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-411987/15/Gf/Mu

Datum:
Linz, 25. Jänner 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof aus Anlass der Beschwerde der C, vertreten durch RA Dr. F M, gegen den eine Betriebsschließung nach dem Glücksspielgesetz anordnenden Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (Polizeikommissariat Wels) vom 22. Februar 2017, Zl. VStV-917300092577-2017,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG abgewiesen.

II. 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.

Verfahren der belangten Behörde

1. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (Polizeikommissariat Wels) vom 22. Februar 2017, Zl. VStV-917300092577-2017, wurde gemäß § 56a des Glücksspielgesetzes, BGBl 620/1989 i.d.F. BGBl I 118/2016 (im Folgenden: GSpG), mit Wirkung vom 6. Februar 2017 die gänzliche Schließung des in W situierten Betriebes der Beschwerdeführerin angeordnet.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die Rechtsmittelwerberin bereits mit Schreiben vom 18. Jänner 2017 dazu aufgefordert worden sei, im verfahrensgegenständlichen Lokal den weiteren Betrieb von Glücksspielen einzustellen. Im Zuge von (am 17. Jänner 2017 und) am 6. Februar 2017 von Organen der Finanzpolizei durchgeführten Kontrollen sei jedoch festgestellt worden, dass dort wiederum Glücksspielgeräte ohne entsprechende Konzession aufgestellt gewesen seien. Im Sinne einer ultima-ratio-Maßnahme sei daher die gänzliche Schließung des Betriebes zu verfügen gewesen, zumal eine bloße Teilsperre deshalb nicht in Betracht zu ziehen gewesen sei, weil der Weg zum WC durch jenen Raum führe, in dem die Eingriffsgegenstände aufgestellt gewesen waren.

2. Gegen diesen der Rechtsmittelwerberin am 24. Februar 2017 zugestellten Bescheid richtet sich die am 22. März 2017 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich.

Darin wird im Wesentlichen vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid eine Vielzahl von Begründungs- und Verfahrensmängeln aufweise, wie z.B., dass nicht feststehe, ob die verfahrensgegenständlichen Geräte überhaupt als Glücksspielautomaten anzusehen seien und dem angefochtenen Bescheid keine ausreichenden Sachverhaltsfeststellungen zu entnehmen wären. Außerdem würden die den Bescheid tragenden gesetzlichen Grundlagen, insbesondere die §§ 52 und 54 GSpG, jeweils im Widerspruch zu Art. 4 des 7.ZPMRK (Doppelverfolgungs- und -bestrafungsverbot) stehen und sich diese zudem wegen Verstoßes gegen Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) als unionsrechtswidrig erweisen.

Aus diesen Gründen wird daher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Verfahrens 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. GSpG-01-2017.

2. Weiters wurde den Verfahrensparteien mit hg. Schriftsatz vom 22. Mai 2017, LVwG-411987/2/Gf/Mu, mitgeteilt, dass sowohl nach der Begründung der angefochtenen Entscheidung als auch nach dem Vorbringen der Rechtsmittelwerberin 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 im gegenständlichen Fall bloß Rechtsfragen – nämlich in erster Linie jene nach der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielmonopolregelung – zu klären sind.

In diesem Schreiben wurde auch darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (im Folgenden auch: VwGH) aber auch in einem derartigen Fall von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nur dann abgesehen werden könne, wenn die Verfahrensparteien – insbesondere die Beschuldigten – darauf verzichten (z.B. VwGH vom 19. März 2015, Zl. Ra 2014/06/0020).

3.1. Dem entsprechend hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit e-mail vom 2. Juni 2017 mitgeteilt, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet wird; unter einem wurde hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols darauf hingewiesen, dass im gegenständlichen Fall mittels Internetdatenleitung auf einen oder mehrere Server einer GmbH, die ihren Hauptsitz in B/S hat, zugegriffen werde.

3.2. Die belangte Behörde hat mit e-mail vom 6. Juni 2017 die Kopie einer Urteilsveröffentlichung in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren sowie eine Kopie des Bescheides vom 10. April 2017, Zl. GSpG-02-2017/ZS2, und vom 15. Mai 2017, Zl. GSpG-02-2017/ZS3, mit dem über die Rechtsmittelwerberin jeweils Zwangsstrafen verhängt wurden, übermittelt.

Dazu, ob auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet wird, erfolgte keine Äußerung.

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]:

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 (Min-

[1] Abrufbar unter: www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/Gluecksspiel-Bericht-2010-2013.html.
[2] Vgl. in diesem Sinne auch die parlamentarische Anfragebeantwortung des Bundesministeriums für Inneres vom 21. November 2014, 2405/AB zu 2559/J (25. GP).

destdauer 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]:

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-

[3] Vgl. www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00131/fname_380250.pdf
[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.

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 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).

---

[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).

[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]).

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.

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 der Beschwerdeführerinnen:

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 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 der Beschwerdeführerinnen 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 der Beschwerdeführerinnen vorgelegten Manuskript „Überblick – Spielsuchtprävention Österreich vier Jahre nach Inkrafttreten des GSpG 2010“ (von MMag. Malgorzata Zanki 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 Zu-

[9] Vgl. www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150408_OTS0039.
[10] Vgl. auch https://service.bmf.gv.at/budget/akthh/2014/201412FH_ug16.htm.

sammenhang 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 der Beschwerdeführerinnen 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].

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 das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich 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,

---

[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 (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*

- 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; 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

---

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."

> 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.

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. Von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung habe 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

---

[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.

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 12. Juni 2017, LVwG-411987/5/Gf/Mu, gemäß § 50 VwGVG stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

III.

Weiteres Rechtsmittelverfahren und Folgeentwicklungen

1. Mit Schriftsatz vom 24. Juli 2017, Zl. BMF-180000/0750-I/8/2017, hat der Bundesminister für Finanzen gegen dieses Erkenntnis 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 2017/170482; vom selben Tag, Ra 2017/17/0487; vom selben Tag, Ra 2017/170/511; 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, 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 exekutivbe-

hördlichen 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 verfolgten 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 Sachverhaltsfest-

stellungen 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 besteht, „*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 Anlagebehörde*“ 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?*“

In diesem Zusammenhang wurden die Bedenken gegen die Vereinbarkeit der maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht im Wesentlichen wie folgt umschrieben:

> 1. Soweit es im Bereich des Glücksspielrechts die Vereinbarkeit eines nationalen Monopolsystems mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 56 ff AEUV betrifft, fordert der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch kurz: EuGH) in ständiger Judikatur eine sog. „Kohärenzprüfung“. Diese muss erweisen, dass nicht nur die konkrete

gesetzliche Regelung, sondern auch die praktische Umsetzung eine tatsächliche Erreichung der mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen bewirkt bzw.: dass die konkrete Handhabung der mit der Monopolisierung verbundenen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit wirklich mit den Art. 56 ff AEUV im Einklang steht.

2. Im Gefolge dieser Rechtsprechung hatte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich aus Anlass zahlreicher Beschwerden, die sich insbesondere auch gegen eine behördliche Bestrafung wegen eines bewilligungslosen Betriebes von Glücksspielgeräten, gegen eine behördliche Beschlagnahme solcher Automaten und/oder gegen eine Einziehung derselben richteten, in mehreren hundert Fällen eine Kohärenzprüfung vorzunehmen, wobei hierzu jeweils unterschiedliche Mitglieder des LVwG OÖ als allein entscheidungszuständige Einzelrichter i.S.d. Art. 135 Abs. 1 B-VG berufen waren.

Obwohl allen diesen Verfahren im Wesentlichen jeweils dieselben Beweismittel zu Grunde lagen, führte diese Prüfung einerseits zu dem Ergebnis, dass sich die gesetzliche Regelung und deren tatsächliche Handhabung zur Erreichung der Ziele eines optimalen Spielerschutzes und der Kriminalitätsvorbeugung sowohl als geeignet als auch als verhältnismäßig erweisen würde, sodass jeweils (positiv besehen) eine Bestätigung der angefochtenen behördlichen Entscheidungen bzw. (negativ gewendet) eine Abweisung der Beschwerden resultierte. Andererseits gelangte das LVwG OÖ aber auch zur gegenteiligen Feststellung mit dem Ergebnis, dass der Beschwerde stattgegeben und der bekämpfte Verwaltungsakt aufgehoben bzw. die vom Finanzamt gegen die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens erhobene Beschwerde abgewiesen wurde.

