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

Geschäftszeichen:
LVwG-413682/7/Gf/CJ

Datum:
Linz, 25. Mai 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde der P., vertreten durch RA Dr. F. M., gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. März 2020, Zl. VStV-920300443233-2020, wegen einer Beschlagnahme nach dem Glücksspielgesetz (Mitbeteiligte Partei: Finanzamt Grieskirchen-Wels)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG als im Ergebnis unbegründet 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. Am 2. März 2020 haben Exekutivorgane der Finanzpolizei in einem in der L. X, X W., etablierten Gastgewerbebetrieb eine Kontrolle wegen des Verdachtes des Vorliegens von Verstößen gegen das Glücksspielgesetz (GSpG) durchgeführt. In deren Zuge wurden drei dort ohne erforderliche behördliche Konzession betriebsbereit aufgestellte Geräte, hinsichtlich deren ein Verdacht dahin entstanden war, dass damit nach entsprechender Geldeingabe unterschiedliche Spiele, die als Glücksspiele (virtuelle Walzenspiele und Hunderennen) zu qualifizieren seien, durchgeführt werden können, vorläufig in Beschlag genommen.

2. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. März 2020, Zl. VStV-920300443233-2020 (im Folgenden auch: belangte Behörde), wurde diese Beschlagnahme behördlich bestätigt.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die von den einschreitenden Organen angezeigten Feststellungen auch tatsächlich zutreffen würden und somit als erwiesen anzusehen seien.

3. Gegen diese Beschlagnahme richtet sich die vorliegende Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ).

Darin wird – auf das Wesentliche zusammengefasst – vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid an Verfahrens-, insbesondere Begründungs- und Sachverhaltsfeststellungsmängeln, leide. Außerdem sei die belangte Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides sachlich deshalb nicht zuständig gewesen, weil eine gerichtlich strafbare Handlung, nämlich ein Vergehen gegen § 168 StGB, vorgelegen sei. Schließlich würde sich das im Glücksspielgesetz normierte Monopolsystem als unionsrechtswidrig erweisen.

Daher wird die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

II.

Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung

1. Das LVwG OÖ hat zunächst Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde zu Zl. VStV-920300443233-2020.

Weiters wurde den Verfahrensparteien mit hg. Schriftsatz vom 4. Mai 2020, LVwG-413682/2/Gf/Rok, mitgeteilt, dass sowohl nach der Begründung der angefochtenen Entscheidung als auch nach dem Parteienvorbringen der entscheidungswesentliche Sachverhalt als unstrittig erscheint, sodass aus der Sicht des LVwG OÖ die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vornehmlich deshalb als nicht erforderlich erachtet wird, weil im gegenständlichen Fall bloß Rechtsfragen – nämlich vorweg jene nach der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielmonopolregelung – zu klären sind.

In diesem Zusammenhang wurde zunächst darauf hingewiesen, dass aufgrund zahlreicher anderer gleichgelagerter (bereits vom LVwG OÖ entschiedener oder hg. derzeit noch anhängiger) Verfahren weiterhin (bloß) folgende, seitens staatlicher oder anderer öffentlicher Stellen vorgelegte Beweismittel als notorisch gelten:

1. „Glücksspiel Bericht 2010-2013“ des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden auch: BMF);
2. Stellungnahme des BMF vom 18. September 2014;
3. „Evaluierungsbericht 2010-2014“ des BMF (III-131 BlgNR, 25. GP);
4. „Glücksspiel Bericht 2014-2016“ des BMF;
5. Jens Kalke u.a. (Hrsg.), „Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich“, Lambertus-Verlag, Freiburg i.Br. (2011);
6. „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ des Instituts für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung (ISD);
7. Judith Köberl – Franz Prettenthaler, „Kleines Glücksspiel – Großes Leid?“, Leykam-Verlag, Graz (2009);
8. „Spielsuchthilfe Jahresbericht 2015“ der Ambulanten Behandlungseinrichtung Spielsuchthilfe (Verein [Wiener] Spielsuchthilfe);
9. „Factsheet Sucht – Version 2.7“ des Instituts Suchtprävention – pro mente OÖ (IS);

10. Nina Tröger, „Kaufsucht in Österreich“, Wien 2017;
11. „Stellungnahme zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregelung“ des BMF vom 17. November 2017;
12. Forschungsbericht „Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz“ des Österr. Bundesinstitutes für Gesundheitswesen (erstattet im Auftrag des BMF), Wien 2016.
13. BMF, „Information der Stabsstelle für Spielerschutz zu Spielerschutzregelungen des Glücksspielgesetzes sowie Maßnahmen in diesem Bereich und deren Wirksamkeit“ (4. Aufl., Wien 2018).

Diese zugrunde legend gehe der nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichter des LVwG OÖ (vorläufig) weiterhin davon aus, dass die im GSpG normierte (Quasi-)Monopolregelung unionsrechtswidrig ist.

Weiters wurde den Verfahrensparteien bekannt gegeben, dass es nach der ständigen Judikatur des EuGH (vgl. C-685/15 vom 14. Juni 2017) primär Sache des Staates bzw. der staatlichen Behörden ist, hinsichtlich der effektiven und kohärenten Verfolgung und Erreichung der Ziele des Spielerschutzes und der Kriminalitätsvorbeugung sowie einer bloß maßvollen Werbung und moderaten Erhöhung der Staatseinnahmen jeweils zweckdienliche Beweismittel, die zu einer anderen Beurteilung dieser Einschätzung führen können, vorzulegen.

All dies wurde den Verfahrensparteien in Wahrung des rechtlichen Gehörs zur Kenntnis gebracht.

Gleichzeitig wurden diese u.a. dazu aufgefordert, bekannt zu geben, ob auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet wird sowie sämtliche ihrem jeweiligen Rechtsstandpunkt dienlichen Beweismittel vorzulegen oder so rechtzeitig zu benennen, dass sie von Amts wegen beigeschafft werden können.

2. Vor diesem Hintergrund wurde seitens der Beschwerdeführerin (im Folgenden auch: Bf. bzw. Rechtsmittelwerberin) am 22. Mai 2020 mitgeteilt, dass keine Teilnahme an einer allfälligen öffentlichen Verhandlung erfolgen wird. Unter einem wurde auf die Entscheidungen des EuGH vom 12. September 2019, C-64/18, und des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 30. Oktober 2019, VGW-002/011/7224/2018, hingewiesen sowie eine Stellungnahme über die fachliche Eignung eines Sachverständigen beigelegt.

Die übrigen Verfahrensparteien haben sich nicht geäußert.

3. Das LVwG Oberösterreich hat am 22. Mai 2020 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, an der lediglich ein Vertreter der Amtspartei teilgenommen hat.

Zusätzliche entscheidungswesentliche Sachverhaltsaspekte haben sich in dieser Verhandlung nicht ergeben.

4. Hinsichtlich des zufolge der Verweisung des § 38 VwGVG auch im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten maßgeblichen verwaltungsstrafrechtlichen Amtswegigkeitsprinzips des § 25 VStG hat der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch: EuGH) mit Urteilen vom 14. Juni 2017, C-685/15 (Online Games – EU:C:2017:452) und zuletzt vom 8. Mai 2019, C-230/18 (PI – EU:C:2019:383), dezidiert ausgesprochen, dass dieses 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.

Auf der anderen Seite ist diese Beweispflicht zu Lasten der staatlichen Organe – wie der EuGH bereits zuvor (beginnend mit EuGH vom 23. Oktober 1997, C-157/94, RN 58) festgestellt hatte – nur insofern begrenzt, als diese nicht – über die Notwendigkeit der eingehenden Darlegung, aus welchen Gründen im Falle der Aufhebung der konkret gewählten rechtlichen Eingriffsmaßnahme eine Gefährdung öffentlicher Interessen eintreten würde, hinaus – so weit geht, dass der Staat positiv belegen müsste, dass auch keine andere der Natur der Sache nach hypothetisch vorstellbare Maßnahme die Erfüllung seiner damit verfolgten Ziele und Aufgaben sicherzustellen vermag. Dieser, soweit es die Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrifft, Sichtweise einer extensiven, gleichsam bloß in ihren äußersten Randzonen beschränkten staatlichen Beweispflicht hat sich in der Folge auch der EFTA-Gerichtshof (im Folgenden auch: EFTA-GH), dem vermittels des EWR-Abkommens in gleicher Weise als einem Grenzorgan die Auslegung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten (vgl. Art. 31 EWRA [Niederlassungsfreiheit] und Art. 36 EWRA [Dienstleistungsfreiheit]) obliegt, angeschlossen (vgl. EFTA-GH vom 16. November 2018, E-8/17, RN 123, m.w.N.).

Insoweit kommt daher im Ergebnis das Amtswegigkeitsprinzip nicht zum Tragen, d.h., dass das LVwG OÖ nicht gehalten ist, anstelle der staatlichen Behörden den

Nachweis dafür zu führen, dass die mit dem glücksspielrechtlichen Monopolsystem beabsichtigten Zielsetzungen tatsächlich kohärent verfolgt werden und somit dieser Eingriff in die unionsrechtlichen Grundfreiheiten gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheint.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass generell auch das (deutsche) Bundesverfassungsgericht (im Folgenden auch: BVerfG) seit einer jüngst ergangenen Grundsatzentscheidung (vgl. BVerfG vom 23. Oktober 2018, 1 BvR 2523/13) im Ergebnis die Auffassung vertritt, dass den Staat stets die Beweislast für Eingriffsmaßnahmen trifft und sohin dieser (und nicht das Verwaltungsgericht) – soweit ein direkter Beweis nicht gelingt oder unmöglich ist – zumindest den Nachweis für eine jeweils überzeugende Plausibilität einer konkret vorgenommenen Grundrechtsbeeinträchtigung erbringen muss.

5. Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskonformität der Monopolregelung des GSpG

5.1. Vor dem Hintergrund dieser seitens des EuGH klargestellten Beweislastverteilung sowie Organisations- und Verfahrensgarantien ließen sich im Zuge der hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität des im Glücksspielgesetz verankerten Monopolsystems vom LVwG OÖ durchgeführten Beweisaufnahme unter gleichzeitiger Bedachtnahme auf in früheren, beim LVwG OÖ anhängigen gleichartigen Verfahren erhobene sowie zusätzliche, öffentlich zugängliche Beweismittel – eine solche Heranziehung „amtsbekannter (notorischer) Tatsachen“ scheint nach EuGH-Urteil vom 14. Juni 2017, C 685/15 (Online Games – EU:C:2017:452), wohl nicht gehindert zu sein – sowie der von den Parteien ergänzend beigebrachten Belege folgende entscheidungswesentliche Sachverhaltselemente feststellen[1]:

5.1.1. Zum „Glücksspiel – Bericht 2010-2013“ des Bundesministeriums für Finanzen[2]:

Dieser enthält einerseits bloß rechtspolitische Absichtserklärungen und deskriptive Wiedergaben von Gesetzestexten und Materialien hierzu; andererseits erscheint die diesem zentral zu Grunde liegende Annahme einer Anzahl von ca. 64.000 spielsüchtigen Personen in Österreich angesichts der angewandten Ermittlungsmethode (telefonische Umfrage und Eigeneinschätzung einer bloß geringen Zahl von Spielern) als nicht plausibel.

---

[1] Vgl. zum Folgenden auch schon ausführlich statt vieler LVwG OÖ vom 13. November 2018, LVwG-413039, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

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

Es kann somit nicht als ein gesichertes Faktum angesehen werden, dass die Spielsucht in Österreich ein gesellschaftsrelevantes Problem darstellt(e).

Gleiches gilt hinsichtlich der Ausführungen des Glücksspielberichts zum illegalen Glücksspiel als Kriminalitätsproblem insofern, als lediglich eine hohe Anzahl von Verfolgungshandlungen und Bestrafungen wegen Verletzungen von bloßen Ordnungsvorschriften, nämlich des (zudem im Ergebnis als unionsrechtswidrig zu qualifizierenden – siehe dazu näher unten, III.2.2.6.) Glücksspielmonopols selbst (also gleichsam der petitio principii) hierfür keinen Beleg zu bilden vermag.

Dem gegenüber haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, daran zu zweifeln, dass die in diesem „Glücksspiel – Bericht 2010-2013“ beschriebenen Intensivierungsmaßnahmen hinsichtlich der staatlichen Aufsicht (Anbindung an ein Datenrechenzentrum, bescheidmäßige Vorschreibung von Werbestandards, Maßnahmen zur Geldwäschevorbeugung) bereits tatsächlich in Angriff genommen wurden.

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

Diese beschreibt bescheidmäßige Auflagen im Zuge von Konzessionserteilungen sowie konkrete Aufgaben der Stabsstelle für Spielerschutz.

Allerdings geht daraus nicht hervor, ob und inwieweit diese Auflagen auch konkret umgesetzt und deren tatsächliche Einhaltung hin überprüft wurden und werden.

Entsprechende Nachweise hierfür wurden weder von den staatlichen Behörden beigebracht noch liegen solche objektiv (i.S.v. notorisch) vor.

5.1.3. 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]:

Dieser Evaluierungsbericht erweist sich inhaltlich besehen lediglich als eine – datenmäßig geringfügig aktualisierte – Zusammenfassung des zuvor dargestellten

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

„Glücksspiel–Berichts 2010-2013“ und der „Stellungnahme vom 18. September 2014“.

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

Diese Studie kommt zu der generellen Schlussfolgerung, dass sich das Glücksspielverhalten der österreichischen Bevölkerung im Zeitraum zwischen 2009 und 2015 nicht maßgeblich verändert habe und das Automatenglücksspiel außerhalb von Casinos leicht gesunken sei.

Im Übrigen lässt sich die aus einer bloßen Selbstreflexion einer kleinen Gruppe von Befragten abgeleitete Schlussfolgerung, dass „in Österreich aktuell zwischen 27.000 bis etwa 46.000 Personen spielsüchtig“ sein dürften, aus denselben wie oben bereits zu II.4.1. genannten Gründen faktisch nicht verifizieren[5].

