

TE Vwgh Erkenntnis 2016/3/16 Ro 2015/17/0022

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.03.2016

Index

E1E
E1P
E6J
10/07 Verwaltungsgerichtshof
34 Monopole
40/01 Verwaltungsverfahren
59/04 EU - EWR

Norm

GSpG 1989
GSpG 1989 §14
GSpG 1989 §21
GSpG 1989 §3
GSpG 1989 §4
GSpG 1989 §4 Abs2 idF 2010/I/073
GSpG 1989 §5
GSpG 1989 §5 Abs1 idF 2010/I/073
GSpG 1989 §5 idF 2010/I/073
GSpG 1989 §50
GSpG 1989 §52
GSpG 1989 §52 Abs1 Z1
GSpG 1989 §53
GSpG 1989 §54
GSpG 1989 §56
GSpG 1989 §56a
GSpGNov 2010
VStG §5
VwGG §42 Abs4
VwGVG 2014 §52
12010E049 AEUV Art49
12010E056 AEUV Art56
12010P/TXT Grundrechte Charta

61988CJ0331 The Queen / MAFF, ex parte FEDESA VORAB

61998CJ0067 Zenatti VORAB

61998CJ0101 UDL VORAB

62001CJ0243 Gambelli VORAB

62004CJ0338 Placanica VORAB

62007CJ0316 Markus Stoß VORAB

62008CJ0046 Carmen Media Group VORAB

62008CJ0064 Engelmann VORAB

62008CJ0258 Ladbrokes VORAB

62009CJ0347 Dickinger und Ömer VORAB

62012CJ0390 Pfleger VORAB

62014CJ0098 Berlington Hungary VORAB

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):

Ra 2018/09/0044 B 30.05.2018

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky und die Hofrättinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger sowie Hofrat Mag. Brandl als Richterinnen bzw Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Schubert-Zsilavec, über die Revision des Bundesministers für Finanzen in 1010 Wien, Johannesgasse 5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 29. Mai 2015, LVwG-410287/42/Gf/Mu, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Linz-Land; mitbeteiligte Partei: Ing. H Z in L, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4), zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis dahin abgeändert, dass die in eine Beschwerde umgedeutete Berufung der mitbeteiligten Partei gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 3. Juli 2012, Pol96-834-2010, mit der Maßgabe abgewiesen wird, dass die Strafe mit EUR 500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 7,5 Stunden) je Gerät festgesetzt wird. Die mitbeteiligte Partei hat gemäß § 52 VwGVG zusätzlich zu den im genannten Straferkenntnis bestimmten Verfahrenskosten von EUR 100,-- einen Kostenbeitrag in der Höhe von EUR 200,-- zu bezahlen.

Begründung

1 Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 3. Juli 2012 wurde der Mitbeteiligte wegen unternehmerisch Zugänglichmachens von zwei Glücksspielgeräten der Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) iVm § 2 Abs 2 und 4 GSpG für schuldig erkannt (Tatzeitraum 4. Februar 2010 bzw 26. August 2010 bis 13. November 2010) und über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.000,--, sowie im Falle ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Stunden, verhängt und ein Beitrag zu den Kosten von EUR 100,-- vorgeschrieben. Dagegen erhob der Mitbeteiligte Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) des Landes Oberösterreich, der einen Antrag auf Vorabentscheidung gemäß Art 267 AEUV beim Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) stellte, welcher mit Urteil vom 30. April 2014, Rs C-390/12, Robert Pfleger ua, entschied. Das an die Stelle des UVS getretene Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hob mit Erkenntnis vom 9. Mai 2014 das bekämpfte Straferkenntnis auf und stellte das Verwaltungsstrafverfahren nach § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 1 VStG ein.

2 Zum weiteren Verfahrensgang wird in analoger Anwendung des § 43 Abs 2 zweiter Satz VwGG auf das hg Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0120, verwiesen. Mit diesem wurde das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 9. Mai 2014 aus zahlreichen Gründen aufgehoben.

3 So hatte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im ersten Verfahrensgang keinerlei Feststellungen getroffen, aus denen sich die Zuständigkeit der belangten Behörde zur Entscheidung im vorliegenden Verfahren ergeben hätte. Dazu wären Feststellungen zu den auf den gegenständlichen Glücksspielgeräten möglichen

Höchsteinsätzen notwendig gewesen. Das Verwaltungsgericht hatte zudem unter Nichtbeachtung des Amtswegigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Erforschung der materiellen Wahrheit keine Feststellungen getroffen, aufgrund derer hätte beurteilt werden können, ob das Unionsrecht im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren anzuwenden gewesen wäre sowie, bei Bejahung dieser Frage, ob durch anzuwendende Bestimmungen des GSpG vorgenommene Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH - unter Berücksichtigung der Behauptungen der Parteien - gerechtfertigt sind oder nicht. Weiters hatte das Verwaltungsgericht den Grundsatz der Wahrung des Parteiengehörs nicht beachtet und entgegen § 44 Abs 1 VwGVG keine mündliche Verhandlung durchgeführt. Nicht zuletzt war die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes mangelhaft begründet (im Einzelnen siehe das zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes).

4 Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis vom 29. Mai 2015 gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach wiederholter Gewährung von Parteiengehör und Durchführung einer mündlichen Verhandlung neuerlich der Beschwerde der mitbeteiligten Partei statt, hob das bekämpfte Straferkenntnis auf und stellte das Verwaltungsstrafverfahren ein. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für zulässig erachtet.

5 Das Landesverwaltungsgericht gelangte hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit zum Ergebnis, eine gerichtliche Strafbarkeit scheide aus und die Zuständigkeit der belangten Behörde sei gegeben gewesen, da weder Spieleinsätze von mehr als EUR 10,-- pro Spiel noch Serienspiele möglich gewesen seien. Zur Anwendbarkeit des Unionsrechts führte es aus, die verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte stünden im Eigentum einer slowakischen juristischen Person.

6 Das Landesverwaltungsgericht vertrat den Standpunkt, ein Spezifikum des vorliegenden Falles bestehe darin, dass dessen entscheidungserheblicher Sachverhalt - und damit der Zeitraum der Tatbegehung (Februar bis November 2010) - im unmittelbaren Umfeld, nämlich einige Monate vor bzw einige Monate nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle BGBI I Nr 73/2010 (19. August 2010) liege. Wenn der Gesetzgeber mit dieser Novellierung aber ua intendiert habe, das GSpG den geänderten Anforderungen der Europäischen Union anzupassen, so gebe er damit auch implizit zu erkennen, dass die frühere Regelung diesen Kautelen eben nicht (mehr) entsprochen habe, weil sonst eine dementsprechend motivierte Änderungsnotwendigkeit nicht bestanden hätte; dazu komme, dass in diesem Zeitraum der mit dieser Novelle beabsichtigte Systemwechsel jedenfalls auch faktisch noch nicht zum Tragen habe gekommen sein können, weil hiefür ein Zeitraum von drei Monaten nicht ausreichend gewesen sei. Mit der genannten Novelle des Glücksspielgesetzes sei die Ausweitung im Wege einer generellen Legalisierung des „kleinen Glücksspiels“ mittels Automaten in Form eines Oligopols erfolgt.

