



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Glücksspiel im Internet aus zivilrechtlicher Sicht

Verfasser

Mag. Thomas Nikodem, LL.M.

angestrebter akademischer Grad
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
Abkürzungsverzeichnis	4
Einleitung und Begriffsbestimmung	7
I. Verwaltungsrechtliche Gegebenheiten in Österreich	10
A. Glücksspiel	10
B. Sportwetten	11
C. Gesellschaftswetten	12
D. Das Glücksspielgesetz	13
1. Ausspielungen	13
2. Das Glücksspielmonopol	14
3. Ausspielungskonzession	15
4. Spielbankenkonzession	16
5. Maßgebende Eigenschaften des Konzessionswerbers	16
6. Spielerschutz	17
a. Spielerkontrolle	17
b. Haftung der Spielbank	19
7. Werbung	19
8. Elektronische Lotterien	20
E. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten	21
F. Anwendbares Verwaltungsrecht	23
1. Anwendbares Verwaltungsrecht nach dem ECG	25
2. Anwendbares Strafrecht	27
a. Deliktstypen	28
b. Blick nach Deutschland	30
c. Meinungen aus Österreich	31
d. Weitere Überlegungen	34
e. Österreichische Judikatur	36
f. Ergebnis anwendbares Strafrecht	37
3. Anwendbares Verwaltungsstrafrecht	38
G. Zwischenergebnis	39
II. Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht	40
A. Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH im Zusammenhang mit dem Glücksspielgesetz	41
1. EuGH vom 24.03.1994, C-275/92, <i>Schindler</i>	41
2. EuGH vom 21.10.1999, C-67/98, <i>Zenatti</i>	46
3. EuGH vom 6.11.2003, C-243/01, <i>Gambelli</i>	48
4. EuGH vom 8.9.2009, C-42/07, <i>Liga Portuguesa</i>	52
5. EuGH vom 8.9.2010, C-316/07, <i>Stoß</i>	55
6. EuGH vom 10.9.2010, C-64/08, <i>Engelmann</i>	62
7. EuGH vom 8.9.2010, C-409/06, <i>Winner Wetten</i>	68
B. Die Grundsätze des EuGH im Zusammenhang mit Glücksspiel	72
1. Allgemeine Grundsätze	72
2. Grundsätze zum Online-Glücksspiel	77
3. Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit	78
C. Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts	80

1.	Allgemeines	80
2.	Sportwetten	81
3.	Online-Casinospiele	83
a.	Gemeinsame Bestimmungen	84
b.	Spezielle Bestimmungen	86
aa.	Elektronische Lotterien und die Entscheidung <i>Engelmann</i>	86
bb.	Unionsrechtswidrigkeit der Lotterien-Konzession iSd § 14 GSpG idgF	87
cc.	Spielbanken	88
aaa.	Die Folgen der Entscheidung <i>Engelmann</i>	88
bbb.	Unionsrechtswidrigkeit der Spielbankenkonzession iSd § 21 GSpG idgF	89
dd.	Spielapparate	89
c.	Unionsrechtswidrigkeit aufgrund fehlender Kohärenz	90
aa.	Zweck des GSpG	91
aaa.	Direkter Spielerschutz	92
bbb.	Werbemaßnahmen	95
ccc.	Fiskalische Motive	97
ddd.	Ergebnis in Bezug auf Kohärenz und Systematik	99
bb.	Zusammenfassung und Ergebnis bezüglich der Unionskonformität	99
D.	Zwischenergebnis	100
III.	Online-Glücksspiel im Zivilrecht	101
A.	Anwendbare Privatrechtsordnung	101
1.	Anwendbares Recht nach der Rom I VO	101
a.	Rechtswahl	102
b.	Zwingender Schutz iSd Art 6 Abs 2 Rom I VO	103
c.	Anzuwendendes Recht mangels Rechtswahl	103
d.	Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages sowie einzuhaltende Form	107
e.	Zusammenfassung betreffend das anwendbare Recht nach der Rom I VO	107
2.	Anwendbares Recht nach der Rom II VO	108
a.	Anzuwendendes Recht – allgemein	109
b.	Bereicherung	110
c.	Culpa in contrahendo	111
B.	Der Glücksspielvertrag in Österreich	112
1.	Spiel und Wette iSd ABGB	112
2.	Der Abschluss von Online-Glücksspielverträgen	113
3.	Gerichtliche Durchsetzbarkeit von Glücksspielverträgen	114
a.	Grundsätzliches	115
b.	Ansprüche aus Staatslotterien	115
c.	Klagbarkeit von Gewinnen aus elektronischen Lotterien iSd GSpG	116
d.	Klagbarkeit von Casinospielverträgen mit sonstigen Anbietern	116
e.	Durchsetzbarkeit von Sportwetten mit Anbietern, deren Tätigkeit von den Landesregierungen genehmigt wurde	120
f.	Klagbarkeit von Gewinnen gegenüber sonstigen Sportwettanbietern	122
C.	Die allfällige Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Online-Glücksspielverträgen	124
1.	Nichtigkeit von Glücksspielverträgen	124
2.	Irrtum	127
3.	List und Drohung	128
4.	Darlehen zum Zweck der Teilnahme an Glücksspielen	130
a.	Darlehen zum erlaubten Glücksspiel	130
b.	Darlehen zum verbotenen Glücksspiel	130
5.	Laesio Enormis	134
6.	Wucher	136
a.	Missverhältnis	136
b.	Ausbeuten des Bewucherten	137
c.	Subjektive Momente des Bewucherten	138
aa.	Leichtsinn	138
bb.	Verstandesschwäche	138
7.	Rücktritt im Fernabsatz	139

D.	Weitere Ansprüche im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel	142
1.	Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG	142
a.	Die Historie des § 25 Abs 3 GSpG.....	143
b.	Ein Vergleich zwischen § 25 Abs 3 GSpG und den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen	145
aa.	Die Verjährung nach allgemeinem Zivilrecht und die Sechsmonatsfrist.....	145
c.	Spielsucht, bedenkliches Spielverhalten und Geschäftsunfähigkeit	146
d.	Stellt § 25 Abs 3 GSpG einen Schutz für Spielteilnehmer dar?	147
e.	Die Aufhebung durch den VfGH.....	150
aa.	Die Aufhebung der Sechsmonatsfrist	150
bb.	Begründung des VfGH.....	151
f.	Zur Verfassungswidrigkeit weiterer Teile des § 25 Abs 3 Satz 7 GSpG.....	152
g.	Konsequenzen des § 25 Abs 3 GSpG.....	153
2.	Schadenersatzansprüche gegenüber anderen Glücksspielanbietern.....	155
a.	Ansprüche aus Culpa in Contrahendo	155
3.	Bereicherungsansprüche geschäftsunfähiger Spielteilnehmer	156
4.	Auswirkungen des Konsumentenschutzgesetzes	159
5.	Haftung von Internet Service Providern.....	163
a.	Provider	163
b.	Access-Provider	163
c.	Suchmaschinen	164
d.	Caching	165
e.	Host-Provider	166
f.	Linksetzer.....	167
g.	Keine „Suchpflicht“ für ISP.....	167
h.	Unterlassung, Beseitigung und Verhinderung.....	168
i.	Content-Provider	169
j.	Zusammenfassung der Providerhaftung.....	169
IV.	Resümee	170
	Literatur- und Quellenverzeichnis	172
	Curriculum Vitae.....	189
	Abstract.....	191

Abkürzungsverzeichnis

AA	Abänderungsantrag
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHG	Amtshaftungsgesetz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (Zeitschrift)
Art	Artikel
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz bzw beziehungsweise
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMF	Bundesminister für Finanzen/Bundesministerium für Finanzen
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
CASAG	Casinos Austria AG
cic	culpa in contrahendo
d	der, die, das/deutsches
dh	das heißt
DL-RL	Dienstleistungsrichtlinie
ECG	E-Commerce-Gesetz
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft; mit EG wird auch der Vertrag der Europäischen Gemeinschaft bezeichnet
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	EG-Vertrag
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc	et cetera

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f, ff	folgende, fortfolgende
Fn	Fußnote
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GSpG	Glücksspielgesetz 1989
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
ieS	im engeren Sinne
inkl	inklusive
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
JAP	Juristische Ausbildung und Praxis (Zeitschrift)
JB	Juristische Blätter (Zeitschrift)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera
maN	mit anderen Nachweisen
mE	meines Erachtens
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MR	Medien und Recht (Zeitschrift)
MR-Int	Medien und Recht International Edition
MS	Mitgliedstaat
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov	Novelle
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Pkt	Punkt

RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
S	Seite
s	siehe
Slg	Sammlung
SMS	Short Message Service
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
StPO	Strafprozessordnung
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
u	und
UrhG	Urheberrechtsgesetz
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uvm	und viele mehr
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WWW	World Wide Web
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil
zZ	zur Zeit

Einleitung und Begriffsbestimmung

War die Teilnahme an Glücksspielen noch vor wenigen Jahren ausschließlich auf herkömmlichem Wege (in Casinos, Automatensalons, mit Freunden am Pokertisch, etc) möglich, so ist sie heute auch über das Internet alltäglich. Es existiert eine große Anzahl an Glücksspielanbietern, die online tätig werden. Dabei handelt es sich zum Teil um staatliche Anbieter und zum Teil um private Anbieter. Glücksspiel wird häufig auch mit Sucht und Kriminalität – zB Betrug – in Verbindung gebracht. Aus diesem Grund werden Glücksspielanbieter vom Staat verpflichtet, strenge Vorschriften einzuhalten. Mit den Spielteilnehmern werden Verträge abgeschlossen, die ebenfalls gewissen Vorschriften unterliegen.

Das Internet ermöglicht es Unternehmern, verhältnismäßig kostengünstig Glücksspiel für eine große Anzahl an Personen anzubieten, da Investitionen wie Spieltische, Räumlichkeiten, Glücksspielautomaten nicht mehr notwendig sind – dies weit über nationale Grenzen hinaus. Beim grenzüberschreitenden Anbieten von Glücksspiel ergeben sich einerseits lukrative wirtschaftliche Chancen, doch sind andererseits eine Vielzahl von Rechtsordnungen zu beachten. In dieser Arbeit soll grundsätzlich Online-Glücksspiel aus der Sicht des österreichischen Zivilrechts betrachtet werden. Es wird untersucht, wie sich dieses auf innerstaatliche Online-Glücksspielverträge und wie es sich auf grenzüberschreitende Online-Glücksspielverträge auswirkt.

Um die Auswirkungen zivilrechtlicher Bestimmungen auf Online-Glücksspielverträge beurteilen zu können, ist auch österreichisches Verwaltungsrecht zu beachten. Aus den Voraussetzungen für zulässiges Online-Glücksspielangebot oder aus strafrechtlichen Bestimmungen könnten sich Auswirkungen auf die Verträge ergeben.

Die verwaltungsrechtliche Rechtslage wiederum wird durch das Unionsrecht beeinflusst, da sich bspw aus den vier Grundfreiheiten Beschränkungen für den nationalen Gesetzgeber ergeben. Wird gegen diese verstoßen und liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, so haben die unionsrechtswidrigen Bestimmungen unangewandt zu bleiben. Um Online-Glücksspielverträge zivilrechtlich zu beurteilen, müssen daher auch österreichisches Verwaltungsrecht und Unionsrecht betrachtet werden. Diese Arbeit ist daher in drei Blöcke gegliedert:

- Verwaltungsrechtliche Gegebenheiten in Österreich
- Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht

- Online-Glücksspiel im Zivilrecht

Die Reihenfolge dieser Blöcke ergibt sich aus dem thematischen Kern dieser Arbeit und seinen Grundlagen. Die verwaltungsrechtlichen Grundlagen des Glücksspiels müssen betrachtet werden, um Online-Glücksspiel im Bereich des Zivilrechts beurteilen zu können. Daher wird als erstes auf das österreichische Verwaltungsrecht im Glücksspielsektor eingegangen, um dann dessen Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Rahmen zu prüfen. Auf dieser Basis folgt die zivilrechtliche Betrachtung. Bei der verwaltungsrechtlichen Grundlage beschränke ich mich darauf, überblicksmäßig die wichtigen Regelungen zusammenzufassen. Auf allfällige Judikatur, die die Regelungen unter Umständen in einem anderen Licht erscheinen lässt, wird bewusst nicht eingegangen. Es soll lediglich ein Überblick gegeben werden, um die unionsrechtlichen und die zivilrechtlichen Regelungen besser beurteilen zu können.

Zum Begriff Glücksspiel ist einleitend auszuführen, dass sich dieser je nach Rechtssystem, in dem er verwendet wird, unterscheidet. Im Unionsrecht wird unter Glücksspiel das klassische Glücksspiel, das beispielsweise in Casinos gespielt wird, inklusive Lotterien und Wetten verstanden. In der österreichischen Rechtsordnung werden im Verwaltungsbereich das eigentliche Glücksspiel (Casinospiele) und Lotterien im Glücksspielgesetz geregelt, Sportwetten hingegen in Landesgesetzen. Zivilrechtlich gesehen sind Spiel und Wette grundsätzlich gleich zu behandeln¹. Aus den unterschiedlichen verwaltungsrechtlichen Grundlagen können sich jedoch auch unterschiedliche zivilrechtliche Folgen ergeben. In den drei obgenannten Blöcken wird der Begriff Glücksspiel daher unterschiedlich gebraucht. Bei der Betrachtung der verwaltungsrechtlichen Gegebenheiten in Österreich werden unter Glücksspiel Spiele verstanden, bei denen das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Sportwetten sollen davon nicht (auch nicht wenn das Ergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt) umfasst werden. In diesem Kapitel werden somit die Begriffe *Glücksspiel* und *Sportwetten* nebeneinander verwendet.

Im Kapitel „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“ werden grundsätzlich unter *Glücksspiel* Casinospiele, Lotterien und Wetten (auch Sportwetten) verstanden. Da im Unterkapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ auch auf die österreichischen Verwaltungsbestimmungen eingegangen wird, ist dort wieder zwischen *Glücksspiel* und *Sportwetten* zu unterscheiden.

¹ § 1272 ABGB: „Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele. Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten; wie Personen, die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze“.

In „Online-Glücksspiel im Zivilrecht“ wird *Glücksspiel* verwendet wie in „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“. Daneben werden in diesem Kapitel auch die Begriffe *Casinospiele* – für alle Spiele, die in Casinos gespielt werden, inklusive Gesellschaftswetten² – und *Sportwetten* verwendet.

² Zur Abgrenzung von Gesellschafts- und Sportwetten siehe S 11f.

I. Verwaltungsrechtliche Gegebenheiten in Österreich

Zwar wird in dieser Arbeit grundsätzlich Glücksspiel im Internet aus zivilrechtlicher Sicht betrachtet, doch sind die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zum Glücksspiel dennoch relevant. Aus diesen ergibt sich beispielsweise, wann das Anbieten von (Online-) Glücksspiel verboten ist und wann es erlaubt ist. Dies ist wesentlich, weil nach dem ABGB entsprechende Folgen vorgesehen sind. Außerdem muss geprüft werden, ob die österreichischen verwaltungsrechtlichen Vorschriften unionsrechtswidrig sind, da auch im Fall von Unionsrechtswidrigkeit Folgen für die zivilrechtlichen Bestimmungen abgeleitet werden könnten. Die Konformität mit Unionsrecht wird im Kapitel „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“ geprüft und den zivilrechtlichen Auswirkungen einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit wird im Kapitel „Online-Glücksspiel im Zivilrecht“ nachgegangen. Doch als Grundlage sollen die nachstehenden Ausführungen dienen:

A. Glücksspiel

Glücksspiele sind in der österreichischen Rechtsordnung überwiegend durch das Glücksspielgesetz (GSpG³) geregelt. Gemäß § 1 Abs 1 GSpG handelt es sich bei Spielen, *„bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“*, um Glücksspiele⁴. Vereinzelt beinhalten auch andere Gesetze Bestimmungen zum Glücksspiel. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass in Österreich zwischen Glücksspiel – das

³ Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung BGBl Nr 620/1989 idF BGBl I Nr 76/2011.

⁴ Diese Legaldefinition von Glücksspiel wurde erstmals im StG 1852 idF StGBI 286/1920 verwendet und später ins GSG 1962 (Glücksspielgesetz 1962, BGBl 1962/169), ins StGB 1975 und ins GSpG 1989 übernommen (Vgl Kummer, Zur rechtlichen Situation der Bagatellspielautomaten in Österreich, ÖJZ 1980, 346 und Schwartz, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien (1998), 40).

auch Gesellschaftswetten umfasst⁵ – und Sportwetten unterschieden wird. In anderen Staaten werden auch Sportwetten unter Glücksspiel subsumiert⁶.

B. Sportwetten

In der österreichischen Literatur wird zwischen Sport- und Gesellschaftswetten unterschieden, die durch deren Oberbegriff Wette umfasst sind⁷. Alle Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen sind „Sportwetten“; die übrigen sind „Gesellschaftswetten“. Beispielsweise stellt eine Wette auf den Ausgang eines Fußballspiels eine Sportwette dar. Bei einer Wette auf den Ausgang einer Präsidentschaftswahl handelt es sich um eine Gesellschaftswette. Obwohl der Begriff Sportwette in der Literatur verwendet wird⁸, ist er in keiner österreichischen Rechtsvorschrift zu finden. Für die gesetzliche Regelung von Sportwetten sind die Länder zuständig⁹. Je nach Art der Abhaltung von Sportwetten wird zwischen Buchmacher- und Totalisateurwetten unterschieden:

Buchmacherwetten: Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen dem Buchmacher und dem Wettenden steht die Gewinnquote – als Quote der Einsatzhöhe – bereits fest. Der Wettende hat somit Kenntnis von der Höhe des möglichen Gewinns und kann sie in die Risikoabschätzung miteinbeziehen. Der Buchmacher schließt die Wetten gewerbsmäßig in seinem Namen und auf seine Rechnung ab¹⁰ und trägt selbst das Risiko des Verlustes; er ist Partei der Wette. Die Quoten werden *Odds* genannt und von Buchmachern nach Erfahrungswerten festgesetzt¹¹. Setzt man beispielsweise bei einem Tennisspiel auf einen Spielteilnehmer und bekommt man im Fall, dass der ausgewählte

⁵ Vgl. Nikodem, Sportwetten im Internet, 2008, 36, http://www.it-law.at/uploads/tx_publications/Thomas_Nikodem_-_Sportwetten_im_Internet.pdf.

⁶ Vgl. Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 1.1.2008; Glücksspiel liegt gemäß § 3 Abs 1 GlüStV „vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in je- dem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Auch Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele“.

⁷ Vgl. Schwartz/Wohlfahrt, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, *ecolex* 2002, 51; Lehner, Wette, Sportwette und Glücksspiel, *taxlex* 2007, 337; Hasberger/Busta, Top die Wette gilt - Internetsportwetten nach österreichischem und europäischem Recht, *MR-Int* 2005, 49; Wiedenbauer, Neue Werberegelungen beim Glücksspiel in Sicht, *MR* 2007, 299; Schwartz/Wohlfahrt, Im Auslegen seid frisch und munter ..., *ecolex* 2003, 797; Burgstaller, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, *RZ* 2004, 214.

⁸ Vgl. Sierra, Sportwetten aus der Sicht privater Fernsehveranstalter - Zur Rechtslage in Deutschland, *MR-Int* 2005, 111; Schwartz/Wohlfahrt, Rechtsfragen der Sportwette, *ÖJZ* 1998, 601; Aigner, Verlagerung des Ortes sonstiger Leistungen bei Sportwetten und Glücksspielumsätzen, *taxlex* 2010, 195.

⁹ Siehe S 21ff.

¹⁰ Vgl. Hasberger/Busta, Top die Wette gilt, Internetsportwetten nach österreichischem und europäischem Recht, *MR-Int* 2005, 49, Wien.

¹¹ Vgl. Schwartz/Wohlfahrt, Rechtsfragen der Sportwette, *ÖJZ* 1998, 601.

Spieler Teilnehmer gewinnt, den Einsatz mit der Quote von 1,50 multipliziert ausbezahlt, handelt es sich um eine Buchmacherwette.

Totalisateurwetten: Der Totalisateur nimmt eine vermittelnde Stellung ein. Er vermittelt Wetten zwischen den Teilnehmern und trägt dabei kein Risiko hinsichtlich des Ausgangs der Wette. Einnahmen werden nicht wie vom Buchmacher durch einen Wettgewinn erzielt. Von den eingezahlten Beträgen wird eine Vermittlungsgebühr abgezogen. Der gesamte eingezahlte Betrag, abzüglich der Vermittlungsgebühr, wird *gepoolt* und nach dem Ausgang des jeweiligen sportlichen Anlasses an die Wettgewinner ausgezahlt. Totalisateurwetten werden beispielsweise bei Pferderennen veranstaltet¹². Dabei zahlen die Wettenden ihre Einsätze an den Totalisateur, der wie gesagt die Vermittlung übernimmt. Nach der Veranstaltung, auf die gewettet wird, zahlt er die Gewinne, die sich aus den Einsätzen ergeben, an die Gewinner aus und zieht für sich die Vermittlungsgebühr ab¹³.

Die Unterscheidung von Buchmacherwetten und Totalisateurwetten ist für diese Arbeit relevant, weil einerseits die einzelnen Landesgesetze zwischen diesen Wettarten unterscheiden und weil andererseits auch der OGH – wie im Kapitel „Durchsetzbarkeit von Sportwetten mit Anbietern, deren Tätigkeit von den Landesregierungen genehmigt wurde“ gezeigt wird – zwischen diesen Wettarten unterscheidet.

C. Gesellschaftswetten

Dabei handelt es sich um alle Wetten, die keine Sportwetten sind, also zB Wetten über den Gewinner einer Wahl. Gesellschaftswetten werden getrennt von Sportwetten geregelt und sind vom GSpG¹⁴ umfasst.

Im Folgenden wird auf die geltenden verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zum Glücksspiel und zu Sportwetten eingegangen:

¹² Vgl. *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601.

¹³ Vgl. *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601.

¹⁴ Mit Ausführungen warum Gesellschaftswetten vom GSpG umfasst sind: *Nikodem*, Sportwetten im Internet, 2008, 36, http://www.it-law.at/uploads/tx_publications/Thomas_Nikodem_-_Sportwetten_im_Internet.pdf und *BMF*, Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQs) – Ist zum Betrieb eines Sportwettbüros eine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erforderlich?, https://www.bmf.gv.at/glcksspielmonopol/hufiggestelltefrage_752/_start.htm?q=gesellschaftswetten.

D. Das Glücksspielgesetz

Die derzeitige Legaldefinition des Glücksspielbegriffs lautet: „Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt“ (§ 1 Abs 1 GSpG). Gemäß § 1 Abs 2 GSpG sind insbesondere Roulette, Beobachtungsroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer sowie deren Spielvarianten Glücksspiele im Sinne des GSpG.

1. Ausspielungen

Ein zentraler Punkt des GSpG sind Ausspielungen. Dabei handelt es sich um Glücksspiele, „die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und ... bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und ... bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn)“ (§ 2 Abs 1 GSpG)¹⁵. Sofern für Ausspielungen keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt wurde oder Ausspielungen nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol ausgenommen sind, liegt ein Verbot für das Veranstellen von Ausspielungen vor (§ 2 Abs 4 GSpG). ZB unterliegen nach § 4 Abs 1 GSpG Glücksspiele nicht dem Monopol, wenn sie „nicht in Form einer Ausspielung ... und ... bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge oder ... nur einmalig zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstandes durchgeführt werden“.

Durch die Definition der Ausspielung in Verbindung mit der Legaldefinition des Glücksspiels gemäß § 1 GSpG und der Monopolbestimmung gemäß § 3 GSpG¹⁶ wird der Umfang des österreichischen Glücksspielmonopols bestimmt¹⁷. Ob ein Spiel in den

¹⁵ „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. Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind“ (Abs 2 leg cit).

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

¹⁷ Vgl. *Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339; seit dem Erscheinen des Artikels sind bereits mehrere Novellen ergangen, doch gilt das Ausgeführte auch heute.

Anwendungsbereich der Monopolbestimmung fällt und ob durch seine Ausführung gegen verwaltungsrechtliche oder gerichtliche Straftatbestände verstoßen wird, hängt somit zu einem Großteil von dessen Qualifikation als Ausspielung ab.

2. Das Glücksspielmonopol

Nach § 3 GSpG ist das „Recht zur Durchführung von Glücksspielen ... dem Bund vorbehalten“, es sei denn im GSpG ist anderes vorgesehen.

Zwar ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen im Sinne des § 3 GSpG dem Bund vorbehalten, doch hat der BMF zwei Möglichkeiten, es mittels Konzessionen zu übertragen:

- Der BMF kann die Konzession zur Durchführung von Ausspielungen gemäß der §§ 6 bis 12b GSpG übertragen. Bei diesen Ausspielungen handelt es sich um Lotto, Toto, das Zusatzspiel, Sofortlotterien, Klassenlotterie, Zahlenlotto, Nummernlotterien, Elektronische Lotterien, Bingo und Keno (§ 14 Abs 1 GSpG). Die Konzession bezüglich dieser Ausspielungen wurde nach dem GSpG vom BMF an die Österreichische Lotterien GmbH übertragen. Daher ist ausschließlich die Österreichische Lotterien GmbH zur Durchführung elektronischer Lotterien berechtigt.
- Der BMF kann für den Betrieb einer Spielbank höchstens 15 Konzessionen erteilen (§ 21 Abs 1 u 5 GSpG). Der Konzessionsbescheid hat die Dauer der Erteilung zu beinhalten, die 15 Jahre nicht übersteigen darf (§ 21 Abs 7 Z 1 GSpG). Da die Vergabe der Konzessionen erfolgt ist, als nur zwölf Konzessionen vergeben werden durften, sind derzeit drei von den 15 unvergeben. Inhaberin aller zwölf vergebenen Konzessionen ist die Casinos Austria AG, die jeweils ein Casino in Baden, Bad Gastein, Bregenz, Graz, Innsbruck, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Linz, Salzburg, Seefeld, Velden und Wien betreibt¹⁸. Gemäß § 22 GSpG kann der BMF durch die Erteilung einer Konzession nach § 21 GSpG auch das Recht zum Betrieb

¹⁸ WKO, Die Casinos Austria & die Österreichischen Lotterien, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=472773&DstID=292.

einer weiteren Spielbank zum ausschließlichen Betrieb eines Pokersalons¹⁹ übertragen.

3. Ausspielungskonzession

Gemäß § 14 Abs 1 GSpG hat der BMF die Möglichkeit, per Konzession das Recht Ausspielungen gemäß §§ 6 bis 12b GSpG durchzuführen, zu übertragen. Die Dauer der Konzession ist mit maximal 15 Jahren beschränkt (vgl § 14 Abs 4 Z 1 GSpG). Es kann lediglich eine Konzession erteilt werden. Gegenwärtiger Konzessionär ist, wie bereits oben dargelegt, die Österreichische Lotterien GmbH.

Vor Konzessionserteilung hat eine öffentliche Interessentensuche zu erfolgen. Diese hat den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen und ist öffentlich bekanntzumachen (vgl § 14 Abs 1 GSpG). Die Konzession darf nur an einen Konzessionswerber übertragen werden, der gewisse Voraussetzungen erfüllt. Es muss sich um eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat handeln (vgl § 14 Abs 2 Z 1 GSpG). Ein Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder einem Staat des EWR wird für die Bewerbung um eine Konzession vorausgesetzt. Ist die Bewerbung erfolgreich, muss die Konzession für Bewerber mit Sitz außerhalb österreichischen Bundesgebiets unter der Bedingung erteilt werden, dass der Sitz in Österreich errichtet wird. Außerdem muss eine Auflage erteilt werden, nach der binnen einer bestimmten Frist ein Errichtungsnachweis erbracht wird (vgl § 14 Abs 3 GSpG).

Verfügt „die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat über eine vergleichbare Lotterienkonzession“ und unterliegt sie „einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht ... die im Sinne des § 19 [GSpG] der österreichischen Aufsicht erforderlichenfalls Kontrollauskünfte übermittelt und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort durchführt (behördliche Aufsichtskette)“ genügt eine Niederlassung in Österreich (§ 14 Abs 3 GSpG). Die Kapitalgesellschaft muss über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von wenigstens € 109 Mio verfügen (vgl § 14 Abs 2 Z 3 GSpG). Außer den genannten sind in § 14 GSpG noch weitere Voraussetzungen für die Konzessionserteilung und Pflichten für den Konzessionär normiert.

¹⁹ Der Betrieb ist auf „Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebendspiel beschränkt“ (§ 22 GSpG).

Gemäß § 17 Abs 7 GSpG sorgt der Konzessionär für mediale Unterstützung. Hierzu kann er „privatrechtliche Vereinbarungen mit öffentlichen und privaten Medienpartnern sowie gemeinnützigen Organisationen abschließen“ (§ 17 Abs 7 GSpG).

4. Spielbankenkonzession

Beim Konzessionär muss es sich um eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat handeln (vgl § 21 Abs 2 Z 1 GSpG). Die Bewerbung um eine Konzession setzt einen Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder einem Staat des EWR voraus. Ist die Bewerbung erfolgreich, muss sie für Bewerber mit einem Sitz außerhalb des österreichischen Bundesgebiets unter der Bedingung erteilt werden, dass der Sitz in Österreich errichtet wird. Außerdem muss die Auflage erteilt werden, binnen einer bestimmten Frist einen Errichtungsnachweis zu erbringen (vgl § 21 Abs 3 GSpG).

Verfügt „die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat über eine vergleichbare Spielbankkonzession“ und unterliegt sie „einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht ... die im Sinne des § 31 [GSpG] der österreichischen Aufsicht erforderlichenfalls Kontrollauskünfte übermittelt und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort durchführt (behördliche Aufsichtskette)“ genügt eine Niederlassung in Österreich (§ 21 Abs 3 GSpG). Die Kapitalgesellschaft muss über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von wenigstens € 22 Mio verfügen. Außer den genannten sind in § 21 GSpG noch weitere Voraussetzungen für die Konzessionserteilung und Pflichten für den Konzessionär normiert.

Nach § 22 GSpG kann der BMF das Recht, eine weitere Spielbank zu betreiben, erteilen, wenn sie „ausschließlich zum Betrieb eines Pokersalons für Pokerspiele ohne Bankhalter im Lebenspiel beschränkt“ wird. Das erforderliche Grundkapital muss diesfalls wenigstens € 5 Mio betragen.

5. Maßgebende Eigenschaften des Konzessionswerbers

Sowohl für Ausspielungs- als auch für Spielbankenkonzessionen gilt für den Fall, dass gleichzeitig mehrere Konzessionswerber die Voraussetzungen für die Konzession erfüllen, danach zu entscheiden ist, welcher 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“ lässt (§ 14 Abs 6 GSpG iVm § 14 Abs 2 Z 7 GSpG und § 21 Abs 6 GSpG iVm § 21 Abs 2 Z 7 GSpG).

6. Spielerschutz

Der Spielerschutz nach dem GSpG hat insbesondere aus zwei Gründen Bedeutung für diese Arbeit. Erstens ist er für die Beurteilung, ob nationale Bestimmungen, welche das Anbieten von Glücksspiel beschränken und somit die Dienstleistungsfreiheit und/oder die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen, relevant; diesbezüglich sei auf das Kapitel „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“ verwiesen. Zweitens handelt es sich bei den Bestimmungen des GSpG zum Spielerschutz teilweise um zivilrechtliche Sonderbestimmungen, die für die Beurteilung der zivilrechtlichen Auswirkungen des GSpG zu betrachten sind (vgl das Kapitel „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“).

a. Spielerkontrolle

Jeder Besucher einer Spielbank hat volljährig zu sein und seine Identität durch einen amtlichen Lichtbildausweis²⁰ nachzuweisen (vgl § 25 Abs 1 GSpG). Die Spielbankenleitung ist verpflichtet, bei unabhängigen Einrichtungen Bonitätsauskünfte einzuholen, wenn aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme eines Staatsbürgers eines Mitgliedstaates der EU oder eines Staatsbürgers eines Staates des EWR die begründete Annahme entsteht, dass während dieses Zeitraums sein Existenzminimum gefährdet ist (vgl § 25 Abs 3 Z 1 GSpG). Ergibt sich aus den

²⁰ Der Lichtbildausweis muss den Anforderungen des § 40 Abs 1 BWG entsprechen: Sie haben von einer staatlichen Behörde ausgestellt zu sein. Der jeweilige Lichtbildausweis hat das (nicht austauschbare) Kopfbild, den Namen, das Geburtsdatum und die Unterschrift der betreffenden Person aufzuweisen. Außerdem muss die ausstellende Behörde ersichtlich sein. Reisedokumente von Fremden müssen das vollständige Geburtsdatum nicht enthalten, wenn es dem Recht entsprechenden Staates nach nicht gefordert wird. Von den vorgeschriebenen Kriterien, können jedoch einzelne entfallen, wenn der technische Fortschritt zur Einführung anderer gleichwertiger Kriterien führt. Diese Kriterien müssen den genannten zumindest eine gleichwertige Legitimationswirkung haben. Jedenfalls muss der amtliche Lichtbildausweis von einer staatlichen Behörde ausgestellt sein.

Bonitätsauskünften „die begründete Annahme, dass die fortgesetzte und unveränderte Teilnahme am Spiel das konkrete Existenzminimum dieses Spielers gefährdet“, sind gewisse Maßnahmen zu treffen:

1. Mit dem jeweiligen Spielteilnehmer ist durch besonders geschulte Mitarbeiter ein Beratungsgespräch zu führen. Dabei ist er auf die Gefahren der Spielteilnahme und die mögliche Gefährdung seines Existenzminimums hinzuweisen. Außerdem sind ihm Informationen über entsprechende Beratungseinrichtungen anzubieten (vgl § 25 Abs 3 Z 1 lit a GSpG).
2. Wenn der jeweilige Spielteilnehmer trotz des Beratungsgesprächs unverändert häufig und intensiv am Spiel teilnimmt oder das Beratungsgespräch verweigert, ist ihm der Besuch der Spielbank dauernd oder auf bestimmte Zeit zu untersagen oder ist die Besuchsanzahl einzuschränken (vgl § 25 Abs 3 Z 1 lit b GSpG).

Wenn die Einholung obiger Bonitätsauskünfte nicht möglich ist oder diese nicht aussagekräftig sind, hat die Spielbank wie folgt vorzugehen:

1. Mit dem jeweiligen Spielteilnehmer ist durch besonders geschulte Mitarbeiter ein Beratungsgespräch zu führen. Dabei ist er auf die Gefahren der Spielteilnahme und die mögliche Gefährdung seines Existenzminimums hinzuweisen. Außerdem sind ihm Informationen über entsprechende Beratungseinrichtungen anzubieten (vgl § 25 Abs 3 Z 2 lit a GSpG).
2. Im Anschluss an dieses Beratungsgespräch „ist der Spielteilnehmer zu befragen, ob seine Einkommens- und Vermögenssituation derart ist, dass durch seine Teilnahme am Spiel sein konkretes Existenzminimum gefährdet ist“ (§ 25 Abs 3 Z 2 lit b GSpG).
3. Ergibt sich aus Punkt eins und zwei die Bestätigung einer begründeten Annahme, „dass die fortgesetzte und nach Häufigkeit und Intensität unveränderte Teilnahme am Spiel sein konkretes Existenzminimum gefährden würde, oder verweigert der Spielteilnehmer das Beratungsgespräch oder die Auskunft, ob eine Gefährdung seines Existenzminimums vorliegt, ist die Spielbankleitung verpflichtet, ihm den Besuch der Spielbank dauernd oder auf eine bestimmte Zeit zu untersagen oder die Anzahl der Besuche einzuschränken“ (§ 25 Abs 3 Z 2 lit c GSpG).

Eine über diese Maßnahmen hinausgehende Pflicht für die Spielbankenleitung zur Überprüfung oder Nachforschung ist im GSpG nicht vorgesehen (vgl § 25 Abs 3 GSpG).

b. Haftung der Spielbank

Auch hier soll ausschließlich auf den Gesetzestext eingegangen werden. Eine zivil- und verfassungsrechtliche Würdigung des Gesetzestextes soll im Kapitel „Ersatzansprüche von Spielteilnehmern“ erfolgen.

Eine Haftung der Spielbank ist vorgesehen, wenn den Verpflichtungen zum Spielerschutz nicht entsprochen wird. Gefährdet ein Spieler aus diesem Grund durch die unveränderte Teilnahme an den angebotenen Spielen sein Existenzminimum, haftet die Spielbank für die Verluste, die während dieser Zeit eingetreten sind. Zu ersetzen ist, nach Abzug der Verluste und unter Berücksichtigung des liquidierbaren Vermögens des Spielteilnehmers, die Differenz zwischen dem Existenzminimum und dem Nettoeinkommen. Der zu leistende Ersatz kann die Höhe des Existenzminimums nicht überschreiten. Die gerichtliche Geltendmachung der Haftung muss innerhalb von drei Jahren nach dem jeweiligen Verlust erfolgen. Hat der Spielteilnehmer bei einer etwaigen Befragung unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht, oder trifft die Spielbankleitung bei einer Verfehlung ihrer Pflichterfüllung nur leichte Fahrlässigkeit, entfällt eine Haftung (§ 25 Abs 1-3 GSpG). Gemäß § 25 Abs 3 sind durch diese Haftungsbestimmungen abschließend alle Ansprüche der Spielteilnehmer gegenüber der Spielbankleitung betreffend die Gültigkeit des Spielvertrages und Verluste aus Spielen geregelt²¹.

7. Werbung

Wie weiter unten gezeigt wird – insbesondere in den Kapiteln „Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH im Zusammenhang mit dem Glücksspielgesetz“ und „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ – kann Werbung für legales Glücksspiel aus unionsrechtlicher Sicht zulässig sein, sofern ein gewisses Ausmaß nicht überschritten wird. Daher ist auf die entsprechenden Bestimmungen des GSpG einzugehen:

Mit § 56 GSpG existiert eine Bestimmung über zulässige Werbung im Bereich des Glücksspiels. Konzessionäre und Bewilligungsinhaber haben bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren. Welcher Maßstab dies ist bzw wonach er

²¹ Näheres dazu S 145ff.

sich richtet, wird dort nicht geregelt. Die Überwachung dieses Maßstabes erfolgt ausschließlich im Wege der Aufsicht und die Klagsmöglichkeit nach §§ 1 ff UWG wird ausgeschlossen. Außerdem wird festgehalten, dass es sich bei § 56 Abs 1 GSpG um kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB handelt (§ 56 Abs 1 GSpG). Spielbanken aus Mitgliedstaaten der EU bzw des EWR dürfen gem Abs 2 in Österreich den Besuch ihrer Betriebsstätten in Mitgliedstaaten der EU oder des EWR unter Einhaltung des verantwortungsvollen Maßstabes bewerben, wenn eine entsprechende Bewilligung durch den BMF erteilt wurde. Für den Fall, dass die Werbemaßnahmen des ausländischen Spielbankbetreibers nicht den Anforderungen des § 56 Abs 1 GSpG entsprechen, kann die Werbung durch den BMF untersagt werden.

8. Elektronische Lotterien

Glücksspiel im Internet wird in Österreich zu einem großen Teil im GSpG mit den Bestimmungen zu Elektronischen Lotterien geregelt. Somit ist im Sinne einer späteren Prüfung und Würdigung dieser Bestimmungen aus unions- und zivilrechtlicher Sicht auf diese einzugehen:

Elektronischen Lotterien sind „Auspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt“ (§ 12a Abs 1 GSpG). Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird zentralseitig herbeigeführt und über elektronische Medien zur Verfügung gestellt. In § 12a Abs 1 GSpG wird auch klargestellt, dass § 25 Abs 6 bis 8 und § 25a GSpG sinngemäß anzuwenden sind.

Aus den Bestimmungen zu den Elektronischen Lotterien ergibt sich, dass in Österreich Online-Glücksspiel unter § 12a GSpG zu subsumieren ist und dass es nach dem GSpG nur einen Konzessionär – zurzeit die Österreichische Lotterien GmbH – geben kann.

E. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten

Sportwetten wurden früher durch ein Bundesgesetz, welches in weiterer Folge zum Landesgesetz wurde, geregelt²². Teilweise basieren die heutigen Landesgesetze²³ sehr stark auf dem TBWG. Das burgenländische Gesetz vom 28. Juli 1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens wurde lediglich einige Male novelliert²⁴, das letzte Mal 1993. In anderen Ländern wurden gänzlich neue Gesetze erlassen, dies beispielsweise in Oberösterreich, wo seit 2007 das *Landesgesetz, mit dem das Aufstellen und der Betrieb von Spielapparaten sowie der gewerbsmäßige Abschluss und das Vermitteln von Wetten geregelt wird*, in Geltung ist, oder in Vorarlberg, wo das *Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten* gilt. Die einzelnen Bestimmungen weisen auf der einen Seite zum Teil erhebliche Unterschiede auf, sind auf der anderen Seite aber auch teilweise sehr ähnlich. Die Regelung Vorarlbergs ist die einzige, in der auf das Ausüben der Tätigkeit als Buchmacher oder Totalisateur über ein elektronisches Medium eingegangen wird. Demnach gilt in diesem Fall jener Ort als Standort, von dem aus die Daten über das elektronische Medium bereitgestellt werden (vgl § 2 Abs 3 Vorarlberger Wettengesetz). Der Begriff Sportwette ist in keinem der neun Landesgesetze enthalten. Die Sportwette wird definiert als Wette, die gewerbsmäßig aus Anlass sportlicher Veranstaltungen abgeschlossen (Buchmacherwette) oder vermittelt wird (Totalisateurwette). Das *Oö. Spielapparate- und Wettgesetz* ist die einzige landesgesetzliche Sportwettenregelung, in der eine Legaldefinition der Wette zu finden

²² Die neun Landesgesetze basieren auf dem Gesetz vom 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens (Gesetz v 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 1919/388 idF StGBI 1920/193; in der Folge kurz: TBWG). Das TBWG war ein Bundesgesetz, da früher der Bund die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung von Sportwetten inne hatte.