5.1.5. Zu den Erkenntnissen des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, zum Erkenntnis des VfGH 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 OGH vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m, in dem dieser zunächst von einer Unions- und Verfassungswidrigkeit der im GSpG normierten Monopolregelung ausgegangen ist, diese Ansicht nachfolgend aber mit Beschlüssen vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, u.a. wieder revidiert hat:

Alle diese Entscheidungen sind jeweils durchgängig dadurch gekennzeichnet, dass ihnen keine originäre, speziell auf die Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopolsystems bezogene Faktenermittlung zu Grunde liegt.

Somit vermögen sie auch nichts zur Klärung der vom EuGH jüngst neuerlich (vgl. EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/16 [Admiral Casinos & Entertainment AG]) betonten Anforderung beizutragen, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass es bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven nationalen Regelung im

[4] Abrufbar unter: www.isd-hamburg.de/dl/Repraesentativbefragung_2015_Bericht_final.pdf
[5] Vgl. dazu ausführlich statt vieler LVwG OÖ vom 13. November 2018, LVwG-413039, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

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)[6].

5.1.6. Zu „schriftlichen Äußerungen“ und „beigebrachten Unterlagen“ von Rechtsvertretern von Beschwerdeführern (auch in anderen gleichgelagerten Verfahren):

Soweit in diesen auf rechtswissenschaftliche Literaturstellen Bezug genommen wird, gilt das zuvor unter II.5.1.5. Ausgeführte hier in gleicher Weise, weil jenen ebenfalls keine eigenständigen faktenmäßigen Erhebungen zu Grunde liegen.

Allerdings decken sich die in einer Aussendung der Austria Presse Agentur (Originaltextservice) vom 8. April 2015[7] 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 Jahr 2015 mit den auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen diesbezüglich veröffentlichten Zahlen[8], sodass diese sowohl als dem Grunde als auch als der Höhe nach als zutreffend angesehen werden kann.

Soweit es schließlich Unterlagen zu Werbeaktivitäten der Konzessionsinhaber betrifft, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass bereits im Erkenntnis des LVwG OÖ vom 24. Juni 2015, LVwG-410600[9], festgestellt wurde, dass diese als „notorisch aggressiv“ zu qualifizieren ist (vgl. S. 39 f)[10]. Fakten, die diese auch vom OGH und zahlreichen Zivilgerichten geteilte Einschätzung widerlegen, wurden demgegenüber seitens der staatlichen Behörden nicht nachgewiesen und solche lassen sich insbesondere auch den Erkenntnissen des VfGH vom 15. Oktober 2016,

---

[6] Vgl. dazu ausführlich statt vieler LVwG OÖ vom 13. November 2018, LVwG-413039, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

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

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

[9] Abrufbar unter http://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

[10] Wobei diesem Zweck 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) dienstbar gemacht werden.

E 945/2016, und des VwGH vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, nicht entnehmen.

5.1.7. Zum „Glücksspiel Bericht 2014-2016“ des Bundesministeriums für Finanzen:

Die in diesem Bericht enthaltene Darstellung der Tätigkeiten der Stabstelle für Spielerschutz (Zusammenarbeit mit der ARGE Suchtvorbeugung sowie mit den Konzessions- und Bewilligungsinhabern, Durchführung von Projektveranstaltungen in Schulen, Erstellung von Spielerschutzstandards, Stellungnahmen zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen) kann mangels gegenteiliger Indizien als zutreffend unterstellt werden; Gleiches gilt für die Überprüfungstätigkeiten der Finanzpolizei (insgesamt 2.475 Kontrollen; 2.768 Strafanzeigen an Verwaltungsbehörden; 14 Strafanzeigen an die Staatsanwaltschaften).

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass im Jahr 2014 an (Automaten-)Glücksspielabgaben tatsächlich 197,38 Mio Euro (bzw. inkl. Lotto und Spielbank [minus Wetten]: 488,92 Mio Euro) bzw. im Jahr 2015 tatsächlich 207,31 Mio Euro (inkl. Lotto und Spielbank [minus Wetten]: 515,10 Mio Euro) bzw. im Jahr 2016 tatsächlich 247,64 Mio Euro (inkl. Lotto und Spielbank [minus Wetten]: 558,93 Mio Euro) eingehoben wurden[11].

5.1.8. Zum Bericht „Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz“ des Österreichischen Bundesinstitutes für Gesundheitswesen (im Folgenden kurz: Bericht des ÖBIG):

Diese im Auftrag des BMF im April 2016 fertiggestellte Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die „Idee, den Erfolg von Spielerschutzmaßnahmen mit großangelegten Bevölkerungsbefragungen zur Erhebung des Kriteriums ‚Reduktion des Anteils (Prävalenz) problematischer bzw. pathologischer Spieler/innen in der Gesellschaft‘ zu messen, unrealistisch“ ist.

Im Übrigen lässt sich aus dieser letztlich lediglich ableiten, dass in Entsprechung zur einschlägigen EuGH-Judikatur bestimmte Spielerschutzmaßnahmen gesetzlich implementiert wurden, nicht jedoch, dass bzw. inwieweit diese auch faktisch effektiv und ob diese in toto einerseits in sich und andererseits auch im Hinblick auf die sonstigen mit der Monopolregelung des GSpG verfolgten Ziele kohärent sind.

---

[11] Vgl. dazu ausführlich statt vieler LVwG OÖ vom 13. November 2018, LVwG-413039, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

5.1.9. Zum Bericht „Suchtmittel-Monitoring 2017“[12] des Instituts für Empirische Sozialforschung (im Folgenden kurz: Bericht des IFES):

Nach dieser für die „Sucht- und Drogenkoordination Wien GmbH (SDW)“ auf Basis einer von Juni bis August 2017 im Wege von mündlichen Interviews durchgeführten Befragung der über 15-jährigen Bevölkerung Wiens im Oktober 2017 erstellten Studie verkörpert der Konsum von Alkohol- und Tabakprodukten sowie von Psychopharmaka bzw. illegalen Drogen nach wie vor das in Österreich am weitesten verbreitete Suchtpotential.

Speziell in Bezug auf Spielsucht kommt der IFES-Bericht zu dem Ergebnis, dass bei der „Teilnahme der Wiener Bevölkerung an diversen Glücksspielen und Wettangeboten ... das Glücksspiel ‚Lotto 6 aus 45‘ ... die mit Abstand höchste Verbreitung“ aufweise (50%); Erfahrungen mit Sportwetten hätten 13% der Interviewpartner gehabt, während nur „jeweils rund 8 Prozent der Befragten ... gelegentlich an Spielautomaten in Kasinos oder an anderen Orten“ spielen würden, „wobei der Anteil der regelmäßigen Spieler ebenfalls sehr gering ist (1 – 2%)“ (vgl. S. 7).

5.1.10. Die Stellungnahme des BMF „zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregelung“ vom 17. November 2017, Zl. BMF-180000-1382-I-8-2017, enthält eine deskriptive Darstellung der maßgeblichen Rechtslage und der einschlägigen Rechtsprechung mit der Intention, den Vollzugsbehörden eine effektive Handlungsanleitung zur Verfügung zu stellen; konkrete Belege für die darin als zutreffend unterstellten Fakten lassen sich dieser Stellungnahme nicht entnehmen.

5.2. Mangels weiterer, v.a. seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweismittel ist zusammenfassend festzustellen, dass ein direkter Faktenbeweis dafür, dass das im Glücksspielgesetz normierte, einen Eingriff in unionsrechtliche Grundfreiheiten verkörpernde Monopolsystem zum Zweck der Erreichung der damit verfolgten Hauptziele (Spielerschutz, Suchtprävention, Kriminalitätsbekämpfung, Kriminalitätsvorbeugung etc. – siehe dazu unten, III.2.2.2.5.) tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise vollzogen wird, nicht existiert.

[12] Downloadbar unter: https://sdw.wien/wp-content/uploads/Suchtmittelmonitoring-2017_Text.pdf

Ein solcher kann angesichts der seitens des EuGH in dessen Urteil vom 14. Juni 2017, C 685/15 (Online Games – EU:C:2017:452), geforderten Dynamik der zu belegenden Tatsachen naturgemäß auch nicht erwartet werden.

Daher ist diese Frage nach dem zuvor Ausgeführten anhand der Plausibilität der von den Verfahrensparteien beigebrachten indirekten Belege – insbesondere der von den staatlichen Stellen für die Unionsrechtskonformität ins Treffen geführten Argumentation – sowie darüber hinaus unter Berücksichtigung notorischer Tatsachen zu beurteilen, wobei dies keine Rechts-, sondern eine reine Wertentscheidung verkörpert; außerdem fließen dadurch zugleich die sonst dogmatisch zu trennenden Vorgänge der Beweiswürdigung einerseits und der rechtlichen Beurteilung andererseits ineinander, sodass diese Frage dort (siehe unten, III.2.) in einem zu behandeln ist.

6. Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich des im gegenständlichen Fall konkret erlassenen Bescheides

6.1. Die Bf. ist den in der Anzeige des Finanzamtes enthaltenen, bereits oben unter I. dargestellten Feststellungen – insbesondere dahin, dass es sich bei den beschlagnahmten Gegenständen um Glücksspielgeräte handelte und sie über eine für deren Betrieb erforderliche Konzession nicht verfügte – nicht substantiell entgegengetreten (siehe auch oben, II.3.1. und 3.2.).

6.2. Ergänzend wurde festgestellt, dass die Bf. – wie auch aufgrund zahlreicher anderer hg. anhängiger gleichartiger Verfahren notorisch ist – nach deren glaubwürdigem und auch von der belangten Behörde sowie von der Amtspartei unwidersprochen gebliebenem Vorbringen ihre Software, die eine unabdingbare Voraussetzung für den funktionsgemäßen Betrieb der Glücksspielgeräte bildet, von einer GmbH beziehen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union – nämlich in T. – hat, sodass insoweit ein entsprechender Auslandsbezug gegeben ist.

III.

Inhaltliche rechtliche Beurteilung

A. Zum (impliziten) Vorbringen des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 53 GSpG

1. Nach § 53 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes, BGBl 620/1989 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I 62/2019 (im Folgenden: GSpG), kann die Behörde u.a. dann die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, sonstigen Eingriffsgegenständen und technischen Hilfsmitteln anordnen, wenn der Verdacht besteht, dass mit solchen Gegenständen fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird.

Eine Heranziehung dieser Bestimmung setzt demnach den Verdacht einer Übertretung des § 52 Abs. 1 GSpG voraus.

2. Nach § 52 Abs. 1 GSpG in der im vorliegenden Fall maßgeblichen Fassung BGBl I 107/2017 beging u.a. derjenige eine Verwaltungsübertretung und war hierfür von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, der zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltete, organisierte oder unternehmerisch zugänglich machte oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligte (Z. 1); bei Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen war über eine solche Person für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro, zu verhängen.

3.1. Im gegenständlichen Fall gingen die einschreitenden Organe vom Vorliegen von i.S.d. § 2 Abs. 4 GSpG verbotenen Ausspielungen aus.

Nach § 2 Abs. 4 GSpG sind „verbotene Ausspielungen“ solche, für die eine Konzession oder Bewilligung nach „diesem Bundesgesetz“ – d.i. das GSpG – nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 GSpG unterliegen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 GSpG nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

3.2.1. Im Kontext besehen könnten daher die Bestimmungen des § 2 Abs. 4 GSpG, des § 4 Abs. 2 GSpG, des § 5 GSpG und des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG so verstanden werden, dass – weil Landessausspielungen gemäß § 5 GSpG ebenfalls einer Bewilligung bedürfen – bereits der Umstand des Nichtvorliegens einer Bewilligung eine dennoch durchgeführte Ausspielung als „verboten“ i.S.d. § 2 Abs. 4 GSpG erscheinen lässt und somit eine Strafbarkeit nach § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG begründet.

Denn – so ließe sich argumentieren – die bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 5 GSpG trotz Nichtbestehens einer entsprechenden Bewilligung dennoch vorgenommene Ausspielung ist vom Ausnahmetatbestand des § 4 Abs. 2 GSpG nicht gedeckt; eine solche Ausspielung greift somit in das Glücksspielmonopol des Bundes ein und ist daher – weil bewilligungslos – wiederum gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG strafbar.

3.2.2. Eine derartige Sichtweise erweist sich jedoch aus folgenden Gründen als nicht haltbar:

3.2.2.1. Den Ausgangspunkt bildet § 4 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes, BGBl 169/1962 (im Folgenden: GSpG 1962).

Danach durften Ausspielungen von Geld mittels Glücksspielapparaten nur in einer Spielbank – zu deren Führung gemäß § 21 Abs. 1 GSpG 1962 eine Konzession des Bundesministers für Finanzen erforderlich war – vorgenommen werden.

Parallele landesrechtliche Regelungen hinsichtlich des Automatenglücksspiels bestanden daher zum damaligen Zeitpunkt (noch) nicht.

3.2.2.2. Mit der Novelle BGBl 626/1976 wurde erstmals eine Regelung in Bezug auf das sog. „Kleine Glücksspiel“ geschaffen, und zwar dahin, dass seither gemäß § 4 Abs. 2 GSpG 1962 Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten dann nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes unterlagen, wenn der Einwurf den Betrag von 2 Schilling und der Gewinn den Betrag von 20 Schilling nicht überstieg.

In dieser Form wurden „jene Glücksspiele, die nicht dem Glücksspielmonopol unterliegen“, begrifflich gefasst und unter einem festgestellt, dass „solche monopolfrei gestellte(n) Glücksspiele der Kompetenz der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung“ unterliegen (vgl. die E zur RV, 307 BlgNR 14. GP, S. 3), das „Kleine Glücksspiel“ also (seitdem) „Ländersache geworden ist“ (vgl. den Abgeordneten Dr. Broesigke, StenProtNR, 14. GP, 36. Sitzung, S. 3414).

Mit dieser Novelle hat der einfache Bundesgesetzgeber, dem hinsichtlich der Festlegung der inhaltlichen Reichweite des Glücksspielmonopols die Kompetenzkompetenz zukommt (vgl. VfGH vom 10. Oktober 2018, G 105/2018), sohin eine Abgrenzung zwischen seinem eigenen Zuständigkeitsumfang und jenem der Länder vorgenommen. Systematisch besehen verhalten sich bundesgesetzlicher einerseits und landesgesetzlicher Bereich andererseits derart zueinander, dass es sich hierbei zwar um – gesamthaft-punktuell betrachtet – wechselseitig komplementäre (vgl. bereits LVwG OÖ vom 7. Februar 2018, LVwG-412532, S. 15), jedoch, wie anhand der normierten Wertgrenze deutlich wird, dennoch trennscharfe, einander allenfalls im Grenzbereich tangierende, nicht aber einander wechselseitig gleichsam automatisch materiell-substituierende Teilbereiche handelt; vielmehr bedarf eine entsprechende Grenzverschiebung i.S.d. Art. 18 Abs. 1 B-VG jeweils einer entsprechenden expliziten bundesgesetzlichen Anordnung.

