

# Anonymisierte Fassung

C-920/19 – 1

Rechtssache C-920/19

Vorabentscheidungsersuchen

**Eingangsdatum:**

16. Dezember 2019

**Vorlegendes Gericht:**

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Österreich)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

6. Dezember 2019

**Beschwerdeführer:**

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. <u>1137568</u>
Luxemburg, den <u>17 12 2019</u>
Fax/E-mail: <u>[Signature]</u> Der Kanzler, im Auftrag
eingegangen am: <u>16.12.19</u> Daniel Dittert Referatsleiter

**belangte Behörde:**

Landespolizeidirektion Steiermark

[OMISSIS]

Landesverwaltungsgericht  
Steiermark

[OMISSIS]

An den  
Gerichtshof der Europäischen Union  
[OMISSIS]

Antrag

auf

DE

## Vorabentscheidung

gemäß Art. 267 AEUV

Parteien des Ausgangsverfahrens [OMISSIS]:

[OMISSIS]

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat [OMISSIS] im Verfahren über die Beschwerden 1.) der Fluctus s.r.o., gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Steiermark vom 23.11.2016, [OMISSIS] 2.) der Fluentum s.r.o., gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Steiermark vom 12.12.2016, [OMISSIS] 3.) von KI und der Fluctus s.r.o., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Steiermark vom 22.01.2018, [OMISSIS] und 4.) von KI und der Fluentum s.r.o., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Steiermark vom 29.01.2018, [OMISSIS] den

## BESCHLUSS

gefasst:

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: [Or. 3]

1. **Ist Art 56 AEUV dahingehend auszulegen, dass es bei der Würdigung der vom EuGH für den Fall eines staatlichen Glücksspielmonopols in ständiger Rechtsprechung formulierten unzulässigen Werbepraktiken des Konzessionsinhabers darauf ankommt, ob es in einer gesamthaften Betrachtung im relevanten Zeitraum tatsächlich zu einem Wachstum des Glücksspielmarktes gekommen ist oder genügt es schon, dass die Werbung darauf abzielt zu aktiver Teilnahme am Spiel anzuregen, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen?**

2. **Ist Art 56 AEUV weiters dahingehend auszulegen, dass Werbepraktiken eines Monopolisten im Falles ihres Vorliegens jedenfalls die Kohärenz der Monopolregelung ausschließen oder kann im Falle entsprechender Werbeaktivitäten privater Anbieter von Seiten eines Monopolisten auch zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Ansehen verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen?**

**3. Ist ein staatliches Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit Art 56 AEUV anzuwenden hat, aus eigener Entscheidungsbefugnis gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es jede seine Auffassung nach entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt, selbst wenn in einem verfassungsrechtlichen Verfahren deren Unionsrechtskonformität bestätigt wurde?**

II. [OMISSIS] [Aussetzung des Verfahrens] [Or. 4]

## **B e g r ü n d u n g**

### **I.**

#### Sachverhalte der Ausgangsverfahren:

Den Ausgangsverfahren liegen – auf das Wesentliche zusammengefasst – von Behörden [OMISSIS] in Betriebslokalen durchgeführte Kontrollen zugrunde. Nach Beendigung dieser Kontrollen wurden einerseits die in den Lokalen vorgefundenen, jeweils ohne eine nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) erforderliche behördliche Bewilligung („Konzession“) aufgestellten Automaten vorläufig in Beschlag genommen [OMISSIS]; andererseits wurden in der Folge entsprechende Anzeigen an die zuständigen Behörden wegen des Verdachtes des Vorliegens von Verwaltungsübertretungen erstattet. Aufgrund dieser Anzeigen haben die zuständigen Behörden die vorläufigen Beschlagnahmen [OMISSIS] 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.

Bezogen auf die gegenständlichen Ausgangsverfahren wurde von Beamten der Finanzpolizei am 19.10.2016 in einem Lokal in [OMISSIS] Graz [OMISSIS] eine Kontrolle nach dem GSpG vorgenommen. Es wurden acht Geräte wahrgenommen, bei denen der Verdacht der Übertretung des GSpG bestand. Die Geräte waren beim Betreten des Lokales durch die Beamten der Finanzpolizei in Betrieb und funktionsfähig und wurden teilweise auch von Spielern benutzt. Nach der Einvernahme der anwesenden Angestellten und weiteren Ermittlungen wurde die vorläufige Beschlagnahme gemäß § 53 Abs 2 GSpG durch die Beamten der Finanzpolizei ausgesprochen. Als Eigentümer der Geräte (Eingriffsgegenstände) wurde die Fluentum s.r.o., als Inhaber der Eingriffsgegenstände die Fluctus s.r.o. vorläufig ermittelt. Es wurde eine Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme ausgestellt. Die Anzeige wurde der zuständigen Behörde, nämlich der Landespolizeidirektion Steiermark vorgelegt. In weiterer Folge erging an die Fluctus s.r.o. [OMISSIS] am 23.11.2016 ein Beschlagnahmebescheid, da diese als Inhaberin der Geräte festgestellt wurde. Am 12.12.2016 wurde an die Fluentum s.r.o. [OMISSIS] ein gleichlautender Beschlagnahmebescheid zugestellt, wobei diese Firma als Veranstalter des Glücksspiels bezeichnet wurde. Gegen die

zitierten Bescheide wurden rechtzeitig Beschwerden an das Landesverwaltungsgericht Steiermark erhoben. [Or. 5]

In weiterer Folge wurden Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet. Die Landespolizeidirektion Steiermark als zuständige Strafbehörde ging davon aus, dass KI handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma Fluctus s.r.o. und auch handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma Fluentum s.r.o. ist. Es wurden daher getrennte Strafverfahren gegen KI als Veranstalter und Unternehmer des Glücksspiels eingeleitet und über den Beschwerdeführer Geldstrafen von insgesamt € 480.000,00 verhängt. Als Verfahrenskosten wurden insgesamt € 48.000,00 vorgeschrieben. Im genaueren wurde mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Steiermark vom 22.01.2018 [OMISSIS] für jedes Glücksspielgerät eine Geldstrafe in der Höhe von € 30.000,00 (insgesamt € 240.000,00) sowie jeweils im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 7 Tagen, mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Steiermark vom 29.01.2018 [OMISSIS] ebenfalls eine Geldstrafe in der Höhe von € 30.000,00 pro Glücksspielgerät (insgesamt € 240.000,00) sowie im Falle der Uneinbringlichkeit jeweils 7 Tage Ersatzfreiheitsstrafe verhängt. Gegen beide Straferkenntnisse wurde rechtzeitig Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Steiermark eingebracht.

Der gemäß den Art 56 ff AEUV geforderte Auslandsbezug ist in den Anlassverfahren insoweit gegeben, als in diesen einerseits eine GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union (Bratislava/Slowakei) beteiligt ist.

## II.

Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

### 4. Bestimmungen des Unionsrechts:

#### Art 56 AEUV

Artikel 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABl.C 306 vom 17.12.2007); konsolidierte Fassung ABl.C 326 vom 26.10.2012, S 47, lautet:

*Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. [Or. 6]*

*Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind.*

-

5. Bestimmungen des nationalen Rechts:

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 28.11.1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF lauten auszugsweise:

§ 2 GSpG:

**Ausspielungen**

(1) *Ausspielungen sind Glücksspiele,*

1. *die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und*

2. *bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und*

3. *bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine Vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).*

(2) *Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.*

[OMISSIS]

(3) *Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. [OMISSIS] [Or. 7] [OMISSIS]*

(4) *Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.*

§ 3 GSpG:

**Glücksspielmonopol**

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

§ 4 GSpG:

**Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol**

[OMISSIS] [Or. 8]

[OMISSIS] [Or. 9]

§ 14 GSpG:

## **Übertragung bestimmter Lotterien**

### **Konzession**

*(1) Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zur Durchführung der Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b durch Erteilung einer Konzession übertragen. Der Konzessionserteilung hat eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat. [OMISSIS]*

*(2) Eine Konzession nach Abs. 1 darf nur einem Konzessionswerber erteilt werden, wenn*

*1. das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat geführt wird und sein Sitz nach Maßgabe des Abs. 3 in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes liegt und die Abwicklung des Spielbetriebs in einer Form erfolgt, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach diesem Bundesgesetz erlaubt;*

*2. die Satzung der Kapitalgesellschaft keine Bestimmungen enthält, die die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährden;*

*3. die Kapitalgesellschaft über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 109 Millionen Euro verfügt, deren rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachgewiesen wird und die den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen für den Spielbetrieb im Inland zur freien Verfügung stehen und im Zeitpunkt der Konzessionsbewerbung nicht durch Bilanzverluste geschmälert worden sind (Haftungsstock);*

*4. die Personen, die eine Beteiligung am Konzessionär halten und über einen beherrschenden Einfluss verfügen, den Ansprüchen genügen, die im Interesse einer soliden und umsichtigen Konzessionsausübung und der Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht im Sinne des §18 Abs. 1 bis 5 liegen;*

*5. die Geschäftsleiter auf Grund ihrer Vorbildung im Sinne des § 31b Abs. 7 fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen;*

*6. die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, und die Rechtsund Verwaltungsvorschriften des Sitzstaates eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindern sowie [Or. 10]*

7. vom Konzessionswerber insbesondere auf Grund seiner Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen und Eigenmittel sowie seiner Systeme und Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung, zum Spielerschutz, zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung, zur Betriebssicherheit, zur Qualitätssicherung, zur betriebsinternen Aufsicht und zu anderen ihn treffenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist.

(3) Zur Bewerbung um eine Konzession ist für Interessenten ein Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes erforderlich. Im Falle der erfolgreichen Bewerbung eines Interessenten mit Sitz außerhalb von Österreich ist die Konzession unter der Bedingung zu erteilen, dass der Sitz der Kapitalgesellschaft in Österreich errichtet wird, und mit der Auflage zu versehen, den Errichtungsnachweis binnen einer bestimmten Frist zu erbringen.

[OMISSIS]

(4) Die Konzession ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen, sie kann mit Nebenbestimmungen versehen sein, wenn dies im öffentlichen Interesse, insbesondere der Sicherung der Entrichtung der Konzessionsabgaben und der Glücksspielabgabe liegt. Im Konzessionsbescheid ist insbesondere festzusetzen:

[OMISSIS] [Or. 11] [OMISSIS]

(6) Über alle fristgerecht eingebrachten Anträge ist im Zuge der Prüfung der Interessensbekundung bescheidmäßig zu entscheiden. Treten mehrere Konzessionswerber gleichzeitig auf, die die Voraussetzungen des Abs. 2 Z 1 bis 6 erfüllen, so hat der Bundesminister für Finanzen auf Grund des Abs. 2 Z 7 zu entscheiden. Solange eine nach Abs. 1 erteilte Konzession aufrecht ist, dürfen weitere Konzessionen nach Abs. 1 nicht erteilt werden. [OMISSIS]

[OMISSIS]

§ 17 GSpG:

### **Konzessionsabgabe**

(1) Der Konzessionär hat für die Überlassung des Rechts zur Durchführung der Glücksspiele eine Konzessionsabgabe zu entrichten.

