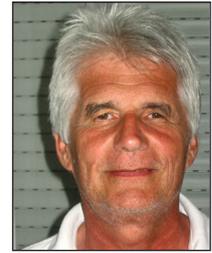


Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ an den EuGH betreffend die Frage der Unionsrechtskompatibilität der im Glücksspielgesetz verankerten Monopolregelung



ALFRED GROF*

Einleitung

Seit geraumer Zeit beschäftigt zahlreiche österreichische Institutionen im Bereich der Verwaltung, der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts und der Zivilgerichtsbarkeit die Frage, ob die im Glücksspielgesetz (GSpG) verankerte (Quasi-)Monopolregelung (bzw. das darauf beschränkte, im Ergebnis einer Bedarfsprüfung vergleichbare Konzessionssystem, das von staatlicher Seite an private Interessenten lediglich eine eng limitierte Anzahl von Bewilligungen vergeben werden kann) dem Unionsrecht – insbesondere der Dienstleistungsfreiheit gemäß den Art. 56 ff AEUV – entspricht. Weil diesbezüglich auf der Ebene der innerstaatlichen Höchstgerichte im Ergebnis konträre Lösungen resultierten und davon ausgehend die Eingriffsmaßnahmen und die dagegen erhobenen Rechtsmittel bei den Unterinstanzen eher zu- als abgenommen haben, wurden

vom Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (LVwG OÖ) bisher drei Versuche unternommen, die mit dieser Frage im Zusammenhang stehenden materiell- und verfahrensrechtlichen Problemfelder von dem hierfür letztkompetenten EuGH im Wege von entsprechenden Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 AEUV verbindlich klären zu lassen. Da solche Anträge verfahrensrechtlich besehen zwar lediglich informelle Zwischenerledigungen darstellen, mit diesen aber jeweils grundlegende Fragen des österreichischen Staatsorganisationsrechts verbunden sind, sollen diese drei Vorabentscheidungsersuchen im Folgenden für an entsprechenden Sachargumenten interessierte Leser in anonymisierter Form und weitgehend ungekürzt zugänglich gemacht werden (Hervorhebungen jeweils im Original).

Inhaltsübersicht:

I.	Antrag des LVwG OÖ vom 7. Februar 2017, LVwG-411712/8/Gf/Mu (beim EuGH protokolliert zu C-79/17)	26
II.	Antrag des LVwG OÖ vom 16. November 2016, LVwG-411593/3/Gf/Mu (beim EuGH protokolliert zu C-589/16)	33
III.	Antrag des LVwG OÖ vom 14. Dezember 2015, LVwG-411039/8/Gf/JE/Mu (beim EuGH protokolliert zu C-685/15)	42

* Hofrat Dr. Alfred Grof ist Richter des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich und hat in dieser Eigenschaft die im Beitrag wiedergegebenen Vorabentscheidungsersuchen verfasst.

**I. Antrag des LVwG OÖ vom
7. Februar 2017,
LVwG-411712/8/Gf/Mu
(beim EuGH protokolliert zu
C-79/17)**

A. Sachverhalte der Ausgangsverfahren

1. Den (für dieses Vorabentscheidungsersuchen bloß **beispielhaft** herangezogenen) Ausgangsverfahren liegen – auf das Wesentliche zusammengefasst – jeweils von behördlichen **Hilfsorganen** (nämlich: von Bediensteten der Finanzpolizei) in Betriebslokalen durchgeführte Kontrollen zu Grunde. Nach Beendigung dieser Kontrollen wurden einerseits die in den Lokalen vorgefundenen, jeweils ohne eine nach dem Glücksspielgesetz erforderliche behördliche Bewilligung (»Konzession«) **aufgestellten Automaten vorläufig in Beschlag genommen** (und zwar derart, dass diese vor Ort belassen, aber mit amtlichen Siegeln versehen wurden); andererseits wurden in der Folge entsprechende Anzeigen an die zuständigen Behörden wegen des Verdachtes des Vorliegens von Verwaltungsübertretungen erstattet.

2. Auf Grund dieser Anzeigen haben die zuständigen **Behörden die vorläufigen Beschlagnahmen** der Exekutivorgane **mittels Bescheid bestätigt** sowie Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet und über die Verantwortlichen – nämlich: die Eigentümer der Geräte, die Lokalbetreiber, das Bedienungspersonal u.a. – im Wege von Straferkenntnissen entsprechende **Geldstrafen** verhängt.

3. In der Folge wurden die jeweils gegen diese Beschlagnahmebescheide und Straferkenntnisse an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch kurz: **LVwG OÖ**) erhobenen **Beschwerden** von den dafür nach der Geschäftsverteilung zuständigen (Einzel-)Richtern als unbegründet abgewiesen (vgl. Ausgangsverfahren 1: LVwG-411167/11-411168/2¹ bzw. LVwG-411331/6 vom 7. April 2016; Ausgangsverfahren 2: LVwG-410857/23-410858/2 vom »Jänner« 2016 bzw. LVwG-411056/9 vom 2. Mai 2016; Ausgangsverfahren 3: LVwG-411136/8-411138/3 vom 24. März 2016).

Mit dem Zeitpunkt der Zustellung der entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen sind diese Bescheide und Straferkenntnisse in **Rechtskraft** erwachsen, weil den dagegen ergriffenen Rechtsbehelfen keine aufschiebende Wirkung zukam bzw. zuerkannt wurde.

4. Dessen ungeachtet wurde gegen die genannten

Erkenntnisse des LVwG OÖ zunächst jeweils eine **Beschwerde** an den Verfassungsgerichtshof (im Folgenden auch kurz: **VfGH**) erhoben; der VfGH hat jedoch die Behandlung der Beschwerden unter Hinweis auf sein Grundsatzerkennntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, **abgelehnt**² und diese an den Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden auch kurz: **VwGH**) abgetreten.

5. Die auf diese Weise dem **VwGH** übertragenen Beschwerde-(nunmehr: »Revisions«-)Verfahren wurden entweder bereits unter Hinweis auf dessen Grundsatzerkennntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, als unzulässig **zurückgewiesen**³ oder sind gegenwärtig noch anhängig (und müssten künftig konsequenterweise ebenso zurückgewiesen werden).

6. Auf dieser Grundlage hat die **Verwaltungsbehörde** in den Ausgangsverfahren jeweils mittels Bescheid gemäß § 54 GSpG die **Einziehung** der als **rechtskräftig beschlagnahmt** anzusehenden **Glücksspielautomaten** verfügt.

7. Gegen diese Einziehungsbescheide wurde jeweils eine **Beschwerde** an das **LVwG OÖ** erhoben, zu deren Entscheidung auf Grund der aktuell maßgeblichen Geschäftsverteilung nunmehr ein **anderer (Einzel-) Richter zuständig** ist als jene, die über die oben unter A.3. angeführten, gegen die Beschlagnahmebescheide bzw. Straferkenntnisse eingebrachten Beschwerden zu entscheiden hatten.

8. Der gemäß den Art. 56 ff AEUV geforderte **Auslandsbezug**⁴ ist in den Anlassverfahren insoweit gegeben, als in diesen einerseits eine GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (Bratislava/**Slowakei** – Ausgangsverfahren 1) beteiligt ist und andererseits bei Unionsrechtswidrigkeit im Lichte des Art. 7 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes eine sog. »**umgekehrte Diskriminierung**« bzw. »**Inländerdiskriminierung**« droht (Ausgangsverfahren 2 und 3), weil die mit der Monopolregelung des GSpG verbundenen Beschränkungen dann nur in Bezug auf Angehörige eines anderen Mitgliedsstaates nicht zum Tragen kämen, während österreichische Staatsangehörige diese bei reinen Inlandssachverhalten (zumindest bis zur formellen Feststellung der Verfassungswidrigkeit des GSpG-Monopols durch den VfGH) weiterhin zu beachten hätten.

¹ Jeweils abrufbar über die Homepage des LVwG OÖ (<www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm>).

² Vgl. z.B. statt vieler den »Sammelerledigungs«-Beschluss des VfGH vom 15. Oktober 2016, E-970/2016.

³ Vgl. paradigmatisch für eine derartige Serienerledigung z.B. die Beschlüsse des VwGH vom 7. November 2016, Ra 2016/17/0086, und vom 25. November 2016, Ra 2016/17/0235.

⁴ Vgl. zuletzt beispielsweise EuGH vom 15. November 2016, C-268/15 (»Ullens de Schooten« – ECLI:EU:C:2016:874), RN 50 ff.

B. Maßgebliche nationale Rechtsvorschriften

1.

C. Bedenken gegen die Vereinbarkeit dieser innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht

1. Soweit es im Bereich des Glücksspielrechts die Vereinbarkeit eines nationalen Monopolsystems mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 56 ff AEUV, betrifft, fordert der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch kurz: EuGH) in ständiger Judikatur die Durchführung einer sog. »Kohärenzprüfung«: Diese muss erweisen, dass nicht nur die konkrete gesetzliche Regelung, sondern auch deren praktische Umsetzung eine tatsächliche Erreichung der mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen bewirkt bzw., dass die konkrete Handhabung der mit der Monopolisierung verbundenen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit wirklich mit den Art. 56 ff AEUV im Einklang steht⁵.

2. Diese Kohärenzprüfung hat jedes Gericht aus eigenem und ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsanschauung anderer, allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter Gerichte⁶ unter jeweiliger Bedachtnahme auf die aktuellen faktischen Umstände⁷ vorzunehmen.

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

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

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

- * die Studie »Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015«, erstellt vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (im Folgenden kurz: **ISD-Studie 2015**);
- * der »Glücksspiel – Bericht 2010 -2013« des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: **BMF-Glücksspiel-Bericht 2013**);
- * der »Evaluierungsbericht 2010 – 2014« des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: **BMF-Evaluierungsbericht 2014**); sowie
- * diverse Urkunden, die vom Rechtsvertreter der von den behördlichen Maßnahmen betroffenen Personen vorgelegt wurden (im Folgenden kurz: **Urkunden der Beschwerdeführer**; zahlreiche weitere von diesen Personen gestellte Beweisanträge wurden hingegen – über Antrag des Behördenvertreters und ohne nähere Begründung – abgewiesen).

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

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

⁵ So speziell zum österreichischen Glücksspielmonopol EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 (»Pfleger« – ECLI:EU:C:2014:281), RN 43, 49 und 56, mit weiteren Rechtsprechungshinweisen.

⁶ Vgl. z.B. EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14 – »Naderhirn« (ECLI:EU:C:2015:707), RN 32 ff.

⁷ Vgl. z.B. EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/15 – »Admiral Casinos« (ECLI:EU:C:2016:500), RN 34 ff.

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

3.2. Kohärenzprüfung durch den VfGH und den VwGH

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

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

Dazu kommt, dass die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren sowohl in ihrer Beschwerde an den

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

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

3.3. Kohärenzprüfung in den antragsgegenständlichen Ausgangsverfahren

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

Darüber hinaus ergäbe sich zudem eine zwar nicht formale, de facto jedoch aus Gründen der Verfahrensökonomie resultierende Bindungswirkung an die in übergeordneter Instanz ergangenen, zuvor unter C.2. erwähnten Grundsatzentscheidungen des VfGH und des VwGH (nicht jedoch auch des Obersten Gerichtshofes [im Folgenden auch: OGH], weil es sich insoweit nicht um ein instanzenmäßig übergeordnetes Gericht

handelt – dies ganz abgesehen davon, dass auch vom OGH in dessen »leading case«-Verfahren keine autonome Kohärenzprüfung durchgeführt wurde).

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

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

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

- * der »Glücksspiel – Bericht 2010 -2013« des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: **BMF-Glücksspiel-Bericht 2013**);
- * eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 18. September 2014 (im Folgenden kurz: **BMF-Stellungnahme 2014**);
- * der »Evaluierungsbericht 2010 – 2014« des Bundesministeriums für Finanzen (im Folgenden kurz: **BMF-Evaluierungsbericht 2014**);
- * die Monographie »Kleines Glücksspiel – Großes Leid?« von *J. Köberl* und *F. Pretenthaler* (Graz 2009);
- * die Untersuchung »Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich« von *J. Kalke* u.a. (Freiburg 2011);
- * die Studie »Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015«, erstellt vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (im Folgenden kurz: **ISD-Studie 2015**);
- * das »Factsheet Sucht Version 2.4« vom 17. Juni 2016 des Instituts Suchtprävention pro mente ooe;
- * der »Jahresbericht 2015« des Vereins »Spielsuchthilfe« sowie
- * eine auf zahlreichen Unterlagen basierende schriftliche Äußerung vom 13. Dezember 2016, die vom Rechtsvertreter des in jenem Verfahren Beschuldigten vorgelegt worden war (im Folgenden kurz: **Äußerung des Beschuldigten**)

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

- * Die Ausübung des GSpG-Monopols erfolgt nicht durch den Staat selbst, sondern durch Privatpersonen, denen hierfür jeweils eine entsprechende behördliche Konzession erteilt wurde; die Anzahl dieser Konzessionen, die vom Bund sowie (in Bezug auf das sog. »kleine Glücksspiel« mit einem Höchsteinsatz von 10 Euro) von den Ländern verliehen werden, ist ex lege zahlenmäßig (eng) fixiert; die Staatseinnahmen aus dem Glücksspielmonopol betragen derzeit ca. 500 Mio. Euro jährlich;
- * in einer vom ISD im Jahr 2015 durchgeführten telefonischen Erhebung hat 1,1 % der Befragten (= 110 Personen) angegeben, nach eigener Einschätzung »mehr oder weniger stark spielsüchtig« zu sein;
- * im Gefolge vom im Jahr 2010 (in Reaktion auf die EuGH-Judikatur⁸) vorgenommenen Novellierungen des GSpG wurden eine Spielerschutzstelle eingerichtet, den Konzessionsinhabern spielerschutzbezogene Auflagen bescheidmäßig vorgeschrieben und deren Anbindung an das Bundesrechenzentrum verfügt (ob die Einhaltung dieser Vorschriften kontrolliert und gegebenenfalls auch sanktioniert wird, ist allerdings nicht bekannt);
- * mit der GSpG-Novelle 2013 wurde der Anwendungsbereich der Bestimmung des gerichtlich strafbaren verbotenen Glücksspiels (§ 168 StGB) de facto auf Null reduziert; seither ist lediglich eine Verletzung der Monopolregelung und diese bloß verwaltungsbehördlich sanktioniert, wobei die entsprechenden exekutivbehördlichen Maßnahmen (Kontroll-, Einschau- und Betretungsrechte; Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt; Beschlagnahme; Verwaltungsstrafe; Verfall; Einziehung; Betriebsschließung) allesamt jeweils einer erst nachträglichen richterlichen Kontrolle unterliegen;
- * seitens der Finanzpolizei werden in der Praxis zahlreiche und extensive Kontrollen dahin, ob bzw. inwieweit Personen, die über keine Konzession verfügen, Eingriffe in das Monopol vornehmen, durchgeführt und davon ausgehend im Falle solcher Feststellungen von den Behörden entsprechende Sanktionen verhängt;
- * Rechtsschutz gegen behördliche Eingriffsmaßnahmen ist insoweit gewährleistet, als Betroffene dagegen – allerdings jeweils erst ex post – eine Beschwerde bei den (Landes-)Verwaltungsgerichten (I. Instanz) einbringen können (wobei allein beim LVwG OÖ laut aktueller Geschäftsverteilung 77 % **der bei diesem Gericht tätigen Richter [!!!]** mit Glücksspielbeschwerden befasst sind); in weiterer

⁸ Vgl. v.a. die Urteile vom 9. September 2010, C-64/08 – »Engelmann« (ECLI:EU:C:2010:506), und vom 15. September 2011, C-347/09 – »Dickinger und Ömer« (ECLI:EU:C:2011:582).

Folge besteht die Möglichkeit einer Beschwerde- und/oder einer Revisionserhebung an die Höchstgerichte – jedoch ist der VfGH insoweit auf die Feststellung der Verletzung von Grundrechten und der VwGH auf die Klärung von grundsätzlichen Rechtsfragen beschränkt; in der Praxis erachten sich darüber hinaus sowohl der VfGH als auch der VwGH stets an den vom (L)VwG angenommenen Sachverhalt gebunden (= keine autonome Beweisaufnahme und -würdigung) und von beiden Höchstgerichten wird in aller Regel auch keine (insbesondere keine kontradiktorische) öffentliche Verhandlung durchgeführt;

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

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

Österreich kein echtes Kriminalitätsproblem darstellt; demgegenüber weisen die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich eine nicht unerhebliche Quote auf und verfolgen die Monopolinhaber eine aggressive Expansions- und Werbestrategie, während die staatlichen Stellen die Notwendigkeit einer Monopolregelung gerade in jener Form, wie diese im GSpG verankert ist, nicht nachgewiesen haben (S. 15 f).

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

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

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

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

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

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

3.3.4. Steht eine innerstaatliche Regelung im Widerspruch zum Unionsrecht, so hat diese nach ständiger

Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben. Dieser Grundsatz ist von jedem staatlichen Organ auf jeder Ebene des Verfahrens unmittelbar von Amts wegen zu beachten. Konkret bedeutet dies insbesondere, »dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen kann, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist«.

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

3.4. Resümee: Konträre Ergebnisse

Wie die vorstehende Darstellung zeigt, führen die in Einzelfällen vorgenommenen Kohärenzprüfungen **gesamthaft betrachtet** sowohl im Verhältnis von Höchstgerichten untereinander (nämlich: VfGH und VwGH einerseits gegenüber OGH andererseits) als auch zwischen den Unterinstanzen, ja sogar innerhalb ein und desselben Gerichts (hier: LVwG OÖ) zu **diametralen Ergebnissen**, obwohl diese jeweils auf **im Wesentlichen gleichen Beweismitteln** beruhen; ohne letztkompetente Klärung der Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols durch den EuGH dürfte sich auch künftig weder an diesen **prinzipiell divergierenden Rechtsauffassungen** der innerstaatlichen Gerichte noch daran etwas ändern, dass unnötigerweise **zahlreiche**, auf dieser Kontroverse basierende **Gerichtsverfahren** abzuführen sind.