3.2.2.3. An dieses seinerzeit grundgelegte System der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern bzw. der Festlegung der inhaltlichen Reichweite des Glücksspielmonopols des Bundes wurde im Zuge der Neuerlassung des GSpG durch BGBl 620/1989 angeknüpft, wie aus den E zur RV (vgl. 1067 BlgNR, 17. GP, S. 16) hervorgeht:

> „Zu § 4:
> Die in diesem Paragraphen vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommenen Glücksspiele unterliegen auf Grund der Kompetenzverteilung der Art. 10 bis 15 B-VG der Regelungszuständigkeit der Länder.“

Bereits nach § 4 Abs. 2 GSpG in dessen Stammfassung unterlagen daher „Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten ..... nicht dem Glücksspielmonopol, wenn 1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 5 S nicht übersteigt und 2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 200 S nicht übersteigt.“

3.2.2.4. Vor diesem Hintergrund erfolgte mittels der GSpG-Novelle BGBl I 54/2010 im Wege des § 2 Abs. 4 GSpG erstmals eine Begriffsbestimmung des „verbotenen Glücksspiels“ in jener Form, wie diese auch gegenwärtig noch Gültigkeit aufweist (vgl. die E zur RV, 658 BlgNR, 24. GP, S. 3: „Begriffliche Klarstellungen – Definition verbotener Ausspielungen“).

Zugleich wurde § 52 Abs. 1 Z. 1 VStG mit einem entsprechenden Verweis auf diese Legaldefinition versehen.

Aus dem Zusammenhalt dieser beiden Bestimmungen ergibt sich daher, dass eine nach der bundesrechtlichen Vorschrift des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG strafbare, i.S.d. § 2 Abs. 4 GSpG verbotene Ausspielung mittels Glücksspielautomaten (nur) dann vorliegt, wenn es sich nicht um eine in den Regelungsbereich der Länder fallende (und daher nach § 4 Abs. 2 GSpG vom Glücksspielmonopol ausgenommene) Ausspielung handelt und zu deren Vornahme einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG (arg. „nach diesem Bundesgesetz“ in § 2 Abs. 4 GSpG) erforderlich wäre, eine solche jedoch tatsächlich nicht vorliegt.

3.2.2.5. Gemäß § 60 Abs. 22 GSpG ist die Novelle BGBl I 54/2010 am 20. Juli 2010 in Kraft getreten.

Es ist daher evident, dass der Gesetzgeber im Zuge der unmittelbar darauf erfolgten neuerlichen Novellierung des GSpG durch BGBl I 73/2010, die am 19. August 2010 Wirksamkeit erlangte und mit der § 5 GSpG seine bis heute maßgebliche Fassung erhielt, diese kurz zuvor durch § 52 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 2 Abs. 4 GSpG erfolgte Systemneuerung durchaus vor Augen haben musste, zumal auch die Regierungsvorlagen zu beiden in Rede stehenden Novellen aus ein und derselben Behörde (Bundesministerium für Finanzen) stammten.

3.2.2.6. Fallbezogen sieht (bzw. sah) dem entsprechend § 3 Abs. 1 des Oö. Glücksspielautomatengesetzes, LGBl 35/2011 i.d.F. 29/2014 (im Folgenden: OöGSpAG), vor, dass eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten nur mit Bewilligung der Landesregierung erfolgen darf (durfte); insgesamt dürfen (durften) drei Bewilligungen zum Aufstellen und Betrieb von Glücksspielautomaten im Bundesland Oberösterreich erteilt werden, wobei die Bewilligungserteilung nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche durch die Landesregierung erfolgt(e).

Nach § 3 Abs. 5 OöGSpAG besteht (bzw. bestand) ein spielerschutzorientierter Spielverlauf insbesondere dann, wenn die vermögenswerte Leistung des Spielers höchstens 10 Euro (in Automatensalons) bzw. 1 Euro (bei Einzelaufstellung) pro Spiel beträgt und die in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinne in Geld, Waren oder geldwerten Leistungen) 10.000 Euro (in Automatensalons) pro Spiel bzw. 1.000 Euro (bei Einzelaufstellung) nicht überschreiten (überschritten haben).

3.2.2.7. Im Ergebnis ist daher eine Strafbarkeit nach § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG nur dann gegeben, wenn es nicht um eine in den Regelungsbereich der Länder fallende Ausspielung handelt und zu deren Durchführung eine Konzession

oder Bewilligung nach dem GSpG erforderlich wäre, eine solche jedoch tatsächlich nicht vorliegt.

Ansonsten kann allenfalls der Tatbestand einer Übertretung der landesrechtlichen Vorschrift (wie z.B. gemäß § 22 OöGSpAG) gegeben sein.

3.2.2.7.1. Für eine derartige Sichtweise spricht im Übrigen auch, dass das Verwaltungsstrafrecht aus kompetenzrechtlichem Blickwinkel eine Annexmaterie verkörpert (vgl. Art. 11 Abs. 2 B-VG); dies schließt es aus, dass die Übertretung einer landesrechtlichen Vorschrift – nämlich das Nichtvorliegen einer z.B. nach § 3 OöGSpAG erforderlichen Bewilligung – einem bundesgesetzlich als strafbar erklärten Tatbestand (§ 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG) unterfällt.

3.2.2.7.2. Zudem ist führt die in § 5 Abs. 5 lit. a Z. 1 und 2 sowie lit. b Z. 1 und 2 GSpG konkret erfolgte Festlegung von Wertgrenzen für das „Kleine Glücksspiel“, die lediglich im Falle von deren Überschreitung – nicht aber eben auch bei deren Unterschreitung – eine bundesrechtliche Bewilligungspflicht entstehen lässt, im Ergebnis dazu, dass nur in Bezug auf das „Große Glücksspiel“ eine „Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz“ – nämlich dem GSpG – erforderlich ist. Eine Strafbarkeit nach § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG tritt daher nur dann ein, wenn im Zuge der bewilligungslosen Ausspielung die in § 5 Abs. 5 lit. a Z. 1 und 2 sowie lit. b Z. 1 und 2 GSpG normierten Wertgrenzen überschritten wurden.

3.2.2.8. Dies bedingt entsprechende Erhebungen und Tatsachenfeststellungen; liegen solche nicht vor, kann daher allein auf Grund des Umstandes, dass eine Ausspielung durchgeführt wurde, obwohl weder eine bundes- noch eine landesrechtliche Bewilligung vorlag, nicht von der Tatbestandsmäßigkeit einer solchen Handlung i.S.d. § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ausgegangen werden.

Damit ist aber in solchen Fällen all jenen Eingriffsnormen des GSpG, die im Sinne einer Akzessorietät explizit auf (den Verdacht einer bzw.) eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG abstellen, hinsichtlich der Landesausspielungen gemäß § 5 Abs. 1 GSpG ein Anwendungsbereich entzogen.

Dies betrifft insbesondere Beschlagnahmen gemäß § 53 GSpG, Einziehungen nach § 54 GSpG und Betriebsschließungen i.S.d. § 56a GSpG, soweit sich diese jeweils auf den Verdacht bzw. auf die Feststellung des Vorliegens einer „verbotenen Ausspielung“ gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 2 Abs. 4 GSpG gründen.

3.3. Vor diesem Hintergrund ist darauf hinzuweisen, dass im gegenständlichen Fall seitens der einschreitenden Organe in Bezug auf die drei beschlagnahmten Geräte jeweils ein Höchsteinsatz von 15 Euro pro Spiel festgestellt wurde.

In allen Fällen war daher der diesbezüglich in § 3 Abs. 5 OöGSpAG festgelegte Grenzwert von 10 Euro (in Automatensalons) bzw. 1 Euro (bei Einzelaufstellung) überschritten, sodass die Exekutivorgane in vertretbarer Weise vom Verdacht des Vorliegens einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ausgehen konnten.

3.4. Daher war den gegenständlichen Beschwerden mit Blick auf deren (implizites) Vorbringen der Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 lit. a GSpG jedenfalls der Erfolg zu versagen.

B. Zum Vorbringen der Unionsrechtswidrigkeit, insbesondere der Unvereinbarkeit des Glücksspielmonopols mit Art. 56 AEUV

1. Mit der gegenständlichen Beschwerde werden auch umfassende Bedenken dahin geäußert, dass das in § 3 GSpG explizit als solches bezeichnete Glücksspielmonopol im Widerspruch zum Unionsrecht steht.

2.1. Hinsichtlich der Problematik, ob im vorliegenden Fall auch die Rechtsvorschriften der Europäischen Union – und unter diesen insbesondere die in Art. 49 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit und die in Art. 56 AEUV garantierte Dienstleistungsfreiheit – unmittelbar zum Tragen kommen, hat sich im Ermittlungsverfahren ergeben, dass die Bf. die zur Durchführung der Ausspielungen unabdingliche Software von einer Anbieterin bezogen haben, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union (T.) hat.

Im Übrigen wurde dieser Umstand auch weder von der belangten Behörde noch von der Amtspartei in Zweifel gezogen.

Der nach Art. 49 AEUV bzw. Art. 56 AEUV jeweils geforderte Auslandsbezug ist daher gegeben.

2.2. Vor diesem Hintergrund sind somit im gegenständlichen Fall vom LVwG OÖ von Amts wegen (d.h., auch insoweit, als die Bf. kein diesbezügliches Vorbringen erstattet hat) die vom EuGH vorgegebenen Kriterien dafür, ob das GSpG-Monopol mit der in Art. 49 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit und/oder mit der in Art. 56 AEUV normierten Dienstleistungsfreiheit sowohl dem Grunde nach vereinbar ist als auch im Besonderen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt, zu prüfen, d.h.: welche bzw. ob mit der im GSpG verankerten Monopolregelung tatsächlich die Ziele eines erhöhten Spielerschutzes, einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung etc. – und nicht etwa vorrangig solche, die einen Eingriff in unionsrechtliche Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermögen – verfolgt und ob dadurch tatsächlich

und systematisch insbesondere der Anreiz und die Gelegenheit zum Spiel verringert werden und ob die aus dem GSpG-Monopol resultierenden Beschränkungen in ihrer Gesamtheit sowie jeweils für sich betrachtet verhältnismäßig sind.

2.2.1. Die Kohärenzkriterien im Allgemeinen

Nach Art. 56 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union für Angehörige von Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, grundsätzlich verboten bzw. nur im Rahmen jener Kriterien zulässig, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben; Gleiches gilt für Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV.

Im Besonderen hat der EuGH in Bezug auf das (zumindest bislang noch) nicht harmonisierte Glücksspielwesen in seinem Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (Pfleger, EU:C:2014:281), ausgesprochen, dass Art. 56 AEUV in diesem Zusammenhang dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Monopolregelung wie jener des GSpG entgegensteht, sofern ein derartiges System „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“.

Begründend wurde dazu insbesondere ausgeführt (vgl. näher die RN 39 bis 64 dieses Urteils, jeweils m.w.N.), dass eine Regelung, die den Betrieb von Glücksspielautomaten ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet, eine Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.

Daher hat das nationale Gericht zu prüfen, ob eine solche Beschränkung im Rahmen der Ausnahmeregelungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die in den nach Art. 62 AEUV auch auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs anwendbaren Art. 51 AEUV und Art. 52 AEUV ausdrücklich vorgesehen sind, zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des EuGH aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist; zu diesen Gründen zählen vor allem der Verbraucherschutz, die Betrugsvorbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen.

Sollte sich jedoch im Zuge einer Gesamtwürdigung ergeben, dass die Monopolregelung des GSpG nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes und/oder der Kriminalitätsbekämpfung (insbesondere der Betrugsvorbeugung) verfolgt und/oder nicht tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise die Anreize und Gelegenheiten zum Spiel verringert, sondern de facto bloß eine Maximierung der Staatseinnahmen intendiert und/oder die daraus resultierenden Beschränkungen nicht

den sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen, wäre eine solche mitgliedstaatliche Konzeption nicht mit dem Unionsrecht vereinbar; davon ausgehend könnte aber der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine beschränkende nationale Regelung im Glücksspielbereich auch nicht zu Sanktionen führen, wenn bzw. soweit eine solche Eingriffsnorm selbst mit Unionsrecht unvereinbar ist.

Vor diesem Hintergrund sind daher im Folgenden die vom EuGH aufgestellten Kriterien zur Rechtfertigung eines Monopolsystems im Bereich des Glücksspielwesens im Einzelnen jeweils näher zu untersuchen[13].

2.2.2. Dem öffentlichen Interesse dienende Ziele (öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit bzw. sonstige zwingende Gründe des Allgemeininteresses)

2.2.2.1. Spielerschutz und Suchtprävention

2.2.2.1.1. Wie sich den darauf bezüglichen Gesetzesmaterialien entnehmen lässt (vgl. 657 BlgNR, 24. GP, S. 1 und 3), sollten der Spielerschutz und die Suchtvorbeugung eine wesentliche Zielsetzung der GSpG-Novelle BGBl I 73/2010 bilden.

2.2.2.1.1.1. Vorweg ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinzuweisen, dass es einerseits aus dem Blickwinkel der verfassungsmäßigen Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die zentral darin besteht, den Bürger vor rechtswidrigen Eingriffen der Gesetzgebung und der Verwaltung zu schützen, schon als a priori verfehlt erscheint, den Materialien im Zuge der Auslegung von Gesetzen eine vorrangige Bedeutung beizumessen. Denn auf diese Weise würden in der Regel – und damit letztlich gleichsam systematisch – jene Versäumnisse, die der Behörde im Gesetzgebungsprozess unterlaufen sind und die zu korrigieren im Übrigen ohnehin unschwer zu ihrer Disposition steht, im Nachhinein und zugleich im Widerspruch zum angesprochenen Verfassungsauftrag zu Lasten der Normunterworfenen, denen eine solche Möglichkeit gerade nicht zukommt, substituiert.