[OMISSIS] [Or. 12]

[OMISSIS] [Or. 13]

[OMISSIS]

(7) Der Konzessionär sorgt für die generelle mediale Unterstützung. Zur Erlangung dieser medialen Unterstützungsleistungen kann der Konzessionär

*privatrechtliche Vereinbarungen mit öffentlichen und privaten Medienpartnern sowie gemeinnützigen Organisationen abschließen.*

§ 21 GSpG:

**Spielbanken**

**Konzession**

*(1) Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession übertragen. Der Konzessionserteilung hat eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat. [OMISSIS]*

*(2) Eine Konzession nach Abs. 1 darf nur einem Konzessionswerber erteilt werden, wenn*

*1. das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat geführt wird und sein Sitz nach Maßgabe des Abs. 3 in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes liegt und die Abwicklung des Spielbetriebs in einer Form erfolgt, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach diesem Bundesgesetz erlaubt;*

*2. die Satzung der Kapitalgesellschaft keine Bestimmungen enthält, die die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährden;*

*3. die Kapitalgesellschaft über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 22 Millionen Euro verfügt, deren rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachgewiesen wird und die den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen für den Spielbetrieb im Inland zur freien Verfügung stehen und im Zeitpunkt der Konzessionsbewerbung nicht durch Bilanzverluste geschmälert worden sind (Haftungsstock);*

*4. die Personen, die eine Beteiligung am Konzessionär halten und über einen beherrschenden Einfluss verfügen, den Ansprüchen genügen, die im Interesse einer soliden und umsichtigen Konzessionsausübung und der Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht im Sinne des § 30 Abs. 1 bis 5 liegen; [Or. 14]*

*5. die Geschäftsleiter auf Grund ihrer Vorbildung im Sinne des § 31b Abs. 7 fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen;*

*6. die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, und die Rechtsund Verwaltungsvorschriften des Sitzstaates eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindern sowie*

7. vom Konzessionswerber insbesondere auf Grund seiner Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen und Eigenmittel sowie seiner Systeme und Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung, zum Spielerschutz, zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung, zur Betriebssicherheit, zur Qualitätssicherung, zur betriebsinternen Aufsicht und zu anderen ihn treffenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist.

(3) Zur Bewerbung um eine Konzession ist für Interessenten ein Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes erforderlich. Im Falle der erfolgreichen Bewerbung eines Interessenten mit Sitz außerhalb von Österreich ist die Konzession unter der Bedingung zu erteilen, dass der Sitz der Kapitalgesellschaft in Österreich errichtet wird, und mit der Auflage zu versehen, den Errichtungsnachweis binnen einer bestimmten Frist zu erbringen.

[OMISSIS]

(5) Insgesamt dürfen höchstens fünfzehn Konzessionen im Sinne des Abs. 1 erteilt werden.

(6) Über alle fristgerecht eingebrachten Anträge ist im Zuge der Prüfung der Interessensbekundung bescheidmäßig zu entscheiden. Treten mehrere Konzessionswerber gleichzeitig auf, die die Voraussetzungen des Abs. 2 Z 1 bis 6 [Or. 15] erfüllen, so hat der Bundesminister für Finanzen auf Grund des Abs. 2 Z 7 zu entscheiden.

(7) Die Konzession ist bei sonstiger Nichtigkeit schriftlich zu erteilen; sie kann mit Nebenbestimmungen versehen sein, wenn dies im öffentlichen Interesse, insbesondere der Sicherung der Entrichtung der Konzessionsabgaben und der Glücksspielabgabe liegt. Im Konzessionsbescheid ist insbesondere festzusetzen:

[OMISSIS] [Or. 16] [OMISSIS]

[OMISSIS]

§ 24 GSpG:

### **Beteiligungen des Konzessionärs**

(1) Der Konzessionär darf keine Filialbetriebe außerhalb Österreichs errichten.  
[OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 17]

§ 50 GSpG:

## **STRAF- UND VERFAHRENSBESTIMMUNGEN**

### **Behörden und Verfahren**

[OMISSIS] [Or. 18]

[OMISSIS] [für die Beantwortung der Vorlagefragen nicht relevante Regelungen insbesondere über Zuständigkeiten, Verfahren und Befugnisse der Behörden (unter anderem auch zur Vornahme von Kontrollen)]

[Or. 19] § 52 GSpG:

### **Verwaltungsstrafbestimmungen**

*(1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro [OMISSIS] zu bestrafen,*

*1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;*

[OMISSIS]

*(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3 000 Euro bis zu [Or. 20] 30 000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6 000 Euro bis zu 60 000 Euro zu verhängen.*

[OMISSIS]

*(4) [OMISSIS] Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall.*

[OMISSIS]

§ 53 GSpG:

### **Beschlagnahmen**

*(1) Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen Hilfsmittel anordnen [OMISSIS], wenn*

*1. der Verdacht besteht, dass*

a) *mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird [OMISSIS].*

[OMISSIS] [Or. 21] [OMISSIS]

[Details des Beschlagnahmeverfahrens]

§ 54 GSpG:

### **Einziehung**

(1) *Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, sind zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.*

(2) *Die Einziehung ist mit selbständigem Bescheid zu verfügen. [OMISSIS] [Or. 22] [OMISSIS]*

(3) *Eingezogene Gegenstände sind nach Rechtskraft des Einziehungsbescheides binnen Jahresfrist von der Behörde nachweislich zu vernichten.*

[OMISSIS]

§ 56 GSpG:

### **Zulässige Werbung**

(1) *Die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber nach diesem Bundesgesetz haben bei ihren Werbeaufträgen einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren. Die Einhaltung dieses verantwortungsvollen Maßstabes ist ausschließlich im Aufsichtswege zu überwachen und nicht dem Klagswege nach §§ 1 ff UWG zugänglich. Abs. 1 Satz 1 stellt kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar.*

(2) *Spielbanken aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes dürfen im Inland den Besuch ihrer ausländischen, in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes gelegenen Betriebsstätten gemäß den Grundsätzen des Abs. 1 bewerben, wenn dem Betreiber der Spielbank dafür eine Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen erteilt wurde. Eine solche Bewilligung ist zu erteilen, wenn der Betreiber der Spielbank dem Bundesminister für Finanzen nachgewiesen hat, dass*

1. *die für den Betrieb der Spielbank erteilte Konzession § 21 entspricht und im Konzessionserteilungsland, das ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist, ausgeübt wird, und*

2. *die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen dieses Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes den inländischen zumindest entsprechen.*

*Entsprechen die Werbemaßnahmen nicht den Anforderungen nach Abs. 1, kann dem Betreiber der ausländischen Spielbank die Werbung durch den Bundesminister für Finanzen untersagt werden.*

*(3) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung den Maßstab für verantwortungsvolle Werbung festzulegen. [Or. 23]*

### III.

6. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark bestimmen Zweifel über die Unionsrechtskonformität der Werbepraktiken der Konzessionsinhaber (Monopolisten) dazu, ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.
7. Voraussetzung der Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV ist, dass das vorlegende Gericht die Entscheidung der Vorabentscheidungsfrage für erforderlich, d. h. für entscheidungserheblich hält. Darüber hat das vorlegende Gericht in eigener Zuständigkeit zu entscheiden (EuGH, Rs C-348/89, *Mecanarte*, Slg. 1991, I-3277, ECLI:EU:C:1991:278, Rn 47). [OMISSIS] [innerstaatliche Vorlageberechtigung]

Die Frage der Auslegung von Art 56 AEUV ist aus nachstehenden Gründen entscheidungserheblich:

8. Rechtliche Vorgaben zur Glücksspielwerbung sind im österreichischen Glücksspielgesetz (GSpG) nur sehr unspezifisch formuliert. Mediengesetze beinhalten spezielle Richtlinien für Produkte mit Suchtgefährdungspotenzial, wie Alkohol und Tabak, nicht jedoch für Glücksspiel (ORF-Gesetz, AMD-G). Behördlich kontrolliert werden Werbemaßnahmen durch die KommAustria, eine allgemeine Selbstkontrolle der Werbewirtschaft erfolgt durch den österreichischen Werberat. Letzterer definiert Glücksspiele als nicht kindgerechtes Produkt, weshalb Glücksspielwerbung nicht auf Kinder und Jugendliche abzielen darf. Maßnahmen der Selbstkontrolle einzelner Anbieter umfassen Selbstbeschränkungsrichtlinien für Werbetätigkeiten sowie andere Spielerschutzmaßnahmen aus dem Bereich „Responsible Gaming“.
9. Rechtliche Bestimmungen zu Glücksspielwerbung sind einerseits in werberelevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) und andererseits in glücksspielrelevanten Bestimmungen in Gesetzen für Mediendienste (ORF-Gesetz, Audiovisuelles Mediengesetz, Privatrado Gesetz) zu finden. [Or. 24]
- 10 Im österreichischen Glücksspielgesetz finden sich lediglich an zwei Stellen werberelevante Bestimmungen:

→ Konzessionäre von Lotterien sind laut § 17 Abs 7 GSpG dazu verpflichtet, für eine generelle mediale Unterstützung zu sorgen. Hingegen besteht keine Werbepflicht für die Betreiber von Spielbanken.

→ Eine dezidierte Einschränkung in Bezug auf den Inhalt von Glücksspielwerbung ist derzeit ausschließlich in § 56 (1) GSpG zu finden. Demzufolge haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeaufträgen „einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren“. Zur Einhaltung dieses verantwortungsvollen Maßstabes ist ausschließlich der Aufsichtsweg vorgesehen, wohingegen ein Klageweg nach §§ 1 ff des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) explizit ausgeschlossen wird.