²³ **Burgenland**, Gesetz vom 28. Juli 1919, betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919 idF LGBI 13/1993; **Kärnten**, Gesetz vom 13. Juni 1996 über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher (Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz – K-TBWG), LGBI 68/1996 idF LGBI 10/2009; **Niederösterreich**, Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher, LGBI 210/78 idF LGBI 111/06; **Oberösterreich**, Landesgesetz, mit dem das Aufstellen und der Betrieb von Spielapparaten sowie der gewerbsmäßige Abschluss und das Vermitteln von Wetten geregelt wird (Oö. Spielapparate- und Wettgesetz), LGBI 106/2007 idF LGBI 35/2011; **Salzburg**, Gesetz vom 15. Dezember 1994 über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure, LGBI 17/1995 idF LGBI 51/2010; **Steiermark**, Gesetz vom 1. Juli 2003 über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten im Land Steiermark (Steiermärkisches Wettgesetz), LGBI 79/2003 idF LGBI 81/2010; **Tirol**, Gesetz vom 20. März 2002 über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure (Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz), LGBI 58/2002 idF 53/2008; **Vorarlberg**, Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten (Wettengesetz), LGBI 18/2003 idF 1/2008; **Wien**, Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919 idF LGBI 24/2001.

²⁴ Siehe die vorige FN.

ist: „Preisvereinbarung zwischen der Wettanbieterin oder dem Wettanbieter und den Wetthaltern über den Ausgang eines zum Zeitpunkt des Wettabschlusses in der Zukunft liegenden Sportereignisses“ (§ 2 Z 12 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz). In jedem der Länder bedarf das Anbieten von Sportwetten einer Bewilligung durch die jeweilige Landesregierung. Bewilligungswerber müssen zuverlässig sein und fachliche Befähigungen aufweisen. Die fachliche Befähigung kann beispielsweise in Kärnten unter anderem durch Zeugnisse über die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung in einem dem Handelsgewerbe entsprechenden Lehrberuf und eine mindestens einjährige fachliche Tätigkeit nachgewiesen werden (vgl § 6 K-TBWG).

Bei der Erteilung von Bewilligungen zum gewerbsmäßigen Abschließen oder Vermitteln von Sportwetten können Bedingungen und Auflagen erteilt werden, wenn dies erforderlich ist, um eine ordnungsgemäße Ausübung zu gewährleisten. Wird in Kärnten die Bewilligung durch juristische Personen oder Personengesellschaften beantragt, muss deren Sitz oder Niederlassung im österreichischen Bundesgebiet liegen. Ein Gesellschafter oder Pächter muss bestellt sein und es ist eine Bankbestätigung, dass für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr über einen Kredit in bestimmter Höhe verfügt werden kann, vorzulegen²⁵. Für Gesellschafter und Pächter gelten dieselben Voraussetzungen wie für natürliche Personen (§ 7 Abs 2 K-TBWG). Für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts²⁶ und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts²⁷ gelten zusätzliche Voraussetzungen, wenn sie ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem EG/EWR-Mitgliedstaat haben. Sie müssen nach den Rechtsvorschriften eines dieser Staaten gegründet worden sein. Ihre Gesellschafter oder Pächter benötigen weder eine österreichische Staatsbürgerschaft noch die eines EG- oder EWR-Mitgliedstaates. Hat die jeweilige Gesellschaft nur den satzungsmäßigen Sitz in einem EG/EWR-Mitgliedstaat, hat die Tätigkeit, die sie ausübt, in dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines der Staaten der EG oder des EWR zu stehen (§ 3 Abs 1 u 2 K-TBWG). Gemäß § 5 Abs 1 lit b Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz hat die Tiroler Landesregierung einer Person eine Bewilligung zum Anbieten von Sportwetten zu erteilen, wenn sie Unionsbürger, Staatsangehöriger eines EWR-Mitgliedstaates oder Staatsangehöriger der Schweiz oder Angehöriger einer solchen Person ist und weitere Voraussetzungen zutreffen, die auch österreichische Staatsangehörige mit sich bringen müssen. Eine juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft darf gemäß § 5 Abs 3 Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz Sportwetten anbieten, „wenn sie

²⁵ Für diese Bankbestätigung gilt dasselbe wie für jene die natürliche Personen benötigen.

²⁶ Einschließlich der Genossenschaften.

²⁷ Ausgenommen sind jene die keinen Erwerbszweck verfolgen.

nach den Rechtsvorschriften der Europäischen Union, eines EU-Mitgliedstaates, eines anderen Vertragsstaates des EWR-Abkommens oder der Schweiz gegründet worden ist, soweit es sich nicht um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt, ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gebiet der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des EWR-Abkommens oder der Schweiz liegt und ihre vertretungsbefugten Personen (Geschäftsführer)“ gewisse Voraussetzungen erfüllen, die auch natürliche Personen als Bewilligungswerber erfüllen müssen. Außerdem muss auch eine vertretungsbefugte Person gewisse Voraussetzungen erfüllen.

In den meisten Ländern wird die Bewilligung vom Vorliegen von Bankgarantien bzw anderen Nachweisen der finanziellen Leistungsfähigkeit abhängig gemacht. Beispielsweise hat ein Bewilligungswerber in Salzburg, bei dem es sich um eine juristische Person handelt, die Buchmacherwetten anbieten möchte, die Bestätigung einer Bank vorzulegen, für mindestens ein Jahr unwiderruflich über einen Kreditrahmen von € 218.010,00 zu verfügen (vgl § 3 Abs 1 Z 3 Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure). Ähnliches gilt in den übrigen Ländern (vgl bspw § 4 Abs 1 Z 4 und Abs 2 Z 3 Steiermärkisches Wettgesetz, § 5 Abs 1 lit d Tiroler Buchmacher- und Totalisateuregesetz und § 6 Abs 1 Vorarlberger Wettengesetz).

In sämtlichen Sportwettengesetzen sind Verwaltungsstrafbestimmungen vorgesehen, die zur Anwendung kommen, wenn Gesetzesverstöße erfolgen.

F. Anwendbares Verwaltungsrecht

Da sich diese Arbeit vor allem auf Glücksspiel im Internet bezieht – stationäres Glücksspiel kann dabei aber nicht ganz außer Acht bleiben, da sich die Rechtsprechung, die auch für Online-Glücksspiel gilt, häufig auf dieses bezieht – sind zu einem Großteil Sachverhalte mit Auslandsbezug betroffen. Beispielsweise befindet sich entweder der Anbieter oder der Spielteilnehmer in Österreich und der andere befindet sich im Ausland. Da die Verwaltungsbestimmungen Auswirkungen auf das Zivilrecht im Zusammenhang mit Glücksspiel haben, ist zu prüfen, wann österreichisches Verwaltungsrecht anwendbar bzw anzuwenden ist:

Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung²⁸ erachtet es der EuGH unter gewissen Voraussetzungen für zulässig, nationale Beschränkungen des Glücksspiels auf ausländische Anbieter, die in ihrem Sitzstaat eine Zulassung besitzen und dort rechtmäßig anbieten, anzuwenden. Darauf wird im Kapitel „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“ näher eingegangen. Somit ist es grundsätzlich unionsrechtlich möglich, die diesbezüglichen österreichischen Normen auf Online-Glücksspielangebote, die vom Ausland aus in Österreich angeboten werden, anzuwenden. Diese Anwendung muss jedoch im nationalen Recht vorgesehen sein.

Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts könnte auf mehrere Gegebenheiten abgestellt werden. Beispielsweise auf den Serverstandort, den Ort des Sitzes oder die faktische Niederlassung des Online-Anbieters. Diese Anknüpfungspunkte haben den Vorteil, dass eine räumliche Zuordnung und somit die Zuordnung der anwendbaren Rechtsordnung leicht vorgenommen werden kann²⁹. Durch die Wahl dieser Orte kann der Online-Anbieter leicht die Rechtsordnung wählen, die für ihn zu den geringsten rechtlichen Anforderungen führt. Etwa indem er seinen Sitz in einem Staat mit geringen rechtlichen Anforderungen begründet oder dort seine Server aufstellt. Es kann aber auch auf den Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Spielteilnehmers abgestellt werden. Beim Kreis potentieller Teilnehmer an Online-Glücksspielen, die theoretisch auf der ganzen Welt verstreut sind, hat dieser Anknüpfungspunkt eine hohe Zahl an möglicherweise anzuwendenden Rechtsordnungen zur Folge. Die Zuordnung kann auch anhand des von Online-Angeboten betroffenen Marktes erfolgen³⁰.

Im Gegensatz zum Zivilrecht gibt es im Verwaltungsrecht keine generellen Kollisionsnormen und somit keine umfassenden Regeln, aus denen sich ergibt, welche Rechtsordnung zur Anwendung kommt, wenn Sachverhalte mehrere Staaten betreffen³¹. Es müssen daher einzelne Bestimmungen gesucht werden, aus denen hervorgeht, wann österreichisches Verwaltungsrecht anzuwenden ist. Dies soll nachstehend geschehen:

²⁸ Vgl. EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn69ff mwN.

²⁹ Vgl. anstatt vieler *Schopper/Zahradnik*, Privat- und aufsichtsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Bankgeschäfte im Internet, ÖBA 2003, 21.

³⁰ Vgl. *Schopper/Zahradnik*, Privat- und aufsichtsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Bankgeschäfte im Internet, ÖBA 2003, 22.

³¹ Vgl. unter anderen *Hellbling*, Zwischenstaatliche Auskünfte im österreichischen Verwaltungsverfahren, JBl 1978, 633: „In allen diesen Fällen handelt es sich also nicht, wie im IPR, um Kollisionsnormen“.

1. Anwendbares Verwaltungsrecht nach dem ECG

Naheliegender ist es, die speziellen Rechtsvorschriften zum E-Commerce auf entsprechende Normen zu untersuchen, insbesondere das E-Commerce-Gesetz (ECG)³². Gegenstand des ECG ist die Regelung von „Diensten der Informationsgesellschaft“ (§ 1 Abs 2 GSpG). Es „regelt einen rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs“ (§ 1 Abs 1 ECG). Diese Dienste werden „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers“ bereitgestellt (§ 3 Z 1 ECG). Für die Ermittlung des anwendbaren Verwaltungsrechts sind besonders Bestimmungen im ECG hinsichtlich der Zulassung von Diensteanbietern und das Herkunftslandprinzip von Bedeutung (§ 1 Abs 1 ECG).

Da sich das ECG auf „Dienste der Informationsgesellschaft“ (§ 1 Abs 2 ECG) bezieht, stellt sich die Frage, ob online angebotene Glücksspiele und Wetten solche Dienste sind. Da Online-Glücksspiele und -Wetten „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf“ (§ 3 Z 1 ECG) bereitgestellt werden und auch in Art 1 Abs 5 lit d der E-Commerce-Richtlinie Glücksspiele als „Dienst der Informationsgesellschaft“ angeführt werden, steht außer Zweifel, dass sie „Dienste der Informationsgesellschaft“ darstellen. Gemäß § 4 Abs 1 ECG bedarf „die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Diensteanbieters ... keiner gesonderten behördlichen Zulassung, Bewilligung, Genehmigung oder Konzession oder sonstigen Anforderung gleicher Wirkung.“ Sonstige Vorschriften über die Zulässigkeit der Aufnahme oder Ausübung bleiben unberührt, wenn sie nicht besonders und ausschließlich für Dienste der Informationsgesellschaft oder Anbieter dieser Dienste gelten (§ 4 Abs 2 ECG). Mit dem ECG wird klargestellt, dass von Internetanbietern außer jenen Zulassungsvoraussetzungen, die physisch anwesende Diensteanbieter erfüllen müssen, keine weiteren zu erbringen sind. In Österreich sind spezielle Vorschriften für das stationäre Anbieten von Glücksspiel vorgesehen. Daher ist es nach dem ECG zulässig, wenn diese Vorschriften auch von Anbietern von Online-Glücksspielen einzuhalten sind.

³² Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG) Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz - ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden (NR: GP XXI RV 817 AB 853 S. 83. BR: AB 6499 S. 682.) [CELEX-Nr.: 300L0031] StF: BGBl. I Nr. 152/2001.

Auch über die anwendbare Rechtsordnung gibt das ECG, und zwar mit dem Herkunftslandprinzip gemäß § 20, Aufschluss:

Abs 1: „Im koordinierten Bereich³³ (§ 3 Z 8) richten sich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter nach dem Recht dieses Staats“ (§ 20 Abs 1 ECG).

Abs 2: „Der freie Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat darf vorbehaltlich der §§ 21 bis 23 [ECG] nicht auf Grund inländischer Rechtsvorschriften eingeschränkt werden, die in den koordinierten Bereich fallen“ (§ 20 Abs 2 ECG).

Im ECG gilt also für Dienste der Informationsgesellschaft das Herkunftslandprinzip. Demnach muss ein Anbieter im EU/EWR³⁴-Raum nur jene Zulassungen einholen, die er in seinem Niederlassungsstaat benötigt und darf dann in Österreich anbieten. Österreichische Zulassungsvorschriften können diesfalls nicht angewandt werden. § 21 ECG weist jedoch gewisse Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip auf. Demnach sind „Gewinn- und Glücksspiele, bei denen ein Einsatz, der einen Geldwert darstellt, zu leisten ist, einschließlich von Lotterien und Wetten“ (§ 21 Abs 11 ECG) vom Herkunftslandprinzip ausgenommen. Alle drei Bereiche des Glücksspiels, die in dieser Arbeit behandelt werden – es sei auf die „Einleitung und Begriffsbestimmung“ verwiesen –, sind somit nicht vom Herkunftslandprinzip erfasst. Im Gegensatz zum ECG sind Glücksspiele, einschließlich Lotterien und Wetten, von der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)³⁵ zur Gänze ausgenommen, wenn der Einsatz einen Geldwert darstellt³⁶. Der Anwendungsbereich des ECG ist somit im Bereich des Glücksspiels weiter, als er nach der ECRL sein müsste³⁷.

³³ Der koordinierte Bereich umfasst, die in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten festgesetzten Anforderungen für Dienste der Informationsgesellschaft und die Anbieter dieser Dienste. Es umfasst sämtliche Vorschriften, „die für den Zugang zu den Diensten der Informationsgesellschaft sowie für die Erbringung solcher Dienste relevant sind“. Dies bedeutet, dass auch allgemeinrechtliche Bestimmungen betroffen sind wenn sie auf diese Dienste anzuwenden sind (Vgl. *Spindler/Fallenböck*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich (Teil I), ZfRV 2002/23).

³⁴ § 1 Abs 2 ECG: „Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes über das Herkunftslandprinzip (§§ 20 bis 23) und die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten (§ 25) sind nur auf den Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums anzuwenden“.

³⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABl L178 vom 17.7.2000, 1-16.

³⁶ Vgl. Erwägungsgrund 16 und Art 1 Abs 5 lit. d ECRL.

³⁷ Die österreichische Umsetzung ist durchaus sinnvoll, da nicht nachvollziehbar ist, warum Glücksspielanbieter beispielsweise von den allgemeinen und vertraglichen Informationspflichten, die in der ECRL vorgesehen sind, ausgenommen sein sollen. Zwar konnten sich die Mitgliedstaaten bisher nicht auf eine Harmonisierung des Glücksspielsektors einigen, doch genügt in diesem Zusammenhang eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das ECG keinen Aufschluss darüber gibt, wann österreichisches Verwaltungsrecht auf Online-Glücksspiel anzuwenden ist.

2. Anwendbares Strafrecht

Im Bereich des Verwaltungsrechts existieren keine generellen Kollisionsnormen. Aus dem ECG ergibt sich nicht, wann österreichisches Verwaltungsrecht auf Online-Glücksspiel anzuwenden ist, und auch sonst existieren keine allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften, aus denen eine Anwendbarkeit hervorgeht. Glücksspiel ohne Genehmigung anzubieten (Konzession, Bewilligung, etc.) ist jedoch nach § 168 StGB verboten. Sofern diese Strafbestimmung auf Online-Glücksspiel aus dem Ausland anzuwenden ist, würden auch ausländische Anbieter die entsprechenden Genehmigungen benötigen, um nicht strafbar zu werden, wenn sie in Österreich Online-Glücksspiel anbieten. Zu prüfen ist daher, ob den Strafbestimmungen Entsprechendes zu entnehmen ist:

Gemäß § 168 StGB ist das Veranstellen und die Teilnahme an Glücksspiel unter gewissen Voraussetzungen verboten:

§ 168. „(1) Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, daß bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

(2) Wer sich gewerbsmäßig an einem solchen Spiel beteiligt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

Bei Glücksspielangeboten im Internet ist der Frage nachzugehen, in welchen Fällen die nationalen Strafverfolgungsbehörden zum Einschreiten verpflichtet bzw. ermächtigt sind. Der Geltungsbereich des österreichischen Strafrechts ist im siebenten Abschnitt des StGB zu finden. Auf welche Handlungen österreichisches Strafrecht anzuwenden ist, ergibt sich aus den §§ 62ff StGB:

Gemäß § 62 StGB gilt das Territorialitätsprinzip: „Die österreichischen Strafgesetze gelten für alle Taten, die im Inland begangen worden sind.“ Welche Taten im Inland

begangen worden sind, richtet sich nach § 67 Abs 2 StGB³⁸. Nach dieser Norm wurde eine Straftat an dem Ort begangen, an welchem der Täter „gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder ein dem Tatbild entsprechender Erfolg ganz oder zum Teil eingetreten ist oder nach den Vorstellungen des Täters hätte eintreten sollen“ (§ 67 Abs 2 StGB). Es kann somit sowohl der Tätigkeitsort als auch der Erfolgsort tatortbegründend sein.

Die Anwendung österreichischen Strafrechts kann sich auch aus anderen Umständen ergeben, wobei diese aber für das Glücksspiel nicht relevant sind³⁹. Es ist also entsprechend dem obigen Absatz abzuklären, wann eine Tat als im Inland begangen gilt. Hiefür ist zwischen den einzelnen Deliktstypen zu unterscheiden:

a. Deliktstypen

Je nach Deliktstyp gilt die Tat als an unterschiedlichen Orten begangen. Daher ist abzugrenzen, unter welchen Deliktstyp § 168 StGB fällt. Bei den Delikten ist zwischen Begehungsdelikten und Unterlassungsdelikten zu unterscheiden. Begehungsdelikte werden in Erfolgsdelikte und schlichte Tätigkeitsdelikte getrennt⁴⁰. Erfolgsdelikte erfordern den Eintritt eines Erfolges, der eine von der Tat gedanklich trennbare Wirkung in der Außenwelt darstellt, zB einen Vermögensschaden oder eine Körperverletzung. Ob Erfolgsdelikte in Österreich strafbar sind ist einfach nachvollziehbar. Ereignet sich der Erfolg des Delikts in Österreich, liegt der Tatort in Österreich (vgl § 67 Abs 2 StGB). Gemäß § 62 StGB ist dann österreichisches Strafrecht anwendbar. Der Eintritt eines bestimmten Erfolges wird bei schlichten Tätigkeitsdelikten nicht vorausgesetzt. Zur

³⁸ Vgl zB OGH 26.11.1992, 15 Os 108/92: "Für Inlandstaten gilt § 62 StGB, der die uneingeschränkte Geltung des Territorialitätsprinzips normiert und demzufolge die österreichischen Strafgesetze für alle Straftaten gelten, die im Inland von wem immer an wem immer begangen worden sind. Ob der Täter Inländer oder Ausländer ist, spielt ebensowenig eine Rolle wie die Nationalität des Opfers; maßgebend ist allein der inländische Tatort. Ein solcher liegt gemäß § 67 Abs 2 StGB im Sinne der geltenden Einheitstheorie vor, wenn der Ort, an dem der Täter gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder ein dem Tatbild entsprechender Erfolg ganz oder zum Teil eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters hätte eintreten sollen, im Inland liegt. Dabei genügt es, wenn im Inland bloß ein Zwischenerfolg eingetreten ist oder nach den Vorstellungen des Täters hier hätte eintreten sollen. Mit anderen Worten: Für das Vorliegen der österreichischen Gerichtsbarkeit nach § 62 StGB genügt es, dass der Täter eine Phase der Ausführung in Österreich gesetzt hat".

³⁹ Durch das Flaggenprinzip gemäß § 63 StGB beispielsweise gilt österreichisches Strafrecht, unabhängig davon wo sich Schiffe oder Flugzeuge zur Zeit der Tat befinden, auch für Taten die an Bord von Schiffen oder Flugzeugen österreichischer Nationalität begangen werden. Außerdem gibt es gewisse Auslandstaten, die ebenfalls in Österreich strafbar sind³⁹. Wird eine Straftat von einem österreichischen Beamten begangen, kommt gemäß § 64 Abs 1 Z 2 2. Alt StGB das aktive Personalitätsprinzip und somit ebenfalls Österreichisches Strafrecht zur Anwendung. Gemäß § 65 Abs 1 Z 2 StGB kann österreichisches Strafrecht zur Anwendung kommen, wenn die ausländische Strafjustiz ihre Kompetenzen nicht wahrnimmt (stellvertretende Strafrechtspflege). Falls in einem Fall ausländisches und österreichisches Strafrecht anwendbar ist, kommt § 66 StGB zur Anwendung. Demnach ist eine im Ausland verbüßte Strafe im Inland anzurechnen.

⁴⁰ Hier kommt es auf die äußere Beschreibung des Delikts an.

Erfüllung des Tatbestands genügt ein bestimmtes Tun. Ein schlichtes Tätigkeitsdelikt wird am Handlungsort des Täters verwirklicht. Mord beispielsweise stellt ein Erfolgsdelikt dar. Gemeingefährdung ist ein schlichtes Tätigkeitdelikt.

Außerdem wird zwischen Verletzungsdelikten und Gefährdungsdelikten unterschieden⁴¹. Verletzungsdelikte erfordern den Eintritt einer Schädigung. Bei Gefährdungsdelikten genügt die Herbeiführung einer bestimmten Gefahr für das geschützte Tatobjekt bzw Rechtsgut. Dabei wird zwischen konkreten, abstrakten⁴² und potentiellen Gefährdungsdelikten unterschieden⁴³: Im Fall von konkreten Gefährdungsdelikten wird überwiegend die Notwendigkeit „einer von der Tathandlung zumindest gedanklich abtrennbaren Wirkung in der Außenwelt“ vorausgesetzt. Neben der Gefährlichkeit einer Handlung wird eine tatsächliche Gefahr für das Tatobjekt bzw Rechtsgut verlangt⁴⁴. Anders bei abstrakten Gefährdungsdelikten. Zur Verwirklichung dieser Delikte genügt die theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung des Tatobjekts⁴⁵. Strittig ist, ob zur Verwirklichung dieser Delikte die abstrakte Gefahr einer Beeinträchtigung einen Erfolg gemäß § 67 Abs 2 dritter Fall StGB darstellt oder ob ausschließlich der Ort der Tathandlung für die Gerichtsbarkeit relevant ist⁴⁶. Wenn man auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten einen Erfolg und in weiterer Folge einen Erfolgsort an jedem Ort annimmt, wo sich die abstrakte Gefahr realisiert oder realisieren könnte, ergibt sich aus § 67 Abs 2 StGB die weltweite österreichische Strafgerichtsbarkeit bei abstrakten Gefährdungsdelikten im Internet. Sofern aber nur auf den Ort der Tathandlung abgestellt wird, ist die Strafgewalt der Behörden sehr eingeschränkt. Es wäre möglich, gezielt in Österreich strafbare Handlungen aus dem Ausland auf Österreich auszurichten, ohne dass strafrechtliche Konsequenzen befürchtet werden müssen, wenn diese Tat im Ausland nicht strafbar ist (uU die Leugnung des Holocaust oder Glücksspiel).

Der Tatbestand potentieller Gefährdungsdelikte ist erfüllt, wenn die typische Eignung eines Verhaltens zur Herbeiführung einer konkreten Gefahr im Einzelfall vom Gericht festgestellt wurde.

Nach dem oben zitierten § 168 StGB ist strafbar, wer ein Glücksspiel oder ein anderes Spiel, das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine veranstaltete Zusammenkunft

⁴¹ Hier kommt es auf die Beziehung zum Rechtsgut an.

⁴² „Ein Teil der Lehre sieht die abstrakten Gefährdungsdelikte als eine Vorstufe der konkreten Gefährdungsdelikte und diese wiederum als eine Vorstufe der Verletzungsdelikte an“ (*Sadoghi*, Stalking – eine differenzierte Betrachtung dogmatischer Probleme, AnwBl 340/08, 344ff).

⁴³ Vgl unter vielen *Schroll*, Die Gefährdung bei Umweltdelikten, JBl 1990, 681 und *Flora*, Die Strafbarkeit HIV-infizierter Personen nach §§ 178, 179 StGB aufgrund von Sexualkontakten mit nicht-infizierten Sexualpartnern, RZ 1999, 65.

⁴⁴ *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798.

⁴⁵ Diese Annahme gilt ex lege und ist nicht widerlegbar.

⁴⁶ Vgl *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798, mwN.

fördert um ein solches Spiel abzuhalten, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Strafbarkeit entfällt, wenn zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib um geringe Beträge gespielt wird. Gemäß Abs 2 leg cit ist auch zu bestrafen, wer sich gewerbsmäßig an einem dieser Spiele beteiligt.

Leidenmühler/Plöckinger behandelten § 168 StGB aus internationaler Sicht⁴⁷ und führten an, dass es sich bei § 168 StGB nach herrschender Meinung um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt handle das – „im Hinblick auf das mitgeschützte Vermögen der teilnehmenden Spieler“ – Elemente eines abstrakten Gefährdungsdelikts aufweise⁴⁸. Ob solche Delikte in Österreich strafbar sind, wenn die Tathandlung im Ausland über das Internet gesetzt wird, ist strittig⁴⁹.

b. Blick nach Deutschland

Da deutsche Gerichtsentscheidungen vorhanden sind, die sich auf die Strafbarkeit von ähnlichen Deliktstypen wie § 168 StGB beziehen, die im Internet begangen werden, wird hier ein Blick nach Deutschland geworfen: Der BGH entschied in einem Aufsehen erregenden Verfahren, dass ein – in Deutschland geborener – australischer Staatsbürger, der auf einem australischen Server Artikel in englischer Sprache gespeichert hat, in denen die Existenz von Gaskammern im Konzentrationslager Auschwitz während des Zweiten Weltkriegs bestritten wurde, nach deutschem Strafrecht strafbar ist⁵⁰. Volksverhetzung – bzw die Auschwitzlüge – sind in Deutschland unter Strafe gestellt (vgl § 130 dStGB). Bei diesem Delikt handelt es sich nach Ansicht der Unterinstanz um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die Richter des BGH waren der Ansicht, dass es sich bei § 130 dStGB um ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt handelt, bei dem der Erfolg

⁴⁷ Vgl *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

⁴⁸ Vgl *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55; *Höpfel*, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 421 und *Höpfel*, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 458.

⁴⁹ Vgl unter vielen *Zöchbauer*, Medieninhaltsdelikte im Internet – Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des österreichischen Medien-(straf-)rechts, MR 2002, 363; *Zöchbauer* kann § 67 Abs 2 StGB bei abstrakten Gefährdungsdelikten, die über das Internet und aus dem Ausland begangen werden, keine Zuständigkeit österreichischer Straferichter erkennen, steht diesem Umstand jedoch kritisch gegenüber und verlangt entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen; *Auer* und *Loimer* sind der Ansicht, dass abstrakte Gefährdung einen Erfolg im Sinne des § 67 Abs 2 dritter Fall StGB darstellen (*Auer/Loimer*, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, 613); Gegen eine Strafbarkeit im Inland im Fall von abstrakten Gefährdungsdelikten, die über das Internet aus dem Ausland begangen werden ist *Römer* (*Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, Berlin 2000, 126ff ; zwar hat die *Römer* seine Ansichten auf Grundlage der deutschen Strafrechtsordnung dargelegt, doch entsprechen die relevanten Normen den österreichischen).

⁵⁰ BGH 12.12.2000, 1 StR 184/00, *Auschwitzlüge*.

dort eintritt, „wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann.“⁵¹ Bei Volksverhetzung gemäß § 130 dStGB ist dieser Erfolg die konkrete Eignung zur Friedensstörung in Deutschland. Diese Entscheidung hat Kritik hervorgerufen, die eine zu weite Ausdehnung der deutschen Strafgerichtsbarkeit vorwirft⁵².

In der deutschen Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es sich bei § 284 dStGB – dem deutschen Pendant zu § 168 StGB – um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handle und dass aus dem Ausland angebotenes Glücksspiel in Deutschland strafrechtlich nicht verfolgt werden könne⁵³. Aus BGH 1.4.2004, I ZR 317/01, *Schöner Wetten*, ergibt sich jedoch, dass der BGH Glücksspiele, die aus dem Ausland über das Internet in Deutschland angeboten werden, gemäß § 284 dStGB als strafbar ansieht⁵⁴. Auch in weiteren Entscheidungen wurde diese Auffassung vertreten⁵⁵.

c. Meinungen aus Österreich

Geht man davon aus, dass es sich bei § 168 StGB um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt mit Elementen eines abstrakten Tätigkeitsdeliktes handelt⁵⁶, stellt sich die Lage dar wie folgt: Ein schlichtes Tätigkeitsdelikt wird, wie bereits dargelegt, an jenem Ort verwirklicht, an dem der Täter handelt – dieser Ort ist somit der Tatort –, und österreichische Strafgerichtsbarkeit liegt nur vor, wenn sich dieser Ort auf österreichischem Bundesgebiet befindet. Im Fall abstrakter Gefährdungsdelikte ist strittig, ob der abstrakte Gefährdungsort mit einem Erfolgsort gleichzusetzen ist⁵⁷.

⁵¹ BGH 12.12.2000, 1 StR 184/00, *Auschwitzlüge*, D.II.3.

⁵² Vgl. *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55 mit Ausführungen zu BGH 12.12.2000, 1 StR 184/00, *Auschwitzlüge* und mwN in Fn 20 bis 23 und *Thiele*, BGH Urteil vom 12.12.2000, AZ 1 StR 184/00 – „*Auschwitzlüge*“, http://www.eurolawyer.at/pdf/BGH_1_StR_184-00.pdf, der die Kritik an sich nicht nachvollziehen kann, zwar die Begründung des BGH kritisiert, jedoch im Ergebnis mit diesem übereinstimmt.

⁵³ Vgl. *Strömer*, Online-Recht – Juristische Probleme der Internet-Praxis erkennen und vermeiden⁴, Heidelberg (2006), 11f.

⁵⁴ Die Webseite muss sich auch an den deutschen Teilnehmerkreis wenden.

⁵⁵ Vgl. OLG Hamburg 10.01.2002, 3 U 218/01; LG Köln 22.9.2005, 31 O 205/05 und 14.07.2005, 81 O 30/05, ODDSET; LG Regensburg 15.2.2005, 2 S 340/04, *Casino Club* und LG Hamburg 16.9.2004, 315 O 755/03, *Sponsored Link* und weitere.

⁵⁶ Vgl. *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

⁵⁷ Vgl. *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798ff, mwN.

Nach einer besonders restriktiven Ansicht wird österreichische Strafgewalt bei Delikten, bei denen auf den Handlungsort abzustellen ist, nur begründet, wenn sich der Täter während der Tathandlung körperlich in Österreich befindet⁵⁸.

Laut *Leidenmühler/Plöckinger* und anderen Autoren⁵⁹ könne Handlungsort im Internet nicht nur jener Ort sein, an dem „die Daten durch Berührung der Tastatur“ in das Netz eingespeist werden“. Der Handlungsort sei auch immer der „virtuelle Standort“ des Servers. Das Abstellen auf den virtuellen Server habe jedoch „die beinahe uneingeschränkte Zuständigkeit österreichischer Strafgerichte zur Folge“. Würden Daten auf einem ausländischen Server abgelegt werden, seien diese auch über österreichische Server abrufbar. Somit sei ein virtueller Handlungsort in Österreich gegeben. Um eine zu weite Ausdehnung der österreichischen Strafgewalt zu vermeiden, könne auf den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit abgestellt werden. Dabei sei nach österreichischem Strafrecht strafbar, wer „Daten **gezielt** und **kontrolliert** auf einen in Österreich befindlichen Server **übermittelt**“⁶⁰. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit stoße an seine Grenzen, wenn im Einzelfall ein besonderer Anknüpfungspunkt für österreichische Strafgewalt gegeben sei. Ein solcher Anknüpfungspunkt könne gegeben sein, wenn Texte in deutscher Sprache verfasst seien oder eine besondere Verbindung zur österreichischen Geschichte bestehe. In einem solchen Fall könne, auch wenn keine gezielte und kontrollierte Übermittlung auf einen in Österreich befindlichen Server stattfinde, inländische Gerichtsbarkeit gemäß § 67 Abs 2 StGB begründet werden⁶¹. Nach dieser Ansicht wäre § 168 StGB auf Online-Glücksspiel, das vom Ausland aus in Österreich angeboten wird, anzuwenden.

Gegen eine Ausdehnung der österreichischen Strafgewalt wie in der Entscheidung *Auschwitzlüge*⁶² wurden jedoch kriminalpolitische und völkerrechtliche Argumente vorgebracht⁶³. Das allgemeine Völkergewohnheitsrecht besagt, dass die Strafrechtsordnung eines Staates nur auf solche Sachverhalte erstreckt werden darf, „die eine gewisse Beziehung zum Inland aufweisen“⁶⁴.

⁵⁸ Vgl *Sieber*, Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, 2065 mwN.

⁵⁹ *Leidenmühler/Plöckinger*, Zur Zuständigkeit bei Internetdelikten in *Plöckinger/Duursma/Helm*, Aktuelle Entwicklungen im Internet-Recht, Wien (2002), 110ff.

⁶⁰ *Leidenmühler/Plöckinger*, Zur Zuständigkeit bei Internetdelikten in *Plöckinger/Duursma/Helm*, Aktuelle Entwicklungen im Internet-Recht, Wien (2002), 111, mwN.

⁶¹ *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

⁶² BGH 12.12.2000, 1 StR 184/00, *Auschwitzlüge*.

⁶³ Vgl unter vielen *Tröndle/Fischer*, Kommentar zum StGB⁵³, Wien (2006), § 9 Rn 5a und *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 803.

⁶⁴ *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

Einige setzen den Erfolgsort und den abstrakten Gefährdungsort gleich⁶⁵. Viele von ihnen stellen auf eine weite Auslegung des Erfolgsbegriffs bei unechten Unterlassungsdelikten⁶⁶ gemäß § 2 StGB⁶⁷ ab. Sie führen an, es sei allgemein anerkannt, dass es möglich sei, abstrakte Gefährdungsdelikte auch durch Unterlassung zu begehen, sofern eine Verpflichtung für den Täter bestehe, eine Gefährdung zu verhindern⁶⁸. Wenn der Eintritt eines Erfolges gemäß § 2 StGB bejaht werde, könne für § 67 Abs 2 StGB nicht anderes gelten. Es solle wie bei konkreten Gefährdungsdelikten der Gefährdungsort mit dem Erfolgsort gleichgesetzt werden. Der Unterschied zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten liege bei einer größeren Intensität der Gefahr bei konkreten Gefährdungsdelikten und nicht im Eintritt eines Erfolges. Bei abstrakten Gefährdungsdelikten sei die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung gering; bei konkreten Gefährdungsdelikten hingegen sei der Eintritt eines Verletzungserfolges wesentlich wahrscheinlicher⁶⁹. Auch diese Ansicht spricht für eine Anwendbarkeit des § 168 StGB auf Online-Glücksspiel, das vom Ausland aus in Österreich angeboten wird. Legt man aber auf diese Weise aus, führt auch dies zu einer uneingeschränkten Anwendbarkeit österreichischen Strafrechts auf abstrakte Gefährdungsdelikte, die im Internet begangen werden.

Plöckinger verneint eine Vergleichbarkeit des Erfolges gemäß § 67 Abs 2 dritter Fall StGB mit dem des § 2 StGB. § 2 StGB beziehe sich ausschließlich auf den Erfolg, während in § 67 Abs 2 StGB neben dem Erfolgsort auch der Handlungsort erfasst sei: „Im Gegensatz zu § 2 StGB, bei dem die einzige Möglichkeit, Strafbarkeitslücken bei abstrakten Gefährdungsdelikten zu schließen, darin besteht, den Erfolgsbegriff weit zu interpretieren, können im Rahmen des § 67 Abs 2 StGB allfällige Lücken bereits über den Handlungsbegriff geschlossen werden. Dazu bedarf es keiner extensiven Interpretation des Erfolgsbegriffs.“⁷⁰ Außerdem fehle es den abstrakten Gefährdungsdelikten an Parallelität zu den konkreten Gefährdungsdelikten. Der Gesetzgeber stufe bei abstrakten Gefährdungsdelikten einige Tätigkeiten generell als gefährlich ein und lasse die bloße

⁶⁵ Vgl. Für Österreich vgl. unter anderen *Auer/Loimer*, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, 616; *Collardin*, Straftaten im Internet, Computer und Recht 1995, 618; für die BRD vgl. *Heinrich*, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikte, GA 1999, 77; *Collardin*, Straftaten im Internet, Computer und Recht 1995, 618.

⁶⁶ Bei unechten Unterlassungsdelikten wird das Herbeiführen eines Erfolges durch Nichtvornahme eines gebotenen Tuns mit Strafe bedroht (zB § 94 StGB – Imstichlassen eines Verletzten, § 95 StGB – Unterlassung einer Hilfeleistung und § 286 StGB – Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung).

⁶⁷ § 2 StGB: „Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist“. Hinsichtlich der deutschen Literatur ist festzuhalten, dass § 13 dStGB dem § 2 StGB entspricht.

⁶⁸ *Plöckinger* verweist unter anderen auf *Lackner/Kühl*, Kommentar zum StGB²³, 1999, § 13 Rn 6 und *Stree*, in *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch²⁶, 2001.

⁶⁹ Vgl. *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798, der diese Ansicht selbst nicht vertritt, mwN.

⁷⁰ *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798.

gedankliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Tatobjekts bzw des Rechtsguts zur Tatbestandserfüllung genügen. Ein Einzelnachweis einer Gefahrenlage werde nicht verlangt. Es könne sogar feststehen, dass die typisierte Gefahr nicht habe verwirklicht werden können. „Der Tatumwert erschöpft sich in der Tathandlung, ein darüber hinausgehender 'Erfolg' wird nicht verlangt.“⁷¹ Bei konkreten Gefährdungsdelikten sei die Verwirklichung des Straftatbestandes eng mit der Herbeiführung einer tatsächlichen Gefahr für das Tatobjekt bzw das Rechtsgut notwendig und deren Vorliegen müsse im Einzelfall nachgewiesen werden. Es müsse daher bei abstrakten Gefährdungsdelikten ausschließlich an den Handlungsort angeknüpft werden⁷².

In einem Fallbeispiel bejaht *Thiele*⁷³ die Anwendbarkeit des österreichischen Strafrechts auf ein abstraktes Gefährdungsdelikt, dass über das Internet aus dem Ausland begangen wurde, da der Tatort gemäß § 67 Abs 2 StGB im Inland liege. In einer Fußnote weist *Thiele* darauf hin, dass der in § 67 Abs 2 StGB genannte Erfolg lediglich „ein dem Tatbild entsprechender“ sein müsse⁷⁴. § 67 Abs 2 StGB müsse jedoch bei Taten im Internet teleologisch reduziert werden. Nur derjenige, der über das Internet in Österreich wirken wolle, sei dem österreichischen Strafrecht unterstellt.

In der Lehre existiert keine einheitliche Ansicht, wo bei abstrakten Gefährdungsdelikten, die über das Internet begangen werden, die Verwirklichung des Delikts eintritt.

d. Weitere Überlegungen

Bei abstrakten Gefährdungsdelikten wird die Strafbarkeit gegenüber Verletzungsdelikten *vorgezogen*, um die Realisierung einer Gefahr zu vermeiden. Eine im Ausland begangene Handlung, die in Österreich gefährliche Auswirkungen hat, von der österreichischen Strafgewalt auszunehmen, weil der Täter aus sicherer Entfernung handelt, ist schwer einzusehen. Dadurch würde auch die *vorgezogene Strafbarkeit* bei abstrakten Gefährdungsdelikten vereitelt⁷⁵. Somit ist der Ansicht zu folgen, dass abstrakte Gefährdungsdelikte auch dann der österreichischen Strafgerichtsbarkeit unterliegen, wenn die Tathandlung im Ausland gesetzt wird, jedoch ein besonderer Anknüpfungspunkt zu Österreich besteht.

⁷¹ *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798.

⁷² Vgl *Plöckinger*, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798.

⁷³ Vgl *Thiele*, Straftaten im Cyberspace – Zur Reichweite des österreichischen Internationalen Strafrechts, MR 1998, 219.

⁷⁴ Vgl *Thiele*, Straftaten im Cyberspace – Zur Reichweite des österreichischen Internationalen Strafrechts, MR 1998, 219, Fn 55.

⁷⁵ Vgl *Jofer*, Strafverfolgung im Internet, München (1997), 107f.