Diese Situation, die zudem zur **ständigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte** (im Folgenden auch: EGMR), wonach eine langwährende Rechtsprechungsdivergenz der Gerichte eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK⁹ nach sich zieht, im Widerspruch steht, resultiert allerdings nach Auffassung des (nunmehr zuständigen [Einzel-]Richters des) LVwG OÖ nicht vorrangig daraus, dass der EuGH keine Zentralisierung der Kohärenzprüfung bei einem innerstaatlichen (Höchst-)Gericht zulässt, sondern stellt sich vielmehr als die **zwangsläufige Konsequenz** eines solcherart ausgestalteten **nationalen Regelungssystems** dar, das (1) weder eine **explizite gesetzliche Festlegung**

9 Vgl. z.B. jüngst EGMR vom 29. November 2016, 76943/11 (»Lu-peni Greek Catholic Parish v. Romania«), RN 116 ff, m.w.N.

der mit der Monopolregelung verfolgten Ziele noch (2) eine **ausdrücklich durch Gesetz normierte Verpflichtung des Staates** zur Erbringung entsprechender **Nachweise** für die Kohärenz der Zielerreichung enthält noch (3) auch den **Höchstinstanzen** eine **autonom-gerichtsförmige** Kohärenzprüfung ermöglicht, sondern das – wohl in unionsrechtswidriger Weise¹⁰ – die Ermittlung und Verifizierung beider Komponenten der **erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit** überantwortet, jene damit aber zugleich ihrer objektiv-distanzierten Verfahrensfunktion entkleidet und stattdessen zu einer **strukturellen Parteilichkeit** verhält.

Diese **drei Systemfehler verhindern** somit gleichsam **schon programmgemäß** eine **Einheitlichkeit** der Beweisführung und Beurteilung hinsichtlich der Kohärenzfrage (1); dazu kommt noch, dass die vom EuGH seinerzeit entwickelten Kohärenzkriterien¹¹ vom nationalen Gesetzgeber nachträglich in ein bereits vorgefundenes Rahmenkorsett der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts eingepasst wurden, das allerdings speziell in Bezug auf das Erfordernis einer auf allen Instanzenebenen je autonomen gerichtlichen Kohärenzprüfung **nicht zuverlässig gewährleisten** kann, ein insgesamt dem **Fairnessgebot** des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC entsprechendes Verfahren sicherzustellen (2); im Besonderen liegt schließlich auch noch darin eine (**horizontale**) **Inkohärenz**, dass das Automatenglücksspiel in nahezu der Hälfte der österreichischen Bundesländern und damit in Bezug auf 40% der Einwohner verboten, in den restlichen Ländern hingegen erlaubt ist, was insgesamt zeigt, dass sogar ein **erheblicher Teil des Staates selbst** (eben die sog. »Verbotsländer«) offensichtlich der Auffassung ist (sind), dass jenes im GSpG normierte System der Konzessionierung zugunsten singulärer Betreiber gerade nicht das einzige bzw. das geeignetste Mittel darstellt, um die Ziele des effektiven Spielerschutzes und der wirkungsvollen Kriminalitätsvorbeugung sowohl in **kohärenter** als auch in **verhältnismäßiger** Weise zu erreichen¹² (3).

¹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die (derzeit noch anhängigen) Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ zu C-685/15 und C-589/16.

¹¹ Vgl. oben, FN 8.

¹² Sonst hätten sich nicht bloß einige, sondern alle Bundesländer dieser Regelung anschließen müssen – es sei denn, die Spielsucht stellt in den sog. »Verbotsländern« de facto gar kein gesellschaftlich relevantes Problem dar oder die wahre Zielsetzung der Monopolregelung besteht in einer (für die Verbotsländer verzichtbaren) Erhöhung der Staats-(hier: nicht der Bundes-, sondern der quantitativ wesentlich geringeren unmittelbaren Landes-)Einnahmen.

D. Vorlagefragen

1. Die Frage, ob ein solches Monopolsystem mit **tragenden rechtsstaatlichen Verfahrensprinzipien** – insbesondere mit dem Anklagegrundsatz, der richterlichen Unparteilichkeit und der Gewährleistung eines fairen Verfahrens – i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC vereinbar ist, wurde vom LVwG OÖ bereits mit den beim EuGH zu C-685/15 und zu C-589/16 protokollierten Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union herangetragen.

Diese Ersuchen betreffen somit jeweils das **Prozedere**, also spezifische Aspekte jenes normativen Regelungsbereiches, wie eine Kohärenzprüfung **konkret durchzuführen** ist.

2. **Getrennt und unabhängig davon** stellt sich jedoch auch die Frage, ob jenes Konzept, auf dem die gesetzliche Ausgestaltung der österreichischen Monopolregelung in **inhaltlich-systematischer Hinsicht** basiert – nämlich: Privatisierung durch Übertragung auf einzelne Konzessionäre; bescheidmäßige Verpflichtung dieser zu Spielerschutz- sowie zu darauf beschränkten Werbemaßnahmen, bloß zu legalen Formen des Glücksspiels hinzulenken; Erzielung von Staatseinnahmen; rigorose Kontrolle und Sanktion von illegalem Glücksspiel nicht als Kriminalstraftatbestand, sondern bloß als Verwaltungsübertretung –, **abstrakt besehen überhaupt dazu geeignet sein kann**, als **schonendster Eingriff** in die Dienstleistungsfreiheit solche Ziele, die anerkanntermaßen im öffentlichen Interesse gelegen sind, **sowohl tatsächlich als auch nachhaltig** zu erreichen.

3. Dazu kommt, dass sich in der Praxis zeigt, dass Konstellationen wie die hier gegenständlichen Ausgangsverfahren **nicht bloß eine singuläre Ausnahme** darstellen; vielmehr fallen in diesem Zusammenhang – wie bereits zuvor ausgeführt (vgl. oben, C. 3.3.2.1.) – allein im Zuständigkeitsbereich des vorlegenden Gerichts **mehrere hundert Beschwerden pro Jahr** an, was im Ergebnis deshalb, weil von den Betroffenen bis zur endgültigen (= i.S.v. **letztkompetenten**) Klärung der Frage der Unionsrechtskompatibilität des österreichischen Glücksspielmonopolsystems durch den **EuGH** – wie die bisherige Erfahrung zeigt – zudem alle weiteren instanzmäßig in Betracht kommenden Rechtsbehelfe ausgeschöpft werden, nicht nur in eine **erhebliche faktische Paralyse** des LVwG OÖ selbst, sondern auch der **Höchstgerichte** (VfGH und VwGH) mündet.

4. Davon ausgehend, dass es sich bei im Zusammenhang mit der Auslegung der Art. 56 ff AEUV entstehenden prozessualen Themenstellungen einerseits und materiellen Fragen andererseits um **rechtssystematisch** tunlichst

voneinander zu trennende Problembereiche handelt, erlaubt sich daher das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich, im Wege seines nach der Geschäftsverteilung hierfür zuständigen (Einzel-)Richters dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV – **aufbauend** auf die dg. bereits zu C-685/15 und C-589/16 protokollierten (und jeweils spezifisch **verfahrensrechtliche Aspekte** betreffenden) Anträge – folgende **inhaltlichen Fragen** zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1.) Ist eine glücksspielrechtliche innerstaatliche Monopolregelung als **kohärent** i.S.d. Art. 56ff AEUV anzusehen, hinsichtlich der

– davon ausgehend, dass insoweit

a) eine Sachverhaltsfeststellung und Würdigung anhand der von **staatlichen Stellen** und von **privaten Verfahrensparteien** vorgelegten sowie anhand **notorischer Beweismittel hinreicht** (vgl. hierzu näher C-685/15) und

b) **keine Bindung** an die Rechtsauffassung anderer innerstaatlicher Gerichte, denen keine autonome Kohärenzprüfung zugrunde liegt, besteht (vgl. hierzu näher C-589/16) –

in einem die eben genannten Kautelen beachtenden und sohin präsumtiv dem Fairnessgrundsatz des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC entsprechenden gerichtlichen Verfahren **als wesentliche Eckpunkte festgestellt** wurden, dass

* Spielsucht kein einen staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem darstellt,

* verbotenes Glücksspiel nicht als kriminelle Handlung, sondern lediglich (wenngleich häufig) als verhaltenspolizeiliche Ordnungsstörung in Erscheinung tritt,

* die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich mehr als 500 Mio Euro (= 0,4% des gesamtstaatlichen Jahresbudgets) betragen und

* die Werbemaßnahmen der Konzessionäre maßgeblich auch darauf abzielen, bisher **Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren?**

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

3.) Falls Frage 1.) und/oder Frage 2.) bejaht wird/werden: Ist ein solches System hinsichtlich

der gesetzlich normierten, weit reichenden **exekutivbehördlichen Eingriffsbefugnisse**, die jeweils **keiner vorangehenden richterlichen Genehmigung oder Kontrolle** unterliegen, als **verhältnismäßig** i.S.d. Art. 56ff AEUV zu qualifizieren?

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

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

II. Antrag des LVwG OÖ vom 16. November 2016, LVwG-411593/3/Gf/Mu (beim EuGH protokolliert zu C-589/16)

A. Sachverhalte der Ausgangsverfahren

1. Den (für dieses Vorabentscheidungsersuchen bloß **beispielhaft** herangezogenen) Ausgangsverfahren liegt – auf das Wesentliche zusammengefasst – eine Kontrolle von Lokalen (Gaststätten, Kaffeehäuser, Tankstellenshops, etc.) zu Grunde, die von Beamten der Finanzpolizei und/oder von Beamten der Bundespolizei durchgeführt wurde. Anlass für diese Kontrollen war jeweils die Vermutung, dass die Verantwortlichen in diesen Lokalen einzelne oder mehrere Glücksspielautomaten aufgestellt gehabt hatten, ohne über eine der hierfür nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) erforderlichen Berechtigungen zu verfügen.

Zum Abschluss der Kontrollen wurden die in den Lokalen vorgefundenen, ohne behördliche Bewilligung betriebenen Glücksspielgeräte vorläufig in Beschlag genommen, und zwar derart, dass diese vor Ort belassen und mit amtlichen Siegeln versehen wurden.

In der Folge wurden jeweils Anzeigen an die Behörden erstattet und von diesen die vorläufigen Beschlagnahmen in aller Regel mittels Bescheid bestätigt. Daran

anschließend wurden behördliche Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet und über die Verantwortlichen – nämlich: die Eigentümer, die Lokalbetreiber, das Bedienungspersonal u.a. – im Wege von Straferkenntnissen entsprechende Geldstrafen verhängt. Im Falle des Eintritts der Rechtskraft solcher Straferkenntnisse wurde von den Behörden schließlich mittels Bescheid die Einziehung der Glücksspielgeräte verfügt.

2. Gegen solche, unterschiedliche Stadien des Verfahrens betreffende **Beschlagnahmebescheide** (**Ausgangsverfahren 4. bis 8.**), **Straferkenntnisse** (**Ausgangsverfahren 1. bis 3.**) und **Einziehungsbescheide** (**Ausgangsverfahren 9. bis 11.**) der Behörden haben die Parteien der Ausgangsverfahren jeweils eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) erhoben. Umgekehrt wurde in einem Fall, in dem die Behörde ein bereits eingeleitetes Verwaltungsstrafverfahren **bescheidmässig eingestellt** hat, vom zuständigen Finanzamt eine Beschwerde beim LVwG OÖ eingebracht (**Ausgangsverfahren 12.**).

3. Mit Beschluss vom 2. Juli 2016, E 945/2016-15 u.a., hat der Verfassungsgerichtshof (im Folgenden auch: VfGH) zunächst unter Heranziehung von § 86a des Verfassungsgerichtshofgesetzes (VfGG) festgestellt, dass beim VfGH eine erhebliche Anzahl von Beschwerdeverfahren anhängig ist, in denen jeweils die Frage zu lösen ist, ob die §§ 52 (betreffend Verwaltungsstrafen), 53 (betreffend Beschlagnahmen) und 54 GSpG (betreffend Einziehungen) gegen Unionsrecht, insbesondere gegen die Art. 56 bis Art. 62 AEUV, verstoßen und/oder ob gegen diese Bestimmungen verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf eine gleichheitswidrige Inländerdiskriminierung bestehen.

Gemäß § 86a Abs. 2 VfGG wurde dieser Beschluss am 12. Juli 2016 im I. Teil des Bundesgesetzblattes, und zwar unter BGBl I 57/2016, kundgemacht.

An diese Kundmachung knüpfte sich nach § 86a Abs. 3 Z. 1 lit. a VfGG v.a. die Wirkung, dass nach dem Ablauf des Tages der Kundmachung dieses Beschlusses, also ab dem 13. Juli 2016, in den bei Verwaltungsgerichten bereits anhängigen und künftig anhängig werdenden Rechtssachen, in denen die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften anzuwenden und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen ist, nur mehr solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden durften, die durch das Erkenntnis des VfGH nicht beeinflusst werden konnten oder die die vom VfGH zu beurteilenden Frage(n) nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten.

4. Deshalb hat das LVwG OÖ in sämtlichen Ausgangsfällen das Beschwerdeverfahren jeweils bis zum Einlangen der Entscheidung des VfGH ausgesetzt.

5. Mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2015, E 945/2016 u.a., hat der Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass die §§ 52, 53 und 54 GSpG nicht gegen Unionsrecht (insbesondere nicht gegen Art. 56 bis 62 AEUV) verstoßen würden; aus diesem Grund könne auch von vornherein keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz wegen Inländerdiskriminierung vorliegen.

Gemäß Art. 86a Abs. 4 VfGG wurde dieser Rechtssatz am 3. November 2016 unter BGBl I 91/2016 im I. Teil des Bundesgesetzblattes kundgemacht.

An diese Kundmachung knüpfte sich nach § 86 Abs. 4 letzter Satz VfGG – auf das Wesentliche zusammengefasst – die Wirkung, dass der mit dem ursprünglichen Beschluss des VfGH vom 2. Juli 2016 bzw. mit den darauf basierenden Aussetzungsbeschlüssen des LVwG OÖ verbundene Suspensiveffekt ab dem dieser Kundmachung folgenden Tag wieder weggefallen ist.

6. Seit dem 4. November 2016 ist daher das LVwG OÖ wieder zur Fortführung der Ausgangsverfahren zuständig.

B. Maßgebliche nationale Rechtsvorschriften

1.

C. Bedenken gegen die Vereinbarkeit dieser – im Kontext besehenen – nationalen Rechtsvorschriften mit Unionsrecht

1. Soweit es im Bereich des Glücksspielrechts die Vereinbarkeit eines nationalen Monopolsystems mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 56 ff AEUV betrifft, fordert der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden auch kurz: EuGH) in ständiger Judikatur eine sog. »Kohärenzprüfung«. Diese muss erweisen, dass nicht nur die konkrete gesetzliche Regelung, sondern auch die praktische Umsetzung eine tatsächliche Erreichung der mit der Monopolregelung verfolgten Zielsetzungen bewirkt bzw.: dass die konkrete Handhabung der mit der Monopolisierung verbundenen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit wirklich mit den Art. 56 ff AEUV im Einklang steht¹³.

¹³ Speziell zum österreichischen Glücksspielmonopol vgl. insbesondere EuGH vom 30.4.2014, C-390/12 (»Pfleger« – ECLI:EU:C:2014:281), RN 43, 49 und 56, mit weiteren Rechtsprechungshinweisen.

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

Obwohl allen diesen Verfahren im Wesentlichen jeweils dieselben Beweismittel¹⁴ zu Grunde lagen, führte diese Prüfung einerseits zu dem Ergebnis, dass sich die gesetzliche Regelung und deren tatsächliche Handhabung zur Erreichung der Ziele eines optimalen Spielerschutzes und der Kriminalitätsvorbeugung sowohl als geeignet als auch als verhältnismäßig erweisen würde, sodass jeweils (positiv besehen) eine Bestätigung der angefochtenen behördlichen Entscheidungen bzw. (negativ gewendet) eine Abweisung der Beschwerden resultierte¹⁵. Andererseits gelangte das LVwG OÖ aber auch zur gegenteiligen Feststellung mit dem Ergebnis, dass der Beschwerde stattgegeben und der bekämpfte Verwaltungsakt aufgehoben¹⁶ bzw. die vom Finanzamt gegen die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens erhobene Beschwerde abgewiesen wurde¹⁷.

Gegen abweisende Entscheidungen des LVwG OÖ wurde von den betroffenen Unternehmern nahezu in jedem Fall eine Beschwerde an den VfGH und/oder eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden auch kurz: VwGH), gegen stattgebende Entscheidungen des LVwG OÖ hingegen von den Amtsparteien (Finanzämter, Bezirksverwaltungsbehörden und/oder Landespolizeidirektion Oberösterreich) stets eine Amtsrevision an den VwGH¹⁸ erhoben.

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

3. Aus Anlass zahlreicher, auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁹ gegründeter Unterlassungsklagen von Monopolinhabern gegen Unternehmer, die ohne behördliche Bewilligung Ausspielungen nach dem GSpG vornehmen, gelangte der Oberste Gerichtshof (im Folgenden auch: OGH) im Wesentlichen zur Auffassung, dass die klageführenden Konzessionäre nicht bloß eine maßvolle Werbepolitik betreiben, weshalb sich die tatsächliche Umsetzung der Monopolbestimmungen des GSpG als inkohärent erweise (vgl. dessen »leading-case«-Entscheidung vom 30.3.2016, 4 Ob 31/16m).