7 Weiters traf das Landesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Vereinbarkeit von Regelungen des GSpG mit Art 56 AEUV ausführliche Feststellungen auf Grundlage des „Glücksspiel Berichts 2010-2013“ (im Folgenden: Glücksspiel-Bericht), der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen vom 18. September 2014, der Gesetzesmaterialien einzelner GSpG-Novellen, des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 15. Dezember 2014, LVwG-410395, des Schriftsatzes des Revisionswerbers vom 20. April 2015, der Urkundenvorlage des Revisionswerbers vom 29. April 2015 sowie von auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen veröffentlichten Zahlen betreffend die Steuerleistungen der Casino Austria AG und der Österreichischen Lotterien GmbH.

8 Unter Verweis auf das - auch anlässlich des vorliegenden Verwaltungsstrafverfahrens - ergangene Urteil des EuGH vom 30. April 2014, Rs C-390/12, Pfleger ua, führte das Landesverwaltungsgericht aus, Art 56 AEUV stehe einer nationalen Monopolregelung wie jener des GSpG entgegen, sofern diese nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolge und nicht tatsächlich dem Anliegen entspreche, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

9 Spielerschutz und Suchtprävention bildeten den Gesetzesmaterialien zufolge eine wesentliche Zielsetzung der GSpG-Novelle BGBI I Nr 73/2010. Bezüglich der tatsächlichen Umsetzung dieser beiden Ziele sei in dem vom Verwaltungsgericht durchgeführten Ermittlungsverfahren einerseits zu Tage getreten, dass den einzelnen im Zuge der Erteilung der (insgesamt limitierten) Bewilligungen zum Zug gekommenen Konzessionären jeweils zweckentsprechende, dem Spielerschutz und der Suchtprävention dienende Maßnahmen (wie zB Mindestdauer pro Spiel, Mindestabstandsregelungen, Zutrittskontrolle, Verbot von bestimmten Spielinhalten, Einsatz- und Gewinnlimits)

bescheidmäßigt vorgeschrieben worden seien, wobei die Kontrolle der Einhaltung dieser Auflagen von den staatlichen Behörden wahrgenommen werde (dass es insoweit bislang noch zu keinen nennenswerten Beanstandungen gekommen sei, lasse hingegen keine Rückschlüsse auf die Effektivität dieser Regelungen zu, weil aus diesem Umstand sowohl abgeleitet werden könne, dass die Konzessionäre bislang sämtliche bescheidmäßige Vorgaben eingehalten hätten, aber auch, dass die entsprechenden Kontrollen bisher nicht mit der gebotenen Stringenz durchgeführt worden seien). Zudem sei beim Bundesministerium für Finanzen eine Stabstelle für Spielerschutz eingerichtet worden, die mit anderen Spielerschutzinstitutionen kooperiere.

10 Andererseits ließe sich aber der diesen Spielerschutzmaßnahmen zugrunde liegende Ausgangspunkt, nämlich ein Quantum von insgesamt 64.000 (verhaltensauffällig bzw pathologisch) glücksspielsüchtigen Personen in Österreich nicht verifizieren, denn diese Zahl entstamme einer vom Zentrum für interdisziplinäre Suchtforschung (ZIS) der Universität Hamburg überwiegend schon im Zeitraum Mai 2009 bis Februar 2011 erstellten Studie, deren primäre Zielsetzung in der Erstellung einer wissenschaftlichen Basis für künftige Glücksspielpräventionsmaßnahmen bestanden habe. Konkret sei dieser Anteil derart ermittelt worden, dass in sämtlichen neun Bundesländern aus der Menge aller deutsch sprechenden Österreicher der Altersgruppe zwischen 14 und 65 Jahren (insgesamt 5.836.144 weibliche und männliche Staatsbürger) jeweils ca 700 Personen pro Bundesland ausgewählt und mit diesen eine telefonische Umfrage (sogenannte „Repräsentativbefragung“) durchgeführt worden sei; von den solcherart insgesamt 6.324 Befragten hätten 27 Personen (? 0,43 %) angegeben, (nach eigener subjektiver Bewertung entsprechender Testkriterien) ein problematisches Spielverhalten bzw 41 Personen (? 0,65 %) hätten angegeben, ein pathologisches Spielverhalten aufzuweisen. Insgesamt 68 Personen hätten sich demnach nach eigener subjektiver Einschätzung als „spielverhaltensproblematisch“ bzw „pathologisch spielsüchtig“ eingeschätzt, während die weit überwiegende Mehrzahl der an Glücksspielen teilnehmenden Personen - nämlich insgesamt 98,91 %, wobei auf 97,23 % der Befragten überhaupt keines der insgesamt 10 Kriterien des „diagnostischen und statistischen Manuals psychischer Störungen“ (sogenannte DSM-IV-Kriterien) zugetroffen habe - keine spielbezogenen Probleme gezeigt hätten. Statistisch hochgerechnet ergebe dies einerseits eine absolute Zahl von ca 25.096 bzw von ca 37.935 Personen - und insgesamt von ca 63.031 Personen (? 1,1% der Gesamtmenge) -, die sich subjektiv als verhaltensauffällige bzw pathologische Spieler bezeichnet hätten, denen andererseits 5.772.530 Personen ohne Spielprobleme gegenüberstünden.