Gegen abweisende Entscheidungen des LVwG OÖ wurde von den betroffenen Unternehmern nahezu in jedem Fall eine Beschwerde an den VfGH und/oder eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden auch kurz: VwGH), gegen stattgebende Entscheidungen des LVwG OÖ hingegen von den Amtsparteien (Finanzämter, Bezirksverwaltungsbehörden und/oder Landespolizeidirektion Oberösterreich) stets eine Amtsrevision an den VwGH erhoben.

In der Folge haben sowohl der VfGH (vgl. dessen „leading-case“-Entscheidung vom 15.10.2016, E 945/2016) als auch der VwGH (vgl. dessen „leading-case“-Entscheidung vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022) festgestellt, dass das im GSpG normierte Monopolsystem nicht dem Unionsrecht widerspreche.

3. Aus Anlass zahlreicher, auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gegründeter Unterlassungsklagen von Monopolinhabern gegen Unternehmer, die ohne behördliche Bewilligung Ausspielungen nach dem GSpG vornehmen, gelangte der Oberste Gerichtshof (im Folgenden auch: OGH) im Wesentlichen zur Auffassung, dass die klageführenden Konzessionäre nicht bloß eine maßvolle Werbepolitik betreiben, weshalb sich die tatsächliche Umsetzung der Monopolbestimmungen des GSpG als inkohärent erweise (vgl. dessen „leading-case“-Entscheidung vom 30.3.2016, 4 Ob 31/16m).

4.1. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG sind die Verwaltungsgerichte dazu verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Formal bezieht sich diese Bestimmung zwar nur auf den jeweiligen konkreten Anlassfall, d.h., dass nur insoweit eine rechtliche Bindungswirkung besteht. Allerdings legt Art. 133 Z. 4 B-VG ergänzend dazu fest, dass gegen eine Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes (im Folgenden auch: VwG) u.a. stets auch dann eine Revision an den VwGH zulässig (und in der Regel auch erfolgversprechend) ist, wenn diese von der Rechtsprechung des VwGH abweicht. Im Ergebnis resultiert somit faktisch eine generelle Bindungswirkung der Verwaltungsgerichte an die Entscheidungen des VwGH.

4.2. Abgesehen davon, dass § 87 Abs. 2 VfGG hinsichtlich der Erkenntnisse des VfGH Inhaltsgleiches wie § 63 Abs. 1 VwGG in Bezug auf den VwGH anordnet – wobei hinsichtlich der Vereinbarkeit der letzteren Bestimmung mit dem Unionsrecht ein Vorabentscheidungsersuchen beim Gerichtshof der Europäischen Union eingebracht und dieses vom

EuGH auch bereits erledigt wurde, legt § 86a Abs. 4 VfGG in Bezug auf Konstellationen, in denen beim VfGH eine erhebliche Anzahl von Beschwerdeverfahren zur Lösung von gleichartigen Rechtsfragen anhängig sind, fest, dass der VfGH in der Entscheidung, die solche derartige Verfahren abschließt, seine Rechtsanschauung in Form eines Rechtssatzes zusammenzufassen hat, der sodann im Bundesgesetzblatt kundzumachen ist; Gleiches gilt im Übrigen gemäß § 38a VwGG auch in Bezug auf den VwGH.

Im Unterschied zu § 87 Abs. 2 VfGG bzw. § 63 Abs. 1 VwGG ist zwar in § 86a VfGG bzw. in § 38a VwGG hinsichtlich einer singulären oder generellen Bindungswirkung nichts geregelt. Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang nicht nur Art. 133 Abs. 4 B-VG (Revisionslegitimation bei Abweichung von der Rechtsprechung des VwGH), sondern darüber hinaus zudem – wegen jeweils sprachlich identischer Textierung – die Bestimmung des § 56 Abs. 4 VfGG zu beachten:

Hinsichtlich der letztgenannten Anordnung wird nämlich vom VfGH selbst die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Kundmachung seines Rechtssatzes um eine authentische Interpretation der Verfassung handle, dieser somit als eine auf Verfassungsstufe stehende Norm mit umfassender Bindungswirkung für sämtliche unterverfassungsgesetzlichen Rechtssetzungsorgane zu qualifizieren sei (vgl. z.B. schon VfGH vom 3.7.1956, B 172/55 = VfSlg 3055/1956, S. 354: „*Einer solchen Kompetenzfeststellung kommt die Wirkung einer authentischen Interpretation der Kompetenzartikel auf der Stufe eines Bundesverfassungsgesetzes zu.*“), ihr demnach also dieselbe Verbindlichkeit wie einer vom Parlament (Nationalrat und Bundesrat) beschlossenen Verfassungsbestimmung innewohnt.

In Analogie ist somit – ganz abgesehen davon, dass in der Praxis einer Entscheidung des VfGH von allen Behörden und Gerichten faktisch stets entsprochen wird – davon auszugehen, dass in dem Fall, dass eine einfachgesetzliche Bestimmung – wie etwa die §§ 3 ff GSpG und die §§ 52 ff GSpG – durch den VfGH bzw. den VwGH gemäß § 86a Abs. 4 VfGG bzw. § 38a Abs. 4 VwGG ausgelegt werden, der vom Höchstgericht jeweils formulierte, noch dazu formal in gleicher Weise wie ein Gesetz im I. Teil des Bundesgesetzblattes kundgemachte Rechtssatz sohin die Qualität einer auf Gesetzesstufe stehenden Norm und damit eine über den Einzelfall hinausreichende generelle rechtliche Verbindlichkeit aufweist.

5. Dem „leading-case“-Erkenntnis des VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, lag ein Verfahren gemäß § 86a VfGG zu Grunde.

Somit würde nach dem bisher Ausgeführten für das LVwG OÖ in sämtlichen der nunmehr fortzusetzenden, die Grundlage für das gegenständliche Vorabentscheidungsersuchen bildenden Ausgangsverfahren eine Bindungswirkung an den mit BGBl I 91/2016 kundgemachten, die §§ 52 bis 54 GSpG authentisch dahin, dass diese nicht gegen Unionsrecht verstoßen würden, determinierenden Rechtssatz des VfGH (im Folgenden auch kurz: Rechtssatz BGBl I 91/2016) resultieren.

6. Zwar hat der EuGH, wie zuvor unter C.4.2. erwähnt, bereits in einem anderen Konnex – nämlich hinsichtlich § 63 Abs. 1 VwGG im Zusammenhang mit der Kohärenzprüfung von Bedarfsregelungen für öffentliche Apotheken – festgestellt, dass eine innerstaatliche Vorschrift nicht anzuwenden ist, wenn diese vorbehaltlos – und damit auch in Bezug auf die Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht – eine Bindung an die Rechtsauffassung anderer Gerichte anordnet, selbst wenn es sich hierbei um im Instanzenzug übergeordnete innerstaatliche Gerichte handelt (vgl. EuGH vom 15.10.2015, C-581/14 [„Naderhirn“ – ECLI:EU:C:2015:707], RN 34 und 35). Dies deshalb, weil nach ständiger Rechtsprechung des EuGH jedes nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, dazu angehalten ist, aus eigener Entscheidungsbefugnis für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. wiederum EuGH vom 15.10.2015, C-581/14 [„Naderhirn“ – ECLI:EU:C:2015:707], RN 31 bis 33).

7. Davon ausgehend wäre das LVwG Oberösterreich in jenen den Anlass für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen bildenden Ausgangs-, aber auch in künftigen Beschwerdeverfahren an den Rechtssatz BGBl I 91/2016 nicht gebunden, wenn und soweit die von ihm eigenständig durchgeführte Kohärenzprüfung zu einem anderen Ergebnis, nämlich dazu führt, dass die Bestimmungen der §§ 52 bis 54 GSpG gegen Unionsrecht verstoßen.

Dass und weshalb gerade dies der Fall ist, wurde vom Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich bereits mehrfach, zuletzt in seinem Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, ausführlich dargelegt. Weil aber einerseits in diesem Erkenntnis ohnehin bereits eine inhaltliche Auseinandersetzung mit gegenteilig lautenden Entscheidungen (anderer Einzelrichter) des LVwG OÖ sowie insbesondere auch mit dem „leading-case"-Erkenntnis des VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, erfolgte und andererseits der VfGH seiner den Rechtssatz BGBl I 91/2016 tragenden „leading-case"-Entscheidung vom 15.10.2016, E-945/2016, keine zusätzliche materielle Argumentation zu Grunde gelegt, sondern sich insoweit vollumfänglich bloß auf die letztgenannten Vorentscheidungen gestützt hat, besteht sohin für das LVwG OÖ insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die maßgebliche Faktenlage zwischenzeitlich nicht geändert hat, auch keine Veranlassung dazu, in den Ausgangs- und in künftigen Beschwerdeverfahren von der in seinem vorerwähnten Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, vertretenen Auffassung, dass (insbesondere auch) die §§ 52 bis 54 GSpG mit den Art. 56 ff AEUV nicht vereinbar sind, abzugehen.