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

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

4.2. Abgesehen davon, dass § 87 Abs. 2 VfGG hinsichtlich der Erkenntnisse des VfGH Inhaltsgleiches wie § 63 Abs. 1 VwGG in Bezug auf den VwGH anordnet – wobei hinsichtlich der Vereinbarkeit der letzteren Bestimmung mit dem Unionsrecht ein Vorabentscheidungsverfahren beim Gerichtshof der Europäischen Union eingebracht und dieses vom EuGH auch bereits erledigt wurde²⁰ – legt § 86a Abs. 4 VfGG in Bezug auf Konstellationen, in denen beim VfGH eine erhebliche Anzahl von Beschwerdeverfahren zur Lösung von gleichartigen Rechtsfragen anhängig sind, fest, dass der VfGH in der Entscheidung, die solche derartigen Verfahren ab-

14 Nämlich insbesondere 1.) eine Studie des Zentrums für Interdisziplinäre Suchtforschung (ZIS) der Universität Hamburg, die überwiegend schon im Jahr 2010 erstellt, sodann auch in Buchform veröffentlicht (vgl. *Kalke – Buth – Rosenkranz – Schütze – Oechsler – Verthein*, Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich, Lambertus-Verlag, Freiburg i.Br. 2011) und nachfolgend im Jahr 2015 aktualisiert wurde; 2.) der Glücksspiel – Bericht 2010-2013 des Bundesministeriums für Finanzen; 3.) eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 18.9.2014; 4.) der Evaluierungsbericht 2010 – 2014 des Bundesministeriums für Finanzen; sowie 5.) schriftliche Äußerungen der Beschwerdeführer.

15 Vgl. z.B. statt vieler die – auch vom VfGH seinem Erkenntnis vom 15.10.2016, E 945/2016, zu Grunde gelegten – Entscheidungen vom 29.3.2015, LVwG-411184, sowie vom 25.3.2016, LVwG-411124, und vom 14.4.2016, LVwG-410954, jeweils abrufbar unter: <www.lvwg-ooe.gv.at.>

16 Vgl. z.B. paradigmatisch LVwG Oberösterreich vom 29.5.2015, LVwG-410287, ebenfalls abrufbar unter: <www.lvwg-ooe.gv.at.>

17 Vgl. z.B. zuletzt LVwG Oberösterreich vom 8.8.2016, LVwG-411506 (abrufbar unter: <www.lvwg-ooe.gv.at.>)

18 Amtsrevisionen an den VfGH sind nach dem österreichischen Rechtsschutzsystem nicht vorgesehen.

19 BGBl 448/1984 in der derzeit geltenden Fassung BGBl I 49/2015 (UWG).

20 Vgl. EuGH vom 15.10.2015, C-581/14 (»Naderhirn« – ECLI:EU:C:2015:707).

schließt, seine Rechtsanschauung in Form eines Rechtsatzes zusammenzufassen hat, der sodann im Bundesgesetzblatt kundzumachen ist; Gleiches gilt im Übrigen gemäß § 38a VfGG auch in Bezug auf den VwGH.

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

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

In Analogie ist somit – ganz abgesehen davon, dass in der Praxis einer Entscheidung des VfGH von allen Behörden und Gerichten faktisch stets entsprochen wird – davon auszugehen, dass in dem Fall, dass eine einfachgesetzliche Bestimmung – wie etwa die §§ 3ff GSpG und die §§ 52 ff GSpG – durch den VfGH bzw. den VwGH gemäß § 86a Abs. 4 VfGG bzw. § 38a Abs. 4 VfGG ausgelegt werden, der vom Höchstgericht jeweils formulierte, noch dazu formal in gleicher Weise wie ein Gesetz im I. Teil des Bundesgesetzblattes kundgemachte²¹ Rechtsatz sohin die Qualität einer auf Gesetzesstufe²² stehenden Norm und damit eine über den Einzelfall hinausreichende generelle rechtliche Verbindlichkeit aufweist.

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

²¹ Vgl. § 3 BGBl-G.

²² Wie sich z.B. aus dem Beschluss vom 6.5.2011, 2011/08/0090, wonach der VwGH dem Bundeskanzler dessen Kundmachung (bloß) im Teil II des Bundesgesetzblattes aufgetragen hat, ergibt, ist der VwGH diesbezüglich offenbar insofern anderer Ansicht, als seinen auf § 38a VfGG fußenden Rechtssätzen bloß die Qualität einer auf Verordnungsstufe stehenden Norm zukommt, was aber an deren genereller rechtlicher Verbindlichkeit nichts ändert.

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

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

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

Dass und weshalb gerade dies der Fall ist, wurde vom Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich bereits mehrfach, zuletzt in seinem Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, ausführlich dargelegt²³. Weil aber einerseits in diesem Erkenntnis ohnehin bereits eine inhaltliche Auseinandersetzung mit gegenteilig lautenden

²³ Vgl. insbesondere S. 68 ff.

Entscheidungen (anderer Einzelrichter) des LVwG OÖ sowie insbesondere auch mit dem »leading-case«-Erkenntnis des VfGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, erfolgte und andererseits der VfGH seiner den Rechtssatz BGBl I 91/2016 tragenden »leading-case«-Entscheidung vom 15.10.2016, E-945/2016, keine zusätzliche materielle Argumentation zu Grunde gelegt, sondern sich insoweit vollumfänglich bloß auf die letztgenannten Vorentscheidungen gestützt hat, besteht sohin für das LVwG OÖ insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die maßgebliche Faktenlage zwischenzeitlich nicht geändert hat, auch keine Veranlassung dazu, in den Ausgangs- und in künftigen Beschwerdeverfahren von der in seinem vorerwähnten Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, vertretenen Auffassung, dass (insbesondere auch) die §§ 52 bis 54 GSpG mit den Art. 56 ff AEUV nicht vereinbar sind, abzugehen.

8. Geht man an diesem Punkt davon aus, dass jene das hg. Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, zentral stützende Feststellungen – nämlich vor allem deshalb, weil 1.) in jenen den »leading-case«-Erkenntnissen des VfGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, und des VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, zu Grunde liegenden Verfahren jeweils keine echte eigenständig-autonome Kohärenzprüfung durchgeführt, sondern vielmehr bloß die diesbezüglichen Absichtserklärungen des Gesetzgebers und die vom Bundesministerium für Finanzen vorgebrachten Behauptungen als vorweg und pauschal zutreffend unterstellt wurden; 2.) nachfolgend der VfGH und der VwGH diese Versäumnisse nicht nur nicht korrigiert, sondern ihre vorgenannten Leitentscheidungen wiederum vorbehaltlos darauf aufgebaut haben²⁴;

24 Vgl. VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, RN 49: »Ausgehend von den sachverhaltsmäßigen Feststellungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, das sich eingehend mit den tatsächlichen Auswirkungen der einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, unter anderem mit den Auswirkungen der Werbetätigkeiten der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber, auseinander setzte, kann der Verfassungsgerichtshof keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.« einerseits und VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, RN 119: »Der Verwaltungsgerichtshof gelangt bei Durchführung der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung (.....) ausgehend von dem vom Verwaltungsgericht (.....) getroffenen und im Revisionsverfahren nicht bekämpften Feststellungen zu dem Ergebnis, dass durch die im GSpG vorgesehenen Bestimmungen eines – sich in der Realität des Glücksspielmarktes nicht auswirkenden – Glücksspielmonopols des Bundes kombiniert mit einem Konzessionssystem unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen betreffend Lotterien und Spielbanken sowie eines (reinen) Bewilligungssystems unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen betreffend Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie der Bestimmungen zur Hintanhaltung von illegalem Glücksspiel (§ 52f GSpG), die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer

3.) eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den, geschweige denn eine Widerlegung der im Erkenntnis vom 8.8.2016, LVwG-411506, getroffenen Tatsachenfeststellungen trotz mehrfacher Gelegenheit v.a. seitens der Höchstgerichte bislang nicht erfolgt ist; sowie 4.) jene die letztgenannte Entscheidung des LVwG OÖ tragende Rechtsansicht offensichtlich auch nicht als gänzlich unvertretbar qualifiziert werden kann – objektiv auch tatsächlich zutreffen, dann lässt sich in Österreich vor diesem Hintergrund das Unionsrecht im Bereich des Glücksspielwesens auf dem vom EuGH vorgezeichneten Weg, nämlich: dass jedes Gericht eigenständig eine entsprechende Kohärenzprüfung durchzuführen und davon ausgehend unionsrechtswidriges nationales Recht unangewendet zu lassen hat, offensichtlich – und zwar schon systembedingt – nicht effektiv umsetzen:

Dies deshalb, weil nach dem der österreichischen Verfassung zu Grunde liegenden Rechtsschutzsystem mit der Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes für jede der mit konträren Interessen am Verfahren beteiligten Parteien die Möglichkeit der Erhebung einer Revision bzw. Amtsrevision an den VfGH und/oder einer Beschwerde an den VfGH verbunden ist²⁵; und wie die bisherige langjährige praktische Erfahrung beim LVwG OÖ gezeigt hat, werden diese Rechtsmittelbefugnisse nahezu in jedem Fall auch tatsächlich in Anspruch genommen. Somit entscheiden in der Folge über solche Revisionen, Amtsrevisionen und Beschwerden aber zwei Höchstgerichte, hinsichtlich derer der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden auch kurz: EGMR) bereits mehrfach festgestellt hat, dass diesen entweder institutionell, nämlich wegen ihrer inhaltlich beschränkten Kognitionsbefugnis (VfGH) bzw. wegen ihrer Bindung an den von der Unterinstanz angenommenen Sachverhalt bzw. an die von dieser vorgenommene Beweiswürdigung (VwGH) oder deshalb, weil der VwGH in concreto nicht den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprochen hat, nicht die Qualität eines Tribunals i.S.d. letztgenannten Konventionsbestimmung²⁶, da-

Weise verfolgt werden.« andererseits (Hervorhebungen jeweils nicht im Original).

25 Vgl. Art. 133 B-VG bzw. Art. 144 B-VG.

26 Grundlegend schon z.B. EGMR vom 28.6.1990, appl. 11761/85 (»Obermeier«), RN 70; EGMR vom 26.4.1995, appl. 16922/90 (»Fischer«), RN 28 ff; EGMR vom 23.10.1995, appl. 15963/90 (»Gradinger«), RN 43 – 45; EGMR vom 20.6.2000, appl. 35401/97 (»Mauer 2«), RN 15 f; EGMR vom 20.12.2001, appl. 32381/96 (»Baischer«), RN 30; jeweils mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen sowie aus jüngerer Zeit z.B. EGMR vom 17.4.2012, appl. 21539/07 (»Steininger«) RN 48 bzw. RN 49 ff und RN 58; vom 4.4.2013, appl. 21565/07 (»Julius Kloiber Schlachthof GmbH«), RN 31 ff; sowie insbesondere in Bezug auf verfahrensrechtliche Versäumnisse EGMR vom 11.6.2015, appl. 19844/08 (»Becker«), RN 38 ff, ebenfalls mit zahlreichen weiteren Judikaturnachweisen.

mit aber wohl auch nicht die Qualität eines Gerichtes i.S.d. Art. 47 EGRC (vgl. Art. 52 Abs. 3 EGRC) zukommt. Daran hat auch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle BGBl I 50/2012 nichts geändert, weil mit dieser einerseits zwar erstinstanzliche Verwaltungsgerichte institutionalisiert, aber die Kognitionsbefugnis des VfGH und des VwGH nicht dem Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechend modifiziert wurde (vgl. auch unten, F.5.), und andererseits der EGMR darauf abstellt, dass im Falle des Bestehens eines mehrinstanzlichen Rechtsschutzsystems auf jeder Ebene die effektive Einhaltung des Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet sein muss²⁷.

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

9. Um einen derartigen Effekt wirksam hintanzuhalten, erscheint daher die Verpflichtung zu einer bloßen Nichtanwendung von absoluten Bindungsnormen ebensowenig als hinreichend wie etwa die Feststellung eines unterinstanzlichen Gerichtes, dass der Rechtsatz BGBl I 91/2016 insoweit als »ultra vires« ergangen und damit als absolut nichtig anzusehen ist. Offenbar bedarf es vielmehr – wie vom EGMR schon seit dem »Miloslavsky«-Urteil²⁸ in dessen ständiger Rechtsprechung gefordert – dann, wenn nach nationalem Recht ein Instanzenzug eingerichtet ist, schon per Gesetz einer Sicherstellung dahin, dass auf allen Ebenen solche Organe institutionalisiert sind, die sowohl in organisatorischer, in kompetenzieller (nämlich hinsichtlich ihrer Kognitionsbefugnis) und auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht jeweils in vollem Umfang tatsächlich den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen²⁹.

27 Vgl. unten, C.9.

28 Vgl. EGMR vom 13.7.1995, appl. 18139/91 (»Tolstoy Miloslavsky«), RN 59.

29 Vgl. EGMR vom 26.5.1988, 10563/83 (»Ekbatani«), RN 31 ff; vom 8.4.2010, 20508/03 (»Sinichkin«), RN 32; vom 8.3.2007, 53897/00 (»Danila«), RN 35; vom 29.9.2009, 23782/06 und 46629/08 (»Constantin« and »Stoian«), RN 60; vom 29.9.2009, 26958/05 (»Kiss«), RN 22; vom 24.11.2009, 75300/01 und 4637/02 (»Ieremeiov 1« und »Ieremeiov 2«), RN 28 ff; sowie vom 13.3.2012, 24082/03 (»Zarafim«), RN 42.

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

10. Angesichts all dessen wird – obwohl der EuGH mit seinem Beschluss vom 15.10.2015, C-581/14 (Naderhirn – ECLI:EU:C:2015:707), RN 31 bis 35, ohnehin bereits die Pflicht zur Nichtanwendung von innerstaatlichen Regelungen, die eine vorbehaltlose – und damit auch das Verhältnis von nationalem und Unionsrecht betreffende – Bindungswirkung normieren, auf den Problembereich der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht festgestellt hat, um Verständnis dafür ersucht, dass diese Judikatur im Hinblick auf das zuvor dargestellte spezifische System der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit nach Auffassung des LVwG OÖ einer näheren Präzisierung durch den EuGH bedarf³⁰.

D. Vorlagefrage

Vor diesem Hintergrund erlaubt sich daher das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich, im Wege seines nach der Geschäftsverteilung hierfür zuständigen Richters dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

»Ist Art. 47 EGRC in Verbindung mit den Art. 56ff AEUV dahin auszulegen, dass mit diesen unionsrechtlichen Vorschriften in jenen Fallkonstellationen, in denen die Vornahme einer Kohärenzprüfung geboten ist, nationale Regelungen (wie § 86a Abs. 4 VfGG, § 38a Abs. 4 VwGG, § 87 Abs. 2 VfGG oder § 63 Abs. 1 VwGG) nicht vereinbar sind, die es – als Teil eines Gesamtsystems, das sich in der Praxis dahin auswirkt, dass Höchstgerichte keine autonome Sachverhaltsprüfung und Beweismwürdigung vornehmen sowie bei zahlreichen, in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage gleichartig gelagerten Fällen lediglich in einem von diesen eine singuläre Sachentscheidung treffen und davon ausgehend alle übrigen Beschwerden a limine zurückweisen – zulassen bzw. nicht zuverlässig ausschließen, dass

30 Vgl. näher auch unten, E. und F.

gerichtliche (i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC) Entscheidungen – insbesondere, wenn diese in zentralen unionsrechtlichen Anliegen wie z.B. des Marktzuganges oder der Marktöffnung ergangen sind – in der Folge durch Entscheidungen von instanzmäßig übergeordneten Institutionen, die ihrerseits nicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC gerecht werden, ohne ein vorangegangenes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH eliminiert werden können?»

E. Exkurs 1: Sachlicher Zusammenhang zu dem bereits zu C-685/15 (Online Games u.a.) eingebrachten Vorabentscheidungsersuchen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich

1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union wird durch die Rechtskraft eines Urteils bzw. eines Beschlusses des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen ein neuerliches Vorlageersuchen nicht gehindert (vgl. z.B. EuGH vom 30.6.2016, C 634/15, RN 19f).

Diese Voraussetzungen scheinen im vorliegenden Fall deshalb gegeben, weil nach dem Ersuchen des LVwG OÖ vom 18.3.2016 zu C-685/15 – geordnet nach dem Zeitpunkt ihrer jeweiligen Kundmachung – noch die folgenden maßgeblichen Entscheidungen ergangen sind:

- ▷ Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 30.3.2016, 4 Ob 31/16m;
- ▷ Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022
- ▷ (kundgemacht am 31.3.2016);
- ▷ Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 20.9.2016,
- ▷ appl. 926/08 (»Karelin«)
- ▷ Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15.10.2016, E 945/2016

2. Wie insbesondere aus den RN 55 und 56 sowie 72 bis 77 des Urteils des EGMR vom 20.9.2016, appl. 926/08 (»Karelin«), hervorgeht, ist in einem Strafverfahren eine Vermischung der richterlichen Funktion mit jener des Anklägers bzw. alleine schon ein entsprechender diesbezüglicher Anschein in keiner Weise mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar.

Davon ausgehend erscheint aber das in diesem Urteil ebenfalls zur Sprache gebrachte österreichische System der Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. RN 57), wonach eine Behörde, die ein Straferkenntnis erlassen hat, im nachfolgenden Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht³¹ zur Vertreterin der Anklage mutiert,

nur dann mit Art. 6 Abs. 1 EMRK kompatibel, wenn das Verwaltungsgericht neue Beweise nicht »proprio motu« (vgl. RN 74), sondern nur über einen entsprechenden Parteienantrag (d.h. des Beschuldigten oder des öffentlichen Anklägers) hin aufnimmt.

Gerade dieser Umstand bzw. im Besonderen sogar, dass vom Gericht überhaupt keine neuen Beweise aufgenommen wurden, traf aber in dem vom EGMR in RN 57 des »Karelin«-Urteils zitierten österreichischen Fall »Weh und Weh« zu³² – und ganz offensichtlich auch nur aus diesem Grund wurde dieses »Weh und Weh«-Urteil vom EGMR (u.a.) auch zur Begründung seiner »Karelin«-Entscheidung herangezogen.

Daraus folgt aber insgesamt, dass die gesetzliche Normierung ein Amtswegigkeits- im Sinne eines Inquisitionsprinzips, also eine richterliche Beweisaufnahme ohne entsprechenden Parteienantrag (eben: »proprio motu«) dem Art. 6 Abs. 1 EMRK widerspricht, weil damit schon ex lege ein Zwang zur Vermischung der richterlichen Funktion mit jener des Anklägers angeordnet wird, was objektiv besehen wiederum schon von vornherein den Anschein der Parteilichkeit erzeugt.