11 Seither werde diese bloß statistisch errechnete Gesamtzahl von „64.000 Spielsüchtigen“ allseits unreflektiert weitertradiert, wie sich dies beispielsweise auch aus den „Factsheets Sucht“ des „Instituts Suchtprävention pro mente Oberösterreich“ (aktuell: Version 2.3 vom 2. September 2014, Seite 5) ergebe, obwohl sich dort zumindest einerseits die Feststellung finde, dass es sich um „die erste und bisher einzige repräsentative telefonische Befragung der österreichischen Bevölkerung (im Alter von 14 bis 65 Jahren)“ handle und andererseits kritisch klargestellt werde, dass „der Begriff Abhängigkeit ... in dieser Allgemeinheit nicht unproblematisch [sei], da er in den verschiedenen Verhaltens- und Suchtbereichen eine jeweils andere Bedeutung besitze und sich unter diesem Begriff unterschiedlichste Problematiken versammelten. Insbesondere bei Alkohol und Nikotinzahlen zielen die oben angeführten Zahlen eher auf körperliche Abhängigkeit, während die Verhaltenssüchte von Natur aus in rein psychischer Abhängigkeit begründet“ seien (vgl Seite 4, FN 1). Von einer solchen in Bezug auf Glücksspiel als „rein psychischer Abhängigkeit“ ausgehend, könne es daher auch kaum überraschen, dass die Absolutzahl an (pathologisch) Spielsüchtigen (38.000), va aber die vom ZIS ebenfalls erhobene Anzahl an Kauf- (565.000) und Medikamentensüchtigen (90.000 - 130.000) beispielsweise die absolute Anzahl an Drogenabhängigen (25.000 - 37.000) überwiege (vgl Seite 4). Nicht überzeugend erscheine daher va die dem Glücksspielbericht des Bundesministers für Finanzen zugrunde liegende Methode, aus einer telefonischen Umfrage mit 6.300 Personen, in der insgesamt bloß 68 Befragte - und noch dazu subjektiv sowie auf Basis von keinesfalls präzisen sowie kaum objektivierbaren Kriterien - ein auffälliges oder sogar pathologisches Spielverhalten angegeben hätten, darauf zu schließen, dass es in Österreich nicht nur statistisch-wahrscheinlich, sondern tatsächlich insgesamt 64.000 spielsüchtige Personen in der Altersgruppe zwischen 14 und 65 Jahre geben solle. Vielmehr handle es sich insoweit bloß um einen fiktiven mathematischen Wert hinsichtlich dessen seit der überwiegend im Jahr 2010 durchgeföhrten Erhebung auch kein weiterer Versuch einer nachfolgenden Verifizierung unternommen worden sei. Dazu komme, dass beispielsweise auch aus dem Jahresbericht 2013 des Vereins „(Wiener) Spielsuchthilfe“ hervorgehe, dass dessen online-Beratungen in diesem Zeitraum lediglich von 411 Personen (gegenüber 359 Personen im Jahr davor) in Anspruch genommen und von dieser Institution im Jahr 2013 insgesamt nur 791 Personen (davon 460 Neufälle) betreut worden seien. Objektiv besehen vermöge sich daher die Zahl von

64.000 spielsüchtigen Personen nicht auf eine nachvollziehbare faktische Untermauerung zu gründen und könne daher auch nicht als erwiesene Tatsache einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden; als erwiesen könne vielmehr bloß angesehen werden, dass sich dieser Studie zufolge insgesamt 68 Personen als spielsüchtig eingeschätzt hätten.

12 Da sonstige diesbezügliche Nachweise weder vorgelegt worden noch erkennbar seien, gehe das Verwaltungsgericht somit bis zum Beweis des Gegenteils (der den staatlichen Behörden obliege) davon aus, dass es sich bei der Zahl von 64.000 spielsüchtigen Personen lediglich um eine unbelegte Vermutung handle.

13 Vor einem derartigen Hintergrund (also auf einer Basis von bloß 68 Personen, die sich im Zuge eines telefonischen Interviews selbst als pathologisch süchtig bzw verhaltensauffällig glücksspielend eingeschätzt hätten) sei demnach im Ergebnis zu konstatieren, dass die Spielsucht in Österreich weder zum Zeitpunkt der Erlassung der GSpG-Novelle 2010 (BGBl I Nr 73/2010) noch gegenwärtig ein überdurchschnittlich maßgebliches oder gar gesamtgesellschaftlich relevantes Problem dargestellt habe bzw darstelle, das ein unabdingbar gebotenes und unverzügliches Einschreiten des Gesetzgebers oder der staatlichen Behörden erfordert hätte oder erfordern würde. Gegenteiliges würde im Übrigen auch dann nicht gelten, wenn man die Zahl von 64.000 spielsüchtigen Personen als tatsächlich zutreffend unterstellte, weil auch diese nicht über einen Anteil von bloß 1,1% der in Betracht gezogenen Bevölkerungsgruppe hinauskäme.

14 Diese Feststellung schließe es freilich nicht aus, den Spielerschutz sowie die Suchtprävention als vorrangige Staatsaufgaben darzustellen, weil es grundsätzlich innerhalb des rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers bzw der Behörde liege, im Rahmen der dem Staat insgesamt zur Besorgung zukommenden Aufgaben allenfalls auch solche zu bevorzugen, „hinsichtlich denen objektiv gesehen keine zwingende Vordringlichkeit“ vorliege.

15 Losgelöst von der Frage der Notwendigkeit erschienen daher die im GSpG vorgesehenen Maßnahmen (wie zB Einrichtung einer Spielerschutzstabstelle und verpflichtende Zusammenarbeit mit Spielerschutzeinrichtungen, Zutrittssysteme und Zugangskontrolle, Mindestdauer pro Spiel, Verbot bestimmter Spielinhalte, Einsatz- und Gewinnlimits, Verbot parallel laufender Spiele, Abkühlphase, Mindestabstandsregelungen, Schulungskonzepte für Mitarbeiter, etc) zwar weder als prinzipiell ungeeignet noch als unverhältnismäßig, um die zum Regelungszweck des GSpG erklärten Ziele Spielerschutz und Suchtprävention auch tatsächlich zu erreichen; allerdings vermindre sich vor einem derartigen Hintergrund die Plausibilität, dass mit der GSpG-Novelle BGBl I Nr 73/2010 tatsächlich primär diese Ziele hätten verfolgt werden sollen und sie nicht vielmehr bloß als ein andere Prioritäten rechtfertigender und/oder aus jenen resultierender Nebeneffekt anzusehen seien, ganz erheblich, insbesondere, wenn man in diesem Zusammenhang wiederum die geringe Zahl an festgestellten sachadäquaten Anlassfällen sowie den Umstand in Betracht ziehe, dass die Suchthilfe nicht einmal vom Staat, sondern von den Konzessionären (denen zudem auch alle übrigen Kosten der Totalausgliederung aufgebürdet würden) finanziert werde.

16 Zur Kriminalitätsbekämpfung und Kriminalitätsvorbeugung lasse sich dem Glücksspiel-Bericht entnehmen (vgl Seite 34 f), dass die Bekämpfung des illegalen Glücksspiels de facto auf mehreren Ebenen erfolge, indem nach der neuen Ordnung des Glücksspiels (BGBl I Nr 73/2010) zur Jahresmitte 2010 eine eigenständige „SOKO Glücksspiel“ ins Leben gerufen und diese im Jahr 2013 in die Finanzpolizei übergeführt worden sei. Im Rahmen ihrer neuen Kontrolltätigkeit und Befugnisse habe die Finanzverwaltung bis Ende 2013 über 6.000 Beschlagnahmen (Glücksspielgeräte und sonstige Eingriffsgegenstände) durchgeführt. Die von der Finanzpolizei vorgenommenen Kontrollen und der dadurch aufrecht erhaltene hohe Verfolgungsdruck hätten zu einer Vielzahl von Verwaltungsstrafverfahren geführt, „dem“ seitens illegaler Betreiber allerdings eine „Flucht ins Strafrecht“ gegenüberstehe, weil in jenem Bereich kaum Verurteilungen wegen § 168 StGB zu befürchten seien. Dieser Verfolgungsdruck habe bis zum Sommer 2013 aufrecht erhalten werden können; nach dem zu diesem Zeitpunkt erfolgten Judikaturwechsel bezüglich der Abgrenzung zwischen § 168 StGB und § 52 Abs 1 GSpG seien die Kontrollen im Bereich des Glücksspiels gemeinsam mit der Kriminalpolizei vorgenommen worden.