11. In der Literatur zur Novelle des Glücksspielgesetzes wird diese Formulierung derart interpretiert, dass ein maßvoller Umgang dann verletzt wird, wenn „besonders hohe Einsatzleistung, Glücksspiel mit Fremdkapital oder progressives Spiel zum Ausgleich allfälliger Verluste beworben wird“. Zusätzlich dürfe nicht suggeriert werden, dass vermehrtes Spielen die Gewinnchancen erhöhe, dürfen Gewinnchancen generell nicht übertrieben werden und der Glücksspielcharakter des Spiels nicht verleugnet werden. Glücksspielwerbung dürfe zudem nicht suggerieren, dass die Teilnahme an Glücksspielen eine Alternative zu Erwerbsarbeit darstelle oder eine Hilfe bei finanziellen Schwierigkeiten bieten könne.
12. Österreichische Gerichte haben in zahlreichen verwaltungs- bzw. zivilrechtlichen Verfahren die Vereinbarkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem geltenden Unionsrecht sowie die Stellung der Landesverwaltungsgerichte geprüft und bestätigt bzw keine Bedenken geäußert. Mit Entscheidungen von März, Oktober und November 2016 haben alle drei österreichischen Höchstgerichte, der Verwaltungsgerichtshof (VwGH, Ro 2015/17/0022, 16.03.2016), der Verfassungsgerichtshof (VfGH, E 945/2016, E 047/2016 und 1054/2016 vom 15.10.2016) sowie der Oberste Gerichtshof (OGH, 4Ob31/16 ua vom 22.11.2016) bestätigt, dass das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtskonform ist. Seither sind zahlreiche Folgeentscheidungen ergangen, die diesen Leiterkenntnissen folgen.
13. Das österreichische Glücksspielmonopol ist dem Grunde nach eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art 56 AEUV. Es ist daher mit dem Unionsrecht nur dann vereinbar, wenn ein in den Verträgen normierter **[Or. 25]** Rechtfertigungsgrund oder ein in der Judikatur des EuGH entwickelter Rechtfertigungsgrund (zwingender Grund des Allgemeininteresses) vorliegt (vgl EuGH vom 30.4.2014 C-390/12, *Pfleger*, Rn 38ff). Für die Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten kommen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses insbesondere der Verbraucherschutz, die Betrugsbekämpfung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen in Betracht (vgl EuGH vom 6.11.2003 C-243/01, *Gambelli*, Rn 65 ff; EuGH vom 8.9.2010 C-46/08, *Carmen Media*, Rn 55).

Die Behauptung solcher Ziele allein reicht jedoch nicht aus, jegliche gesetzliche Regelung zu rechtfertigen. Sofern eine anerkannte Zielsetzung für eine Beschränkung der einschlägigen Grundfreiheit vorliegt, ist zu prüfen, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurde. Im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird in einem ersten Schritt untersucht, ob die nationale Maßnahme überhaupt geeignet ist, die legitime Zielsetzung zu erreichen.

14. Der EuGH macht die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (vgl idS insb EuGH vom 15.9.2011 C-347/09, *Dickinger/Ömer*, Rn 65; aus der Rsp des OGH ua 2 Ob 243/12t, 4 Ob 200/14m, 4 Ob 68/15a). Damit ergibt sich, dass – auch im Zusammenhang mit Werbemaßnahmen – die Prüfung der Unionsrechtskonformität sich nicht allein am Norminhalt zu orientieren hat, hier insbesondere an § 56 Abs 1 GSpG, wonach die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren haben, sondern dass es auch auf die tatsächlichen Wirkungen dieser Bestimmung ankommt.
15. Im Rahmen der Beurteilung der Eignung eines Glücksspielmonopols kommt der Kohärenz der nationalen Regelung (EuGH vom 6.11.2003 C-243/01, *Gambelli*, Rn 65 ff; EuGH vom 30.4.2014 C-390/12, *Pfleger*, Rz 56) große Bedeutung zu. Für den Fall, dass die Eignung bejaht wird, ist in einem zweiten Schritt die Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und gegebenenfalls in einem dritten Schritt die Angemessenheit der Beschränkung zu beurteilen. Eine nationale Regelung ist nach Rechtsprechung des EuGH dann unionsrechtswidrig, wenn diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit [Or. 26] diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen (EuGH C-390/12, *Pfleger*, Rz 56).
16. Mit der Forderung nach Kohärenz sind auch Anforderungen an die vom Inhaber eines Monopols bzw einem Konzessionär durchgeführte Werbung verbunden, die der EuGH in mehreren Entscheidungen klargestellt hat:

Im Urteil vom 3.6.2010 zu C-258/08, *Ladbrokes*, im Zusammenhang mit niederländischen Regelungen ging es vor allem um die Frage der Zulässigkeit der Einführung neuer Glücksspiele und der Werbung durch den national zugelassenen Anbieter von Glücksspielen. Ist dies Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtliche Bahnen (Rn 27), könne dies gerechtfertigt sein. Sollte eine starke Expansion dagegen mit dem Ziel verfolgt werden, übermäßige Anreize und Aufforderungen zur Teilnahme am Glücksspiel zu bieten, vor allem um Finanzmittel zu beschaffen, sei eine solche Politik nicht auf kohärente und systematische Begrenzung des Glücksspielwesens ausgerichtet (Rn 28). Im Rahmen dieser Prüfung habe das vorliegende Gericht auch zu untersuchen, ob

rechtswidrige Spieltätigkeiten ein Problem darstellen könnten und ob eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten geeignet sei, diesem Problem abzuweichen (Rn 29). Das Ziel, Verbraucher vor der Spielsucht zu schützen, sei grundsätzlich schwer mit einer Politik der Expansion von Glücksspielen vereinbar. Eine solche Politik könne nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die rechtswidrigen Tätigkeiten einen erheblichen Umfang hätten und die erlassenen Maßnahmen darauf abzielten, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken (Rn 30). Sollte die Nachfrage im Bereich des heimlichen Angebots erheblich zugenommen haben, sei dies zu berücksichtigen.

Im Urteil vom 8.9.2010 in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß ua*, hielt der EuGH fest, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben müsse, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe eine solche Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen (Rz 103). **[Or. 27]**

In der Entscheidung vom 30.6.2011 C-212/08, *Zeturf*, ging es um Pferdesportveranstaltungen und Wetten in diesem Zusammenhang in Frankreich und deren Anbieten im Internet. Der EuGH wies auf seine Judikatur zur zulässigen Rechtfertigung der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit hin. Die bloße Tatsache, dass die Zulassung und Kontrolle einer gewissen Anzahl privater Beteiligter sich für die nationalen Behörden als kostspieliger erweisen kann, als die Aufsicht über einen einzigen Betreiber, sei unerheblich. Verwaltungstechnische Nachteile könnten die Beeinträchtigung einer durch das Unionsrecht gewährleisteten Grundfreiheit nicht rechtfertigen (Rn 48). Die intensive Bewerbung der Produkte auch im Internet und eine Erhöhung der Vertriebsstellen für Wetten und der den Spielern angebotenen Produkte mit der Geschäftsstrategie, neue Publikumskreise für das angebotene Spiel zu gewinnen, rechtfertige Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht, weil Verbraucher damit ermuntert würden, an Glücksspielen teilzunehmen (Rn 66). Um mit den Zielen der Bekämpfung der Kriminalität und der Verminderung der Gelegenheit zum Spielen in Einklang zu stehen, müsse eine nationale Monopolregelung auf der Feststellung beruhen, dass eine kriminelle und betrügerische Tätigkeit und die Spielsucht im betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich ein Problem darstellen, dem durch die Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeit abgeholfen werden kann und dürfe nur eine Werbung erlauben, die maßvoll und strikt auf das begrenzt ist, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielernetzwerken zu lenken (Rn 72). Im Falle einer nationalen Regelung, die gleichermaßen für online angebotene [...] Wetten als auch für Wetten über traditionelle Vertriebskanäle gilt, weil der nationale Gesetzgeber eine Unterscheidung

zwischen den verschiedenen Vertriebskanälen nicht für erforderlich gehalten hat, sei die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit unter dem Blickwinkel jener Beeinträchtigungen zu beurteilen, die für den gesamten in Rede stehenden Sektor zutreffen würden (Rn 82).

Am 15.9.2011 hatte sich der EuGH in C-347/09, *Dickinger/Ömer*, mit einer Österreich betreffenden Glücksspielangelegenheit zu befassen. Es ging um die nach dem österreichischen Glücksspielmonopol gemäß § 3 GSpG im Internet angebotenen Casinospiele (§ 12a GSpG) und ein in diesem Zusammenhang angestregtes Strafverfahren gemäß § 168 StGB. Dabei sei daher unter Berücksichtigung der Entwicklung des Glücksspielmarkts in Österreich zu prüfen, ob staatliche Kontrollen über die Tätigkeit des Monopolisten gewährleisten können, dass dieser tatsächlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ gemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu **[Or. 28]** verfolgen (Rn 57). Unter Wiederholung der Rechtsgrundsätze zur Verfolgung expansionistischer Geschäftspolitik wurde ausgesprochen, dass das vorliegende Gericht insbesondere zu untersuchen habe, ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem gewesen ist und eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeit diesem Problem hätte abhelfen können (Rn 66). Jedenfalls müsse vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt werden, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe die Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, indem etwa das Spiel verharmlost, ihm ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die verführerische bedeutende Gewinne in Aussicht stellen (Rz 68). Es sei zu unterscheiden zwischen einer restriktiven Geschäftspolitik, die nur den vorhandenen Markt für den Monopolinhaber gewinnen und die Kunden an ihn binden solle, und einer expansionistischen Geschäftspolitik, die auf das Wachstum des gesamten Markts für Spieltätigkeiten abziele (Rn 69).

Im Urteil vom 24.1.[2013] zu C-186/11 und C-209/11, *Stanleybet ua*, wies der EuGH darauf hin, dass die Wirksamkeit staatlicher Kontrolle bei einem Monopol, mit dem unter anderem auch Werbeprivilegien verbunden sind, überprüft werden muss (Rz 33 f), woraus ebenfalls der Schluss zu ziehen ist, dass der nationale Gesetzgeber auch die Werbemaßnahmen des Monopolisten zu regulieren und zu überwachen hat [OMISSIS].

17. In Teilen des Schrifttums wird – auch im Zusammenhang mit der von den Österreichischen Lotterien und der Casinos Austria AG betriebenen Werbung – bestritten, dass bei der Werbung der erforderliche verantwortungsvolle Maßstab eingehalten wird [OMISSIS].

Es wird die Exklusivität für einen überwiegend privaten Anbieter, der – wenn überhaupt – bloß oberflächlich kontrolliert wird und, vor allem betreffend Angebotsausdehnung und aggressive Werbung, nicht in aufsichtsrechtliche [Or. 29] Schranken gewiesen wird, kritisiert, was unionsrechtswidrig sei [OMISSIS].

#### 18. Werbepolitik der Konzessionsinhaber

Es ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark davon auszugehen, dass die vom EuGH aufgestellten Anforderungen an die Zulässigkeit eines Glücksspielmonopols vor dem Hintergrund der österreichischen Rechtslage einerseits (Kohärenz) und der Geschäftspolitik des Alleinkonzessionärs für Ausspielungen (extensive Werbepraxis) andererseits, nicht erfüllt sind.