Davon abgesehen erweist sich andererseits eine dementsprechende bloße Absichtserklärung in Gesetzesmaterialien auch nicht als hinreichend (vgl. explizit die Schlussanträge der Generalanwältin vom 9. März 2017 im Verfahren C-685/15 [Online Games – EU:C:2017:2017], RN 53); vielmehr müssen solche Ziele auch tatsächlich und in kohärenter Weise umgesetzt werden.

[13] Vgl. dazu und zum Folgenden schon ausführlich statt vieler LVwG OÖ vom 13. November 2018, LVwG-413039, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

Im Besonderen kommt also den Gesetzesmaterialien im Zuge einer unionsrechtlichen Kohärenzprüfung allenfalls die Qualität einer rechtspolitischen Absichtserklärung jener Stelle, die diese verfasst hat (hier also: des Bundesministeriums für Finanzen), zu.

2.2.2.1.1.2. Im Übrigen darf in diesem Zusammenhang auch die der angesprochenen Novelle vorangegangene historische Entwicklung nicht außer Acht gelassen werden[14]:

Ursprünglich war nämlich durch § 4 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes 1962 (BGBl 169/1962) klagestellt worden, dass (u.a.) „Ausspielungen von Geld mittels Glücksspielapparates ..... nur in einer Spielbank ..... durchgeführt werden“ dürfen, wobei seinerzeitige Inhaberin der entsprechenden Spielbankbewilligung die Österreichische Casino AG (heute: Casinos Austria AG) war und sich deren Unternehmensanteile überwiegend in der Hand des Bundes befanden. Im Ergebnis umfasste damit das Glücksspielmonopol des Bundes (§ 2 GSpG 1962) auch das sog. „Kleine Automatenglücksspiel“. Ein gutes Jahrzehnt später wurde jedoch dieses Kleine Automatenglücksspiel – d.h., soweit der „Einwurf“ den Höchstwert von 2 Schilling bzw. der Gewinn den Höchstwert von 20 Schilling nicht überstieg – durch die Novelle BGBl 626/1976 aus diesem Regime ausgegliedert, indem dieses Segment gleichsam in die Kompetenz der Länder „verschoben“ wurde (vgl. 307 BlgNR, 14. GP, S. 3). Im Effekt wurde dadurch der status quo, dass in diesem nicht mehr dem Bundesmonopol unterliegenden Bereich überwiegend solche Unternehmen tätig waren, die (nicht bloß mehrheitlich, sondern) in vollem Umfang von Privatpersonen geführt wurden, – unausgesprochen, aber nichtsdestoweniger mit Bestimmtheit – gleichsam als „ein System“ gesetzlich anerkannt.

(Erst) seit der Stammfassung des gegenwärtig maßgeblichen GSpG 1989 (BGBl 620/1989) – und damit zu einem noch vor dem EU-Beitritt Österreichs gelegenen Zeitpunkt – zählt(e) der Aspekt des Spielerschutzes zu den von der Bundesregierung und von Vertretern der (damaligen) politischen Mehrheitsparteien betonten Zielsetzungen dieses Gesetzes; allerdings gingen die Aspekte des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung aber schon seit damals stets Hand in Hand mit jenen der Kostensenkung durch Auslagerung an Private und der gleichzeitig damit verbundener Maximierung von Staatseinnahmen. Dieser Konnex lässt sich insbesondere auch explizit aus den Gesetzesmaterialien entnehmen, und zwar einerseits aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (vgl. 1067 BlgNR, 17. GP, S. 15) und andererseits aus den Protokollen zu den Sitzungen des Nationalrates (vgl. StenProtNR, 17. GP, 119. Sitzung, S. 14.076 ff), wobei in diesem Zusammenhang stets zu beachten ist, dass politische Absichtserklärungen das zentrale Motiv einer Regelung häufig zu dem Zweck verschleiern, um diese für eine große Mehrheit der

[14] Vgl. ausführlicher zum Folgenden statt vieler bereits LVwG OÖ vom 18. Oktober 2018, LVwG-413004, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

Durchschnittsbevölkerung akzeptabel zu machen und davon ausgehend eine möglichst breite Zustimmung in der jeweiligen gesetzgebenden Körperschaft zu erhalten (sog. „dilatorische Formelkompromisse“). Der echte Paradigmenwechsel des GSpG 1989 bestand daher – wenngleich nicht explizit ausgesprochen, so auf Grund der Gesetzesmaterialien doch offenkundig – darin, dass sämtliche das Kleine Glücksspiel anbietenden externen Unternehmen – im Unterschied zu dem bis dahin generell maßgeblichen Verständnis von eigenunternehmerischer Tätigkeit der öffentlichen Hand – nicht bloß gemein-, sondern strikt marktwirtschaftlich orientiert waren.

Der ursprünglich rechtspolitisch motivierte Deckmantel des Spielerschutzes wurde später den Materialien zur GSpG-Novelle I 73/2010 zufolge mit einer durch die Judikatur des EuGH gebotenen Notwendigkeit gleichsam „überhöht“, wobei zugleich eine weitere grundlegende Systemänderung dahin erfolgte, dass erstmals bundesrechtliche Vorgaben für das nicht dem Glücksspielmonopol unterliegende, kompetenzverteilungsmäßig von den Ländern zu regelnde Kleine Automatenglücksspiel normiert wurden, und zwar dahin, dass zur Durchführung solcher Ausspielungen die Erforderlichkeit einer vorangehenden behördlichen Bewilligung festgelegt, unter einem die Anzahl solcher Bewilligungen auf lediglich drei pro Bundesland gesetzlich beschränkt (vgl. § 5 Abs. 1 GSpG i.d.F. BGBl I 73/2010) und deren Erlangung mit hohen Zugangshürden verknüpft wurde (vgl. § 5 Abs. 2 bis Abs. 7 GSpG i.d.F. BGBl I 73/2010), die zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung dieser Bewilligungen de facto bloß von singulären Unternehmen (aus dem ohnehin schon von vornherein sehr beschränkten Interessentenkreis) erfüllt werden konnten. Zugleich wurde die diesbezügliche Liberalisierung in Form einer „echten Vollprivatisierung“, d.h., dass die Bewilligungen zum Anbieten von (Kleinem) Automatenglücksspiel ausschließlich Interessenten zugänglich gemacht wurden, an denen die öffentliche Hand nicht beteiligt war (bzw. ist), aufrecht erhalten, sodass unter einem der Entfall einer staatlichen Einflussnahme in Richtung einer gemeinwirtschaftlichen Bindung prolongiert wurde. Damit herrschte im Gesetzgebungsprozess völlige Klarheit darüber, dass sich solche Unternehmen ausschließlich an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientieren werden, was unter dem Aspekt der gleichzeitigen Zielsetzung einer Maximierung der Staatseinnahmen in der Schaffung eines zusätzlichen Anreizes für die bestehenden (neue sind nach dem Wirksamwerden dieser Novelle kaum hinzugekommen) Anbieter in Form der Normierung eines entsprechenden Konkurrenzschutzes (hier: durch Limitierung der Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen) resultierte. Dem Umstand, dass in diesem Zusammenhang v.a. deshalb, um der zwischenzeitlich ergangenen Judikatur des EuGH zu entsprechen, die bis dahin bloß kursorischen Spielerschutzregelungen erstmals näher konkretisiert wurden, kam bzw. kommt vor einem solchen Hintergrund in Wahrheit ebenso bloß untergeordnete – nämlich de facto primär eine zusätzlich protektionistische – Bedeutung zu wie dem entlarvenden Aspekt, dass Kriminalitätsvorbeugung als weitere gesetzgeberische Zielsetzung in diesem Zusammenhang kaum propagiert wurde.

2.2.2.1.1.3. Lag damit aber die Hauptintention der Neufassung des GSpG durch BGBl 620/1989 sowie dessen Novellierung durch BGBl I 73/2010 sogar schon nach den Gesetzmaterialien unmissverständlich primär darin, das Glücksspiel zur Gänze vom Staat auf private Unternehmen zu verlagern – dies jedoch nicht im (bis dahin) klassischen Sinn einer sog. „Ausgliederung“, sondern vielmehr im Wege eines prolongierten Paradigmenwechsels, nämlich schrittweise immer mehr in Richtung einer echten marktwirtschaftlichen Vollprivatisierung, die speziell in Bezug auf das Kleine Automatenglücksspiel mit einem Konkurrenzschutz (in Form einer zahlenmäßigen Limitierung der behördlich zu vergebenden Bewilligungen sowie Verankerung von hohen Zugangshürden für deren Erlangung) einherging sowie einer daraus gleichzeitig resultierenden Erhöhung der Staatseinnahmen diente und dem die Institutionalisierung eines staatlichen Aufsichtsrechts korrelierte, während die Positivierung von Spielerschutzbestimmungen ursprünglich bloß rechtspolitischem Strategiedenken entsprang und später auch unter Hinweis auf die Judikatur des EuGH gerechtfertigt werden konnte – so ergibt sich insgesamt schon anhand der Gesetzesmaterialien, dass nunmehr Spielerschutz und Suchtvorbeugung, aber auch (Voll-)Privatisierung und Kostensenkung sowie eine daraus resultierende Maximierung der Staatseinnahmen einander zumindest jeweils gleichwertige, mit der Monopolregelung des Glücksspielgesetzes verfolgte Zielsetzungen bilden.

Nicht verifizieren lässt sich hingegen anhand der Gesetzesmaterialien, dass eine Staatseinnahmenmaximierung das Hauptziel der Monopolregelung des GSpG in dem Sinne bilden soll, dass diesem Ziel gegenüber sämtliche anderen Intentionen als untergeordnet anzusehen wären.

2.2.2.1.2. Im Zuge des vom LVwG OÖ durchgeführten Ermittlungsverfahrens (siehe näher dazu bereits oben, II.) hat sich darüber hinaus zum einen ergeben, dass den einzelnen im Rahmen der Erteilung der (insgesamt limitierten) Bewilligungen zum Zug gekommenen privaten Anbietern jeweils dem Spielerschutz und der Suchtpräventionen dienende Maßnahmen (wie z.B. Mindestdauer pro Spiel, Mindestabstandsregelungen, Zutrittskontrolle, Verbot von bestimmten Spielinhalten, Einsatz- und Gewinnlimits) zwar bescheidmäßig vorgeschrieben wurden.

Allerdings fehlen bis dato Nachweise darüber, ob und in welcher Intensität die Kontrolle der Einhaltung dieser Auflagen von den staatlichen Behörden de facto wahrgenommen wird, gänzlich. Insbesondere lassen sich diesbezüglich weder der „Stellungnahme des BMF vom 18. September 2014“ noch dem „Glücksspiel Bericht 2014-2016“ des BMF noch der „Studie des ÖBIG“ noch anderen Beweismitteln entsprechende Aussagen oder Feststellungen entnehmen. Außerdem hat sich in den bislang vom LVwG OÖ durchgeführten öffentlichen Verhandlungen ergeben, dass die sog. „legalen“ Glücksspielbetreiber seitens der Finanzpolizei nicht

kontrolliert werden und im Einflussbereich des BMF auch keine diesbezügliche Richtlinie, Weisung o.Ä. existiert; die finanzpolizeilichen Überprüfungen beschränken sich daher – jedenfalls im Bundesland Oberösterreich – ausschließlich auf sog. „illegale“ Glücksspielanbieter.

Vor diesem Hintergrund kann daher auf der Ebene der Beweiswürdigung nicht mit Bestimmtheit beurteilt werden, ob überhaupt und wenn ja, mit welcher Intensität dem Ziel des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung gegenüber anderen (allenfalls damit konfligierenden) Zielen de facto der Vorzug eingeräumt und dieses somit tatsächlich kohärent und systematisch konsequent verfolgt wird.

Auf Grund der Vielzahl der beim LVwG OÖ anhängigen Beschwerdeverfahren ergibt sich dem gegenüber jedoch zweifelsfrei, dass das Faktum der fehlenden (bzw. jedenfalls nicht belegten) Kontrolle in Bezug auf die sog. „legalen Anbieter“ jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zu jenen sowohl umfangreichen als auch eingriffsintensiven staatlichen Kontrollmaßnahmen steht, die gegenüber den sog. „illegalen Betreibern“ gesetzt werden; berücksichtigt man in diesem Zusammenhang weiters, dass solche Behördenoperationen – wie aufgrund zahlreicher beim LVwG OÖ anhängiger Verfahren notorisch ist – durch Anzeigen von über Auftrag „legaler“ Anbieter handelnden Privatdetektiven initiiert wurden, erscheint aber im Lichte dieser de facto völlig einseitig ausgeübten Kontrolltätigkeit durch Exekutive und Behörde im Ergebnis vielmehr plausibel, dass nicht Spielerschutz und Suchtvorbeugung, sondern Konkurrenzschutz zugunsten der Bewilligungsinhaber und Sicherung der Abgabeneinhebung das Primärziel der staatlichen Kontrollmaßnahmen verkörpern.

2.2.2.1.3. Im Übrigen lässt sich auch der diesen Spielerschutzmaßnahmen zentral zu Grunde liegende Ausgangspunkt, nämlich ein Quantum von insgesamt 64.000 (verhaltensauffällig bzw. pathologisch) glücksspielsüchtigen Personen in Österreich (so insbesondere der „Glücksspiel – Bericht 2010-2013“, die Studie „Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich“ von Jens Kalke u.a. [Hrsg.], Freiburg i.Br. [Lambertus-Verlag, 2011], und die „Glücksspielstudie 2015“) nicht nur nicht verifizieren, sondern ein solcher erscheint auch nicht als plausibel. Vielmehr ist mangels Vorliegens diesbezüglich stichhaltiger Nachweise davon auszugehen, dass es sich bei dieser Zahl bis zum Beweis des Gegenteils lediglich um eine (kaum fundierte) Vermutung handelt[15].