8. Geht man an diesem Punkt davon aus, dass jene das hg. Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, zentral stützende Feststellungen – nämlich vor allem deshalb, weil 1.) in jenen den „leading-case"-Erkenntnissen des VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, und des VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, zu Grunde liegenden Verfahren jeweils keine echte eigenständig-autonome Kohärenzprüfung durchgeführt, sondern vielmehr bloß die diesbezüglichen Absichtserklärungen des Gesetzgebers und die vom Bundesministerium für Finanzen vorgebrachten Behauptungen als vorweg und pauschal zutreffend unterstellt wurden; 2.) nachfolgend der VfGH und der VwGH diese Versäumnisse nicht nur nicht korrigiert, sondern ihre vorgenannten Leitentscheidungen wiederum vorbehaltlos darauf aufgebaut haben; 3.) eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den, geschweige denn eine Widerlegung der im Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, getroffenen Tatsachenfeststellungen trotz mehrfacher Gelegenheit v.a. seitens der Höchstgerichte bislang nicht erfolgt ist; sowie 4.) jene die letztgenannte Entscheidung des LVwG OÖ tragende Rechtsansicht offensichtlich auch nicht als gänzlich unvertretbar qualifiziert werden kann – objektiv auch tatsächlich zutreffen, dann lässt sich in Österreich vor diesem Hintergrund das Unionsrecht im Bereich des Glücksspielwesens auf dem vom EuGH vorgezeichneten Weg, nämlich: dass jedes Gericht eigenständig eine entsprechende Kohärenzprüfung durchzuführen und davon ausgehend unionsrechtswidriges nationales Recht unangewendet zu lassen hat, offensichtlich – und zwar schon systembedingt – nicht effektiv umsetzen:

Dies deshalb, weil nach dem der österreichischen Verfassung zu Grunde liegenden Rechtsschutzsystem mit der Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes für jede der mit konträren Interessen am Verfahren beteiligten Parteien die Möglichkeit der Erhebung einer Revision bzw. Amtsrevision an den VwGH und/oder einer Beschwerde an den VfGH verbunden ist; und wie die bisherige langjährige praktische Erfahrung beim LVwG OÖ gezeigt hat, werden diese Rechtsmittelbefugnisse nahezu in jedem Fall auch tatsächlich in Anspruch genommen. Somit entscheiden in der Folge über solche Revisionen, Amtsrevisionen und Beschwerden aber zwei Höchstgerichte, hinsichtlich derer der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden auch kurz: EGMR) bereits mehrfach festgestellt hat, dass diesen entweder institutionell, nämlich wegen ihrer inhaltlich beschränkten Kognitionsbefugnis (VfGH) bzw. wegen ihrer Bindung an den von der Unterinstanz angenommenen Sachverhalt bzw. an die von dieser vorgenommene Beweiswürdigung (VwGH) oder deshalb, weil der VwGH in concreto nicht den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprochen hat, nicht die Qualität eines Tribunals i.S.d. letztgenannten Konventionsbestimmung, damit aber wohl auch nicht die Qualität eines Gerichtes i.S.d. Art. 47 EGRC (vgl. Art. 52 Abs. 3 EGRC) zukommt. Daran hat auch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle BGBl I 50/2012 nichts geändert, weil mit dieser einerseits zwar erstinstanzliche Verwaltungsgerichte institutionalisiert, aber die Kognitionsbefugnis des VfGH und des VwGH nicht dem Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechend modifiziert wurde (vgl. auch

unten, F.5.), und andererseits der EGMR darauf abstellt, dass im Falle des Bestehens eines mehrinstanzlichen Rechtsschutzsystems auf jeder Ebene die effektive Einhaltung des Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet sein muss.

Da sich jedoch sowohl an die Entscheidungen des VfGH als auch an jene des VwGH gemäß § 87 Abs. 2 VfGG bzw. § 63 Abs. 1 VwGG einerseits und gemäß § 86a Abs. 4 VfGG bzw. gemäß § 25a Abs. 4 VwGG andererseits de facto eine generelle, über den Einzelfall hinausreichende und zugleich umfassende, d.h. insbesondere Unionsrecht nicht ausnehmende Bindungswirkung knüpft, bestehen somit in Österreich schon insoweit, aber auch im Übrigen keine – jedenfalls keine ausreichenden – legislativen Vorkehrungen dagegen, dass sich hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht im Ergebnis quasi „flächendeckend“ von Nicht-Gerichten bzw. zumindest in nicht-gerichtlichen Verfahren getroffene Entscheidungen tatsächlich durchsetzen.

9. Um einen derartigen Effekt wirksam hintanzuhalten, erscheint daher die Verpflichtung zu einer bloßen Nichtanwendung von absoluten Bindungsnormen ebenso wenig als hinreichend wie etwa die Feststellung eines unterinstanzlichen Gerichtes, dass der Rechtssatz BGBl I 91/2016 insoweit als „ultra vires“ ergangen und damit als absolut nichtig anzusehen ist. Offenbar bedarf es vielmehr – wie vom EGMR schon seit dem „Miloslavsky“-Urteil in dessen ständiger Rechtsprechung gefordert – dann, wenn nach nationalem Recht ein Instanzenzug eingerichtet ist, schon per Gesetz einer Sicherstellung dahin, dass auf allen Ebenen solche Organe institutionalisiert sind, die sowohl in organisatorischer, in kompetenzieller (nämlich hinsichtlich ihrer Kognitionsbefugnis) und auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht jeweils in vollem Umfang tatsächlich den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen.

Mit diesen Erfordernissen dürften jedoch insbesondere solche Erscheinungsformen wie eine bloß kassatorische Entscheidungsbefugnis (VfGH und VwGH), eine nur auf die Prüfung von Grundrechtsbeeinträchtigungen (VfGH) oder bloß von grundsätzlichen Rechtsfragen (VwGH) beschränkte Kognitionsbefugnis, eine Bindung an den von den Unterinstanzen angenommenen Sachverhalt (VwGH) sowie an die von der Unterinstanz vorgenommene Beweiswürdigung (VwGH) etc. – und zwar weder jeweils für sich betrachtet noch erst recht kumulativ – schon von vornherein nicht vereinbar sein.

10. Angesichts all dessen wird – obwohl der EuGH mit seinem Beschluss vom 15.10.2015, C-581/14 (Naderhirn – ECLI:EU:C:2015:707), RN 31 bis 35, ohnehin bereits die Pflicht zur Nichtanwendung von innerstaatlichen Regelungen, die eine vorbehaltlose – und damit auch das Verhältnis von nationalem und Unionsrecht betreffende – Bindungswirkung normieren, auf den Problembereich der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht festgestellt hat, um Verständnis dafür ersucht, dass diese Judikatur im Hinblick auf das zuvor dargestellte spezifische System der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit nach Auffassung des LVwG OÖ einer näheren Präzisierung durch den EuGH bedarf.

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?*

Insoweit wurden die Bedenken gegen die Vereinbarkeit der maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht im Wesentlichen wie folgt umschrieben:

1. Soweit es im Bereich des Glücksspielrechts die Vereinbarkeit eines nationalen Monopolsystems mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 56 ff AEUV, betrifft, fordert der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch kurz: EuGH) in ständiger Judikatur die Durchführung einer sog. „Kohärenzprüfung“: Diese muss erweisen, dass nicht nur die konkrete gesetzliche Regelung, sondern auch deren praktische Umsetzung eine tatsächliche Erreichung der mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen bewirkt bzw., dass die konkrete Handhabung der mit der Monopolisierung verbundenen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit wirklich mit den Art. 56 ff AEUV im Einklang steht.

2. Diese Kohärenzprüfung hat jedes Gericht aus eigenem und ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsanschauung anderer, allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter Gerichte unter jeweiliger Bedachtnahme auf die aktuellen faktischen Umstände vorzunehmen.