3. Dem gegenüber ist jedes Gericht i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK zur eigenständig-autonomen Würdigung der von ihm über einen entsprechenden Parteienantrag hin aufgenommenen Beweise nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Im Besonderen bedeutet dies, dass ein im Instanzenzug übergeordnetes Gericht die Beweiswürdigung der Unterinstanz nicht einfach ungeprüft übernehmen darf³³, weil sonst – z.B. im Hinblick auf Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit – im Ergebnis keine eigenständig-autonome Kohärenzprüfung vorliegt (vgl. näher oben, C.7. bis C.9.).

4. In diesem Kontext besehen lässt sich das nunmehrige Vorabentscheidungsersuchen gleichsam (auch) als eine Ergänzung bzw. Präzisierung des Vorabentscheidungsersuchens des LVwG OÖ zu C-685/15 (Online Games u.a.) verstehen.

³² Vgl. EGMR vom 4.7.2002, appl. 38544/97 (»Weh und Weh«), Pkt. A.1. und A.2.: »No witnesses were heard and no other evidence was taken.«

³³ Ausnahmen vom Grundsatz, dass dann, wenn nach nationalem Recht ein Instanzenzug eingerichtet ist, auf jeder Ebene die gerichtliche Entscheidung den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht werden muss, bestehen im Rechtsmittelverfahren nur hinsichtlich singulärer Verfahrensaspekte, so z.B., dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden muss, wenn der Beschwerdeführer darauf verzichtet hat oder es sich bloß um Rechtsfragen oder um hochtechnische Angelegenheiten handelt (vgl. z.B. die zahlreichen Nachweise bei EGMR vom 5.4.2016, appl. 33060/10 [»Helmut Blum«], RN 70) oder wenn dem übergeordneten Gericht die Befugnis zur Ablehnung des Rechtsmittels eingeräumt ist (vgl. z.B. EGMR vom 12.5.2010, appl. 32435/06 [»Kammerer«]).

³¹ Früher: »Unabhängiger Verwaltungssenat« (»Independent Administrative Panel«).

5. In der Sache erscheint aus der Sicht des LVwG OÖ die zum österreichischen Apothekengesetz ergangene Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union, insbesondere dessen Beschlüsse vom 30.6.2016, C-634/15 (»Sokoll-Seebacher II«), und vom 15.10.2015, C-581/14 (»Naderhirn«), schon deshalb als zwanglos auch auf die hier vorliegende Materie übertragbar, weil das Monopolsystem des GSpG, demzufolge seitens der Behörden schon ex lege nur ein zahlenmäßig beschränktes Quantum von Konzessionen vergeben werden darf, vom Effekt her betrachtet nichts anderes verkörpert³⁴ als die Bedarfsprüfung nach dem Apothekengesetz, wonach jede weitere Konzessionserteilung ausgeschlossen ist, sobald in einem bestimmten örtlichen Terrain genügend Medikamentenversorger sesshaft sind, sodass beide Systeme primär dem Zweck dienen, einen Marktzugang von neuen Interessenten – ohne Rücksicht auf deren allfällige bessere Qualifikation – effektiv zu verhindern.

F. Exkurs 2: Zur Antinomie zwischen »eigenständiger Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht und daraus folgender Nichtanwendung nationalen Rechts« einerseits und »innerstaatlicher Regelung des Instanzenzuges« andererseits

1. Grundsätzlich entspricht es zweifellos dem Wesen eines Rechtsmittelgerichtes, dass es die Rechtssache nicht nur in rechtlicher, sondern auch in faktischer Hinsicht – insbesondere hinsichtlich Beweisaufnahme, Beweiswürdigung und Beweisbewertung – (allenfalls auch, und nur diese Konstellation ist hier von Interesse) anders beurteilt als das unterinstanzliche Gericht.

Dies setzt aber speziell dann, wenn es um eine Kohärenzprüfung – d.h. um die Beurteilung der tatsächlichen Auswirkungen von gesetzlichen Vorschriften – geht, voraus, dass auch das Rechtsmittelgericht selbst ein kontradiktorisches Verfahren, und zwar im Besonderen in Form einer öffentlichen Verhandlung, durchgeführt hat³⁵.

Anders lässt sich nämlich insgesamt kein in allen Belangen dem Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK

bzw. des Art. 47 EGRC entsprechendes Ergebnis gewährleisten.

2. Soweit für die gegenständlichen Ausgangsverfahren von Interesse, traf dies nach Auffassung des LVwG OÖ aber weder für das »leading-case«-Erkenntnis des VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, noch für das »leading-case«-Erkenntnis des VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, zu: Denn ungeachtet dessen, dass beiden Höchstgerichten zuvor die innerhalb des LVwG OÖ bestehende Judikaturdivergenz mit Unionsrecht bereits seit geraumer Zeit bekannt war, wurde in der erstgenannten Entscheidung der Sachverhalt des LVwG OÖ (der in der Folge zur Feststellung der Unvereinbarkeit des GSpG-Monopolsystems mit Unionsrecht geführt hatte) übernommen und davon ausgehend ohne erkennbares eigenständiges Beweisverfahren (obwohl hierzu gemäß § 42 Abs. 4 VwGG die gesetzliche Möglichkeit bestanden hätte) gegenteilig gewürdigt³⁶; und auch die Entscheidung des VfGH stützt sich ausschließlich auf die Sachverhaltsfeststellungen des LVwG OÖ (die in den Anlassverfahren jeweils zur Feststellung der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopolsystems geführt hatten – vgl. Fußnote 15), ohne dass eine autonome Beweisaufnahme oder zumindest eine inhaltliche Auseinandersetzung mit Gegenargumenten erkennbar wäre (obwohl auch hierzu gemäß § 20 Abs. 2 VfGG die gesetzliche Möglichkeit bestanden hätte).

Im Übrigen wurde auch in beiden Fällen keine öffentliche Verhandlung durchgeführt.

3. Die gesetzliche Normierung eines Amtswegigkeitsprinzips³⁷ mündet – insbesondere, wenn dieses durch die höchstgerichtliche Judikatur zu einem Inquisitionsprinzip ausgeweitet wird³⁸ – jedenfalls in **Strafverfahren in einen Zwang zur Vermischung von richterlicher und Anklagefunktion** (vgl. näher oben, E.2.).

4. Parallel dazu bewirkt ein »**Overruling**« durch höchstgerichtliche Entscheidungen – wenn und soweit dies auch die Frage der Unionsrechtskompatibilität von innerstaatlichen Rechtsnormen erfasst – eine **Aushöhung** des vom Gerichtshof der Europäischen Union

34 Aus systematischer Sicht besteht der einzige Unterschied darin, dass sich die Relation zwischen der Anzahl der zu vergebenen Konzessionen einerseits und der Wohnbevölkerung andererseits nach dem GSpG bereits unmittelbar auf Grund des Gesetzes selbst ergibt, während sich diese nach dem Apothekengesetz an der Zahl der Einwohner eines bestimmten Gebietes orientiert.

35 Jene Fallkonstellationen, in denen der EGMR für Rechtsmittelverfahren – insbesondere in »criminal charges«-Angelegenheiten – ausnahmsweise ein Absehen von der mündlichen Verhandlung zulässt, lassen sich schon von vornherein nicht auf die Durchführung von Kohärenzprüfungen übertragen.

36 Dies ganz abgesehen davon, dass der VwGH ansonsten in ständiger Judikatur auf dem Standpunkt steht, dass er im Regelfall nicht nur an die **Sachverhaltsfeststellungen** – was sich bereits ex lege, nämlich aus § 41 VwGG ergibt –, sondern auch an die **Beweiswürdigung** der Verwaltungsgerichte gebunden ist (vgl. z.B. VwGH vom 11.10.2016, Ra 2015/01/0179, RN 8), wobei sich dem gegenständlichen »leading-case«-Erkenntnis keinerlei Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass und weshalb gerade in diesem Einzelfall die Voraussetzungen für eine andersartige Würdigung gegeben gewesen wären.

37 Wie gegenständlich in § 38 VwGVG i.V.m. § 24 VStG und i.V.m. § 39 Abs. 2 AVG.

38 Vgl. VwGH vom 15.12.2014, Ro 2014/17/0120.

bezogenen Standpunktes, dass jedes Gericht die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht aus eigenem zu beurteilen und davon ausgehend entweder ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen oder unionsrechtswidriges innerstaatliches Recht aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet zu lassen hat, und darüber hinaus auch eine **partielle Beeinträchtigung der effektiven Wirksamkeit des Unionsrechts** in diesem Mitgliedsstaat.

5. Nicht nur die Rechtsprechung des EuGH, sondern auch die gefestigte Judikatur des EGMR steuert beiden letztgenannten Tendenzen entgegen, denn einerseits schließt dessen »Karelin«-Urteil vom 20.9.2016, appl. 926/08, eine Funktionsvermischung – und damit offensichtlich auch ein Amtswegigkeits- im Sinne eines Inquisitionsprinzips – kategorisch aus und andererseits wird dann, wenn nach nationalem Recht ein Instanzenzug eingerichtet ist, gefordert, dass auf allen Ebenen bzw. jedenfalls gesamthaft betrachtet ein in sämtlichen Belangen den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK gerecht werdendes Verfahren resultieren muss (vgl. näher schon oben, E.2. und E.3.). Dies gilt ganz unabhängig davon, dass im Besonderen in Bezug auf Österreich sowohl der VfGH als auch der VwGH bzw. deren Verfahren seit jeher nicht als »Gericht« bzw. »gerichtsförmig« i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK angesehen werden und die vom EGMR hierfür ins Treffen geführten Argumente durch die jüngste Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBI I 51/2012 **nicht nur nicht entkräftet**, sondern **so gar noch verstärkt** wurden, weil seither nicht bloß die Kognitionsbefugnis des VfGH, sondern auch jene des VwGH schon von Verfassungs wegen nicht mehr umfassend ausgestaltet, sondern auf die Beurteilung von grundsätzlichen **Rechtsfragen** (und damit nicht auch: **Tatsachenfragen**) eingeschränkt ist³⁹.

6. Gemäß Art. 52 Abs. 3 EGRC ist die Auslegung der EMRK, insbesondere jene des Art. 6 Abs. 1 EMRK, durch den EGMR in analoger Weise auch für das Verständnis des Art. 47 EGRC maßgeblich.

7. Unabhängig davon dürfte jedoch die bisherige Judikatur des EuGH, wonach jedes Gericht die Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht aus eigenem zu beurteilen und entsprechend umzusetzen hat, nach hiesigem Verständnis in letzter Konsequenz dazu führen, dass selbst dann, wenn der VwGH und der VfGH in ihren »leading-case«-Erkenntnissen je-

weils ein in allen Belangen dem Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechendes Verfahren durchgeführt hätten, dennoch keine Bindungswirkung für die Verwaltungsgerichte bestehen würde. Denn ein faires Verfahren scheint bloß eine notwendige, letztlich jedoch dennoch nicht hinreichende Bedingung darzustellen, weil das Verfahrensrecht gleichsam nur eine formale Absicherung des Ergebnisses bildet, wobei das Ergebnis unabhängig davon in bindungsfreier richterlicher Eigenständigkeit inhaltlich fixiert werden muss und in diesem Zusammenhang allein eine Bindungswirkung an den EuGH – nicht aber auch an andere Gerichte – bestehen kann⁴⁰.

Um daher den Anforderungen des EuGH nach einer Sicherstellung der tatsächlichen Effektivität des Unionsrechts dadurch, dass jedes Gericht aus eigener Entscheidungsbefugnis die Frage der Unionsrechtskompatibilität zu beurteilen hat, gerecht zu werden und dem damit im Zusammenhang stehenden, offensichtlich auch nicht gänzlich unbegründeten Misstrauen, dass die Nichtumsetzung von Unionsrecht – zumindest in Teilbereichen – durch Rechtsmittelinstanzen nicht zu reichend effizient verhindert wird⁴¹, entgegenzuwirken, müssten daher innerstaatliche Bindungsvorschriften wie § 86a Abs. 4 und § 87 Abs. 2 VfGG bzw. § 38a Abs. 4 und § 63 Abs. 1 VwGG zumindest so ausgestaltet sein, dass in diesen schon vom Normtext her **explizit** zwischen einer Bindung an eine Auslegung durch das Höchstgericht, die lediglich die nationale Rechtsordnung betrifft, und einer solchen, die die Frage der Unionsrechtskompatibilität von innerstaatlichen Vorschriften betrifft, **differenziert** wird; andernfalls dürften nämlich solche Bindungsnormen nicht mit Unionsrecht vereinbar sein.

8. Da aber die Pflicht zur jeweils eigenständigen Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität von nationalen Bestimmungen durch das einzelne Gericht speziell dann, wenn es um die Prüfung der faktischen Kohärenz geht, insoweit ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV von vornherein ausschließt, weil diese Kohärenzprüfung nach ständiger Judikatur des EuGH Sache des jeweiligen Gerichts ist⁴², würde dies gleichsam **systembedingt** zu einem »**infiniten Zirkel**« führen, wenn einerseits Rechtsmittelgericht und unterinstanzliches Gericht diese Frage jeweils unterschiedlich beur-

39 Dass mit dieser Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit allenfalls den Anforderungen des Art. 2 des 7.ZPMRK Genüge getan wurde, spielt hingegen für den vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

40 So z.B. jüngst auch BVerfG vom 19.7.2016, 2 BvR 470/08 (= EuGRZ 2016, 576 ff), RN 52: »Der Gerichtshof der Union ist gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG«.

41 Vgl. z.B. jüngst EuGH vom 5.7.2016, C-614/14 (»Ognjanov« – EU:C:2016:514), und vom 9.6.2016, C-25/15 (»Balogh« – EU:C:2016:423).

42 Vgl. z.B. EuGH vom 30.4.2014, C-390/12 (»Pfleger« – ECLI:EU:C:2014:281), RN 47 ff, und vom 23.12.2015, C-293/14 (»Hiebler« – ECLI:EU:C:2015:843), RN 66 und 76 f.

teilen sowie andererseits in Betracht gezogen wird, dass insoweit auch die Verfahrensparteien keine endgültige Klärung durch supranationale Gerichte herbeiführen können, weil deren Rechtsmittelbefugnis an den EGMR in der Praxis keine echte Effizienz zukommt⁴³ bzw. die Möglichkeit einer Individualbeschwerde an den EuGH schon von vornherein nicht besteht.

Einigermaßen hintanhaltend lässt sich eine solche in der Praxis auf Dauer nicht durchzuhaltende Auswirkung im Zusammenhang mit der Kohärenzprüfung somit nur dadurch, dass jene spezifischen nationalen Einzelbestimmungen, die – als Basis für die Kohärenzprüfung – die Faktenerhebung und deren Bewertung regeln, jeweils im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH herangetragen werden, sodass die Hauptfrage der Unionsrechtskonformität der Marktzuangsbegrenzung (in Gestalt des GSpG-Monopols; der Bedarfsprüfung für Apotheken; der Gebietsaufteilung für Rauchfangkehrer; etc.) letztlich nur auf diesem (Um-)Weg gleichsam »puzzleartig« einer Lösung zugeführt werden kann.

9. Wenn daher einerseits

nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union jedes Gericht nach eigener Überzeugung und insoweit ohne Bindung an die Rechtsauffassung übergeordneter Instanzen zu beurteilen hat, ob das nationale Recht mit dem Unionsrecht vereinbar ist und bei gegenteiligem Ergebnis die unionsrechtswidrigen Bestimmungen aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet zu lassen oder ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten hat

und andererseits

nach der nationalen Rechtsordnung das Rechtsmittelgericht bloß kassatorisch und unter Bindung an die Sachverhaltsfeststellungen sowie (in der Regel) auch an die Beweiswürdigung des unterinstanzlichen Gerichts zu entscheiden hat und nachfolgend das Letztere vorbehaltlos an die Entscheidung der Oberinstanz gebunden ist, selbst wenn diese in verfahrensrechtlicher, organisationsrechtlicher oder kompetenzieller Hinsicht (nämlich bezüglich des Umfangs der Kognitionsbefugnis) den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. des Art. 47 EMRK nicht entsprechen sollte,

dann kann eine derartige, nicht explizit zwischen dem Verhältnis »nationales Recht – Unionsrecht« einerseits und »bloß nationale Rechtsordnung« andererseits differenzierende innerstaatliche Bindungsnorm eines Mitgliedsstaates mit Unionsrecht nicht vereinbar sein, weil auf diese Weise nicht mit der erforderlichen Sicherheit gewährleistet ist, dass in diesem Mitgliedsstaat das Unionsrecht tatsächlich effektiv wird.

10. Dem dürfte auch nicht entgegenstehen, dass selbst in dem Fall, dass eine solche Differenzierung normiert wäre, diese Regelung – systembedingt – darauf hinauslaufen würde, dass nicht nur die Rechtsmittelinstanz die Unterinstanz, sondern umgekehrt auch die Unterinstanz die Rechtsmittelinstanz – soweit es unionsrechtliche Belange betrifft – zumindest mittelbar auf die Einhaltung des Fairnessgebotes des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EMRK in allen Belangen hin kontrolliert, sodass sich im Grunde genommen (zumindest in Bezug auf »Unionsrechtskompatibilität«) ein entsprechender nationaler Instanzenzug als obsolet erweist.

III. Antrag des LVwG OÖ vom 14. Dezember 2015, LVwG-411039/8/Gf/JE/Mu (beim EuGH protokolliert zu C-685/15)

A. Sachverhalte der Ausgangsverfahren

1. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens »O GmbH«

1. Über Anzeige einer (durch einen früheren Bundesminister für Justiz in dessen Zweitfunktion als Rechtsanwalt vertretenen) GmbH und über anonyme Anzeigen hin sowie in Entsprechung eines jeweils darauf gegründeten Auftrages der Bundespolizeidirektion W (nunmehr: Landespolizeidirektion Oberösterreich – Polizeikommissariat W [LPD OÖ]) haben **Exekutivorgane** des Finanzamtes Linz (d.h.: Beamte der Finanzpolizei) am **8. März 2012** eine Kontrolle der Gaststätte »S« in W durchgeführt.