17 Ergänzend dazu heiße es in den Gesetzesmaterialien zur GSpG-Novelle BGBl I Nr 14/2013, mit der die bis dahin maßgebliche Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbestimmung des § 52 Abs 1 GSpG gegenüber dem gerichtlich strafbaren Tatbestand des § 168 StGB ins Gegenteil verkehrt worden sei, ua (vgl ErläutRV 25. GP, BlgNR 24, 22):

„Die Erfahrungen aus dem bisherigen Vollzug der zuständigen Verwaltungsbehörden zeigen die Wirksamkeit und

Effektivität des gewählten Modells. In den Jahren 2010 bis 2012 kam es erstinstanzlich zu 638 Verurteilungen, 1.195 Beschlagnahmen und 164 Einziehungen, die rechtskräftig in zweiter Instanz zu 478 Verurteilungen, 1.125 Beschlagnahmen und 58 Einziehungen führten. Im Jahr 2012 gab es demgegenüber nur zwei gerichtliche Verurteilungen nach § 168 StGB, in beiden Fällen wurde jeweils eine Geldstrafe verhängt, im Jahr 2011 gab es elf gerichtliche Verurteilungen nach § 168, die zu insgesamt sieben Geldstrafen, jeweils einer bedingten und teilbedingten Freiheitsstrafe sowie zu zwei anderen Sanktionen führten (Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2011 und 2012). Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Umkehr der bisherigen Subsidiaritätsregel zu keiner „Entkriminalisierung“ führt.“

18 Schon daraus gehe aber jeweils übereinstimmend hervor, dass das illegale Glücksspiel in Österreich weder vor den mit BGBI I Nr 73/2010 begonnenen Modifikationen des GSpG noch seither ein Kriminalitätsproblem derart gebildet hätte, dass daraus eine zwingende Notwendigkeit resultiert hätte, im Sinne der Judikatur des EuGH vorrangig einen Schutz der Glücksspieler vor Betrug und anderen Straftaten zu gewährleisten. Denn bei insgesamt bloß 18 Verurteilungen in einem Zeitraum von drei Jahren könne offenkundig kaum von einem echten Kriminalitätsproblem gesprochen werden. Gegenteiliges lasse sich auch der vom Bundesministerium für Finanzen im Glücksspielbericht bezogenen Studie von Judith Köberl und Franz Prettenthaler nicht entnehmen; denn von jenen von diesen Autoren angeführten insgesamt 74 Fällen von Beschaffungskriminalität in den Jahren 2006 und 2007 ließen sich auch nach deren eigenem Vorbringen lediglich 17 als solche qualifizieren, in denen mit hoher Wahrscheinlichkeit die „Glücksspielsucht als alleiniges Motiv“ für die Begehung schwerer Straftaten (wie Raub, Betrug, Einbruch, etc) in Betracht gekommen sei.

19 Selbst wenn man nämlich diese Zahlen vorbehaltlos als zutreffend unterstellt, ergebe sich schon alleine daraus, insbesondere aber in Verbindung mit der durch die GSpG-Novelle BGBI I Nr 13/2014 vorgenommenen Umkehrung der bisherigen Subsidiaritätsregel (vgl § 52 Abs 3 GSpG idgF), hinsichtlich der der Verfassungsgerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung vom 10. März 2015, E 1 139/2014, der Sache nach (neuerlich) bestätigt habe, dass das behördliche im Verhältnis zum gerichtlichen Strafrecht mit Blick auf das wesentlich geringere Höchstmaß einer potentiell drohenden Freiheitsstrafe die deutlich weniger einschneidende Maßnahme darstelle, für das Verwaltungsgericht, dass das Automatenglücksspiel in Österreich zu keiner Zeit ein echtes sicherheitspolitisches Problem dargestellt habe. Dazu komme, dass auch der EuGH unter „Kriminalität“ nicht bloß Verstöße gegen ordnungspolitische und/oder Monopolsicherungsvorschriften, sondern vielmehr erhebliche Eingriffe in die Rechtssphäre anderer Personen, insbesondere der Spieler und deren Angehöriger, verstehе (vgl Urteil vom 15. September 2011, C-347/09, Jochen Dickinger und Franz Ömer).

20 Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erachte es daher als erwiesen, dass de facto beide Novellierungen des GSpG (BGBI I Nr 73/2010 und BGBI I Nr 13/2014) nicht zu einer Entkriminalisierung in jenem Sinne, wie diese vom EuGH gefordert werde, geführt hätten. Denn gesamthaft betrachtet bildete die weitaus überwiegende Anzahl der gehandten Vergehen (638 Straferkenntnisse, 1.195 Beschlagnahmen und 164 Einziehungen der Verwaltungsstrafbehörden, von denen 478 Straferkenntnisse, 1.125 Beschlagnahmen und 58 Einziehungen im Rechtsmittelweg bestätigt worden seien) bloße Ordnungsverstöße, die auf einer Nichtbeachtung von Vorschriften zur Sicherung des Monopolsystems beruhten, nicht aber davon losgelöste echte Fälle von mittlerer und schwerer (insbesondere Beschaffungs-) Kriminalität.

21 Überdies lasse sich deutlicher als dadurch, dass der Gesetzgeber parallel dazu den gerichtlich strafbaren Tatbestand als dem vergleichsweise gravierenden Delikt - mit der Novelle BGBI I Nr 13/2014 bewusst jeglichen Anwendungsbereich entzogen habe, wohl kaum zum Ausdruck bringen, dass das Glücksspiel für den österreichischen Staat in Wahrheit kein kriminal- und sicherheitspolitisch relevantes Problem darstelle, zumal die Effizienzsteigerung der verwaltungsbehördlichen Strafverfolgung nicht als eine primär-ursprüngliche Notwendigkeit, sondern bloß als eine aus der Einrichtung des Monopolsystems zu dessen weiterer Aufrechterhaltung erforderliche und sohin gleichsam selbst (künstlich) geschaffene bzw zwangsläufig resultierende Folgewirkung qualifiziert würde (wobei sich in diesem Zusammenhang zudem auch noch die Frage der Verhältnismäßigkeit der damit verbundenen umfassenden [teilweise bereits an der Grenze des rechtstaatlich noch vertretbaren liegenden] Eingriffsbefugnisse stelle).