3. Soweit es die Ausgangsverfahren betrifft, ergibt sich mit Blick auf diese Kohärenzprüfung – zusammengefasst – Folgendes:

3.1. Kohärenzprüfung in vorangegangenen, bereits rechtskräftig erledigten Verfahren des LVwG OÖ

Im Zuge der Erlassung der auf die Ausgangsfälle bezogenen, oben unter A.3. angeführten Erkenntnisse des LVwG OÖ vom 7. April 2016, LVwG-411167 bzw. 411331 (Ausgangsverfahren 1), vom „Jänner“ 2016, LVwG-410857, bzw. vom 2. Mai 2016, LVwG-411056 (Ausgangsverfahren 2), sowie vom 24. März 2016, LVwG-411136 (Ausgangsverfahren 3), wurden von den dort nach der Geschäftsverteilung zuständig gewesenen (Einzel-)Richtern folgende Beweismittel zur Klärung dieser Frage herangezogen:

* die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, erstellt vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (im Folgenden kurz: ISD-Studie 2015);

* der „Glücksspiel – Bericht 2010 -2013“ des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: BMF-Glücksspiel-Bericht 2013);

* der „Evaluierungsbericht 2010 – 2014“ des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: BMF-Evaluierungsbericht 2014); sowie

* diverse Urkunden, die vom Rechtsvertreter der von den behördlichen Maßnahmen betroffenen Personen vorgelegt wurden (im Folgenden kurz: Urkunden der Beschwerdeführer; zahlreiche weitere von diesen Personen gestellte Beweisanträge wurden hingegen – über Antrag des Behördenvertreters und ohne nähere Begründung – abgewiesen).

Obwohl bloß auf eine Verlesung verzichtet worden war, seien diese Beweismittel nach dem Vorbringen der Beschwerdeführer des Anlassverfahrens mit den Verfahrensparteien nicht – insbesondere auch nicht im Rahmen der fallbezogen jeweils bloß 20 Minuten dauernden öffentlichen Verhandlungen – inhaltlich erörtert worden (vgl. Tonbandprotokoll zu LVwG-411167 u.a. vom 17. März 2016; Tonbandprotokoll zu LVwG-410857 u.a. vom 22. September 2015; Niederschrift vom 11. Februar 2016 und Tonbandprotokoll vom 15. Februar 2016, jeweils zu LVwG-411136 u.a.).

Vielmehr seien diese Beweismittel von den dort erkennenden Richtern im Zuge der schriftlichen Ausfertigung ihrer Entscheidungen jeweils autonom dahin gewürdigt worden, dass

aus deren Sicht in der ISD-Studie 2015 die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt worden und insoweit keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit hervorgekommen seien; auch in Bezug auf die Ausführungen im Glücksspiel-Bericht 2013 des BMF und im Evaluierungsbericht 2014 des BMF hätten keine Bedenken gegen deren Richtigkeit bestanden, zumal auch davon auszugehen sei, dass das BMF über den Inhalt und den Umfang der Tätigkeiten seiner Behörden ausreichende Kenntnis habe. Dem gegenüber seien im Verfahren keine Gründe dafür hervorgekommen, dass das BMF auf der Tatsachenebene falsche Auskünfte erteilt habe; ebenso seien die Beweisanträge der Beschwerdeführer nicht geeignet gewesen, die Aussagekraft der ISD-Studie 2015 zu relativieren; und soweit sich diese auf einzelne Werbemaßnahmen bezogen hätten, würde diese Werbetätigkeit jeweils als maßvoll und eng darauf begrenzt erscheinen, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl. LVwG-411167 vom 7. April 2016, S. 8 ff; LVwG-410857 vom „Jänner“ 2016, S. 23; und LVwG-411136 vom 24. März 2016, S. 8).

Rechtlich wurde daraus – soweit es die Frage der Kohärenzprüfung betrifft – jeweils (v.a. auch unter Hinweis auf [frühere] Judikatur des VwGH und des VfGH) gefolgert, dass die gesetzlichen Vorgaben des GSpG dazu geeignet seien, das Ziel des Spielerschutzes zu erreichen, und durch die Kontrolltätigkeit der Exekutivorgane eine effiziente Bekämpfung des illegalen Glücksspiels bewirkt werde. Zudem sei eine Anbindung von Glücksspielautomaten an das Bundesrechenzentrum erfolgt und beim BMF eine Spielerschutzstelle eingerichtet worden. Darüber hinaus sei es seit dem Jahr 2009 zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht in Österreich gekommen und schließlich würden sich auch die Werbemaßnahmen der legalen Glücksspielbetreiber als darauf begrenzt erweisen, die Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Insgesamt besehen sei daher die Monopolregelung des GSpG als kohärent und somit als unionsrechtskonform anzusehen (vgl. LVwG-411167 u.a. vom 4. April 2016, S. 14 ff; LVwG-410857 u.a. vom „Jänner“ 2016, S. 27 ff; und LVwG-411136 u.a. vom 24. März 2016, S. 10 ff).

3.2. Kohärenzprüfung durch den VfGH und den VwGH

Im Zuge des (auch) gegen die dagegen erhobenen Beschwerden vom VfGH durchgeführten Verfahrens wurde – soweit sich dies dem Erkenntnis des Höchstgerichtes vom 15. Oktober 2015, E 945/2016, entnehmen lässt – keine autonome Kohärenzprüfung vorgenommen; vielmehr wurden insoweit die Beweismittel und deren Bewertung aus (den zuvor unter C.3.1. angeführten Erkenntnissen gleichgelagerten) Entscheidungen des LVwG OÖ übernommen (vgl. die Punkte III.2.4.2. und 2.4.3. der Entscheidungsbegründung des VfGH), davon ausgehend die vom Obersten Gerichtshof geäußerte (eine Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung des GSpG konstatierende) Rechtsmeinung verworfen (vgl. Pkt. III.2.4.4.) und stattdessen die vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, vertretene Ansicht, wonach das GSpG-Monopol als unionsrechtskonform anzusehen sei, rezipiert (vgl. Pkt. III.2.5.).

Allerdings fußt auch die zuletzt angeführte Entscheidung des VwGH – jedenfalls im Hinblick auf die effektiven Wirkungen der Monopolregelung – nicht auf einer eigenständigen Kohärenzprüfung jenes Gerichtes; vielmehr wurden dort bloß die Zielsetzungen und Absichtserklärungen des Gesetzgebers sowie die darauf aufbauenden Berichte des BMF durchgängig als jeweils auch tatsächlich zutreffend unterstellt und von dieser Basis ausgehend entgegenstehende Argumente anders gewürdigt (vgl. insbes. RN 119 ff des Erkenntnisses vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022).

Dazu kommt, dass die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren sowohl in ihrer Beschwerde an den VfGH als auch in ihrer Revision an den VwGH die Einseitigkeit der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung durch die damals zuständigen (Einzel-)Richter des LVwG OÖ jeweils ausdrücklich gerügt haben, dieses Vorbringen jedoch von den Höchstgerichten nicht aufgegriffen, sondern vielmehr die bekämpften Feststellungen und Würdigungen des LVwG OÖ jeweils vollinhaltlich übernommen wurden.

Nicht nur deshalb, weil der Gerichtshof der Europäischen Union in Fällen, in denen eine Kohärenzprüfung durchzuführen ist, verlangt, dass diese von jedem Gericht eigenständig vorzunehmen ist (vgl. oben, C.2.), sondern auch, weil diese EuGH-Judikatur offenbar zudem voraussetzt, dass einer solchen Prüfung jeweils ein in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 EGRC entsprechendes Verfahren zu Grunde liegen muss, dürfte aber im Ergebnis weder das Erkenntnis des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, noch die Entscheidung des VwGH vom 16. Dezember 2016, Ro 2015/17/0022, diesen Ansprüchen gerecht werden, und zwar v.a. schon deshalb nicht, weil diese beiden Gerichte in Bezug auf Kohärenzprüfungen an der Erfüllung dieser Voraussetzungen schon auf Grund der nationalen Rechtslage (z.B. bloß eingeschränkte Kognitionsbefugnis; [für den Regelfall] Bindung an den von den Unterinstanzen angenommen Sachverhalt; und [zumindest] subsidiäre Maßgeblichkeit des Behördenverfahrensrechts) und ihrer Funktion als Höchstinstanz (die z.B. die Durchführung einer kontradiktorischen Verhandlung in jedem Einzelfall schon von vornherein nicht zulässt) gehindert sind.