Diesbezüglich werden folgende Beweise vorgelegt:

- Presseaussendung [OMISSIS] vom 23.03.2015, Beilage ./1
- Presseaussendung [OMISSIS] vom 08.04.2015, Beilage ./2
- Auflistung unzulässiger Glücksspielwerbung unter Zugrundelegung der vom EuGH aufgestellten Kriterien, Beilage ./3
- Konvolut an Werbeeinschaltungen der Monopolistin, Beilage ./4
- Gutachten vom 24.5.2016, Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka, Beilage ./5
- Gewista Urban Media“, Top 10 Firmen 2013, Beilage ./6
- Facebook-Screenshot Jackpot Café, Konvolut Beilage ./7
- Gutachten vom 31.05.2017, Ing. Mag. Manfred Froschauer MBA, Beilage ./8

Zum einen kann davon ausgegangen werden, dass die offensive Werbepolitik des Konzessionsinhabers die vom EuGH in den Urteilen *Carmen Media*, *Stoß*, sowie *Dickinger und Ömer* festgelegten Grenzen überschreitet, sodass alleine schon aus diesem Grund das österreichische Glücksspielmonopol inklusive seiner Begleitregelungen gegenüber einem Begünstigten aus der Dienstleistungsfreiheit wie dem Beschwerdeführer nicht mehr anwendbar ist.

Diese Beurteilung wird durch die gesamte rechtswissenschaftliche Literatur gestützt:

[OMISSIS] [Or. 30]

[OMISSIS] [Or. 31]

[OMISSIS] [Auszüge aus fünf Literaturbeiträgen: Im Wesentlichen wird die Auffassung vertreten, die vom Gerichtshof vorgegebenen Werbebeschränkungen würden in der Praxis nicht eingehalten; vielmehr scheine die intensive, an verschiedene (insbesondere bisher wenig glücksspielgeneigte) Zielgruppen gerichtete Werbetätigkeit der Konzessionsinhaber auf eine Erweiterung des bestehenden Marktes abzu zielen.]

Und auch in den Schlussanträgen der **Generalanwältin Sharpston** vom 14.11.2013 zur [OMISSIS] Rs. C-390/12, *Pfleger* ua, heißt es dazu, dass dann, wenn wie im gegebenen Fall in Österreich ein Konzessionsinhaber

*„mit einem als enorm zu bezeichnenden Kostenaufwand aggressive Werbung betreibt, die ein positives Image von Glücksspielen fördere und zu aktiver Spielteilnahme anrege“, diese „Geschäftspolitik [...] mit dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus **offenkundig unvereinbar**“ sei (Rn. 60).*

Und tatsächlich liegt es klar auf der Hand, dass die von intensivem Werbeaufwand begleitete **expansionistische Politik des Monopolisten** (Österreichische Lotterien GmbH und Casinos Austria AG können aufgrund der wechselseitigen Beteiligungsverflechtungen hier durchaus als Einheit betrachtet werden) den vom EuGH geforderten **Schutz der Verbraucher vor einem Anreiz zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen geradezu konterkariert.**

Die Marktpolitik der Konzessionsinhaber Österreichische Lotterien GmbH und Casinos Austria AG erfüllt alle vom EuGH aufgestellten Kriterien, wie das Marktverhalten des Monopolisten gerade NICHT sein darf:

Die Werbung der Monopolisten

- a. **regt zur aktiven Teilnahme am Spiel an**
- b. **schreibt dem Spielen als solchem ein positives Image zu**
- c. **stellt bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht**
- d. **animiert neue Zielgruppen zum Spielen**
- e. **wird laufend inhaltlich ausgedehnt. [Or. 32]**

- a. **Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel**

In zahlreichen Werbekampagnen erfolgt eine **Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel**. So stehen die *Österreichische Lotterien GmbH/Casinos Austria AG* bei den **Werbeausgaben 2012 in Österreich an 6. Stelle, 2013 an 7. Stelle mit 41 Mio. Euro**. Regelmäßig erfolgen **ganzseitige Einschaltungen in sämtlichen Tagesmedien**.

Eine neue Video-Kampagne (ausgestrahlt im TV und im Internet) für die Internet-Plattform Win2day („**Das Glück ist, wo Sie sind**“) zielt darauf ab, Menschen aus tristen oder belastenden Alltagssituationen in eine bunte Welt der Online-Spiele abtauchen zu lassen.

[OMISSIS] [Reichweite durch öffentliche Lottoziehungen bzw. Gewinnsendungen im Fernsehen]

[OMISSIS] [weitere Beispiele für Werbekampagnen als Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel, u. a. Lotteriegutscheine auf Briefmarken]

#### **b. Dem Spielen als solchem wird ein positives Image zugeschrieben**

Werbebotschaften wie z.B. „**Gewinnen macht schön**“ oder „**Das Glück steht Ihnen gut**“ schreiben dem Spielen als solchem definitiv ein positives Image zu. Auch Slogans wie „**Gewinne Ruhm für die Ewigkeit!**“ beim Hörsaal-Poker oder „Lotto sichert Ihre Pension“ belegen das Spielen um „Ruhm“ oder um die Altersversorgung positiv. Bildliche Verknüpfungen mit erfreulichen Ereignissen (z.B. Hochzeit) konnotieren das Spielen ebenfalls positiv.

Zudem wird durch das Suggestieren der **vermeintlichen gemeinnützigen Verwendung der Erlöse** der *Österreichischen Lotterien GmbH/Casinos Austria AG* (z.B. Unterstützung des Wiener Burgtheaters) dem Spielen ein positives Image zugeschrieben („Ein Gewinn für die Kultur“ und „Gut für Österreich“)

#### **c. Bedeutende Gewinne werden verführerisch in Aussicht gestellt**

Im Rahmen der „Euro-Millionen“ werden **Gewinne bis zu 190 Millionen Euro** (!!!!) in Aussicht gestellt; **Zeitungswerbung „10 Millionen Euro an einem Tag“**; [Or. 33] Einschaltung mit Sujets wie „**Automatisch Millionär werden: Millionär auf Knopfdruck mit MegaMillion**“; permanent werden millionenschwere „Lotto-Jackpots“ beworben. Im Jahr 2010 ließ die Konzessionärin eine komplette U-Bahn (104 Meter lang) für ihre Kampagne „Golden Roulette“ umgestalten und stellte den Gewinn von Gold-Barren in Aussicht.

Auch aktuell, wenn eine in ihrer ganzen Länge mit Werbeaufschriften und -grafiken gebrandete Straßenbahn in Innsbruck zum Glücksspielen einlädt; eine Straßenbahn in der ua täglich hunderte Schüler befördert werden.

#### **d. Neue Zielgruppen werden zum Spielen animiert**

Durch das **Ansprechen neuer Zielgruppen** (insbesondere **Frauen** und **junge Menschen** der „**Generation Facebook**“) wird versucht, den **Markt für Spiele insgesamt zu erweitern**.

##### **aa) Frauen**

Die Werbelinie „**Diamantenfieber**“ im Jahr 2009 sollte **Frauen** zum „Damentag“ in die Casinos locken; im Jahr 2010 war eine **Muttertagswerbeaktion** für einen Casino-Besuch gezielt auf **Frauen als neue Zielgruppe** ausgerichtet.

**Erklärungen in den Annoncen** („Wie funktioniert Roulette?“; „Wie funktioniert Poker?“) belegen **explizit**, dass von diesen Werbungen **neue Zielgruppen angesprochen** werden sollen und damit der **Markt für Glücksspiel insgesamt erweitert** werden soll, da dem bestehenden Publikum die Regeln dieser populärsten Spiele sicherlich bekannt sind. [OMISSIS]

#### **bb) „Generation Facebook“**

**Jugendliche Internet-Benutzer** wiederum sollen beispielsweise durch die an das populäre Facebook-Spiel „Farmville“ angelehnte **Internet-Slotmaschine „Farmwin“** angesprochen werden. Mit dem Unterschied, dass im Gegensatz zum ohne Einsatz zu spielenden Facebook-Spiel „Farmville“ bei der Variante auf win2day.at pro Spiel ein Einsatz von bis zu € 15 möglich ist.

[OMISSIS] [Or. 34] [OMISSIS]

[OMISSIS] [weitere Beispiele für jungendliches Zielpublikum, etwa Glücksspielprogramme für mobile Geräte]

#### **cc) Stylishes und selbstbewusstes Zielpublikum**

Nach Eigenangaben soll schließlich durch eine **neue „stylische“ Werbelinie im Internetauftritt** auch der **moderne, selbstbewusste Gast** angesprochen werden [OMISSIS] [Wiedergabe eines Casinowerbetextes]

#### **e. Ausdehnung des inhaltlichen Angebots der Österreichischen Lotterien GmbH**

Die klassischen „physischen“ Lotterienprodukte werden zum Großteil über „Annahmestellen“ vertrieben – traditionellerweise verstand man darunter in Österreich bis vor kurzem nur Tabakgeschäfte. In den letzten Jahren hat die Österreichische Lotterien GmbH jedoch begonnen, die Zahl der Annahmestellen beispielsweise auch auf Tankstellen und Postämter, aber auch auf Gastronomiebetriebe auszuweiten und so von etwa 3.500 auf über 5.000 drastisch zu erhöhen. Durch die Ausweitung der Annahmestellen erwartet sich die Österreichische Lotterien GmbH ein Ertragsplus von 15 bis 30%.

Wie dadurch illegalen Glücksspieltätigkeiten wirksam entgegen gewirkt werden könnte, ist gänzlich unverständlich, da es notorisch in Österreich keine illegalen Lotterien gibt und nur schwer vorstellbar ist, dass die Ausweitung des Verkaufs von Rubbel- und Lotterielosen irgendjemanden von der Teilnahme an Glücksspielen in jedweder anderen Form abhält. Darüber hinaus sind die Lotterienprodukte der Österreichischen Lotterien GmbH ja die einzigen Glücksspiele in Österreich, die Minderjährigen zugänglich sind – sie sind also

auch in dieser Hinsicht ein konkurrenzloses Angebot. Viel näher liegt daher, dass die erwartete [Or. 35] Ertragssteigerung „von 15 bis 30%“, die auch auf Kosten der Minderjährigen erwirtschaftet wird, der einzige Gesichtspunkt dieser Angebotsausweitung ist.

In gleicher Weise ist auch die aktuell erfolgende Ausweitung des inhaltlichen Angebots der Monopolkonzessionärin nur unter monetären Gesichtspunkten erklärbar.