22 Insgesamt besehen, erscheine es daher aufgrund der festgestellten faktischen Gegebenheiten, nämlich der geringen Zahl an sachadäquaten Anlassfällen, nicht als plausibel, dass die Monopolregelung des GSpG tatsächlich der Kriminalitätsbekämpfung und Kriminalitätsvorbeugung, im Besonderen der Hintanhaltung von Betrugsdelikten

gegenüber den Spielern selbst und der Eindämmung von Beschaffungskriminalität diene.

23 Unter der Überschrift „Reduktion von Spielanreizen, Kanalisierung der Spielgelegenheiten, maßvolle Werbung“ führte das Landesverwaltungsgericht aus, der (zunächst bloß vorläufigen) Überzeugung des Verwaltungsgerichtes, dass die Geschäftspolitik der Inhaber bundesrechtlicher Konzessionen (Bewilligungsinhaber aufgrund landesrechtlicher Vorschriften müssten in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben, weil sich diese gegenwärtig noch in der Startphase befänden), im Besonderen deren Werbemaßnahmen, grundsätzlich aggressiv darauf ausgerichtet seien, zum Spielen der von den beiden Hauptkonzessionären angebotenen Glücksspielarten zu animieren, geradezu notorisch sei - wie jeder willkürliche Blick in ein zufällig ausgewähltes Print- oder elektronisches Medium, insbesondere jede Konsumation von durch entsprechend aufdringliche Werbeintervalle unterbrochenen Fernseh- und Hörfunkprogrammen zur sogenannten „Prime-Time“ zeige - sei auch von den Verfahrensparteien nicht entgegen getreten worden. Während der sogenannten „Startphase“, dh also im näheren zeitlichen Umfeld des Inkrafttretens des mit der GSpG-Novelle BGBl I Nr 73/2010 am 19. August 2010 begonnenen Systemwechsels (und nur darauf komme es an, nicht hingegen [auf den vom Mitbeteiligten ins Treffen geführten] faktischen Beginn der unternehmerischen Tätigkeit der bundesrechtlichen Konzessionäre im Bereich des Glücksspielwesens), erweise sich diese expansionistische Geschäfts- und Werbestrategie aus der Sicht des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich allerdings im Ergebnis deshalb nicht als unzulässig und damit auch nicht als unionsrechtswidrig, weil ein wesentliches - und vom EuGH auch anerkanntes - Ziel eines Monopolsystems auf diesem bislang noch nicht harmonisierten Sektor darin liege, die angesprochenen Zielgruppen vom illegalen Glücksspiel hin zu den erlaubten Glücksspielanbietern und -arten zu lenken.

24 Anzumerken sei in diesem Zusammenhang allerdings, dass sich aus den von den Verfahrensparteien vorgelegten Beweismitteln nicht ergeben habe - und für das Verwaltungsgericht auch sonst nicht feststellbar sei -, dass es auch gezielte Werbeaktivitäten dahin gebe, die im vorgenannten Sinn speziell auch auf das Automatenglücksspiel Bezug nähmen. Sollte sich dies nach dem Ende der Startphase allerdings nicht deutlich ändern, ließe sich aber wohl kaum eine tatsächliche Um- bzw Hinlenkung zu erlaubten Glücksspielanbietern und -arten erwarten.

25 Betreffend Staatseinnahmen wurde ausgeführt, bereits im anlassfallbezogenen Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH sei auch von der Bundesregierung nicht in Abrede gestellt (wenngleich dort bloß als ein „erfreulicher Nebeneffekt“ bezeichnet) worden, dass die Beibehaltung des Monopolsystems zu einer Sicherung von Staatseinnahmen in einem nicht unerheblichen Ausmaß (von ca 500 Mio EUR jährlich) führe.

26 Gleiches lasse sich auch aus den Gesetzesmaterialien zur GSpG-NovelleBGBl I Nr 73/2010 ableiten, wenn dort ua angeführt werde (vgl ErläutRV 24. GP, BlgNR 657, insbesondere Seite 1, 3 f und Seite 11 f):

„Automatensalons sowie Automaten in Einzelauflistung sollen unter strengen Spielerschutzbestimmungen und Aufsichtsregeln in Landeskompetenz bleiben. Sie werden mit einer geteilten Abgabe belegt. ... Die Automaten und Video Lotterie Terminals (VLTs) werden einer geteilten Abgabe unterworfen und die bisherigen ‚Erlaubnisländer‘ erhalten gesetzlich garantierter Mindesteinnahmen.“

... Es wird ... davon ausgegangen, dass das Aufkommen inkl. Zuschlag der Länder ... über 150 Mio. Euro p.a. liegen wird und somit die Mindereinnahmen ... überkompensiert werden. ... Die bisherigen ‚Erlaubnisländer‘ erhalten zusätzlich eine Finanzzuweisung des Bundes, wenn ihre Einnahmen aus dem Zuschlag bestimmte Garantiebeträge, die aus den bisherigen Einnahmen aus Vergnügungssteuern abgeleitet wurden, nicht erreichen. ... Die bisherigen Erlaubnisländer Niederösterreich, Steiermark und Kärnten erhalten eine Bedarfzuweisung des Bundes, wenn ihre Einnahmen aus dem landesgesetzlich geregelten Zuschlag der Länder bestimmte Jahresbeträge, die aus den erwarteten Einnahmen aus der bisherigen Vergnügungssteuer abgeleitet wurden, nicht erreichen. Damit werden die Länder auch dagegen abgesichert, dass die Einnahmen nicht den Erwartungen entsprechen. ... Die Garantiebeträge werden aliquot gekürzt, wenn in einem Land das Höchstausmaß des Zuschlags nicht ausgeschöpft wird, wenn die höchstzulässige Anzahl von Glücksspielautomaten nicht oder nicht ganzjährig erreicht wird, wenn Glücksspielautomaten nicht ganzjährig betrieben werden, oder wenn in den Bewilligungen die Bedingungen für den Spielverlauf unter den Grenzen des § 5 Abs. 5 GSpG bleiben. Bei dieser aliquoten Kürzung wird daher darauf Bedacht genommen, in welchem Umfang, aber auch wie lange in einem Land die bestehenden Möglichkeiten nicht ausgenutzt werden.“

27 Schließlich sei auch einer Presseaussendung der beiden Monopolinhaber „Casino Austria AG“ und „Österreichische Lotterien GmbH“ vom 8. April 2015 über das Geschäftsjahr 2014 - hinsichtlich der sich objektiv

gesehen keine Anhaltspunkte dafür ergäben, dass die Richtigkeit dieser Angaben zu bezweifeln wäre - zu entnehmen, dass diese Konzessionäre zu den „Top-5-Steuerzahlern“ in Österreich (2014: insgesamt 552 Mio EUR) gehörten.

