zusammenhang mit der Monopolregelung des GSpG als klärungsbedürftig erscheinenden Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (s.o., III.7.); im Übrigen liegt es hingegen an den Rechtsmittelwerbern selbst, zweckentsprechende (v.a. auch supranationale) Rechtsbehelfe zu ergreifen, wobei deren allfällige mangelnde faktische Effektivität nicht zuletzt auch eine rechtspolitische Komponente aufweist, die allein schon deshalb ebenfalls nicht dem LVwG OÖ angelastet werden kann.

## 6. Entscheidung

6.1. Aus allen diesen Gründen erachtet sich daher LVwG OÖ ungeachtet dessen, dass der zur Entscheidung geschäftsverteilungsmäßig zuständige Einzelrichter nach wie vor die Rechtsansicht vertritt, dass die in den §§ 3 ff GSpG normierte Monopolregelung dem Unionsrecht widerspricht, im vorliegenden Fall dennoch

i.S.d. § 63 Abs. 1 VwGG an das hier maßgebliche Erkenntnis des VwGH vom 30. Juni 2017, Ro 2017/17/0269, gebunden.

6.2. Von der dort vertretenen Auffassung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols ausgehend erweist sich das angefochtene Straferkenntnis aus den zuvor angeführten Feststellungen dem Grunde nach als rechtmäßig, d.h. dass die subjektive Rechtsstellung des Beschwerdeführers durch diese Bestrafung im Ergebnis nur unmaßgeblich beeinträchtigt wurde; Gegenteiliges wurde insbesondere auch von ihr selbst gar nicht behauptet.

6.3. Allerdings erweist sich die Höhe der verhängten Geldstrafe aus den zuvor angeführten Gründen (s.o., IV.5.6.) als unverhältnismäßig und sohin als rechtswidrig.

6.4. Angesichts dessen war der vorliegenden Beschwerde daher insoweit stattzugeben, als die Geldstrafe auf 3.000 Euro pro Glücksspielgerät herabgesetzt wird; im Übrigen war diese hingegen gemäß § 50 VwGVG als im Ergebnis unbegründet abzuweisen.

6.5. Bei diesem Verfahrensergebnis ermäßigt sich der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde auf insgesamt 1.200 Euro (§ 64 Abs. 2 VStG); in Bezug auf das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich war dem Beschwerdeführer hingegen gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag vorzuschreiben.

## V.

## Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig, weil mit der vorliegenden Entscheidung im Hinblick auf das Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und auf das Erkenntnis des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, eine grundsätzliche Rechtsfrage nicht mehr zu klären war.

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

Gegen dieses Erkenntnis kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb derselben Frist auch eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

H i n w e i s

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

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f