[OMISSIS] [Erhöhung von Gewinnsummen und entsprechende Bewerbung, auch speziell an Jugendliche gerichtet]

Die Österreichische Lotterien GmbH haben ihr Glücksspielangebot seit 2007 nunmehr das dritte Mal verteuert und schon unmittelbar nach Inkrafttreten der Novellen des Glücksspielgesetzes im Sommer 2010 das Angebot im Sept. 2010 mit mehr Gewinnrängen und einem Mindestjackpot von EUR 1 Million ausgeweitet. Das hat mit moderater Kanalisierung nichts zu tun, denn gerade die Lottoglücksspiele werden von der Glücksspielaufsicht im BMF und der Politik ausdrücklich ohne jegliche spielerisch schützende Altersregulierung zugelassen! Nur der private Anbieter der Österreichischen Lotterien GmbH selbst, an dem verschiedene Medien beteiligt sind, legt sich eine Altersbeschränkung von 16 Jahren auf. Wie unabhängige Tests zeigten, können sogar schon 12-Jährige problemlos ihr Taschengeld für Glücksspielprodukte der Österreichischen Lotterien GmbH bei immer mehr Glücksspielverkaufsstellen ausgeben. Der größte finanzielle Profiteur dieser Angebotsausweitung der Glücksspiele und der Preiserhöhungen ist das Aufsichtsorgan der Österreichische Lotterien GmbH, das Finanzministerium.

Die Vermengung der Interessenslagen im Finanzministerium als direkter finanzieller Profiteur von Angebotsausweitungen und Preiserhöhungen von Glücksspielen liegt auf der Hand. Einerseits ist der Finanzminister selbst indirekter Interessensvertreter der zu schützenden Anteile der Republik Österreich durch die 33,6% Beteiligung der Münze Österreich an der Casinos Austria AG und dadurch an den Österreichischen Lotterien GmbH, andererseits soll der Finanzminister eine umfassende Aufsichtsfunktion über die Konzessionäre wahrnehmen und Konzessionen im [Or. 36] Konflikt mit anderen Wettbewerbern auf dem österreichischen Glücksspielmarkt transparent und nachprüfbar erteilen.

Dieses Spannungsverhältnis wirkt sich unweigerlich umfassend auf die Glücksspielgesetzgebung aus und ist auch in der Praxis in der unzureichenden Wahrnehmung der Aufsichtspflichten über die Konzessionäre wahrzunehmen.

Dass die vom EuGH vorgegebenen Werbebeschränkungen in der Praxis tatsächlich nicht eingehalten werden, erkennt jeder, der die flächendeckenden Werbeeinschaltungen aufmerksam beobachtet [OMISSIS] [Hinweis auf Beilage /5].

[OMISSIS] [Beispiele für Werbebotschaften, zum Großteil bereits oben angeführt] Manche Werbeeinschaltungen dienen eindeutig einer **expansionistischen Geschäftspolitik**, indem die weniger dem Glücksspiel zuneigenden Frauen umworben werden und gleichzeitig eine Frequenzsteigerung an umsatzschwachen Tagen angestrebt wird:

[OMISSIS] [Or. 37] [OMISSIS] [weitere Beispiele, größtenteils bereits oben erwähnt]

**Der „internationale Tag des Glücks“:**

Zum jährlichen internationalen Tag des Glücks lässt die Konzessionärin stets im gesamten Bundesgebiet Werbeeinschaltungen schalten sowie Geschenks-Gutscheine und Glückskekse verteilen. [OMISSIS]

Die Werbemaßnahmen der Konzessionärin dienen augenscheinlich **in erster Linie zur Akquisition neuer Kunden**, wie bereits klar aus der ständigen Bewerbung von Spieleerklärungen und Casinoführungen hervorgeht.

Durch diese massive Werbeeinschaltung hat die Casinos Austria AG – ihrer eigenen Presseaussendung vom 23.03.2015 folgend – **alle Rekorde gebrochen** und mit 16.000 Gästen am Tag des Glücks den **besucherstärksten Tag in der Geschichte der Casinos Austria** erzielt.

[OMISSIS] [Nachweis]

Zur Geschäfts- und Marktpolitik der Casinos Austria AG und der Österreichische Lotterien GmbH im Hinblick auf die Bewerbung von Slot-Spielen

Die Casinos Austria AG veranstaltet regelmäßig Automaten-„Turniere“ und wirbt für ihre Jackpot-Cafés – in denen sie im Besonderen Glücksspielautomaten (bzw. VLTs) betreibt – mit [OMISSIS] [Vergünstigungen].

In der Werbung wird bei minimalen Spieleinsätzen von EUR 0,01 eine Gewinnmöglichkeit von über EUR 1.000.000,00 suggeriert.

[OMISSIS] [Or. 38] [OMISSIS] [Nachweise]

Die Österreichische Lotterien GmbH bewirbt ihre Slot-Games auf [www.wind2day.at](http://www.wind2day.at) im Besonderen über Radio und Fernsehen. So gibt es kaum einen Werbeblock im ORF, in dem nicht für ihre Slot-Spiele geworben wird.

[OMISSIS] [Nachweise]

Die Casinos Austria und Österreichische Lotterien verzeichneten etwa im Geschäftsjahr 2014 einen **Rekordumsatz von 3,62 Milliarden Euro** (im Jahr 2015 wiederum *sensationell übertroffen*). Dieser Erfolg ist – ihrer eigenen Presseaussendung vom 08.04.2015 folgend – insbesondere auf eine **inhaltliche Ausweitung des Angebots** zurückzuführen:

[OMISSIS]

**Zudem erwies sich die Unternehmensgruppe auch einmal mehr als einer der größten Sponsoren in den Bereichen Soziales, Kultur, Sport und Tourismus.**

[OMISSIS]

19. Dass die von den Österreichischen Lotterien GmbH und den Casinos Austria AG betriebene Geschäftspolitik sowohl hinsichtlich des Umfangs der Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele nicht als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann und die gesetzten Maßnahmen auch nicht darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken – wie vom EuGH für die Zulässigkeit der [Or. 39] Beschränkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten im Bereich des Glücksspielwesens gefordert (vgl. insb. RS Dickinger und Ömer, Rn 65 und 67) –, wurde bereits vermehrt festgestellt.
20. Auszugsweise stellte das LG Linz in seinem Urteil vom 28.11.2014 [OMISSIS] fest:

*„In Österreich verfügen lediglich die Österreichischen Lotterien GmbH für den Lottobereich (Auspielungen) und die Casinos Austria AG für den Spielbankbereich über die notwendigen Lizenzen zur Durchführung von Wetten und Glücksspielen. Auch sie bieten über die Internetadresse [www.win2day.at](http://www.win2day.at) Roulette und andere Glücksspiele im Internet an. Sie bewerben die Glücksspiele, wie Roulette, in allen dafür in Frage kommenden Medien wie TV, Printmedien, Online usw. Die Österreichische Lotterien GmbH hatte in den Jahren 2009-2011 einen jährlichen Gesamtbruttowerbewert von rund 40 Millionen Euro. Die Ausgaben für Werbung lagen bei € 37.121.055, € 38.698.475 und € 42.438.813. Damit war sie immer unter den Top 5 der in Österreich werbenden Unternehmen. Die Werbeausgaben der Casinos Austria AG betrugen 2009 €6.770.680,00 und 2011 €6.121.542,00 [OMISSIS]. Zwischen 2009 und 2011 schalteten die Österreichischen Lotterien GmbH und die Casinos Austria AG insgesamt 2352 Anzeigen in den österreichischen Printmedien, im Radio und im Fernsehen [OMISSIS].*

*Die von der Österreichischen Lotterien GmbH und der Casinos Austrian AG betriebene Werbung war nicht maßvoll. Sie diente auch nicht ausschließlich dazu, Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Im Gegenteil, sie zielte darauf ab, den natürlichen Spielbetrieb der Menschen zu fördern, um sie damit zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen.*

*Die Werbung war vorwiegend dadurch geprägt, dass sie nicht nur jene Menschen ansprechen wollte, die ohnedies bereits bereit waren, zu spielen. Vielmehr sprach sie ihre Empfänger nicht nur aktiv zur Teilnahme am Spiel an, sondern richtete sich explizit auch an neue Kunden für das Glücksspiel. [OMISSIS] [Or. 40] [OMISSIS]*

[OMISSIS] *[Beispiele für Werbung bei Frauen und jungen Menschen]*

*Durch die Ausgestaltung der Werbung wurde das beworbene Glücksspiel einerseits verharmlost und andererseits ihm ein positives Image verliehen. Dies vielfach auch damit verbunden, dass die Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten beworben wird.*

[OMISSIS] [Or. 41] [OMISSIS] *[Anführung zahlreicher Einzelbeispiele]*

*In der Werbung finden sich weiters vielfach zugkräftige Werbebotschaften, die die Anziehungskraft erhöhen sollen meist auch bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Der Gewinn wird dabei teilweise gar als „automatisch“ oder zumindest als „leicht“ dargestellt: [OMISSIS] [Beispiele]*

*Die Anziehungskraft der Werbebotschaft wird auch durch besonders eindringliche Slogans und Aussagen – ebenso teilweise in Form bezahlter Werbeschaltungen – erhöht. [OMISSIS] [Or. 42] [OMISSIS] [Beispiele]*

*Es kann nicht festgestellt werden, dass von 2009 bis 2012 kriminelle und betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit Glücksspielen und Spielsucht in Österreich ein erhebliches Problem darstellten [OMISSIS].*

*In Zusammenschau all dieser Sachverhaltsdetails ist zusammenfassend festzustellen, dass die gesamte Werbung nicht maßvoll und darauf beschränkt war, den Verbraucher zu kontrollierten Spielnetzwerken (des Monopolisten) zu lenken, sowie der Spielsucht und den kriminellen Aktivitäten im Zusammenhang damit entgegenzuwirken, sondern es sich vielmehr um expansionistische, auf Wachstum abzielende Werbung handelt, die den Spielbetrieb fördern wollte, zur aktiven Teilnahme anregte, dies durch Verharmlosung, Verleihung eines positiven Images, Erhöhung der Anziehungskraft und durch In-Aussichtstellen verführerischer Gewinne.“*

21. LVwG Vorarlberg vom 21.03.2016 [OMISSIS]:

*„Diese Werbemaßnahmen sind nicht maßvoll und eng auf das Erforderliche begrenzt.“*

22. Auch der OGH hat im Beschluss vom 30.03.2016 zu 4 Ob 31/16m ua die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols explizit dargelegt [OMISSIS].