2.2.2.1.4. Insgesamt vermindert sich vor einem derartigen Hintergrund die Plausibilität, dass beginnend mit der GSpG-Novelle BGBl I 73/2010 das Ziel des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung tatsächlich über jene der bis dahin vorherrschenden Leitlinien der Privatisierung des Kleinen Glücksspiels und der Erhö-

[15] Vgl. ausführlicher dazu statt vieler bereits LVwG OÖ vom 18. Oktober 2018, LVwG-413004, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

hung der Staatseinnahmen gestellt werden sollten, ganz erheblich, insbesondere, wenn man in diesem Zusammenhang wiederum die geringe Zahl an feststehenden sachadäquaten Anlassfällen und den Umstand in Betracht zieht, dass die Suchthilfe ohnehin nicht vom Staat, sondern vielmehr von den Konzessionären (denen zudem auch alle übrigen Kosten der Totalauslagerung des Kleinen Glücksspiels angelastet wurden) aus eigenem finanziert wird[16].

2.2.2.1.5. Zuletzt ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass zwar § 5 GSpG sehr detaillierte Spielerschutzvorschriften in Bezug auf das sog. „Kleine Automatenglücksspiel“ normiert. Dem gegenüber findet sich hinsichtlich des den Spielbanken vorbehaltenen, einen wesentlich höheren Gefährdungsgrad aufweisenden „Großen Glücksspiels“ bloß eine vergleichsweise äußerst rudimentäre Regelung (vgl. § 21 Abs. 2 Z. 7 GSpG).

Dieses inkohärente Missverhältnis ist als weiterer schlagender Beleg dafür zu werten, dass im letzteren Bereich nicht der Spielerschutz, sondern vorrangig die Höhe der Staatseinnahmen im Focus steht (vgl. §§ 57 ff GSpG).

2.2.2.2. Kriminalitätsbekämpfung und Kriminalitätsvorbeugung

Diesbezüglich lässt sich aus dem „Glücksspiel Bericht 2010-2013“ des BMF ableiten, dass zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels Mitte 2010 eine eigenständige „SOKO Glücksspiel“ eingerichtet wurde. Im Rahmen ihrer neuen Kontrolltätigkeiten und Befugnisse habe die Finanzverwaltung bis Ende 2013 über 6.000 vorläufige Beschlagnahmen durchgeführt. Die von der Finanzpolizei vorgenommenen Kontrollen und der dadurch aufrecht erhaltene hohe Verfolgungsdruck hätten zu einer Vielzahl von Verwaltungsstrafverfahren geführt, denen seitens illegaler Betreiber allerdings eine „Flucht ins Strafrecht“ gegenüberstehe, weil in jenem Bereich kaum Verurteilungen wegen § 168 StGB zu befürchten seien. Entsprechend dem „Glücksspiel Bericht 2014-2016“ des BMF seien im Berichtszeitraum 2.475 Kontrollen durchgeführt worden, aus denen 2.768 Strafanzeigen an Behörden und 14 Anzeigen gemäß § 168 StGB resultiert hätten und in deren Zuge 4.628 Geräte vorläufig beschlagnahmt worden seien.

Ergänzend dazu heißt es in den Gesetzesmaterialien zur GSpG-Novelle BGBl I 13/2014, mit der die bis dahin festgelegte Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG gegenüber dem gerichtlich strafbaren Tatbestand des § 168 StGB ins Gegenteil verkehrt wurde, u.a., dass es im Jahr 2012 nur zwei und im Jahr 2011 lediglich elf gerichtliche Verurteilungen nach § 168 StGB, gegeben habe und vor diesem Hintergrund deutlich werde, dass die Umkehr der bisherigen Subsidiaritätsregel zu keiner Entkriminalisierung führe, sondern die

[16] Vgl. dazu z.B. den „Jahresbericht 2015“ des Vereines „(Wiener) Spielsuchthilfe“, S. 14 (downloadbar unter: http://www.spielsuchthilfe.at/pdf/spielsuchthilfe-jahresbericht-2015.pdf); Gegenteiliges geht auch aus dem Evaluierungsbericht 2010-2014 des BMF (III-131 BlgNR, 25. GP) nicht hervor.

Erfahrungen aus dem bisherigen Vollzug der zuständigen Verwaltungsbehörden die Wirksamkeit und Effektivität des gewählten Modells zeigen würden (vgl. die E zur RV, 24 BlgNR, 25. GP, S. 22).

Schon daraus ergibt sich aber jeweils übereinstimmend, dass das illegale Glücksspiel in Österreich weder vor den mit BGBl I 73/2010 begonnenen Modifikationen des GSpG noch seither ein Kriminalitätsproblem der Art bildeten, dass daraus eine zwingende Notwendigkeit resultierte, vorrangig einen Schutz der Spieler vor Betrug und anderen Straftaten zu gewährleisten (vgl. z.B. EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [Dickinger u. Ömer, EU:C:2011:582], RN 52). Denn bei insgesamt bloß 18 Verurteilungen in einem Zeitraum von drei Jahren[17] kann offenkundig kaum von einem echten Kriminalitätsproblem i.S.d. vom EuGH gemeinten, bloße Ordnungswidrigkeiten nicht einschließenden Begriffsverständnis gesprochen werden. Auch im „Glücksspiel Bericht 2014-2016“ des BMF ist überdies lediglich von 14 Anzeigen (nicht: Verurteilungen!) gemäß § 168 StGB (S. 41) und von 20 Anzeigen wegen gerichtlich strafbarer Finanzvergehen (S. 48) während eines Zeitraumes von drei Jahren die Rede.

Gegenteiliges lässt sich auch der vom BMF im „Glücksspielbericht 2010-2013“ bezogenen Studie von Judith Köberl und Franz Prettenthaler[18] nicht entnehmen; denn von jenen von diesen Autoren angeführten insgesamt 74 Fällen von Beschaffungskriminalität in den Jahren 2006 und 2007 können auch nach deren eigener Einschätzung[19] lediglich 17 als solche qualifiziert werden, in denen zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit die „Glücksspielsucht als alleiniges Motiv“ für die Begehung schwerer Straftaten (wie Raub, Betrug, Einbruch, etc.) in Betracht kam[20].

Selbst wenn man aber alle diese Zahlen vorbehaltslos als zutreffend unterstellen würde, ergibt sich schon allein daraus, insbesondere aber in Verbindung mit der durch die GSpG-Novelle BGBl I 13/2014 vorgenommenen Umkehrung der bisherigen Subsidiaritätsregel (vgl. § 52 Abs. 3 GSpG), hinsichtlich der der VfGH in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, E 1139/2014, der Sache nach (neuerlich) betont hat, dass das behördliche im Verhältnis zum gerichtlichen Strafrecht mit Blick auf das wesentlich geringere Höchstausmaß einer potentiell drohenden Freiheitsstrafe

---

[17] Nämlich: 5 Verurteilungen im Jahr 2013 (vgl. Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2014, S. 59), 2 Verurteilungen im Jahr 2012 (vgl. Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik, 2013, S. 63) und 11 Verurteilungen im Jahr 2011 (vgl. Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik, 2013, S. 112, jeweils unter www.statistik.at/web_de/services/publikationen/6/index.html?id=6&listid=6&detail=625 downloadbar).

[18] Vgl. Judith Köberl – Franz Prettenthaler, Kleines Glücksspiel – Großes Leid: Empirische Untersuchungen zu den sozialen Kosten des Glücksspiels in der Steiermark (Schriftenreihe des Institutes für Technologie- und Regionalpolitik der Joanneum Research, Bd. 10), Leykam-Verlag, Graz 2009.

[19] Vgl. Köberl –Prettenthaler (FN 18), S. 108 ff (insbes. S. 112) und S. 172.

[20] Selbst wenn man noch jene Fälle, in denen Glücksspielsucht auch als Teilmotiv fungierte (vgl. Köberl – Prettenthaler [FN 18], S. 112) hinzurechnet, ergibt dies insgesamt bloß 25 Fälle von glücksspielmotivierter Beschaffungskriminalität im Sprengel des OLG Graz in einem Zeitraum von 18 Monaten (Gesamtjahr 2006 und erstes Halbjahr 2007); statistisch hochgerechnet würde dies in allen vier OLG-Sprengeln – und damit österreichweit – eine (fiktive) Anzahl von lediglich 66,7 Fällen jährlicher Beschaffungskriminalität ergeben.

die deutlich weniger einschneidende Maßnahme darstellt (in diesem Sinne auch z.B. schon EGMR vom 23. November 2006, 73053/01, RN 43 [„hard core of criminal law“ – „administrative penalties“]), dass die gegenteilige Annahme des BMF nicht als plausibel erscheinen kann.

Dazu kommt entscheidend, dass auch der EuGH (vgl. z.B. dessen Urteil vom 31. März 2011, C-347/09 [Dickinger u. Ömer, EU:C:2011:582], RN 84, m.w.N.) unter „Kriminalität“ nicht bloße Verstöße gegen ordnungspolitische bzw. gegen Monopolsicherungsvorschriften, sondern vielmehr – allenfalls damit im Zusammenhang stehende – erhebliche Eingriffe in die Rechtssphäre anderer Personen, insbesondere der Spieler und deren Angehöriger, versteht. Im Übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Effizienzsteigerung der verwaltungsbehördlichen Strafverfolgung nicht als eine primär-ursprüngliche Notwendigkeit, sondern bloß als eine aus der Einrichtung des Monopolsystems zu dessen weiterer Aufrechterhaltung erforderliche und sohin gleichsam selbst (künstlich) geschaffene bzw. systematisch zwangsläufig resultierende Folgewirkung qualifiziert werden muss.

Insgesamt besehen ist es daher für den im vorliegenden Fall nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter des LVwG OÖ auf Grund der festgestellten faktischen Gegebenheiten, nämlich der geringen Zahl an sachadäquaten Anlassfällen, nicht plausibel, dass das Automatenglücksspiel in Österreich tatsächlich ein echtes sicherheitspolitisches Problem darstellt(e) und die Monopolregelung des GSpG sohin de facto vorrangig der Kriminalitätsbekämpfung und Kriminalitätsvorbeugung, im Besonderen der Hintanhaltung von Betrugsdelikten gegenüber den Spielern selbst und der Eindämmung von Beschaffungskriminalität, dient(e).

2.2.2.3. Kohärente Reduktion von Spielanreizen, Kanalisierung der Spielgelegenheiten und maßvolle Werbung

2.2.2.3.1. Der (zunächst bloß vorläufigen) Überzeugung des geschäftsverteilungsmäßig zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ, dass die Geschäftspolitik der Inhaber bundesrechtlicher Konzessionen, im Besonderen deren Werbemaßnahmen, grundsätzlich aggressiv darauf ausgerichtet sind, auch Unbeteiligte und Uninteressierte dazu zu animieren, die Primärangebote der beiden Hauptkonzessionäre (v.a. Lotto und diverse Glücksspielarten in Spielbanken, insbesondere Roulette und Kartenspiele) in Anspruch zu nehmen, geradezu – wie jeder willkürliche Blick in ein zufällig ausgewähltes Print- oder elektronisches Medium, insbesondere jede Konsumation von durch entsprechend aufdringliche Werbeintervalle unterbrochenen Fernseh- und Hörfunkprogrammen zur sog. „Prime-Time“ zeigt – notorisch ist, wurde von den belangten Behörden bzw. von den Amtsparteien noch in keinem der bisher außerordentlich zahlreichen, beim LVwG OÖ anhängigen Anlassverfahren entgegengetreten.

Im Übrigen ist zum Beleg für diese Einschätzung auch auf die Beschlüsse des OGH vom 28. Juni 2016, 2 Ob 92/15s, und vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m, sowie auf die entsprechenden Feststellungen von unterinstanzlichen Zivilgerichten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren (vgl. z.B. LG Graz vom 20. April 2016, 10 Cg 21/16y) zu verweisen.

2.2.2.3.2. Für das (keiner Einsatzbeschränkung unterliegende und deshalb sog.) „Große Automatenglücksspiel“ in Spielbanken gilt dies allerdings nicht. Um sich über die entsprechenden Angebote zu informieren, bedarf es vielmehr eines aktiven Suchverhaltens von potentiell interessierten Personen, heutzutage am naheliegendsten per Internet und via Social Media.

In gleicher Weise sind auch in Bezug auf das im gegenständlichen Verfahren (ausschließlich) maßgebliche sog. „Kleine Automatenglücksspiel“ keine latent wahrnehmbaren Werbemaßnahmen der Bewilligungsinhaber in Oberösterreich, sondern im Gegenteil: eine entsprechende Aktivität von potentiellen Spielern bedingende Teilnahmeabsicht festzustellen.

Unter solchen Umständen ist jedoch schlechthin nicht erkennbar, wie ein nachhaltiger Lenkungseffekt von den „illegalen Angeboten“ hin zu den gesetzlich zulässigen Ausspielungen mit Glücksspielautomaten erzielt werden soll.

2.2.2.3.3. Gegenteiliges lässt sich auch aus den von den staatlichen Stellen beigebrachten Unterlagen (s.o., II.) nicht entnehmen.

2.2.2.3.4. Im Ergebnis ist sohin zu konstatieren, dass weder auf Grund der von den Verfahrensparteien vorgelegten Beweismittel noch sonst für den zur Entscheidung geschäftsverteilungsmäßig zuständigen Einzelrichter des LVwG OÖ feststellbar ist, dass gegenwärtig gezielte und zugleich maßvolle Werbeaktivitäten in der Richtung existieren würden, dass im vorgenannten Sinn speziell auch das Kleine Automatenglücksspiel – der Absicht des Gesetzgebers entsprechend – in legale Bahnen dirigiert wird.

2.2.2.4. Staatseinnahmen

Hinsichtlich der engen Verknüpfung dieses Kohärenzzieles mit jenen des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung ist zunächst auf die obigen Ausführungen (III.2.2.2.1.) zu verweisen.

Im Übrigen wurde bereits im Zuge des Vorabentscheidungsverfahrens zur Rechtssache „Pfleger“ (vgl. EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 [EU:C:2014:281]) selbst von der Bundesregierung gar nicht in Abrede gestellt (wenngleich dort bloß als ein „erfreulicher Nebeneffekt“ bezeichnet), dass die Beibehaltung des Monopolsystems

zu einer Sicherung von kontinuierlichen Staatseinnahmen in einem nicht unerheblichen Ausmaß (von ca. 500 Mio. Euro jährlich) führt.

Gleiches lässt sich auch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur GSpG-Novelle BGBl I 73/2010 (vgl. 657 BlgNR, 24. GP, insbes. S. 1, S. 3 ff und S. 11 f) ableiten.