Im Zuge dieses Ortsaugenscheines wurde wahrgenommen, dass in den Räumlichkeiten des Lokales insgesamt acht Geräte aufgestellt waren, hinsichtlich der prima vista jeweils der Verdacht entstand, dass mit diesen fortgesetzt Eingriffe in das Glücksspielmonopol des Bundes vorgenommen werden bzw. worden waren. Laut Auskunft des Lokalinhabers (eines serbischen Staatsangehörigen) sei zu diesem Zeitpunkt (lediglich) eines dieser Geräte (mit der Gehäusebezeichnung »ACT World Games«) im Eigentum der O GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin), die übrigen Automaten hingegen in der Verfügungsbefugnis anderer Personen gestanden.

⁴³ Konkret wurden sämtliche Individualbeschwerden, die von den Unternehmern gegen das »leading-case«-Erkenntnis des VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, an den EGMR erhoben wurden, von einem Einzelrichter des EGMR ohne jegliche Begründung gemäß Art. 27 EMRK für unzulässig erklärt.

In der Folge wurde von diesen **Polizeibeamten** als **verwaltungsstrafrechtliche Sicherungsmaßnahme** die **vorläufige Beschlagnahme** aller Geräte samt Kassenninhalt (1.485,- Euro) und 28 Schlüsseln verfügt.

Dem von der Strafbehörde (LPD OÖ) vorgelegten Akt ist diesbezüglich insbesondere weder zu entnehmen, dass der Kontrolle ein Sachverständiger zur Klärung der Frage, ob es sich bei den beschlagnahmten Geräten um Glücksspiel- oder bloß um Geschicklichkeitsapparate handelte, beigezogen war, noch, dass seitens der Exekutivorgane erhoben wurde, ob ein unionsrechtlich bedeutsamer Auslandsbezug vorliegt.

2. Hierauf hat die **Strafbehörde** (LPD OÖ, vormals: Bundespolizeidirektion W) lediglich – und im Ergebnis überdies erfolglos – versucht, die Zuordnung der Schlüssel zu den einzelnen Geräten zu klären. Ohne weitere eigenständige Ermittlungsschritte (insbesondere solche zu den Eigentumsverhältnissen an den Automaten) vorzunehmen, wurde sodann mit **Bescheid** vom **17. April 2012**, Zl. S-4179/12, gemäß § 53 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Glücksspielgesetzes (BGBl 620/1989 in der damals maßgeblichen Fassung BGBl I 76/2011, im Folgenden: GSpG) die **dauerhafte Beschlagnahme** (u.a.) des präsumtiv im Eigentum der Beschwerdeführerin stehenden Gerätes angeordnet (und sodann das Verwaltungsstrafverfahren gegen diese fortgeführt).

Dem Verfahrensakt ist in gleicher Weise insbesondere nicht zu entnehmen, dass (zumindest) die Behörde vor der Erlassung dieser Entscheidung einen Sachverständigen beigezogen hat, noch, dass sie erhoben hätte, ob ein unionsrechtlich maßgeblicher Auslandsbezug vorliegt.

3. Gegen diesen Bescheid vom 17. April 2012 hat die Beschwerdeführerin (ohne sich gleichzeitig als Eigentümerin des beschlagnahmten Gerätes oder sonst darüber Verfügungsberechtigte zu deklarieren) **Berufung** an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ) erhoben.

4. Mit **Erkenntnis** des UVS OÖ vom 21. Mai 2012, VwSen-740033/2/Gf/Rt, wurde diese Berufung als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

Dagegen hat die Beschwerdeführerin eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) erhoben.

5. Mit **Erkenntnis** vom **1. Oktober 2015**, 2012/17/0230, hat der **VwGH** dieser Beschwerde stattgegeben und das Erkenntnis des UVS OÖ (nunmehr: Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich – **LVwG OÖ**) vom 21. Mai 2012 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass keine ausreichenden Feststellungen hinsichtlich der bei den einzelnen Spielen möglichen Höchsteinsätze vorliegen würden, was aber für die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Strafsachen einerseits und der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit andererseits entscheidend sei.

6. Zwischenzeitlich hatte das **LVwG OÖ** – beginnend mit dem **Erkenntnis** vom **29. Mai 2015**, LVwG-410287/42/Gf/Mu – mehrfach ausgesprochen, dass das im GSpG verankerte Monopolsystem unionsrechtswidrig sei und daraus als Schlussfolgerungen abgeleitet, dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen könne, wenn diese Norm mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist (vgl. EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 [EU:C:2014:281 – »Pfleger«], RN 64, m.w.N.). Daher sei in concreto eine Beschlagnahme von Glücksspielgeräten wegen des Verdachtes der Begehung einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ausgeschlossen, weil sich jene die verwaltungsstrafrechtliche Beschlagnahme regelnde Eingriffsnorm des § 53 GSpG rechtssystematisch als eine auf der Glücksspielmonopolregelung des GSpG fußende und mit dieser in einem untrennbaren Zusammenhang stehende Bestimmung darstelle.

Gegen dieses sowie gegen eine Vielzahl anderer Erkenntnisse des LVwG OÖ, mit denen das im GSpG verankerte Monopolsystem als unionsrechtswidrig qualifiziert wurde (vgl. etwa LVwG-410287/42/Gf/Mu vom 29. Mai 2015; LVwG-410601/6/Gf/Mu vom 7. Juli 2015; LVwG-410602/6/Gf/Mu vom 7. Juli 2015; LVwG-410622/7/Gf/Mu vom 7. Juli 2015; LVwG-410623/6/Gf/Mu vom 7. Juli 2015; LVwG-410702/5/Gf/Mu vom 8. Juli 2015; LVwG-410647/6/Gf/Mu vom 10. Juli 2015; und LVwG-410701/6/Gf/Mu vom 10. Juli 2015), hat der **Bundesminister für Finanzen** jeweils eine **Amtsrevision** eingebracht; diese Revisionsverfahren sind derzeit noch beim VwGH anhängig.

7. Im Gegensatz dazu ist das Beschwerdeverfahren gegen den Beschlagnahmebescheid der LPD OÖ vom 17. April 2012, Zl. S-4179/12, infolge der mit der oben unter A.I.5. angeführten Entscheidung des VwGH vom 1. Oktober 2015, 2012/17/0230, verfügten Aufhebung des hg. Erkenntnisses vom 21. Mai 2012, VwSen-740033/2/Gf/Rt, nunmehr (wiederum) vom **LVwG OÖ** fortzuführen, d.h., dass hg. zu entscheiden ist, ob die von der LPD OÖ gegenüber der Beschwerdeführerin im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens angeordnete endgültige Beschlagnahme eines Gerätes – insbesondere auch unter unionsrechtlichem Blickwinkel – rechtmäßig ist.

8. Davon ausgehend hat das **LVwG OÖ** am **11. November 2015** eine **öffentliche Verhandlung** durchgeführt.

An dieser Verhandlung haben der **Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin** und ein **Exekutivorgan als Vertreter der Amtspartei** (Finanzamt Linz) teilgenommen; seitens der **Strafbehörde** (LPD OÖ) ist hingegen (ohne Angabe von Gründen) **kein Vertreter** erschienen.

Im Zuge dieser öffentlichen Verhandlung wurden vom Vertreter der Amtspartei diverse Beweismittel, die für die Unionsrechtskonformität des im GSpG verankerten Quasi-Monopolsystems sprechen sollen, bezeichnet. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat dagegen auf Beweismittel, die die Unionsrechtswidrigkeit GSpG-Monopols belegen sollen, hingewiesen sowie (erst) über hg. Aufforderung mit e-mail vom 7. Dezember 2015 bekannt gegeben, dass eine in Brünn (Tschechien) ansässige GmbH die Veranstalterin der über das beschlagnahmte Gerät von einem Server abrufbaren Glücksspiele ist.

2. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens »B u.a.«

1.

B. Maßgebliche Rechtslage

1.

C. Vom LVwG OÖ zu beachtende Judikatur

1. Zu der aus ihrer Parteistellung resultierenden Funktion der Behörde als »Vertreterin der Anklage« im Verfahren vor dem VwG

1. Aus einer **Gesamtzusammenschau** des AVG ergibt sich, dass einer **Partei** in einem behördlichen (Administrativ- oder Verwaltungsstraf-)Verfahren **insbesondere** die folgenden **prozessualen Befugnisse** zukommen:

- ▷ Recht auf Akteneinsicht (§ 17 AVG)
- ▷ Recht auf Parteiengehör (§ 37; § 43 Abs. 2, 3 und 4 AVG)
- ▷ Recht auf Ladung zur mündlichen Verhandlung (§§ 41f AVG)
- ▷ Recht auf Kenntnisnahme vom und Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 45 Abs. 3 AVG)
- ▷ Recht auf Ablehnung eines nichtamtlichen Dolmetschers oder Sachverständigen (§§ 39a und 53 Abs. 1 AVG)
- ▷ Recht auf Erlassung und Bekanntgabe des Bescheides (§ 62 Abs. 1 bis 3 AVG; § 67g AVG)
- ▷ Recht auf Erhebung ordentlicher Rechtsmittel (§ 57 AVG, § 63 AVG und § 64a Abs. 2 AVG)
- ▷ Recht auf Erhebung außerordentlicher Rechtsmittel (§ 69 AVG und § 70 AVG)
- ▷ Recht auf Geltendmachung der Entscheidungspflicht der Behörde (§ 73 AVG)

2. Soweit **Organen des Staates** bzw. **Behörden** gesetzlich die Stellung einer Verfahrenspartei eingeräumt ist (sog. »**Amtsparteien**«), nehmen diese – rechtssystematisch besehen – **nicht subjektive Rechte** (des von ihnen repräsentierten Rechtsträgers), sondern **Kompetenzen** zur Wahrung der ihnen jeweils zuständigkeitsmäßig zur Vollziehung überantworteten **öffentlichen Interessen** wahr.

Vor diesem Hintergrund gelangte der **Verfassungsgerichtshof** (VfGH) u.a. zu der Auffassung, dass die im Verfahren vor (den UVS; nunmehr:) den Verwaltungsgerichten gemäß § 18 VwGVG als Partei einschreitende **Strafbehörde** (bzw. »belangte Behörde«) die **Anklage** i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK **vertritt**, sodass insoweit keine Verletzung des Grundsatzes des »fair hearing« im Hinblick auf das Prinzip der **Waffengleichheit** vorliegt (vgl. VfGH vom 4. März 1994, G 156/93, Pkt. 2.2.2.).

Dieser Ansicht haben sich in der Folge auch der VwGH (vgl. z.B. VwGH vom 14. Juli 2005, 2004/06/0064) und der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** (EGMR) angeschlossen, letzterer allerdings **stets nur** mit Blick auf den Grundsatz der **Waffengleichheit**, nämlich unter dem **Vorbehalt**, dass die Behörde dadurch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht günstiger gestellt erscheint als der Beschuldigte (vgl. z.B. EGMR vom 18. Oktober 2011, 35109/06; vom 20. Juni 2008, 39120/03; vom 5. Juni 2008, 20597/04; vom 6. Mai 2008, 29749/04; vom 3. Februar 2005, 19247/02; vom 3. Oktober 2002, 61595/00; vom 26. September 2002, 65665/01; und vom 4. Juli 2002, 38544/97).

2. Rechtssache »Pfleger«⁴⁴

1. Mit Schriftsatz vom **10. August 2012**, VwSen-740121/2/Gf/Rt, hatte bereits der UVS (seit der Novelle BGBl I 51/2012: das LVwG) OÖ im Fall »**Pfleger**« (nunmehr: LVwG-410287 – »**Zehetner**«) beim **Gerichtshof der Europäischen Union** (EuGH) hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit des im GSpG verankerten Quasi-Monopolsystems mit dem Unionsrecht einen Antrag auf Vorabentscheidung eingebracht und mit diesem u.a. folgende Frage gestellt:

»Steht das in Art. 56 AEUV und in den Art. 15 bis 17 EGRC zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsprinzip einer nationalen Regelung wie den in den Ausgangsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der §§ 3 bis 5 sowie §§ 14 und 21 GSpG, die die Durchführung von Glücksspielen mittels Automaten nur unter der – sowohl strafsanktionierten als auch unmittelbar

⁴⁴ Infolge zwischenzeitlicher Einstellung des Verfahrens gegen den seinerzeitigen Erstbeschwerdeführer nunmehr hg. anhängig als Rechtssache »**Zehetner**«.

sacheingriffsbedrohten – Voraussetzung der Erteilung einer vorangehenden, jedoch nur in begrenzter Anzahl verfügbaren Erlaubnis ermöglicht, obwohl bislang – soweit ersichtlich – von staatlicher Seite in keinem einzigen gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren nachgewiesen wurde, dass eine damit verbundene Kriminalität und/oder Spielsucht tatsächlich ein erhebliches Problem, dem nicht durch eine kontrollierte Expansion von zugelassenen Spieltätigkeiten auf viele Einzelanbieter, sondern nur durch eine kontrollierte, mit bloß maßvoller Werbung verbundene Expansion eines Monopolisten (bzw. sehr weniger Oligopolisten) abgeholfen werden kann, darstellen, entgegen?»

2. Mit Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (EU:C:2014:281 – »Pfleger«), hat der EuGH ausgesprochen, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass diese Bestimmung 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.

Begründend wurde dazu u.a. – zusammengefasst – ausgeführt (vgl. die RN 39 bis 64), dass eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den **Betrieb** von Glücksspielautomaten **ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet**, eine **Beschränkung** des durch Art. 56 AEUV garantierten **freien Dienstleistungsverkehrs** darstellt (vgl. in diesem Sinne bereits EuGH vom 6. März 2007, C-338/04 [EU:C:2007:133 – »Placencia«], RN 42).

Daher ist 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 52 AEUV ausdrücklich vorgesehen sind, zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** gerechtfertigt ist (vgl. EuGH vom 19. Juli 2012, C-470/11 [EU:C:2012:505 – »Garkalns«], RN 35 und die dort angeführte Judikatur). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH können Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten **durch**

zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den **Verbraucherschutz**, die **Betrugsvorbeugung** und die **Vermeidung von Anreizen** für die Bürger **zu übermäßigen Ausgaben** für das Spielen **gerechtfertigt** sein (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 8. September 2010, C-46/08 [EU:C:2010:505 – »Carmen Media Group«], RN 55 und die dort angeführte Judikatur).

Im vorliegenden Fall gehören die angeführten Ziele der in den Ausgangsverfahren fraglichen österreichischen Regelung, d.h. die **Spieler zu schützen, indem das Angebot von Glücksspielen begrenzt wird, und Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen zu bekämpfen, indem diese im Rahmen einer kontrollierten Expansion reguliert werden, zu den Zielen**, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs Beschränkungen von Grundfreiheiten auf dem Gebiet des Glücksspiels **rechtfertigen können** (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 16. Februar 2012, C-72/10 [EU:C:2012:80 – »Costa u. Cifone«], RN 61 und die dort angeführte Judikatur).

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die von den Mitgliedstaaten auferlegten **Beschränkungen** die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs insoweit aufgestellten Voraussetzungen der **Verhältnismäßigkeit** und der **Nichtdiskriminierung** erfüllen müssen. Danach ist eine nationale Regelung nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie **tatsächlich** dem Anliegen gerecht wird, es in **kohärenter und systematischer Weise** zu erreichen (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 8. September 2009, C-42/07 [EU:C:2009:519 – »Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International«], RN 59 bis 61 und die dort angeführte Judikatur). Der bloße Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, kann keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen (vgl. EuGH vom 12. Juli 2012, C-176/11 [EU:C:2012:454 – »HIT und HIT LARIX«], RN 25 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im besonderen Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen verfügen die **staatlichen Stellen** nämlich über ein **ausreichendes Ermessen**, um festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben. Soweit die von der

Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Voraussetzungen im Übrigen beachtet werden, ist es **Sache jedes Mitgliedstaats**, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Tätigkeiten in Bezug auf Spiele und Wetten **vollständig oder teilweise zu verbieten**, oder ob es **genügt**, sie zu **beschränken** und zu diesem Zweck **mehr oder weniger strenge Kontrollformen** vorzusehen (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 8. September 2010, C-316/07 [EU:C:2010:504 – »Stoß u.a.«], RN 76, sowie vom 8. September 2010, C-46/08 [EU:C:2010:505 – »Carmen Media Group«], RN 46). Außerdem steht fest, dass im Gegensatz zur Einführung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs auf einem traditionellen Markt die Betreibung eines derartigen Wettbewerbs auf dem sehr spezifischen Markt für Glücksspiele, d.h. zwischen mehreren Veranstaltern, die die gleichen Glücksspiele betreiben dürfen, insofern nachteilige Folgen haben könnte, als diese **Veranstalter versucht** wären, **einander an Einfallsreichtum zu übertreffen**, um ihr **Angebot attraktiver** als das ihrer Wettbewerber zu machen, so dass **für die Verbraucher** die mit dem Spiel verbundenen **Ausgaben** und die Gefahr der **Spielsucht erhöht** würden (vgl. EuGH vom 24. Jänner 2014, C-186/11 [EU:C:2013:33 – »Stanleybet International«], RN 45)).

Für die **Feststellung, welche Ziele** mit der nationalen Regelung **tatsächlich verfolgt** werden, ist jedoch im Rahmen einer Rechtssache, mit der der Gerichtshof nach Art. 267 AEUV befasst worden ist, das **vorliegende Gericht zuständig** (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 51). Außerdem hat das vorliegende Gericht unter Berücksichtigung der Hinweise des Gerichtshofs **zu prüfen**, ob die durch den betreffenden Mitgliedstaat **auferlegten Beschränkungen** den sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Anforderungen an ihre **Verhältnismäßigkeit genügen** (vgl. EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 50). Insbesondere muss es sich – vor allem im Licht der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung – vergewissern, dass sie **tatsächlich dem Anliegen entspricht**, in **kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern**, die **Tätigkeiten** in diesem Bereich **zu begrenzen** und die mit diesen Spielen verbundene **Kriminalität zu bekämpfen** (vgl. EuGH vom 15.