23. Mit Entscheidung vom 28.06.2016 zu Zl. 2 Ob 92/15s wurde diese Unionsrechtswidrigkeit neuerlich bestätigt [OMISSIS] [Zusammenfassung der Entscheidung des OGH]

24. Und im Beschluss des OGH vom 11.11.2016, 10 Ob52/16v, wird auf das Erkenntnis des VfGH zu den Zahlen E 945/2016, E 947/2016 und E 1054/2016 [Or. 43] Bezug genommen und das Erstgericht angewiesen, eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen, unter denen eine restriktive

Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird. Tatsächlich wird hierbei jedoch wiederum der (eigentlich klaren und eindeutigen) Judikatur des EuGH zuwidergelaufen, aus welcher sich ergibt, dass die Werbung der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber jedenfalls – d.h. immer – den vom EuGH für zulässige Werbemaßnahmen aufgestellten Voraussetzungen zu genügen hat.

25. Nicht nur sind die Werbeaktivitäten der Casinos Austria AG und der Österreichischen Lotterien GmbH weder maßvoll noch begrenzt und unterliegen sie auch keiner wirksamen Aufsicht, sondern gilt dies auch notorisch für eine Vielzahl von dritten Unternehmen, die in Österreich Glücksspiele anbieten; dies insbesondere im Online-Bereich.

So gibt es notorisch kaum einen Werbeblock im TV (auch im ORF), in welchem nicht zumindest eine Werbeeinschaltung eines Online-Glücksspielanbieters läuft, wobei es sich bei der Mehrzahl der Einschaltungen um Werbung von Unternehmen handelt, die in Österreich über keine Konzession für die Durchführung von Ausspielungen verfügen. Bekanntermaßen hat einzig die Casinos Austria AG eine Konzession für Online-Glücksspiele ([www.win2day.at](http://www.win2day.at)).

[OMISSIS] [Beispiel Internet-Glücksspielanbieter „Mr. Green“ mit großer Marktpräsenz]

26. Aus welchen Gründen das im GSpG verankerte Werbeverbot für nicht konzessioniertes Glücksspiel seitens des BMF in keinsten Weise exekutiert wird, bleibt unklar. Mit einer kohärenten Glücksspielpolitik hat dies jedenfalls offenkundig nichts zu tun; dies auch nicht mit Spielerschutz, was bspw. bei einem möglichen Verlust bei Mr. Green von bis zu EUR 9.999.999.-- klar ersichtlich ist. Unverständlich ist auch aus welchen Gründen etwa Anbieter von Sportwetten überhaupt keinen gesonderten Werbebeschränkungen unterliegen.

Die Österreichische Lotterien GmbH, Inhaberin aller in § 14 GSpG vorgesehenen Lotteriekonzessionen, investiert für Werbung jährlich 40 bis knapp 50 Millionen EUR und ist unter den Top-Acht Investoren bei den Werbeausgaben in Österreich. Die Österreichische Lotterien GmbH sprach dabei ein breites [Or. 44] Publikum an, [OMISSIS] [indem sie u. a. Werbeanzeigen schaltete und kulturelle, sportliche und wohltätige Veranstaltungen sponserte]

[OMISSIS] [Beispiele für Werbeaktionen der Casinos Austria AG, Inhaberin aller in § 21 GSpG vorgesehenen Spielbankkonzessionen, zum Teil bereits oben erwähnt]

27. Demnach dient die Werbung im Ergebnis nicht ausschließlich dazu, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern verfolgt den Zweck, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bis dato nicht ohne weiteres zu spielen bereit sind. Den Spielen wird ein positives Image zugeschrieben. Die Werbung versucht die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen und stellt bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht. Es werden damit insbesondere neue Zielgruppen zum

Spielen angeregt und die Werbung wird laufend inhaltlich ausgedehnt. Im Sinne der referierten Judikatur des EuGH liegt damit keine maßvolle Werbung vor, die sich darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielemetzwerken zu lenken. In dieses Bild fügt sich der Umstand, dass § 56 Abs 1 GSpG eine Überprüfung des unionsrechtlich gebotenen Maßstabs bei Werbeauftritten im Weg einer Klage von Mitbewerbern oder klagebefugten Verbänden nach dem UWG ausschließt. Damit fehlt dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung. **[Or. 45]**

28. Die Beantwortung der gestellten Fragen ist für das gegenständliche Verfahren unerlässlich, da zwei der österreichischen Höchstgerichte (VfGH/VwGH) von der Unionsrechtskonformität des GSpG ausgehen und in einer einmaligen Prüfung eine „leading case“ Entscheidung erlassen haben, an welche nunmehr – zumindest nach Meinung der Höchstgerichte [–] alle anderen Gerichte gebunden sind. Würde man dieser Ansicht folgen, wäre eine unionsrechtliche Überprüfung der Regelungen des GSpG in Zukunft unmöglich. Darüber hinaus widerspricht diese unionsrechtswidrige Praxis auch direkt der Judikatur des EuGH (EuGH vom 11.1.2000, C-285/98, *Kreil*; EuGH vom 29.4.1999, *Ciola*, EuGH vom 14.6.2017, *Online Games*).
29. Vertiefend ist dazu auszuführen:

Die Beschwerdeführerinnen sind nach Meinung des vorliegenden Gerichts im Schutzbereich des freien Dienstleistungsverkehrs tätig. Nach der insoweit maßgeblichen Vorschrift des Artikels 56 AEUV sind den Behörden [OMISSIS] Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs „verboten“.

Artikel 56 AEUV richtet sich an jede staatliche Stelle in den 28 EU-Mitgliedstaaten und hat folgenden Wortlaut: „*Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.*“

Auf diese Verbotsvorschrift können sich die Beschwerdeführerinnen gegenüber jeder staatlichen Stelle berufen. Das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr ist unmittelbar anwendbar. D.h., zur Anwendbarkeit des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr bedarf es weder einer behördlichen noch einer gerichtlichen Bestätigung durch österreichische staatliche Stellen.

Trotz des bestehenden Auslandsbezuges muss darauf hingewiesen werden, dass der Anwendbarkeit des Art 56 AEUV auch nicht entgegen stünde, wenn ein reiner Inlandssachverhalt gegeben wäre. Das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr findet in rein innerstaatlichen Sachverhalten Anwendung, wenn – wie hier – die beschränkte Dienstleistung auch für Unternehmen interessant ist, die ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben (vgl. EuGH vom 21.7.2005 C-231/03 *Coname*, EuGH vom 13.10.2005 C-458/03, *Parking Brixen*, EuGH vom 14.11.2013 C-221/12 *Belgacom*). **[Or. 46]**

Die angeführte Verbotsvorschrift des Art 56 AEUV steht über nationalem Recht, auch über nationalem Verfassungsrecht. Ein nationales Verfassungsgericht kann die Grundfreiheiten daher nicht aushebeln. Art 56 AEUV muss von jedem Amtswalter gegenüber jeder nationalen Beschränkung unabhängig von der Rechtsqualität dieser Beschränkung vorrangig angewendet werden.

Jede nationale Beschränkung, auch wenn sie Verfassungsrang hat oder in einem rechtskräftigen und durch Gerichte bestätigten Bescheid und/oder Urteil besteht und dann mit der höherrangigen Verbotsvorschrift des Art 56 AEUV kollidiert, darf nicht angewendet werden.

Der Gerichtshof hat schon 1999 in der Österreich betreffenden Entscheidung **Ciola (C-224/97)** erläutert, dass aus unionsrechtswidrigen Gesetzen und/oder Behördenmaßnahmen, auch wenn sie rechtskräftig/bestandskräftig sind, Unionsbürgern keine Nachteile erwachsen dürfen. Vielmehr müssen sich Amtswalter, so der Gerichtshof wörtlich, dem höherrangigen Unionsrecht „beugen“. Damals hatte Österreich vor dem EuGH geltend gemacht der Anwendungsvorrang des Unionsrechts würde nur nationale Gesetze, nicht aber Verwaltungsentscheidungen betreffen.

Dazu der EuGH in der genannten Entscheidung:

*„Rn 24. Nach Ansicht der österreichischen Regierung besteht kein Anlaß, die Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts ungeprüft und uneingeschränkt auf individuell-konkrete Verwaltungsakte zu übertragen. Zur Stützung ihrer Auffassung beruft sie sich auf die Bestandskraft von Verwaltungsakten und verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zur sogenannten „Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“. Wenn dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor einem bestandskräftigen Verwaltungsakt eingeräumt würde, so könnte dies die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes oder des Schutzes wohlervorbener Rechte in Frage stellen.*

*Rn 25. Vorab ist mit dem Generalanwalt – Nummern 40 bis 43 seiner Schlußanträge – festzustellen, daß der Rechtsstreit nicht das rechtliche Schicksal des Verwaltungsaktes, nämlich des Bescheids vom 9. August 1990, selbst, sondern die Frage betrifft, ob ein solcher Verwaltungsakt im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Sanktion, die wegen der Nichtbeachtung einer sich aus ihm ergebenden Verpflichtung verhängt wurde, deshalb unangewendet bleiben muß, weil er mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs unvereinbar ist. [Or. 47]*

*Rn 26. Sodann ist darauf hinzuweisen, daß die Bestimmungen des EG-Vertrags, da sie in der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats unmittelbar gelten und da das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht vorgeht, Rechte zugunsten der Betroffenen erzeugen, die die nationalen Behörden zu achten und zu wahren haben, so daß ihnen entgegenstehende Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts*

aus diesem Grund unanwendbar werden (vgl. Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnr. 35).

Rn 27. Da die zwingenden Bestimmungen des Artikels 59 des Vertrages mit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar und unbedingt anwendbar geworden sind (vgl. Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305, Randnr. 13), schließt dieser Artikel die Anwendung jedes entgegenstehenden Rechtsakts des innerstaatlichen Rechts aus.

Rn 28. Für die Republik Österreich ergibt sich aus Artikel 2 der Beitrittsakte, daß die Bestimmungen des EG-Vertrags mit dem Beitritt, also am 1. Januar 1995, verbindlich geworden sind; an diesem Tag ist mithin Artikel 59 EG-Vertrag unmittelbare Rechtsquelle geworden.

Rn 29. Nachdem der Gerichtshof hat ursprünglich entschieden hat, daß die Verpflichtung, gegebenenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die nationalen Gerichte trifft (vgl. Urteil Simmenthal, Randnr. 21), er hat in der Folge seine Rechtsprechung in zwei Richtungen konkretisiert.

Rn 30. Zum einen haben sich nämlich nach dieser Rechtsprechung alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften diesem Vorrang zu beugen, so daß sich der einzelne ihnen gegenüber auf eine solche Gemeinschaftsbestimmung berufen kann (Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839, Randnr. 32).

Rn 31. Zum anderen können die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die einer solchen Gemeinschaftsbestimmung entgegenstehen, sowohl Rechts- als auch Verwaltungsvorschriften umfassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80, Rewe, Slg. 1981, 1805, Randnr. 43).