3.3. Kohärenzprüfung in den antragsgegenständlichen Ausgangsverfahren

3.3.1. Nach nationalem Recht wäre der zur Entscheidung in den Ausgangsverfahren nunmehr zuständige (Einzel-)Richter an die zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsenen, oben unter A.3. sowie C.3.1. angeführten Vorentscheidungen gebunden – dies vor allem deshalb, weil die mit den hier angefochtenen Bescheiden jeweils angeordnete Einziehung von Glücksspielgeräten gemäß § 54 Abs. 1 GSpG das Vorliegen einer – gegenständlich jeweils bereits verfügten – rechtskräftigen behördlichen Bestrafung wegen einer Übertretung des § 52 GSpG voraussetzt.

Darüber hinaus ergäbe sich zudem eine zwar nicht formale, de facto jedoch aus Gründen der Verfahrensökonomie resultierende Bindungswirkung an die in übergeordneter Instanz ergangenen, zuvor unter C.2. erwähnten Grundsatzentscheidungen des VfGH und des VwGH (nicht jedoch auch des Obersten Gerichtshofes [im Folgenden auch: OGH], weil es sich insoweit nicht um ein instanzenmäßig übergeordnetes Gericht handelt – dies ganz abgesehen davon, dass auch vom OGH in dessen „leading case"-Verfahren keine autonome Kohärenzprüfung durchgeführt wurde).

3.3.2. Der eingangs (siehe oben, C.1.) dargestellten Judikatur des EuGH entsprechend kommen jedoch in Fragen der Unionsrechtskompatibilität von innerstaatlichen Normen derartige formelle und/oder informelle nationale Bindungsvorschriften nicht zum Tragen.

Daher ist in den Ausgangsverfahren ungeachtet entsprechender Vorentscheidungen vom nunmehr zuständigen (Einzel-)Richter (neuerlich) eine (autonome) Kohärenzprüfung durchzuführen, wobei insoweit von diesem Entscheidungsorgan schon zuvor mehrfach – zuletzt z.B. im Erkenntnis vom 22. Dezember 2016, LVwG-411653/5/Gf/Mu – die Inkohärenz der Monopolregelung des GSpG festgestellt worden ist:

3.3.2.1. Als Beweismittel zur Klärung dieser Frage war(en) dort insbesondere

* der „Glücksspiel – Bericht 2010 -2013" des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: BMF-Glücksspiel-Bericht 2013);

* eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 18. September 2014 (im Folgenden kurz: BMF-Stellungnahme 2014);

* der „Evaluierungsbericht 2010 – 2014" des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: BMF-Evaluierungsbericht 2014);

* die Monographie „Kleines Glücksspiel – Großes Leid?" von *J. Köberl* und *F. Prettenthaler* (Graz 2009);

* die Untersuchung „Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich" von *J. Kalke* u.a. (Freiburg 2011);

* die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, erstellt vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (im Folgenden kurz: ISD-Studie 2015);

* das „Factsheet Sucht Version 2.4“ vom 17. Juni 2016 des Instituts Suchtprävention pro mente ooe;

* der „Jahresbericht 2015“ des Vereins „Spielsuchthilfe“ sowie

* eine auf zahlreichen Unterlagen basierende schriftliche Äußerung vom 13. Dezember 2016, die vom Rechtsvertreter des in jenem Verfahren Beschuldigten vorgelegt worden war (im Folgenden kurz: Äußerung des Beschuldigten)

herangezogen, diese den Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht und ihnen die Gelegenheit eingeräumt worden, hierzu jeweils Stellung zu nehmen, sodass sich letztlich vor allem folgende – objektiv als allseits unwidersprochen anzusehende – Fakten ergaben:

* Die Ausübung des GSpG-Monopols erfolgt nicht durch den Staat selbst, sondern durch Privatpersonen, denen hierfür jeweils eine entsprechende behördliche Konzession erteilt wurde; die Anzahl dieser Konzessionen, die vom Bund sowie (in Bezug auf das sog. „kleine Glücksspiel“ mit einem Höchsteinsatz von 10 Euro) von den Ländern verliehen werden, ist ex lege zahlenmäßig (eng) fixiert; die Staatseinnahmen aus dem Glücksspielmonopol betragen derzeit ca. 500 Mio. Euro jährlich;

* in einer vom ISD im Jahr 2015 durchgeführten telefonischen Erhebung hat 1,1% der Befragten (= 110 Personen) angegeben, nach eigener Einschätzung „*mehr oder weniger stark spielsüchtig*“ zu sein;

* im Gefolge von im Jahr 2010 (in Reaktion auf die EuGH-Judikatur) vorgenommenen Novellierungen des GSpG wurden eine Spielerschutzstelle eingerichtet, den Konzessionsinhabern spielerschutzbezogene Auflagen bescheidmäßig vorgeschrieben und deren Anbindung an das Bundesrechenzentrum verfügt (ob die Einhaltung dieser Vorschriften kontrolliert und gegebenenfalls auch sanktioniert wird, ist allerdings nicht bekannt);

* mit der GSpG-Novelle 2013 wurde der Anwendungsbereich der Bestimmung des gerichtlich strafbaren verbotenen Glücksspiels (§ 168 StGB) de facto auf Null reduziert; seither ist lediglich eine Verletzung der Monopolregelung und diese bloß verwaltungsbehördlich sanktioniert, wobei die entsprechenden exekutivbehördlichen Maßnahmen (Kontroll-, Einschau- und Betretungsrechte; Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt; Beschlagnahme; Verwaltungsstrafe; Verfall; Einziehung; Betriebsschließung) allesamt jeweils einer erst nachträglichen richterlichen Kontrolle unterliegen;

* seitens der Finanzpolizei werden in der Praxis zahlreiche und extensive Kontrollen dahin, ob bzw. inwieweit Personen, die über keine Konzession verfügen, Eingriffe in das Monopol vornehmen, durchgeführt und davon ausgehend im Falle solcher Feststellungen von den Behörden entsprechende Sanktionen verhängt;

* Rechtsschutz gegen behördliche Eingriffsmaßnahmen ist insoweit gewährleistet, als Betroffene dagegen – allerdings jeweils erst ex post – eine Beschwerde bei den (Landes-)Verwaltungsgerichten (I. Instanz) einbringen können (wobei allein beim LVwG OÖ laut aktueller Geschäftsverteilung 77 % der bei diesem Gericht tätigen Richter [!!!] mit Glücksspielbeschwerden befasst sind); in weiterer Folge besteht die Möglichkeit einer Beschwerde- und/oder einer Revisionserhebung an die Höchstgerichte – jedoch ist der VfGH insoweit auf die Feststellung der Verletzung von Grundrechten und der VwGH auf die Klärung von grundsätzlichen Rechtsfragen beschränkt; in der Praxis erachten sich darüber hinaus sowohl der VfGH als auch der VwGH stets an den vom (L)VwG angenommenen Sachverhalt gebunden (= keine autonome Beweisaufnahme und -würdigung) und von beiden Höchstgerichten wird

in aller Regel auch keine (insbesondere keine kontradiktorische) öffentliche Verhandlung durchgeführt;

* Werbung in Bezug auf Lotterie- und Casinoglücksspiel begegnet man in allen – vornehmlich in den elektronischen – Medien gleichsam „auf Schritt und Tritt“; keine Werbung findet sich hingegen für das sog. „kleine Automatenglücksspiel“.