Gerade im Bereich des Glücksspiels haben die einzelnen Staaten gewisse berechnigte Interessen, diese Tätigkeit einzudämmen bzw zu beschränken⁷⁶. Auch wenn aus wirtschaftlichen und rechtspolitischen Gründen im Bereich des Glücksspiels ein reglementierter Markt geschaffen werden sollte⁷⁷, ist illegales Angebot nicht auszuschließen, sondern ist mit solchem zu rechnen. Sei es weil Betrüger im Bereich des Online-Glücksspiels tätig werden wollen oder weil Anbieter nicht die Mittel haben, um Konzessionen zu erlangen oder aus anderen Gründen keine Konzessionen erlangen können. Aus diesem Grund könnte das staatliche Interesse, illegalem Glücksspiel durch strafrechtliche Sanktionen entgegenzutreten, ein gewichtiges inländisches Rechtsgut darstellen⁷⁸.

Jedes Angebot von Online-Glücksspiel der österreichischen Strafgewalt zu unterstellen, wäre unangemessen. Anbieter von Online-Glücksspiel, die nicht damit rechnen müssen, dass ihr Angebot von Österreich aus in Anspruch genommen wird, der österreichischen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen, wäre nicht zweckmäßig und rechtspolitisch und aus Gründen der Rechtssicherheit höchst bedenklich. Ist für einen Anbieter aus seinem Handeln nicht erkennbar, dass er Handlungen setzt, die nach österreichischem Recht strafbar sind, kann ihm dieses Handeln auch nicht vorgeworfen werden. Die nicht vorhandene Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Konsequenzen hätte keine Aussichten auf spezial- und generalpräventive Erfolge⁷⁹.

Eine besondere Anknüpfung an Österreich ist gegeben, wenn das Angebot erkennbar auf den österreichischen Markt abzielt⁸⁰. Beispielsweise deutet eine in deutscher Sprache gehaltene Webseite darauf hin, dass in ihr enthaltene Angebote auf Österreich ausgerichtet sind. Da die deutsche Sprache auch in anderen Staaten verwendet wird, lässt sich durch diese jedoch kein hinreichender Bezug zu Österreich und dessen Strafrecht herstellen⁸¹. Es ist notwendig, dass weitere Bezugspunkte zum österreichischen Hoheitsgebiet vorhanden sind. Dies können Supportkontakte – österreichische Telefonnummern, Postadressen, E-Mail-Adressen – sein. Aber auch der Umstand, dass ein Anbieter regelmäßig Verträge mit Spielteilnehmern abschließt, deren – online angegebener – Wohnsitz in Österreich ist oder die Konten bei österreichischen

⁷⁶ Vgl zB EuGH 24.03.1994, C-275/92, Schindler, Rn 62f.

⁷⁷ Zankl, Online-Glücksspiel in Europa, Wien (2011)

⁷⁸ Vgl Kienapfel, Besonderer Teil II⁹, Innsbruck (2010), § 168 Rn 2; in der aktuellen Beschaffenheit der einzelnen nationalen Regelungen des Glücksspiel, sind die nationalen strafrechtlichen Normen aus europarechtlicher Sicht jedoch bedenklich.

⁷⁹ Heißl, Können die USA ein Vorbild sein? - Neue Wege zur Bestimmung der Zuständigkeit bei Grundrechtseingriffen im Internet, ZfRV 2011/5.

⁸⁰ Vgl Diese Ansicht wird von einer Reihe von Autoren vertreten. Vgl unter anderen Plöckinger, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 802f.

⁸¹ Vgl Leidenmühler/Plöckinger, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

Banken als Verrechnungskonten angeben, ist als solcher Anknüpfungspunkt geeignet. Auch Werbung im österreichischen Hoheitsgebiet für das Angebot auf der jeweiligen Webseite stellt eine sinnvolle Anknüpfung dar. Mit Hilfe der unterschiedlichen Hinweise ist die Ausgerichtetheit auf den österreichischen Markt zu prüfen und anhand der jeweiligen Umstände ist abzuwägen, ob eine sinnvolle Anknüpfung zu österreichischem Hoheitsgebiet gegeben ist⁸².

Mit Hilfe dieses Ansatzes kann eine Anwendbarkeit österreichischen Strafrechts abgeleitet werden. Wird festgestellt, dass ein Online-Glücksspielangebot auf den österreichischen Markt ausgerichtet ist, bestehen auch keine völkerrechtlichen Bedenken an der Anwendbarkeit österreichischen Strafrechts.

e. Österreichische Judikatur

Zurzeit gibt es, soweit ersichtlich, keine höchstgerichtliche österreichische Judikatur, die Online-Glücksspiel betrifft, das aus dem Ausland in Österreich angeboten wird. Für die Beurteilung der Anwendbarkeit des österreichischen Strafrechts auf Online-Glücksspiel aus dem Ausland ist jedoch besonders die Entscheidung OGH 14.12.1982, 9 Os 137/82 relevant. Es ging um den Betrieb eines Glücksspielautomaten. Der OGH führte in dieser Entscheidung an, dass für die Vollendung des § 168 Abs 1 StGB „das Stattfinden zumindest eines dieser Gesetzesstelle unterfallenden Spielgeschehens erforderlich“⁸³ ist. „Das bloße 'Inkaufnehmen' der abstrakten Möglichkeit, es könnte ein Spieler den an sich für Spiele um kleine Beträge und zum Zeitvertreib gedachten Automaten zur Erzielung von Vermögensvorteilen oder zum gewerbsmäßigen Spiel (§ 168 Abs. 2 StGB) mißbrauchen, stellt nicht die zum Tatbestand des § 168 Abs. 1 StGB gehörige subjektive Tatseite her“⁸⁴. Daraus ergibt sich, dass es sich bei § 168 StGB gerade nicht um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt, das Elemente eines abstrakten Gefährdungsdelikts aufweist, handelt, sondern, dass sehr wohl ein Erfolg eintreten muss.

⁸² In diesem Zusammenhang ist auch auf die E EuGH 7.12.2010, Verbundene RS C-585/08 und C-144/09, *Pammer/Alpenhof*, zu verweisen in der sich der EuGH dazu geäußert hat, wann eine Webseite auf einen Staat „ausgerichtet“ ist. Diese Grundsätze können zwar grundsätzlich auch zur Beurteilung herangezogen werden, wann ein Angebot im strafrechtlichen Sinn auf Österreich ausgerichtet ist, doch bezieht sie sich eigentlich auf die zivilrechtliche Gerichtsbarkeit.

⁸³ Vgl auch *Liebscher* in *Höpfel/Ratz [Hrsg]*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wien (1999) Rn 7 zu § 168 und *Leukauf/Steininger [Hrsg]*, Kommentar zum StGB², Eisenstadt (1974), Rn 9 zu § 168.

⁸⁴ OGH 14.12.1982, 9 Os 137/82.

In Bezug auf § 3g VG⁸⁵ weist der OGH darauf hin, dass es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Demnach gesteht der OGH eine gewisse Erfolgsanknüpfung iSd § 67 Abs 2 StGB auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten zu: „Setzt also der Täter vorsätzlich ein Verhalten, das geeignet ist, (zumindest) eine der spezifischen Zielsetzungen der NSDAP zu neuem Leben zu erwecken oder zu propagieren und solcherart zu aktualisieren (RZ 1995/44; 13 Os 28/04), so ist das damit verwirklichte Verbrechen nach § 3g VG (auch) an jedem Ort begangen, an dem ein dem Tatbild entsprechender Erfolg nach seiner Vorstellung ganz oder zum Teil hätte eintreten sollen.“⁸⁶ Der OGH bejaht somit die Anwendung des § 67 Abs 2 StGB auf abstrakte Gefährdungsdelikte und sieht daher auch bei diesen einen Erfolgsort als gegeben an.

f. Ergebnis anwendbares Strafrecht

In der Literatur gibt es einige Autoren, die Delikte wie § 168 Abs 1 StGB gemäß § 67 Abs 2 iVm § 62 StGB auch dann der österreichischen Strafgewalt unterworfen wissen wollen, wenn die Tathandlung nicht in Österreich stattgefunden hat, jedoch ein besonderer Anknüpfungspunkt zu Österreich besteht. Der OGH hat zwar keine strafrechtliche Entscheidung zum Online-Glücksspiel getroffen, doch lassen andere Entscheidungen (die oben genannten) zum Glücksspiel und zu anderen Delikten, die über das Internet begangen wurden, erwarten, dass dieser zum selben Ergebnis kommen würde. Insbesondere die E zu § 168 Abs 1 StGB zeigt, dass der OGH eine Strafbarkeit nach dieser Norm an einen Erfolg anknüpft.

Es ist somit davon auszugehen, dass § 168 Abs 1 StGB auf Online-Glücksspiel, das aus dem Ausland in Österreich angeboten wird – also wenn sich das Angebot auf den österreichischen Markt auswirkt und auf diesen ausgerichtet ist –, anwendbar ist. Vorausgesetzt im Hinblick auf Glücksspielanbieter aus EU-Mitgliedstaaten ist jedoch, dass die nationalen – verbotenden – Vorschriften unionskonform sind. Wie unten – in „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ – dargelegt wird, ist dies auf die österreichische Rechtslage zumindest größtenteils zu verneinen⁸⁷.

⁸⁵ Verbotsgesetz 1947, StGBI. Nr. 13/1945 idF BGBl. Nr. 148/1992. § 3g VG: „Wer sich auf andere als die in den §§ 3a bis 3f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn betätigt, wird, sofern die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung strenger strafbar ist, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung bis zu 20 Jahren bestraft“.

⁸⁶ OGH 17.11.2009, 14 Os 81/09g.

⁸⁷ Siehe S 80ff.

3. Anwendbares Verwaltungsstrafrecht

Neben der gerichtlichen Strafbarkeit gemäß § 168 StGB ist im GSpG ein Verwaltungsstraftatbestand zu finden (§ 52 GSpG), nach dem insbesondere das Anbieten von Glücksspiel ohne eine entsprechende Erlaubnis verboten ist.

Gemäß § 2 Abs 1 VStG sind nur im Inland begangene Verwaltungsübertretungen strafbar. Nach Abs 2 leg cit ist eine Tat im Inland begangen worden, wenn der Täter im Inland gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder der Erfolg im Inland eingetreten ist. Somit entspricht die verwaltungsrechtliche Anknüpfung für eine Strafbarkeit in Österreich der gerichtlich-strafrechtlichen. Im Verwaltungsstrafrecht existiert also grundsätzlich ebenfalls das Problem hinsichtlich der Strafbarkeit einzelner Deliktgruppen bei einer Tatbegehung im Internet wie im Bereich der gerichtlichen Strafbarkeit.

Für Glücksspiel im Internet ist vor allem § 52 Abs 1 Z 1 GSpG relevant. Z 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.“ In § 52 Abs 3 GSpG wird geregelt, dass wenn Verwaltungsübertretungen nach Abs 1 leg cit nicht im Inland begangen werden, „als an jenem Ort begangen“ gelten, „von dem aus die Teilnahme im Inland erfolgt“. Mit diesen Bestimmungen wird das Veranstalten, Organisieren oder unternehmerisch-zugänglich-machen vom Ausland aus per Internet in Österreich unter Verwaltungsstrafe gestellt⁸⁸. Eine Strafbarkeit nach § 52 Abs 1 Z 1 iVm Abs 3 GSpG von ausländischen Anbietern steht somit außer Zweifel.

Im Zusammenhang mit der Strafbarkeit von Glücksspielanbietern, die keine Konzession im Sinne des GSpG besitzen, ist der Frage nachzugehen, ob die vom GSpG verlangte Konzession durch eine ausländische Konzession ersetzt werden kann. Weder in der österreichischen Rechtsordnung ist dies vorgesehen, noch bestehen unionsrechtliche

⁸⁸ § 52 Abs 3 GSpG ist in dieser Fassung existiert erst seit der Fassung BGBl Nr. I 54/2010. Davor war er in einer dem jetzigen Abs 4 entsprechenden Form in Geltung. Abs 1 Z 1 lautete damals: „...wer Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes zur Teilnahme vom Inland aus veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht“... Laut den Materialien sollte schon mit der damaligen Fassung das ausländische Glücksspielangebot unter Strafe gestellt werden: „In Übereinstimmung mit Europarecht (Rs Placanica) sollen verbotene Ausspielungen weiterhin dann mit Verwaltungsstrafe belegt sein, wenn sie zur Teilnahme vom Inland aus angeboten oder veranstaltet werden“ (StenProt 68. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, XXIII. GP, 10.7.2008, 149f. „weiterhin“ ist so zu verstehen, dass davon ausgegangen wurde, dass bereits mit GSpG aF Glücksspielangebote aus dem Ausland unter Strafe gestellt wurden). § 52 Abs 3 GSpG in der jetzigen Fassung ist somit als Konkretisierung der damaligen Rechtslage zu verstehen.

Bestimmungen, aus denen entsprechendes hervorgeht. Im Gegenteil: Der EuGH hat – wie im Kapitel „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“ gezeigt wird – ausgesprochen, dass ein Mitgliedstaat ausländische Genehmigungen nicht anerkennen muss⁸⁹. Somit ist es zulässig ausländisches Glücksspiel auch bei Vorliegen einer ausländischen Konzession bzw Lizenz per Strafe zu verbieten; vorausgesetzt im Hinblick auf Glücksspielanbieter aus EU-Mitgliedstaaten ist jedoch, dass die nationalen – verbietenden – Vorschriften unionskonform sind. Wie unten – in „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ – dargelegt wird, ist dies auf die österreichische Rechtslage zumindest größtenteils zu verneinen.

G.Zwischenergebnis

Wie in den obigen Kapiteln gezeigt wurde, müssen die Voraussetzungen des österreichischen Rechts zum Anbieten von Glücksspiel auch von Anbietern erfüllt werden, die vom Ausland aus Online-Glücksspiel in Österreich anbieten. Im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten der EU ist hierfür jedoch notwendig, dass die österreichischen Bestimmungen unionskonform sind⁹⁰. Andernfalls ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, dass die unionsrechtswidrigen nationalen Bestimmungen unangewandt zu bleiben haben⁹¹.

⁸⁹ Vgl unter anderen EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 69.

⁹⁰ Siehe S 41ff und 72ff.

⁹¹ Siehe S 78f.

II. Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht

Um die zivilrechtlichen Gegebenheiten im Bereich des Online-Glücksspiels und insbesondere die verwaltungsrechtlichen Auswirkungen auf das Zivilrecht zu klären, ist die Zulässigkeit der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen im Hinblick auf das Unionsrecht zu prüfen. Harmonisierung hat auf dem Gebiet des Glücksspiels bisher keine stattgefunden. Im Bereich des Glücksspiels existieren somit in der EU 27 Rechtsordnungen, die das Glücksspiel zum Teil auf sehr unterschiedliche Weise regeln⁹². Teilweise ist das Glücksspiel (im Internet) liberalisiert⁹³ und teilweise verboten; es existieren – so wie in Österreich – auch Monopole⁹⁴.

Auch wenn keine Harmonisierung im Bereich des Glücksspiels existiert, bedeutet dies nicht, dass die nationalen Regelungen des Glücksspiels vom Unionsrecht unbeeinflusst sind. Die nationalen Regelungen werden insbesondere von den in Art 26 AEUV angeführten Freiheiten – den vier Grundfreiheiten – beeinflusst. Die Beeinträchtigung der vier Grundfreiheiten ist nur unter gewissen Umständen zulässig, auf die in diesem Kapitel eingegangen wird. Für das Glücksspiel sind vor allem die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit relevant.

⁹² Dass dadurch keine Rechtssicherheit im Bereich des (grenzüberschreitenden) Glücksspiels besteht, liegt auf der Hand (Vgl. *Zankl*, EU-weite Regulierung für Internet-Glücksspiel, *Der Standard* 3.3.2010; *Zankl*, Die Sachertorte und das Glücksspiel, *Die Presse* 8.2.2010, und *Zankl*, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, *ecolex* 2010, 310). Es besteht einerseits eine große Anzahl unterschiedlicher Regelungen, die sich nicht nur im Detail, sondern auch im grundsätzlichen Regelungsansatz unterscheiden, andererseits wird die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit dem Unionsrecht in Frage gestellt und häufig legen nationale Gerichte dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor, da sie selbst an der Vereinbarkeit zweifeln. Gerade in einem so kontroversen Rechtsgebiet wäre ein hohes Maß an Rechtssicherheit wünschenswert – dies sowohl auf Unternehmer- als auch auf Verbraucherseite.

⁹³ Vgl. *EUROPA – Press Release*, Online-Glücksspiele: Kommission begrüßt Entscheidung Frankreichs zur Liberalisierung des Glücksspielmärkte und stellt Vertragsverletzungsverfahren ein, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1597&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> und *Hambach*, Glücksspiel: Innerhalb nur weniger Tage erfasst Liberalisierungswelle nach Frankreich auch Dänemark, die Schweiz und erneut Italien - macht eine aktuelle EuGH-Entscheidung den Weg für Deutschland frei?, <http://www.isa-guide.de/law/articles/25427.html>.

⁹⁴ Vgl. *wettanbieter.eu*, Europäische Glücksspielregelungen im Umbruch, <http://www.wettanbieter.eu/news/industrie/europa-gluecksspielgesetze-im-umbruch-024/>.

A. Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH im Zusammenhang mit dem Glücksspielgesetz

Um die Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht beurteilen zu können, wird auf die Judikatur des EuGH eingegangen, und aus dieser werden die Voraussetzungen herausgearbeitet, nach denen Beschränkungen des Glücksspiels zulässig sind. Im Anschluss daran werden anhand dieser Grundsätze die österreichischen Bestimmungen auf Konformität mit dem Unionsrecht überprüft. Seit Anfang der 1990er Jahre setzte sich der EuGH in diversen Verfahren mit dem Glücksspiel auseinander. Im Folgenden wird auf die wichtigsten und für diese Arbeit relevanten Urteile eingegangen:

1. EuGH vom 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*

Das erste Verfahren, auf das im Rahmen dieser Arbeit eingegangen wird, ist der Fall *Schindler*⁹⁵. Die Brüder Gerhart und Jörg *Schindler* versandten Werbematerial und Anmeldeformulare einer in Deutschland veranstalteten Lotterie nach Großbritannien. Nach britischem Recht war dies verboten. Den beiden wurde ein Verstoß gegen Bestimmungen vorgeworfen, die die Einführung von Werbematerial oder anderen Mitteilungen über die Ziehung gewisser Lotterien untersagten⁹⁶. Lotterien, bei denen es sich um keine Glücksspiele nach den britischen Rechtsvorschriften handelte, waren verboten⁹⁷. Gerhart und Jörg *Schindler* vertraten im Ausgangsverfahren den Standpunkt, dass die betreffenden Bestimmungen mit Art 30 EWG-Vertrag⁹⁸ bzw zumindest mit Art 59 EWG-Vertrag⁹⁹ unvereinbar gewesen seien. Das in Großbritannien für diesen Fall

⁹⁵ EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*.

⁹⁶ Section 1 des Abgabengesetzes von 1898 in der damaligen Fassung; EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 6.

⁹⁷ Section 1 des Lotterie- und Vergnügungsgesetzes von 1976 in der damaligen Fassung .

⁹⁸ Art 34 AEUV (Warenverkehrsfreiheit).

⁹⁹ Art 56 AEUV.

zuständige Gericht – der High Court of Justice – legte dem EuGH sechs Fragen zur Vorabentscheidung vor¹⁰⁰.

Im Verfahren vor dem EuGH brachten die Regierungen Belgiens, Deutschlands, Irlands, Luxemburgs und Portugals vor, dass Lotterieveranstaltungen nicht zum *Wirtschaftsleben* gemäß dem EG-Vertrag gehören würden. Lotterieveranstaltungen würden in den Mitgliedstaaten herkömmlicher Weise verboten oder im Sinne des Allgemeininteresses vom Staat oder unter seiner Kontrolle veranstaltet. Lotterien seien nicht zum *Wirtschaftsleben* zugehörig, da der Zufall mitspiele. Daher liege Lotterien kein wirtschaftliches Leistungsverhältnis zugrunde. Vielmehr würden sie der Erholung dienen und ein Spiel darstellen. Der EuGH war der Ansicht, dass das Veranstalten von Lotterien eine Dienstleistung darstellt. Der Umstand, dass bei Lotterien die Gegenleistung vom Zufall abhängt, ändert nichts an ihrem wirtschaftlichen Charakter. Das spielerische Element von Lotterien hat keinen Einfluss auf das Faktum, dass es sich beim Veranstalten von Lotterien um eine Dienstleistung handelt. Auch die Ausnahme von Tätigkeiten im Lotteriewesen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 75/368 spricht dem Anbieten von Lotterien nicht den Charakter einer Dienstleistung ab.

Die Verfechter von Beschränkungen, wie sie in Großbritannien vorgesehen waren, brachten vor, dass die unterschiedslose Geltung dieser Bestimmungen zu deren Gültigkeit führe. Der EuGH hat jedoch bereits in der Entscheidung EuGH vom 25.7.1991, C-76/90, *Säger*, festgehalten, dass auch unterschiedslos geltende Bestimmungen unter

¹⁰⁰ „1. Sind Lose oder Werbematerial für eine Lotterie, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig veranstaltet wird, Waren im Sinne von Artikel 30 [Anm Art 34 AEUV (*Warenverkehrsfreiheit*)] EWG-Vertrag?

2. Wenn ja, gilt Artikel 30 für das Verbot der Einfuhr von Losen oder Werbematerial für große Lotterien durch das Vereinigte Königreich, obwohl die Beschränkungen für die Veranstaltung solcher Lotterien innerhalb des Vereinigten Königreichs nach dessen Recht ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird?

3. Wenn ja, bilden die vom Vereinigten Königreich angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechnete Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit, die die beanstandeten Beschränkungen unter den Umständen des vorliegenden Falles entweder nach Artikel 36 [Anm Art 36 AEUV (*Rechtfertigungsgründe für das Aufrechterhalten von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit*)] oder auf andere Weise rechtfertigen?

4. Stellt die Bereitstellung von Losen oder die Versendung von Werbematerial für eine Lotterie, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig veranstaltet wird, eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 59 [Anm Art 56 AEUV (*Dienstleistungsfreiheit*)] EWG-Vertrag dar?

5. Wenn ja, gilt Artikel 59 für das Verbot der Einfuhr von Losen oder Werbematerial für große Lotterien durch das Vereinigte Königreich, obwohl die Beschränkungen für die Veranstaltung solcher Lotterien innerhalb des Vereinigten Königreichs nach dessen Recht ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird?

6. Wenn ja, bilden die vom Vereinigten Königreich angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechnete Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit, die die beanstandeten Beschränkungen unter den Umständen des vorliegenden Falles entweder nach Artikel 56 [Anm Art 52 AEUV (*Rechtfertigungsgründe für das Aufrechterhalten von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit*)] in Verbindung mit Artikel 66 [Anm Art 62 AEUV (*Rechtfertigungsgründe für das Aufrechterhalten von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit*)] oder auf andere Weise rechtfertigen?“ (EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 12).

Art 59 EWG-Vertrag¹⁰¹ fallen können. Konkret fallen solche Beschränkungen unter das Verbot der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, wenn sie geeignet sind, zu unterbinden oder zu behindern, dass ein Dienstleistungserbringer aus einem Mitgliedstaat seine Dienstleistung in dem Mitgliedstaat erbringt, der die beschränkende Vorschrift erlassen hat.

Der EuGH entschied, dass die betreffenden Bestimmungen den freien Dienstleistungsverkehr beschränken: Eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs findet statt, wenn nationale Vorschriften eines Mitgliedstaates die Durchführung von Lotterien auf seinem Staatsgebiet verbieten und wenn so verhindert wird, dass Veranstalter von Lotterien anderer Mitgliedstaaten Lotterien im beschränkenden Mitgliedstaat betreiben. Dies trifft auch zu, wenn die nationalen Normen unterschiedslos – also auch für nationale Anbieter – zur Anwendung kommen. Solche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind jedoch zulässig, wenn keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit stattfindet und sie im Sinne des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung gerechtfertigt sind. Das vorliegende Gericht stellte fest, dass die britischen Rechtsvorschriften in ihrer vor dem Gesetz von 1993 zur Einführung der Staatlichen Lotterie geltenden Fassung folgende Ziele verfolgten:

1. Verhinderung von Straftaten
2. Sicherstellung, dass Spieler fair behandelt werden
3. Verhinderung von Anregungen der Nachfrage nach Glücksspielen in einem Ausmaß, dass sie mit sozialschädlichen Folgen verbunden sind
4. Vorkehrung, dass Lotterien nicht zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet werden können
5. Veranstaltung von Lotterien zu ausschließlich wohltätigen, sport- oder kulturfördernden Zwecken

In früheren Fällen entschied der EuGH bereits, dass der Schutz der Dienstleistungsempfänger und der Sozialordnung die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können¹⁰². Es kann laut dem EuGH nicht außer Betracht bleiben, dass sittliche, religiöse und kulturelle Erwägungen zum Glücksspiel in

¹⁰¹ „Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, daß dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind“; *Anm* Art 56 AEUV.

¹⁰² Vgl. EuGH 18.1.1979, Rs 110/78 und 111/78, *Van Wesemäl*; Rn 28, EuGH 4.12.1986, Rs 220/83, *Kommission/Frankreich*, Rn 20 und EuGH 24.10.1978, Rs 15/78, *Société générale alsacienne de banque*, Rn 5.

den Mitgliedstaaten darauf gerichtet sind, die Ausübung von Glücksspiel zu begrenzen, zu verbieten und zu verhindern, dass sie der persönlichen Bereicherung der Veranstalter dienen. Die Höhe der Beträge, die an Glücksspielveranstalter geleistet werden, und die Höhe auszuzahlender Gewinne erhöhen die Gefahr von Straftaten. Außerdem verleitet ein Glücksspielangebot zu Ausgaben mit möglichen schädlichen persönlichen und sozialen Folgen. Die Einnahmen der Lotterien dienen in beträchtlichem Ausmaß der Finanzierung uneigennütziger Tätigkeiten und von Tätigkeiten, die im Allgemeininteresse liegen. Der EuGH stellte klar, dass die Finanzierung uneigennütziger und im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten für sich allein keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt¹⁰³. Wird die Veranstaltung großer Lotterien und insbesondere die Werbung für Lose dieser Lotterien einschließlich der Verteilung der Lose verboten, kann das Verbot, Werbematerial in diesem Mitgliedstaat einzuführen, um dessen Staatsangehörige zu Teilnahmen an großen Lotterien, die in einem anderen Mitgliedstaat veranstaltet werden, zu animieren, als den Dienstleistungsverkehr nicht in ungerechtfertigter Weise beschränkend angesehen werden. Dieses Verbot ist dann nämlich für den Schutz dieser Staatsangehörigen notwendig¹⁰⁴.

Aus diesen Gründen ist ein gewisses Ermessen der einzelnen Mitgliedstaaten gegeben, die Erlaubtheit des Veranstaltens von Lotterien, die Einsätze, den Spielerschutz und weitere Gegebenheiten im Zusammenhang mit den Lotterien zu regeln. Veranstaltungen von Lotterien zur Gänze zu verbieten, kann auch zulässig sein. Keinesfalls darf eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit erfolgen.

Die obige Argumentation des Gerichtshofs hat dazu geführt, dass er die Beschränkungen Großbritanniens für zulässig erklärte¹⁰⁵. Der EuGH entschied:

„1) Die Einfuhr von Werbematerial und Losen in einen Mitgliedstaat, um die in diesem Staat wohnenden Personen an einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie teilnehmen zu lassen, gehört zu den 'Dienstleistungen' im Sinne des Artikels 60 EWG-Vertrag und fällt folglich in den Anwendungsbereich des Artikels 59 EWG-Vertrag.

2) Nationale Rechtsvorschriften, die wie die britischen Lotterievorschriften, von den dort festgelegten Ausnahmen abgesehen, die Durchführung von Lotterien auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats verbieten, stellen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.

¹⁰³ Vgl. EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 60.

¹⁰⁴ Vgl. EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 62.

¹⁰⁵ EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 63.

3) Die Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr stehen Rechtsvorschriften wie den britischen Lotterievorschriften unter Berücksichtigung der Anliegen der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung, die diese Vorschriften rechtfertigen, nicht entgegen.“

Mit dem Urteil *Schindler* wurde erstmals entschieden, dass der Unterhaltungswert, das spielerische Element, die Zufallsabhängigkeit und die spezielle Zweckwidmung der Gewinne aus Lotterieveranstaltungen nichts daran ändern, dass sie Dienstleistungen darstellen. Das Veranstellen von Glücksspielen ist eine wirtschaftliche Tätigkeit, die eine Dienstleistung darstellt und daher dem EWG¹⁰⁶-Vertrag unterliegt¹⁰⁷. Diese Entscheidung hat grundlegende Bedeutung hinsichtlich der Frage nach der Anwendbarkeit des EWG-Vertrages und seiner Nachfolgeverträge auf das Glücksspiel¹⁰⁸. Nationale Glücksspielregelungen sind bezüglich ihrer Zulässigkeit im Rahmen des Unionsrechts zu prüfen.

Den freien Dienstleistungsverkehr beschränkende Vorschriften im Zusammenhang mit Glücksspiel können gerechtfertigt sein: *Sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Diese Gründe können der Verbraucherschutz, die Verbrechensbekämpfung, der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, die Begrenzung der Nachfrage nach Glücksspielen sowie die Finanzierung uneigennütziger und im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten sein. Die Finanzierung dieser Tätigkeiten kann für sich alleine keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen. Die Normen, durch die der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt wird, müssen im Hinblick auf die mit ihnen verfolgten Ziele verhältnismäßig sein. Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darf nicht gegeben sein.*

Der EuGH arbeitete in dieser Rs Grundsätze aus, die er in weiterer Folge bestätigt und ergänzt hat. Die E *Schindler* war und ist maßgebend für alle danach ergangenen Entscheidungen im Bereich des Glücksspiels.

¹⁰⁶ Jetzt AEUV.

¹⁰⁷ *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360.

¹⁰⁸ *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien (1998), 66.

2. EuGH vom 21.10.1999, C-67/ 98, *Zenatti*

Zenatti war italienischer Mittelsmann einer Gesellschaft – der SSP Overseas Betting Limited –, die in London als zugelassener Buchmacher niedergelassen war. Er betrieb in Italien ein Übertragungszentrum für Daten betreffend Sportwetten¹⁰⁹. Wetteinsätze italienischer Kunden wurden nach Großbritannien weitergeleitet. Wetten durften in Italien nur das Ergebnis von Sportereignissen, die unter der Kontrolle des italienischen Nationalen Olympischen Komitees (CONI)¹¹⁰ standen, oder das Ergebnis von Pferderennen betreffen, die durch Vermittlung des italienischen Nationalen Verbandes zur Verbesserung der Pferderassen (UNIRE)¹¹¹ organisiert wurden. Nach einem Ausschreibungsverfahren und gegen Zahlung von Lizenzgebühren durften die Veranstaltung und der Abschluss von Wetten an Personen oder Einrichtungen vergeben werden. Diese mussten geeignete Sicherheiten bieten¹¹². Nach der italienischen Rechtsordnung¹¹³ war die Tätigkeit *Zenattis* unzulässig. Es wurden rechtliche Schritte gegen *Zenatti* eingeleitet, der sich durch das Ergreifen von Rechtsmitteln zur Wehr gesetzt hat. Im Zuge dessen legte das Consiglio di Stato die Angelegenheit dem EuGH vor¹¹⁴.

Zenatti brachte vor, dass Lotterien und Glücksspiele mit Wetten nicht vergleichbar seien, und begründete seine Ansicht damit, dass der Ausgang von Glücksspielen vom Glück abhängt. Bei Wetten entscheide die Geschicklichkeit. Somit sei der Fall *Schindler* mit seinem nicht vergleichbar. Eine Rechtfertigung der italienischen Bestimmungen sei nicht durch schlichtes Verweisen auf Anliegen der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung möglich. Auch der EuGH vertrat die Auffassung, dass Sportwetten und Lotterien nicht gleichzustellen sind. Wetten über Sportereignisse sind jedoch aufgrund „der Höhe der Beträge, die dabei eingenommen werden können, und der Gewinne, die sie den Spielern bieten können, ... mit denselben Gefahren von Betrug und anderen Straftaten verbunden und können dieselben schädlichen persönlichen und sozialen Folgen haben“ wie Lotterien.

¹⁰⁹ EuGH 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 6.

¹¹⁰ Comitato Olimpico Nazionale Italiano. Die Konzessionsvergabe beruhte auf dem Dekret Nr. 174 des Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerium für Wirtschaft und Finanzen) vom 2. Juni 1998.

¹¹¹ Unione nazionale per l'incremento delle razze equine. Die Konzessionsvergabe beruhte auf dem Dekret Nr. 169 des Präsidenten der Republik vom 8. April 1998.

¹¹² Vgl. EuGH 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 4.

¹¹³ Vgl. Königliches Dekret Nr. 773 vom 18. Juni 1931 über die Annahme der kodifizierten Fassung der Gesetze über die öffentliche Sicherheit (GURI Nr. 146 vom 26. Juni 1931), Art 718 des italienischen Strafgesetzbuchs (Codice penale) und Art 4 des Gesetzes Nr. 401 vom 13. Dezember 1989 (GURI Nr. 401 vom 18. Dezember 1989).

¹¹⁴ „Stehen die Bestimmungen des Vertrags über den Dienstleistungsverkehr einer Regelung wie der italienischen über die Wetten unter Berücksichtigung der Anliegen der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung entgegen?“ (Vgl. EuGH 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 11).

Die im Ausgangsverfahren streitigen Wetten müssen somit als Glücksspiele angesehen werden, die mit den Lotterien in *Schindler* vergleichbar sind¹¹⁵. Der Gerichtshof entschied, Rechtsvorschriften wie die gegenständlichen, welche Glücksspielanbieter aus anderen Mitgliedstaaten direkt oder indirekt hindern, in Italien tätig zu werden, stellen „ein Hindernis für die Dienstleistungsfreiheit dar“¹¹⁶.

Mit den betreffenden italienischen Regelungen sollte Straftaten wie Betrug entgegengetreten und verhindert werden, dass das Veranstellen von Wetten zu einer persönlichen Bereicherung führt. Schädliche persönliche und soziale Folgen durch den Anreiz zu Ausgaben sollten verhindert werden. Der italienische Gesetzgeber wollte, dass Wetten ausschließlich dann legal veranstaltet werden können, wenn sie von gesellschaftlichem Nutzen für die zweckentsprechende Durchführung von Sportwettkämpfen sind¹¹⁷.

Der EuGH sah die obigen Gründe als zwingende Gründe des Allgemeinwohls an und bestätigte, dass nationale Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs die angestrebten Ziele gewährleisten müssen und nicht über das erforderliche Maß hinausgehen dürfen. Die Gründe für nationale Beschränkungen des Glücksspiels sind „in ihrer Gesamtheit zu würdigen“¹¹⁸. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass die Bestimmungen zum freien Dienstleistungsverkehr nationale Vorschriften, wie in Italien, nicht ausschließen. Beschränkungen müssen durch Ziele der Sozialpolitik gerechtfertigt sein und dürfen „nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen“¹¹⁹. Daher entschied der EuGH:

„Die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit stehen nationalen Rechtsvorschriften wie den italienischen, die bestimmten Einrichtungen das Recht zur Annahme von Wetten über Sportereignisse vorbehalten, nicht entgegen, wenn diese Rechtsvorschriften tatsächlich durch Ziele der Sozialpolitik, nämlich die Beschränkung der schädlichen Wirkungen solcher Aktivitäten, gerechtfertigt sind, und wenn die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.“

Der EuGH nimmt in *Zenatti* häufig Bezug auf seine bis damals ergangenen Entscheidungen. Er führt dieselben Gründe an, durch die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sein können. Von besonderer Bedeutung ist der

¹¹⁵ EuGH 21.10.1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 18f.

¹¹⁶ EuGH 21.10.1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 27.

¹¹⁷ Vgl EuGH 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 30.

¹¹⁸ Vgl EuGH 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 31 und den entsprechenden Part in EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 50.

¹¹⁹ Vgl EuGH 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*, Rn 38.

Hinweis, dass es nicht unerheblich ist, wenn Gewinne aus Glücksspielen herangezogen werden, um zur Finanzierung gemeinnütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten beizutragen, doch dass damit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht sachlich gerechtfertigt werden können. Fiskalpolitische Ziele können somit keine Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und keinesfalls Monopole rechtfertigen.

3. EuGH vom 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*

Gambelli und 137 weiteren Beschuldigten wurde in Italien in einem Strafverfahren vor dem Tribunale di Ascoli Piceno vorgeworfen, sie hätten widerrechtlich „heimliche Sportwetten“ organisiert sowie Daten über solche Wetten gesammelt und einem ausländischen Buchmacher¹²⁰ übermittelt. Dadurch wurde in Italien der „Tatbestand des Betruges zu Lasten des Staates“ erfüllt¹²¹. Das Gericht stellte sich die Frage, ob das italienische Recht¹²², welches die vorgeworfenen Handlungen unter Strafe stellte, europarechtskonform war und legte dem EuGH eine Frage zur der Auslegung der Art 43 und 49 EG vor¹²³.

Durch die italienische Rechtsordnung war es ausländischen Sportwettenanbietern verboten, sich in Italien zum Zwecke des Anbietens von Sportwetten niederzulassen, vom Ausland aus Sportwetten anzubieten und von Dritten in Italien anbieten zu lassen. Das Tribunale Ascoli Piceno war der Auffassung, dass der gegenständliche Sachverhalt nicht gänzlich dem der Entscheidung *Zenatti* entsprochen habe¹²⁴. Außerdem sei das

¹²⁰ Stanley International Betting Ltd. in Großbritannien.

¹²¹ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 2.

¹²² Vgl. Das Königliche Dekret Nr. 773, Testo Unico der Gesetze auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit vom 18. Juni 1931, das Finanzgesetz Nr. 388 vom 23. Dezember 2000 und das Gesetz Nr. 401 über Interventionen auf dem Gebiet des heimlichen Spiels und der heimlichen Wetten und zum Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs sportlicher Wettkämpfe vom 13. September 1989 in der Fassung des Gesetzes Nr. 388/00.

¹²³ „Ist eine nationale Regelung wie die italienische in den Artikeln 4 Absätze 1 ff, 4a und 4b des Gesetzes Nr. 401/89 (zuletzt geändert durch Artikel 37 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 388 vom 23. Dezember 2000), die - strafbewehrte - Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, durch wen auch immer und wo auch immer, enthält, wenn im Inland keine Voraussetzungen für die Konzession und die Genehmigung geregelt sind, - mit den entsprechenden Wirkungen im nationalen Recht - mit den Artikeln 43 ff. und 49 ff. EG-Vertrag [Anm. Art 56 ff. AEUV] vereinbar, die die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen betreffen?“ (Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 24).

¹²⁴ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 18.

Gesetz Nr. 401/89¹²⁵ in der Zwischenzeit novelliert worden und somit sei eine Prüfung durch den EuGH notwendig. Parlamentarischen Arbeiten zur Novellierung des Gesetzes Nr. 401/89 nach sei der primäre Zweck der Nov, eine Gruppe privater Unternehmer – "Sport-Totoannehmer" – zu schützen. Dass die Nov auch durchgeführt worden sei, um die öffentliche Ordnung zu wahren, könne den parlamentarischen Arbeiten nicht entnommen werden. Aus diesem Grund vermutete das Tribunale di Ascoli Piceno die Europarechtswidrigkeit der Novellierung¹²⁶.

Auf eine Anfrage des EuGH an die italienische Regierung bezüglich der Dienstleistungsfreiheit stellte sich heraus, dass es gemäß Art 4 des Gesetzes Nr. 401/89 strafbar war, wenn in Italien über das Internet mit Buchmachern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gewettet und die Kreditkarte als Zahlungsmittel verwendet wurde. Es lag daher eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vor. Der Gerichtshof wiederholte, dass sittliche, religiöse oder kulturelle Besonderheiten und sittlich sowie finanziell schädliche Folgen solche Beschränkungen rechtfertigen können. Die entsprechenden staatlichen Stellen können aus eigenem Ermessen Bestimmungen erlassen, die sich aus dem Erfordernis des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung ergeben¹²⁷. Um gerechtfertigte Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit vorzunehmen, ist es erforderlich, jene Voraussetzungen zu erfüllen, die sich aus den Entscheidungen EuGH, *Kraus*¹²⁸ und *Gebhard*¹²⁹ ergeben. Danach sind zwingende Gründe des Allgemeininteresses notwendig, die nicht diskriminierend sind. Diese Gründe müssen geeignet sein, um das verfolgte Ziel zu verwirklichen und dürfen nicht über das zu dessen Erreichung Notwendige hinausgehen.

Da das nationale Gericht zu entscheiden hatte, ob die italienische „Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen“ standen, führte der EuGH Punkte an, die zu berücksichtigen waren. Nachstehend sollen diese auszugsweise genannt werden: Wenn die Verbraucher dazu angereizt und ermuntert werden, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse Einnahmen zufließen, kann sich der jeweilige Mitgliedstaat nicht auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs – wie sie in Italien

¹²⁵ Gesetz Nr. 401 über Interventionen auf dem Gebiet des heimlichen Spiels und der heimlichen Wetten und zum Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs sportlicher Wettkämpfe vom 13. September 1989 in der Fassung des Gesetzes Nr. 388/00.

¹²⁶ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 19.

¹²⁷ EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, 63ff.

¹²⁸ EuGH 31.03.1993, C-12/92, *Kraus*, Rn 32.