Darüber hinaus war beispielsweise einer Pressaussendung der Bundeskonzessionäre („Casinos Austria AG“ und „Österreichische Lotterien GmbH“) vom 8. April 2015 über das Geschäftsjahr 2014 – hinsichtlich der sich objektiv besehen keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Richtigkeit dieser Angaben zu bezweifeln wäre – zu entnehmen, dass diese zu den „Top-5-Steuerzahlern“ in Österreich (2014: insgesamt 552 Mio. Euro) gehören[21].

Eine Bestätigung dieser Feststellungen ergibt sich schließlich auch aus dem „Glücksspiel Bericht 2014-2016“, wonach die vom Bund lukrierten Glücksspielabgaben in diesen drei Jahren konkret folgendes Ausmaß aufwiesen:

> 2014: 197,38 Mio Euro; inkl. Lotto und Spielbank (minus Wetten): 488,92 Mio Euro
> 2015: 207,31 Mio Euro; inkl. Lotto und Spielbank (minus Wetten): 515,10 Mio Euro
> 2016: 247,64 Mio Euro; inkl. Lotto und Spielbank (minus Wetten): 558,93 Mio Euro

All dies führt somit zu der Schlussfolgerung, dass allein dem Bund aus dem Glücksspielmonopol jährlich Einnahmen in einer Höhe von mehr als einer halben Milliarde Euro erwachsen. Dies entspricht einem Anteil von 0,4% an den jährlichen Gesamteinnahmen dieser Gebietskörperschaft[22] und stellt sohin keineswegs eine vernachlässigbare oder gar verzichtbare Quote dar, zumal deren Nachhaltigkeit durch eine verpflichtende Anbindung aller „legaler“ Glücksspielautomaten an das Bundesrechenzentrum abgesichert wird.

Analoges gilt im Besonderen auch für das Bundesland Oberösterreich.

Insoweit ergibt sich schon aus den Gesetzesmaterialien, dass in diesem Zusammenhang mit einem (zusätzlichen, aus einer Zuschlagsabgabe resultierenden) jährlichen Erlös von ca. 5,2 Millionen Euro zu rechnen sei (vgl. den Ausschussbericht des Oö. Landtages zur Stammfassung des Oö. Glücksspielautomatengesetzes [LGBl 35/2011], 327/2011, 27. GP, S. 3 f).

Laut Rechnungsabschluss für das Bundeland Oberösterreich beliefen sich die Steuereinnahmen für das Jahr 2016[23] allein aus der Glücksspielautomatenabgabe

---

[21] Abrufbar unter http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150408_OTS0039

[22] In den Jahren 2010 bis 2013 beliefen sich die Einnahmen des Bundes im Jahresdurchschnitt auf ca. 121,411 Milliarden Euro (vgl. Statistik Austria, Gebarungsübersichten 2013 [2014], S. 18 [downloadbar unter: www.statistik.at/web_de/services/publikationen/19/index.html), sodass der aus den Glücksspielabgaben resultierende Anteil ca. 0,4% der Gesamteinnahmen beträgt.

[23] Abrufbar unter https://www2.land-oberoesterreich.gv.at/varaweb/VARAWEBDetailSuchenListe.jsp?jahre=2018&kennz=Voranschlag&fipex=292220*.

auf insgesamt 2,626.844,75 Euro; diese Summe entspricht ca. 0,05 % der jährlichen Gesamteinnahmen dieser Gebietskörperschaft.

Hinzu kommt, dass selbst das (von den sog. „illegalen“ Betreibern veranstaltete) Kleine Automatenglücksspiel – obwohl verboten – der Lustbarkeitsabgabe unterliegt und sich diese Erträgnisse damit auch im Haushalt der oberösterreichischen Gemeinden entsprechend niederschlagen.

Schließlich ist im Besonderen darauf hinzuweisen, dass in Wien, Salzburg, Tirol und Vorarlberg von der Ermächtigung des § 5 GSpG bis dato noch kein Gebrauch gemacht wurde. Sohin wird aber in diesen vier Bundesländern – und damit in Bezug auf ca. 40% der österreichischen Bevölkerung – entweder offensichtlich keinerlei faktische Notwendigkeit gesehen, das Automatenglücksspiel im Interesse des Spielerschutzes und der Kriminalitätsvorbeugung in legale Bahnen lenken zu müssen, oder schlicht davon ausgegangen, dass das im GSpG verankerte Monopolsystem ohnehin keine geeignete oder zumindest keine adäquate Maßnahme zur Zielerreichung darstellt.

2.2.2.5. Zwischenergebnis

2.2.2.5.1. Als Zwischenergebnis ergibt sich aus allen diesen Nachweisen und Plausibilitätsfeststellungen, dass

– auf der Ebene der rechtspolitischen Zielsetzungen eine vorrangige, mit BGBl 620/1989 begonnene und durch nachfolgende Novellierungen verfestigte Intention des GSpG in einer Auslagerung bzw. in einer mit Konkurrenzschutz verbundenen Privatisierung des Glücksspielangebotes liegt, wobei zudem eine Intensivierung des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung sowie eine Erhöhung bzw. Maximierung der Staatseinnahmen einander jeweils zumindest gleichwertige Teilstrategien bilden; vor diesem Ausgangspunkt verkörpern sodann auf der Ebene der (generellen) Maßnahmenbeurteilung – wie die gänzlich einseitig ausgeübte Kontrolltätigkeit durch Exekutive und Behörde zeigt – letztlich nicht Spielerschutz und Suchtvorbeugung, sondern der Konkurrenzschutz zugunsten der Bewilligungsinhaber und die Sicherung der Abgabeneinhebung das tatsächliche Primärziel des glücksspielrechtlichen Monopolsystems;

– dem gegenüber die Spielsucht, die Kriminalitätsbekämpfung und die Kriminalitätsvorbeugung in Österreich (zumal das in den Gesetzesmaterialien angesprochene Problemfeld der Geldwäsche objektiv nicht durch entsprechende Fakten belegt ist) weder zum Zeitpunkt der Erlassung der Stammfassung des GSpG (BGBl 620/1989) noch im Zuge der Systemmodifikation durch BGBl I 73/2010 noch gegenwärtig ein einen dringenden staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem darstellt(e);

– verbotenes Glücksspiel de facto in aller Regel nicht als gerichtlich strafbare – und damit i.S.d. EuGH-Judikatur „kriminelle“ – Handlung, sondern lediglich als eine Ordnungswidrigkeit sanktioniert wird, sodass im Übertretungsfall anstelle einer sozialen Stigmatisierung der bloße Bußgeldcharakter (der Konkurrenzschutz und Erzielung eines ordnungskonformen Verhaltens bezweckt) im Vordergrund steht;

– allein die Einnahmen des Bundes aus dem Glücksspiel ca. 0,4% des Jahresbudgets dieser Gebietskörperschaft sowie in Bezug auf das Land Oberösterreich allein jene aus dem „kleinen Automatenglücksspiel“ zusätzlich ca. 0,05% des Jahresbudgets betragen (wobei noch die Lustbarkeitsabgaben zugunsten der Gemeinden hinzukommen); und

– in Bezug auf das Automatenglücksspiel (im Gegensatz zu den hochrentablen Glücksspielarten [v.a. Lotto]) keine Werbeaktivitäten der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber erkennbar sind, die einen Lenkungseffekt von den verbotenen hin zu den legalen Angeboten intendieren.

2.2.2.5.2. Somit erscheint aus der Sicht des geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters letztlich nur die Schlussfolgerung plausibel, dass nicht bloß

1.) Spielerschutz,
2.) Suchtprävention,
3.) Kriminalitätsbekämpfung und
4.) Kriminalitätsvorbeugung,

sondern auch

5.) Vollprivatisierung des Glücksspielangebotssektors und Konkurrenzschutz,
6.) Werbemaßnahmen für hochrentable Glücksspielarten, jedoch keine Werbung für das Kleine Glücksspiel sowie
7.) Maximierung der aus diesem System erzielbaren Staatseinnahmen

die einander jeweils gleichwertigen Ziele, die mit der Monopolregelung des Glücksspielgesetzes tatsächlich verfolgt werden, bilden.

2.2.2.5.3. Allerdings ist ein System der Über- und Unterordnung bzw. eine vorgegebene Rangfolge, nach der diese angestrebten Ziele zu erreichen sind, angesichts der gegebenen Beweislage ebenso wenig erkennbar wie der Umstand, dass im Besonderen „Spielerschutz und Suchtprävention“ das Hauptziel der Monopolregelung des GSpG bilden würden.

2.2.2.5.4. Während die vorgenannten Ziele 1.) bis 4.) zweifelsfrei als im öffentlichen Interesse gelegen und somit als gleichsam „absolut“ dazu geeignet anzusehen sind, einen Eingriff in unionsrechtliche Grundfreiheiten zu rechtfertigen, gilt dies hinsichtlich der vorgenannten Ziele 5.) bis 7.) nur unter dem Vorbehalt, dass ihnen weder im Einzelnen noch insgesamt ein Vorrang gegenüber den absolut gerechtfertigten Eingriffsintentionen zukommt.

Ob dies zutrifft, ist allerdings nicht anhand bloßer rechtspolitischer oder gesetzgeberischer Absichtserklärungen, sondern daran zu beurteilen, ob die zur Realisierung dieser Ziele gesetzlich vorgesehenen Eingriffsmittel einerseits ihrer Natur nach zur Zielerreichung geeignet sind (vgl. unten, III.2.2.3.) und zudem andererseits jeweils dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen (vgl. unten, III.2.2.4.).

2.2.3. Verhältnismäßigkeit allgemein

2.2.3.1. Nach § 2 Abs. 4 GSpG dürfen Glücksspiele, die dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen, nur mit einer entsprechenden Konzession und Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß § 5 GSpG nur mit einer entsprechenden Bewilligung durchgeführt werden, während ansonsten jeweils eine verbotene Ausspielung vorliegt, die mit einer nicht unerheblichen Verwaltungsstrafe (mindestens 1.000 Euro pro Glücksspielautomat; vgl. § 52 Abs. 2 GSpG) bedroht ist.

Die Anzahl der zu vergebenden Konzessionen und Bewilligungen ist gesetzlich auf wenige Anbieter – im Besonderen bezüglich Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten auf höchstens drei pro Bundesland (§ 5 Abs. 1 zweiter Satz GSpG) – beschränkt.

Im Zuge der Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen sind den Bewerbern vor allem im Interesse des Spielerschutzes, der Kriminalitätsvorbeugung und der Abgabeneinnahmensicherung jeweils mittels Bescheid zahlreiche Auflagen und Bedingungen vorzuschreiben (vgl. beispielsweise § 14 Abs. 2 bis 4 GSpG bezüglich einer Lottokonzession bzw. § 5 Abs. 2 bis Abs. 7 GSpG hinsichtlich einer Bewilligung für Landessausspielungen).

2.2.3.2. Zur Hintanhaltung von Beeinträchtigungen dieses Monopolsystems sind in den §§ 50 ff GSpG umfassende Eingriffsbefugnisse zugunsten der Finanzbehörden (Finanzämter), vor allem aber auch der ihnen zugeordneten Exekutivorgane (Finanzpolizei), vorgesehen.

Hierzu zählen neben den gravierenden Verwaltungsstrafdrohungen (vgl. § 52 Abs. 1 Z. 1 bis Z. 11 GSpG, v.a. in Verbindung mit dem Kumulationsprinzip) auch detaillierte Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsbefugnisse (§ 50 Abs. 4 GSpG), die Berechtigung zur Vornahme einer vorläufigen und/oder

endgültigen Beschlagnahme (§ 53 GSpG) oder Einziehung samt nachfolgender Vernichtung der Eingriffsgegenstände (§ 54 GSpG) sowie die Anordnung einer Betriebsschließung (§ 56a GSpG).

2.2.3.3. Vor diesem Hintergrund ist daher zu prüfen, ob solche Maßnahmen – einzeln oder kumuliert – einerseits dazu geeignet sind, die mit der Monopolregelung des GSpG verfolgten Zielsetzungen auch effektiv zu erreichen, und andererseits, ob diese jeweils als ein verhältnismäßiges Mittel erscheinen, d.h. insbesondere, ob nicht andere, weniger eingriffsintensive Befugnisse die Zielerreichung in gleicher Weise zu gewährleisten vermögen.

2.2.4. Eignung

Dass nicht nur ein Totalverbot oder die Zurverfügungstellung des Glücksspielangebotes durch den Staat selbst (als vergleichsweise gravierendere Eingriffsmaßnahmen), sondern auch ein System der zahlenmäßigen Limitierung von Anbietern für den Markt des Kleinen Automatenglücksspiels in Verbindung mit der Vorschreibung von bescheidmäßigen, der Sicherstellung von öffentlichen Interessen dienenden Auflagen einerseits und der Kontrolle und Sanktionierung des illegalen Glücksspiels durch entsprechend einschneidende Eingriffe andererseits grundsätzlich dazu geeignet ist, diesen Glücksspielsektor in insgesamt geordnete Bahnen zu lenken, ist offenkundig und bedarf deshalb keiner weiteren Erörterungen.

2.2.5. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Zu prüfen ist allerdings, ob die im GSpG normierten behördlichen Befugnisse zur Zielerreichung unbedingt erforderlich sind oder nicht deshalb, weil weniger einschneidende Alternativmaßnahmen bestehen, über den diesbezüglich vorgegebenen unions- und/oder verfassungsrechtlichen Eingriffsrahmen hinausgehen.

2.2.5.1. In diesem Zusammenhang ist jedenfalls bezüglich der exekutivorganlichen Befugnisse zur Hintanhaltung von Beeinträchtigungen des Monopolsystems vorweg zu konstatieren, dass insoweit eine vorangehende richterliche Kontrolle (sog. „Richtervorbehalt“) nicht vorgesehen ist.

Aus national-verfassungsrechtlicher Sicht wird damit aber ein schon seit über 150 Jahren (!) im Wege des Gesetzes zum Schutze des Hausrechts, RGBl 88/1862 i.d.g.F. BGBl 422/1974 (im Folgenden: HausRG), gleichsam allgemein garantierter rechtsstaatlicher Mindest-Grundrechtsstandard ebenso beeinträchtigt wie auf europäischer Ebene das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK und Art. 7 EGRC) und jenes der unternehmerischen Freiheit (Art. 15 bis 17 EGRC).