3.3.2.2. In Würdigung dieser Beweise und Tatsachen kam der nunmehr auch hinsichtlich der Ausgangsfälle zuständige (Einzel-)Richter in jenem Verfahren – insbesondere auch unter Heranziehung seiner Vorentscheidungen vom 8. August 2016, LVwG-411506, und vom 24. Juni 2015, LVwG-410600 – (zusammengefasst) zu dem Ergebnis, dass die dem BMF-Glücksspiel-Bericht 2013 zentral zu Grunde liegende Annahme von ca. 64.000 spielsüchtigen Personen in Österreich – weil nicht wissenschaftlich ermittelt, sondern einfach nur hochgerechnet – als nicht plausibel erscheint, sodass weder die Spielsucht ein gesellschaftsrelevantes Problem darstellt noch ein diesbezügliches Kriminalitätsproblem besteht; allerdings ergibt sich keine Veranlassung, an einer tatsächlichen Intensivierung der staatlichen Aufsicht und des Spielerschutzes zu zweifeln, was insbesondere auch durch die (jeweils weitgehend inhaltsgleiche) BMF-Stellungnahme 2014 bzw. den BMF-Evaluierungsbericht 2014 bestätigt wird; im Übrigen geht aus der ISD-Studie 2015 hervor, dass dieser eine telefonische Umfrage zu Grunde liegt und sich de facto (nur) 110 Personen – und überdies nicht objektiv festgestellt, sondern bloß auf Grund einer Selbsteinschätzung – als spielsüchtig bezeichnet haben; weiters resultierte im Jahr 2014 aus dem Glücksspiel (inklusive Lotterien und Casinos) eine Steuerleistung in Höhe von 552 Mio. Euro; und schließlich ist notorisch, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre aggressiv ist und in erster Linie auf die Gewinnung zusätzlicher Kunden abzielt (vgl. S. 10 ff). Daraus wurde abgeleitet, dass die Spielsucht in Österreich kein erhebliches, einen unverzüglichen staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem verkörpert – wenngleich zu konstatieren ist, dass der Spielerschutz erheblich verbessert wurde –, und dass das Automatenglücksspiel in Österreich kein echtes Kriminalitätsproblem darstellt; demgegenüber weisen die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich eine nicht unerhebliche Quote auf und verfolgen die Monopolinhaber eine aggressive Expansions- und Werbestrategie, während die staatlichen Stellen die Notwendigkeit einer Monopolregelung gerade in jener Form, wie diese im GSpG verankert ist, nicht nachgewiesen haben (S. 15 f).

3.3.2.3. Rechtlich wurde daraus – zusammengefasst – gefolgert (vgl. S. 28 ff), dass sich das in den §§ 3 ff GSpG normierte Monopolsystem somit – wie bereits insbesondere in den Vorerkenntnissen vom 8. August 2016, LVwG-4115067, und vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, ausführlich begründet – wegen Inkohärenz als unionsrechtswidrig erweist (zum selben Ergebnis gelangte im Übrigen – allerdings sachlich eingeschränkt auf den Aspekt der Werbetätigkeit der Konzessionäre – auch der OGH in seinem Beschluss vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m):

Denn einerseits basiert die gesetzliche Regelung in Wahrheit nicht auf einem durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannten zwingenden Grund des Allgemeininteresses – wie etwa dem Verbraucherschutz (in Form des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung) oder der Kriminalitätsbekämpfung und der Kriminalitäts-, insbesondere Betrugsprävention, oder der effektiven und systematischen Verringerung der Anreize und Gelegenheiten zum Spiel –, sondern diese dient tatsächlich primär der Sicherung einer verlässlich kalkulierbaren Quote an Staatseinnahmen (in Höhe von 0,4% der jährlichen Gesamteinnahmen des Bundes); andererseits – und unabhängig davon – erweist sich auch die konkrete Ausgestaltung des Monopolsystems (Privatisierung durch Übertragung der zwar sowohl strengen Antrittsvoraussetzungen als auch einer rigiden staatlichen Kontrolle unterliegenden Ausübungsbefugnisse nicht auf eine unbeschränkte, sondern – im Sinne einer Bedarfsprüfung – auf eine eng limitierte Anzahl von Konzessionären) und die den staatlichen Behörden und Exekutivorganen zur Abwehr von Beeinträchtigungen dieses Monopols gesetzlich übertragenen Eingriffsermächtigungen (Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsrechte; vorläufige und/oder endgültige Beschlagnahme, Einziehung und nachfolgende Vernichtung der Eingriffsgegenstände; Verwaltungsstrafe; Betriebsschließung) insbesondere mangels der gänzlich fehlenden Bindung an eine vorangehende richterliche Ermächtigung jeweils als unverhältnismäßig. Dies ergibt sich vornehmlich daraus, dass der Ausgangspunkt, dass in Österreich 64.000 Personen spielsüchtig seien, auf

einer bloßen Mutmaßung fußt; Gleiches gilt für die nicht näher verifizierbare Behauptung, dass in Österreich eine dazu affine Kriminalität vorherrsche; auch wenn man die diesbezüglich ins Treffen geführten, bloß simpel hochgerechneten Zahlen als vorbehaltlos zutreffend unterstellen würde, ließe sich angesichts deren Geringfügigkeit keine sachliche Rechtfertigung für den gegenwärtig zu konstatierenden legistischen und administrativen Aufwand finden; und selbst wenn eine solche sachliche Rechtfertigung bestünde, würde sich dennoch das konkret institutionalisierte System schon als solches als unverhältnismäßig erweisen, weil sich die Intentionen eines effizienten Spielerschutzes und/oder einer effizienten Kriminalitätsvorbeugung jedenfalls auch im Wege einer nicht zahlenmäßig eng beschränkten Konzessionsvergabe erreichen ließen. Schließlich ist auch keine sachliche Rechtfertigung dafür zu erkennen, weshalb über die z.B. bereits im Finanzstrafgesetz und in der Bundesabgabenordnung enthaltenen exekutivbehördlichen Eingriffsbefugnisse hinaus die im GSpG vorgesehenen zusätzlichen behördlichen Maßnahmen tatsächlich erforderlich sein sollen, um bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem die Unionsrechtskompatibilität des im GSpG normierten Monopolsystems noch gar nicht verbindlich festgestellt ist, jeweils ohne eine vorangehende richterliche Ermächtigung massive Eingriffe in die Grundrechtssphäre von potentiellen Interessenten für eine Konzession – wie z.B. Beschlagnahmen, Verwaltungsstrafen, Verfall, Einziehungen, Betriebsschließungen – zu ermöglichen und so im Extremfall sogar deren Existenz zu gefährden.

An dieser Einschätzung vermögen auch die beiden Grundsatzerkenntnisse des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, und des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nichts zu ändern, weil diese vornehmlich wegen jeweils eingeschränkter Kognitionsbefugnis und Nichtvornahme einer autonomen Beweisaufnahme und -würdigung auf keinem gerichtsförmigen Verfahren i.S.d. Art. 6 EMRK bzw. i.S.d. Art. 47 EGRC basieren.

3.3.3. Da sich diese Faktengrundlage und die daraus abzuleitende rechtliche Beurteilung – nämlich: Unionsrechtswidrigkeit des Monopolsystems des GSpG – nach Einschätzung des nunmehr zur Entscheidung zuständigen (Einzel-)Richters zwischenzeitlich nicht geändert haben, sind diese sohin jeweils auch für die nunmehrigen Ausgangsverfahren in gleicher Weise maßgeblich.

(Dagegen spricht schließlich auch nicht, dass gegen das Erkenntnis des LVwG OÖ vom 22. Dezember 2016, LVwG-411653/5/Gf/Mu, sowie gegen analoge Entscheidungen dieses [Einzel-]Richters mittlerweile seitens des BMF jeweils Amtsrevision an den VwGH erhoben wurde [und werden wird].)

3.3.4. Steht eine innerstaatliche Regelung im Widerspruch zum Unionsrecht, so hat diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben. Dieser Grundsatz ist von jedem staatlichen Organ auf jeder Ebene des Verfahrens unmittelbar von Amts wegen zu beachten. Konkret bedeutet dies insbesondere, „*dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen kann, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist*“.

Daraus würde somit auch für die vorliegenden Ausgangsverfahren resultieren, dass sich nicht nur die wegen des Verdachtes einer Übertretung des § 52 GSpG erfolgte und jeweils bereits in Rechtskraft erwachsene Bestrafung der Beschwerdeführer als rechtswidrig erweist, sondern damit – als Folgemaßnahme – auch eine darauf fußende Einziehung gemäß § 54 GSpG ausgeschlossen ist, weil sich beide Eingriffsnormen rechtssystematisch jeweils als auf der Monopolregelung des GSpG fußende und mit dieser in einem untrennbaren Zusammenhang stehende Bestimmungen darstellen.

3.4. Resümee: Konträre Ergebnisse

Wie die vorstehende Darstellung zeigt, führen die in Einzelfällen vorgenommenen Kohärenzprüfungen gesamthaft betrachtet sowohl im Verhältnis von Höchstgerichten untereinander (nämlich: VfGH und VwGH einerseits gegenüber OGH andererseits) als auch zwischen den Unterinstanzen, ja sogar innerhalb ein und desselben Gerichts (hier: LVwG OÖ) zu diametralen Ergebnissen, obwohl diese jeweils auf im Wesentlichen gleichen Beweismitteln beruhen; ohne letztkompetente Klärung der Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols durch den EuGH dürfte sich auch künftig weder an diesen

prinzipiell divergierenden Rechtsauffassungen der innerstaatlichen Gerichte noch daran etwas ändern, dass unnötigerweise zahlreiche, auf dieser Kontroverse basierende Gerichtsverfahren abzuführen sind.