28 All dies führe daher zu der Schlussfolgerung, dass allein dem Bund aus dem Glücksspielmonopol Einnahmen in einer Höhe von mehr als einer halben Milliarde Euro erwachsen. Dies entspreche einem Anteil von 0,4 % an den jährlichen Gesamteinnahmen dieser Gebietskörperschaft und stelle sohin keineswegs eine vernachlässigbare oder gar verzichtbare Quote dar. Dazu komme, dass der Staat das Glücksspielangebot habe vollständig auslagern („privatisieren“) können, wobei die Konzessionäre nicht nur eine hohe Abgabenquote treffe, sondern diese auch die bereits mit der Konzessionerteilung verbundenen exorbitant hohen Gebühren zu tragen hätten sowie in der Folge in einem nicht unerheblichen Ausmaß aus Eigenem die gesetzlichen Spielerschutz- und Suchtpräventionsmaßnahmen zu finanzieren hätten.

29 Stelle man dem die Tatsache gegenüber, dass sowohl Spielerschutz und Suchtprävention als auch Kriminalitätsbekämpfung und -vorbeugung wie zuvor gezeigt aufgrund der jeweils geringen Anzahl von Anlassfällen keine vordringlichen Staatsaufgaben verkörperten, so ergebe sich daraus nach Überzeugung des Landesverwaltungsgerichtes, dass die Besorgung dieser Agenden vornehmlich bloß zu dem Zweck erfolge, um einen Vorwand für die Beibehaltung der Monopolregelung des GSpG zu bilden, während der Primärzweck der Konzeption darin bestehe, eine stabile Quote von 0,4 % der jährlichen Gesamteinnahmen des Bundes sicherzustellen.

30 Zur effektiven Hintanhaltung von Beeinträchtigungen des Glücksspielmonopols seien in den §§ 50 ff GSpG umfassende Eingriffsbefugnisse der Finanzbehörden (Finanzämter), aber auch der ihnen zugeordneten Exekutivorgane (Finanzpolizei) vorgesehen; hiezu zählten neben den weitläufigen Verwaltungsstrafdrohungen (vgl § 52 Abs 1 Z 1 bis Z 11 GSpG) auch detaillierte Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsbefugnisse (§ 50 Abs 4 GSpG), die Berechtigung zur Vornahme einer vorläufigen und/oder endgültigen Beschlagnahme (§ 53 GSpG) oder Einziehung (§ 54 GSpG) sowie die Anordnung einer Betriebsschließung (§ 56a GSpG).

31 Abgesehen davon, dass sich diese weitreichenden und jeweils ohne vorangehende richterliche Kontrolle teilweise massive Grundrechtsbeeinträchtigungen ermöglichen einfachgesetzlichen Ermächtigungen bei Anlegung eines durchschnittlichen Maßstabs auch als verfassungsrechtlich höchst bedenklich erwiesen - so zB im Hinblick auf den durch das Gesetz zum Schutz des Hausrechts, RGBI 88/1862 idGFBGBI 422/1974, garantierten rechtsstaatlichen Standard -, möge es in diesem Zusammenhang allenfalls als noch vertretbar erscheinen, eine nach nationalem Verfassungsrecht bestehende, nämlich durch das öffentliche Interesse an der Wahrung des Monopols bzw der Sicherung entsprechender Staatseinnahmen sachlich zu rechtfertigende politische Gestaltungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers zur Erlassung derartiger Eingriffsbefugnisse anzunehmen. Allerdings seien die Kriterien, anhand derer die Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Monopolregelung im Lichte des Art 56 AEUV zu beurteilen sei, nicht mit jenen gleichzusetzen, „anhand denen“ die Verfassungsmäßigkeit, im Besonderen die Gleichheitskonformität, dieser Vorschriften zu beurteilen sei. Oder anders gewendet: Wäre Österreich kein Mitgliedstaat der Europäischen Union, könnten sich die Bestimmungen der §§ 50 ff GSpG im Lichte des nationalen Verfassungsrechts allenfalls auch als unbedenklich erweisen (und wäre diese Frage zudem autonom von den innerstaatlichen Organen zu entscheiden). So aber begegneten diese - wie dem Urteil des EuGH vom 30. April 2014, Rs C-390/12, Robert Pfleger, zu entnehmen sei - jedenfalls gravierenden Bedenken im Hinblick auf die Garantien der Art 15 bis 17 EGRC (Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit, Eigentum), aber auch in Bezug auf die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 7 EGRC) und den Schutz personenbezogener Daten (Art 8 EGRC): Denn die in Art 52 Abs 1 EGRC normierte Wesensgehaltssperre stelle nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes sicher, dass jener Standard an staatlichen Eingriffsmodalitäten, der mit der EGRC in Zusammenhang mit der Sanktionierung von Verstößen gegen Unionsrecht generell festgelegt sei und insbesondere in den Art 47 ff EGRC zum Ausdruck komme, stets gewahrt bleiben müsse. Selbst unter der Annahme, dass die im GSpG positivierte Monopolregelung mit dem Unionsrecht vereinbar sei, würden sich daher die in den §§ 50 ff GSpG normierten Eingriffsbefugnisse als unverhältnismäßig erweisen, weil die mit diesen intendierte faktische Effizienz zum Zweck der Abwehr von Monopolbeeinträchtigungen - va im Hinblick auf die fehlende Notwendigkeit vorangehender richterlicher Ermächtigungen - in ihrer Gesamtheit betrachtet jedenfalls überschießend sei und somit auch nicht dem in Art 52 Abs 1 EGRC normierten Kriterium des Gemeinwohls diene.

32 Von diesen konkreten Eingriffsbefugnissen abgesehen ließe sich zudem vor dem Hintergrund, dass die konsequenteste (freilich nicht nur mit einem gänzlichen Verzicht auf staatliche Einnahmen, sondern sogar mit hohen Kosten für eine effiziente Kontrolle verbundene) Maßnahme eines absoluten Verbots des Glücksspiels vom

Bundesgesetzgeber nicht (bzw von bloß einigen Landesgesetzgebern) gewählt worden sei, eine Feststellung dahin, dass das im GSpG verankerte System der Monopolregelung dem Gebot der Kohärenz der Zielerreichung entspreche, aber ohnehin nur dann treffen, wenn sich zuvor zweifelsfrei annehmen ließe, dass einerseits Spielerschutz und Suchtprävention sowie Kriminalitätsvorbeugung und -bekämpfung vom Gesetzgeber tatsächlich als Primärziele beabsichtigt gewesen seien und andererseits diese Ziele von der vollziehenden Gewalt seither sowohl tatsächlich als auch konsequent umgesetzt worden seien. Beides sei jeweils nicht der Fall; nach Überzeugung des Verwaltungsgerichtes bildeten Spielerschutz, Suchtprävention und Kriminalitätsvorbeugung nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich der mit der GSpG-Novelle 2010 begonnene Systemwechsel gegenwärtig eher noch in der Startphase befindet, lediglich Nebenziele, denen im Verhältnis zu den beiden Hauptzielen der Sicherung der Staatseinnahmen einerseits und der Aufrechterhaltung des Monopolsystems andererseits bloß untergeordnete Bedeutung zukomme.