September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 50 und 56).

Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass es **dem Mitgliedstaat**, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, **obliegt**, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, **alle Umstände darzulegen**, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die **Maßnahme tatsächlich** den sich aus dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ergebenden Anforderungen genügt (vgl. EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 54 und die dort angeführte Rechtsprechung). Jedoch lässt sich aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten, dass einem Mitgliedstaat nur deshalb die Möglichkeit genommen wäre, zu belegen, dass eine innerstaatliche restriktive Maßnahme diesen Anforderungen genügt, weil er **keine Untersuchungen vorlegen** kann, die dem **Erllass der fraglichen Regelung zugrunde** lagen (vgl. in diesem Sinne EuGH vom 8. September 2010, C-316/07 [EU:C:2010:504 – »Stoß u.a.«], RN 72). Folglich muss das nationale Gericht eine **Gesamtwürdigung** der Umstände vornehmen, unter denen eine **restriktive Regelung**, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede steht, **erlassen** worden ist **und durchgeführt** wird, wobei die **nationalen Behörden** im gegenständlichen Fall nach Ansicht des vorlegenden Gerichts **nicht nachgewiesen** haben, dass die **Kriminalität und/oder die Spielsucht** im präjudiziellen Zeitraum **tatsächlich ein erhebliches Problem** darstellten (RN 50–53).

Das vorliegende Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das **wahre Ziel** der fraglichen restriktiven Regelung **nicht in der Kriminalitätsbekämpfung** und dem **Spielerschutz** liegt, **sondern** in einer bloßen **Maximierung der Staatseinnahmen**, obwohl der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen kann (vgl. EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 55). Diese Regelung erscheine, so das Gericht, jedenfalls unverhältnismäßig, da sie nicht geeignet sei, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geforderte Kohärenz zu garantieren, und über das hinausgehe, was zur Erreichung der angeführten Ziele erforderlich sei. **Sollte das vorliegende Gericht bei die-**

ser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende **Regelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar** ist.

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**.

Eine im Hinblick auf Art. 56 AEUV restriktive nationale Regelung wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende kann auch die Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht, wie sie in den Art. 15 bis 17 der Charta niedergelegt sind, einschränken. Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta muss eine solche Einschränkung, damit sie zulässig ist, gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Freiheiten und Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf sie außerdem nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht. Wie die Generalanwältin in den RN 63 bis 70 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren eine **nicht gerechtfertigte** oder im Hinblick auf den in Art. 56 AEUV verankerten freien Dienstleistungsverkehr **unverhältnismäßige Einschränkung** auch nicht nach Art. 52 Abs. 1 der Charta in Bezug auf deren Art. 15 bis 17 zulässig. Folglich erfasst im vorliegenden Fall eine Prüfung der Einschränkung, die die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung in Bezug auf Art. 56 AEUV darstellt, **auch mögliche Einschränkungen der Ausübung der in den Art. 15 bis 17 der Charta vorgesehenen Rechte und Freiheiten**, so dass es keiner getrennten Prüfung in dieser Hinsicht bedarf.

Im Kontext der Ausgangsverfahren ist schließlich festzustellen, dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich **nicht zu Sanktionen führen kann**, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV **nicht vereinbar** ist (vgl. in diesem Sinne EuGH

vom 6. März 2007, C-338/04 [EU:C:2007:133 – »Placanica«], RN 63 und 69, sowie EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 43).

3. Unter Berücksichtigung dieser vom EuGH in seinem Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (EU:C:2014:281 – »Pfleger«), geäußerten Rechtsansicht hatte das **LVwG OÖ** in Fortsetzung des darauf bezüglichen Anlassverfahrens mit **Erkenntnis vom 9. Mai 2014**, LVwG-410287/4/Gf/Rt, der Beschwerde des (noch verbliebenen) Rechtsmittelwerbers (»Zehetner«⁴⁵) stattgegeben, das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von Linz-Land aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Begründend wurde dazu u.a. ausgeführt, dass bislang **weder** die im gegenständlichen Verfahren **belangte Behörde noch eine andere staatliche Institution den Versuch unternommen** habe, in einer in einem rechtsstaatlichen Verfahren verwertbaren Form **zu belegen**, dass die **Kriminalität** – worunter nicht bloß Verstöße gegen ordnungspolitische und/oder Monopolsicherungsvorschriften, sondern vielmehr erhebliche Eingriffe in die Rechtssphäre anderer Personen, insbesondere der Spieler und deren Angehörigen, zu verstehen sind (vgl. z.B. EuGH vom 31. März 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], RN 84, m.w.N.) – und/oder die **Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem** darstellte(n) und bejahendenfalls, dass diesem insbesondere **nur durch ein Monopolsystem** mit kontrollierter Expansion von zugelassenen Spieltätigkeiten hätte abgeholfen werden können, sowie, dass **tatsächlich die Kriminalitätsbekämpfung und der Spielerschutz** – und nicht etwa bloß eine Maximierung oder massive Erhöhung der **Staatseinnahmen** – das **wahre Ziel der Monopolregelung** bilden würde(n).

Mit seinem Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (EU:C:2014:281 – »Pfleger«), habe der **EuGH** seine diesbezügliche bisherige Judikatur bekräftigt, wenn dort **in RN 50 ausdrücklich statuiert** wird, »dass es dem **Mitgliedstaat..... obliegt, dem Gericht..... alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt**«. In diesem Zusammenhang habe auch bereits die **Generalanwältin** in ihrem **Schluss-**

45 S.o., FN 44.

antrag (vom 14. November 2013 [EU:C:2013:747], RN 58, unter Verweis auf das EuGH-Urteil vom 8. September 2010, C-316/07 [EU:C:2010:504 – »Stoß u.a.«], RN 71) **dezidiert festgestellt**, dass »*die Beweislast dafür, dass die Beschränkung verhältnismäßig ist, die österreichischen Behörden tragen*«. Implizit sei damit zugleich die von der **Österreichischen Bundesregierung** in ihrer im Zuge dieses Vorabentscheidungsverfahrens erstatteten Stellungnahme (vom 11. Dezember 2012, Zl. BKA-VA.C-390/12/0002-V/7/2012, Nr. 41 [S. 14]) geäußerte gegenteilige **Rechtsauffassung**, wonach »*der nationale Richter das Vorliegen der Umstände, an Hand derer die Verhältnismäßigkeit beurteilt werden kann,..... von Amts wegen*« zu erforschen hätte, **verworfen** worden.

Ganz abgesehen davon, dass die Geltung eines **Amtswegigkeitsprinzips** – so, wie dieses in § 39 Abs. 2 AVG für das behördliche Verfahren vorgesehen (und durch § 17 VwGVG bzw. § 38 VwGVG für das Verfahren der Verwaltungsgerichte zumindest nicht explizit ausgeschlossen) ist – in einem (nunmehr) **gerichtlichen Strafverfahren** schon generell **gravierende** verfassungsrechtliche **Bedenken** im Hinblick auf (Art. 90 Abs. 2 B-VG sowie auf) **Art. 6 Abs. 1 EMRK** und **Art. 47 EGRC** hervorruft, sei damit aber für den spezifischen Bereich der Regelung des Glücksspielmonopols nunmehr letztinstanzlich und unmissverständlich klargestellt, dass dieses jedenfalls insoweit nicht zum Tragen komme.

Wenn die Österreichische Bundesregierung in ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2012 weiters darauf hingewiesen habe, dass »*nach Ansicht namhafter Experten dem Spiel mit Glücksspielautomaten ein hohes Suchtpotenzial zu Grunde liegt und insbesondere das Automaten Glücksspiel als Gefahr für die Ausbreitung von Spielsucht angesehen wurde*« (vgl. Nr. 32 [S. 11]), so sei ihr darin zwar wohl tendenziell zuzustimmen. Im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens, insbesondere eines gerichtlichen Strafverfahrens, gehe es allerdings stets um die Erbringung von **objektiv verifizierbaren Nachweisen** für derartige Behauptungen, die regelmäßig in Form eines entsprechenden Sachverständigengutachtens zu erfolgen hätten. Ein bloßer Verweis auf kommentierte Gesetzesausgaben, wissenschaftliche Aufsätze, etc. könne hierfür hingegen regelmäßig schon deshalb nicht ausreichen, weil bei derartigen Publikationen nicht vorbehaltlos angenommen werden könne, dass sie ausschließlich der Objektivität

verpflichtet sind und nicht auch in mehr oder weniger großem Ausmaß die **persönliche Meinung der Autoren** widerspiegeln – dies ganz abgesehen davon, dass sich für die von einem bestimmten Autor bzw. von einer spezifischen Autorengruppe vertretene Ansicht nicht selten auch andere Publikationen finden lassen, die in weiten Bereichen oder sogar zu einem gänzlich diametralen Ergebnis kommen.

Schließlich spreche auch die jüngst erfolgte **Novellierung des GSpG** durch **BGBI I 13/2014** deutlich **gegen die Annahme**, dass das **illegale Glücksspiel** in Österreich tatsächlich ein **maßgebliches Kriminalitätsproblem** darstellt: Angesichts dessen, dass § 52 Abs. 2 GSpG in seiner zuvor maßgeblichen Fassung festlegte, dass bei einem Einsatz von mehr als 10 Euro pro Spiel ex lege von einer **nicht bloß behördlich**, sondern vielmehr von einer **gerichtlich strafbaren Handlung** nach § 168 StGB auszugehen war, ordne nämlich § 52 Abs. 3 GSpG in seiner nunmehr geltenden Fassung an, dass ein Beschuldigter dann, wenn er durch seine Tat sowohl den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 GSpG als auch den Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht hat, **nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen** des § 52 GSpG zu bestrafen ist. Im Ergebnis werde damit aber objektiv besehen eine **vergleichsweise ganz essentielle Einschränkung des rechtspolitischen Unwerturteils** zum Ausdruck gebracht, knüpfen sich doch an eine **bloß behördliche Bestrafung wesentlich geringfügigere Folgen als an eine strafgerichtliche Verurteilung**. Eine derartige gesetzgeberische Maßnahme wäre schon unter dem Aspekt des Sachlichkeitsgebotes des Gleichheitsgrundsatzes freilich nicht vertretbar, wenn die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellt bzw. dargestellt hätte. Dass dies objektiv nicht zugetroffen habe, werde im Übrigen auch aus den Gesetzesmaterialien, in denen die **geringe Zahl strafgerichtlicher Verurteilungen (insgesamt nur 13 in zwei Jahren)** sogar ausdrücklich hervorgehoben wird, deutlich, wengleich mit den dort – in zumindest fahrlässig irreführender Weise – verwendeten Begriffen »Kriminalität« und »Verurteilungen« die gerichtliche einerseits und die behördliche Strafbarkeit andererseits in unzulässiger Weise gleichgesetzt würden. Vielmehr resultiere insgesamt und objektiv besehen zweifelsfrei, dass die Novelle **BGBI I 14/2013 ausschließlich den Zweck einer**

verfahrensrechtlichen Effizienzsteigerung zur Sicherung des bestehenden Monopolsystems verfolgt habe (vgl. auch 24 BlgNR, 25. GP, S. 22).

Auf Grund der dem LVwG OÖ vorliegenden Faktenlage resultiere sohin als Ergebnis, dass das im GSpG verankerte Monopolsystem **nur vordergründig** das Ziel des Spielerschutzes und nicht wirklich das Ziel der Kriminalitätsbekämpfung, sondern in erster Linie vielmehr das Ziel einer **Maximierung der Staatseinnahmen** verfolge, sodass vor diesem Hintergrund die derzeit bestehende **Monopolregelung** in Verbindung mit dem unter einem zu dessen Effektuierung institutionalisierten strikten Sanktionensystem (das durch weitreichende Straftatbestände, durch hohe Strafdrohungen und durch unmittelbare Eingriffsbefugnisse – wie [auch vorläufige] Beschlagnahme, Einziehung und Betriebsschließung – gekennzeichnet ist) insgesamt **besehen unverhältnismäßig** sei. Entsprechend den vom EuGH in seinem Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (EU:C:2014:281 – »Pfleger«), getroffenen Feststellungen (vgl. RN 54 bis 56) **widerspreche** daher eine solche nationale Regelung dem **Art. 56 AEUV** sowie den **Art. 15 bis 17 EGRC**.

4. Gegen diese Entscheidung hat der **Bundesminister für Finanzen** eine **Amtsrevision** an den VwGH erhoben.

5. Mit **Erkenntnis** vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0120, hat der VwGH dieser **Amtsrevision** stattgegeben und das Erkenntnis des LVwG OÖ vom 9. Mai 2014, LVwG-410287/4/Gf/Rt, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründend wurde dazu unter Hinweis auf das zeitgleich ergangene **Erkenntnis** des VwGH vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, u.a. ausgeführt, dass das LVwG OÖ vor einer endgültigen Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit des Quasi-Monopols des GSpG **insbesondere folgende Verfahrensschritte** zu setzen gehabt hätte:

Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGVG gelte im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten zufolge § 25 Abs. 1 VStG das **Amtswegigkeitsprinzip** und nach § 25 Abs. 2 VStG der **Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit**, wonach vom **Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen** der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln sei.

Die vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis vertretene Rechtsansicht, **gegen die**

Geltung des Amtswegigkeitsprinzips in einem gerichtlichen Strafverfahren bestünden«verfassungsrechtliche **Bedenken im Hinblick auf (Art. 90 Abs. 2 B-VG sowie auf) Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 GRC**«, könne hingegen vom **VwGH nicht nachvollzogen** werden.

Art. 90 Abs. 2 B-VG spreche aus, dass im (gerichtlichen) Strafverfahren der **Anklageprozess** gilt (**Anklagegrundsatz**). Damit sei **klargestellt**, dass dem **Beschuldigten** bzw. **Angeklagten** im Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten ein **Ankläger gegenübersteht**, sodass die **Funktion des Anklägers von jener des Gerichts getrennt** ist. Gemäß dem Anklagegrundsatz dürfe das Gericht die Anklage nicht überschreiten (§ 4 Abs. 3 StPO), d.h., es dürfe nur jenes Geschehen rechtlich beurteilen, welches **in Form eines konkreten Sachverhaltes angeklagt** worden ist. In der **rechtlichen Beurteilung dieser Tat** dürfe das Gericht aber gemäß § 4 Abs. 3 StPO **von der Anklage abweichen**. Daraus ergebe sich für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten allerdings **nicht, welche Funktion dem Gericht im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zukomme und wie es dabei vorzugehen habe**. **Im Übrigen gelte Art. 90 Abs. 2 B-VG im Verfahren vor den VwG nicht**.

Davon abgesehen sei auch das Urteil C-390/12 (EU:C:2014:281 – »Pfleger«) **nicht dahin auszu legen**, dass der **EuGH** einem in Österreich geltenden **Amtswegigkeitsprinzip** eine **Absage erteilt** habe. Vielmehr sei damit **lediglich zum Ausdruck gebracht** worden, dass ein **Vorbringen** betreffend die Rechtfertigung von Regelungen, mit denen der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt wird, **vom Mitgliedstaat bzw. dessen Behörden zu erstatten** ist. **Allenfalls** könnten aus der genannten Entscheidung des EuGH **noch gewisse Mitwirkungspflichten der Behörde** des Mitgliedstaates abgeleitet werden. Gegen die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Auslegung, der EuGH habe der Geltung des Amtswegigkeitsprinzips eine **Absage erteilt**, würden insbesondere auch die weiteren Ausführungen im Urteil C-390/12 sprechen. So habe der EuGH ausgesprochen, dass für die Feststellung, welche Ziele mit der nationalen Regelung tatsächlich verfolgt werden, das vorliegende Gericht zuständig ist (RN 47 unter Hinweis auf EuGH vom 15. September 2011, C-347/09 [EU:C:2011:582 – »Dickinger u. Ömer«], und vom 30. Juni 2011, C-212/08 [EU:C:2011:437 – »Zeturf«]). Weiters sei konstatiert worden, dass

sich das nationale Gericht vergewissern müsse, dass die nationale Regelung tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, die Tätigkeiten in diesem Bereich zu begrenzen und die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen (RN 49). Das nationale Gericht müsse eine Gesamtwürdigung der Umstände vornehmen, unter denen eine restriktive Regelung, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede stehe, erlassen worden ist und durchgeführt wird (RN 52). Keinesfalls könne daher aus dem Urteil des EuGH C-390/12, abgeleitet werden, der Gerichtshof habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass die Geltung des Amtswegigkeitsprinzips im Zusammenhang mit der hier vom österreichischen Gericht zu prüfenden unionsrechtlichen Frage, ob Bestimmungen des GSpG, soweit damit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit vorgenommen werden, im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt sind, ausgeschlossen sei. **Betreffend die Ermittlung des Sachverhaltes bedeute dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet seien, von Amts wegen ohne Rücksicht auf Vorträge, Verhalten und Behauptungen der Parteien die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen.** Der Untersuchungsgrundsatz verwirkliche das Prinzip der materiellen (objektiven) Wahrheit, welcher es verbiete, den Entscheidungen einen bloß formell (subjektiv) wahren Sachverhalt zu Grunde zu legen. Der Auftrag zur Erforschung der materiellen Wahrheit **verpflichtet die Verwaltungsgerichte, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen.** In diesem Sinne seien alle sich bietenden Erkenntnisquellen **sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können; die Sachverhaltsermittlungen seien ohne Einschränkungen eigenständig vorzunehmen; auch eine den Beschuldigten allenfalls treffende Mitwirkungspflicht enthebe das Verwaltungsgericht nicht seiner aus dem Grundsatz der Amtswegigkeit erfließenden Pflicht, zunächst selbst – soweit das möglich ist – für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise zu sorgen.**

6. Hierauf hat das LVwG OÖ im fortgesetzten Anlassverfahren zum Vorlageantrag vom 10. August 2012,

VwSen-740121/2/Gf/Rt (Fall »Pfleger«, nunmehr »Zehetner«⁴⁶), mit Erkenntnis vom 29. Mai 2015, LVwG-410287/42/Gf/Mu, **neuerlich festgestellt, dass das im GSpG verankerte Quasi-Monopolssystem dem Unionsrecht widerspricht** und das angefochtene Straferkenntnis der Behörde aufgehoben.