Diese Situation, die zudem zur ständigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (im Folgenden auch: EGMR), wonach eine langwährende Rechtsprechungsdivergenz der Gerichte eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK nach sich zieht, im Widerspruch steht, resultiert allerdings nach Auffassung des (nunmehr zuständigen [Einzel-]Richters des) LVwG OÖ nicht vorrangig daraus, dass der EuGH keine Zentralisierung der Kohärenzprüfung bei einem innerstaatlichen (Höchst-)Gericht zulässt, sondern stellt sich vielmehr als die zwangsläufige Konsequenz eines solcherart ausgestalteten nationalen Regelungssystems dar, das (1) weder eine explizite gesetzliche Festlegung der mit der Monopolregelung verfolgten Ziele noch (2) eine ausdrücklich durch Gesetz normierte Verpflichtung des Staates zur Erbringung entsprechender Nachweise für die Kohärenz der Zielerreichung enthält noch (3) auch den Höchstinstanzen eine autonom-gerichtsförmige Kohärenzprüfung ermöglicht, sondern das – wohl in unionsrechtswidriger Weise – die Ermittlung und Verifizierung beider Komponenten der erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit überantwortet, jene damit aber zugleich ihrer objektiv-distanzierten Verfahrensfunktion entkleidet und stattdessen zu einer strukturellen Parteilichkeit verhält.

Diese drei Systemfehler verhindern somit gleichsam schon programmgemäß eine Einheitlichkeit der Beweisführung und Beurteilung hinsichtlich der Kohärenzfrage (1); dazu kommt noch, dass die vom EuGH seinerzeit entwickelten Kohärenzkriterien vom nationalen Gesetzgeber nachträglich in ein bereits vorgefundenes Rahmenkorsett der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts eingepasst wurden, das allerdings speziell in Bezug auf das Erfordernis einer auf allen Instanzenebenen je autonomen gerichtlichen Kohärenzprüfung nicht zuverlässig gewährleisten kann, ein insgesamt dem Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC entsprechendes Verfahren sicherzustellen (2); im Besonderen liegt schließlich auch noch darin eine (horizontale) Inkohärenz, dass das Automatenglücksspiel in nahezu der Hälfte der österreichischen Bundesländern und damit in Bezug auf 40% der Einwohner verboten, in den restlichen Ländern hingegen erlaubt ist, was insgesamt zeigt, dass sogar ein erheblicher Teil des Staates selbst (eben die sog. „Verbotsländer“) offensichtlich der Auffassung ist (sind), dass jenes im GSpG normierte System der Konzessionierung zugunsten singulärer Betreiber gerade nicht das einzige bzw. das geeignetste Mittel darstellt, um die Ziele des effektiven Spielerschutzes und der wirkungsvollen Kriminalitätsvorbeugung sowohl in kohärenter als auch in verhältnismäßiger Weise zu erreichen (3).

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?“

In diesem Zusammenhang wurden die Bedenken gegen die Vereinbarkeit der maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht im Wesentlichen so umschrieben:

1. Soweit es im Bereich des Glücksspielrechts die Vereinbarkeit eines nationalen Eingriffssystems, v.a. in Form eines Monopolregelung, mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 49 ff und den Art. 56 ff AEUV, betrifft, fordert der EuGH in ständiger Judikatur die Durchführung einer sog. „Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung“: Diese muss erweisen, dass nicht nur die konkrete gesetzliche Regelung, sondern auch deren praktische Umsetzung eine tatsächliche und verhältnismäßige Erreichung der mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen bewirkt bzw., dass die konkrete Handhabung der mit der Monopolisierung verbundenen Einschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wirklich mit den Art. 49 ff und 56 ff AEUV im Einklang steht.

Analoges gilt auch in Bezug auf Bedarfsprüfungen im Apothekenrecht.

2. Eine solche Kohärenzprüfung hat jedes Gericht aus eigenem und insbesondere ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsanschauung anderer, allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter Gerichte sowie unter jeweiliger Bedachtnahme auf die aktuellen faktischen Umstände vorzunehmen.

3. Speziell mit Blick auf den innerstaatlichen Instanzenzug versteht das LVwG OÖ diese Judikatur des EuGH insgesamt so,

- dass keine Bindung des unterinstanzlichen Gerichtes an die Entscheidung eines instanzenmäßig übergeordneten Gerichtes jedenfalls dann besteht, wenn die Oberinstanz keine autonome Kohärenzprüfung durchgeführt hat;

- dass hingegen dann eine Bindung an die Entscheidung des instanzenmäßig übergeordneten Gerichtes besteht, wenn die Oberinstanz eine autonome Kohärenzprüfung durchgeführt hat (ausgenommen dann, wenn diese Prüfung die Umstände nach der Erlassung der Eingriffsregelung nicht berücksichtigt hat); sowie

- dass die Oberinstanz eine den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung genügende Kohärenzprüfung voraussetzungsgemäß stets nur dann durchführen

kann, wenn dieser ex lege eine umfassende materielle Kognitionsbefugnis zukommt.

4. Mit diesen Grundsätzen der EuGH-Judikatur dürfte aber 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. mit § 87 VfGG andererseits festgelegt ist – nämlich: jeweils bloße Kassation durch die oberste Instanz, die im Ergebnis keiner Sacherledigung, sondern einer bloß formalen „Zurückverweisung", d.h.: 1.) Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses 2.) samt Verpflichtung der Unterinstanz zur Fällung einer neuen Sacherledigung unter 3.) gleichzeitiger Bindung an die Rechtsansicht des übergeordneten Gerichtes, gleichkommt –, wobei diese Bindungswirkung generell, d.h. insbesondere auch für jene Fallkonstellationen angeordnet wird, in denen 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 Verfahren eine sowohl autonome als auch auf dem aktuellen Faktenstand basierende Kohärenzprüfung durchgeführt haben, vor allem aus folgenden Gründen nicht vereinbar sein:

4.1. Soweit es die rechtliche und faktische Sicherstellung der Garantien der EMRK auf nationaler Ebene betrifft, sieht die Konvention hierfür schon selbst – nämlich in Art. 34 EMRK – ein Individualbeschwerderecht für Personen vor, die sich durch staatliche Eingriffe in ihren Rechten als verletzt erachten; eine solche Beschwerde richtet sich stets gegen eine letztinstanzliche – und damit in aller Regel gegen eine höchstgerichtliche – innerstaatliche Entscheidung.

Stellt der EGMR eine Konventionsverletzung fest, ist der Mitgliedsstaat verpflichtet, diese Entscheidung im Wege seines nationalen Behörden- und Gerichtssystems effektiv umzusetzen (vgl. Art. 46 EMRK).

(Nicht unerwähnt soll in diesem Zusammenhang allerdings bleiben, dass dieses Rechtsschutzsystem de facto infolge der vom EGMR extensiv gehandhabten Ablehnungspraxis objektiv besehen in toto als nicht sehr durchschlagskräftig erscheint.)

4.2. Dem gegenüber ist das unionsrechtliche System zur Gewährleistung der Vertragstreue durch die Mitgliedstaaten – insbesondere zur effektiven Garantie der für die Unionsbürger gemäß dem AEUV und der EGRC vorrangig maßgeblichen Grundfreiheiten und Grundrechte – nicht durch eine entsprechende Individualbeschwerdebefugnis, sondern dadurch gekennzeichnet, dass unionsrechtswidriges nationales Recht von den Behörden und Gerichten nicht anzuwenden ist; bestehen hinsichtlich der Unionsrechtskompatibilität einer innerstaatlichen Norm entsprechende Zweifel, sind die diesbezüglichen Fragen dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 267 AEUV zur Klärung vorzulegen; ausschließlich die in diesem Zuge ergehende Entscheidung des EuGH entfaltet dann eine generelle Bindungswirkung.

Gleichzeitig schafft der Umstand, dass sich diese Vorlageberechtigung gerade nicht auf letztinstanzliche Gerichte beschränkt, auf nationaler Ebene ein System der wechselseitigen Kontrolle zwischen übergeordnetem und untergeordnetem Gericht, das (u.a.) wesentlich dazu beiträgt, dass – als Ausgleich für die dem Bürger fehlende Individualbeschwerdebefugnis – der durch die Europäische Union gewährleistete Grundrechtsschutz auch vom EGMR als „fair" im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC akzeptiert wird.