33 Selbst wenn dies nicht zuträfe, ließe sich aber auch kein stichhaltiges Argument dafür finden - und seien hierfür insbesondere auch seitens der belangten Behörde und der Amtspartei keine entsprechenden Beweismittel vorgelegt worden, dass die mit der GSpG-Novelle beabsichtigten Ziele (Spielerschutz und Sucht- sowie Kriminalitätsvorbeugung) lediglich durch das vom Bundesgesetzgeber konkret gewählte, extrem eingeschränkte (nämlich nur noch durch ein gänzliches Verbot zu übertreffende) Monopolsystem und nicht gleichermaßen effizient auch durch weniger einschneidende Maßnahmen - wie insbesondere durch ein Konzessionssystem, das zwar in analoger Weise wie das derzeit bestehende sowohl intensive Spielerschutz-, Zugangs-, Schulungsmaßnahmen, etc zulasten der Bewilligungsinhaber als auch rigorose staatliche Kontrollmaßnahmen vorseehe, deshalb aber darauf verzichte, die Anzahl der zu vergebenden Konzessionen (im Sinne einer Bedarfsprüfung) zahlenmäßig zu beschränken - erreicht werden könne.

34 Somit erwiesen sich im Ergebnis sowohl das Monopolsystem als solches als auch die zu dessen Aufrechterhaltung normierten (va richtervorbehaltlos, exekutiv-)behördlichen Ermächtigungen als unverhältnismäßig und somit nicht mit Art 56 AEUV vereinbar.

35 Angesichts dieses Prüfungsmaßstabes ergebe sich allerdings, dass das in den §§ 3 ff GSpG normierte System des Glücksspielmonopols deshalb in Art 56 AEUV keine Deckung finde und somit dem Unionsrecht widerspreche, weil dieses einerseits tatsächlich 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 - basiere, sondern de facto primär der Sicherung einer verlässlichen kalkulierbaren Quote an Staatseinnahmen (in Höhe von 0,4 % der jährlichen Gesamteinnahmen des Bundes) diene sowie andererseits - und unabhängig davon - 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 bloß limitierte Anzahl von Konzessionären) und die den staatlichen Behörden zur Abwehr von Beeinträchtigungen dieses Monopols gesetzlich übertragenen Eingriffsbefugnisse (Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsrechte; vorläufige und/oder endgültige Beschlagnahme; Verwaltungsstrafe; Einziehung, Betriebsschließung) insbesondere mangels generell fehlender Notwendigkeit einer vorhergehenden richterlichen Ermächtigung jeweils unverhältnismäßig seien.

36 Mit diesem Resultat solle keineswegs einer - erst recht keiner vollständigen - Liberalisierung des Glücksspielmarktes das Wort geredet werden; weil aber Österreich ein Mitgliedstaat der Europäischen Union sei, müsse aus rechtlicher Sicht nachdrücklich betont werden, dass sich jegliche Beschränkung des Glücksspielangebotes - insbesondere in Gestalt eines (Quasi-)Monopolsystems - stets nur innerhalb der vom EuGH abgesteckten Grenzen des Art 56 AEUV bewegen könne.

37 Widerspreche eine innerstaatliche Regelung dem Unionsrecht, so habe diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben. Konkret bedeute dies insbesondere, dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen könne, wenn diese Regelung mit Art 56 AEUV nicht vereinbar sei. Daraus resultiere für den vorliegenden Fall, dass eine Bestrafung wegen einer Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG ausgeschlossen sei, weil sich diese Strafnorm rechtssystematisch als eine auf dem Glücksspielmonopol des GSpG fußende und mit dieser in einem untrennbaren Zusammenhang stehende Bestimmung darstelle. Aus diesen Gründen sei daher der vorliegenden Beschwerde gemäß § 50 VwGVG statzugeben

gewesen, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen gewesen.

38 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision des Bundesministers für Finanzen mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

39 Der Mitbeteiligte hat in seiner Revisionsbeantwortung beantragt, die Revision kostenpflichtig als unzulässig zurückzuweisen, in eventu als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Zulässigkeit:

40 Hinsichtlich der Zulässigkeit der Revision führten das Landesverwaltungsgericht und die revisionswerbende Partei - jeweils ausgehend vom festgestellten Sachverhalt - aus, bei der Frage, ob das Monopolsystem des GSPrG mit Art 56 AEUV vereinbar sei, handle es sich um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung. Bislang gebe es keine Rechtsprechung eines Höchstgerichtes dazu. Damit zeigt auch die revisionswerbende Partei eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung auf, die Revision ist sohin zulässig.

In der Sache:

Rechtsvorschriften:

41 § 3 in der Stammfassung, BGBl Nr 620/1989, lautet:

„Glücksspielmonopol

§ 3. Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).“

42 § 4 Abs 2 in der Fassung BGBl I Nr 59/2001 lautet:

„Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

§ 4. (1) ...

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol,

wenn

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 0,50 Euro nicht übersteigt und
2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 20 Euro nicht übersteigt.

...“

§ 4 Abs 2 GSPrG in der Fassung BGBl I Nr 73/2010 lautet:

„Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

§ 4. (1) ...

(2) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

...“

43 § 5 in der Fassung BGBl I Nr 73/2010 lautet:

„Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

§ 5. (1) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sind Ausspielungen nach § 2 Abs. 3 an ortsfesten, öffentlich zugänglichen Betriebsstätten unter Einhaltung ordnungspolitischer Mindestanforderungen an Bewilligungserwerber (Abs. 2) sowie besonderer Begleitmaßnahmen der Spielsuchtvorbeugung (Abs. 3 bis 5), der Geldwäschevorbeugung (Abs. 6) und der Aufsicht (Abs. 7)

1. in Automatensalons mit mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten oder
2. in Einzelaufstellung mit höchstens drei Glücksspielautomaten.

Dabei darf ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1 200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten werden und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt. Im Bundesland Wien beträgt das höchstzulässige Verhältnis ein Glücksspielautomat pro 600 Einwohner. Die Einwohnerzahl eines Bundeslandes bestimmt sich nach dem für den jeweiligen Finanzausgleich von der Bundesanstalt Statistik Österreich zuletzt festgestellten und kundgemachten Ergebnis der Statistik des Bevölkerungsstandes oder der Volkszählung zum Stichtag 31. Oktober, wobei das zuletzt kundgemachte Ergebnis im Zeitpunkt der Erteilung von Bewilligungen maßgeblich ist.