Rn 32. Nach der Logik dieser Rechtsprechung umfassen die genannten innerstaatlichen Verwaltungsvorschriften nicht nur generell-abstrakte Normen, sondern auch individuell-konkrete Verwaltungsentscheidungen. **[Or. 48]**

Rn 33. Es wäre nämlich durch nichts zu rechtfertigen, wenn dem einzelnen der Rechtsschutz, der sich für ihn aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt und den die innerstaatlichen Gerichte zu gewährleisten haben (vgl. Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89, Factortame u. a., Slg. 1990, 1-2433, Randnr. 19), in einem Fall verweigert würde, in dem es um die Gültigkeit eines Verwaltungsakts geht. Dieser Rechtsschutz kann nicht von der Art der entgegenstehenden Bestimmung des innerstaatlichen Rechts abhängen.

Rn 34. Nach alledem muß ein gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößendes Verbot, das vor dem Beitritt eines Mitgliedstaats zur Europäischen Union nicht durch eine generell-abstrakte Rechtsvorschrift, sondern durch eine individuell-

*konkrete, bestandskräftig gewordene Verwaltungsentscheidung eingeführt wurde, bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Geldstrafe, die nach dem Zeitpunkt des Beitritts wegen der Nichtbeachtung dieses Verbots verhängt wurde, unangewendet bleiben.“*

Der Vorrang des Rechts der Beschwerdeführerinnen aus Art 56 AEUV auf freien Dienstleistungsverkehr hat mithin zur Konsequenz, dass die genannten „leading case“ Entscheidungen des VfGH und des VwGH sich auf das gegenständliche Verfahren nicht auswirken können und hier unbeachtet zu bleiben haben.

Der maßgebliche Bescheid/Straferkenntnis verstößt gegen das vorrangige Unionsrecht. Er beruht auf dem den freien Dienstleistungsverkehr beschränkenden österreichischen Glücksspielgesetz.

Zwar könnte dieser Verstoß theoretisch durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls legitimiert werden. Ist er aber nicht. Eine Legitimation (Rechtfertigung) des Verstoßes Ihres auf dem unionsrechtswidrigen Glücksspielgesetz beruhenden Bescheides gegen den freien Dienstleistungsverkehr wird von Ihnen dementsprechend nicht dargelegt.

Um die fehlende Legitimation des österreichischen Monopols zu untermauern genügt der Hinweis auf die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Pfleger* (C-390/12). Die Beschränkungen des österreichischen Glücksspielgesetzes sind im maßgeblichen Lichte der „konkreten Anwendungsmodalitäten“ unionsrechtswidrig.

Gegenteiliges wird von Seiten der Republik nicht einmal behauptet. Dies ist schon bemerkenswert, weil einerseits die erwähnten „leading case“ Entscheidungen existieren aber - wie der Gerichtshof zuletzt in der die österreichischen Verhältnisse im Bereich des Automatenspiels betreffenden Rechtssache **C-685/15 (online- [Or. 49] Games)** bekräftigt hat [-] die Beweislast beim Staat liegt. Beim Staat und nicht bei den Gerichten.

Auf dem EU-rechtswidrigen Gesetz beruhende Bescheide dürften nicht ergehen. Wenn sie dennoch ergehen, dürfen unionsrechtswidrige Bescheide nicht vollstreckt werden. Die Behörden haben sich, um die Worte des EuGH in der Sache *Ciola* zu verwenden, dem höherrangigen Unionsrecht, „zu beugen“.

Auf unionsrechtswidrige Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes, wie insbesondere die „leading case“ Entscheidung vom 16.3.2016 zur Rechtssache 2015/17/0022, kann sich niemand berufen. Falsche Entscheidungen des VwGH überlagern nicht das EU-Recht und entbinden die Verwaltung nicht davon, das vorrangige EU-Recht zu beachten. Auch alle weiteren Erkenntnisse des VwGH in Parallelverfahren sind EU-rechtlich betrachtet falsch. Dies ist einfach nachzuvollziehen:

Auf der Basis des EuGH-Urteils in der Sache *Pfleger* hatte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu Recht mit Entscheidung vom

9.5.2014 im Lichte der konkreten Anwendungsmodalitäten die fehlende Legitimation des österreichischen Glücksspielmonopols bestätigt [OMISSIS]. Das Landesverwaltungsgericht hatte lediglich die zutreffend festgestellten Tatsachen unter das EuGH-Urteil in der Sache *Pfleger* subsummiert. Sodann hatte der Bundesminister für Finanzen Revision erhoben und der Verwaltungsgerichtshof hat mit Entscheidung vom 15.12.2014 die Sache zur erneuten Verfahrensdurchführung an das LVwG zurückverwiesen. Das LVwG erkannte daraufhin mit Erkenntnis vom 29.5.2015 erneut auf die Aufhebung des gegenständlichen Straferkenntnisses wegen der fehlenden Legitimation der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der daraus folgenden Unionsrechtswidrigkeit des Monopols.

Zwar hat der Verwaltungsgerichtshof in einem Verwaltungsstrafverfahren mit besagtem Erkenntnis vom 16.3.2016 (Ro 2015/17/022) die Entscheidung des LVwG Oberösterreich aufgehoben. Dies ändert jedoch nichts an der Unionsrechtswidrigkeit und der daraus folgenden Unanwendbarkeit des österreichischen Glücksspielmonopols und darauf basierender Bescheide. Das Unionsrecht wird nämlich nicht durch den Verwaltungsgerichtshof verbindlich ausgelegt, sondern (nur) durch den EuGH.

Dies hat der EuGH in der Rechtssache *Pfleger* getan und an seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, dass das österreichische Monopol – und damit eben auch darauf beruhende Bescheide – unionsrechtlich auf der Grundlage der [Or. 50] tatsächlichen Verhältnisse in Österreich nicht zu rechtfertigen ist. Die staatlichen Stellen haben nicht nachweisen können, dass die Kriminalität oder die Spielsucht tatsächlich ein Problem darstellen, welches ein Monopol rechtfertigt.

An diesem Befund hat und konnte der VwGH nichts ändern. Er hat ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden. An den tatsächlichen Feststellungen des Landesverwaltungsgerichts hat der VwGH deshalb nichts geändert und konnte daran auch nichts ändern.

Es bleibt vielmehr dabei, dass keine Tatsachen existieren, die das Monopol unionsrechtlich legitimieren könnten.

Der Gerichtshof führt in der Rechtssache *Pfleger* aus:

*„52: ... In vorliegendem Fall haben die nationalen Behörden nach Ansicht des vorlegenden Gerichts nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht in präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellten. Das Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das wahre Ziel der fraglichen restriktiven Regelung nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in einer bloßen Maximierung der Staatseinnahmen [...].*

*55: Sollte das vorlegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelungen nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.“*

Genauso verhält es sich im hier gegenständlichen Fall. Die mitbeteiligten Parteien [OMISSIS] haben nicht nachgewiesen, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht in dem maßgeblichen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellte, welches ein Monopol und einen darauf beruhenden Bescheid legitimieren könnte. Vielmehr steht fest, dass das wahre Ziel des Monopols nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern einzig in der Maximierung der Staatseinnahmen durch Begünstigung eines Monopolisten.

Jedenfalls hat der Verwaltungsgerichtshof in dem besagten Verfahren 2015/17/0022, auf welches er alle weiteren Entscheidungen stützt, keine mündliche Verhandlung durchgeführt und mithin keine neuen Tatsachen ermittelt. Der VwGH durfte deshalb in dem Erkenntnis vom 16.3.2016 nur die vom LVwG ermittelten Fakten zu Grunde legen. Aus diesen Tatsachen musste der Verwaltungsgerichtshof unionsrechtlich zwingend schlussfolgern, dass das Monopol unionsrechtlich nicht gerechtfertigt ist [Or. 51] und damit nicht angewendet werden darf. Denn dies hatte der EuGH schon in der Rechtssache Pfleger bestätigt.

Zusammenfassend ist dem Verwaltungsgerichtshof vorzuwerfen, dass er das Unionsrecht in seiner verbindlichen Auslegung durch den EuGH willkürlich missachtet. Die beim VwGH agierenden Richter erschüttern damit zwar nachhaltig das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz, hebeln aber den von Ihnen zu beachtenden Anwendungsvorrang des EU-Rechts nicht aus. Da diese Tatsache ignoriert werden sind die gestellten Fragen von höchster Wichtigkeit für das laufende Verfahren, da ansonsten die Gefahr besteht, dass es zu einer weiteren unionsrechtswidrigen Bestätigung des GSpG kommt – obwohl der in dieser Instanz erkennende Richter anderer Meinung ist. Wie diese rechtswidrige Praxis in Zusammenhang mit den gestellten Fragen zur Werbung steht zeigt sich wie folgt:

Zum Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, zum Erkenntnis des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2015, mit denen jeweils – explizit oder implizit – die unionsrechtliche Unbedenklichkeit des im GSpG normierten Monopolsystems festgestellt wurde, sowie zum Beschluss des Obersten Gerichtshofes (im Folgenden auch: OGH) vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m, in dem dieser demgegenüber von einer Unions- und Verfassungswidrigkeit der im GSpG normierten Monopolregelung ausgeht:

Alle diese Entscheidungen sind jeweils durchgängig dadurch gekennzeichnet, dass ihnen keine eigenständige, auf die Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopolsystems bezogene Faktenermittlung zu Grunde liegt [OMISSIS]. Vielmehr beschränkte sich insbesondere die von den anderen Einzelrichtern des LVwG in deren öffentlichen Verhandlungen durchgeführte Sachverhaltserhebung – wie aus den entsprechenden Protokollen hervorgeht – ausschließlich bloß auf die näheren Umstände der jeweils von den Organen der Finanz- bzw. der Bundespolizei durchgeführten Kontrolle, hingegen in keiner Weise (auch) auf

Fragen im Zusammenhang mit der Unionsrechtskonformität der Monopolregelung des GSpG.

Somit vermögen sie – rein auf der Faktenebene – schon von vornherein nichts zur Klärung der vom EuGH jüngst neuerlich (vgl. EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/16 *Admiral Casinos & Entertainment AG*) betonten Anforderung beizutragen, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass es bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven nationalen Regelung im Bereich der Glücksspiele im Sinne einer nicht bloß statischen, sondern vielmehr einer dynamischen Betrachtungsweise nicht [Or. 52] nur auf die Zielsetzung dieser Regelung im Moment ihres Erlasses ankommt, sondern auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden Auswirkungen.