¹²⁹ EuGH 30.11.1995, C-55/94 *Gebhard*, Rn 37.

bestanden – zu rechtfertigen¹³⁰. Die Beschränkungen im Bereich der Ausschreibungen müssen unterschiedslos anwendbar sein; egal wo der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer ansässig ist¹³¹. Es kann unverhältnismäßig sein, wenn „Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert sind“, keine Möglichkeit haben, für das Verwalten von Sportwetten Konzessionen zu bekommen, wenn der Zweck verfolgt wird, das Risiko krimineller Tätigkeiten auszuschalten. Es gibt Möglichkeiten, die Konten und Tätigkeiten der Konzessionäre zu kontrollieren und so kriminelle Tätigkeiten hintanzuhalten. Daher könnte das Verhindern, dass Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten Konzessionen erwerben können, über das erforderliche Maß hinausgehen, um Kriminalität zu bekämpfen¹³².

Weiters wies der EuGH darauf hin, dass er in den Entscheidungen *Schindler*, *Läämä* und *Zenatti* anerkannte, dass Glücksspielbeschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – zB Verbraucherschutz, Betrugsverbeugung und Vermeidung von Anreizen für Bürger zu überhöhten Ausgaben für Glücksspiel – gerechtfertigt sein können. Er führte weiters an, dass Beschränkungen, die auf diese Gründe und auf den Grund die Störung der sozialen Ordnung zu verhindern gestützt werden, im Stande sein müssen, „die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“¹³³. Ermuntern die Behörden eines Mitgliedstaates einerseits die Bevölkerung, an Lotterien, Glücksspielen und Wetten teilzunehmen, um Staatseinnahmen zu lukrieren, können andererseits keine Bestimmungen erlassen und damit gerechtfertigt werden, die Spielgelegenheit aus Gründen der Sozialordnung mindern zu wollen. Im Ausgangsverfahren traf jedoch genau dies zu. Der EuGH zweifelte die Verhältnismäßigkeit einiger italienischer Bestimmungen an und erteilte den Auftrag, diese zu prüfen¹³⁴. Aus den genannten Gründen entschied der EuGH:

„Eine nationale Regelung, die - strafbewehrte - Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, enthält, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Artikeln 43 EG und 49 EG dar, wenn der betreffende Mitgliedstaat keine Konzession oder Genehmigung erteilt. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob eine solche Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen

¹³⁰ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 69.

¹³¹ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 70.

¹³² Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 74.

¹³³ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 67.

¹³⁴ Vgl. EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 73ff.

könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.“

Gambelli war die erste Entscheidung, in welcher der EuGH ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit der nationalen Vorschrift äußerte. Insbesondere kritisierte der EuGH in *Gambelli*, dass Kapitalgesellschaften, die auf reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert waren, keine Möglichkeit hatten, eine Konzession zu erlangen. Der Gerichtshof führte aus, dass dies unverhältnismäßig sein kann, wenn der Zweck verfolgt wird, das Risiko krimineller Tätigkeiten auszuschalten. Dieses Ziel kann auch mit weniger beschränkenden Maßnahmen verfolgt werden. Diese Passage in *Gambelli* ist auch für die österreichische Rechtslage von Relevanz. Es wird daher in weiterer Folge zu überprüfen sein, ob nicht weniger beschränkende Vorschriften als das aktuelle GSpG geeignet sein können, die mit dem GSpG verfolgten Ziele zu erreichen. Auch ist zu überprüfen, in welchem Ausmaß die Beschränkungen der Mitgliedstaaten rein faktisch zur Erreichung der vermeintlichen Ziele beitragen können. Sind die Beschränkungen generell ungeeignet, diese Ziele zu erreichen, tritt die Folge ein, dass sie mit dem Unionsrecht unvereinbar sind. In Ergänzung zu seinen bis damals getroffenen Entscheidungen führte der EuGH an, dass Beschränkungen, um die Störung der sozialen Ordnung zu verhindern, „die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne“ gewährleisten müssen, „dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“¹³⁵.

Von besonderer Bedeutung ist auch der Hinweis, dass sich Mitgliedstaaten nicht auf die Notwendigkeit berufen können, die Gelegenheit zum Spiel aus Gründen der Sozialordnung zu vermindern und zugleich Verbraucher dazu anreizen und ermuntern dürfen, an Lotterien, Glücksspiel oder Wetten teilzunehmen, um die Staatskassen zu füllen. Auch in Österreich wurde die Bewerbung von Glücksspiel im Zusammenhang mit dem Monopol bereits kritisiert¹³⁶ und werden die Werbemaßnahmen in die Überprüfung der Zulässigkeit der Bestimmungen im GSpG einzubeziehen sein.

¹³⁵ EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 67.

¹³⁶ Vgl *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006.

4. EuGH vom 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*

Eine maßgebende Entscheidung für das Online-Glücksspiel erging am 8. September 2009¹³⁷. Für das Verfahren anlassgebend war ein Rechtsstreit der Liga Portuguesa de Futebol Profissional (*Liga Portuguesa*) und der Bwin International Ltd (bwin) mit dem Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (Santa Casa). Santa Casa verhängte über die Liga und bwin Geldbußen. Glücksspiele waren in Portugal – mit der Ausnahme, dass der Staat die Möglichkeit hatte, nach einer Regelung, die er für die geeignetste hielt, den Betrieb eines oder mehrerer Glücksspiele unmittelbar durch eine staatliche oder eine staatlich kontrollierte Einrichtung zu genehmigen – verboten. Der Staat hatte auch die Möglichkeit, für den Betrieb von Glücksspielen Konzessionen an private Einrichtungen zu vergeben. Lotterien, Lottospielen und Sportwetten wurden als „soziale Spiele“ bezeichnet und durften nur von Santa Casa veranstaltet werden. Die von Santa Casa angebotenen Spiele, einschließlich der Vereinnahmung von Einsätzen, die Modalitäten und Fristen für die Bezahlung von Losen etc. regelte die Regierung durch eine Verordnung¹³⁸. Aufgrund der Möglichkeit, Glücksspiel auf elektronischem Weg, insbesondere im Internet, anzubieten, wurde 2003 ein entsprechender rechtlicher Rahmen geschaffen. Dies geschah mit der Verordnung Nr. 282/2003 vom 8. November 2003¹³⁹. Damit wurde es Santa Casa ermöglicht, Glücksspiel auch im Internet anzubieten und das Ausschließlichkeitsrecht auf Spiele auszuweiten, die auf elektronischem Weg angeboten wurden. Allen Marktteilnehmern wurde in weiterer Folge untersagt, elektronische Mittel zum Anbieten von Glücksspiel zu verwenden¹⁴⁰.

Santa Casa hatte besondere Aufgaben hinsichtlich des Schutzes der Familie, des Mutter- und Kinderschutzes, der Hilfe für Schutzlose und für gefährdete Minderjährige, für ältere Menschen sowie Aufgaben im Bereich schwerwiegender sozialer Mangelsituationen sowie der allgemein- und fachmedizinischen Gesundheitsversorgung¹⁴¹. Einnahmen, die Santa Casa durch Glücksspiel erzielte, wurden zwischen Santa Casa und anderen Einrichtungen mit gemeinnützigem oder sozialem Hintergrund aufgeteilt. bwin veranstaltete unter anderem Online-Wetten. Die Server von bwin befanden sich in Gibraltar und Österreich. Wetten wurden auf der Webseite von bwin oder mit einem anderen unmittelbaren

¹³⁷ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*.

¹³⁸ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 2ff.

¹³⁹ Vgl Diário da República I, Serie A, Nr. 259 vom 8. November 2003.

¹⁴⁰ Vgl EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 8f.

¹⁴¹ Vgl Art 2 Abs 1 der Satzung von Santa Casa.

Kommunikationsmittel abgeschlossen. Neben Wetten bot bwin auch Casinospiele an¹⁴². Die Liga war eine juristische Person des Privatrechts mit Vereinsstruktur. Sie hatte keine Gewinnerzielungsabsicht und alle professionellen portugiesischen Fußballvereine waren in ihr zusammengefasst¹⁴³.

bwin schloss 2005 mit der Liga einen Sponsoringvertrag über vier Spielzeiten und warb unter anderem auf der Spielerausrüstung und in Stadien für Glücksspielangebote. Die Webseite der Liga wurde mit Hinweisen auf die Webseite von bwin und einem Link zu dieser ausgestattet. Aus diesem Grund wurden Bußgelder in Höhe von € 75.000,00 gegen die Liga und in Höhe von € 74.500,00 gegen bwin verhängt. Damit bestrafte man die Liga und bwin für die Förderung, die Veranstaltung und den Betrieb von *sozialen Spielen* oder entsprechenden Spielen über das Internet und wegen der Werbung für diese Spiele. Die Liga und bwin klagten daraufhin auf Aufhebung der Bescheide und das zuständige Gericht legte dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor¹⁴⁴.

Ein Mitgliedstaat darf laut dem Gerichtshof „die Auffassung vertreten, dass der Umstand allein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer wie Bwin zu diesem Sektor gehörende Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaats unterliegt, rechtmäßig über das Internet anbietet, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden kann, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats in einem solchen Fall bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenüber sehen können“¹⁴⁵. Dies aufgrund der *fehlenden gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung* im Bereich des Glücksspiels¹⁴⁶.

Speziell hinsichtlich des Veranstaltens von Glücksspiel im Internet führt der EuGH aus: „Außerdem bergen die Glücksspiele über das Internet, verglichen mit den herkömmlichen

¹⁴² EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 21ff; bwin, <http://www.bwin.org/>.

¹⁴³ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 24.

¹⁴⁴ „Stellt die Ausschließlichkeitsregelung zugunsten von Santa Casa, wenn sie auf Bwin angewandt wird, d.h. einen Dienstleister, der in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringt, niedergelassen ist und keine Betriebsstätte in Portugal hat, eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs unter Verstoß gegen die Grundsätze der Dienstleistungs-, der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß den Art. 49 EG, 43 EG und 56 EG dar?“

Stehen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die erwähnten Grundsätze einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, die hinsichtlich des Betriebs von Lotterien und Wetten einerseits eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten einer einzigen Einrichtung errichtet und diese Regelung andererseits auf das „gesamte Staatsgebiet einschließlich ... des Internets“ ausdehnt?“ (EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 28).

¹⁴⁵ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 69.

¹⁴⁶ Vgl. EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 69.

Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontaktes zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich, dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden."¹⁴⁷ Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Anbieter von Sportwetten, die auch als Sponsor auftreten, unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf den Ausgang von Wettbewerben nehmen, um so ihre Gewinne zu erhöhen. Aus diesen Gründen kann die strittige portugiesische Rechtslage als gerechtfertigt angesehen werden¹⁴⁸: „Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Beschränkung in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden sind, als durch das Ziel der Bekämpfung von Betrug und anderen Straftaten gerechtfertigt angesehen werden kann.“¹⁴⁹

Entschieden hat der EuGH: „Art. 49 EG steht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegen, nach der Wirtschaftsteilnehmer wie die Bwin International Ltd, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, in denen sie rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringen, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats keine Glücksspiele über das Internet anbieten dürfen.“

Die besondere Bedeutung von *Liga Portuguesa* liegt darin, dass es sich um die erste Entscheidung handelt, bei welcher Glücksspiel ausschließlich über das Internet angeboten wurde, ohne dass der Anbieter seinen Sitz, eine Niederlassung, eine Zweigstelle oder ähnliches im Angebotsstaat hatte. Auch wurde zwischen die Spielteilnehmer und den Anbieter kein Vermittler geschaltet. Die Spielteilnehmer nahmen am Glücksspiel über eine Webseite teil. Zwar gab es bis *Liga Portuguesa* Entscheidungen, bei denen glücksspielbezogene Daten über das Internet weitergeleitet wurden, doch waren in diesen Fällen Vermittler tätig; die Spielteilnehmer traten nicht direkt über das Internet mit den Anbietern in Kontakt. Bis auf jene Passagen der Entscheidung, welche das Online-Angebot betreffen, gleicht *Liga Portuguesa* der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs.

¹⁴⁷ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 70.

¹⁴⁸ Vgl EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 70f.

¹⁴⁹ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 72.

5. EuGH vom 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*

Zwar betrifft diese Entscheidung deutsches Recht, doch mE ist sie für die Beurteilung der Unionskonformität österreichischer Bestimmungen maßgebend ist, weil – wie noch zu zeigen sein wird – die in dieser Entscheidung thematisierten Umstände auch für die österreichischen Regelungen relevant sind (in Österreich wird massiv für Glücksspiel geworben¹⁵⁰ und Spielarten mit großem Suchtpotential werden weniger stark beschränkt als solche mit geringerem Suchtpotential)¹⁵¹.

Anlassgebend für dieses Verfahren¹⁵² war, dass die Kläger der sechs Ausgangsverfahren¹⁵³ Sportwetten in Deutschland auf Rechnung von Glücksspielveranstaltern vermittelten. Diese Glücksspielveranstalter waren in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen (Österreich, Malta, Gibraltar und Großbritannien). Dort hatten sie die Erlaubnis, im Bereich der Sportwetten tätig zu werden. Um ihre Tätigkeit auszuüben hatten die Kläger Geschäftsräume in Hessen und Baden-Württemberg. Da die Vorgehensweise der Kläger in Deutschland verboten war, folgten Untersagungen der zuständigen Behörden Hessens und Baden-Württembergs, die vor den Verwaltungsgerichten Gießen und Stuttgart angefochten wurden. Die beiden Gerichte zweifelten an der Vereinbarkeit der bestehenden Rechtslage mit dem Gemeinschaftsrecht¹⁵⁴. Dem EuGH wurden vom Verwaltungsgericht Gießen und vom Verwaltungsgericht Stuttgart je zwei Fragen vorgelegt¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Vgl FN 182.

¹⁵¹ Vgl S 90ff, insbesondere S 91, sowie FN 335.

¹⁵² EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*.

¹⁵³ Es handelt sich bei dieser Entscheidung um die verbundene Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07.

¹⁵⁴ Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 1 bis 26 und 28 bis 41.

¹⁵⁵ Verwaltungsgericht Gießen:

„1. Sind die Art. 43 EG [Anm Art 49 AEUV] und 49 EG [Anm Art 56 AEUV] dahin gehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele wie z. B. Sportwetten entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt, insbesondere weil die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an anderen Glücksspielen – wie staatlichen Lotterien und Kasinospielen – ermuntern, und ferner andere Spiele mit gleichem oder höherem mutmaßlichen Suchtgefährdungspotential – wie Wetten auf bestimmte Sportereignisse (wie Pferderennen) und Automaten Spiel – von privaten Dienstleistungsanbietern erbracht werden dürfen?

2. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass durch dafür berufene staatliche Stellen der Mitgliedstaaten ausgestellte Genehmigungen der Veranstaltung von Sportwetten, die nicht auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt sind, den Inhaber der Genehmigung wie auch von ihm beauftragte Dritte berechtigen, auch im Bereich der anderen Mitgliedstaaten ohne zusätzlich erforderliche nationale Genehmigungen die jeweiligen Angebote zum Abschluss von Verträgen anzubieten und durchzuführen?“ (EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 27)

Verwaltungsgericht Stuttgart:

„1. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele, wie z. B. Sportwetten und Lotterien, entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels

Der Gerichtshof führte aus, dass Regelungen wie die in den Ausgangsverfahren thematisierten eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs oder alternativ der Niederlassungsfreiheit darstellen¹⁵⁶. Er weist darauf hin, dass sich die Ziele zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit "bei einer Gesamtbetrachtung meist auf den Schutz der Empfänger der jeweiligen Dienstleistungen und, allgemeiner, der Verbraucher sowie auf den Schutz der Sozialordnung beziehen"¹⁵⁷. Solche Ziele gehören zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, welche Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können¹⁵⁸. Insbesondere ist vom EuGH anerkannt, dass im Bereich der Spiele und Wetten – die sozialschädliche Folgen haben, wenn sie im Übermaß betrieben werden – nationale Rechtsvorschriften zur Vermeidung einer Anregung der Nachfrage und zur Begrenzung der Ausnutzung von Spielleidenschaft zulässig sein können. Wiederholt hat der EuGH betont, dass sittliche, religiöse oder kulturelle Besonderheiten und sittlich und finanziell schädliche Folgen von Spiel und Wette "ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen können, im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben"¹⁵⁹. Auch sonst bezieht sich der EuGH auf die in seiner bisherigen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze.

Erneut hält der Gerichtshof auch fest, dass die Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen ihres „Wertungsspielraumes“¹⁶⁰ Grund zu der Annahme haben können, dass es ihnen die Gewährung exklusiver Rechte an eine Einrichtung der öffentlichen Hand, die hinsichtlich ihrer Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht untersteht, oder einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen können, erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das legitime Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksamer zu verfolgen, als es bei einem Erlaubnissystem der Fall wäre,

fehlt, weil die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an anderen Glücksspielen – wie staatlichen Sportwetten und Lotterien – ermuntern und hierfür werben, und ferner andere Spiele mit gleichem oder sogar höherem Suchtgefährdungspotenzial – wie Wetten auf bestimmte Sportereignisse (Pferderennen), Automaten Spiele und in Spielbanken – von privaten Dienstleistungsanbietern erbracht werden dürfen?

2. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass durch dafür zuständige staatliche Stellen der Mitgliedstaaten ausgestellte Genehmigungen der Veranstaltung von Sportwetten, die nicht auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt sind, den Inhaber der Genehmigung wie auch von ihm beauftragte Dritte berechtigen, auch im Bereich der anderen Mitgliedstaaten ohne weitere zusätzliche nationale Genehmigungen die jeweiligen Angebote zum Abschluss von Verträgen anzubieten und durchzuführen?" (EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 42).

¹⁵⁶ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 68 und EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 52.

¹⁵⁷ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 74.

¹⁵⁸ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 74 mit zahlreichen Verweisen auf die bisherige Rechtsprechung.

¹⁵⁹ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 76 mit Verweisen auf EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 47 und die dort angeführte Rechtsprechung sowie auf EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 57.

¹⁶⁰ Diesbezüglich sei insbesondere auf Rn 79 und 80 dieser Entscheidung sowie auf EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 35; EuGH 21.9.2003, C-6/01, *Anomar*, Rn 74; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 39 sowie EuGH 38.4.2009, C-518/06, *Kommission/Italien* verwiesen.

nach dem Veranstalter die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde“¹⁶¹. Es steht den Behörden die Ansicht frei, dass sie als Kontrollinstanz der Einrichtungen, welche mit dem Monopol betraut sind, „über zusätzliche Mittel verfügen, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen können, ihnen eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebots und bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik zu gewährleisten“ vermöge, „als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Veranstalter in einer Wettbewerbssituation der Fall wäre“¹⁶². Dies auch dann, wenn private Anbieter eine Erlaubnis für ihre Tätigkeit benötigen und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterliegen. „Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus rechtfertigen lässt, mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.“¹⁶³ Dass Regelungen wie die gegenständlichen häufig nicht von Veranstaltern beachtet werden, die außerhalb des Mitgliedstaates, der die Regelung erlassen hat, ansässig sind und über das Internet Verträge mit Personen im örtlichen Zuständigkeitsbereich der Behörden des Mitgliedstaates abschließen, genügt nicht, um die Vereinbarkeit solcher Regelungen – Monopole – mit Unionsrecht anzuzweifeln¹⁶⁴.

Nach einigen weiteren Ausführungen, bei denen der Gerichtshof auf seine bisher ergangene Rechtsprechung verweist und die festgelegten Grundsätze wiederholt¹⁶⁵, führt er aus, dass feststeht, dass die einzelnen Arten von Glücksspielen erhebliche Unterschiede aufweisen können. Es können sich die konkreten Modalitäten der Veranstaltung, der Umfang der Einsätze bzw Gewinne, die Zahl der potenziellen Spielteilnehmer, die Präsentation, der wiederholende Charakter, der Angebotsort etc. unterscheiden¹⁶⁶. „Daher kann der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit

¹⁶¹ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 81; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 40 bis 42; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 66 und 67 und EuGH 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn 59.

¹⁶² EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 82.

¹⁶³ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 83.

¹⁶⁴ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 84 und 85.

¹⁶⁵ EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 35 und 36; EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 33 und 34; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 58; EuGH 21.9.2003, C-6/01, *Anomar*, Rn 88; EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 49; EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 50 bis 52.

¹⁶⁶ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 95.

Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen, dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. Derart divergierende rechtliche Regelungen ändern nämlich als solche nichts an der Eignung eines solchen staatlichen Monopols zur Verwirklichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen.“¹⁶⁷ Restriktive Maßnahmen müssen jedoch geeignet sein, die Verwirklichung der verfolgten Ziele dadurch zu gewährleisten, dass die Wetttätigkeit in kohärenter und systematischer Weise begrenzt wird. Behörden von Mitgliedstaaten, die den Verbrauchern Anreize geben und sie ermuntern, an Lotterien, Glücksspiel oder Wetten teilzunehmen, um für die Staatskasse Einnahmen zu lukrieren, können sich nicht auf die öffentliche Sozialordnung und aus dieser ableitbare Rechtfertigungsgründe berufen¹⁶⁸.

In dieser Rs stellten die vorlegenden Gerichte fest, dass die Monopolinhaber intensive Werbekampagnen durchführten. In diesen wurde der Finanzierungsbedarf sozialer, kultureller oder sportlicher Aktivitäten hervorgehoben, denen die Gewinne aus Sportwetten und Lotterien zugute kamen. Dies erweckte den Anschein, dass die Gewinnmaximierung ein eigenständiges Ziel der restriktiven Maßnahmen war. Bezüglich Kasino- und Automatenspielen betrieben die Behörden eine Politik der Angebotsausweitung oder duldeten eine solche. Dies obwohl Kasino- und Automatenspiele ein höheres Suchtpotential aufweisen als Sportwetten. Neue Kasinospielmöglichkeiten im Internet anzubieten wurde geduldet. Die Bedingungen für den Betrieb von Automatenspielen außerhalb von Spielbanken wurden erheblich gelockert¹⁶⁹.

Um dem Ausnutzen von Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen, kann eine Politik der kontrollierten Expansion mit diesem Ziel vereinbar sein¹⁷⁰. Gleiches gilt, wenn der Verbraucherschutz verfolgt wird. Werbung kann dazu beitragen, Verbraucher zum Angebot des Monopolinhabers zu lenken¹⁷¹. Sie muss maßvoll sein und strikt auf das erforderliche Maß begrenzt bleiben. Die Werbung darf den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher nicht dadurch fördern, dass die aktive Teilnahme

¹⁶⁷ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 96.

¹⁶⁸ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 99; mit Verweis auf EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 7, 8 und 69.

¹⁶⁹ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 100.

¹⁷⁰ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 101; ebenso bereits in EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 55.

¹⁷¹ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 102.

am Spiel angeregt wird, indem beispielsweise das Spiel verharmlost wird oder ein positives Image erhält¹⁷².

Wird durch die Werbung des Monopolinhabers der Umstand herausgestellt, dass die Einnahmen für die Finanzierung uneigennütziger Aktivitäten oder solcher, die im Allgemeininteresse liegen, verwendet werden, muss bedacht werden, dass dieser Umstand alleine keine sachliche Rechtfertigung für die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt. Die Finanzierung sozialer Aktivitäten kann nur eine erfreuliche Nebenfolge sein¹⁷³. "Da das Verwaltungsgericht Stuttgart im Übrigen hervorgehoben hat, dass nach dem Abzug, den die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rechtsvorschriften zugunsten der dafür in Frage kommenden uneigennützigen Aktivitäten vorsähen, die darüber hinausgehenden Einnahmen in die öffentlichen Kassen fließen, und da sich ferner nicht ausschließen lässt, dass die finanzielle Unterstützung als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen es diesen erlaubt, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten zu entfalten, die normalerweise der Staat übernehmen müsste, so dass sich dessen Ausgaben verringern, ist zweitens darauf hinzuweisen, dass auch das Erfordernis, einen Rückgang der Steuereinnahmen zu vermeiden, nicht zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt, die eine Beschränkung einer vom Vertrag eingeräumten Freiheit rechtfertigen können."¹⁷⁴

Zur zweiten Vorlagefrage führt der EuGH aus, dass wenn restriktive Maßnahmen gerechtfertigt werden können, keine Verpflichtung zur Anerkennung von Genehmigungen aus anderen Mitgliedstaaten besteht¹⁷⁵. Eine eventuelle Existenz einer Verpflichtung der gegenseitigen Anerkennung ist nur dann relevant, wenn Beschränkungen mit den Art 43 EG und 49 EG unvereinbar sind¹⁷⁶. Da die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Schutzsystems eines Mitgliedstaates nicht dadurch beeinflusst wird, dass in anderen Mitgliedstaaten ein anderes Schutzsystem besteht¹⁷⁷, und da eine Harmonisierung des Glücksspiels auf Gemeinschaftsebene nicht existiert, "kann es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse geben"¹⁷⁸.

¹⁷² EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 103.

¹⁷³ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 104; EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 36 und 37.

¹⁷⁴ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 105; der EuGH verweist in dieser Rn zum Vergleich auf das Urteil EuGH 27.1.2009, C-318/07, *Persche*, Rn 45 und 46.

¹⁷⁵ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 109.

¹⁷⁶ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 110.

¹⁷⁷ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 111 und EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 58.

¹⁷⁸ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 112.

Strafrechtliche Sanktionen wegen nicht erfüllter Verwaltungsformalitäten zu verhängen, wenn die Erfüllung dieser Formalitäten "unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt" wurde, ist unzulässig¹⁷⁹. Der EuGH entschied aus all diesen Gründen:

"1. Die Art. 43 EG und 49 EG sind wie folgt auszulegen:

a) Um ein staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art mit dem Ziel rechtfertigen zu können, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, müssen die betreffenden nationalen Behörden nicht unbedingt in der Lage sein, eine vor Erlass der genannten Maßnahme durchgeführte Untersuchung vorzulegen, die ihre Verhältnismäßigkeit belegt.

b) Der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein solches Monopol einem Erlaubnissystem vorzieht, nach dem privaten Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde, kann dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen, soweit, unter dem Aspekt des Ziels eines hohen Verbraucherschutzniveaus, die Errichtung des Monopols mit der Einführung eines normativen Rahmens einhergeht, der dafür sorgt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, ein solches Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.

c) Der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats auf gewisse Schwierigkeiten stoßen könnten, die Beachtung eines solchen Monopols durch im Ausland ansässige Veranstalter von Spielen und Wetten sicherzustellen, die unter Verstoß gegen das Monopol über das Internet Wetten mit Personen im örtlichen Zuständigkeitsbereich dieser Behörden abschließen, ist als solcher nicht dazu angetan, die eventuelle Vereinbarkeit eines solchen Monopols mit den genannten Bestimmungen des Vertrags zu beeinträchtigen.

d) Stellt ein nationales Gericht sowohl fest,

– dass die Werbemaßnahmen des Inhabers eines solchen Monopols für andere, ebenfalls von ihm angebotene Arten von Glücksspielen nicht auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum Angebot des Monopolinhabers hinzulenken

¹⁷⁹ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 115; vgl auch EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 69.

und sie damit von anderen, nicht genehmigten Zugangskanälen zu Spielen wegzuführen, sondern darauf abzielen, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und sie zwecks Maximierung der aus den entsprechenden Tätigkeiten erwarteten Einnahmen zu aktiver Teilnahme am Spiel zu stimulieren, als auch,

- dass andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden dürfen, als auch,
- dass in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotenzial als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotserweiterung betreiben oder dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren,

so kann es berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.

2. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin gehend auszulegen, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts der Umstand, dass ein Veranstalter in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, über eine Erlaubnis für das Anbieten von Glücksspielen verfügt, es einem anderen Mitgliedstaat nicht verwehrt, unter Beachtung der Anforderungen des Unionsrechts, die Möglichkeit für solche Veranstalter, derartige Dienstleistungen den Verbrauchern in seinem Hoheitsgebiet anzubieten, vom Besitz einer von seinen eigenen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig zu machen.“¹⁸⁰

In der Entscheidung *Stoß* lagen Vermutungen der vorlegenden Gerichte vor, dass die betriebene Werbung im Zusammenhang mit den Monopolen zu exzessiv war und somit die expansive Politik nicht mehr gerechtfertigt werden konnte. Auch in Österreich wird massiv durch die Monopolinhaber geworben¹⁸¹. Der Versuch der Anreizschaffung für die Teilnahme am Glücksspiel ist offenkundig¹⁸². Gerade die Werbung mit Gewinnspielen, die

¹⁸⁰ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 116.

¹⁸¹ Vgl. FN 182.

¹⁸² *Zechner*, Die CAI wird jetzt gesundgeschrumpft, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/boerse/bwien/die-cai-wird-jetzt-gesundgeschrumpft-465541/index.do>: „Vergangenen Freitag gab der Konzern bekannt, dass der Jahresüberschuss der Lotterien im Vorjahr von 44,5 auf 35 Millionen € eingebrochen ist. Zudem liegen dem

ein „13. Gehalt“¹⁸³ in Aussicht stellen, wenn man am „13.“ ein Casino besucht, ist geeignet, den natürlichen Spieltrieb zu fördern, da neben den Casinospielen auch – ohne Verlustrisiko – Gewinnspiele stattfinden. Es wird daher in weiterer Folge notwendig sein, die österreichische Situation dahingehend zu untersuchen, ob das Glücksspiel in Österreich, unter den Gesichtspunkten der Entscheidung *Stoß*, in einer kohärenten und systematischen Weise begrenzt wird.

6. EuGH vom 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*

In der Rs¹⁸⁴ *Engelmann* musste sich der EuGH im Bereich des Glücksspiels erstmals mit der österreichischen Rechtslage befassen. Diese E ist daher für die gegenständliche Arbeit von besonderer Relevanz, da sie Aufschluss über die Vereinbarkeit der österreichischen Regelungen mit Unionsrecht gibt. *Engelmann* – ein deutscher Staatsbürger – betrieb in Österreich zwei Spielcasinos. Er hatte in keinem Mitgliedstaat der EU eine Berechtigung Glücksspiel anzubieten und suchte in Österreich nicht um eine Konzession an. Aus diesem Grund erfolgte eine Strafanzeige gegen *Engelmann* wegen der Verwirklichung des Tatbestandes des § 168 Abs 1 StGB¹⁸⁵. Am 5.3.2007 entschied

WirtschaftsBlatt Informationen vor, die die hohen Werbekosten des Konzerns belegen. So haben die Lotterien im Vorjahr 39,37 Millionen € für Werbung verbraten. Bei der CASAG waren es 5,374 Millionen €“; *Casinos Austria*, <http://www.casinos.at/uploadNew/2b78095f-bd4a-4f6d-b6a7-961cc5d22fc7.pdf>: „Vor mehr als zehn Jahren hat Casinos Austria „Freitag, den 13.“ zum Glückstag erklärt. Mittlerweile ist jeder 13. des Monats ein Tag mit zahlreichen Gewinnchancen für unsere BesucherInnen. Die Kampagne „Glückstag, der 13.“ erhielt im September 2006 bei der Effie Awards Verleihung eine Auszeichnung der International Advertising Association für effiziente Werbung. In der Kategorie Dienstleistungen belegte die erfolgreiche Kampagne den dritten Platz. Weiters räumte das erfolgreiche Konzept der Dreizehn einen Marketing Staatspreis, einen Maecenas für das Sponsoring des Burgtheaters und einen internationalen Preis, den Romero Award, ab. Der Erfolg dieser Marketingstrategie drückt sich auch in BesucherInnenzahlen aus: An den besonderen Glückstagen kann Casinos Austria eine Steigerung von über 50% bei den Gästen verzeichnen“; *Juergen*, Liechtenecker: win2day tritt in Dialog, <http://liechtenecker.at/win2day-tritt-in-dialog/>; „Mit der Hilfe von Liechtenecker und der Werbeagentur PKP BBDO wirbt win2day über Facebook. Dies solle der Kundenbindung und der Gewinnung von Neukunden dienen. Man habe eine Verlosung eigens für Facebookfreunde durchgeführt.“; *Österreichisches Rotes Kreuz*, <http://www.rotekreuz.at/mitmachen/kooperationen/kooperationspartner/win2day/>: „Sensationell! 20.000 user haben mitgemacht“ ... „Unglaubliche 20.000 User haben sich am 08. Mai – dem Weltrotkreuz-Tag – auf www.win2day.at eingelogged, mitgespielt und dadurch das Rote Kreuz unterstützt“; *derstandard.at*, Jeton-Design-Wettbewerb von Casinos Austria, <http://derstandard.at/1302515874134/Jeton-Design-Wettbewerb-von-Casinos-Austria>: Bei einem Jeton-Design-Wettbewerb der Casinos Austria gab es einen Hauptpreis von € 3.000,00 in Jetons zu gewinnen; *SOS Kinderdorf*, Casinos Austria International spenden für Berliner Azubis, http://www.sos-kinderdorf.de/casino_austria,np=32748.html: „Auch in diesem Jahr sahen es die Casinos Austria International als eine gesellschaftspolitische Verantwortung an, als erfolgreiches Unternehmen gerade sozial Schwache zu unterstützen. Soziales Engagement wird als Bestandteil der Unternehmenskultur der Casinos Austria International gelebt und findet in zahlreichen Sponsoringaktivitäten seinen Ausdruck“.

¹⁸³ *Werbung der Casinos Austria AG*, <http://www.casinos.at/content.aspx?muid=b7fda489-6159-4cf7-8094-1b4688ebf2d9>.

¹⁸⁴ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*.

¹⁸⁵ § 168 Abs 1 StGB: „Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe

das Bezirksgericht Linz, dass *Engelmann* gegen die genannte Bestimmung verstoßen habe. *Engelmann* ergriff dagegen ein Rechtsmittel. Die zweite Instanz, das Landesgericht Linz, hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der österreichischen Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht und legte dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor¹⁸⁶.

Der EuGH geht auf die österreichische Rechtslage ein. Insbesondere auf § 21 Abs 2 GSpG¹⁸⁷, worin geregelt war, dass der Werber um eine Konzession zum Spielbank-Betrieb eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Österreich sein musste. Weiters war dort geregelt, dass die AG über ein Grundkapital von wenigstens € 22 Mio verfügen und – unter Beachtung der GSpG-Vorschriften zum Spielerschutz – den besten Abgabenertrag für die Gebietskörperschaften erzielen musste¹⁸⁸. Der Gerichtshof nimmt auch Bezug auf die Materialien zum GSpG und hält fest, dass danach idealerweise ein gänzliches Verbot von Glücksspiel erfolgen solle. Da der Spieltrieb dem Menschen immanent gegeben zu sein scheine, sei es aber besser den Spieltrieb in geordnete Bahnen zu lenken. Damit „werde eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspiels in die Illegalität vermieden, gleichzeitig erhalte sich der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen, wobei diese Überwachung als oberste Zielsetzung den Schutz des Spielers vor Augen haben müsse“¹⁸⁹. Ersichtlich wird aber auch, dass ein Interesse des Bundes besteht, einen möglichst hohen Betrag aus dem Glücksspielmonopol zu erzielen. „Bei der Regelung des Glücksspielwesens habe der Bund daher – unter Beachtung und Wahrung des ordnungspolitischen Ziels – eine Durchführung der Glücksspiele in der Richtung anzustreben, dass ihm ein möglichst hoher Ertrag aus diesem Monopol verbleibe.“¹⁹⁰

bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird“.

¹⁸⁶ „1. Ist Art. 43 EG186 dahin gehend auszulegen, dass er einer Vorschrift entgegensteht, welche für den Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Gesellschaften in der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft mit Sitz im Territorium dieses Mitgliedstaats, sohin die Gründung oder den Erwerb einer in diesem Mitgliedstaat gelegenen Kapitalgesellschaft, vorschreibt?

2. Sind die Art. 43 EG und 49 EG186 dahin gehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele, wie z. B. Glücksspiele in Spielbanken, entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt, weil die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an Glücksspielen – wie staatlichen Sportwetten und Lotterien – ermuntern und hierfür werben (Fernsehen, Zeitungen, Zeitschriften), wobei die Werbung sogar dahin geht, dass zeitlich kurz vor der Lottoziehung eine Barablöse für einen Wettschein angeboten wird („TOI TOI TOI – Glaub’ ans Glück“)?

3. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass sie einer Vorschrift entgegenstehen, wonach sämtliche der in einem nationalen Glücksspielrecht vorgesehenen Konzessionen für Glücksspiele und Spielbanken über einen Zeitraum von fünfzehn Jahren auf der Grundlage einer Regelung erteilt werden, welche (nicht diesem Mitgliedstaat angehörige) Mitbewerber des Gemeinschaftsraums von der Ausschreibung ausgeschlossen hat?“ (EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 25).

¹⁸⁷ Er geht auf die alte Fassung ein, da in der Zwischenzeit die Rechtslage geändert wurde, da man annahm, dass die damalige Fassung unionsrechtswidrig war.

¹⁸⁸ Vgl das GSpG in der jeweiligen Fassung sowie EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 9.

¹⁸⁹ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 5.

¹⁹⁰ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 6.

Das Erfordernis, dass Konzessionswerber, die eine Spielbank betreiben möchten, eine Aktiengesellschaft sein müssen, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Dadurch werden natürliche Personen und Unternehmen, die in ihrem Mitgliedstaat eine andere Gesellschaftsform gewählt haben, vom Markt ausgeschlossen¹⁹¹. Unter bestimmten Umständen kann es gerechtfertigt sein, den Wirtschaftsteilnehmern eine Rechtsform vorzuschreiben. Die strengen Regeln, denen Aktiengesellschaften unterworfen sind, können aufgrund der Besonderheiten des Glücksspiels und seiner Gefahren ein solches Rechtsformerfordernis rechtfertigen. Ob dies im gegenständlichen Fall so ist, konnte der EuGH mangels ausreichender Angaben nicht beurteilen. Es ist Aufgabe der nationalen Gerichte, dies zu beurteilen¹⁹².

Auch die Verpflichtung, einen Sitz in Österreich zu haben, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten werden diskriminiert und gehindert, durch Agenturen, Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen in Österreich Spielbanken zu betreiben. Die österreichische Regierung brachte vor, dass der Sitz in Österreich erst durch die Auswahl zum Konzessionär und für die Dauer der Konzessionerteilung notwendig werde. Dies stellt jedoch keine Rechtfertigung der Vorschrift dar. Es können potentielle Bewerber wegen der möglichen Kosten der Niederlassung in Österreich, im Fall eines Bewerbungserfolges, von der Bewerbung abgehalten werden. Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten wurden gehindert in Österreich Agenturen, Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen zum Betrieb von Spielbanken zu betreiben¹⁹³. Diskriminierende Beschränkungen wie diese können nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie einer ausdrücklichen Ausnahme wie Art 46 EG¹⁹⁴ zuordenbar sind (öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit)¹⁹⁵.

Weiters muss die Beschränkung verhältnismäßig im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sein und geeignet sein, das verfolgte Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen¹⁹⁶. Laut der österreichischen Regierung sollte mit der Verpflichtung, einen Sitz in Österreich zu haben, das Ziel verfolgt werden, „eine effiziente Kontrolle der im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer zu ermöglichen, um der Ausnutzung der Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen“.

¹⁹¹ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 28; Mit Verweisen auf EuGH 12.7.1984, 107/83, *Klopp*, Rn 19; EuGH 7.7.1988, 143/87, *Stanton und L'Étoile* 1905, Rn 11 und EuGH 29.4.2004, C-171/02, *Kommission/Portugal*, Rn 42.

¹⁹² Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 30f.

¹⁹³ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 32 bis 33.

¹⁹⁴ Art 52 AEUV.

¹⁹⁵ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 34 sowie EuGH 16.1.2003, C-388/01, *Kommission/Italien*, Rn 19 und EuGH 6.10.2009, C-153/08, *Kommission/Spanien*, Rn 37.

¹⁹⁶ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 35 und EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, 59 bis 61.

Insbesondere erlaube diese Verpflichtung eine gewisse Überwachung der Beschlüsse der Gesellschaftsorgane, da Vertreter des Staates in Organen wie dem Aufsichtsrat vertreten seien¹⁹⁷. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass es nicht der Feststellung bedarf, ob dieses Ziel der öffentlichen Ordnung zugeordnet werden kann. Kategorisch Wirtschaftsteilnehmer auszuschließen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, ist unverhältnismäßig, da es nicht erforderlich ist. Die Tätigkeiten und Konten dieser Wirtschaftsteilnehmer können mit anderen Mitteln kontrolliert werden¹⁹⁸: „So bestehen beispielsweise die Möglichkeit, für jede Spielbank eines Betreibers eine getrennte Buchführung zu verlangen, die von einem externen Buchprüfer überprüft wird, die Möglichkeit, gezielt über die Entscheidungen der Organe der Konzessionäre unterrichtet zu werden, und die Möglichkeit, Auskünfte über deren Führungskräfte oder Hauptaktionäre einzuholen. Außerdem kann, wie der Generalanwalt in Nr. 60 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen unabhängig vom Wohnsitz seiner Führungskräfte kontrolliert und Sanktionen unterworfen werden.“¹⁹⁹ Auch kann der Betrieb von Spielbanken in Österreich überwacht werden, indem man die Räumlichkeiten der Spielbanken überprüft. So kann betrügerischen Handlungen der Betreiber zum Nachteil der Spielteilnehmer vorgebeugt werden²⁰⁰.