4.3. Damit in diesem Sinne ein Verfahren speziell mit Blick auf gerichtliche Instanzenzüge insgesamt als „fair" qualifiziert werden kann, muss – wie der EGMR in ständiger Rechtsprechung festhält – insbesondere auch sichergestellt sein, dass eine gerichtliche Entscheidung, die sämtlichen Erfordernissen des Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht wird, im weiteren Verfahrensverlauf durch eine diesen Anforderungen nicht entsprechende (und sohin „nicht-gerichtliche") Entscheidung nicht mehr abgeändert werden kann.

4.4. Wenngleich der EuGH dies bislang zwar noch nicht explizit ausgesprochen hat, vermag dessen ständige Judikatur, wonach in jenen Fällen, in denen jedes Gericht eine autonome (zudem ständig aktualisierte) Kohärenzprüfung vorzunehmen hat, hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität einer nationalen Regelung keine Bindung an die Rechtsansicht übergeordneter innerstaatlicher Gerichte besteht, aber wohl nur unter Einbeziehung der Voraussetzung der Sicherstellung der Unantastbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung durch ein Nicht-Gericht als insgesamt systematisch konsequent – nämlich auch mit der Rechtsprechung des EGMR übereinstimmend – erscheinen.

Davon ausgehend kann wohl dann keine Bindung an die Entscheidung einer übergeordneten innerstaatlichen Institution bestehen, wenn Letztere entweder in organisations- oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht generell keine Gerichtsqualität aufweist oder diese im Besonderen beispielsweise 1.) de facto keine eigenständige Kohärenzprüfung vorgenommen hat oder 2.) diese Kohärenzprüfung nicht (mehr) der aktuellen Faktenlage entspricht oder 3.) das dieser Entscheidung zu Grunde liegende Verfahren nicht in jeglicher Hinsicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt hat.

Die Konsequenz, dass so auf nationaler Ebene temporär – nämlich bis zu der im Interesse der Rechtssicherheit zwecks Vermeidung eines infiniten Zirkels zwingend vom EuGH einzuholenden endgültigen Klärung der zweifelhaften Rechtsfrage – widersprüchliche Entscheidungen und damit Rechtsunsicherheit resultieren, muss insgesamt besehen als ein notwendiges, zugleich aber auch unverzichtbares Teilelement dieses spezifisch konzipierten unionsrechtlichen, von jenem nach der EMRK divergierenden Grundrechtsschutzsystems erscheinen.

4.5. Wird die bisherige Judikatur des EuGH im eben dargelegten Sinn – als mit jener des EGMR harmonisiert – verstanden, dann müssen aber die Art. 49 und 56 AEUV wohl konsequenterweise dahin ausgelegt werden, dass mit diesen ein nationales Verfahrens- und Gerichtsorganisationssystem nicht vereinbar ist, wenn nach diesem nicht zugleich sichergestellt ist, dass in Konstellationen, die eine Kohärenzprüfung erfordern, eine Bindungswirkung an Entscheidungen übergeordneter, den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügender Gerichte stets nur dann und insoweit bestehen kann, als jenen Gerichtsqualität zukommt und diese tatsächlich eine eigenständige und zudem jeweils aktuelle Kohärenzprüfung vorgenommen haben, und zwar im Wege eines Verfahrens, das in jeder Hinsicht dem Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. dem Art. 47 EGRC entsprochen hat.

Ob dies im konkreten Einzelfall jeweils zutrifft, haben zunächst (nämlich: bis zu der durch den EuGH bzw. den EGMR erfolgenden Letztkontrolle) die innerstaatlichen Organe zu beurteilen, und zwar im Wege der bereits zuvor angesprochenen wechselseitigen Kontrolle zwischen oberster Instanz und Mittelinstanz, die im Falle von divergierenden Auffassungen in ein Vorabentscheidungsersuchen münden muss.

4.6. Diese dargestellte, im Interesse der faktischen Effizienz des Unionsrechts unabdingbare Sicherstellung dürfte jedoch schon gleichsam „systembedingt“ insbesondere dann nicht gegeben sein, wenn das übergeordnete Gericht auf Grund der innerstaatlichen Rechtslage 1.) bei gleichzeitigem Neuerungsverbot sowie unter Bindung an das von der Unterinstanz angenommene Tatsachensubstrat, 2.) bezogen auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung der Unterinstanz maßgebliche Sach- und Rechtslage und vor allem 3.) hinsichtlich seiner Kognitionsbefugnis limitiert – nämlich auf bloß grundsätzliche Rechtsfragen (VwGH) einerseits bzw. Verletzungen der Grundrechtssphäre (VfGH) andererseits beschränkt – zu entscheiden hat und dies weiters auch de facto so praktiziert wird, wobei überdies noch daran anknüpfend eine generelle, d.h. den Problemkreis der Unionsrechtskompatibilität nationaler Regelungen gerade nicht explizit ausnehmende Bindungswirkung an solche oberstgerichtliche Entscheidungen gesetzlich festgelegt ist.

4.7. Zuletzt ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass der EGMR in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertritt, dass der VwGH und der VfGH vor allem wegen deren jeweils bloß eingeschränkter Kognitionsbefugnis (VwGH: bloß grundsätzliche Rechtsfragen – vgl. Art. 133 Abs. 4 B-VG; VfGH: bloß verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte – vgl. Art 144 Abs. 1 B-VG) in aller Regel nicht (bzw. allenfalls bloß in organisatorischer Hinsicht) als den europäischen Grundrechtsstandards de facto in jeder Hinsicht entsprechende „Gerichte“ gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK qualifiziert werden können.

8. Unterdessen hat der VwGH im vorliegenden Fall der Amtsrevision des Bundesministers für Finanzen stattgegeben und das hg. Erkenntnis vom 12. Juni 2017, LVwG-411987/5/Gf/Mu, mit Erkenntnis vom 29. Dezember 2017, Ra 2017/17/0792, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

„*6 Der Revisionsfall gleichen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in den entscheidungswesentlichen Punkten jenem, der vom Verwaltungsgerichtshof mit hg. 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.*

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

8 Da das Verwaltungsgericht insoweit die Rechtslage verkannte, belastete es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das übrige Revisionsvorbringen einzugehen.

9 Das angefochtene Erkenntnis war daher bereits aus den genannten Gründen gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts 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 7. September 2017, Ro 2017/17/0207, nicht besteht, wäre dadurch aber im Ergebnis das Problem nicht gelöst, sondern gleichsam nur „verschoben“:

Würde nämlich den vorliegenden Beschwerden 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 in stereotyper Weise eine Amtsrevision an den VwGH zu erheben; und ebenso 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. Von der Beschwerdeführerin wurde angegeben, dass sie das verfahrensgegenständliche Lokal betrieben hat.

Somit ist sie objektiv besehen zwar von der Betriebsschließung in ihrer Rechtsstellung betroffen; allerdings wurde von der Beschwerdeführerin weder behauptet noch belegt, dass bzw. inwieweit sie dadurch subjektiv eine maßgebliche (im Sinne von wirtschaftlich ins Gewicht fallende) Vermögenseinbuße hinzunehmen hatte.

Angesichts dieser Faktenlage sind daher die öffentlichen Interessen daran, im gegenständlichen Fall nach nahezu 1 Jahr 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.

5.2. In diesem Zusammenhang ist 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

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 29. Dezember 2017, Ra 2017/17/0792, gebunden.

2. Von der dort vertretenen Auffassung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols ausgehend erweist sich die im angefochtenen Bescheid gemäß § 56a GSpG ausgesprochene Betriebsschließung als rechtmäßig.

3. Durch diese Maßnahme wurde die subjektive Rechtsstellung der Beschwerdeführerin im Ergebnis nur unmaßgeblich beeinträchtigt; Gegenteiliges wurde insbesondere von der Rechtsmittelwerberin selbst auch gar nicht behauptet.

4. Angesichts dessen war die vorliegende Beschwerde sohin gemäß § 50 VwGVG als im Ergebnis unbegründet abzuweisen.

V.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig, weil im gegenständlichen Verfahren keine im innerstaatlichen Recht wurzelnde bzw. in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes fallende Rechtsfrage, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, zu lösen 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 – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – 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