Im Übrigen sind die Werbemöglichkeiten beziehungsweise die Werbung für Glücksspiel der Konzessionäre in Österreich unionsrechtswidrig:

Im Urteil vom 3. 6. 2010 zu C-258/08, *Ladbroke's*, im Zusammenhang mit niederländischen Regelungen ging es vor allem um die Frage der Zulässigkeit der Einführung neuer Glücksspiele und der Werbung durch den national zugelassenen Anbieter von Glücksspielen. Ist dies Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtliche Bahnen (Rn 27), könne dies gerechtfertigt sein. Sollte eine starke Expansion dagegen mit dem Ziel verfolgt werden, übermäßige Anreize und Aufforderungen zur Teilnahme am Glücksspiel zu bieten, vor allem um Finanzmittel zu beschaffen, sei eine solche Politik nicht auf kohärente und systematische Begrenzung des Glücksspielwesens ausgerichtet (Rn 28).

Im Rahmen dieser Prüfung habe das vorlegende Gericht auch zu untersuchen, ob rechtswidrige Spieltätigkeiten ein Problem darstellen könnten und ob eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten geeignet sei, diesem Problem abzuhelpen (Rn 29). Das Ziel, Verbraucher vor der Spielsucht zu schützen, sei grundsätzlich schwer mit einer Politik der Expansion von Glücksspielen vereinbar. Eine solche Politik könne nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die rechtswidrigen Tätigkeiten einen erheblichen Umfang hätten und die erlassenen Maßnahmen darauf abzielten, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken (Rn 30).

Im Urteil vom 8. 9. 2010 in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß ua*, hielt der EuGH fest, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben müsse, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe eine solche Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen oder seine

Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen (Rn 103). **[Or. 53]**

In der Entscheidung vom 30. 6. 2011 zur Rs C-212/08, *Zeturf* führte der EuGH aus, dass die intensive Bewerbung der Produkte auch im Internet und eine Erhöhung der Vertriebsstellen für Wetten und der den Spielern angebotenen Produkte mit der Geschäftsstrategie, neue Publikumskreise für das angebotene Spiel zu gewinnen, Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht rechtfertige, weil Verbraucher damit ermuntert würden, an Glücksspielen teilzunehmen (Rn 66). Um mit den Zielen der Bekämpfung der Kriminalität und der Verminderung der Gelegenheit zum Spielen in Einklang zu stehen, müsse eine nationale Monopolregelung auf der Feststellung beruhen, dass eine kriminelle und betrügerische Tätigkeit und die Spielsucht im betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich ein Problem darstellen, dem durch die Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeit abgeholfen werden kann und dürfe nur eine Werbung erlauben, die maßvoll und strikt auf das begrenzt ist, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielernetzwerken zu lenken (Rn 72).

Der EuGH führte außerdem in der Rs C-347/09, *Dickinger/Ömer* aus, dass jedenfalls eine vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt werden müsse, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe die Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, indem etwa das Spiel verharmlost, ihm ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die verführerische bedeutende Gewinne in Aussicht stellen (Rn 68). Es sei zu unterscheiden zwischen einer restriktiven Geschäftspolitik, die nur den vorhandenen Markt für den Monopolinhaber gewinnen und die Kunden an ihn binden solle, und einer expansionistischen Geschäftspolitik, die auf das Wachstum des gesamten Markts für Spielaktivitäten abziele (Rn 69).

Im Urteil vom 24. 1. 2013 zu C-186/11 und C-209/11, *Stanleybet ua*, wies der EuGH darauf hin, dass die Wirksamkeit staatlicher Kontrolle bei einem Monopol, mit dem unter anderem auch Werbeprivilegien verbunden sind, überprüft werden muss (Rn 33 f), woraus ebenfalls der Schluss zu ziehen ist, dass der nationale Gesetzgeber auch die Werbemaßnahmen des Monopolisten zu regulieren und zu überwachen hat [OMISSIS].

30. In Teilen des Schrifttums wird – auch im Zusammenhang mit der von den Österreichischen Lotterien und der Casinos Austria AG betriebenen Werbung – bestritten, dass bei der Werbung der erforderliche verantwortungsvolle Maßstab eingehalten wird [OMISSIS] **[Or. 54]** [OMISSIS] [Zusammenfassung der in den Rn. 17 und 18 wiedergegebenen Literaturmeinungen]
31. Die Österreichische Lotterien GmbH, Inhaberin aller in § 14 GSpG vorgesehenen Lotteriekonzessionen, investiert für Werbung jährlich 40 bis knapp 50 Millionen

EUR und ist unter den Top-Acht Investoren bei den Werbeausgaben in Österreich. Die Österreichische Lotterien GmbH sprach dabei ein breites Publikum an, [OMISSIS] [indem sie u. a. Werbeanzeigen schaltete und kulturelle, sportliche und wohltätige Veranstaltungen sponserte]

Demnach dient die Werbung im Ergebnis nicht ausschließlich dazu, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern verfolgt den Zweck, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bis dato nicht ohne weiteres zu spielen bereit sind. Den Spielen wird ein positives Image zugeschrieben. Die Werbung versucht die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen und stellt bedeutende Gewinne [Or. 55] verführerisch in Aussicht. Es werden damit insbesondere neue Zielgruppen zum Spielen angeregt und die Werbung wird laufend inhaltlich ausgedehnt. Im Sinne der referierten Judikatur des EuGH liegt damit keine maßvolle Werbung vor, die sich darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. In dieses Bild fügt sich der Umstand, dass § 56 Abs 1 GSpG eine Überprüfung des unionsrechtlich gebotenen Maßstabs bei Werbeauftritten im Weg einer Klage von Mitbewerbern oder klagebefugten Verbänden nach dem UWG ausschließt. Damit fehlt dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung.

32. Dass die österreichische Glücksspielwerbung beziehungsweise die Werbung für Glücksspiele inkohärent ist und nicht mit den Vorgaben des EuGH zusammenstimmt, hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 festgehalten. Der Verwaltungsgerichtshof hier wörtlich:

„Vor dem Hintergrund all dieser Überlegungen muss die vom Gesetzgeber zugelassene Vorgehensweise der Konzessionäre, unter weiterer Beschränkung bestimmter, auch besonders suchtgeneigter Glücksspiele in maßvoller Weise neue und attraktive Spiele einzuführen und auch verstärkt Werbung insbesondere für weniger suchtgeneigte Glücksspiele zu machen, als geeignet angesehen werden, die Spieler von den illegalen Spielmöglichkeiten zu den legalen hinzuleiten [OMISSIS]. Auf der anderen Seite wäre bei einer Einschränkung der Werbemöglichkeiten zu beachten, dass eine solche Einschränkung zur Verlagerung des Glücksspiels zu illegalen Spielen mit höherem Suchtgefährdungspotential, geringerem Spielerschutz und größerer Gefahr von finanziellen Verlusten führen würde.

33. Diese Lenkung der Spieler aus dem Bereich des besonders suchtgefährdenden Automatenglücksspiels [OMISSIS] in Richtung erlaubtes, weniger suchtgeneigtes und vom Monopol umfasstes Glücksspiel rechtfertigt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes im Hinblick auf den Umfang des illegalen Glücksspiels auch ein vom LVwG in seiner Gesamtheit – allerdings wie dargestellt nicht nachvollziehbar – als „aggressiv“ qualifiziertes Vorgehen im Einzelfall bei Verfolgung dieses Ziels.“ [Or. 56]

Somit steht fest, dass es zwar grundsätzlich zulässig wäre, wenn teils aggressive Werbemaßnahmen durch die Konzessionäre gesetzt werden. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn für das jeweilige Glücksspiel beziehungsweise den jeweiligen Glücksspielbereich eine aggressive Werbung notwendig ist, um den Spielerschutz zu gewährleisten, insbesondere dann [OMISSIS], wenn durch die Werbung die Spieler vom illegalen in den legalen Bereich geleitet beziehungsweise gelenkt werden können. Nachdem es in Österreich keinerlei Hinweise beziehungsweise auch keinerlei Ansätze gibt, dass es illegale Angebote betreffend Lotterierprodukte oder Lebendcasinospielen gibt, ist davon auszugehen, dass hier ein strenger Maßstab, was die Werbung anbelangt, angesetzt werden muss. Es kann nicht sein, dass die aggressive Werbung zum Beispiel für Lottoprodukte oder auch Rubbellose gerechtfertigt wird mit einem angeblich großen illegalen Anbot an Glücksspielautomaten. Nach der Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe oben) wäre es demnach zwar zulässig teilweise aggressive Werbung zu verwenden, dies, bezogen auf Österreich, jedoch nur für den Automatenbereich. Es ist jedoch genau das Gegenteil der Fall. Die vorgelegten Beilagen zeigen aggressive und aus Sicht der EuGH Judikatur, welche vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt wurde, verbotene Werbung in Bereichen, die in Österreich von der angeblichen Illegalität gar nicht betroffen sind. Bereits aus diesem Grund ist das im Glücksspielgesetz verankerte Monopol rechtswidrig und kann daher ein Normunterwerfener nicht bestraft werden.

34. Zusammenfassung im Sinne der RZ 27 des Beschlusses vom 09.01.2019 zur Zahl C-444/18:

Wie die getätigten Ausführungen gezeigt haben ist die Beantwortung der Fragen notwendig, da die österreichischen Höchstgerichte zwar wie dargelegt festgestellt haben, dass die Werbung aggressiv ist und darauf abzielt neue Spieler zu gewinnen die bis jetzt nicht gespielt haben diese Tatsache aber dahingehend ignorieren, dass dennoch eine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht festgestellt wird („leading case“ Entscheidungen). Sollten die gestellten Fragen nicht beantwortet werden, führt dies dazu, dass die unionsrechtswidrige Praxis der österreichischen Höchstgerichte nicht unterbunden werden kann. Darüber hinaus widerspricht diese unionsrechtswidrige Praxis auch direkt der Judikatur des EuGH. Es ist unumgänglich, dass die gestellten Fragen beantwortet werden, da ohne eine neuerliche und eindeutige Entscheidung des EuGH die rechtswidrige Praxis der österreichischen Gerichte nicht unterbunden wird. [Or. 57]

#### IV.

35. Es besteht eine Verpflichtung sämtlicher Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, das gesamte Recht richtlinienkonform auszulegen, also so, dass das Ziel der Richtlinie nicht durch die Auslegung des nationalen Rechts gefährdet wird (vgl. EuGH, Rs 14/83, von *Colson und Kamann*, ECLI:EU:C:1984:153). Da die richtige Anwendung des Unionsrechts jedoch nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt, und eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts daher nicht möglich ist,

werden die Vorlagefragen gemäß Artikel 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

Landesverwaltungsgericht Steiermark

[OMISSIS] [Unterschrift]

Beilagen:

[OMISSIS] [siehe Rn. 18]

[Or. 58]

[OMISSIS] [Zustellung]