Im Zusammenhang mit der dritten Frage stellt der Gerichtshof drei verschiedene Beschränkungen fest:

- die zahlenmäßige Begrenzung der Konzessionen
- die Konzessionsvergabe für die Dauer von 15 Jahren
- die Vergabe ohne Transparenz

Aus der zahlenmäßigen Beschränkung der Konzessionen ergibt sich eine Begrenzung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit. „Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht ergibt sich jedoch, dass eine Begrenzung der Zahl der Konzessionen und damit der Spielbanken auf zwölf – was nach den Angaben der österreichischen Regierung einer Spielbank auf 750 000 Einwohner entspricht – im betroffenen Sektor bereits ihrem Wesen nach ermöglicht, die Gelegenheiten zum Spiel einzuschränken und damit ein Ziel des Allgemeininteresses zu erreichen, das durch das Unionsrecht anerkannt ist. Da die Verbraucher sich an einen anderen Ort begeben

¹⁹⁷ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 36.

¹⁹⁸ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 37; *Gambelli*, Rn 74; EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 62 und *Kommission/Spanien*, Rn 39.

¹⁹⁹ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 38.

²⁰⁰ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 39.

müssen, um in einer Spielbank an den fraglichen Glücksspielen teilnehmen zu können, verstärkt eine Begrenzung der Zahl der Spielbanken die Hindernisse für die Teilnahme an derartigen Spielen.“²⁰¹ Auch die Dauer, für die Konzessionen erteilt werden, beschränkt diese beiden Freiheiten. Sie kann nur durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und muss für alle in Österreich Tätigen gelten. Die Regelung muss auch geeignet sein, die Verwirklichung des Ziels zu gewährleisten und darf nicht über das zur Erreichung Notwendige hinausgehen²⁰². Dies dürfte der Falls sein, da die Konzessionsvergabe von bis zu 15 Jahren – vorbehaltlich einer Überprüfung durch die nationalen Gerichte – als gerechtfertigt angesehen werden kann. Insbesondere auch deshalb, weil der Konzessionär ausreichend Zeit benötigt, um seine Investitionen zu amortisieren²⁰³.

Zur Vergabe der Konzessionen hält der Gerichtshof fest, dass Dienstleistungskonzessionen von keiner Richtlinie erfasst werden. Die Grundregeln der Verträge sind jedoch einzuhalten. Insbesondere auch das Transparenzgebot, das sich aus Art 43 EG und 49 EG ergibt. Es verpflichtet konzessionserteilende Stellen, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen. Die Öffnung der Dienstleistungskonzession für den Wettbewerb und die Nachprüfung soll dadurch ermöglicht werden²⁰⁴. Konzessionsvergaben ohne jede Transparenz stellen eine Ungleichbehandlung dar, die anderen Wirtschaftsteilnehmern keine Möglichkeit gibt, ein Interesse an der Konzession zu bekunden. Damit wird gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Auch gegen das Verbot, aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren, wird verstoßen²⁰⁵.

Ein System der behördlichen Genehmigung muss „auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt werden“²⁰⁶. Es muss auch die Möglichkeit geben sein, den Rechtsweg zu beschreiten.

²⁰¹ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 45. Der Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf *Gambelli*, Rn 62 und 67; EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 53 und EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 84.

²⁰² Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 47.

²⁰³ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 48.

²⁰⁴ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 50 und EuGH 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn 40 und 41.

²⁰⁵ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 51.

²⁰⁶ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 55.

Die zweite Frage hat der EuGH nicht beantwortet, da er dies aufgrund der Antworten zur ersten und zur dritten Vorlagefrage nicht für notwendig erachtete. Aus all diesen Gründen entschied der EuGH:

„1. Art. 43 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die den Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Wirtschaftsteilnehmern mit Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats vorbehält.

2. Das Transparenzgebot, das sich aus den Art. 43 EG und 49 EG sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergibt, steht einer Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, die ohne Ausschreibung erfolgt, entgegen.“²⁰⁷

Der Ausgangssachverhalt dieser Entscheidung betrifft zwar nicht das Online-Glücksspiel, doch ist die E für diese Arbeit von besonderem Interesse, weil erstmals die österreichische Rechtsordnung Verfahrensgegenstand im Bereich des Glücksspiels war. Aus der Entscheidung des EuGH geht eindeutig hervor, dass das GSpG aus der betrachteten Sicht, in der zur Zeit der Vorlage geltenden Fassung, unionsrechtswidrig war. Seit der Vorlage der Fragen in *Engelmann* gab es Änderungen des GSpG. Nach § 21 Abs 2 Z 1 GSpG nF darf im Gegensatz zu früher eine Konzession zum Betrieb einer Spielbank nur an Kapitalgesellschaften vergeben werden, die einen Aufsichtsrat führen. Die Kapitalgesellschaften müssen ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR haben²⁰⁸. Zur Transparenz wurde in § 21 Abs 1 GSpG nF geregelt, dass der BMF die Konzessionen zum Betrieb einer Spielbank übertragen kann: „Der Konzessionserteilung hat eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat. Die Interessentensuche ist öffentlich bekannt zu machen, wobei die Bekanntmachung nähere Angaben zu der zu übertragenden Konzession sowie zur Interessensbekundung und den dabei verpflichtend vorzulegenden Unterlagen sowie eine angemessene Frist für die Interessensbekundung zu enthalten hat. Der Bundesminister für Finanzen kann für die Begutachtung der Interessensbekundungen einen beratenden Beirat einrichten.“²⁰⁹

Zwar unternahm der österreichische Gesetzgeber bereits Schritte, um das GSpG anzupassen und um die Unionsrechtswidrigkeit nach den Aspekten der Entscheidung

²⁰⁷ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 59.

²⁰⁸ Es gibt daneben auch noch weitere Voraussetzungen; diesbezüglich sei auf § 21 GSpG verwiesen.

²⁰⁹ § 21 Abs 1 GSpG nF.

Engelmann auszuräumen. Dennoch ist zu beachten, dass die jetzigen Konzessionen zu Zeitpunkten vergeben wurden, zu denen die entsprechenden Regelungen unionsrechtswidrig waren. Daran, dass die Vergabe dieser Konzessionen unter unionsrechtswidrigen Umständen erfolgte, ändert auch die neue Rechtslage nichts. Weiters ist dem Umstand Aufmerksamkeit zu schenken, dass in *Engelmann* nur bestimmte Aspekte der österreichischen Rechtslage zum Glücksspiel betrachtet wurden. Nicht beachtet wurden die Regelungen zu Sportwetten und viele Bereiche des GSpG wie zum Beispiel die Bestimmungen zu elektronischen Lotterien und die Haftungsbeschränkungen. An anderer Stelle – „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ – wird genauer auf die Vereinbarkeit des österreichischen Rechtssystems im Bereich des Glücksspiels mit dem Unionsrecht eingegangen.

7. EuGH vom 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*

Diese Entscheidung nahm ihren Ursprung in einem Rechtsstreit zwischen der Winner Wetten GmbH (*Winner Wetten*) und dem Bürgermeister der deutschen Stadt Bergheim²¹⁰. In Nordrhein-Westfalen wurde die Durchführung des LottStV durch das Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen²¹¹ umgesetzt²¹². Nach diesem Gesetz konnte die Landesregierung Wettunternehmen für sportliche Wettkämpfe zulassen. Ausschließlich eine juristische Person öffentlichen Rechts oder privaten Rechts konnte Träger dieses Unternehmens sein. Die einzige derartige Zulassung wurde der Westdeutschen Lotterie & Co. OHG erteilt²¹³. *Winner Wetten* verfügte in Bergheim über ein Geschäftslokal, in dem Sportwetten für ein Unternehmen²¹⁴ (Tipico) mit Sitz in Malta vermittelt wurden. Der Ausgangssachverhalt betraf diese Tätigkeit und war vom Verwaltungsgericht Köln rechtlich zu würdigen. Das Gericht war der Ansicht, dass weder *Winner Wetten* noch Tipico Inhaber der erforderlichen Zulassung nach § 1 SWG NRW waren und dass ihnen aufgrund des Monopols eine solche auch nicht erteilt werden konnte²¹⁵. Das Verwaltungsgericht Köln zweifelte an der Zulässigkeit der bestehenden Beschränkungen, da es der Ansicht war, diese würden gegen Gemeinschaftsrecht und gegen das

²¹⁰ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 2.

²¹¹ Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen vom 3. Mai 1955 (SWG NRW).

²¹² Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 10.

²¹³ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 10 und 11.

²¹⁴ Tipico Co. Ltd.

²¹⁵ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 15 bis 19.

Grundgesetz verstoßen²¹⁶. Aus diesen Gründen legte das Verwaltungsgericht Köln dem EuGH zwei Fragen vor²¹⁷.

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Vorrang des Unionsrechts zur Folge, dass Vertragsbestimmungen und unmittelbar geltende Rechtsakte der Organe der EU alleine durch ihr Inkrafttreten entgegenstehende innerstaatliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten ohne Weiteres unanwendbar werden lassen²¹⁸. Die unmittelbar geltenden Bestimmungen des Unionsrechts entfalten einheitlich in allen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens und für die Dauer ihrer Gültigkeit die volle Wirkung²¹⁹. Nationale Gerichte sind als Organ eines Mitgliedstaates im Rahmen ihrer Zuständigkeit, unter der Anwendung des Grundsatzes der Zusammenarbeit²²⁰, verpflichtet, unmittelbar geltendes "Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Unionsnorm ergangen ist, unangewandt lässt"²²¹. Bestimmungen nationaler Rechtsordnungen "oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beiseite zu lassen, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der unmittelbar geltenden Normen des Unionsrechts bilden, [ist] mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar"²²². Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts²²³. Die nationalen Gerichte haben²²⁴ "den Schutz der Rechte zu

²¹⁶ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 21 bis 23.

²¹⁷ "1. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass nationale Regelungen für ein staatliches Sportwettenmonopol, die unzulässige Beschränkungen der in den Art. 43 EG und 49 EG garantierten Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit enthalten, weil sie nicht entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteil Gambelli u. a.) in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wetttätigkeit beitragen, trotz des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts ausnahmsweise für eine Übergangszeit weiterhin angewandt werden dürfen?

2. Bei Bejahung der Frage 1: Welche Voraussetzungen gelten für die Annahme einer Ausnahme vom Anwendungsvorrang, und wie ist die Übergangszeit zu bemessen?" (EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 28).

²¹⁸ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 52 und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 18.

²¹⁹ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 54 und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 18.

²²⁰ Art 10 EG (Art 4 Abs 3 und Abs 2 EUV): Grundsatz der Zusammenarbeit.

²²¹ EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 55; Vgl. auch EuGH 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal*, Rn 16 und 21, und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 19.

²²² EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 56; Vgl. auch *Simmenthal*, Rn 22, und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 20.

²²³ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 58: Er ergibt sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, ist in Art 6 und 13 der am 4.11.1950 unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert und in Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bekräftigt worden.

²²⁴ Vgl. Art 10 EG (Art 4 Abs 3 und Abs 2 EUV): Grundsatz der Zusammenarbeit.

gewährleisten, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen“²²⁵. Dass Vorschriften nationalen Rechts – auch im Verfassungsrang – die einheitliche Geltung und Wirksamkeit von Unionsrecht beeinträchtigen, kann nicht zugelassen werden²²⁶.

Einige Mitgliedstaaten legten in *Winner Wetten* dar, es sei zulässig, unionsrechtswidrige Rechtsvorschriften unter gewissen Umständen vorübergehend aufrechtzuhalten. Sie begründeten dies mit einer Analogie zur Judikatur des EuGH auf der Grundlage von Art 231 Abs 2 EG²²⁷. In dieser Judikatur hielt er die Wirkung von Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof nach Art 230 EG²²⁸ für nichtig oder nach Art 234 EG²²⁹ für ungültig erklärte, vorübergehend aufrecht²³⁰. Der EuGH legt dar, dass er nach Art 231 Abs 2 EG die Befugnis hat, im Einzelfall Wirkungen von für nichtig oder für ungültig erklärten Handlungen der Union als fortgeltend zu bezeichnen²³¹. „Nach der Rechtsprechung kann die Aufrechterhaltung der Wirkungen einer für nichtig oder für ungültig erklärten Handlung der Union, mit der bezweckt wird, keinen regelungsfreien Zustand entstehen zu lassen, bis eine neue Handlung an die Stelle der für nichtig oder für ungültig erklärten getreten ist (vgl. u. a. Urteil vom 5. Februar 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, Slg. 2004, I-1477, Randnr. 60), durch zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit, die mit allen betroffenen öffentlichen wie privaten Interessen zusammenhängen, gerechtfertigt sein (vgl. u. a. Urteil *Régie Networks*, Randnr. 122 und die dort angeführte Rechtsprechung), und zwar für den Zeitraum, der erforderlich ist, um es zu ermöglichen, die Rechtswidrigkeit zu beheben (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile *Kadi* und *Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission*, Randnr. 375, und *Régie Networks*, Randnr. 126).“²³²

Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass Erwägungen wie die obigen analog anzuwenden sind (darüber könnte nur der EuGH entscheiden), ist dies im gegenständlichen Fall auszuschließen²³³. Das vorlegende Gericht war der Ansicht, dass die gegenständlichen nationalen Regelungen nicht geeignet waren, die Wettttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass die Regelungen gegen Art 43 EG²³⁴ und 49 EG²³⁵ verstoßen²³⁶. Daher

²²⁵ EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 58; vgl auch EuGH 13.3.2007, C-432/05, *Unibet*, Rn 37f.

²²⁶ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 61; EuGH 17.12.1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rn 3.

²²⁷ Art 264 Abs 2 AEUV.

²²⁸ Art 263 AEUV.

²²⁹ Art 267 AEUV.

²³⁰ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 63.

²³¹ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 64; EuGH 22.12., 2008, C-333/07, *Régie Networks*, Rn 121.

²³² EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 66.

²³³ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 67.

²³⁴ Art 49 AEUV.

²³⁵ Art 56 AEUV.

liegen keine zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit vor²³⁷. Aufgrund der Beantwortung der ersten Frage wurde die zweite nicht geprüft. Der Gerichtshof entschied wie folgt:

„Aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts darf eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wettstätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.“²³⁸

Diese Entscheidung ist insbesondere deshalb relevant, weil daraus hervorgeht, in welchen Fällen unionsrechtswidrige Bestimmungen unangewandt zu bleiben haben. Dies wiederum hat Auswirkungen auf die österreichischen verwaltungs- und zivilrechtlichen Bestimmungen, sofern eine Unionsrechtswidrigkeit besteht; hiezu Näheres in den Kapiteln „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ und „Online-Glücksspiel im Zivilrecht“.

²³⁶ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 68.

²³⁷ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 67.

²³⁸ EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 71.

B. Die Grundsätze des EuGH im Zusammenhang mit Glücksspiel

Die Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspiel hat mit der Entscheidung *Schindler* begonnen und wurde im Laufe der Jahre bestätigt und erweitert. Es entspricht der ständigen Judikatur, dass das Anbieten von Glücksspiel eine Dienstleistung darstellt. Beschränkungen des Anbietens von Glücksspiel stellen je nach Art der Beschränkung Eingriffe in die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit dar. Nach der EuGH-Judikatur können diese Beschränkungen unter gewissen Umständen zulässig sein. Da diese Umstände für die Beurteilung, ob die österreichischen Bestimmungen unionsrechtswidrig sind oder nicht, relevant sind, sollen sie – unter Heranziehung der bisherigen Entscheidungen zum Glücksspiel – nachstehend dargestellt werden:

1. Allgemeine Grundsätze

- In (Art 62 AEUV iVm) Art 51 AEUV wurde festgelegt, dass das Kapitel zur Niederlassungsfreiheit und zur Dienstleistungsfreiheit auf Tätigkeiten, „die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“²³⁹, keine Anwendung im betreffenden Mitgliedstaat findet. Außerdem können das EU-Parlament und der Rat beschließen, dass das Kapitel zur Niederlassungsfreiheit „auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet“²⁴⁰. Gemäß (Art 62 AEUV iVm) Art 52 Abs 1 AEUV schließen die genannten Kapitel und die auf deren Grundlage getroffenen Maßnahmen nicht aus, dass Rechts- und Verwaltungsvorschriften, in denen für Ausländer eine Sonderregelung vorgesehen wird und die aus „Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“²⁴¹, angewandt werden. Neben diesen im Vertrag festgelegten Rechtfertigungen für die Beschränkung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit hat der Gerichtshof in seiner Judikatur gewisse Grundsätze geschaffen.

²³⁹ Art 51 AEUV.

²⁴⁰ Art 51 AEUV.

²⁴¹ Art 52 AEUV.

- *Zwingende Gründe des Allgemeininteresses* rechtfertigen Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Diese Gründe sind *Verbraucherschutz, Betrugsverbeugung, die Vermeidung von Anreizen für Bürger zu überhöhten Ausgaben für Glücksspiele und die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen*. Die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für Einzelne und die Gemeinschaft, die mit Glücksspiel einhergehen, können es rechtfertigen, dass staatliche Stellen festlegen, welche Erfordernisse sich für die Regelung des Glücksspiels aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben²⁴². Die staatlichen Stellen haben daher ein ausreichendes Ermessen, um Erfordernisse bezüglich der Art und Weise des Veranstaltens von Glücksspiel, der Einsatzhöhe und der Art der Verwendung von Einnahmen zum Schutz der Spielteilnehmer und, je nach den soziokulturellen Besonderheiten des jeweiligen Mitgliedstaates zum Schutz der Sozialordnung Vorschriften, zu bestimmen²⁴³. Welche Maßnahmen von den einzelnen Mitgliedstaaten gesetzt werden, richtet sich somit nach deren Besonderheiten, doch müssen sie den obigen Bedingungen gerecht werden. Die vorgesehenen Normen müssen geeignet sein, um die verfolgten Ziele zu erreichen, müssen verhältnismäßig und dürfen nicht diskriminierend sein. Soll die Spielleidenschaft durch die Begrenzung der Anbieter eingedämmt werden, muss die Spielmöglichkeit wirklich gemindert und die Tätigkeit *kohärent und systematisch* begrenzt werden²⁴⁴.
- Im Rahmen ihres auf der jeweiligen Werteordnung basierenden Ermessensspielraumes steht es den Mitgliedstaaten auch frei „die Veranstaltung von Glücksspielen ... öffentlichen oder karitativen Einrichtungen anzuvertrauen“²⁴⁵. Die Behörden der Mitgliedstaaten können wegen ihres Wertungsspielraumes Grund zur Annahme haben, dass „ihnen die Gewährung exklusiver Rechte an eine Einrichtung der öffentlichen Hand, die hinsichtlich ihrer Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht untersteht, oder einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen können, erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen“²⁴⁶. Sie dürfen auch die Annahme vertreten, dass es so gelingt, „das legitime Ziel,

²⁴² Vgl. EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 60; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 13; EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 14; *Gambelli*, Rn 63 und EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 63.

²⁴³ Vgl. EuGH 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 61; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 14; EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 17; *Gambelli*, Rn 35 und EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 35.

²⁴⁴ Vgl. EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 53; EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 35 und 36, und EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 62 und 67.

²⁴⁵ EuGH 8.7.2010, C-447/08, *Sjöberg*, Rn 43.

²⁴⁶ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn, 81; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 40 bis 42; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 66 und 67 und EuGH 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn 59.

Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksamer zu verfolgen, als es bei einem Erlaubnissystem der Fall wäre, nach dem Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde²⁴⁷. Den Behörden steht auch die Annahme frei, dass sie als Kontrollinstanz der Einrichtungen, welche mit dem Monopol betraut sind, "über zusätzliche Mittel verfügen, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen können, ihnen eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebots und bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik zu gewährleisten vermag, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Veranstalter in einer Wettbewerbssituation der Fall wäre"²⁴⁸.

- „Eine begrenzte Erlaubnis im Rahmen eines Ausschließlichkeitsrechts“ bietet den Vorteil, Glücksspiel in kontrollierte Bahnen zu lenken sowie die Gefahren von Glücksspiel, das auf kriminelle Handlungen ausgerichtet ist, auszuschalten²⁴⁹.
- Eine Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspiel, mit dem Ziel, dass Teilnehmer an verbotenen geheimen Spielen oder Wetten auf das Angebot legal handelnder Anbieter zurückgreifen, kann gerechtfertigt sein. Die Angebote zugelassener Veranstalter müssen eine verlässliche und attraktive Alternative zu den Verbotenen darstellen. Dies kann durch einen bestimmten Werbeumfang und durch neue Vertriebsmethoden erreicht werden²⁵⁰. Die Werbung muss maßvoll sein und strikt auf das erforderliche Maß begrenzt bleiben. Sie darf den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher nicht dadurch fördern, dass die aktive Teilnahme am Spiel angeregt wird, indem beispielsweise das Spiel verharmlost wird oder ein positives Image – insbesondere dadurch, dass kommuniziert wird, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden – erhält. Die Expansion darf aber keine Ausmaße annehmen, dass die negativen Eigenschaften des Glücksspiels nicht mehr in kohärenter und systematischer Weise begrenzt werden. Sie darf nicht einen Umfang erreichen, der sie mit dem Ziel, die Spielsucht einzudämmen, unvereinbar macht. Behörden von Mitgliedstaaten, die den Verbrauchern Anreize geben und sie ermuntern, an

²⁴⁷ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn. 81; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn. 40 bis 42; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn. 66 und 67 und EuGH 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn. 59.

²⁴⁸ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn. 82.

²⁴⁹ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn. 64.

²⁵⁰ Vgl. EuGH 3.6.2010, C-258/08, *Ladbroke's*, Rn. 25, EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn. 5. Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn. 101; ebenso bereits in EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn. 55; Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn. 102.

Lotterien, Glücksspiel oder Wetten teilzunehmen, um für die Staatskasse Einnahmen zu lukrieren, können sich nicht auf die öffentliche Sozialordnung und aus dieser ableitbare Rechtfertigungsgründe berufen²⁵¹.

- Die Schaffung eines Monopols lässt sich nur mit dem Ziel, ein besonders hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, rechtfertigen. Es muss gewährleistet sein, dass der Monopolinhaber tatsächlich in der Lage ist, dieses Ziel mit seinem Angebot – dieses muss nach Maßgabe des Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet sein – in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen. Außerdem muss das System einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegen²⁵².
- Können Dienstleistungskonzessionen für Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein, gilt das Transparenzgebot. Die konzessionserteilenden Stellen sind daher zu einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit zugunsten potentieller Konzessionsnehmer verpflichtet. Damit soll „eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung [ermöglicht werden] ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“²⁵³. Ein System der behördlichen Genehmigung muss auf objektiven, im Voraus bekannten und nicht diskriminierenden Kriterien basieren, welche die Ermessensausübung durch Behörden begrenzen, um Willkür zu vermeiden. Den von einschränkenden Maßnahmen Betroffenen muss ein effektiver gerichtlicher Rechtsweg offenstehen und die objektiven Kriterien für die Eingrenzung des Ermessens der Behörden sind ausreichend bekanntzumachen²⁵⁴.
- Die Verlängerung einer Zulassung ohne entsprechendes Verfahren zur Vergabe beschränkt die Grundfreiheiten, kann aber gerechtfertigt sein, wenn die Zulassung einem öffentlichen Veranstalter erteilt oder verlängert wird, der bezüglich der Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht unterworfen ist, oder wenn sie einem privaten Veranstalter erteilt wird, dessen Tätigkeit von den Behörden genau überwacht werden kann²⁵⁵.

²⁵¹ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 99; mit Verweis auf EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 7, 8 und 69.

²⁵² EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 83.

²⁵³ EuGH 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn 41.

²⁵⁴ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media* Rn 87.

²⁵⁵ Vgl. EuGH 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn 58f; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 40ff und EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 66f.

- Art 56 AEUV steht einer Regelung entgegen, nach der „Glücksspiele einem System von ausschließlichen Rechten unterstellt werden und nach der die Förderung von Spielen, die in einem anderen Mitgliedstaat veranstaltet werden, strenger geahndet wird als die Förderung von Spielen, die im Inland ohne Genehmigung veranstaltet werden“²⁵⁶.
- Die einzelnen Arten des Glücksspiels weisen erhebliche Unterschiede²⁵⁷ auf. Wenn die verschiedenen Arten des Glücksspiels unterschiedlichen Regelungen unterliegen (staatliches Monopol, private Veranstalter mit Erlaubnis...), führt dies für sich genommen nicht dazu, dass die Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. Wenn hinsichtlich der Kasino- und Automaten Spiele, die ein höheres Suchtpotential aufweisen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben wird und bezüglich Sportwetten nicht, kann Anlass bestehen zu schlussfolgern, dass Spielteilnehmer eher ermuntert werden sollen an gewissen Spielen teilzunehmen, als dass die Spielgelegenheiten verringert werden sollen. „Was den Umstand betrifft, dass die verschiedenen Glücksspiele zum Teil in die Zuständigkeit der Länder und zum Teil in die des Bundes fallen, ist darauf hinzuweisen, dass sich ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen kann, um die Nichteinhaltung seiner aus dem Unionsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen. Die interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaats, namentlich zwischen zentralen, regionalen und lokalen Behörden, kann ihn u. a. nicht davon entbinden, den genannten Verpflichtungen nachzukommen. Dementsprechend müssen, auch wenn das Unionsrecht einer internen Zuständigkeitsverteilung, nach der für bestimmte Glücksspiele die Länder zuständig sind und für andere der Bund, nicht entgegensteht, in einem solchen Fall die Behörden des betreffenden Bundeslandes und die Bundesbehörden gleichwohl gemeinsam die Verpflichtung [des jeweiligen Mitgliedstaates] erfüllen, nicht gegen Art. 49 EG²⁵⁸ zu verstoßen. Soweit die Beachtung dieser Bestimmung es erfordert, müssen diese unterschiedlichen Behörden dabei folglich die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten koordinieren.“²⁵⁹

²⁵⁶ EuGH 8.7.2010, C-447/08, *Sjöberg*, Rn 48.

²⁵⁷ Es können sich die konkreten Modalitäten der Veranstaltung, der Umfang der Einsätze bzw Gewinne, die Zahl der potenziellen Spielteilnehmer, die Präsentation, der wiederholende Charakter, der Angebotsort, etc. unterscheiden (Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 95).

²⁵⁸ Art 56 AEUV.

²⁵⁹ EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media* Rn 69f; EuGH 13.9.2001, C-417/99, *Kommission/Spanien*, Rn 37.

2. Grundsätze zum Online-Glücksspiel

- Glücksspiel, das über das Internet erfolgt, birgt, „verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontaktes zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter, anders geartete und größere Gefahren in sich, dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden“²⁶⁰.
- Wegen der fehlenden gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung des Glücksspiels dürfen Mitgliedstaaten die Auffassung vertreten, dass trotz des Umstandes, dass Glücksspielanbieter aus anderen Mitgliedstaaten die dortigen rechtlichen Anforderungen erfüllen, der Behördenkontrolle unterliegen und dort rechtmäßig Online-Glücksspiel anbieten, nicht hinreichend garantiert ist, dass nationale Verbraucher vor Straftaten geschützt sind, wenn die Schwierigkeiten der Behörden im Sitzmitgliedstaat bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter berücksichtigt werden²⁶¹.
- Unzulässige Transaktionen über das Internet können schwieriger zu kontrollieren und zu ahnden sein als andere strafbare Handlungen. Allein deshalb kann einem Mitgliedstaat nicht das Recht versagt werden, einseitige restriktive Normen, „die er zu legitimen, im Allgemeininteresse liegenden Zielen erlassen hat, auf das Internet zu erstrecken, weil diese technische Übertragungsform ihrem Wesen nach transnational ist“²⁶².
- Es stehen den Mitgliedstaaten rechtliche Mittel zur Verfügung um „die Beachtung der von ihnen erlassenen Normen gegenüber im Internet tätigen und in der einen oder anderen Weise ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Wirtschaftsteilnehmern so wirkungsvoll wie möglich zu gewährleisten“²⁶³. Die Schwierigkeiten, die Beachtung eines Monopols für Online-Glücksspiel durch Anbieter im Ausland sicherzustellen, sind nicht geeignet, die Vereinbarkeit des Monopols mit Unionsrecht zu beeinträchtigen.
- Ein Verbot jedes Glücksspielangebots über das Internet kann grundsätzlich als geeignet angesehen werden, die legitimen Ziele, Anreize zu übermäßigen

²⁶⁰ EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 70.

²⁶¹ Vgl. EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 69.

²⁶² EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 86.

²⁶³ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 87.

Spielausgaben zu vermeiden, Spielsucht zu bekämpfen und den Jugendschutz zu verfolgen, zu verwirklichen. Auch wenn das Anbieten dieser Spiele über herkömmliche Kanäle zulässig ist, steht dies dem genannten Verbot nicht entgegen²⁶⁴.

3. Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit

Wie oben dargelegt²⁶⁵ hat Unionsrecht Vorrang vor nationalen Bestimmungen. Unionsrechtswidrige mitgliedstaatliche Normen sind nicht anzuwenden²⁶⁶. Bestimmungen nationaler Rechtsordnungen "oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beiseite zu lassen, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der unmittelbar geltenden Normen des Unionsrechts bilden", sind "mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar"²⁶⁷. Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts²⁶⁸. Die nationalen Gerichte haben²⁶⁹ "den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen"²⁷⁰. Dass Vorschriften des nationalen Rechts – auch im Verfassungsrang – die einheitliche Geltung und Wirksamkeit von Unionsrecht beeinträchtigen, kann nicht zugelassen werden²⁷¹. "Aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts darf eine nationale Regelung über ein staatliches [Glücksspielmonopol] die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die [Spieltätigkeiten] in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine

²⁶⁴ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media* Rn 105.

²⁶⁵ Siehe S 68ff, insbesondere S 71.

²⁶⁶ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 52 und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 18.

²⁶⁷ EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 56; Vgl. auch *Simmenthal*, Rn 22, und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 20.

²⁶⁸ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 58: Er ergibt sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, ist in Art 6 und 13 der am 4.11.1950 unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert und in Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bekräftigt worden.

²⁶⁹ Vgl. Art 10 EG (Art 4 Abs 3 und Abs 2 EUV): Grundsatz der Zusammenarbeit.

²⁷⁰ EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 58; Vgl. auch EuGH 13.3.2007, C-432/05, *Unibet*, Rn 37f.

²⁷¹ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 61; EuGH 17.12.1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rn 3.

Übergangszeit weiter angewandt werden.“²⁷² Nationale Bestimmungen, die mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, können nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch nicht vorübergehend angewandt werden²⁷³.

Die Unanwendbarkeit von Bestimmungen, mit denen gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen wird, gilt aber nur gegenüber Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten oder gegenüber sonstigen Staaten, für welche die Dienstleistungsfreiheit²⁷⁴ ebenfalls gilt (zB aufgrund von Abkommen)²⁷⁵. Verstoßen diese Anbieter gegen die jeweiligen unionsrechtswidrigen Bestimmungen, können sie dafür nicht bestraft werden²⁷⁶. Anbieter aus Drittstaaten unterliegen den nationalen Normen trotz Unionsrechtswidrigkeit²⁷⁷.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Bereich des Glücksspiels nationale Beschränkungen, die unionsrechtswidrig sind, unangewandt zu bleiben haben. Eine vorübergehende weitere Anwendung, um eine Regelungslücke zu überbrücken, ist nicht zulässig.

²⁷² EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 71.

²⁷³ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 52 und EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame ua*, Rn 18; Zwar hat der EuGH nicht geäußert, dass eine Suspendierung des Vorrangs von Unionsrecht keinesfalls möglich ist, doch können aus *Winner Wetten* gewisse Minimalanforderungen erkannt werden. Jedenfalls ist die Entscheidung über die Suspendierung des Anwendungsvorrangs dem EuGH vorbehalten. Nur aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit kann es zulässig sein unionsrechtswidrige nationale Vorschriften vorübergehend anzuwenden (Siehe S 165ff; vgl. auch Stadler/Arzt, EuGH: *Winner Wetten*-Urteil zur Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs, *ecolex* 2010, 1114 (1115)). Werden aber Vorschriften für unionsrechtswidrig erklärt, weil sie nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Spieltätigkeit, etc beitragen, ist eine vorübergehende Anwendbarkeit von vornherein ausgeschlossen. Stadler/Arzt vertreten die Ansicht, dass nationale Regelungen, welche die Grundfreiheiten beschränken und nicht geeignet sind den geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu verfolgen keinesfalls "unter Berufung auf die dem Rechtfertigungsgrund innewohnenden Anliegen weiterhin angewendet werden" können (*Stadler/Arzt*, EuGH: *Winner Wetten*-Urteil zur Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs, *ecolex* 2010, 1114 (1115)).

²⁷⁴ Art 56 AEUV erster Satz: „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“.

²⁷⁵ Vgl. Merkel, Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz, <http://www.123recht.net/Dienstleistungsfreiheit-im-Europaeischen-Wirtschaftsraum-und-der-Schweiz-a30141.html>.

²⁷⁶ Vgl. unter anderen EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 71 und *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, *MR* 2010, 247 (248).

²⁷⁷ EuGH 3.10.2006, C-452/04, *Fidium Finanz*, Rn 25; vgl. auch Bohr/Kämpfer, Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte, *ecolex* 2007, 308.

C. Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts

Wie bereits oben erwähnt wurde²⁷⁸ und weiter unten bestätigt wird²⁷⁹, kann es Auswirkungen auf das österreichische Zivilrecht haben, wenn die Bestimmungen zum Glücksspiel unionsrechtswidrig sind. Anhand der im letzten Kapitel genannten Grundsätze ist zu prüfen, ob die österreichischen Vorschriften zum Casinospiel und zu Sportwetten mit Unionsrecht vereinbar sind. Insbesondere ist zu prüfen, ob Beschränkungen diskriminierend und damit unzulässig sind²⁸⁰.

1. Allgemeines

Das Glücksspiel unterliegt in Österreich unterschiedlichen Regelungsgrundsätzen. Einerseits existiert ein Monopol – normiert im GSpG – für Casinospiele etc, andererseits gilt ein Zulassungssystem für Sportwetten. Diese Systeme sind einzeln – sektoriell – zu prüfen, und anschließend hat eine Prüfung des Gesamtsystems zu erfolgen. So kann festgestellt werden, ob bereits ein Sektor für sich genommen unionsrechtswidrig geregelt wird und in weiterer Folge, ob sich aus der Gesamtbetrachtung Unionsrechtswidrigkeit ergibt. Auch wenn von den einzelnen Glücksspielarten unterschiedliche Gefahren ausgehen²⁸¹, kann aus dem Gesamten der Regelungen geschlossen werden, welche Ziele ein Mitgliedstaat im Bereich des Glücksspiels verfolgt. Vor allem ist dabei ein Vergleich der Sektoren mit ähnlichen Gefahren ausschlaggebend. Wird ein Bereich (weit) weniger streng geregelt als ein anderer Bereich mit demselben Gefahrenpotential, deutet dies darauf hin, dass Ziele wie Verbraucherschutz nicht verfolgt werden²⁸².

²⁷⁸ Siehe S 7.

²⁷⁹ In „Klagbarkeit von Casinospielverträgen mit sonstigen Anbietern“, „Nichtigkeit von Glücksspielverträgen“ und „Darlehen zum verbotenen Glücksspiel“.

²⁸⁰ Vgl. *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien (1998), 73.

²⁸¹ EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media* Rn 67: Das vorlegende Gericht hat festgestellt, dass hinsichtlich der Kasino- und Automaten Spiele eine Politik der Angebotsausweitung betrieben wird, obwohl bei diesen Spielen ein höheres Suchtpotential besteht als bei Sportwetten.

²⁸² Dies geht aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH hervor (vgl. EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 62ff).

2. Sportwetten

Das gewerbsmäßige Vermitteln und der gewerbsmäßige Abschluss von Sportwetten sind reglementiert und darf nur unter gewissen Voraussetzungen durchgeführt werden – siehe das Kapitel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten“. Um die Frage nach der europarechtlichen Zulässigkeit beantworten zu können, muss festgestellt werden, ob die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit beschränkt werden bzw ob die Rechtfertigungsgründe des EuGH zur Anwendung kommen. Zum Inhalt der Regelungen betreffend Sportwetten wird auf das Kapitel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten“ verwiesen²⁸³.

Die neun Landesgesetze über das gewerbsmäßige Vermitteln und Abschließen von Sportwetten gelten für alle Bewilligungswerber; bestimmte Gesellschaftsformen werden nicht verlangt. Der österreichische Sportwettenmarkt steht unter gewissen Voraussetzungen jedem Sportwettenanbieter aus EU- bzw EWR-Mitgliedstaaten offen.

Im Vergleich zu den Beschränkungen, die in den einzelnen Entscheidungen²⁸⁴ des EuGH zum Glücksspiel thematisiert wurden, sind die österreichischen Beschränkungen verhältnismäßig gering. Voraussetzungen wie das Erbringen von Bankgarantien sowie sichtbares Anbringen und Hinterlegen von Wettreglements²⁸⁵ deuten darauf hin, dass die Sportwettengesetze zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – insbesondere dem Verbraucherschutz und der Betrugsverbeugung – dienen. Den Landesgesetzen ist dahingehend nichts und den Materialien ist kaum etwas Diesbezügliches zu entnehmen. Dem Verbraucherschutz wird zwar dadurch entsprochen, dass Bewilligungswerber gewisse finanzielle Sicherheiten bieten müssen, dass eine Auswahl unter ihnen getroffen wird und dass Strafen für gewisse Tätigkeiten – z.B. das illegale Anbieten von Sportwetten – vorgesehen sind, doch sind keine Werbebeschränkungen oder Höchstzahlen für Anbieter vorgesehen. Die österreichischen normativen Gegebenheiten erwecken nicht den Anschein, dass Anreize zu überhöhten Ausgaben entgegengewirkt werden soll.

²⁸³ Außerdem sei verwiesen auf *Nikodem*, Sportwetten im Internet, 2008, 55, http://www.it-law.at/uploads/tx_publications/Thomas_Nikodem_-_Sportwetten_im_Internet.pdf.

²⁸⁴ Vgl EuGH vom 24.03.1994, C-275/92, *Schindler*; EuGH vom 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*; EuGH vom 21. 10. 1999, C-67/ 98, *Zenatti*; EuGH vom 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*; EuGH vom 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*; EuGH vom 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*; EuGH vom 3.6.2010, C-203/08, *Sporting Exchange*; EuGH vom 3.6.2010, C-258/08, *Ladbrokes*; EuGH vom 8.7.2010, C-447/08, *Sjöberg*; EuGH vom 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*; EuGH vom 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*; EuGH vom 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*; EuGH vom 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten* und EuGH vom 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger/Ömer*.

²⁸⁵ Vgl das Kapitel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten“.

Die Materialien hinsichtlich des *Gesetzes v 28.7.1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* lassen erkennen, dass der primäre Zweck dieses Gesetzes das Erzielen von Gebühren im Zusammenhang mit Totalisateur- und Buchmacherwetten war und somit fiskalische Zwecke betraf. Man wollte mit diesem Gesetz die steuerlichen Möglichkeiten auf optimale Weise nutzen²⁸⁶. Es sollte aber auch gegen vermehrten Schwindel auf Rennbahnen vorgegangen werden²⁸⁷. Gemäß dem Motivenbericht²⁸⁸ der Niederösterreichischen Landesregierung wurde § 9 Niederösterreichisches *Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher* geschaffen, um Kinder und Jugendliche vor unüberlegten Geldausgaben zu bewahren. Die Stellungnahmen der einzelnen Länder zu ihren Gesetzen lassen vermuten, dass sie vor allem aus dem Grund erlassen wurden, weil das Gesetz vom 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens den Anforderungen der Gegenwart bzw jüngeren Vergangenheit nicht mehr entsprochen hat. Insgesamt geht aus Andeutungen in den Materialien²⁸⁹ und aus den (relativ liberalen) Regelungen selbst hervor, dass die Ziele, die laut dem EuGH als Rechtfertigung dienen, verfolgt werden.

In den Gesetzen der Länder Burgenland, Niederösterreich, Steiermark, Tirol, Vorarlberg und Wien wird weder ein Sitz noch eine Niederlassung des Anbieters in Österreich verlangt. Die Gesetze Kärntens und Salzburgs verlangen einen Sitz oder eine Niederlassung in Österreich. In Oberösterreich wird für Wettbüros ein Standort im Inland vorausgesetzt. Ob dies auch gelten soll, wenn über das Internet angeboten wird, kann aus dem Gesetzestext und aus den Materialien nicht abgeleitet werden²⁹⁰. Sofern ein Sitz

²⁸⁶ Vgl Antrag des Abgeordneten Schiegl und Genossen auf Erlassung eines Gesetzes, betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens vom 31. Mai 1919, 269 der Beilagen der stenographischen Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung, 1f.

²⁸⁷ Vgl Bericht des Finanz- und Budgetausschusses über den Antrag des Abgeordneten Schiegl und Genossen auf Erlassung eines Gesetzes, betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens vom 31. Mai 1919, 327 der Beilagen, 3.

²⁸⁸ Motivenbericht betreffend den Entwurf eines niederösterreichischen Gesetzes über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.

²⁸⁹ Vgl Antrag des Abgeordneten Schiegl und Genossen auf Erlassung eines Gesetzes, betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens vom 31. Mai 1919, 269 der Beilagen der stenographischen Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung, und vgl den Bericht des Finanz- und Budgetausschusses über den Antrag des Abgeordneten Schiegl und Genossen auf Erlassung eines Gesetzes, betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens vom 31. Mai 1919, 327 der Beilagen.