Insoweit handelt es sich daher offenkundig um gleichsam „überdurchschnittlich“ massive Rechtseingriffe in die Freiheit des Einzelnen, die im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes daher einer ganz besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürften.

In diesem Zusammenhang ist vor allem auch darauf hinzuweisen, dass die Kriterien, die zwecks Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Monopolregelung im Lichte des Art. 56 AEUV anzulegen sind, nicht mit jenen gleichzusetzen sind, anhand derer innerstaatlich die Verfassungsmäßigkeit, im Besonderen die bloße Gleichheitskonformität (bzw. sachpolitische Rechtfertigung) dieser Vorschriften zu messen ist. Oder anders gewendet: Wäre Österreich kein Mitgliedstaat der Europäischen Union, könnten sich die Bestimmungen der §§ 50 ff GSpG im Lichte des nationalen Verfassungsrechts allenfalls auch als unbedenklich erweisen (und wäre diese Frage zudem autonom von den hierfür zuständigen innerstaatlichen Organen zu entscheiden); so aber begegnen diese – wie dem Urteil des EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 (Pfleger – EU:C:2014:281), RN 57 ff, zu entnehmen ist[24] – jedenfalls gravierenden Bedenken im Hinblick auf die Garantien der Art. 15 bis 17 EGRC (Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit, Eigentum), aber auch in Bezug auf die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 EGRC) und den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 EGRC): Denn jedenfalls die in Art. 52 Abs. 1 EGRC normierte Wesensgehaltssperre stellt nach Auffassung des geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ sicher, dass (wenn schon nicht mehr der frühere Level des HausRG, so doch zumindest) jener Standard an staatlichen Eingriffsmodalitäten, der mit der EGRC im Zusammenhang mit der Sanktionierung von Verstößen gegen Unionsrecht generell festgelegt ist und insbesondere in den Art. 47 ff EGRC zum Ausdruck kommt, stets gewahrt bleiben muss.

2.2.5.2. Wenngleich daher ein System von Befugnissen, wie dies dem GSpG zu Grunde liegt und zuvor unter III.2.2.3. dargestellt wurde, als zur Erreichung von Zielen wie Spielerschutz, Suchtprävention, Kriminalitätsbekämpfung, Kriminalitätsvorbeugung, Vollprivatisierung des Glücksspielangebotssektors, zweckdienliche Werbemaßnahmen und Maximierung der aus diesem System erzielbaren Staatseinnahmen allenfalls objektiv-abstrakt geeignet erscheinen mag, fehlt es

[24] Vgl. dazu die Generalanwältin in ihrem Schlussantrag vom 9. März 2017 in der Rechtssache „Online Games“ [EU:C:2017:201], RN 62 (Hervorhebung nicht im Original): „..., wenn der Gerichtshof wie im Fall des Glücksspielgesetzes festgestellt hat, es gebe deutliche Hinweise darauf, dass das fragliche Gesetz möglicherweise den Anforderungen des Unionsrechts nicht genüge[49]“, wobei die bezogene Fußnote 49 lautet: „Vgl. Urteil vom 30. April 2014, Pfleger u. a. (C-390/12, EU:C:2014:281, Rn. 56 und Tenor).“ und RN 56 dieses Urteils wiederum folgenden Wortlaut hat: „Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern 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.“.

diesem somit doch schon von vornherein an jenem rechtsstaatlich gebotenen Korrektiv, das es einem Betroffenen effektiv ermöglicht, einen in diesem Zusammenhang allenfalls begangenen behördlichen, vor allem aber exekutivorganlichen Missbrauch effektiv zu verhindern (vgl. im Übrigen z.B. EGMR vom 27. September 2018, 57278/11).

Gerade Letzteres ist jedoch deshalb nicht gewährleistet, weil nicht nur – ex ante – ein richterlicher Vorbehalt gänzlich fehlt, sondern auch – ex post – den einschlägigen Rechtsmitteln eine aufschiebende Wirkung nicht generell und schon ex lege zukommt (vgl. § 56a Abs. 5 GSpG; § 22 Abs. 1 VwGVG), sondern eine solche allenfalls erst im Nachhinein zuerkannt werden kann.

Abgesehen davon, dass die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC jedenfalls insoweit nicht entsprechen, als diese ein für weisungsgebundene Behörden konzipiertes, durch Grundsätze wie Amtswegigkeit (in Form eines Inquisitionsprinzips), Amtssachverständige, Beweislastumkehr etc. gekennzeichnetes Verfahrensrecht anzuwenden haben, wird so dem europarechtlichen Grundrechtsstandard insgesamt nicht entsprochen.

2.2.5.3. Angesichts dessen ist im Übrigen auf auch auf eine aktuelle Entscheidung des EuGH zu verweisen, in der dieser für eine vergleichbare Konstellation ausdrücklich festgestellt hat, dass eine nationale Regelung, die vorsieht, dass „derartige Maßnahmen ... erlassen werden (dürfen), noch bevor die zuständige Behörde eine Verwaltungsübertretung festgestellt hat“, jedenfalls „über das hinaus(geht), was zur Erreichung der Ziele ... erforderlich ist“ (vgl. EuGH vom 13. November 2018, C-33/17 [Cepelnik – EU:C:2018:896], RN 46 und 49).

2.2.5.4. Zudem ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass eine auf der Hand liegende und zugleich weniger eingriffsintensive Alternative zu der bestehenden Monopolkonzeption ganz offenkundig darin bestünde, unter grundsätzlicher Beibehaltung des gewählten Systems (lediglich) die zahlenmäßige Limitierung der zu vergebenden Konzessionen und Bewilligungen (sowie allenfalls auch der aufzustellen erlaubten Glücksspielautomaten) zu eliminieren.

Dies würde zwar naturgemäß nicht dazu führen, dass tatsächlich überhaupt keine Spielautomaten ohne entsprechende Bewilligung aufgestellt werden würden, doch würde sich die Anzahl „illegaler“ Geräte jedenfalls drastisch reduzieren: Wie sich nämlich anhand der mehreren tausend beim LVwG anhängigen Beschwerdeverfahren ergibt, betreffen die staatlichen Eingriffsakte gleichsam gerade eine Handvoll sog. „illegaler“ Betreiber, die sich im Übrigen ohnehin um die Erteilung einer entsprechenden Bewilligung bemüht haben (und eine solche auch weiterhin anstreben), diesbezüglich jedoch in erster Linie an der gesetzlichen zahlenmäßigen Beschränkung von vornherein gescheitert sind (bzw. weiterhin scheitern). Da diese

zusätzlichen Betreiber dann aber in gleicher Weise wie die derzeitigen sog. „rechtmäßigen“ Konzessionäre und Bewilligungsinhaber den entsprechenden Schutz- bzw. Aufsichtsbestimmungen des GSpG unterliegen würden, wäre auf diese Weise zugleich auch weder das Ziel des Spielerschutzes noch jenes der Maximierung der Staatseinnahmen noch eine andere mit dem GSpG verfolgte Intentionen gefährdet; es entfiele lediglich der (rechtspolitisch nicht dezidiert einbekannte, nichtsdestotrotz aber tatsächlich offenbar in gleicher Weise rechtspolitisch essentielle) Konkurrenzschutz zugunsten der derzeitigen Monopolinhaber.

Betrachtet man diese Alternative als – gleichsam auf einer Skala – (bloß) drittgravierendstes der theoretisch denkbaren Eingriffssysteme, so muss sich (neben einem Totalverbot bzw. eines vom Staat selbst zur Verfügung gestellten Glücksspielangebotes) eine Monopolregelung mit drei privaten Anbietern als vergleichsweise zweitgravierendste Eingriffsmaßnahme unter dem Blickwinkel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, im Besonderen des gelindesten noch zum Ziel führendsten Mittels, jedenfalls an dieser messen lassen.

Davon ausgehend erweisen sich aber die in den §§ 50 ff GSpG konkret normierten Eingriffsbefugnisse sowohl einzeln aber auch in ihrer Gesamtheit als unverhältnismäßig (überschießend) und daher auch nicht dem in Art. 52 Abs. 1 EGRC normierten Kriterium des Gemeinwohls dienend bzw. als nicht mit Art. 49 AEUV und/oder Art. 56 AEUV vereinbar.

2.2.6. Gesamtergebnis

2.2.6.1. Insgesamt resultiert daher, dass ein Monopolsystem in jener Form, wie es gegenwärtig im GSpG verankert ist, mit Unionsrecht unvereinbar ist, und zwar vornehmlich deshalb, weil tatsächlich nicht Spielerschutz und Suchtvorbeugung, sondern Konkurrenzschutz zugunsten der Bewilligungsinhaber und Sicherung der Abgabeneinhebung die Primärziele der staatlichen Kontrollmaßnahmen bilden, die mit dem Monopolsystem verbundenen exekutivorganlichen Eingriffsbefugnisse den europarechtlich geforderten Rechtsschutzstandard unterschreiten und die gesetzliche Limitierung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen und Bewilligungen auf zahlenmäßig äußerst wenige (nämlich drei) Anbieter nicht nur einen unverhältnismäßigen Eingriff in die unionsrechtlichen Grundfreiheiten verkörpert, sondern im Ergebnis – wie sich insbesondere an der de facto einseitigen Kontrolltätigkeit der Exekutivorgane zeigt – nicht ausschließlich öffentlichen Interessen, sondern maßgeblich auch protektionistischen Zwecken dient.

2.2.6.2. Daher hat der auch im gegenständlichen Fall geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständige Einzelrichter bereits in zahlreichen Erkenntnissen (über 150) auf Basis einer fortschreitend aktualisierten Kohärenzprüfung die Auffassung vertreten, dass die mit dem GSpG getroffene Monopolregelung als dem

Unionsrecht widersprechend innerstaatlich keinen Anwendungsbereich hat (vgl. z.B. LVwG-411652 vom 22. Dezember 2016; LVwG-411653 vom selben Tag; LVwG-411654 vom selben Tag; LVwG-411655 vom 23. Dezember 2016; LVwG-411656 vom selben Tag; LVwG-411657 vom selben Tag; LVwG-411658 vom selben Tag; LVwG-411659 vom selben Tag; LVwG-411665 vom 28. Dezember 2016; LVwG-411789 vom 7. April 2017; LVwG-411777 vom 21. April 2017; LVwG-411718 vom 24. April 2017; LVwG-411724 vom selben Tag; LVwG-411787 vom selben Tag; LVwG-411722 vom 27. April 2017; LVwG-411723 vom 28. April 2017; LVwG-411781 vom 3. Mai 2017; LVwG-411782 vom selben Tag; LVwG-411840 vom 8. Mai 2017; LVwG-411708 vom 15. Mai 2017; LVwG-411784 vom selben Tag; LVwG-411785 vom selben Tag; LVwG-411786 vom selben Tag; LVwG-411823 vom selben Tag; LVwG-411839 vom 16. Mai 2017; LVwG-411841 vom selben Tag; LVwG-411842 vom selben Tag; LVwG-411843 vom selben Tag; LVwG-411844 vom selben Tag; LVwG-411871 vom 1. Juni 2017; LVwG-411876 vom selben Tag; LVwG-411877 vom selben Tag; LVwG-411878 vom selben Tag; LVwG-411892 vom selben Tag; LVwG-411937 vom selben Tag; LVwG-411918 vom 7. Juni 2017; LVwG-411923 vom selben Tag; LVwG-411985 vom selben Tag; LVwG-411921 vom 8. Juni 2017; LVwG-411922 vom selben Tag; LVwG-411987 vom 12. Juni 2017; LVwG-411990 vom selben Tag; LVwG-411991 vom selben Tag; LVwG-412065 vom 7. Juli 2017; LVwG-411304 vom 8. August 2017; LVwG-411312 vom 10. August 2017; LVwG-412067 vom 11. August 2017; LVwG-411268 vom 16. August 2017; LVwG-411336 vom selben Tag; LVwG-411039 vom 17. August 2017; LVwG-411067 vom 18. August 2017; LVwG-411068 vom selben Tag; LVwG-411071 vom selben Tag; LVwG-411302 vom 21. August 2017; LVwG-411309 vom selben Tag; LVwG-411314 vom selben Tag; LVwG-411393 vom selben Tag; LVwG-411375 vom 22. August 2017; LVwG-411378 vom selben Tag; LVwG-411439 vom selben Tag; LVwG-411446 vom selben Tag; LVwG-411376 vom 23. August 2017; LVwG-411377 vom selben Tag; LVwG-411379 vom selben Tag; LVwG-411380 vom 24. August 2017; LVwG-411418 vom selben Tag; LVwG-411419 vom selben Tag; LVwG-411420 vom selben Tag; LVwG-411430 vom 25. August 2017; LVwG-411452 vom selben Tag; LVwG-411453 vom selben Tag; LVwG-411454 vom selben Tag; LVwG-411455 vom 28. August 2017; LVwG-411456 vom selben Tag; LVwG-412078 vom selben Tag; LVwG-411381 vom 29. August 2017; LVwG-412111 vom selben Tag; LVwG-411397 vom 6. September 2017; LVwG-411451 vom selben Tag; LVwG-412109 vom selben Tag; LVwG-412131 vom 12. September 2017; LVwG-412135 vom selben Tag; LVwG-412139 vom 13. September 2017; LVwG-412188 vom selben Tag; LVwG-412129 vom 14. September 2017; LVwG-412130 vom selben Tag; LVwG-412192 vom 15. September 2017; LVwG-412183 vom 18. September 2017; LVwG-412186 vom selben Tag; LVwG-412185 vom 19. September 2017; LVwG-412202 vom 20. September 2017; LVwG-412203 vom 21. September 2017; LVwG-412235 vom 25. September 2017; LVwG-412243 vom 5. Oktober 2017; LVwG-412247 vom selben Tag; LVwG-412280 vom 10. Oktober 2017; LVwG-412282 vom selben Tag;LVwG-412283 vom selben Tag; LVwG-412285 vom

selben Tag; LVwG-411506 vom 22. November 2017; LVwG-412409 vom 29. November 2017;LVwG-412342 vom 4. Dezember 2017; LVwG-412343 vom selben Tag; LVwG-412319 vom 5. Dezember 2017; LVwG-412340 vom selben Tag; LVwG-412334 vom 15. Dezember 2017; LVwG-412336 vom selben Tag; LVwG-412338 vom selben Tag; LVwG-412401 vom selben Tag; LVwG-412326 vom 19. Dezember 2017; LVwG-412400 vom selben Tag; LVwG-412407 vom selben Tag; LVwG-412408 vom selben Tag; LVwG-412320 vom 27. Dezember 2017; LVwG-412324 vom selben Tag; LVwG-412404 vom selben Tag; LVwG-412405 vom selben Tag; LVwG-412406 vom selben Tag; LVwG-412416 vom selben Tag; LVwG-412307 vom 28. Dezember 2017; LVwG-412311 vom selben Tag; LVwG-412313 vom selben Tag; LVwG-412318 vom selben Tag; LVwG-412325 vom selben Tag; LVwG-412373 vom selben Tag; LVwG-412250 vom 29. Dezember 2017; LVwG-412304 vom selben Tag; LVwG-412410 vom selben Tag; LVwG-412521 vom 14. Februar 2018; LVwG-412524 vom selben Tag; LVwG-412463 vom 23. Februar 2018; LVwG-412467 vom 23. Februar 2018; LVwG-412370 vom selben Tag; LVwG-412473 vom selben Tag; LVwG-412484 vom selben Tag; LVwG-412428 vom 27. Februar 2018; LVwG-412430 vom selben Tag; LVwG-412432 vom selben Tag; LVwG-412434 vom selben Tag; LVwG-412441 vom selben Tag; LVwG-412449 vom selben Tag; LVwG-412436 vom 28. Februar 2018; LVwG-412450 vom selben Tag; LVwG-412514 vom selben Tag; LVwG-412516 vom selben Tag; sowie LVwG-412522 vom selben Tag).