Gegen diese Entscheidung wurde vom Bundesminister für Finanzen **wiederum eine Amtsrevision** an den VwGH erhoben⁴⁷.

7. Als Sukkus lässt sich somit festhalten, dass aus dem **Zusammenhalt der VwGH-Erkenntnisse vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, und vom 1. Oktober 2015, 2012/17/0230, resultiert, dass die erstinstanzlichen VwG im Rahmen von bei ihnen in Verwaltungsstrafsachen anhängigen Beschwerdeverfahren generell dazu verpflichtet sind, (»amtswegige« Untersuchungen zur Wahrheitserforschung, d.h.) inquisitorische Ermittlungen und allenfalls ergänzende Verfolgungshandlungen vorzunehmen bzw. auf die Frage der Erfüllung des Deliktstatbestandes sowie des Vorliegens von Verschulden bezogene Mängel und Versäumnisse der Strafbehörde zu substituieren** (paradigmatisch für den Zeitraum vor der Umwandlung der UVS in LVwG beispielsweise VwGH vom 23. Juli 2004, 2004/02/0106, sowie darauf aufbauend nunmehr z.B. VwGH vom 20. Mai 2015, Ra 2014/09/0033; vom 9. September 2015, Ra 2015/03/0019; vom 13. August 2015, Ra 2014/02/0148; vom 20. Oktober 2015, Ra 2014/09/0028, und vom selben Tag, Ra 2014/09/0041; vom 9. September 2015, Ra 2015/03/0019; vom 9. September 2015, Ra 2015/16/0037; vom 20. Oktober 2015, Ra 2014/09/0028; jeweils m.w.N.), und zwar jeweils **intentional** dahin, festzustellen, ob bzw. dass **in concreto ein unter einen Deliktstatbestand fallender Sachverhalt gegeben ist.**

3. Judikatur des EGMR zum Anschein der Parteilichkeit eines Gerichtes i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK in Fällen vom »some confusion between the functions of prosecutor and judge«

1. Bereits zuvor⁴⁸ wurde darauf hingewiesen, dass der EGMR darin, dass die Strafbehörde im Verfahren vor (den UVS, jetzt:) den Verwaltungsgerichten gemäß § 18 VwGVG formell als Partei einschreitet und dort funktionell (nunmehr allerdings ohne entsprechende gesetzliche Grundlage⁴⁹, d.h. bloß de facto) die »Anklage«

46 S.o., FN 44.

47 S.o., A.I.6.

48 S.o., C.I.1.

49 Die Bestimmung des § 51d VStG, auf den der EGMR seine diesbezügliche Judikatur – beginnend mit seiner Entscheidung vom 4. Juli 2002, 38544/97, gestützt hatte (vgl. S. 11 der PDF-Version dieses Urteils) – wurde mittlerweile durch BGBl I 33/2013 ersatzlos aufgehoben.

vertritt, keinen Verstoß gegen das Gebot des »fair trial« i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK erblickt hat; dies jedoch zum einen **stets nur** im Hinblick auf das **Prinzip der Waffen-gleichheit** (d.h., dass bzw. insoweit, als die Behörde auf Grund dieser spezifischen Anklagefunktion in verfahrensrechtlicher Hinsicht vergleichsweise nicht günstiger gestellt erscheint als der Beschuldigte; vgl. z.B. EGMR vom 18. Oktober 2011, 35109/06; vom 20. Juni 2008, 39120/03; vom 5. Juni 2008, 20597/04; vom 6. Mai 2008, 29749/04; vom 3. Februar 2005, 19247/02; vom 3. Oktober 2002, 61595/00; vom 26. September 2002, 65665/01; und vom 4. Juli 2002, 38544/97) sowie zum anderen in **organisatorischer Hinsicht** (nämlich dahin, dass die UVS den von Art. 6 Abs. 1 EMRK gestellten Anforderungen an die Durchführung einer **öffentlichen Verhandlung** vor einem **unabhängigen Tribunal** gerecht werden; vgl. z.B. statt vieler EGMR vom 20. Dezember 2001, 32381/96, RN 23 ff, m.w.N.) andererseits.

2. Soweit es hingegen den spezifischen Aspekt des **Inquisitionsmodells** – nicht bloß im Sinne eines **Amtswegigkeitsgrundsatzes**, sondern in der Form, dass dem Richter die unbeschränkte Pflicht zur Wahrheitserforschung allein aus eigener Initiative heraus auferlegt wird – betrifft, **fehlt** allerdings bislang eine entsprechend explizite **Akzeptanz** durch den EGMR; vielmehr scheint sich insoweit eher geradezu **Gegenteiliges** zu ergeben:

Denn parallel zu den vorangeführten Entscheidungen hat dieser Gerichtshof bereits mehrfach – und besonders deutlich im Urteil der Großen Kammer vom 15. Dezember 2005, 73797/01 – »Kyprianou« (m.w.N.) – Folgendes (auszugsweise) festgestellt (Hervorhebungen nicht im Original):

»118. The Court reiterates at the outset that it is of **fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused** (.....). To that end Article 6 requires a tribunal falling within its scope to be **impartial**. Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. The Court has thus distinguished between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case, and an objective approach, that is determining whether he or she offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (.....). As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of

the members of that body, there are **ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality**. In this respect **even appearances may be of some importance** (.....). When it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular body lacks impartiality, the standpoint of those claiming that it is not impartial is important but not decisive. What is **decisive** is whether the **fear** can be held to be **objectively justified** (.....).

119.....

121. An analysis of the Court's case-law discloses two possible situations in which the question of a lack of judicial impartiality arises. The first is **functional in nature**: where the judge's personal conduct is not at all impugned, but where, for instance, the **exercise of different functions within the judicial process by the same person** (.....), or hierarchical or other links with another actor in the proceedings (.....), **objectively justify misgivings as to the impartiality of the tribunal**, which thus fails to meet the Convention standard under the objective test (.....).....

126..... the Court recalls that, both in relation to Article 6 § 1 of the Convention and in the context of Article 5 § 3, it has **found doubts as to whether impartiality can be objectively justified** where there is **some confusion between the functions of prosecutor and judge** (see, with regard to Article 6 § 1, *mutatis mutandis*, *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095/98, §§ 35-38, ECHR 2000-X, and, regarding Article 5 § 3, *Brincat v. Italy*, judgment of 26 November 1992, Series A no. 249-A, pp. 11-12, §§ 20-22; *Huber v. Switzerland*, judgment of 23 October 1990, Series A no. 188, pp. 17-18, §§ 41-43; and *Assenov and Others v. Bulgaria*, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, pp. 3298-99, §§ 146-50).

127. The present case relates to contempt in the face of the court, aimed at the judges personally. They had been the direct object of the applicant's criticisms as to the manner in which they had been conducting the proceedings. The **same judges then took the decision to prosecute, tried the issues arising from the applicant's conduct, determined his guilt and imposed the sanction**, in this case a term of imprisonment. **In such a situation the confusion of roles between complainant, witness, prosecutor and judge could self-evidently prompt objectively justified fears** as to the conformity of the proceedings with the time-honoured principle that no one should be a judge in his or her own cause and, conse-

quently, as to the impartiality of the bench (see *Demicoli v. Malta*, judgment of 27 August 1991, Series A no. 210, pp. 18-19, §§ 41-42).

128. The Court therefore finds that, on the facts of the case and **considering the functional defect which it has identified**, the impartiality of the Assize Court was **capable of appearing open to doubt**. The applicant's fears in this respect can thus be considered to have been **objectively justified** and the Assize Court accordingly failed to meet the required Convention standard under the objective test.⁵⁰

Im Weiteren hat der EGMR diese Judikatur speziell mit Blick auf den **Anklagegrundsatz** – wie insbesondere aus seinem Urteil vom 18. Mai 2010, 64962/01 – »Ozerov«, deutlich wird (ebenso EGMR vom 27. Jänner 2011, 42224/02 – »Krivoshapkin«) – noch folgendermaßen verfeinert (Hervorhebungen nicht im Original):

»51. In the case of *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, which, similarly to the present case, raised the issue of the **prosecutor's absence from a trial**, the Court found no violation of Article 6 § 1, having established that such fears of a lack of impartiality as the applicant may have had on account of the prosecutor's absence from sittings at which **the first-instance court was not called upon to conduct any investigation into the merits of a case and did not assume any functions which might have been fulfilled by the prosecution** had it been present, were not objectively justified (see *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, judgment of 25 June 1992, Series A no. 239, pp. 2224, §§ 46-54).

52. The present case differs from *Thorgeir Thorgeirson* in that the prosecutor was absent from the entire trial before the first-instance court. When transferring the case for trial to Savelovskiy District Court the Moscow prosecutor's office had requested that the case be examined with the participation of a prosecutor. The judge had ordered that the trial be held with the participation of a public prosecutor. There is no information in the case file as to whether the prosecutor had been informed of the hearing and

what the reasons for his non-attendance were. Yet, the District Court decided to hold the trial in the prosecutor's absence. The Court notes that the **Constitutional Court of Russia** had by that time, albeit in relation to different provisions of the Code of Criminal Procedure, **held that the institution of criminal prosecution, the formulation of a charge and sustaining the charge before the court were functions inherent for the prosecution which, if performed by a court in one or another form, would have violated the court's role, which is to administer justice independently and impartially**, as required by Article 120 § 1 of the Constitution, as well as Article 6 of the Convention (see paragraphs 27-28 above).

53. The Court observes that the District Court read out the indictment submitted by the prosecutor's office. It then heard the applicant, who pleaded not guilty to the charge of burglary. The District Court heard the victims and other witnesses. In particular, as regards the charge of burglary, it called and questioned, of its own motion, Mr Y. who gave evidence incriminating the applicant, on which the District Court then relied in its judgment. The District Court further examined other evidence and declared certain written evidence in support of the prosecution's case inadmissible as unlawfully obtained. Against these facts, the Court cannot agree with the Government's statement that the **District Court did nothing more than examining the evidence prepared for the trial by the investigating authority. In fact, the body of evidence, which the District Court put as a basis for the applicant's conviction, was changed by the taking of new incriminating evidence of the District Court's own motion, and removing certain evidence submitted by the prosecutor's office in support of the charges in the indictment, and all that without the prosecutor being present to make any statement in respect of these changes.**

54. The prosecutor, had he been present at the trial, would, in particular, have taken part in the examination of the evidence and would have given submissions. His **exclusive role** would have been **either to sustain the charges levelled against the applicant before the trial or to drop them** had he become convinced that the materials of the judicial investigation no longer supported them (.....). The preparatory work he had done for the trial in a form of the indictment was undoubtedly important. **But it was at the oral hearing of the case before the District Court**

⁵⁰ Vgl. ergänzend dazu auch das zustimmende Sondervotum des Richters Zupančič (S. 55, FN 1, der PDF-Version dieses Urteils):«This problem is further aggravated by the fact that, for example, the investigating magistrate must of necessity form a hypothesis of guilt. Without it the investigation would make no sense. Little, therefore, remains of the postulated presumption of innocence in a setting that is not adversary but inquisitorial. It may not be too far-fetched to say that Mr. K. was in fact tried in an inquisitorial setting.»

that he had either to sustain or to abandon the charges against the applicant in view of the judicial investigation as it unfolded, which, in fact, brought about the changes as to the body of evidence. It would be a speculation to suggest what course of actions the prosecutor would have chosen and how it would have affected the course and the outcome of the trial for the applicant. Moreover, this is of no importance for the present case. What is important is that by examining the case on the merits and convicting the applicant without the prosecutor the District Court confused the roles of prosecutor and judge and, thus, gave the grounds for legitimate doubts as to its impartiality.....«

3. Der EuGH hat sich zu dieser Frage bislang – soweit ersichtlich – noch nicht explizit geäußert, er hat jedoch im Rahmen einiger (noch vor dem Inkrafttreten der EGRC erledigter) Verfahren durchblicken lassen, dass ein **Inquisitionsmodell** im Lichte des Unionsrechts wohl als zumindest **problematisch** erscheinen dürfte (vgl. z.B. die jeweiligen Schlussanträge der Generalanwälte vom 20. Oktober 2011 in der Rechtssache C-507/10 [RN 20 ff], und vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-466/00 [RN 90 ff]).

4. Unzweideutig sind solche Bedenken jedenfalls auch in mehreren offiziellen Stellungnahmen des »**Consultative Council of European Judges**« (Beirat der Europäischen Richter – CCEJ), der als **Ständiges beratendes Organ** des **Europarates** fungiert, formuliert. So heißt es beispielsweise in der »**Opinion No. 12 (2009)**« (sog. »**Bordeaux-Declaration**«)⁵¹ insbesondere:

»34. The independence of the judge and of the prosecutor is inseparable from the rule of law..... Prosecutors must ensure that evidence is gathered and proceedings are initiated and continued in accordance with the law. In doing so, they must uphold the principles laid down by the ECHR and other international legal instruments, notably respect for the presumption of innocence, the rights of the defence and a fair trial.....

35. While a public prosecutor is permitted to refer to the judge actions and petitions defined by law and to put before the judge the matters of fact and law supporting the same, the prosecutor may not interfere in any way in the judge's decision making process and is bound to abide by the judge's decisions. The prosecutor can-

not oppose the enforcement of such decisions, other than by exercising such right of recourse as may be provided for by law.....

36. **The activity and the demeanour of the public prosecutor and the judge should leave no doubt as to their objectivity and impartiality.** Judges and public prosecutors must both enjoy independence in respect of their functions and also **be and appear independent from each other.** In the eyes of litigants and the society as a whole, **there must not be even a hint of connivance between judges and prosecutors or confusion between the two functions.**

37.....

57. **In essence, during proceedings judges and prosecutors carry out their respective functions for the purpose of a fair criminal trial. The judge supervises the legality of evidence taken by the public prosecutors or investigators and may acquit an accused when there is insufficient or unlawfully obtained evidence.** The public prosecutors may also have a right to appeal a court decision.«

5. Mit Blick auf die hg. anhängigen Beschwerden gegen verwaltungsstrafrechtliche Behördenmaßnahmen wegen Übertretungen des GSpG ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Teilnahme eines Vertreters der Strafbehörde an den vom LVwG OÖ durchgeführten öffentlichen Verhandlungen den seltenen Ausnahmefall darstellt, d.h., dass die **Anklageseite de facto gleichsam standardmäßig** nur durch einen **Beamten der Exekutive (Finanzpolizei)** und auch insoweit zudem bloß in der – schon systembedingt – lediglich passiven Rolle einer Verfahrenspartei vertreten ist. Insgesamt lässt sich vor einem derartigen Hintergrund somit der Eindruck nicht verhehlen, dass die **Strafverfolgung** wegen Verletzungen des **Glücksspielmonopols de facto kaum im Interesse der Strafbehörden** liegt, sondern diese **nahezu ausschließlich ein Anliegen der Finanzpolizei** ist – dies ganz abgesehen davon, dass deren Exekutivorgane im Vorverfahren regelmäßig – und so auch in den Anlässen – **keinerlei** der i.S.d. EGMR-Urteils vom 18. Mai 2010, 64962/01, **für eine Anklagebehörde typischen Akte** (vgl. RN 52 dieses Urteils) **gesetzt**, nämlich weder vorangehende eigenständige Sachverhaltsermittlungen durchgeführt noch (zumindest formell) eine Anklage formuliert noch diese im Beschwerdeverfahren vor dem LVwG OÖ substantiell aufrechterhalten haben.

51 Abrufbar unter <www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp>

4. Maßgeblichkeit der dargestellten Judikatur für die hg. Anlassfälle

1. Im bereits zuvor (vgl. C.II.2.) ausführlich dargestellten Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (EU:C:2014:281 – »Pfleger«), hat der EuGH **wörtlich** insbesondere Folgendes ausgeführt:

»48 Außerdem hat das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung der Hinweise des Gerichtshofs zu prüfen, ob die durch den betreffenden Mitgliedstaat auferlegten Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen (vgl. Urteil Dickinger und Ömer, EU:C:2011:582, RN 50).

49 Insbesondere muss es sich – vor allem im Licht der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung – vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, die Tätigkeiten in diesem Bereich zu begrenzen und die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen (vgl. Urteil Dickinger und Ömer, EU:C:2011:582, RN 50 und 56).

50 Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass **es dem Mitgliedstaat**, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, **obliegt, dem Gericht**, das über diese Frage zu entscheiden hat, **alle Umstände darzulegen**, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (vgl. Urteil Dickinger und Ömer, EU:C:2011:582, RN 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 Jedoch lässt sich aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten, dass einem Mitgliedstaat nur deshalb die Möglichkeit genommen wäre, zu belegen, dass eine innerstaatliche restriktive Maßnahme diesen Anforderungen genügt, weil er keine Untersuchungen vorlegen kann, die dem Erlass der fraglichen Regelung zugrunde lagen (vgl. in diesem Sinne Urteil Stoß u. a., EU:C:2010:504, RN 72).

52 Folglich muss das nationale Gericht eine Gesamtwürdigung der Umstände vornehmen, unter denen eine restriktive Regelung, wie sie in den Ausgangsverfahren in Rede steht, erlassen worden ist und durchgeführt wird.

53 Im vorliegenden Fall **haben die nationalen Behörden** nach Ansicht des vorlegenden Gerichts **nicht nachgewiesen**, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten.«

2. Gemeinsam mit den Feststellungen der im Vorfeld dieser Entscheidung von der **Generalanwältin** gestellten **Schlussanträge** (vom 14. November 2013, ECLI:EU:C:2013:747, wobei dieser Aspekt in der Originalfassung sogar noch deutlicher zum Ausdruck kommt [vgl. insbes. RN 58]:

»*The burden of proving that the restriction is proportionate rests with the Austrian authorities, which are under a duty to supply the national court called upon to rule on that question with all the evidence necessary to enable the latter to be satisfied that the measure is, in fact, intended to pursue the declared objective and could achieve it.*«⁵²)

sind diese Ausführungen des EuGH nach Ansicht des LVwG OÖ dahin zu verstehen, dass es den **Strafverfolgungsorganen und -behörden** obliegt, im Verfahren vor dem VwG jene Nachweise zu erbringen (d.h.: **in abschließender Form jene Beweismittel vorzulegen und/oder zumindest zu bezeichnen**), aus denen sich ergibt, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten, d.h.: Die entsprechende **Behauptungs- und Beweislast** trifft **ausschließlich die staatlichen Strafverfolgungsorgane und -behörden**.