²⁹⁰ Vgl **Burgenland**; Gesetz vom 28. Juli 1919, betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919 idF LGBI 13/1993; **Kärnten**, Gesetz vom 13. Juni 1996 über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher (Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz – K-TBWG), LGBI 68/1996 idF LGBI 10/2009; **Niederösterreich**, Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher, LGBI 210/78 idF LGBI 111/06; **Oberösterreich**, Landesgesetz, mit dem das Aufstellen und der Betrieb von Spielapparaten sowie der gewerbsmäßige Abschluss und das Vermitteln von Wetten geregelt wird (Oö. Spielapparate- und Wettgesetz), LGBI 106/2007 idF LGBI 35/2011; **Salzburg**, Gesetz vom 15. Dezember 1994 über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure, LGBI 17/1995 idF LGBI 51/2010; **Steiermark**, Gesetz vom 1. Juli 2003 über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten im Land Steiermark (Steiermärkisches Wettgesetz), LGBI 79/2003 idF LGBI 81/2010; **Tirol**, Gesetz vom 20. März 2002

oder eine Niederlassung in Österreich verlangt wird, stellt dies eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar. Insbesondere im Fall eines Sitzfordernisses im Inland dürfte nach der Rechtsprechung des EuGH Unionsrechtswidrigkeit vorliegen²⁹¹. Die entsprechenden Regelungen müssten daher unangewandt bleiben²⁹². Die betreffenden Landesgesetze sind jedoch nicht für den Bereich des Online-Glücksspiels konzipiert. Teilweise gehen die Landesregierungen davon aus, dass die Sportwettengesetze auf Online-Glücksspiel, das vom Ausland aus angeboten wird, nicht anwendbar sind und dass somit Bewilligungen nicht notwendig sind. Teilweise erteilen die Landesregierungen auch ausländischen Anbietern, die in Österreich Online-Glücksspiel anbieten, Bewilligungen²⁹³. Je nachdem sind also die Sportwettengesetze, nach denen ein Sitz im Inland vorausgesetzt wird, nicht anzuwenden, weil sie unionsrechtswidrig sind oder werden von den Behörden aus sonstigen Gründen nicht angewandt²⁹⁴.

3. Online-Casinospiele

Die Zahl der Betreiber von Spielbanken und von Anbietern sonstiger Lotterien ist in Österreich gesetzlich bzw durch die Vergabe von Konzessionen, die auf dem Gesetz beruhen, sehr beschränkt. Durch das in Österreich existierende Monopol wird das legale Angebot von Glücksspielen (Casinospiele, Lotterien, Spielautomaten etc) äußerst stark eingeschränkt und somit wird sehr stark in die Grundfreiheiten eingegriffen. Durch den Ausschluss von Anbietern, denen keine der wenigen Konzessionen erteilt wurde, werden die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit beschränkt, wobei für den Online-Bereich besonders die Dienstleistungsfreiheit relevant ist. Unter Heranziehung der

über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure (Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz), LGBl 58/2002 idF 53/2008; **Vorarlberg**, Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten (Wettengesetz), LGBl 18/2003 idF 1/2008; **Wien**, Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919 idF LGBl 24/2001.

²⁹¹ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 59.

²⁹² Vgl unter anderen EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 71 und *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247 (248).

²⁹³ Zur Europarechtskonformität der Sportwettengesetze siehe auch *Nikodem*, Sportwetten im Internet, 40ff, http://www.it-law.at/uploads/tx_publications/Thomas_Nikodem_-_Sportwetten_im_Internet.pdf; *Habsberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175ff.

²⁹⁴ Vgl *Hasberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175ff; *Hasberger/Busta*, Top die Wette gilt – Internetsportwetten nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49ff: „Ein Sportwettenanbieter mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat müsste somit, um eine Bewilligung erlangen zu können, im jeweiligen Bundesland einen Standort errichten. Dies bedeutet jedoch im Rahmen des Anbietens von Internetsportwetten einen erheblichen Nachteil für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten. Diese Benachteiligung wird nicht durch die oben genannten Gründe gerechtfertigt und stellt eine Diskriminierung bzw eine Maßnahme gleicher Wirkung dar. Die Behörde hätte die Standortverpflichtung im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens unberücksichtigt zu lassen, da ihr Artikel 49 EGV als unmittelbar anwendbare Norm entgegensteht“ sowie *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Wien (2005), 89.

bisherigen Judikatur des EuGH ist nachstehend die Zulässigkeit der österreichischen Regelung für elektronische Lotterien zu untersuchen. Dazu ist es notwendig, auch die anderen im GSpG geregelten Bereiche zu betrachten. Die Voraussetzungen, unter welchen Beschränkungen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit zulässig sein können, wurden bereits oben – im Kapitel „Die Grundsätze des EuGH im Zusammenhang mit Glücksspiel“ – angeführt. Nachstehend werden die bisher angeführten Grundsätze des EuGH auf das GSpG angewandt:

a. Gemeinsame Bestimmungen

Wie im Kapitel „Verwaltungsrechtliche Gegebenheiten in Österreich“ gezeigt, wird im Glücksspielgesetz das Anbieten von Glücksspiel im Rahmen von sonstigen Ausspielungen, in Spielbanken, mit Spielautomaten und in Pokersalons geregelt. Es werden daher zuerst Bestimmungen, die auf all diese Glücksspielvarianten anwendbar sind, geprüft, dann gewisse spezielle Bestimmungen und abschließend die Systematik und Kohärenz des österreichischen Glücksspielrechts:

Die Art und Weise, in der für Glücksspiel im Sinne des GSpG geworben werden darf, ist in § 56 GSpG²⁹⁵ geregelt. Die Klagemöglichkeit nach §§ 1 ff UWG und nach § 1311 ABGB wird in § 56 Abs 1 GSpG ausgeschlossen. Der Ausschluss der entsprechenden Klagen führt dazu, dass Verbrauchern (also den – eigentlich zu schützenden – Spielteilnehmern) und Unternehmern der Zivilrechtsweg gegen unlautere, aggressive oder irreführende Geschäftspraktiken oder sonstige unlautere Handlungen der Konzessionsinhaber verwehrt wird²⁹⁶. Dies obwohl dem Unterlassungsanspruch große praktische Bedeutung

²⁹⁵ Zulässige Werbung: § 56 Abs 1 GSpG: „Die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber nach diesem Bundesgesetz haben bei ihren Werbeauftritten 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“.

²⁹⁶ Vgl § 1 Abs 1 Z 1 UWG; vgl diesbezüglich auch *Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, ÖBl 2009/41 (213).

zukommt²⁹⁷. Der Ausübung des Aufsichtsrechts durch den BMF (Vgl § 56 Abs 1 GSpG) ist ein ähnlicher Erfolg nicht zuzurechnen, da bei Wettbewerbsverstößen umgehendes Einschreiten notwendig ist, womit mangels näherer Präzisierung des Aufsichtsrechts aber nicht gerechnet werden kann²⁹⁸. Außerdem profitiert der BMF von den Abgaben der Konzessionäre, wodurch eine Kontrolle durch diesen generell abzulehnen ist²⁹⁹.

Knecht-Kleber vermutet, dass die Versagung zivilrechtlicher Mittel verfassungswidrig ist³⁰⁰. Sie stellt auch die Frage in den Raum, ob der Gesetzgeber mit dieser Regelung "einer drohenden 'Klageflut' gegen Werbung irreführender Spieler entgegenwirken" wollte³⁰¹. Weiters sei "zu prüfen, ob § 56 Abs 1 GSpG mit dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf den gesetzlichen Richter vereinbar" sei. Sie kommt nach einer solchen Prüfung zum Schluss, dass Verfassungswidrigkeit vorliege³⁰². Weiters stellt *Knecht-Kleber* eine mögliche Unvereinbarkeit des § 56 GSpG mit dem Unionsrecht in den Raum³⁰³.

Den zivilrechtlichen Schutz beim Glücksspiel zu verwehren ist nicht im Sinne des Spielerschutzes, sondern schwächt diesen ab, um die Monopolinhaber zu schützen. Dieser Umstand ist ein starkes Argument dafür, dass mit der Schaffung und den Novellierungen des GSpG weniger der Spielerschutz als vielmehr fiskalpolitische Aspekte im Vordergrund standen, was gegen die Konformität mit dem Unionsrecht spricht.

Angemerkt sei auch, dass der VwGH³⁰⁴ an der Unionskonformität des § 56 Abs 2 GSpG zweifelt und dem EuGH die nachstehende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat: "Ist eine Regelung eines Mitgliedstaates, die die Werbung für im Ausland gelegene Betriebsstätten von Spielbanken in diesem Mitgliedstaat nur dann erlaubt, wenn die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen an diesen Standorten den inländischen entsprechen, mit der Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren?" Das Verfahren ist zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit noch anhängig³⁰⁵.

²⁹⁷ Vgl *Zankl*, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, *ecolex* 2010, 310 und *Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, *ÖBl* 2009/41 (213) mit Verweis auf *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, Wien (1997), § 34 Rn 2ff.

²⁹⁸ Vgl *Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, *ÖBl* 2009/41 (213).

²⁹⁹ *Zankl*, EuGH: Die Sachertorte und das Glücksspiel, *Die Presse*, 8.2.2010 und online unter http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/538126/index.do?_vl_backlink=/home/index.do.

³⁰⁰ Vgl *Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, *ÖBl* 2009/41 (214); sie denkt an einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK.

³⁰¹ Wollte der Gesetzgeber etwa von vornherein einer drohenden "Klageflut" gegen Werbung irreführender Spieler entgegenwirken? (*Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, *ÖBl* 2009/41, 214).

³⁰² *Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, *ÖBl* 2009/41 (214).

³⁰³ Vgl *Knecht-Kleber*, Neue (verfassungswidrige?) Werberegulierung für das Glücksspiel, *ÖBl* 2009/41 (215).

³⁰⁴ VwGH 28.3.2011, 2010/17/0055.

³⁰⁵ EuGH C-176/11, HIT und HIT LARIX.

b. Spezielle Bestimmungen

aa. Elektronische Lotterien und die Entscheidung *Engelmann*

Für Online-Casinospiele wurden in Österreich die Bestimmungen zu elektronischen Lotterien geschaffen. Wie bereits oben dargestellt, wurde gemäß § 14 Abs 1 GSpG die Konzession zur Durchführung von elektronischen Lotterien sowie weiterer Ausspielungen an die Österreichische Lotterien vergeben. Somit ist ausschließlich dieses Unternehmen berechtigt, in Österreich Casinospiele online anzubieten. Die Vergabe dieser Konzession ist wie die Vergabe der Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken auf intransparente Weise erfolgt³⁰⁶. Sie wurden unter Ausschluss der Öffentlichkeit vergeben und verlängert. Eine Transparenz hat somit völlig gefehlt³⁰⁷. Auch wenn seit den letzten Novellierungen des GSpG eine transparente Konzessionsvergabe vorgesehen ist, werden die aufgrund einer intransparenten und unionsrechtswidrigen Rechtslage vergebenen Konzessionen von der CASAG und der Österreichische Lotterien GmbH gehalten.

Entsprechend den Vorlagefragen wurden in *Engelmann* die Konzessionskriterien gemäß § 21 GSpG unter Beachtung der Niederlassungsfreiheit gewürdigt. Die Unvereinbarkeit eines Sitzanfordernisses mit dem Unionsrecht gilt auch, wenn ein Sitz in Österreich für das Anbieten anderer Glücksspiele als solche in Spielbanken vorausgesetzt wird. Für die Erteilung der Ausspielungskonzession nach § 14 GSpG³⁰⁸ wurde zum Zeitpunkt, als die entsprechende Konzession vergeben wurde, korrespondierend mit § 21 GSpG aF³⁰⁹, ein Sitz im Inland verlangt und war somit auch diese Regelung unionsrechtswidrig. Da elektronische Lotterien unter jene Ausspielungen fallen, die auf Grundlage des § 14 GSpG vergeben wurden und diese Vergabe unionsrechtswidrig war, dürfen Personen, die

³⁰⁶ Die bestehenden Spielbankenkonzessionen wurden nach § 21 GSpG auf eine Weise vergeben die mit geringfügigen Änderungen bis zur Fassung BGBl I Nr 54/2010 in Geltung war und in *Engelmann* für intransparent erklärt wurde (EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 59). Die Konzession nach § 14 GSpG wurde in einer § 21 GSpG (bis zur Fassung BGBl I Nr 54/2010) vergleichbaren Weise vergeben (auch hier bis zur Fassung BGBl I Nr 54/2010).

³⁰⁷ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 56.

³⁰⁸ In der Fassung bis zur Novelle BGBl I Nr 73/2010 mit der das Sitzanfordernis geändert wurde.

³⁰⁹ In der Fassung bis zur Novelle BGBl I Nr 54/2010 mit der das Sitzanfordernis geändert wurde.

Glücksspiele in Form elektronischer Lotterien anbieten, nicht bestraft werden, weil ihnen keine entsprechende Konzession erteilt wurde³¹⁰.

Spätestens seit *Winner Wetten*³¹¹ ist eindeutig, dass unionsrechtswidrige Bestimmungen unangewandt zu bleiben haben und dass auch eine vorübergehende Anwendung zu unterbleiben hat. Zwar sind die Normen, aufgrund derer die intransparente Vergabe erfolgen konnte, bereits abgeändert, doch besteht der aus ihr resultierende unionsrechtswidrige Umstand weiter. Zwar hat bereits eine Neuvergabe stattgefunden, doch ist die alte Konzession noch bis 30.9.2012 in Kraft³¹². Zur allfälligen Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen die die Basis für die Neuvergabe gebildet haben vgl die nächsten Absätze.

bb. Unionsrechtswidrigkeit der Lotterien-Konzession iSd § 14 GSpG idgF

Mit den letzten Novellen des GSpG³¹³ wurde das Inlandssitzerfordernis dahingehend abgeändert, dass im Zeitpunkt der Bewerbung um eine Konzession ein Sitz in einem EU- bzw EWR-Mitgliedstaat genügt. Erst nach der Konzessionserteilung ist eine inländische Kapitalgesellschaft zu gründen³¹⁴. Eine Änderung der Diskriminierung ist damit jedoch nicht eingetreten. Die Verpflichtung, nach der Konzessionserteilung eine Niederlassung in Österreich zu errichten, kann potentielle Bewerber von der Teilnahme im Ausschreibungsverfahren abhalten³¹⁵. Das Sitzerfordernis kann auch nicht mit dem Ziel der Kriminalitätsbekämpfung gerechtfertigt werden, da es unverhältnismäßig ist³¹⁶.

Talos/Stadler gehen davon aus, dass aus der Begründung des EuGH zu *Engelmann* abzuleiten ist, "dass auch die - jeweils auf Casinos Austria AG (CASAG) und Österreichische Lotterien GmbH (ÖLG) zugeschnittenen - § 14 Abs 2 Z 3 und § 21 Abs 2 Z 3 GSpG (Mindestkapital), § 14 Abs 2 Z 2 und § 21 Abs 2 Z 2 iVm § 30 GSpG (Namensaktien) sowie §§ 19 und 31 GSpG (Staatskommissär) über das zur

³¹⁰ Vgl EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*; sowie *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247 (249).

³¹¹ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, insbesondere Rn 71.

³¹² Vgl <http://m.bmf.gv.at/Presse/Pressearchiv2011/September/12499.htm>.

³¹³ BGBl I Nr 111/2010.

³¹⁴ Vgl §§ 14 Abs 3 und 21 Abs 3 GSpG.

³¹⁵ Vgl EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 33, sowie *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2010, 1006 (1007) und *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247 (250).

³¹⁶ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 37f sowie *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2010, 1006 (1007).

Zielerreichung Erforderliche hinausgehen und daher mit den EU-Grundfreiheiten nicht vereinbar sind“³¹⁷.

Diesen Ansichten pflichte ich bei. Gerade das Erfordernis, den Sitz oder zumindest eine Niederlassung in Österreich zu errichten, ist geeignet potentielle Bewerber aufgrund der im Fall der Konzessionserteilung hiedurch verursachten Kosten von der Bewerbung abzuhalten³¹⁸. Besonders das Sitzersfordernis wurde vom EuGH bereits für unverhältnismäßig befunden. Daraus ergibt sich auch die Unionsrechtswidrigkeit des § 14 GSpG idGF. Auch nach der Neuvergabe der Konzession ist eine Bestrafung all jener, die elektronische Lotterien anbieten, ohne Konzessionär zu sein, nicht möglich.

cc. Spielbanken

aaa. Die Folgen der Entscheidung *Engelmann*

Die Entscheidung des EuGH in *Engelmann*, dass eine Regelung wie gem § 21 GSpG, nach der ausschließlich Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz im Inland Spielbanken betreiben können und nach der eine Konzessionsvergabe ohne transparente Ausschreibung unionsrechtswidrig ist, hat zur Folge, dass die entsprechende Bestimmung unanwendbar ist. Auch die daran anknüpfenden Strafbestimmungen sind unanwendbar³¹⁹. Nachdem *Engelmann* ergangen ist, wurde vom BG Innsbruck ein wegen illegalen Glücksspiels Angeklagter freigesprochen³²⁰.

Bis die Novellen zum GSpG von 2008³²¹ und 2010³²² in Kraft traten, erfolgte die Vergabe und Verlängerung der Konzessionen ohne öffentliche Ausschreibung. Das Verfahren war nicht transparent³²³. Der Betrieb von Spielbanken ist der Casinos Austria AG vorbehalten. Gemäß § 21 Abs 5 GSpG können insgesamt 15 Konzessionen für den Betrieb jeweils einer Spielbank vergeben werden. Vor der Gesetzesänderung BGBl I Nr 111/2010

³¹⁷ *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006 (1007).

³¹⁸ Vgl EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 32 bis 33.

³¹⁹ Vgl *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247 mit Verweis auf EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 24, 26 und 59.

³²⁰ *Schnauder*, Urteil stellt Spielhöhlen einen Freibrief aus, <http://derstandard.at/1285199498723/Urteil-stellt-Spielhoellen-einen-Freibrief-aus?seite=4>.

³²¹ Vgl BGBl I Nr 54/2010.

³²² Vgl BGBl I Nr 73/2010.

³²³ Vgl „EuGH vom 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*“ und „Die Grundsätze des EuGH im Zusammenhang mit Glücksspiel“; vgl aber auch *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247 sowie EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 15f und 41.

konnten nur 12 dieser Konzessionen vergeben werden und alle dieser 12 Konzessionen erhielt die Casinos Austria AG. Seit der genannten Gesetzesänderung sind keine weiteren Konzessionen vergeben worden. Alle aktuell vergebenen Konzessionen zum Betrieb von Spielbanken sind somit zurzeit im Besitz der Casinos Austria AG und wurden vor der Entscheidung *Engelmann* vergeben. Da die Vergabe der Konzessionen auf unionsrechtswidrige Weise erfolgt ist, müsste der Staat ehestmöglich eine Neuausschreibung vornehmen, um einen unionskonformen Zustand herzustellen und den Strafnormen im Bereich des Glücksspiels Anwendung zukommen zu lassen.

bbb. Unionsrechtswidrigkeit der Spielbankenkonzession iSd § 21 GSpG idgF

Wie bereits oben zu den elektronischen Lotterien dargelegt, ist mit der Gesetzesänderung keine Änderung der Diskriminierung eingetreten. Die Verpflichtung, nach der Konzessionserteilung eine Niederlassung in Österreich zu errichten, kann potentielle Bewerber von der Teilnahme im Ausschreibungsverfahren abhalten³²⁴. Das Sitzersfordernis kann auch nicht mit dem Ziel der Kriminalitätsbekämpfung gerechtfertigt werden, da es unverhältnismäßig ist³²⁵. Auch wird an dieser Stelle auf das zum Mindestkapital und zu den Namensaktien Ausgeführte verwiesen³²⁶. An der Unionsrechtswidrigkeit des § 21 GSpG haben auch daher seine letzten Änderungen³²⁷ nichts geändert.

dd. Spielapparate

Zwar sind die Regelungen zum kleinen Automatenglücksspiel dahingehend geändert worden, dass sie in Zukunft nicht mehr durch Landesgesetze, sondern durch das GSpG reguliert werden, doch gelten die landesgesetzlichen Regelungen noch bis zum Ablauf

³²⁴ Vgl. EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 33, sowie *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolx* 2010, 1006 (1007) und *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, *MR* 2010, 247 (250).

³²⁵ EuGH 10.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 37f sowie *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolx* 2010, 1006 (1007).

³²⁶ Siehe „Unionsrechtswidrigkeit der Lotterien-Konzession iSd § 14 GSpG idgF“.

³²⁷ Vgl. BGBl I Nr 54/2010, BGBl I Nr 73/2010 und BGBl I Nr 111/2010.

einer Übergangsfrist³²⁸. Nach den jeweiligen Landesgesetzen ist das kleine Automatenglücksspiel nur in vier Ländern gestattet³²⁹.

c. Unionsrechtswidrigkeit aufgrund fehlender Kohärenz

Beschränkungen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit müssen geeignet sein, um die verfolgten Ziele zu erreichen. Sie müssen verhältnismäßig und dürfen nicht diskriminierend sein. Soll die Spielleidenschaft durch die Begrenzung der Anbieter eingedämmt werden, muss die Möglichkeit zu spielen wirklich gemindert und die Tätigkeit der Glücksspielanbieter kohärent und systematisch begrenzt werden³³⁰. Die österreichischen Beschränkungen sind in diesem Sinne auf ihre Kohärenz zu untersuchen.

Die Regierung bezieht sich auf den Spielerschutz, um die Beschränkungen im GSpG zu rechtfertigen. Angeblich seien die Bestimmungen im Glücksspielgesetz und das Glücksspielmonopol für den Spielerschutz vorbildlich³³¹. Dies wird jedoch in der Literatur heftig kritisiert und bezweifelt³³². Die Bestimmungen zum Spielerschutz sowie jene Bestimmungen und Vorgehensweisen, die den Spielerschutz beeinflussen, sollen

³²⁸ Gemäß § 60 Abs 25 Z 2 GSpG gelten sie noch bis 31.12.2014.

³²⁹ Das „kleine Glücksspiel“ ist in Kärnten, Niederösterreich, Steiermark und Wien erlaubt (ANFRAGE des Abgeordneten Pilz, Freundinnen und Freunde an den Bundesminister für Finanzen betreffend die Rolle des Novomatic Konzerns in Politik und organisiertem Glücksspiel: http://www.parlinkom.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/J/J_05642/fnameorig_188314.html).

³³⁰ Vgl. EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 53; EuGH 21.9.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 35 und 36, und EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 62 und 67.

³³¹ Laut den Österreichischen Lotterien und den Casinos Austria gelte das GSpG „international als vorbildlich, weil es wirtschaftliche Liberalität bei einem Höchstmaß an öffentlicher Sicherheit mit bestmöglichem Schutz für die Konsumenten verbinde. Eine Liberalisierung für private Anbieter habe weitreichende Folgen, die folgender Maßen benannt werden:

- Wettbewerb steigere Spielsucht
- Liberalisierung bringe Verlust an Steuereinnahmen
- Liberalisierung erschwere den Kampf gegen Geldwäsche und Betrug

(vgl. *Österreichische Lotterien/Casinos Austria*, Daten und Fakten zum Erhalt des geltenden Glücksspielgesetzes, <http://www.casinos.at/uploadNew/1ca89af7-6a10-4646-8017-9c8d9740d6e8.pdf>, 1).

³³² *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 700; *Wilhelm*, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt) Nebst Lehrgang zur authentischen Interpretation, *ecolex* 2007, 313ff; *Wilhelm*, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel – VfGH hebt § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz auf – teilweise, *ecolex* 2008, 1111; *Doralt*, Korrektur höchstgerichtlicher Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, ÖJZ 1983, 312; *Wetz/Lichtenberger*, Spielautomaten: Geschäft mit dem (Un)glück, *Die Presse*, Print-Ausgabe, 21.05.2010, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/568042/Spielautomaten_Geschaefft-mit-dem-Unglueck;Leidenmühler/Plöckinger, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55; *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien (1998); Teenager als Süchtige: Streit um Spielautomaten, *DiePresse.com*, 16.02.2010 <http://diepresse.com/home/panorama/jugend/540109/index.do?from=suche.intern.portal>; *Wilhelm*, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel – VfGH hebt § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz auf – teilweise, *ecolex* 2008, 1111; *Zankl*, EuGH: Die Sachertorte und das Glücksspiel, *Die Presse*, 8.2.2010 und online unter http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/538126/index.do?_vl_backlink=/home/index.do; *Doralt*, Korrektur höchstgerichtlicher Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, ÖJZ 1983, 312 und *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH – Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247.

nachstehend untersucht werden, um zu prüfen, ob Kohärenz und Systematik iSd Judikatur des EuGH gegeben sind.

Eines der Charakteristika der österreichischen Rechtsordnung im Bereich des Glücksspiels ist, dass die einzelnen Glücksspielarten sehr unterschiedlich reguliert werden³³³. Vor allem die Anzahl der zulässigen Anbieter variiert stark³³⁴. Grundsätzlich ist eine unterschiedliche Regulierung der Glücksspiele zulässig, da unterschiedliche Glücksspiele auch andere Gefahren und diese Gefahren wiederum andere Intensitäten aufweisen³³⁵. Die Beschränkungen müssen aber trotzdem geeignet sein, eine kohärente und systematische Begrenzung des Glücksspiels herbeizuführen. Ob dies der Fall ist, soll nachstehend untersucht werden:

aa. Zweck des GSpG

Den Materialien³³⁶ zum GSpG ist zu entnehmen, dass das Glücksspielmonopol ordnungspolitischen – dem Spielerschutz – und fiskalpolitischen Zielen dienen soll.

³³³ Siehe „Verwaltungsrechtliche Gegebenheiten in Österreich“.

³³⁴ Es können 15 Konzessionen für Spielbanken, eine für weitere Ausspielungen, eine für einen Pokersalon aber beliebig viele Genehmigungen für das Anbieten von Sportwetten vergeben werden. Auch das Aufstellen einer großen Anzahl von Glücksspielautomaten ist vorgesehen.

³³⁵ Vgl. EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media* Rn 67: Das vorlegende Gericht hat festgestellt, dass hinsichtlich der Kasino- und Automaten Spiele eine Politik der Angebotsausweitung betrieben wird, obwohl bei diesen Spielen ein höheres Suchtpotential besteht als bei Sportwetten; *Wetz/Lichtenberger*, Spielautomaten: Geschäft mit dem (Un)glück, *Die Presse*, Print-Ausgabe, 21.05.2010, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/568042/Spielautomaten_Geschaefft-mit-dem-Unglueck; *Scholz*, Pathologisches Glücksspiel – von der Problemwahrnehmung zur Entwicklung professioneller Hilfestellungen, http://www.bmf.gv.at/spielerschutz/fachtagunggluecksspie_12060/praesentation_herwig_scholz.pdf, 9ff und 25; *derstandard.at*, Neues Gesetz schafft "Heer von Spielsüchtigen", <http://derstandard.at/1276413301261/Gluecksspiel-Neues-Gesetz-schafft-Heer-von-Spielsuechtigen?seite=2> und *Oswald*, Glücksspielgesetz Neu – Sonderkrankenhaus De La Tour warnt vor Auspowerung und erheblicher Risikoausweitung, <http://suchtgift.wordpress.com/2009/09/30/gluecksspielgesetz-neu-sonderkrankenhaus-de-la-tour-warnt-vor-auspoderung-und-erheblicher-risikoausweitung/>.

³³⁶ EBRV in 1067 BlgNR 17. GP, 15 (zur Urfassung BGBl 620/1989): „Die Zielsetzungen, die der Bund mit diesem Bundesgesetz verfolgt sind einerseits ordnungspolitischer und andererseits fiskalischer Natur.

In ordnungspolitischer Hinsicht muß gesagt werden, daß idealerweise ein gänzlich Verbot von Glücksspielen die sinnvollste Regelung wäre. Angesichts des bekannten Umstandes, daß der Spieltrieb dem Menschen nun einmal immanent gegeben zu sein scheint (wie dies auch sämtliche zu diesem Thema erscheinenden Studien immer wieder belegen, ist es aber wesentlich sinnvoller diesen Spielbetrieb im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken. Dadurch wird zweierlei erreicht: Eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspiels in die Illegalität wird vermieden, gleichzeitig erhält sich der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Diese Überwachung muß als oberste Zielsetzung den Schutz des einzelnen Spielers vor Augen haben.

In fiskalischer Hinsicht besteht ein Interesse des Bundes, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können. Hier kommt der alte Aspekt zum Tragen, der unter Monopolen (und auch Regalien) vor allem ein vermögenswertes Recht erblickt. Bei der Regelung des Glücksspielwesens hat der Bund daher – unter Beachtung und Wahrung des ordnungspolitischen Zieles – eine Durchführung der Glücksspiele in der Richtung anzustreben, daß ihm ein möglichst hoher Ertrag aus dem Monopol verbleibt“.

„Die Gründe für die Ausgliederung aller Glücksspiele aus der staatlichen Verwaltung einschließlich der Möglichkeit neueinzuführender Sofortlotterien liegen in der Erwartung höherer Bundeseinnahmen aus dem Glücksspielmonopol, der Vorteilhaftigkeit der Konzentration der Glücksspiele bei einem Konzessionär im Hinblick

Besonders die Verfolgung fiskalpolitischer Ziele ist offensichtlich³³⁷. Da fiskalpolitische Ziele für sich allein genommen das Glücksspielmonopol nicht rechtfertigen, sind die ordnungspolitischen Ziele zu überprüfen:

aaa. Direkter Spielerschutz

Dem Spielerschutz soll unter anderem damit gedient werden, dass die Anzahl der möglichen Anbieter beschränkt wird und außerdem damit, dass gewisse Voraussetzungen für Konzessionswerber und Aufsichtsmöglichkeiten vorgesehen sind. Ein gewisser Angebotsumfang ist notwendig, um Spielteilnehmer vom illegalen zum legalen Angebot zu überführen³³⁸.

In § 25 Abs 3 GSpG wurde eine Regelung vorgesehen, mit der Spielteilnehmer, die das Spielbankenangebot in Anspruch nehmen, angeblich direkt geschützt werden sollen. Diese Bestimmung weist aber darauf hin, dass das Ziel des Spielerschutzes nicht ernsthaft verfolgt wird³³⁹. *Bydlinski* hält fest, dass „gleich in mehrfacher Hinsicht eine Abweichung von allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zulasten der Spieler“ vorliege³⁴⁰. Es findet eine Einschränkung der Haftung statt, die nach allgemeinzivilrechtlichen Grundsätzen bestehen würde. Dies zugunsten der Spielbankenbetreiber. Besonders auch der Umstand, dass diese Bestimmung bereits vom VfGH aufgehoben, jedoch erneut – wortgleich – erlassen wurde³⁴¹, beweist, dass der österreichische Gesetzgeber nicht das Ziel des Spielerschutzes verfolgt. Es lässt vielmehr die geringe Wertschätzung des

auf den künftig verstärkt zu erwartenden europäischen Wettbewerb und der Möglichkeit von Planstelleneinsparungen bei der Österreichischen Glücksspielmonopolverwaltung“.

StenProt 119. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich XVII. GP, 28. und 29.11.1989: Bericht des Finanzausschusses über die Regierungsvorlage (1067 der Beilagen): Bundesgesetz zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (1139 der Beilagen): Berichterstatter Dr. Lackner bestätigt, dass in fiskalischer Hinsicht ein Interesse des Bundes bestehe, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können. Es wurde schon damals der Verdacht geäußert, dass fiskalpolitischen Interessen gedient werden soll (14076f).

³³⁷ Durch intensive Werbemaßnahmen wird die Bevölkerung zu Casinospielen animiert (s S 95ff).

³³⁸ Vgl EBRV in 1067 BlgNR 17. GP, 15: „In ordnungspolitischer Hinsicht muß gesagt werden, daß idealerweise ein gänzlich Verbot von Glücksspielen die sinnvollste Regelung wäre. Angesichts des bekannten Umstandes, daß der Spieltrieb dem Menschen nun einmal immanent gegeben zu sein scheint (wie dies auch sämtliche zu diesem Thema erscheinenden Studien immer wieder belegen, ist es aber wesentlich sinnvoller diesen Spielbetrieb im Interesse des einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken“; vgl auch EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 56: Gemäß einer Untersuchung des Sechsten ständigen Ausschusses – Finanzen und Schatzwesen – des italienischen Senats, stellen Spiele und Wetten ein erhebliches Problem dar. Diesem könne durch die Ausweitung der erlaubten und geregelten Tätigkeiten abgeholfen werden. Die Hälfte des Umsatzes auf dem Gebiet der Glücksspiele (inkl Wetten) in Italien entfalle auf diese illegalen Tätigkeiten. Dadurch könne den illegalen Angeboten ein Teil des Umsatzes entzogen werden.

³³⁹ Siehe die Ausführungen auf S 142ff, insbesondere 153ff.

³⁴⁰ *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 700.

³⁴¹ § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl I Nr 126/2008 wurde nach dessen Aufhebung (BGBl I Nr 141/2008) mit BGBl I Nr 37/2010 wortgleich erneut erlassen.

österreichischen Gesetzgebers gegenüber dem Spielerschutz erkennen. Auch *Vonkilch* vermutet, dass mit der Änderung des § 25 GSpG im Rahmen des Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetzes vorwiegend fiskalpolitisch motivierte Ziele verfolgt wurden³⁴².

Bydlinski weist darauf hin, dass § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl I Nr 126/2008 eine Reaktion des Gesetzgebers auf die Judikatur des OGH³⁴³ zu § 25 Abs 3 GSpG alte Fassung darstelle. Der Gerichtshof habe dieser Bestimmung Schutzgesetzcharakter zugebilligt und die Spielbankleitung bei leichter Fahrlässigkeit auf den gesamten Verlust haften lassen³⁴⁴. Diese Haftung wollte der Gesetzgeber beseitigen. *Wilhelm* bezieht sich auf *Schindler* und die dort thematisierten schädlichen persönlichen Folgen für den Spielteilnehmer. Diese seien nicht erst dann gegeben, „wenn der Spieler die Ausgaben nicht bedecken kann, sondern schon, wenn sie seinem Einkommen unangemessen sind und der Grundsatz der 'fairen Behandlung der Spieler' (C-275/92, *Schindler*) daher gebietet, sie vor solchen Ausgaben zu schützen“. Der Schutz des Existenzminimums durch das Konzessionssystem genüge dem nicht, weil man „in § 25 Abs 3 ein den Konzessionär privilegierendes Sonderprivatrecht geschaffen hat, in dem (Erl: "Ausschluss sämtlicher über § 25 Abs 3 hinausgehender Ansprüche ... aus der Pathogenität des Spielers unabhängig von ihrem Rechtsgrund, zB Geschäftsunfähigkeit") die Geschäftsfähigkeit des Spielsüchtigen, seiner geistigen Behinderung zum Trotz, in gleichheits- und ich weiß nicht noch was-widriger Weise *nicht* beschränkt sein soll“³⁴⁵.

Nach § 25 Abs 3 GSpG sind nur EU-Bürger, EWR-Bürger und Inländer – Angehörige aus Drittstaaten also nicht – geschützt. Dies ist ein Hinweis darauf, dass ein vernünftiger Spielerschutz nicht verfolgt, sondern dass nur versucht wird, einen solchen vorzutäuschen und somit der Judikatur des EuGH gerecht zu werden. Es ist kein anderer Grund ersichtlich, warum EU/EWR-Ausländer nicht durch § 25 Abs 3 GSpG geschützt werden sollen.

Mehrere Autoren weisen darauf hin, dass § 25 Abs 3 GSpG in einem Blitzverfahren novelliert wurde³⁴⁶. Da diese Vorschrift unmittelbar den Spielerschutz betrifft, ist im Sinne der Europarechtskonformität des GSpG fraglich, aus welchem Grund die dargelegte

³⁴² Vgl *Vonkilch*, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem "Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz" - Rien ne va plus?, ÖJZ 2006/30.

³⁴³ Vgl OGH 19.01.1999, 1 Ob 214/98x; 21.12.2004, 5 Ob 112/04p; 17.02.2005, 8 Ob 134/04w; 29.06.2006, 2 Ob 136/06y.

³⁴⁴ Vgl *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 700.

³⁴⁵ *Wilhelm*, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt) Nebst Lehrgang zur authentischen Interpretation, ecolex 2007, 313ff.

³⁴⁶ Vgl unter vielen *Wilhelm*, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel – VfGH hebt § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz auf – teilweise, ecolex 2008, 1111.

Eile bestand. Sollten Spieler geschützt werden – was für eine Europarechtskonformität spricht – oder sollten fiskalische Zwecke erfüllt werden – was europarechtlich betrachtet nicht für das GSpG spricht. *Doralt* ist der Ansicht, dass damals besonders im Bereich des Abgabenrechts auf fiskalpolitisch unangenehme Entscheidungen des VwGH mit Gesetzesänderungen reagiert wurde³⁴⁷. Dies haben auch die späteren Novellen nicht geändert. Da die äußeren Umstände, die *Doralt* angeführt hat (VwGH-Entscheidungen), dafür sprechen, dass fiskalische Gründe zu der angeführten Novelle geführt haben, schließe ich mich dieser Ansicht an. Eine Novelle aus fiskalpolitischen Gründen zeigt, dass steuerliche Gründe vor den Spielerschutz gestellt werden.

Der EuGH hat klargestellt, dass sich die Schaffung eines Monopols nur mit dem Ziel, ein besonders hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, rechtfertigen lässt. Es muss gewährleistet sein, dass der Monopolinhaber tatsächlich in der Lage ist, dieses Ziel mit seinem Angebot – dieses muss nach Maßgabe des Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet sein – in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen. Außerdem muss das System einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegen³⁴⁸. Gerade im Bereich der Spielbanken besteht – wie in den obigen Absätzen gezeigt³⁴⁹ – ein äußerst niedriges Spielerschutzniveau. Bezüglich dieses Glücksspielsektors fehlen daher Systematik und Kohärenz.

Auch die variierende Regelungsstrenge spricht gegen die Systematik und Kohärenz, da einerseits Ausspielungen iSd § 14 GSpG und Casinospiele äußerst streng, andererseits das Automatenglücksspiel und Sportwetten aber relativ liberal geregelt werden. Dies obwohl Automatenglücksspiel ein höheres Suchtpotential aufweist als beispielsweise die Teilnahme an Lotterien und Sportwetten³⁵⁰.

³⁴⁷ Vgl. *Doralt*, Korrektur höchstgerichtlicher Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, ÖJZ 1983, 312.

³⁴⁸ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 83.

³⁴⁹ Vgl. auch das Kapitel „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“.

³⁵⁰ Vgl. *Wetz/Lichtenberger*, Spielautomaten: Geschäft mit dem (Un)glück, Die Presse, Print-Ausgabe, 21.05.2010, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/568042/Spielautomaten_Geschaeft-mit-dem-Unglueck, *derstandard.at*, Neues Gesetz schafft "Heer von Spielsüchtigen", <http://derstandard.at/1276413301261/Gluecksspiel-Neues-Gesetz-schafft-Heer-von-Spielsuechtigen?seite=2> und *Oswald*, Glücksspielgesetz Neu – Sonderkrankenhaus De La Tour warnt vor Auspowerung; erheblicher Risikoausweitung, <http://suchtgift.wordpress.com/2009/09/30/gluecksspielgesetz-neu-sonderkrankenhaus-de-la-tour-warnt-vor-auspoderung-und-erheblicher-risikoausweitung/>; *Trübswetter* (Interview mit *Becker*; Glücksspielforscher), "Rien ne va plus!" – Wenn Glücksspiel zur Sucht wird, <http://sonntags.zdf.de/ZDFde/inhalt/1/0,1872,8365345,00.html?dr=1> und *Meyer/Hayer*, Das Gefährdungspotential von Lotterien und Sportwetten – Eine Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen (2005), <http://www.sportministerkonferenz.de/dateien/2005-09%20-%20Studie%20zum%20Gef%C3%A4hrdungspotenzial-Lotterien%20+%20Sportwetten.pdf>.

bbb. Werbemaßnahmen

Eine begrenzte Erlaubnis im Rahmen eines Ausschließlichkeitsrechts bietet nach dem EuGH den Vorteil, das Glücksspiel in kontrollierte Bahnen zu lenken sowie die Gefahren von Glücksspiel, das auf kriminelle Handlungen ausgerichtet ist, auszuschalten. Wenn jedoch mit dem GSpG die Spielleidenschaft durch die Begrenzung der Anbieter eingedämmt werden soll, muss die Spielmöglichkeit tatsächlich gemindert sein und die Tätigkeit kohärent und systematisch begrenzt werden. Es ist offensichtlich³⁵¹, dass die Casinos Austria AG und die Österreichische Lotterien GmbH durch Werbung ihr Angebot bekannt machen wollen, was in gewissem Rahmen auch gestattet ist³⁵². Werbeeinschaltungen werden im Fernsehen, im Radio, im Internet³⁵³, in diversen Zeitschriften und Zeitungen und auf Plakaten getätigt. Auf der Webseite der Casinos Austria AG sind intensive Werbe- und Kundenbindungsmaßnahmen, wie beispielsweise die Glücks Card – die durch Ermäßigungen, Geschenke und Einladungen zu exklusiven Events lockt –, zu finden³⁵⁴. Für *Leidenmühler/Plöckinger* ist die „Präsenz der einschlägigen staatlichen Glücksspielangebote in Fernsehen und Printmedien mit dem Ziel der Ausweitung des Spielens und Wettens ... in Österreich unübersehbar“³⁵⁵. Das Argument, dass aus sozialpolitischen Gründen versucht werde, die Nachfrage auf legale inländische Angebote umzulegen, greife wohl zu kurz³⁵⁶. „Bauen Private ihre Marktanteile durch aggressive Werbung aus, so kann der Staat unter dem Aspekt der Suchtprävention nicht ähnliche Methoden wählen, um im Wettlauf mit dem privaten Konkurrenten zu gewinnen.“³⁵⁷ *Leidenmühler/Plöckinger* sprechen sich in ihrem Artikel gegen das Glücksspielmonopol aus. Ein Mitgliedstaat kann sich nicht mehr auf den Schutz der Sozialordnung berufen, wenn er Verbraucher zur Teilnahme am Glücksspiel animiert³⁵⁸. Laut *Talos/Stadler* betrage der Werbeaufwand der Monopolisten rund 50 Millionen Euro jährlich und dies sei für ein Land in der Größe Österreichs enorm. Die Post, welche einen

³⁵¹ Alleine wenn auf youtube.com nach "casinos austria" gesucht wird erscheinen Zahlreiche Videos in Bezug mit Werbung der CASAG.