Gleiches hat im Übrigen auch der EuGH einerseits speziell in Bezug auf die österreichische Glücksspielregelung zumindest angedeutet (vgl. EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 [Pfleger – EU:C:2014:281], RN 56, und dazu die Generalanwältin in ihrem Schlussantrag vom 9. März 2017 in der Rechtssache „Online Games“ [EU:C:2017:201], RN 62[25]); andererseits hat dieser Gerichtshof in einem anderen Zusammenhang jüngst neuerlich betont, dass ein Eingriff in die Grundfreiheiten dem Unionsrecht widerspricht, wenn und soweit „es weniger einschränkende Maßnahmen gibt, um das Ziel zu erreichen“ (vgl. EuGH vom 14. November 2018, C-342/17 (Memoria – EU:C:2018:906, RN 59).

Und schließlich steht auch der EFTA-GH im Zuge seiner letztkompetenten, eng an die Judikatur des EuGH angelehnten Auslegung der Grundfreiheiten des EWR, die das gesamte EU-Recht determinieren, in gleicher Weise auf dem Standpunkt (vgl. EFTA-GH vom 14. März 2007, E-1/06, RN 51, Hervorhebungen nicht im Original):

> „In fact, the effectiveness of public control and enforcement of a genuinely restrictive approach to machine gaming are the focal point of the proportionality assessment …“.

[25] Vgl. schon oben, FN 24.

3. Rechtsstaatliches Baugesetz bzw. Rechtssicherheit als souveränitätsstiftender Verfassungsgrundsatz

3.1. An diesem Punkt ist allerdings in den Blick zu nehmen, dass das Verwaltungsgericht gemäß § 63 Abs. 1 VwGG grundsätzlich dazu verpflichtet ist, in der betreffenden Rechtssache mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Analoges gilt gemäß § 87 Abs. 2 VfGG in Bezug auf eine Bindung an die Rechtsansicht des VfGH.

Wenngleich diese Bestimmungen de iure bloß für den jeweiligen konkreten Anlassfall gelten und der EuGH in seinen Beschlüssen vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (Naderhirn – EU:C:2015:707), RN 37, vom 7. Juni 2018, C-589/16 (Filippi – EU:C:2018:417), RN 36, und vom 4. April 2019, C-545/18 (DP und Finanzamt Linz – EU:C:2019:286), RN 29, jeweils speziell hinsichtlich § 63 Abs. 1 VwGG 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“, wäre aber – davon ausgehend, dass § 63 Abs. 1 VwGG für das vorliegende Verfahren keine formelle Bindungswirkung zu entfalten vermag – bei einer Nichtbeachtung der ständigen Rechtsprechung des VwGH (und des VfGH) im Ergebnis das Grundproblem der Frage der tatsächlichen Unionsrechtskonformität des GSpG-Monopols nicht gelöst, sondern gleichsam nur „verschoben“:

Würde nämlich der vorliegenden Beschwerde unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des geschäftsverteilungsmäßig zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ, wonach das österreichische Glücksspielmonopol als unionsrechtswidrig anzusehen ist, stattgegeben, würde für den Bundesminister für Finanzen – im Wissen um eine angesichts der zuvor dargestellten Rechtsprechung des VwGH mit Sicherheit gegebene Erfolgsaussicht – naturgemäß keine Veranlassung bestehen, um von seiner bisher stereotyp gepflogenen Praxis abzugehen, gegen derartige Entscheidungen gleichsam flächendeckend eine Amtsrevision an den VwGH zu erheben; und in gleicher Weise würde in der Folge auch der Verwaltungsgerichtshof,

wie zwischenzeitlich in bereits mehreren hundert Fällen praktiziert[26], konsequenterweise seine ständige Judikatur beibehalten, d.h., die gegenständliche hg. Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufheben.

Würde daraufhin der vorliegenden Beschwerde vom LVwG OÖ im fortzusetzenden Verfahren neuerlich stattgegeben werden, dann würde im Ergebnis letztlich ein gleichsam „infiniter Zirkel“ resultieren.

3.2. Daher gilt es auch, unter einem das rechtsstaatliche Prinzip zu beachten, das nach allgemein herrschender Auffassung ein Baugesetz der österreichischen Bundesverfassung verkörpert, wobei der Grundsatz der Rechtssicherheit als ein konstituierendes Teilelement desselben anzusehen ist (vgl. statt vieler z.B. 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 – S. Frank, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl.. Wien 2011, RN 14.013 ff; T. 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.

Weiters ist in diesem Zusammenhang zu konstatieren, dass von zahlreichen Höchstgerichten namhafter Mitgliedsländer der Europäischen Union die Rechtsansicht vertreten wird (vgl. z.B. die Nachweise im Beschluss des BVerfG vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, RN 47), dass die sog. 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.

Und schließlich halten der EGMR (vgl. z.B. vom 23. Mai 2019, 17257/13, RN 48 = NLMR 2019, 208) einerseits und der EuGH (vgl z.B. vom 29. Juli 2019, C-556/17, RN 59) andererseits in ständiger Judikatur jeweils fest, dass – jedenfalls systematische – Judikaturdivergenzen zwischen nationalen Gerichten als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. quasi „endlose Verfahrensschleifen“ als Beeinträchtigung der nach Art. 47 EGRC gewährleisteten Garantie der faktischen Effizienz von Rechtsbehelfen zu qualifizieren sind.

3.3. Konkret ergibt sich aus all dem Folgendes:

---

[26] Vgl. ausführlicher dazu statt vieler bereits LVwG OÖ vom 18. Oktober 2018, LVwG-413004, abrufbar unter: https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

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 nach wie vor zweifelhaften Frage, ob das österreichische Glücksspielmonopol bzw. deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung(en) mit den Grundfreiheiten der EU vereinbar ist (sind), durch den hierfür exklusiv und verbindlich zuständigen EuGH (bzw. qua Art. 31 EWRA und Art. 36 EWRA allenfalls auch: EFTA-GH) – weder eine rigorose faktische Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen nationalen Normen noch eine absolute Bindung (gemäß § 63 Abs. 1 VwGG) als zielführend.

Vielmehr ist auf Basis des gegenwärtigen status quo 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.

3.4. Diese Prinzipien heranziehend stellen sich die maßgebenden Umstände im vorliegenden Fall wie folgt dar:

3.4.1. Von der Bf. wurde weder substantiell in Abrede gestellt, dass sie als Eigentümerin jener Gegenstände fungierte, die zum Vorfallszeitpunkt von den Exekutivorganen in Beschlag genommen worden waren, noch, dass es sich hierbei jeweils um Glücksspielgeräte handelte.

Somit ist die Bf. zwar objektiv besehen von der verfahrensgegenständlichen Eingriffsmaßnahme in ihrer Rechtsstellung betroffen; allerdings wurde von ihr weder behauptet noch belegt, dass bzw. inwieweit sie subjektiv infolge von deren Beschlagnahme eine maßgebliche rechtliche Beeinträchtigung oder (im Sinne von wirtschaftlich ins Gewicht fallende) Vermögenseinbuße hinzunehmen gehabt hätte.

Vor einem derartigen Hintergrund sind daher die öffentlichen Interessen daran, im gegenständlichen Fall 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.

Hierzu zählen – jüngst auch unter dem Aspekt des Grundrechts auf eine gute Verwaltung i.S.d. Art. 41 EGRC (vgl. EuGH vom 8. Mai 2019, C-230/18 [PI – EU:C:2019:383], RN 56 ff) – vornehmlich die Fragen bzw. Problembereiche,

- inwieweit mittels einer bloß eingeschränkten Kognitionsbefugnis eine den Anforderungen des Unionsrechts entsprechende Kohärenzprüfung vorgenommen werden kann, die zugleich in ihrer Gesamtheit dem Anspruch auf einen gerichtlichen Rechtsschutz i.S.d. Art. 47 EGRC gerecht zu werden vermag,

- ob die Konzeption des § 52 Abs. 2 GSpG nicht eine systematische Umgehung des Verbotes der Mehrfachverfolgung und -bestrafung und damit eine Verletzung des Art. 4 Abs. 2 des 7.ZPMRK und des Art. 50 EGRC darstellt,

- ob dann, wenn die Annahme des Bundesministers für Finanzen bzw. des Gesetzgebers dahin, dass Spielsucht und Kriminalitätsvorbeugung und -bekämpfung eine Monopolregelung erfordern, diese – anstelle einer zahlenmäßig beschränkten Bewilligungsvergabe – ein Totalverbot bzw. zumindest einen Glücksspielbetrieb durch den Staat selbst erfordern würde, sodass eine Erteilung von drei Lizenzen an Privatpersonen weder als adäquat noch als kohärent erscheinen kann,

- ob eine Vertretung des Staates bzw. seiner Behörden durch Exekutivorgane nicht das im justizgerichtlichen Verfahren für die Staatsanwaltschaft, aber auch im Verwaltungsstrafverfahren für Behörden (und insbesondere für das

dort festgelegte Amtswegigkeitsprinzip) maßgebliche Objektivitätsgebot konterkariert, sowie

- ob die Verwaltungsgerichte deshalb, weil deren Verfahren de facto nicht durch Kontradiktorik usw. geprägt ist, sondern diese ein für weisungsgebunde Behörden konzipiertes Verfahrenssystem anzuwenden haben, überhaupt als echte Gerichte i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC angesehen werden können.

Zuletzt ist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hinzuweisen, dass eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit dieser Entscheidung jedenfalls nicht vom LVwG OÖ zu vertreten ist: Denn soweit den Beeinträchtigten mangels Individualbeschwerdebefugnis entsprechende Rechtsbehelfe an den EuGH nicht zur Verfügung 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; im Übrigen liegt es an den Rechtsmittelwerbern selbst, zweckentsprechende (v.a. auch supranationale) Rechtsbehelfe zu ergreifen, wobei deren allfällige mangelnde faktische Effektivität (vgl. z.B. statt vieler die Unzulässigkeitsentscheidung des EGMR vom 21. September 2017, 45707/17 [Both gegen Österreich], während Urteile wie z.B. jenes vom 5. Juli 2016, 5136/10 [Naderhirn gegen Österreich], die Ausnahme bilden; siehe allgemein dazu E. Schöpfer, Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, NLMR 2017, 307 ff) nicht zuletzt auch eine rechtspolitische Komponente aufweist (vgl. W. Karl, 25 Jahre „Newsletter Menschenrechte“, NLMR 2017, 405), die allein schon deshalb ebenfalls nicht dem LVwG OÖ angelastet werden kann.

4. Entscheidung

4.1. Aus allen diesen Gründen erachtet es daher das 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, nicht zuletzt auch aus Gründen der Verfahrenseffizienz für zweckmäßig, der in den Erkenntnissen des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und vom 11. Juni 2018, Ra 2018/17/0048, sowie des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, zum Ausdruck gebrachten Rechtsmeinung zu folgen.

4.2. Von der dort jeweils vertretenen Auffassung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols ausgehend erweist sich die im angefochtenen Bescheid gemäß § 54 Abs. 1 GSpG angeordnete Beschlagnahme der verfahrensgegenständlichen Geräte, deren Eignung zur Durchführung von Ausspielungen i.S.d. GSpG von den Rechtsmittelwerberinnen nicht substantiell in Abrede gestellt wurde, als gesetzmäßig vorgenommen und sohin rechtmäßig.

Dass seitens der belangten Behörde im GSpG normierte Regelungen zur Durchführung einer Beschlagnahme nicht beachtet worden wären, wurde im Übrigen auch von der Bf. selbst gar nicht behauptet.

4.3. Durch diese Beschlagnahme wurde die subjektive Rechtsstellung der Rechtsmittelwerberin im Ergebnis nur unmaßgeblich beeinträchtigt; Gegenteiliges hat sie insbesondere auch selbst gar nicht vorgebracht und auch aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt ergeben sich keine dementsprechenden Hinweise.

4.4. Angesichts dessen war die vorliegende Beschwerde sohin auch im Übrigen, insbesondere hinsichtlich ihres Vorbringens der Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung des GSpG, gemäß § 50 VwGVG als im Ergebnis unbegründet abzuweisen.

IV.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision zulässig, weil im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG insofern grundsätzliche Bedeutung zukommt, als eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Problematik, ob eine Bestrafung gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ein Überschreiten der Wertgrenzen des § 5 Abs. 5 GSpG voraussetzt, bislang fehlt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Eine solche 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 ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigen Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

Es besteht auch die Möglichkeit, auf eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat jedoch zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und/oder eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Der Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verfahrenshilfe

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr bzw. ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, das bzw. der für eine Vermögensmasse auftritt, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f