Soweit es also **nicht bloß um prozessuale Grund- bzw. Rahmenfragen** – wie etwa danach, ob die sachlichen Voraussetzungen für die Zuständigkeit, die Rechtzeitigkeit, die Parteifähigkeit, die Anwendbarkeit von Unionsrecht o.Ä. gegeben sind –, sondern um die **spezi-fische Ermittlung von Fakten in Bezug auf die Erfüllung eines konkreten Deliktstatbestandes** geht, **setzt** daher nach Auffassung des LVwG OÖ **jedes amtswegige Einschreiten** eines (auch Verwaltungs-)Gerichtes jeweils ein **vorangehendes**, die entsprechenden Ermittlungen fundierendes und damit rechtfertigendes **Beweisbegehren** einer **Verfahrenspartei** – d.h. also entweder der Strafbehörde bzw. eines anderen staatlichen Organes einerseits oder des Beschuldigten andererseits – voraus.

52 Bzw.: »Die **Beweislast** dafür, dass die Beschränkung verhältnismäßig ist, **tragen die österreichischen Behörden**, die dem nationalen Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, **alle Umstände vorlegen** müssen, **anhand deren** dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich zur Erreichung des angegebenen Ziels bestimmt und geeignet ist.«

Eine **eigenständig-investigative Ermittlungspflicht** des LVwG OÖ nach Art eines verpflichtenden, autonom-diskretionären **Inquisitionsmodells** (das an den historischen Inquisitionsprozess aus vorkonstitutioneller Zeit erinnert⁵³) ist somit nach hg. Ansicht – insbesondere vor dem Hintergrund der zuvor unter C.III. dargestellten Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK – mit **Art. 56 AEUV i.V.m. Art. 47 EGRC** gerade im Kontext der Funktion »**Verwaltungsgerichtsbarkeit**« schon **von vornherein nicht** mit der objektiven und unparteilichen Funktion eines Gerichtes in einer den Prinzipien des Europarates verpflichteten modernen Demokratie vereinbar.

Zudem könnte in **Ermangelung jeglicher** einer solcherart verstandene Erhebungstätigkeit **beschränkenden gesetzlichen Grenzziehung** auch der **Anschein der schon systembedingten Parteilichkeit** des Gerichtes entstehen: Dann nämlich, wenn sich der Verdacht verfestigt, das entscheidende **Gericht selbst** würde in Arrogation und Verfolgung der (typischerweise von einer Anklagebehörde gesondert wahrzunehmenden) öffentlichen Interessen **gleichsam stets so lange ermitteln**, bis ein spezifisches (u.U. schon **von vornherein beabsichtigtes**) **Ergebnis erzielt** ist, das den staatlichen Interessen – die im Streitfall den Parteiinteressen jeweils zwangsläufig zuwiderlaufen – konveniert, und sich diese Vermutung nicht mehr von der Hand weisen lässt, d.h. auch objektiv gerechtfertigt erscheint.

Schließlich würden es derart verstandene Prozessnormen den nationalen Gerichten außerdem maßgeblich erschweren, dem Unionsrecht – wie etwa der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit Glücksspiel – effektiv zum Durchbruch zu verhelfen.

Da Art. 6 Abs. 1 EMRK inhaltlich der Garantie des Art. 47 EGRC entspricht (vgl. auch Art. 52 Abs. 3 EGRC), erweist sich somit die aus § 38 VwGVG i.V.m. den §§ 24 und 25 VStG sowie i.V.m. § 39 Abs. 1 AVG abzuleitende – euphemistisch als **Amtswegigkeitsgrundsatz** titulierte, in Wahrheit jedoch ein **Inquisitionsprinzip** festlegende – Prozessnorm als **unionsrechtswidrig**, sodass diese nach Meinung des LVwG OÖ **in Verwaltungsstrafverfahren vor den VwG nicht anzuwenden** ist.

3. Dem gegenüber scheint jedoch der **VwGH** – beginnend mit seinem seither vielfach bestätigten Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0120 – davon auszugehen (siehe schon oben, C.2.5.), dass die **VwG** insbesondere **auch in Verwaltungsstrafverfahren** (in der Manier eines verpflichtenden, autonom-diskretionären **Inquisitionsmodelles**) – »**unabhängig von Partei-**

vorbringen und -anträgen den wahren Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln« haben. Dies deshalb, weil im Urteil des EuGH vom 30. April 2014, C-390/12 (ECLI:EU:C:2014:281 – »Pfleger«), nur zum Ausdruck komme, dass, um eine Selbstbezeichnung durch den Beschuldigten zu vermeiden, den **Staat bzw. dessen Behörden** zwar eine grundsätzliche **Beweispflicht** trifft, die **jedoch nur soweit reicht**, dass der Staat **lediglich »ein Vorbringen«** betreffend die Rechtfertigung von Regelungen, mit denen der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt wird, »zu **erstatten**« hat. Im Übrigen hätten jedoch die **VwG »von Amts wegen ohne Rücksicht auf Vorträge, Verhalten und Behauptungen der Parteien die entscheidungserheblichen Tatsachen selbst zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen**« und insbesondere »**die Sachverhaltsermittlungen ohne Einschränkungen eigenständig wahrzunehmen**«.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine **bedingungslose Pflicht zur richterlichen Initiative** festgelegt und damit auch die **verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung und deren Rechtfertigung** als eine **gerichtseigene Aufgabe** institutionalisiert wird. Dem liegt erkennbar ein (noch im historischen Inquisitionsprozess wurzelndes, nunmehr aber mit den Anforderungen der EMRK nicht mehr in Einklang zu bringendes) Richterbild, das dem Richter sämtliche prozessualen Befugnisse überträgt, zu Grunde, d.h.: Es werden von **ein und derselben Person** sowohl die investigative Durchführung von **autonom-originären Ermittlungen** einerseits als auch das Treffen einer **Entscheidung aufgrund der solcherart als maßgeblich festgestellten und abgegrenzten Faktenlage** andererseits gefordert. Selbst unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK ist also die **Funktion** des Richters mit der des Anklägers **nicht als unvereinbar anzusehen**; vielmehr wird dem Richter bewusst auch die Rolle der Verfolgung und Aufklärung der Straftat überantwortet (bzw. zugemutet), und zwar unter auch Inkaufnahme dessen, dass ihn diese »**confusion between functions**« als **notwendig befangen** und daher **nicht mehr als objektiv und unparteiisch** i.S.d. sog. »**Anscheinsjudikatur**« des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK **erscheinen** lässt.

4. Ergänzend darf in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, dass die **Verwaltungsgerichte** nach dem **VwGVG** (auch i.V.m. dem VStG und dem AVG) **weder über einen gerichtseigenen Ermittlungsapparat verfügen noch** in anderer Weise die Heranziehung von **detektivisch geschultem Personal** vorgesehen ist oder zulässig wäre (im Gegenteil: Vielmehr verpflichtet das VwGVG die Verwaltungsgerichte dazu, primär – selbst in Verwaltungsstrafverfahren – solche [**Amts-]****Sachverständige** heranzuziehen, die dem Dienststand einer Verwaltungsbehörde [also einer Institution, die i.d.R.

53 Vgl. z.B. W. Gleispach, Das österreichische Strafverfahren, 2. Aufl., Wien 1924, 4 ff, insbes. 9.

zugleich Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist] angehören).

D. Vorlagefrage

1. Nach Auffassung des LVwG OÖ dürfte sich vornehmlich aus den RN 28 und 29 des EuGH-Beschlusses vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (ECLI:EU:C:2015:707 – »Naderhörn«), ableiten lassen, dass im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Gerichten über die Auslegung einer Entscheidung des Gerichtshofes ein **neuerliches Herantreten** an den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens **auch durch ein und dasselbe innerstaatliche Gericht** nicht zwangsläufig zu einer a-limine-Zurückweisung wegen »res iudicata« führt: Denn obwohl die Urteile und Beschlüsse des EuGH gemäß Art. 91 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012 jeweils mit deren Verkündung bzw. Zustellung **rechtskräftig** werden, dürfte dadurch eine **bloß weitere Präzisierung** einer prozessualen Enderledigung des EuGH durch diesen selbst – jedenfalls in einem **Vorabentscheidungsverfahren – nicht gehindert** sein (vgl. in diesem Sinne auch die Urteile vom 16. Dezember 1992, C-169/91 [ECLI:EU:C:1992:519 – »Council of the City of Stoke-on-Trent«], und vom 21. September 1999, C-124/97 [ECLI:EU:C:1999:435 – »Läärä«]), zumal es sich ja auch insoweit wohl um eine »Auslegung der Verträge« i.S.d. Art. 267 Abs. 1 AEUV handelt.

2. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, sind das vorliegende LVwG OÖ einerseits und der VfGH andererseits offenbar unterschiedlicher Meinung über die Auslegung der Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV bzw. der Niederlassungsfreiheit der Art. 49 ff AEUV, insbesondere der im Rahmen von Verwaltungsstrafverfahren im Lichte des Art. 6 EMRK bzw. des Art. 47 EGRC zu beurteilenden Frage der Beweislastverteilung im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung dahin, ob die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstell(t)en, sodass die Quasi-Monopolregelung im GSpG dadurch gerechtfertigt erschien bzw. erscheint.

Um der vollen Wirksamkeit bzw. dem Gebot der einheitlichen Auslegung dieser Unionsrechtsnormen entsprechend Rechnung zu tragen, sieht sich daher das LVwG OÖ in den oben unter A.I und A.II. dargestellten Anlassfällen dazu veranlasst, den EuGH erneut mit einer – im Vergleich zur Rechtssache »Pfleger« nunmehr konkreter formulierten – Auslegungsfrage zu befassen.

3. Die nachstehende Vorlagefrage ist entscheidungserheblich für die beim LVwG OÖ anhängigen Ausgangsverfahren.

3.1. Soweit diese Sachverhalte einen Bezug zum EU-Ausland (Standort der Server, von denen aus die verfahrensgegenständlichen Geräte mit Spielprogrammen versorgt wurden bzw. werden, in Tschechien bzw. in der Slowakei) aufweisen, sind Art. 56 bzw. die Art. 49 ff AEUV anwendbar; über diese Maßgeblichkeit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ist schließlich auch der Anwendungsbereich der EGRC eröffnet. Denn hinsichtlich der Tragweite der EGRC hat der EuGH in seinem Urteil vom 26. Februar 2013, C 617/10 (ECLI:EU:C:2013:105 – »Åkerberg Fransson«), festgestellt, dass die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung finden (RN 19). Da die durch die EGRC garantierten Grundrechte zu beachten sind, wenn eine nationale Rechtsvorschrift – wie hier: der Amtswegigkeits- bzw. Untersuchungsgrundsatz bzw. das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung – in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sind sohin keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären. Die Maßgeblichkeit des Unionsrechts, welche in concreto auf Grund der Beschränkungen der Dienstleistungs- bzw. der Niederlassungsfreiheit durch das Monopol- bzw. Konzessionssystem des GSpG eröffnet ist, umfasst somit die Anwendbarkeit der durch die EGRC garantierten Grundrechte (RN 21), sodass nach dieser Judikatur die Bestimmung des Art. 47 EGRC für die hg. Anlassfälle im grenzüberschreitenden im Kontext zum Tragen kommt (wobei die **rechtssystematische Funktion** des Art. 47 EGRC offenbar [auch] darin besteht, den bezüglich der nationalen Umsetzung des Unionsrechts bis zu deren Inkrafttreten bestanden habenden Grundsatz der [ohnehin bloß relativen] **Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten** nunmehr **wesentlich** – nämlich in Entsprechung zu der zum Verfahrensrecht insgesamt entwickelten Judikatur des EGMR – **einzuschränken**).

3.2. Aber auch für rein innerstaatliche Konstellationen, die außerhalb des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten bzw. der EGRC liegen, ist die gegenständliche Vorlagefrage entscheidungserheblich.

Etwa in seinem Urteil vom 19. Juli 2012, C-470/11 (ECLI:EU:C:2012:505 – »Garkalns«) hat der EuGH dies insbesondere dann bejaht, wenn das nationale Recht vorschreibt, dass einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zukommen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage kraft Unionsrecht zustünden (vgl. RN 20).

Art. 7 B-VG normiert einen **verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatz** für sämtliche österreichischen Staatsbürger

Aus diesem Gleichheitsgrundsatz leitet der VfGH in ständiger Judikatur ein Inländerdiskriminierungs-

verbot ab (vgl. z.B. VfGH vom 6. Oktober 2011, G 41/10 [= VfSlg 19529/2011], Pkt. III.2.1., m.w.N.). Die Frage der Gleichheits- bzw. Verfassungskonformität des § 38 VwGVG i.V.m. § 24 VStG und § 39 AVG hängt damit zunächst von der Unionsrechtskonformität der nationalen Rechtslage ab. Mit anderen Worten: Welche Verfahrensrechte dem Inländer in einer rein nationalen Konstellation auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art. 7 B-VG zukommen, bestimmt sich danach, welche Rechtsstellung einem EU-Ausländer, der sich in einer vergleichbaren grenzüberschreitenden Situation befindet, unmittelbar kraft Unionsrechts zukommt, was als Vorlagefrage zu prüfen ist.

Davon ausgehend, dass die Prüfung der Frage der Gleichheitskonformität nach nationalem Recht letztlich dem VfGH zur Entscheidung vorzulegen ist, ist für das LVwG OÖ die Beurteilung der Unionsrechtskonformität und hierzu die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH von unmittelbarem Nutzen. Denn ein Gesetzesprüfungsantrag hinsichtlich der Verfassungskonformität des Amtswegigkeitsprinzips im Verwaltungsstrafverfahren in Bezug auf Art. 6 EMRK, Art. 47 EGRC sowie auf die Art. 90, 94 und 136 B-VG an den VfGH würde sich erübrigen, wenn das LVwG OÖ auf Grund der Auslegung des Art. 56 AEUV bzw. der Art. 49ff AEUV i.V.m. Art. 47 EGRC und Art. 6 EMRK durch den EuGH zu dem Ergebnis gelangt, dass § 38 VwGVG i.V.m. § 24 VStG und § 39 AVG nicht unionsrechtswidrig ist.

3.3. Zudem ist auch nicht auszuschließen, dass in den zahlreichen weiteren beim LVwG OÖ anhängigen Fällen, die jeweils Beschwerden gegen verwaltungsstrafbehördliche Maßnahmen wegen eines vermeintlichen Eingriffes in das Quasi-Monopolssystem des GSpG zum Gegenstand haben, auch Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten der EU von verwaltungsstrafrechtlichen Konsequenzen (etwa Beschlagnahme, Straferkenntnis, Verfall, Einziehung, Betriebsschließung etc.) betroffen sind. Dieser Umstand spricht ebenfalls für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage (vgl. z.B. EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 [ECLI:EU:2014:68 – »Sokoll-Seebacher«]).

4. Da sohin prozessuale Hindernisse nicht entgegenstehen dürften, erlaubt sich das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich, im Wege seines nach der Geschäftsverteilung hierfür zuständigen Richters dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV folgende ergänzende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

»Ist Art. 56 AEUV bzw. sind die Art. 49ff AEUV im Lichte des Art. 6 EMRK i.V.m. Art. 47 EGRC dahin auszulegen, dass diese Bestimmungen mit Rück-

*sicht auf die im Lichte der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (insbesondere im Hinblick auf dessen Urteil vom 18. Mai 2010, 64962/01, RN 54) geforderte Objektivität und Unvoreingenommenheit eines Gerichtes einer innerstaatlichen Regelung entgegenstehen, wonach die im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens zur Rechtfertigung der strafrechtlich geschützten Quasi-Monopolregelung des nationalen Glücksspielmarktes zu erbringenden Nachweise im Lichte der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union (insbesondere im Hinblick auf dessen Urteil vom 30. April 2014, C-390/12 (ECLI:EU:C:2014:281 – »Pfleger«) nicht von der Strafbehörde (oder einem anderen staatlichen Verfolgungsorgan) in deren (bzw. dessen) Funktion als Vertreter(in) der Anklage, sondern vielmehr **initiativ und unabhängig vom Verhalten der Verfahrensparteien** von dem zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der in Beschwerde gezogenen strafrechtlichen Maßnahme berufenen Gericht (in ein und derselben Person/Funktion) zunächst sowohl **völlig eigenständig zu deklarieren und abzugrenzen als auch in der Folge autonom-investigativ zu ermitteln und zu beurteilen sind?**«*

5. Abschließend darf angemerkt werden, dass beim LVwG OÖ (hinsichtlich der übrigen österreichischen VwG sind hg. keine entsprechenden Statistiken bekannt) seit dessen Tätigkeitsbeginn (am 1. Jänner 2014) bis dato **insgesamt ca. 1.100 Beschwerdeverfahren** gegen durch (vermeintlich) rechtswidrige Eingriffe in das Glücksspielmonopol strafbehördlich verfügte Maßnahmen (z.B. Beschlagnahmen, Verwaltungsstrafen, Verfallsanordnungen, Einziehungen, Betriebsschließungen, verfahrensfreie Zwangsmaßnahmen) anhängig sind bzw. waren und nachfolgend **zuletzt** (i.e. seit Sommer 2015) **gegen mehr als 90% der hg. gefällten Entscheidungen** entweder von einem Beschuldigten oder von einer Behörde ein **Rechtsmittel** an den VwGH erhoben wurde (**allein über 130 seit August 2015**), wobei mit diesen (Amts-)Revisionen als grundsätzliche Rechtsfrage i.S.d. Art. 133 Abs. 4 B-VG stets **vorrangig** jene nach der **Vereinbarkeit** der Quasi-Monopolregelung des GSpG mit dem **Unionsrecht** geltend gemacht wurde.