³⁵² Vgl EuGH 3.6.2010, C-258/08, *Ladbroke's*, Rn 25, EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 5; vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 101; ebenso bereits in EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica*, Rn 55; Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß*, Rn 102 sowie Rn 99; mit Verweis auf EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 7, 8 und 69.

³⁵³ Siehe FN 182.

³⁵⁴ Vgl <http://www.casinos.at/content.aspx?muid=8178b0f1-e925-45b5-8ff2-af23fcc826ab>.

³⁵⁵ *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

³⁵⁶ Vgl *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

³⁵⁷ *Leidenmühler/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55.

³⁵⁸ Siehe S 74f.

öffentlichen Versorgungsauftrag habe, versorge die Bevölkerung mit rund 1.000 Postämtern, während es rund 2.400 Lotto/Toto-Annahmestellen in Österreich gäbe³⁵⁹.

Gemäß § 17 Abs 7 GSpG sorgt der Konzessionär für mediale Unterstützung. Hierzu kann er „privatrechtliche Vereinbarungen mit öffentlichen und privaten Medienpartnern sowie gemeinnützigen Organisationen abschließen“³⁶⁰. Diese Vorschrift ist als Auftrag an die Spielbank formuliert und befindet sich sogar in der Bestimmung zur Konzessionsabgabe. Daraus ergibt sich, dass der Konzessionär die Unterstützung der Medien heranzuziehen hat, um einen möglichst hohen Abgabenertrag für den Bund zu generieren. Systematisch – quasi der Hinweis zur Nutzungsmöglichkeit von Medienpartnern in der Vorschrift hinsichtlich der Konzessionsabgabe – kann aus der Stellung dieser Vorschrift im GSpG abgeleitet werden, dass für den Gesetzgeber bei der Schaffung des GSpG bzw einzelner Bestimmungen in diesem der fiskalische Ertrag von besonderer Bedeutung war.

Auch wenn eine Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspiel mit dem Ziel, dass Personen an verbotenem Spiel oder Wetten nicht teilnehmen, und im Zusammenhang damit ein bestimmter Werbeumfang gerechtfertigt sein kann, muss die Werbung maßvoll sein und strikt auf das erforderliche Maß begrenzt bleiben³⁶¹. Sie darf den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher nicht dadurch fördern, dass die aktive Teilnahme am Spiel angeregt wird, indem beispielsweise das Spiel verharmlost wird oder ein positives Image – dadurch, dass kommuniziert wird, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden – erhält³⁶². Gerade dies geschieht in Österreich³⁶³. Der Umfang und die Art und Weise, in der die österreichischen Konzessionäre für ihr Angebot werben, überschreitet dieses erforderliche Maß und führt zum Fehlen der Systematik und Kohärenz der Vorschriften. Die negativen Eigenschaften des Glücksspiels werden nicht in kohärenter und systematischer Weise begrenzt.

³⁵⁹ Vgl *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006 (1008).

³⁶⁰ § 17 Abs 7 GSpG.

³⁶¹ Siehe S 74f.

³⁶² Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, Stoß, Rn 99; mit Verweis auf EuGH 6.11.2003, C-243/01, Gambelli, Rn 7, 8 und 69.

³⁶³ Seitenblicke am 8.9.2011, 20:05 Uhr, 25 Jahre Lotto; Alfons Mensdorff-Pouilly: „Ich hab noch nie in meinem Leben einen Lottoschein ausgefüllt. Nachdem was ich gehört hab was Lotto Toto alles mit diesem Geld macht hab ich mir vorgenommen eigentlich in Zukunft zu spielen; wissend dass ich sowieso verlier weil das Glück hab ich nicht. Aber dieses Unglück geht in gute Sachen“, <http://tvthek.orf.at/programs/1360-Seitenblicke/episodes/2865227-Seitenblicke/2870839-25-Jahre-Lotto>.

ccc. Fiskalische Motive

Das Glücksspielmonopol bringt dem österreichischen Staat Einnahmen aus der Spielbankabgabe, der Konzessionsabgabe und der Glücksspielabgabe. Außerdem lukriert der Bund Einnahmen aus Wettgebühren. 2005 kam es zu Einnahmen von etwa € 550 Millionen und alleine durch die Österreichischen Lotterien kam es in den ersten 20 Jahren ihres Bestehens zu etwa € 6,5 Mrd Einnahmen aus Abgaben³⁶⁴.

Der Gesetzgeber entbindet die Casinos Austria AG praktisch vom verantwortungsvollen Glücksspielbetrieb – diesbezüglich sei auf das Kapitel „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“ verwiesen. Es besteht keine rechtliche Verpflichtung, Spielteilnehmer mit potenziell ruinöser Spielfrequenz zu ermitteln und dagegen vorzugehen. Vielmehr müssen diese erst gesperrt werden, wenn es zu spät ist und bereits das Existenzminimum gefährdet wird³⁶⁵. Zurückhaltung bei Werbung lassen die Österreichische Lotterien GmbH und die CASAG nicht erkennen³⁶⁶.

Schon aus den Materialien geht hervor, dass starke fiskalische Motive für die Schaffung des GSpG verantwortlich waren³⁶⁷. Bis vor der GSpG-Novelle 2010³⁶⁸ war auch ein progressiver Steuersatz vorgesehen³⁶⁹, der sich für den Fiskus im Fall einer geringen

³⁶⁴ Österreichische Lotterien/Casinos Austria, Daten und Fakten zum Erhalt des geltenden Glücksspielgesetzes, <http://www.casinos.at/uploadNew/1ca89af7-6a10-4646-8017-9c8d9740d6e8.pdf>, 3.

³⁶⁵ Siehe S 19 sowie „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“.

³⁶⁶ Siehe FN 182.

³⁶⁷ Vgl EBRV in 1067 BlgNR 17. GP, 15; vgl auch Vgl *Leidenmühler*, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247, FN 7: "Vgl § 14 Abs 2 Z 5 bzw § 21 Abs 2 Z 5 GSpG idF vor dem Inkrafttreten der GSpG-Novellen 2008 (vgl § 60 Abs 22 GSpG) u 2010 (vgl § 60 Abs 25 GSpG), wonach im Falle mehrerer Konzessionswerber jenem der Zuschlag zu erteilen war, der den besten Abgabenertrag erwarten ließ".

³⁶⁸ BGBl I Nr 73/2010.

³⁶⁹ § 28 GSpG lautete vor der Novelle 2010:

"(1) Der Konzessionär hat eine Spielbankabgabe zu entrichten.

(2) Die Spielbankabgabe ist von den Jahresbruttospieleinnahmen eines jeden Spielbankbetriebes gesondert, getrennt nach den Jahresbruttospieleinnahmen aus französischem Roulette, Baccarat und Baccarat chemin de fer und den Jahresbruttospieleinnahmen aus sonstigen in der Spielbank betriebenen Glücksspielen zu berechnen. Jahresbruttospieleinnahmen sind die im Kalenderjahr dem Spielbankbetrieb zugekommenen Spieleinsätze und die ihm von den Spielern für die Überlassung von Spieleinrichtungen geleisteten Vergütungen abzüglich der vom Spielbankbetrieb ausgezahlten Spielgewinne und jener Spieleinsätze, die in Form besonders gekennzeichneten, in Geld nicht einlösbarer und nur mit Genehmigung des Bundesministers für Finanzen von der Spielbankunternehmung ausgegebener Spielmarken (Propagandajetons) geleistet werden.

(3) Die Spielbankabgabe beträgt:

1. von den Jahresbruttospieleinnahmen aus französischem Roulette, Baccarat und Baccarat chemin de fer:

für die ersten	35 000 Euro		35 vH,
für die weiteren	35 000 Euro		40 vH,
für die weiteren	35 000 Euro		45 vH,
für die weiteren	35 000 Euro		50 vH,
für die weiteren	75 000 Euro		55 vH,
für die weiteren	110 000 Euro		60 vH,
für die weiteren	185 000 Euro		65 vH,
für die weiteren	220 000 Euro		70 vH,

Anbieteranzahl positiv auswirkte, da sich die Einnahmen auf wenige Anbieter aufteilten und daher für den Einzelnen höhere Abgaben anfielen. Zwar wurde dies mittlerweile geändert, doch deutet es auf die ursprünglichen Motive hin. Abgelöst wurde der progressive Steuersatz von einem höheren Steuersatz. Der Spielerschutz hingegen wird mit diversen Vorschriften stark eingeschränkt – diesbezüglich sei auf das Kapitel „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“ verwiesen. Daraus ergibt sich, dass die in den Materialien³⁷⁰ angeführte „ordnungspolitische“ Zielsetzung nur eine leere Floskel ist.

Im Zusammenhang mit den fiskalischen Interessen ist auch bemerkenswert, dass gemäß § 24a GSpG die Bewilligung zur Erweiterung des Geschäftsgegenstandes eines Konzessionärs, dem der Betrieb einer Spielbank gestattet ist, nur dann erteilt werden darf, wenn nicht zu erwarten ist, dass das Spielbankenabgabeaufkommen beeinträchtigt wird. Gleiches gilt nach § 15a GSpG für den Konzessionär nach § 14 GSpG. Für den Ausspielungskonzessionär ist in § 14 Abs 5 GSpG eine Betriebspflicht vorgesehen und für Spielbanken ist in § 21 Abs 7 GSpG eine Betriebspflicht für Lebendspiele festgesetzt. Zwar soll damit vermutlich ein legales Konkurrenzangebot zum illegalen Spiel geschaffen werden, doch dürften – wie im Zusammenhang mit den Materialien und anderen Bestimmungen des GSpG (vgl den nächsten Absatz, das Kapitel „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“, das Kapitel „Direkter Spielerschutz“ und das Kapitel „Werbemaßnahmen“) zu schließen ist – vor allem fiskalische Interessen zu diesen Vorschriften geführt haben.

Gemäß § 15 Abs 1 GSpG bedarf der Erwerb qualifizierter Beteiligungen des Konzessionärs iSd § 14 GSpG der Bewilligung des BMF. Diese „ist zu erteilen, wenn keine Beeinträchtigung des Aufkommens des Bundes aus Konzessionsabgabe oder

für alle weiteren Beträge 80 vH.

2. von den um die gesetzliche Umsatzsteuer verminderten Jahresbruttospieleinnahmen aus Glücksspielautomaten 39 vH.

3. von den Jahresbruttospieleinnahmen aus sonstigen in der Spielbank betriebenen Glücksspielen 48 vH“.

(GSpG BGBl Nr 620/1989 idF BGBl I Nr 105/2005).

Seit der Novelle 2010 hat § 28 GSpG den nachstehenden Inhalt:

“(1) Der Konzessionär hat eine Spielbankabgabe zu entrichten.

(2) Die Bemessungsgrundlage für die Spielbankabgabe bilden die Jahresbruttospieleinnahmen eines jeden Spielbankbetriebes, im Falle von Ausspielungen über Glücksspielautomaten die um die gesetzliche Umsatzsteuer verminderten Jahresbruttospieleinnahmen aus Glücksspielautomaten eines jeden Spielbankbetriebes. Jahresbruttospieleinnahmen sind die im Kalenderjahr dem Spielbankbetrieb zugekommenen Spieleinsätze und die ihm von den Spielern für die Überlassung von Spieleinrichtungen geleisteten Vergütungen abzüglich der vom Spielbankbetrieb ausgezahlten Gewinne und entweder jener Einsätze, die in Form besonders gekennzeichneteter, in Geld nicht einlösbarer und nur mit Genehmigung des Bundesministers für Finanzen von der Spielbankunternehmung ausgegebener Spielmarken (Sonderjetons) geleistet werden oder eines vom Bundesminister für Finanzen festgesetzten Betrages für jeden registrierten Spielbankbesuch.

(3) Die Spielbankabgabe beträgt 30 vH.

³⁷⁰ Vgl EBRV in 1067 BlgNR 17. GP, 15.

Glücksspielabgabe zu erwarten ist und die qualifizierte Beteiligung außerhalb Österreichs in Ländern, mit denen kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, unmittelbar vom Konzessionär oder mittelbar von einem Beteiligungsunternehmen mit Sitz in Österreich gehalten wird³⁷¹. Ist "eine Beeinträchtigung des Aufkommens des Bundes aus Konzessionsabgabe oder Glücksspielabgabe zu erwarten"³⁷², kann der BMF – gewisse Umstände vorausgesetzt – die Aufgabe von Beteiligungen am Konzessionär verlangen. Gleiches gilt für die Konzessionäre nach § 21 GSpG³⁷³. Gerade Bestimmungen wie die genannten deuten sehr stark auf fiskalpolitische Interessen hin.

ddd. Ergebnis in Bezug auf Kohärenz und Systematik

Die umfassende Betrachtung der österreichischen Rechtsordnung hat ergeben, dass für die Erlassung des GSpG vor allem fiskalpolitische Gründe ausschlaggebend waren. Ein Spielerschutz besteht nur sehr beschränkt und wird sogar gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht eingeschränkt³⁷⁴. Demgegenüber wird eine Politik der massiven Expansion verfolgt, die sich in intensiven Werbemaßnahmen niederschlägt. Teilweise bestehen liberale Regelungen für Glücksspielsektoren mit hohem Suchtpotential, teilweise aber sehr restriktive Regelungen für Sektoren mit geringerem Suchtpotential³⁷⁵. Eine Systematik und Kohärenz (iSd Judikatur des EuGH) der österreichischen Regelungen ist damit nicht gegeben.

bb. Zusammenfassung und Ergebnis bezüglich der Unionskonformität

Wie auf den letzten Seiten gezeigt, wurden die bestehenden Konzessionen nach dem GSpG auf unionsrechtswidrige Weise vergeben. Die danach erfolgten Gesetzesänderungen haben daran nichts geändert. Aber auch auf Basis der jetzigen Gesetzeslage vergebene Konzessionen werden auf unionsrechtswidrige Art und Weise erteilt. Die Einschränkungen durch das GSpG sind unverhältnismäßig und eine systematische und kohärente Beschränkung des Glücksspielangebots ist nicht gegeben. Aus der Unverhältnismäßigkeit ergibt sich, dass die Zwecke des GSpG auch mit

³⁷¹ § 15 Abs 1 GSpG.

³⁷² § 15 Abs 2 GSpG.

³⁷³ Vgl § 24 GSpG.

³⁷⁴ Vgl „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“.

³⁷⁵ Vgl „Verwaltungsrechtliche Gegebenheiten in Österreich“ und S 92.

wesentlich weniger strengen Bestimmungen erreicht werden könnten. Die Bestimmungen zum Schutz der Spielteilnehmer sind teilweise völlig ungeeignet, die Spielteilnehmer zu schützen und stellen vielmehr Haftungsbeschränkungen für die Anbieter dar. Das GSpG ist somit in vielen Bereichen – jedenfalls in Bezug auf die Vergabe der Konzessionen nach §§ 14 und 21 GSpG – unionsrechtswidrig. Da – wie im Kapitel „Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit“ gezeigt – unionsrechtswidrige Bestimmungen unangewandt zu bleiben haben, gibt es zurzeit keine anwendbaren Bestimmungen, die das Online-Anbieten von Casinospielen regeln.

D. Zwischenergebnis

Nationale Voraussetzungen müssen auch von ausländischen Glücksspielanbietern erfüllt werden, sofern sie Glücksspiel über das Internet in anderen Staaten anbieten und die Zielstaaten dies verlangen. Im Verhältnis von EU-Mitgliedstaaten zu anderen EU-Mitgliedstaaten ist eine solche Vorgangsweise nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die jeweiligen nationalen Bestimmungen unionskonform sind. Andernfalls ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, dass die unionsrechtswidrigen Bestimmungen im Zusammenhang mit Glücksspiel hinter die Dienstleistungsfreiheit zurücktreten. Dass die österreichischen Bestimmungen im Bereich des Glücksspiels Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen, steht nach den obigen Ausführungen außer Zweifel.

Bei einer Betrachtung aller Umstände wird offensichtlich, dass die österreichischen Regelungen nicht den unionsrechtlichen Ausnahmen und den Grundsätzen des EuGH entsprechen und somit unionsrechtswidrig sind. Eine Anwendung der verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Normen auf Online-Glücksspielangebote aus anderen Mitgliedstaaten der EU ist nicht zulässig.

III. Online-Glücksspiel im Zivilrecht

Bisher wurden in dieser Arbeit die Grundlagen für eine zivilrechtliche Analyse des Online-Glücksspiels erarbeitet. Im Folgenden wird die zivilrechtliche Situation im Bereich des Online-Glücksspiels betrachtet; allenfalls unter Zugrundelegung der in den bisherigen Kapiteln gewonnenen Erkenntnisse.

A. Anwendbare Privatrechtsordnung

Ist beim Online-Glücksspiel keinerlei Auslandsbezug gegeben, kommt österreichisches Recht zur Anwendung. Bei Glücksspielverträgen, die im Internet abgeschlossen werden und Auslandsbezug aufweisen, ist die Frage nach der anzuwendenden Rechtsordnung zu klären. Wenn zB einer der Vertragspartner nicht in Österreich aufhältig ist, weist ein Glücksspielvertrag Auslandsbezug auf³⁷⁶. Es kommen mehrere Privatrechtsordnungen miteinander in Berührung; sie kollidieren. Folgend sollen jene Sachverhalte untersucht werden, in denen ein Verbraucher³⁷⁷ aus Österreich tätig wird und sich der Glücksspielanbieter im Ausland befindet:

1. Anwendbares Recht nach der Rom I VO

Für Österreich – als Mitgliedstaat der EU – ergibt sich das anzuwendende Recht für vertragliche Schuldverhältnisse aus der Rom I VO³⁷⁸. Die Rom I VO „gilt für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“ (Art 1 Abs 1 erster Satz Rom I VO)³⁷⁹. Ergibt sich die

³⁷⁶ *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323ff.

³⁷⁷ Es wird sich ausschließlich auf Glücksspielverträge mit Verbrauchern bezogen, da – falls überhaupt – in den seltensten Fällen Glücksspielverträge im Internet zwischen Unternehmern abgeschlossen werden.

³⁷⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), *ABl. L 177 vom 4.7.2008*, S. 6.

³⁷⁹ Ausgenommen sind beispielsweise „der Personenstand sowie die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen, unbeschadet des Artikels 13“ (Art 1 Abs 2 lit a Rom I VO), „Schieds- und

Anwendung des Rechts eines Nicht-EU-Mitgliedstaates, ist dieses trotzdem anzuwenden (vgl. Art 2 Rom I VO). Die Verordnung ist auf Angelegenheiten des Zivilrechts anzuwenden, „die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“ (Art 1 Abs 1 Rom I VO) und kommt bei Glücksspielverträgen, bei denen sich Anbieter und Nutzer nicht im selben Staat befinden, zur Anwendung. Nachstehend wird auf die Umstände eingegangen, aus denen sich bei Glücksspielverträgen – diese sind Verbraucherverträge iSd Art 6 Rom I VO – die anzuwendende Rechtsordnung ergibt:

a. Rechtswahl

Die Vertragsparteien haben die Möglichkeit einer Rechtswahl. Diese Wahl muss entweder ausdrücklich erfolgen oder sich „eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben“ (Art 3 Abs 1 Rom I VO). In den AGB von bet-at-home³⁸⁰ ist beispielsweise festgesetzt, dass gemäß Punkt A.7. die Rechtsbeziehungen zwischen Nutzer und bet-at-home maltesischem Recht unter Ausschluss der Verweisungsnormen des internationalen Zivilrechts unterliegen. In den AGB von bwin³⁸¹ wird unter RECHTSWAHL/ERFÜLLUNGsort/GEISTIGES EIGENTUM eine Rechtswahl getroffen. Gemäß Punkt 1. ist auf die Rechtsbeziehungen zwischen Usern und bwin gibraltarisches Recht anzuwenden. Die Verweisungsnormen werden ausgeschlossen. Erfüllungsort aller Verpflichtungen ist Gibraltar.

Im Fall einer Rechtswahl darf nicht vergessen werden, dass durch diese dem Verbraucher nicht der zwingende Schutz entzogen werden darf, der ihm zukommen würde, wenn keine Rechtswahl getroffen worden wäre (vgl. Art 6 Abs 2 Rom I VO; diesbezüglich wird auf „Zwingender Schutz iSd Art 6 Abs 2 Rom I VO“ verwiesen).

Gerichtsstandsvereinbarungen“ (Art 1 Abs 2 lit e Rom I VO) und „Schuldverhältnisse aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags“ (Art 1 Abs 2 lit j Rom I VO).

³⁸⁰ *bet at home*, AGB, <http://www.bet-at-home.com/start.aspx>.

³⁸¹ Vgl. *bwin*, AGB, https://help.bwin.com/General/Legal/general_tac.aspx (nach der Fusion zur bwin.party digital entertainment plc hat sich die Webseite nicht geändert).

b. Zwingender Schutz iSd

Art 6 Abs 2 Rom I VO

Besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Rechtswahl, darf dem Verbraucher dennoch nicht der zwingende Schutz entzogen werden, der ihm ohne Rechtswahl zukommt (vgl Art 6 Abs 2 Rom I VO; siehe oben S 102). Das österreichische Recht ist daher auf Rechtsvorschriften zu untersuchen, von denen durch eine Rechtswahl nicht abgewichen werden kann:

Generell gilt, dass ein Verzicht darauf, einen Vertrag wegen List (§ 871 ABGB) oder Wucher (§ 870 ABGB) anzufechten, der im Vorhinein abgegeben wird, gegen die guten Sitten iSd § 879 ABGB verstößt³⁸². Auch auf Verjährung kann im Voraus nicht verzichtet werden (§ 1502 ABGB). Auch auf die Anfechtung eines Vertrages wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot iSd § 879 ABGB kann nicht verzichtet werden. Im Konsumentenschutzgesetz ist vorgesehen, dass von gewissen Bestimmungen bei Verbraucherverträgen nicht abgewichen werden kann: Gem § 2 Abs 2 KSchG sind Vereinbarung, die vom I. Hauptstück des KSchG zum Nachteil eines Verbrauchers abweichen, unwirksam. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen im Kapitel „Auswirkungen des Konsumentenschutzgesetzes“ verwiesen.

Auf den Schutz der in diesem Kapitel genannten Bestimmungen können Verbraucher also beim Online-Glücksspiel im Rahmen einer Rechtswahl nicht verzichten, wenn ohne die Rechtswahl österreichisches Zivilrecht zur Anwendung käme, was, wie in „Anzuwendendes Recht mangels Rechtswahl“ gezeigt wird, häufig der Fall ist.

c. Anzuwendendes Recht mangels Rechtswahl

Wurde keine Rechtswahl getroffen, unterliegt ein Verbrauchervertrag³⁸³ dem Recht jenes Staates, „in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“, wenn für den Unternehmer alternativ gewisse Umstände zutreffen (Art 6 Abs 1 Rom I VO): Der Unternehmer muss seine „berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat“ ausüben,

³⁸² Vgl RIS-Justiz RS0014791.

³⁸³ Ein Vertrag, der zwischen einer natürlichen Person, die diesen Vertrag nicht zum Zweck ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit abschließt und einer anderen Person, die den Vertrag in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit eingeht, ist gemäß Art 6 Abs 1 Rom I VO ein Verbrauchervertrag.

„in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“ (Art 6 Abs 1 lit a Rom I VO) oder „eine solche Tätigkeit auf irgend eine Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates“ ausrichten (Art 6 Abs 1 lit b Rom I VO). In beiden Fällen muss der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fallen. Bietet also ein Unternehmen Glücksspiel, aber auch andere Dienstleistungen an, muss es die Glücksspieltätigkeit im Staat, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ausüben oder auf diesen Staat ausrichten, damit der Tatbestand des Art 6 Abs 1 lit a oder b Rom I VO verwirklicht wird.

Hinsichtlich des anwendbaren Privatrechts bei Online-Glücksspielverträgen zwischen einem Glücksspielanbieter und einem Spielteilnehmer ist zunächst zu prüfen, ob eine wirksame Rechtswahl getroffen wurde und ob diese zulässig war. Wurde keine Rechtswahl getroffen oder ist die Rechtswahl ungültig, ist weiters zu prüfen, ob das Recht jenes Staates anzuwenden ist, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Im Bereich des Online-Glücksspiels ist in diesem Zusammenhang wesentlich, dass der Anbieter seine Tätigkeit auf Österreich ausrichtet. Darauf wird nachstehend eingegangen:

In Erwägungsgrund 24 Rom I VO ist festgehalten, dass „ausrichten“ gemäß Rom I und gemäß der VO (EG) Nr. 44/2001 – die EuGVVO – einheitlich auszulegen ist. Es wird angeführt, dass eine gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zu Art 15 VO (EG) Nr. 44/2001 beachtet werden muss. Nach dieser Erklärung ist „es für die Anwendung von Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c nicht [ausreichend], dass ein Unternehmen seine Tätigkeiten auf den Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, oder auf mehrere Staaten – einschließlich des betreffenden Mitgliedstaats –, ausrichtet“. Es muss „im Rahmen dieser Tätigkeiten auch ein Vertrag geschlossen worden sein“³⁸⁴.

Der Verweis in Erwägungsgrund 24 auf die EuGVVO ist sehr aussagekräftig. In deren Abschnitt 4 ist die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen geregelt. Art 15 EuGVVO gibt Aufschluss darüber, auf welche Verträge die Bestimmungen hinsichtlich Verbrauchersachen anzuwenden sind. Dies ist der Fall, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers im Mitgliedstaat in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, „eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt“ (Art 15 Abs lit c EuGVVO).

³⁸⁴ Vgl Erwägungsgrund 24 Rom I VO.

Diese Bestimmung entspricht Art 6 Abs 1 Rom I VO; die Rechtsprechung hinsichtlich des Ausübens und Ausrichtens zu Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO gilt auch für Art 6 Rom I VO. Mit der Verwendung des Begriffs „Ausrichten“ auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers in der EuGVVO sollte der elektronische Handel erfasst werden³⁸⁵. Strittig ist jedoch, wann ein solches „Ausrichten“ vorliegt. Den Materialien zur EuGVVO ist zu entnehmen, dass von Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO nur „aktive“ Webseiten betroffen sind. Es wird auch klargestellt, dass Verbraucher geschützt werden sollen, wenn Verbraucherverträge über interaktive Webseiten geschlossen werden, „die im Wohnsitz des Verbrauchers zugänglich“ sind³⁸⁶. Zur vertragsautonomen Auslegung in der EuGVVO verwendeter Begriffe sind die bisherige Rechtsprechung des EuGH, die der nationalen Gerichte und die der Gerichte anderer Mitgliedstaaten zu berücksichtigen³⁸⁷: Der BGH hat entschieden, dass bei Vertragsabschlüssen durch das Anklicken von Symbolen auf interaktiven Webseiten häufig nicht zu klären ist, wo diese Handlung vorgenommen wurde. Gemäß Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO kommt es auf den Ort des Vertragsabschlusses oder der erforderlichen Rechtshandlung nicht an. Die notwendige Verbindung zum Staat des Verbrauchers wird dadurch geschaffen, dass der Unternehmer seine Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausrichtet³⁸⁸.

Der OGH entschied im Zusammenhang mit dem „Ausrichten“ wie folgt: „Nach verbreiteter Auffassung genügt eine interaktive Webseite jedenfalls dann, wenn dort nicht der Abschluss mit Vertragspartnern in bestimmten Ländern ausgeschlossen wird.“³⁸⁹ Die Erreichbarkeit einer rein passiven Webseite genügt nicht, um unter Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO zu fallen³⁹⁰. Wenn die Verbraucher auf einer passiven Webseite aufgefordert werden, einen Vertrag zwar nicht über die Webseite, jedoch per Telefax oder Telefon abzuschließen, erfüllt diese den Tatbestand des obigen Artikels³⁹¹. Es sind jene Webseiten nicht umfasst, bei denen ersichtlich ist, dass sie nicht auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet sind. Sie sind nicht auf einen Staat ausgerichtet, wenn ausdrücklich oder konkludent Rechtsgeschäfte mit Verbrauchern in dem jeweiligen Staat ausgeschlossen werden. Der Unternehmer muss sich natürlich auch an diesen Ausschluss halten. Damit ein dennoch abgeschlossener Vertrag nicht nach dem Recht des Wohnsitzstaates des Verbrauchers zu beurteilen ist, muss dieser eine unplanmäßige

³⁸⁵ Vgl OGH 20.05.2009, 2 Ob 256/08y und BGH 17.9.2008, III ZR 71/ 08.

³⁸⁶ *Europäisches Parlament*, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (KOM(1999) 348 — C5-0169/1999 — 1999/0154(CNS)), 31 und 36.

³⁸⁷ Vgl OGH 20.05.2009, 2Ob256/08y.

³⁸⁸ Vgl BGH 17.9.2008, III ZR 71/ 08.

³⁸⁹ Vgl OGH 20.05.2009, 2 Ob 256/08y; dieser Verweist in seiner Entscheidung ua auf *Spindler*, Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet, MMR 2000, 18.

³⁹⁰ Vgl OGH 26.03.2009, 6 Ob 24/09m; 20.05.2009, 2 Ob 256/08y.

³⁹¹ Vgl OGH 06.11.2008, 6 Ob 192/08s; 26.03.2009, 6 Ob 24/09m.

Ausnahmeerscheinung darstellen³⁹². Der Verbraucher muss auf der Webseite des Unternehmers zum Vertragsabschluss aufgefordert bzw motiviert werden und der Vertragsabschluss muss auch im Fernabsatz – nicht notwendiger Weise über das Internet – erfolgen, damit der Tatbestand des Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO erfüllt wird³⁹³.

Ende 2010 erging eine Entscheidung des EuGH³⁹⁴, mit der zumindest etwas mehr Klarheit geschaffen wurde: Der Unternehmer muss eindeutig seinen Willen zum Ausdruck bringen, in einem gewissen Mitgliedstaat Geschäftsbeziehungen zu Verbrauchern herzustellen. Dieser Wille wird zB dadurch ausgedrückt, dass sich ein Angebot ausdrücklich an Verbraucher in einem Mitgliedstaat richtet oder wenn durch Internetreferenzierungsdienste (zB Google) der Zugang zur Webseite für Verbraucher eines Mitgliedstaates erleichtert wird. Sprachen oder Währungen, die auf einer Webseite angegeben werden, sind keine Anhaltspunkte für ein Ausrichten einer Tätigkeit auf andere Mitgliedstaaten, wenn es sich um die üblichen Sprachen und Währungen des Staates handelt, in dem der Anbieter seine Niederlassung hat. Eine Möglichkeit, die verwendete Sprache und Währung zu ändern, kann bei der Beurteilung, ob ein Ausrichten auf einen Mitgliedstaat vorliegt, maßgeblich sein. Die Verwendung einer Topleveldomain, die nicht der Länderkennung des Mitgliedstaates der Niederlassung des Anbieters entspricht, kann ebenfalls ein Indiz darauf sein, auf welchen Mitgliedstaat eine Webseite ausgerichtet ist³⁹⁵.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten wie folgt: Wird ein Vertrag zwischen einem Online-Glücksspielanbieter und einem Verbraucher mit Wohnsitz in Österreich, abgeschlossen, ist österreichisches Zivilrecht anzuwenden, wenn keine Rechtswahl stattgefunden hat und die Tätigkeit des Anbieters in Österreich ausgeübt wird oder auf Österreich ausgerichtet ist. Ein rein formaler Ausschluss in den AGB genügt nicht, um nachzuweisen, dass eine Tätigkeit nicht auf Österreich ausgerichtet ist. Der Anbieter muss sich an den Ausschluss halten. Vertragsabschlüsse mit diesen Verbrauchern dürfen nur eine unbeabsichtigte Ausnahme darstellen³⁹⁶. Soll eine Webseite eines Online-Glücksspielanbieters nicht auf Österreich ausgerichtet sein, sollten ergänzend zu schriftlichen Ausschlüssen in den AGB weitere Maßnahmen, wie zB das Verlangen eines Bankkontos oder Wohnsitzes in einem gewissen Staat etc. hinzutreten. Außerdem ist es

³⁹² Vgl LG Feldkirch 20.10.2003, 3 R 259/03s.

³⁹³ Vgl BGH 17.9.2008, III ZR 71/ 08 und Clausnitzer/Woopen, Internationale Vertragsgestaltung – Die neue EG-Verordnung für grenzüberschreitende Verträge (Rom I-VO), Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft, 2008/34, 1802.

³⁹⁴ EuGH 7.12.2010, Verbundene RS C-585/08 und C-144/09, Pammer bzw Alpenhof.

³⁹⁵ Vgl vor allem EuGH 7.12.2010, Verbundene RS C-585/08 und C-144/09, Pammer bzw Alpenhof, aber auch Roth/Reith, EuGH präzisiert die gerichtliche Zuständigkeit bei Verbrauchersachen, ecolex 2011, 406; Lindinger, Gerichtsstand - die Qual der Wahl, ZVR 2011/137 und Fehrer, Mehr Klarheit für Gerichtswahl im Online-Handel, Der Standard 2011/04/02.

³⁹⁶ Vgl LG Feldkirch 20.10.2003, 3 R 259/03s.

bis zu einem gewissen Grad möglich, technisch festzustellen, aus welchem Land ein Verbraucher auf die Webseite zugreift³⁹⁷. Es muss aus dem Angebot des Unternehmens hervorgehen, dass er eben keine Verträge mit Verbrauchern aus dem jeweiligen Staat abschließen möchte. Schließt ein Online-Glücksspielanbieter gelegentlich unbeabsichtigt Verträge mit Verbrauchern in Österreich ab, obwohl er alle ihm möglichen Maßnahmen setzt, um dies zu verhindern, liegt ein Ausrichten auf Österreich nicht vor. Diese Verträge unterliegen nicht österreichischem Recht.

d. Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages sowie einzuhaltende Form

Das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Vertrages³⁹⁸ ist nach dem Recht zu beurteilen, welches zur Anwendung kommt, wenn der Vertrag wirksam ist (vgl. Art 10 Abs 1 Rom I VO). Da es sich bei Glücksspielverträgen wohl so gut wie immer um Verbraucherverträge³⁹⁹ handelt, werden ausschließlich die entsprechenden Bestimmungen der Rom I VO betrachtet: Für Verbraucherverträge sind die Formvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. Art 11 Abs 4 Rom I VO). Nehmen österreichische Verbraucher an Glücksspiel teil, das vom Ausland aus über das Internet angeboten wird, kommen die Formvorschriften nach österreichischem Recht zur Anwendung. Dasselbe gilt für das Recht, nach dem das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages beurteilt werden.

e. Zusammenfassung betreffend das anwendbare Recht nach der Rom I VO

Österreichisches Privatrecht kommt grundsätzlich zur Anwendung, wenn Online-Glücksspielverträge abgeschlossen werden und keine Rechtswahl getroffen wurde.

³⁹⁷ IP, Geolocation – IP-Adresse geographisch orten, <http://meineipadresse.de/html/geolocation.php>.

³⁹⁸ Entweder des gesamten Vertrages oder einer seiner Bestimmungen.

³⁹⁹ Für sonstige Verträge gilt folgendes: Auf Verträge zwischen Personen, die sich zum Zeitpunkt des Abschlusses im selben Staat befinden, sind entweder die Formvorschriften des Staates dessen materielles Recht zur Anwendung kommt oder jene Formvorschriften des Staates, in dem der Vertrag geschlossen wird, anzuwenden. Befinden sich die Vertragsparteien beim Vertragsabschluss in verschiedenen Staaten, sind die Formvorschriften des Staates anzuwenden, dessen materielles Recht auf den Vertrag Anwendung findet oder eines der Staaten, in dem eine der Vertragsparteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte (vgl. Art 11 Abs 1 und 2 Rom I VO).

Besteht eine Rechtswahl und wurde nicht österreichisches Recht gewählt, kann dadurch dem Verbraucher nicht der Schutz entzogen werden, der ihm durch österreichische Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf, zukommen würde.

2. Anwendbares Recht nach der Rom II VO

Neben der Rom I VO wird das anzuwendende Privatrecht auch durch die Rom II VO⁴⁰⁰ geregelt. Sie „gilt für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“⁴⁰¹. Auf strafrechtliche Bestimmungen – zB im jeweiligen nationalen Wettbewerbsrecht – ist die Rom II VO nicht anzuwenden⁴⁰². Auch einige außervertragliche Schuldverhältnisse sind vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Diese betreffen aber nicht das Glücksspielrecht. Die Rom II VO ist somit auf (Online-)Glücksspielverträge anwendbar. Bezüglich des (Online-)Glücksspiels hat die VO für Schäden aus unerlaubten Handlungen (zB bei Betrug im Zusammenhang mit dem Anbieten von Glücksspiel), aus ungerechtfertigter Bereicherung (zB wenn Glücksspielverträge wegen Geschäftsunfähigkeit einer Partei nichtig sind) und aus culpa in contrahendo (zB wenn der Glücksspielanbieter vor Vertragsabschluss die Geschäftsunfähigkeit des Spielteilnehmers erkannte und den Vertrag trotzdem abgeschlossen und Einsätze angenommen hat⁴⁰³) Relevanz (vgl Art 2 Abs 1 Rom II VO). Die Rom II VO ist in den von ihr erfassten Bereichen universal anzuwenden, dh das nach ihr bestimmte Recht ist auch anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaates⁴⁰⁴ ist (vgl Art 3 Rom II VO). Von der Verordnung wird „nicht die Anwendung der nach dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts geltenden Vorschriften, die ohne Rücksicht auf das für das außervertragliche Schuldverhältnis maßgebende Recht den Sachverhalt zwingend

⁴⁰⁰ Vgl VERORDNUNG (EG) Nr. 864/2007 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), Abl L 199/40, 31.7.2007. Die Normen des Internationalen Privatrechts der Staaten deren Recht nach der Rom II VO anzuwenden ist, haben nicht angewandt zu werden (Art 24 Rom II VO).

⁴⁰¹ Art 1 Abs 1 Rom II VO; „Sie gilt insbesondere nicht für Steuer- und Zollsachen, verwaltungsrechtliche Angelegenheiten oder die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte („acta iure imperii“)“.

⁴⁰² Nach *Handig* wäre eine Harmonisierung des internationalen Strafrechts „aufgrund der gleichartigen Ermächtigung in der primärrechtlichen Grundlage Art 61 EGV, welche die Basis für die Rom II-VO bildet, ebenso denkbar wie im Internationalen Privatrecht“. Da die Rom II VO eindeutig auf das Zivilrecht ausgerichtet sei, seien strafrechtliche Bestimmungen unberührt (*Handig*, Rom II-VO - Auswirkungen auf das Internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, wbl 2008, 3).

⁴⁰³ *Wilhelm*, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel – VfGH hebt § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz auf – teilweise, *ecolex* 2008, 1111 (1112).

⁴⁰⁴ Mitgliedstaat bezeichnet in der Verordnung jeden Mitgliedstaat der EU außer Dänemark (Art 1 Abs 4 Rom II VO).

regeln“, berührt (vgl Art 16 Rom II VO). Sofern also in Österreich geklagt werden kann und zwingende österreichische Bestimmungen verletzt wurden, können diese auch dann angewandt werden, wenn eigentlich ausländisches Recht anzuwenden wäre.

a. Anzuwendendes Recht – allgemein

Vorbehaltlich anderer Bestimmungen in der Rom II VO ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt. Wo das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind, ist unbeachtlich (vgl Art 4 Abs 1 Rom II VO). Haben die Person, deren Haftung geltend gemacht wird, und die geschädigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt⁴⁰⁵ zum Zeitpunkt des Schadenseintritts im selben Staat, ist das Recht dieses Staates anzuwenden (vgl Art 4 Abs 2 Rom II VO). Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände eine offensichtlich engere Verbindung der unerlaubten Handlung mit einem anderen Staat, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Eine offensichtlich engere Verbindung kann sich insbesondere aus einem bestehenden Rechtsverhältnis, das mit der unerlaubten Handlung in einer engen Verbindung steht, zwischen den Parteien (zB ein Vertrag) ergeben (vgl Art 4 Abs 3 Rom II VO). Angemerkt sei auch, dass eine Rechtswahl möglich ist. Sie kann aber erst nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses getroffen werden (vgl Art 14 Abs 1 lit a Rom II VO).

Besteht also ein Glücksspielvertrag und kommt es zu einer schädigenden Handlung, die mit dem Vertrag in einer engen Verbindung steht (zB die Übertragung von Schadsoftware während der Teilnahme am Glücksspiel) und ist grundsätzlich nicht österreichisches Recht anwendbar, kommt es im Rahmen der obigen Bestimmung dennoch zur Anwendung.