(2) Ordnungspolitische Anforderungen an Bewilligungswerber bzw. -inhaber sind zumindest:

1. der Betrieb durch eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat, deren Sitz zur Sicherstellung einer ordnungspolitischen Aufsicht über die Organbeschlüsse im Inland liegt und die keine Gesellschafter hat, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen und die Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht gefährden; § 14 Abs. 3 ist sinngemäß einzuhalten.
2. die Abwicklung des Betriebs der Glücksspielautomaten vom Inland aus;
3. der Nachweis eines eingezahlten Stamm- oder Grundkapitals von mindestens 8 000 Euro je betriebsberechtigtem Glücksspielautomaten und der rechtmäßigen Mittelherkunft in geeigneter Weise sowie einer Sicherstellung mit einem Haftungsbetrag von zumindest 20 vH des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals;
4. ein Entsenderecht des Bundesministers für Finanzen für einen Staatskommissär und dessen Stellvertreter zur Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes bei den Betreibern von Automatensalons, wobei § 76 BWG sinngemäß anzuwenden ist;
5. die Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer, die aufgrund entsprechender Vorbildung fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und gegen die kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1994 vorliegt;
6. eine Eigentümer- oder allenfalls Konzernstruktur, die eine wirksame Aufsicht über den Bewilligungsinhaber nicht behindert;
7. ein technisches Gutachten über die Einhaltung der Bestimmungen der Abs. 4, 5 und 7 über den Spielerschutz und die Sicherung der Gewinnausschüttung;
8. eine Höchstbewilligungsdauer von 15 Jahren.

(3) Spielsuchtvorbeugende Maßnahmen bei Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten bestehen aus Spielerschutz begleitenden Rahmenbedingungen und einem spelerschutzorientierten Spielverlauf.

(4) Als Spielerschutz begleitende Rahmenbedingungen nach Abs. 3 sind zumindest verpflichtend vorzusehen

a) für Automatensalons:

1. die Einrichtung eines Zutrittssystems, das sicherstellt, dass jeder Besuch des Automatensalons nur volljährigen Personen gestattet ist, die ihre Identität durch Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises nachgewiesen haben, der den Anforderungen des § 40 Abs. 1 BWG entspricht, wobei der Bewilligungsinhaber die Identität des Besuchers und die Daten des amtlichen Lichtbildausweises, mit dem diese Identität nachgewiesen wurde, festzuhalten und diese Aufzeichnungen mindestens fünf Jahre aufzubewahren hat;
2. die Vorlage eines Konzepts über die Schulung der Mitarbeiter im Umgang mit Spielsucht und über die Zusammenarbeit mit einer oder mehreren Spelerschutzeinrichtung(en);
3. die Einrichtung eines Warnsystems mit abgestuften Spielerschutzmaßnahmen von der Spielerinformation bis zur Spielersperre abhängig vom Ausmaß der Besuche des Spielteilnehmers in den Automatensalons eines Bewilligungsinhabers;
4. die Anzeige der mathematisch ermittelten Gewinnausschüttungsquote des jeweiligen Spielprogramms bei der gewählten Einsatzgröße am Glücksspielautomat, wobei diese ausgehend von einer unendlichen Serie an Einzelspielen in einer Bandbreite von 85 bis 95 vH liegen muss und nur nach vorheriger Bekanntgabe an die zuständige

Landesbehörde geändert werden darf; werden dem Spielteilnehmer in einem Spielprogramm verschiedene Gewinnchancen zur Auswahl angeboten, so darf keine dieser Gewinnchancen für sich alleine betrachtet, ausgehend von einer unendlichen Serie an Einzelspielen, über 95 vH liegen;

5. das Verbot zu Spielinhalten mit aggressiven, gewalttätigen, kriminellen, rassistischen oder pornographischen Darstellungen;
6. die Möglichkeit für Spieler zur jederzeitigen Einsichtnahme in eine deutsche Fassung der Spielbeschreibungen aller Spiele der Glücksspielautomaten;
7. die Einhaltung eines Mindestabstands von 15 Kilometern Luftlinie oder in Gemeinden mit mehr als 500 000 Einwohnern von 2 Kilometern Luftlinie für Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten zum Standort einer Spielbank, wobei der Abstand eines Automatensalons in einer Gemeinde mit mehr als 500 000 Einwohnern auf dem Gebiet dieser Gemeinde nicht mehr als 2 Kilometer Luftlinie betragen muss; zudem darf im Umkreis von 300 Metern oder in Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern von 150 Metern Luftlinie eines Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten kein weiterer Automatensalon mit mehr als 15 Glücksspielautomaten eröffnet werden; schließlich muss zwischen Automatensalons desselben Bewilligungsinhabers jedenfalls ein Mindestabstand von 100 Metern Gehweg eingehalten werden; die Einwohnerzahl der Gemeinden richtet sich dabei nach dem von der Bundesanstalt Statistik Österreich kundgemachten Ergebnis der letzten Volkszählung;
8. die Teilnahme an einer vom Bundesgesetzgeber den Grundsätzen des Datenschutzrechts entsprechend noch vorzusehenden Austauschsverpflichtung von Daten über Besuchs- und Spielsperren oder -beschränkungen zwischen Glücksspielanbietern;
9. die sinngemäße Einhaltung der Bestimmung des § 25 Abs. 3.

b) bei Einzelaufstellung:

1. die Einrichtung eines Identifikationssystems, das sicherstellt, dass nur volljährige Personen an den Glücksspielautomaten spielen können und das eine zeitliche Begrenzung der Spielzeiten an den Glücksspielautomaten ermöglicht;
2. die Ausstellung einer laufend nummerierten Spielerkarte durch den Bewilligungsinhaber oder dessen Vertragspartner zur Einhaltung der höchstzulässigen Tagesspieldauer (Abs. 5 lit. b Z 7), auf der der Name des Bewilligungsinhabers sowie Name, Geburtsdatum und Lichtbild des Spielteilnehmers sowie das (Erst-)Ausstellungsdatum angebracht sind; dabei ist durch den Bewilligungswerber oder dessen Vertragspartner sicherzustellen, dass pro Spieler nur jeweils eine Spielerkarte ausgestellt ist, oder, wenn mehrere Spielerkarten für einen Spieler ausgestellt wurden, jeweils nur eine Spielerkarte für einen Spieler gültig ist, und nur diese Spielerkarte zur Teilnahme am Spiel berechtigt; die Dauer der bereits absolvierten Spielteilnahmen muss bei Ausstellung einer neuen Spielerkarte für einen Spielteilnehmer auf diese Spielerkarte übertragen werden;
3. die Einrichtung eines Warnsystems mit abgestuften Spielerschutzmaßnahmen von der Spielerinformation bis zur Spielersperre abhängig

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>