⁴⁰⁵ Für Gesellschaften, Vereine und juristische Personen ist der gewöhnliche Aufenthalt im Sinne der Rom II VO der Ort ihrer Hauptverwaltung. Stammt das Ereignis aus dem der Schaden resultiert aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung, steht dem Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung gleich (Art 23 Abs 1 Rom II VO). Der „gewöhnliche Aufenthalt einer natürlichen Person, die im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handelt“, ist der Ort ihrer Hauptniederlassung (Art 23 Abs 2 Rom II VO).

b. Bereicherung

In Kapitel III der Verordnung sind die Bestimmungen hinsichtlich ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag und culpa in contrahendo zu finden. Im Bereich des Glücksspiels sind diejenigen zu ungerechtfertigter Bereicherung (zB wenn Glücksspielverträge wegen Geschäftsunfähigkeit einer Partei nichtig sind) und culpa in contrahendo relevant (zB wenn der Glücksspielanbieter vor Vertragsabschluss die Geschäftsunfähigkeit des Spielteilnehmers erkannte und den Vertrag trotzdem abgeschlossen und Einsätze angenommen hat). Die Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung sollen hier dargestellt werden:

Knüpft ein außervertragliches Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung an ein zwischen den Streitparteien bestehendes Rechtsverhältnis (ein Vertrag, eine unerlaubte Handlung etc) an und besteht eine enge Verbindung zwischen diesem und der ungerechtfertigten Bereicherung, ist das Recht, dem dieses Rechtsverhältnis unterliegt, anzuwenden (vgl Art 10 Abs 1 Rom II VO). Kommt es im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel zu einer ungerechtfertigten Bereicherung, liegt immer ein bestehendes Rechtsverhältnis (eben der Online-Glücksspielvertrag oder eine unerlaubte Handlung bei der Durchführung des Glücksspiels) mit einer engen Verbindung zur Bereicherung vor. Das anzuwendende Recht ist daher nach der obigen Regelung zu bestimmen. Es gelten daher nachstehende Grundsätze bei ungerechtfertigter Bereicherung im Zusammenhang mit einer Glücksspielteilnahme von Verbrauchern:

Für den Fall eines bestehenden Rechtsverhältnisses – zB eines Vertrages oder aufgrund einer unerlaubten Handlung – ist das Recht jenes Staates anzuwenden, das sich

a. im Fall eines Vertrages ergibt aus

i. einer Rechtswahl (Art 3 Rom I VO; erläutert auf S 102),

- sofern nicht das Recht des Staates gewählt wurde, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, können die Bestimmungen des Staates – in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat – die durch Vereinbarung nicht abbedungen werden können, nicht durch eine Rechtswahl

umgangen werden (vgl. Art 6 Abs 2 Rom I VO; erläutert auf S 103),

ii. dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Dienstleisters (Art 4 Abs 1 Rom I VO; erläutert auf S 103ff) oder

iii. dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers (Art 6 Rom I VO; erläutert auf S 103ff).

b. im Fall einer unerlaubten Handlung ergibt aus dem Ort des Schadenseintrittes (Art 4 Abs 1 Rom II VO; erläutert auf S 109).

Da Verträge über Online-Glücksspiel in der Regel Verbraucherverträge sind, ist üblicherweise das anwendbare Recht nach den Punkten a.i. (bei einer gültigen Rechtswahl), a.iii. (mangels Rechtswahl der Aufenthaltsort des Verbrauchers) oder b. (Ort des Schadenseintrittes) zu bestimmen. Meistens ist daher österreichisches Privatrecht oder sind zumindest die österreichischen zwingenden Bestimmungen anzuwenden (vgl. auch das Kapitel „Anwendbares Recht nach der Rom I VO“).

c. Culpa in contrahendo

Im Fall einer culpa in contrahendo gilt, dass das Recht anzuwenden ist, das auf den Vertrag anzuwenden ist oder anzuwenden wäre, wenn er abgeschlossen worden wäre (vgl. Art 12 Abs 1 Rom II VO). Kann auf diese Weise das anzuwendende Recht nicht bestimmt werden, sind alternative Anknüpfungspunkte in Art 12 Abs 2 Rom II VO vorgesehen. Da bei Online-Glücksspiel aber in obiger Weise das anwendbare Recht bestimmt werden kann – diesbezüglich wird auf das Kapitel „Anwendbares Recht nach der Rom I VO“ verwiesen –, muss auf die alternativen Anknüpfungspunkte nicht eingegangen werden.

Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen von culpa in contrahendo im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel(verbraucher)verträgen ist nach der genannten Regelung meist österreichisches Recht anzuwenden oder sind meist zumindest die österreichischen Bestimmungen, von denen durch Vereinbarung nicht abgewichen werden darf, anzuwenden, wenn der Verbraucher in Österreich seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (siehe das Kapitel „Anwendbares Recht nach der Rom I VO“; insbesondere Seite 107f).

B. Der Glücksspielvertrag in Österreich

Da Glücksverträge im ABGB als eigene Vertragsgattung angeführt werden, soll hier auf die Besonderheiten eingegangen werden: Der Begriff Glücksspiel wird im ABGB⁴⁰⁶ nicht verwendet, doch werden in dessen 29. Hauptstück Glücksverträge geregelt. Gemäß § 1267 ABGB handelt es sich bei Verträgen „*wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vorthelles versprochen und angenommen wird*“, um Glücksverträge. Glücksverträge sind unter anderem die Wette, das Spiel und das Los (§ 1269 ABGB). Auf diese wird im ABGB auch näher eingegangen (§§ 1269 bis 1274 ABGB). Bei den drei genannten Glücksverträgen handelt es sich im Sinne des bürgerlichen Rechts um Glücksverträge iS. Werden mit dem Abschluss von Glücksverträgen noch andere Zwecke verfolgt als das Erlangen von Gewinn und Verlust mit einem gewissen Risiko zu verbinden, liegen Glücksverträge iW. vor. Dazu sind beispielsweise Versicherungsverträge zu zählen (vgl. §§ 1267ff ABGB).

1. Spiel und Wette iSd ABGB

Das Spiel wird in § 1272 ABGB definiert wie folgt: „*Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele. Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten; wie Personen, die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze.*“ Gemäß § 1270 ABGB entsteht eine Wette, „*wenn über ein beiden Teilen noch unbekanntes Ereignis ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird*“.

⁴⁰⁶ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGBl 100/2008; kurz ABGB.

2. Der Abschluss von Online-Glücksspielverträgen

Aufgrund der Formfreiheit im österreichischen Zivilrecht⁴⁰⁷ ist es möglich, die zur Perfektion eines Konsensualvertrages notwendigen Willenserklärungen elektronisch abzugeben⁴⁰⁸. Vertragsabschlüsse im Internet sind daher möglich.

Das *Anbieten* im Internet wird nicht als Offert gemäß § 861 ABGB verstanden, sondern ist mit dem *Anbieten* in Katalogen, durch Inserate oder in Schaufenstern⁴⁰⁹ vergleichbar. Im Zweifel stellt dieses *Anbieten* kein rechtlich bindendes Angebot dar. Die Möglichkeit einen Vertrag auf der Webseite eines Unternehmers abzuschließen, ist als *invitatio ad offerendum* - also die Aufforderung ein Angebot zu legen - zu verstehen. Das *Angebot* im Internet stellt somit keine Angebotserklärung dar, an die sich der Unternehmer gebunden wissen will. Es ist als Aufforderung an den potentiellen Kunden zu verstehen, ein Offert an den Unternehmer zu legen⁴¹⁰. Ein User, der mit dem Unternehmer kontrahieren möchte, legt ein Angebot einen Vertrag mit dem Unternehmer abzuschließen. Dieses Angebot basiert auf Informationen auf der Webseite des Unternehmers, mit denen der User zur Angebotslegung aufgefordert wird. Das Angebot wird mit dem Zugang beim Unternehmer wirksam. Es ist jedoch möglich klarzustellen (zB in den AGB), dass die Angebote bindend sind⁴¹¹. Der Unternehmer kann also festlegen, dass seine *Angebote* auf der Webseite nicht bloß eine *invitatio ad offerendum* darstellen, sondern dass er rechtlich gebunden sein möchte. Dann handelt es sich bei der Willenserklärung des Nutzers nicht um ein Offert, sondern um die Annahme eines Offerts.

In der Praxis kommen Glücksspielverträge durch Willensbetätigung (vgl § 864 Abs 1 ABGB⁴¹²) - z.B. wenn der Spielteilnehmer seinen Einsatz tätigt und der Unternehmer den Einsatz abbucht - oder durch eine Annahmeerklärung (eine Willenserklärung) - z.B. wenn ein Spielteilnehmer eine Wette platziert und ihm am Bildschirm die Annahme bestätigt wird - zustande⁴¹³. Diese Annahmeerklärung des

⁴⁰⁷ Vgl § 883 ABGB; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht², Wien (2008), 51.

⁴⁰⁸ *Zankl*, Zivilrecht und e-commerce - Zugleich eine Besprechung von Gruber - *Mader (Hrsg)*, Internet und e-commerce, Manz (2000), ÖJZ 2001, 542 und *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323ff.

⁴⁰⁹ Vgl *Zankl*, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), 59f.

⁴¹⁰ Vgl *internet4jurists*, Vertragsabschluss im Internet, <http://www.internet4jurists.at/e-commerce/vertrag1.htm>.

⁴¹¹ *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323ff.

⁴¹² *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323ff.

⁴¹³ Wird das Angebot vom Unternehmer nicht angenommen, muss dies dem Kunden unverzüglich mitgeteilt werden (§ 5i Abs 2 KSchG).

Unternehmers kann auch durch eine automatisierte Erklärung erfolgen. Grundsätzlich kann der Empfänger einer Erklärung nicht erkennen, ob sie ihm automatisiert übersandt wurde oder ob ein Mensch die konkrete Erklärung versandt hat. Der objektive Erklärungswert ist entscheidend. Maßgebend ist, was der redliche Erklärungsempfänger verstehen durfte⁴¹⁴. Außerdem wurde letztendlich die Erklärung von einem System versandt, welches von einem Menschen verwendet wird, um solche Erklärungen zu versenden. Automatisiert abgegebene Erklärungen sind daher zu behandeln wie alle anderen Erklärungen⁴¹⁵.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach österreichischem Recht der Abschluss von Glücksspielverträgen im Internet grundsätzlich zulässig ist und dass es von der Vorgehensweise des Anbieters abhängt, auf welche Weise der Vertrag zustande kommt.

3. Gerichtliche Durchsetzbarkeit von Glücksspielverträgen

Spielt ein Spielteilnehmer in einer Spielbank oder an Automaten in einem Lokal, wird der Gewinn in der Regel umgehend ausgezahlt und es stellt sich kaum die Frage nach einer gerichtlichen Durchsetzbarkeit etwaiger Gewinnansprüche. Beim Online-Glücksspiel hingegen erhält man nach dem Gewinn eines Spieles lediglich virtuelles Geld, dessen Gegenwert auf ein Bankkonto überwiesen werden muss. Hierbei ist die Frage zu stellen, ob bzw wann man einen Gewinn einklagen kann:

⁴¹⁴ Zankl, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 44.

⁴¹⁵ Vgl Zankl, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, ecolex 2001, 344.

a. Grundsätzliches

Redliche und erlaubte Spiele und Wetten sind nur dann verbindlich, wenn der Einsatz tatsächlich entrichtet oder hinterlegt wurde (§ 1271 ABGB). Hinterlegung ist beispielsweise die Zahlung in eine gemeinsame Kasse bzw das Platzieren des Einsatzes auf dem Tischfeld⁴¹⁶. Es genügt auch die Übergabe des Einsatzes an den anderen Spielteilnehmer bzw an den Veranstalter⁴¹⁷. Das bloße Versprechen, den Einsatz bei Verlust des Spiels oder der Wette zu begleichen, reicht nicht aus. Die Entrichtung oder Hinterlegung kann nicht durch Notariatsakt, Schriftlichkeit, die Ausstellung eines Schuldscheines, ein Pfand, eine Bürgschaft oder ähnliches ersetzt werden.⁴¹⁸ Aber selbst wenn der Einsatz entrichtet oder hinterlegt wurde, kann der Gewinn grundsätzlich dennoch nicht gerichtlich gefordert werden⁴¹⁹. Es besteht lediglich eine Naturalobligation. Anderes gilt für Ansprüche aus Staatslotterien:

b. Ansprüche aus Staatslotterien

Nur Ansprüche auf einen Gewinn aus Glücksspielen, die von Staatslotterien – staatlich genehmigten Glücksspielveranstaltungen – veranstaltet wurden, können eingeklagt werden⁴²⁰. Dies wird aus § 1274 ABGB abgeleitet. Nach dieser Bestimmung sind Staatslotterien „nicht nach der Eigenschaft der Wette und des Spiels, sondern nach den jedes Mal darüber kundgemachten Planen, zu beurtheilen“ (§ 1274 ABGB). Unter die Ausnahme der Unklagbarkeit fallen also vom Staat veranstaltete oder ausdrücklich genehmigte Glücksspiele (Staatslotterien), für die entsprechende Pläne vorliegen⁴²¹.

⁴¹⁶ Vgl *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, § 1274 Rn 70, mwN.

⁴¹⁷ Vgl *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, § 1274 Rn 70, mwN.

⁴¹⁸ Vgl OGH 14.07.1999, 7 Ob 140/99.

⁴¹⁹ § 1271 ABGB: „Redliche und sonst erlaubte Wetten sind in so weit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden“.

⁴²⁰ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II, Wien (2007), 271.

⁴²¹ Vgl OGH 21.11.1985, 7 Ob 644/85; 26.11.1996, 10 Ob 504/95; 30.10.1998, 1 Ob 107/98m und 26.05.2004, 7 Ob 85/04g.

c. Klagbarkeit von Gewinnen aus elektronischen Lotterien iSd GSpG

Gemäß § 12a GSpG „sind Ausspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt und die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt sowie über elektronische Medien zur Verfügung gestellt wird“, elektronische Lotterien. Die Konzession für das Veranstellen elektronischer Lotterien wurde vom BMF gemäß § 14 Abs 1 GSpG der Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H. erteilt. Sie darf somit Online-Casinospiele anbieten und betreibt zu diesem Zweck die Webseite www.win2day.at. Bei Casinospielen, die über www.win2day.at angeboten werden, handelt es sich daher um Casinospielangebote einer Staatslotterie im obigen Sinn. Gewinne, die bei Casinospielen auf www.win2day.at gemacht wurden, sind somit klagbar.

d. Klagbarkeit von Casinospielverträgen mit sonstigen Anbietern

Mit sonstigen Anbietern sind all jene Anbieter gemeint, die nicht im Besitz einer Konzession für das Durchführen von elektronischen Lotterien nach dem GSpG sind. Wie oben dargelegt, können Gewinne aus Spiel und Wette grundsätzlich nicht eingeklagt werden, außer das Spiel oder die Wette wurde vom Staat veranstaltet oder genehmigt. Werden Online-Casinospiele von Anbietern aus dem In- oder Ausland veranstaltet, die keine Konzession nach dem GSpG besitzen, ist dieses Erfordernis grundsätzlich nicht erfüllt. Der Gewinn des Spielteilnehmers ist dann nicht klagbar. Aus diesem Grund ist es notwendig, Casinospielverträge, die mit solchen Anbietern geschlossen wurden, näher zu betrachten; auch der Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des GSpG ist dabei Beachtung zu schenken:

Wie weiter unten gezeigt wird⁴²², sind Glücksspielverträge mit sonstigen Anbietern grundsätzlich nichtig und rückabzuwickeln; auch der Gewinn des Spielers ist zurückzuzahlen. Da – wie im Kapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ gezeigt wurde – die Bestimmungen des GSpG unionsrechtswidrig sind, dürfen

⁴²² Vgl. „Nichtigkeit von Glücksspielverträgen“ (S 124ff).

Staatslotterien, solange dieser Zustand gegeben ist, auch zivilrechtlich nicht besser gestellt werden als sonstige Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten der EU, denn die Folgen der Unionsrechtswidrigkeit – siehe Kapitel „Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit“ – gelten auch für zivilrechtliche Bestimmungen⁴²³. Die Klagbarkeit bei Verträgen mit Staatslotterien hat grundsätzlich das Potential zu bewirken, dass Spielteilnehmer an den Spielen der Staatslotterien teilnehmen. Sie hat ja auch gerade den Zweck, die Spielteilnehmer dazu zu bringen, Staatslotterien gegenüber sonstigen Anbietern zu bevorzugen. Daher muss aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit weiter Teile des GSpG (vgl. Kapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“) auch die Unklagbarkeit der Spielgewinne unangewandt bleiben. Gewinne aus Casinospielen mit sonstigen Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten der EU sind daher mE klagbar. Soweit ersichtlich wurde diese Frage aber vor Gericht bisher nicht thematisiert. Diese Unanwendbarkeit gilt jedoch grundsätzlich nur für Glücksspielverträge mit ausländischen Glücksspielanbietern (aus anderen Mitgliedstaaten der EU), da die Unionsrechtswidrigkeit nur für diese Auswirkungen hat⁴²⁴.

Aus den genannten Gründen ergibt sich, dass die unionsrechtswidrigen Verwaltungsbestimmungen dazu führen, dass die zivilrechtlichen Bestimmungen für Ausländer aus anderen Mitgliedstaaten der EU, die im Wege der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit in Österreich tätig werden wollen, nicht anwendbar sind, doch ist in diesem Zusammenhang die Frage zu stellen, was für inländische Glücksspielanbieter gilt: Für den Fall, dass sich aus einem Urteil des EuGH ergibt, dass nationales Recht unionsrechtswidrig ist und dieses unangewandt zu bleiben hat, gilt dieses nationale Recht für Inländer weiter und es kann zu einer Schlechterstellung der Inländer kommen (Inländerdiskriminierung)⁴²⁵. Dasselbe gilt, wenn die nationalen Behörden von sich aus nationales Recht aufgrund dessen Unionsrechtswidrigkeit nicht anwenden. Eine solche Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern ist am Gleichheitssatz zu messen und bedarf einer besonderen sachlichen Rechtfertigung⁴²⁶.

Es ist daher zu untersuchen, ob unionsrechtswidrige österreichische Glücksspielbestimmungen zu einer Inländerdiskriminierung führen und ob diese sachlich gerechtfertigt ist. Wie oben gezeigt sind Glücksspielverträge von Österreichern, die mit Unternehmen aus Staaten anderer EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen werden, gerichtlich durchsetzbar. Daher ist zu prüfen, ob es eine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, dass

⁴²³ EuGH vom 19. 1. 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*.

⁴²⁴ *Eilmansberger/Vonkilch*, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113.

⁴²⁵ *Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012/17 (166)

⁴²⁶ Vgl VfGH 6.10.2011, G 41/10ua.

Glücksspielverträge mit ausländischen Anbietern (aus anderen Mitgliedstaaten der EU), die keine Staatslotterie sind, klagbar, solche mit österreichischen Anbietern, die keine Staatslotterie sind, jedoch nicht klagbar sind.

Der Gleichheitsgrundsatz⁴²⁷ verbietet willkürliche, unsachliche Differenzierungen in der Normsetzung und deren Vollzug. Geregelt ist der Gleichheitsgrundsatz in Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG 1867⁴²⁸. Er wird vom Gesetzgeber verletzt, wenn Gleiches ungleich behandelt wird⁴²⁹. Es soll also „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich“ behandelt werden⁴³⁰. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH⁴³¹ hat der Gesetzgeber im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes gleiche Tatbestände mit gleichen Rechtsfolgen und ungleiche Tatbestände mit entsprechenden ungleichen Rechtsfolgen zu versehen⁴³². Dem Gesetzgeber ist nur die unsachliche Ungleichbehandlung verwehrt. Es ist somit zu prüfen⁴³³, ob die gegenständliche Ungleichbehandlung unsachlich ist. Ungleichbehandlungen sind sachlich gerechtfertigt, wenn sie auf einem vernünftigen Grund beruhen und dieser verhältnismäßig ist⁴³⁴. Die Unterschiede der jeweils betroffenen Sachverhalte müssen wesentlich sein, um eine Differenzierung zu rechtfertigen⁴³⁵. Die Beeinträchtigung einer bestimmten Gruppe durch die Differenzierung ist mit dem sachlichen Interesse der Differenzierung zu vergleichen⁴³⁶. Die verwendeten Mittel zur Erreichung des Ziels müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein⁴³⁷.

⁴²⁷ Beim Gleichheitssatz handelt es sich um eine allgemeines Willkürverbot, welches den Gesetzgeber verpflichtet auch für die Beziehung Privater sachlich gerechtfertigte Rechtsvorschriften zu schaffen (Vgl *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741).

⁴²⁸ Vgl *Swoboda*, Die ganz legale Ausbeutung des Unschuldigen im Strafverfahren, ÖJZ 1994, 687.

⁴²⁹ Vgl OGH 23.11.1977, 8 Ob 131/77; 14.01.1986, 4 Ob 123/84; 12.03.1991, 10 ObS 61/91; 22.10.2002, 10 ObS 300/02v; 11.05.2006, 8 ObA 19/06m; 19.06.2006, 8 ObA 53/06m; 09.07.2008, 9 ObA 162/07z und 27.01.2009, 8 ObA 3/09p.

⁴³⁰ Vgl statt vieler *Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, 33.

⁴³¹ Vgl VfGH 09.03.2011, G 53/10-7 mit dem Verweis auf VfSlg 2956/1959, 11.190/1986, 11.641/1988, 13.477/1993 und 14.521/1996.

⁴³² Vgl neben den Entscheidungen des VfGH *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 13.

⁴³³ Eine allfällige Verletzung des Gleichheitssatzes ist zu prüfen wie folgt:

- Es sind die Normen gegenüberzustellen, aus denen sich für die gleichen Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben.
- Es ist zu eruieren, in welchen Punkten sich diese Sachverhalte gleichen oder ähneln.
- Es muss entschieden werden, ob die Unterschiede die unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen, also nicht unsachlich oder willkürlich sind (Vgl *Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, 33. Natürlich erhebt dies Gliederung der Prüfung keinen Anspruch darauf die einzig korrekte zu sein. Vielmehr kann eine Gliederung auch anders gestaltet sein und ebenfalls zum richtigen Ergebnis führen; Vgl zB *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.).

⁴³⁴ Vgl *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.

⁴³⁵ Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 14.

⁴³⁶ Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 14 und *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72.

⁴³⁷ Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 15.

Unter Anwendung dieser Grundsätze soll nachstehend auf die oben aufgeworfene Frage der Sachlichkeit der Inländerdiskriminierung eingegangen werden:

Gemäß § 1271 ABGB sind redliche und erlaubte Wetten und Spiele verbindlich, wenn der bedungene Preis entrichtet oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann er aber nicht gefordert werden. Aus § 1274 ABGB wird jedoch abgeleitet, dass Gewinne aus Online-Glücksspielen mit Anbietern, die eine entsprechende Konzession nach dem GSpG haben, klagbar sind (vgl. „Klagbarkeit von Gewinnen aus elektronischen Lotterien iSd GSpG“). Wie oben (S 116f) gezeigt wurde, hat die Unionsrechtswidrigkeit weiter Teile des GSpG zur Folge, dass die Unklagbarkeit gegenüber Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten der EU, die online vom Ausland aus in Österreich anbieten nicht anzuwenden ist und Klagbarkeit eintritt. Es ist an dieser Stelle zu prüfen, ob die sich daraus ergebende Inländerdiskriminierung sachlich gerechtfertigt ist:

Aus einer E des OGH⁴³⁸ geht hervor, dass die grundsätzliche Unklagbarkeit von Glücksspielverträgen, die nicht mit Staatslotterien geschlossen wurden, normiert wurde, weil der Gesetzgeber „'diese den nützlichen Verkehr nicht fördernden' [Rechtsgeschäfte] nicht (durch die Klagemöglichkeit besonders) schützen und 'dem Leichtsinne und der Unbesonnenheit, die sich darin betätigt', möglichst entgegenzutreten wollte“⁴³⁹. Aufgrund der großen Anzahl an Online-Glücksspielanbietern ist es mE für Verbraucher nicht mehr nachvollziehbar, ob das dargelegte Angebot iSd GSpG oder der Sportwettengesetze rechtlich gedeckt und klagbar ist. In einem Fall hat der EuGH entschieden⁴⁴⁰, dass das Unionsrecht einer Regelung entgegensteht, die für die Errichtung privater Krankenanstalten, die in der Betriebsform selbstständiger Zahnambulatorien betrieben werden, eine Bewilligung voraussetzt und diese zu versagen ist, wenn unter Beachtung der Kassenvertragsärzte kein das Zahnambulatorium rechtfertigender Bedarf besteht, wenn diese Regelung nicht auch für Gruppenpraxen gilt und wenn nicht der Ausübung des Ermessens der nationalen Behörden hinreichende Grenzen gesetzt sind⁴⁴¹. Da diese Entscheidung iSd Unionsrechts „nur“ für Ausländer, die in Österreich ein Zahnambulatorium betreiben wollten, positive Auswirkungen hatte, ist mit ihr eine Inländerdiskriminierung eingetreten, mit der sich der VfGH auseinandersetzen musste⁴⁴². Der Verfassungsgerichtshof hat keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz feststellen können, da „ein zwischen der Verkündung des Urteils des EuGH und dem Zeitpunkt Neuregelung durch den Gesetzgeber als Folge der Anlassfallwirkung einer

⁴³⁸ OGH 26.11.1996, 10 Ob 504/95.

⁴³⁹ OGH 26.11.1996, 10 Ob 504/95 mwN.

⁴⁴⁰ EuGH vom 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*.

⁴⁴¹ Vgl Rundschreiben des BKA vom 17.3.2009, <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=34177>.

⁴⁴² VfGH 6.10.2011, G41/10 ua.

Gesetzesaufhebung durch den Verfassungsgerichtshof entstehendes gesetzliches Vakuum dem jeweils der Norm zugrundeliegenden öffentlichen Interesse an einer geordneten Krankenanstaltenplanung“ widerspricht.

Im Fall der Klagbarkeit bzw Nichtklagbarkeit würde im Gegensatz zu dem beschriebenen Fall jedoch bis zur Schaffung einer neuen Regelung kein gesetzliches Vakuum eintreten, da die allgemeineren zivilrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kämen und eine Klagbarkeit, wie bei anderen Verträgen auch, gegeben wäre. Da den Zwecken der Unklagbarkeit von Glücksspielverträgen auch durch allgemeine Strafbestimmungen (insbesondere Betrug durch §§ 146ff StGB, aber auch Untreue gem § 153 StGB oder Wucher gem §§ 154f StGB) gedient wird, ist die Situation der Unklagbarkeit von Glücksspielverträgen nicht mit der Problematik „Zahnambulatorien“ vergleichbar. Es existiert daher mE keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung und somit liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, der die Verfassungswidrigkeit von § 1271 ABGB letzter Satz zur Folge hat. Es müssen daher auch Glücksspielverträge mit Inländischen Glücksspielanbietern klagbar sein, solange – wie oben dargelegt – Unionsrechtswidrigkeit von Glücksspielbestimmungen vorliegt (Dies tritt jedoch erst ein, wenn der VfGH eine entsprechende Entscheidung trifft).

e. Durchsetzbarkeit von Sportwetten mit Anbietern, deren Tätigkeit von den Landesregierungen genehmigt wurde

Der Umstand, dass gemäß § 1271 ABGB Wettgewinne, die aus redlichen und sonst erlaubten Wetten resultieren, nur verbindlich sind, „als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet, oder hinterlegt worden ist“ (§ 1271 ABGB), ist bei der Beantwortung der Frage, ob Gewinne gegenüber durch die Landesregierungen genehmigten Sportwettenanbietern klagbar sind oder nicht, zu beachten. Im Fall von Sportwetten mit Buchmachern bezahlt der Wettende einen Einsatz. Gewinnt der Wettende, kommt es zur Auszahlung des mit der Quote multiplizierten Betrages. Da der Wettende den Einsatz schon vor dem Ereignis, auf das gewettet wird, leisten muss, wird das Erfordernis des bereits entrichteten Preises bei Buchmacherwetten erfüllt. Die Frage, ob Wettende ihre Gewinne beim Buchmacher einklagen können, ist aber grundsätzlich nach § 1271 ABGB zu verneinen, sofern der Buchmacher keine Staatslotterie darstellt.

Der Totalisateur poolt Wetteinsätze der Wettteilnehmer, um sie nach Ende des Ereignisses, auf welches gewettet wird, an die Gewinner auszuzahlen. Da er bis zur

Auszahlung der Gewinne im Besitz der Einsätze ist, um sie dann auszuzahlen, sind die Wetteinsätze bei ihm hinterlegt worden. Redliche und sonst erlaubte Totalisateurwetten sind somit ebenfalls verbindlich und stellen aber nur eine Naturalobligation dar.

Der OGH hatte schon einige Male die Aufgabe, über die Klagbarkeit bzw Unklagbarkeit von Wettschulden eines Buchmachers zu entscheiden, wobei sich die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs mit der Zeit gewandelt hat. Er stellte sich die Frage, ob es sich bei Buchmacherwetten, die durch die Landesregierung genehmigt wurden, um „Staatslotterien“ gemäß § 1274 ABGB handelt. Nur in diesem Fall sind nach dem ABGB die Gewinne klagbar. Der OGH kam zu dem Schluss, dass Buchmachersportwetten Wetten gemäß § 1270f ABGB sind. Anfangs hat er verneint, dass diese Staatslotterien gemäß § 1274 ABGB sind. Er entschied, dass der Gesetzgeber der Ansicht war, Wetten gemäß § 1271 ABGB sollen nicht klagbar sein, da diese den nützlichen Verkehr nicht fördern und deshalb nicht schützenswert sind. Außerdem sollte dem Leichtsinn und der Unbesonnenheit entgegengewirkt werden, die der Abschluss solcher Verträge beinhaltet. Dies gilt auch für Buchmacherwetten, womit diese nicht als Staatslotterien zu werten sind⁴⁴³. Eine analoge Anwendung des § 1274 ABGB auf Buchmacherwetten hat der Gerichtshof ausgeschlossen. Diese Ansicht hat der OGH erst bestätigt⁴⁴⁴ und wenig später geändert:

Ab der Entscheidung OGH 30.10.1998, 1 Ob 107/98m zählte der OGH von einer Landesregierung genehmigte Buchmacherwetten zu Staatslotterien im Sinne des § 1274 ABGB. Damit sind Buchmacherwetten klagbar, wenn der Einsatz entrichtet oder hinterlegt wurde. Die Änderung der Entscheidungslinie hat er damit begründet, dass einer der Leitgedanken der Sportwettengesetze (dass nur Anbieter eine Bewilligung erhalten, bei denen volle Vertrauenswürdigkeit gegeben ist) auch ein Leitgedanke des GSpG ist. Es besteht daher kein Grund dafür zwischen diesen Gesetzen zu differenzieren. Außerdem sollen Wettkunden damit rechnen können, dass Gewinne gegenüber genehmigten Wettanbietern klagbar sind. Andernfalls könnten die genehmigten Buchmacher in dem Fall, dass sie Gewinnen den Einsatz behalten, in dem Fall dass die Buchmacher verlieren, hätten die Wettkunden aber keine Möglichkeit die Auszahlung zu erzwingen.

In OGH 26.09.2007, 7 Ob 137/07h war darüber zu entscheiden, ob Gewinne gegenüber einem Totalisateur klagbar sind. Das Erstgericht war der Ansicht, dass OGH 30.10.1998, 1 Ob 107/98m auf Totalisateure nicht anwendbar ist, da der Ablauf der

⁴⁴³ OGH 26.11.1996, 10 Ob 504/95.

⁴⁴⁴ OGH 24.9.1997, 5 Ob 2201/96d.

Totalisateurwetten anders ist als der bei Buchmacherwetten und der Totalisateur nicht selbst Wettpartner wird. Der OGH war jedoch der Ansicht, dass der Leit- und Schutzgedanke derselbe ist und dass daher hinsichtlich der Klagbarkeit aus.

Somit sind Gewinne aus genehmigten Buchmacher- und Totalisateurwetten klagbar, wenn der Vertragspartner des jeweiligen Anbieters den Wettpreis entrichtet oder hinterlegt hat. Dies ist bei Online-Wetten der Fall, da der Wettende vor dem Wettabschluss Geld auf das Konto des Anbieters überweist und somit den Wettpreis hinterlegt (die Überweisung des Einsatzes durch den Wettenden entspricht der Hinterlegung des Wettpreises⁴⁴⁵). Sportwettengewinne mit Anbietern, die Inhaber von Bewilligungen der Landesregierungen sind, können eingeklagt werden.

f. Klagbarkeit von Gewinnen gegenüber sonstigen Sportwettanbietern

Mit „sonstige Sportwettenanbieter“ sind solche gemeint, die keine Bewilligung einer Landesregierung besitzen. Generell gilt für die Durchsetzbarkeit von Gewinnen gegenüber sonstigen Sportwettanbietern das gleiche wie für die Durchsetzbarkeit gegenüber sonstigen Glücksspielanbietern⁴⁴⁶. Handelt es sich um keine Wetten, die mit Staatslotterien (also mit Anbietern, die eine Bewilligung einer Landesregierung haben) abgeschlossen wurden, ist der Gewinn grundsätzlich nicht klagbar (vgl Seite 119f).

Wie oben (Kapitel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten“) dargelegt, existieren außer in Vorarlberg keine Bestimmungen, die sich auf das Anbieten von Sportwetten im Internet beziehen. In Vorarlberg ist ein Herkunftslandprinzip für Online-Anbieter aus dem Ausland verankert (§ 1 Abs 1 und 4 iVm § 2 Abs 1 Vorarlberger Wettengesetz), aber in den übrigen Landesgesetzen wird teilweise eine Niederlassung im jeweiligen Land verlangt (vgl das Kapitel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten“). Bejaht man die Unionsrechtswidrigkeit dieser Bestimmungen (wegen eines Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit; siehe Kapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“) oder erachten die Landesregierungen die Niederlassungen als für

⁴⁴⁵ Vgl OGH 30.10.1998, 1 Ob 107/98m.

⁴⁴⁶ Siehe „Klagbarkeit von Glücksspielverträgen mit sonstigen Anbietern“.

Online-Sportwetten nicht relevant⁴⁴⁷, so ist die Frage zu stellen, ob solche Sportwetten Staatslotterien iSd § 1274 ABGB sind. Vom Staat veranstaltet sind sie nicht. Vom Land Vorarlberg werden die Wettangebote jedoch insofern genehmigt, als das Land diese im Sinne des Herkunftslandprinzips gestattet⁴⁴⁸. Gewinne, die bei solchen Anbietern erzielt werden, sind daher klagbar. Im Fall der übrigen Länder ist davon auszugehen, dass, sofern die Bestimmungen aufgrund einer Unionsrechtswidrigkeit oder aufgrund des Umstandes, dass die Länder ihre Gesetze bzw die Voraussetzung einer Niederlassung auf Online-Angebote für nicht anwendbar halten⁴⁴⁹, solche Wettangebote ebenfalls vom Staat genehmigt sind (dies muss jedenfalls gelten, wenn die Anbieter in ihrem Sitzstaat entsprechende Genehmigungen besitzen) und klagbar sind. Dies ergibt sich aus einer europarechtskonformen Auslegung der §§ 1271 und 1274 ABGB. Andernfalls wäre der Sportwettenvertrag zwar rechtswirksam, da er erlaubt ist und der bedungene Preis entrichtet ist, doch könnten Spielteilnehmer ihre Gewinne nicht einklagen. Die fehlende Klagbarkeit würde das Vertrauen der Spielteilnehmer in solche Sportwettenanbieter schädigen und die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen (vgl das Kapitel „Klagbarkeit von Casinospielverträgen mit sonstigen Anbietern“)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Diesbezüglich sei auf *Hasberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175ff, verwiesen.

⁴⁴⁸ Siehe S 21.

⁴⁴⁹ Teilweise halten die Länder ihre Gesetze zu Sportwetten auf ausländische Angebote aus dem Internet für nicht anwendbar (vgl *Hasberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175ff).

⁴⁵⁰ Diesbezüglich ist auch auf das Kapitel „Klagbarkeit von Casinospielverträgen mit sonstigen Anbietern“ zu verweisen. Die Folgen der Unionsrechtswidrigkeit – siehe Kapitel „Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit“ gelten auch für zivilrechtliche Bestimmungen: EuGH vom 19. 1. 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*.

C. Die allfällige Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Online-Glücksspielverträgen

1. Nichtigkeit von Glücksspielverträgen

Gewisse Verträge sind nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig. Davon betroffen sind Verträge, die gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Bei der Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB eines Glücksspielvertrages ist das ganze Rechtsgeschäft rückabzuwickeln. Getätigte bzw angenommene Einsätze sowie Verluste und Gewinne sind von beiden Vertragsparteien zurückzuzahlen. Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung ist zu untersuchen, ob bzw wann mit Glücksspielverträgen generell oder mit Online-Glücksspielverträgen gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen wird und sie nichtig sind:

Mit dem GSpG, § 168 StGB und bestimmten landesgesetzlichen Bestimmungen⁴⁵¹ wird die Zulässigkeit des Veranstaltens von Glücksspiel stark eingeschränkt. Damit Glücksspiel nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig ist, müssen Gewinn und Verlust, wie in § 168 Abs 1 StGB und § 1 Abs 1 GSpG festgelegt, ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen⁴⁵². Mit der Glücksspielverordnung⁴⁵³ wurde die Teilnahme an ausdrücklich angeführten Spielen (zB Würfeln, Bakkarat, Einundzwanzig Poker etc) untersagt⁴⁵⁴. Zwar wurde die Verordnung bereits aufgehoben, sie hat aber immer noch Relevanz für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB. Der OGH ist der Ansicht, dass es sich „bei den in der nicht mehr in Geltung stehenden Glücksspielverordnungen (BGBl 1923/253 idF BGBl 1933/6) aufgezählten verbotenen Spielen ... jedenfalls vorwiegend um Glücksspiele im engeren Sinn“ handelt, also um solche, bei denen das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt⁴⁵⁵. Ist der Ausgang eines Spiels nicht ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig, ist das Spiel kein Glücksspiel iSd § 168 Abs 1 StGB oder iSd § 1 Abs 1 GSpG und Nichtigkeit entsprechend der obigen Ausführungen ist nicht

⁴⁵¹ Siehe das Kapitel „Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten“.

⁴⁵² Vgl OGH 13. 3. 1996, 5 Ob 506/96.

⁴⁵³ BGBl Nr 253/1923.

⁴⁵⁴ Vgl *Binder*, Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht, ÖJZ 1998, 175.

⁴⁵⁵ OGH 12.03.1991, 14 Os 140/90.

gegeben. Handelt es sich bei einem Spiel mit einem Unternehmer um ein Glücksspiel iSd § 168 Abs 1 StGB oder iSd § 1 Abs 1 GSpG ist der Vertrag grundsätzlich nur dann nicht nichtig iSd § 168 Abs 1 StGB, wenn der Unternehmer auf der Grundlage einer Konzession nach dem GSpG oder einer landesrechtlichen Erlaubnis tätig wird⁴⁵⁶. Hat der Unternehmer keine Konzession oder landesrechtliche Erlaubnis, sind die aufgrund des nichtigen Vertrages geleisteten Einsätze oder ausbezahlten Gewinne zurückzuzahlen⁴⁵⁷.

Im Zusammenhang mit der Nichtigkeit und der Rückabwicklung ist § 1174 Abs 1 erster Satz ABGB Beachtung zu schenken. Nach dieser Bestimmung kann nicht zurückgefordert werden, was „wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung“ gegeben wurde. Der Einsatz eines Spielteilnehmers wird geleistet, um am Glücksspiel teilzunehmen und nicht um das Glücksspiel zu bewirken. Gewinn wird ausgezahlt, weil der Spielteilnehmer gewonnen hat. Daher ist § 1174 Abs 1 erster Satz ABGB auf unerlaubte Glücksspiele nicht anwendbar⁴⁵⁸.

In den in diesem Kapitel genannten Entscheidungen des OGH wurde die Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Bestimmungen zum Glücksspiel nicht berücksichtigt. Im Umfang, in dem die österreichischen Bestimmungen zum Glücksspiel unionsrechtswidrig sind und Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten der EU, die bereit wären eine Konzession bzw Bewilligung zu erlangen, Glücksspiel anbieten, sind diese Strafbestimmungen nicht anwendbar⁴⁵⁹. Da die Verwirklichung der Strafbestimmungen die Voraussetzung für die Nichtigkeit ist, kann bezüglich Glücksspielverträgen mit Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten der EU (die Unionsrechtswidrigkeit hat nur für diese Auswirkungen⁴⁶⁰) keine Nichtigkeit eintreten, und die Glücksspiele sind nicht rückabzuwickeln.

Wie in „Klagbarkeit von Casinospielverträgen mit sonstigen Anbietern“ ist auch hier zu prüfen, ob eine Differenzierung zwischen In- und Ausländern (Inländerdiskriminierung) sachlich gerechtfertigt ist. Wie gezeigt, beruht eine allfällige Nichtigkeit iS dieses Kapitels auf § 168 Abs 1 StGB und Verstößen gegen das GSpG. Bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung der Inländerdiskriminierung sind daher auch diese Vorschriften – als Grundlage der Nichtigkeit – miteinzubeziehen. Werden inländische Anbieter von Glücksspiel strafrechtlich anders (schlechter) behandelt als Anbieter, die vom Ausland aus Glücksspiel in Österreich anbieten, liegt eine unterschiedliche Behandlungsweise vor,

⁴⁵⁶ Vgl *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, § 1274 Rn 66.

⁴⁵⁷ Vgl *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, § 1274 Rn 66.

⁴⁵⁸ Vgl OGH 13.3.1996, 5 Ob 506/96.

⁴⁵⁹ Vgl das Kapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“.

⁴⁶⁰ *Eilmansberger/Vonkilch*, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113.

die sachlich gerechtfertigt sein muss, damit keine Verfassungswidrigkeit gegeben ist. Bei der gegenständlichen Ungleichbehandlung von Inländern und Ausländern ist der einzige rechtlich relevante Unterschied jener Sachverhalte, dass das Angebot auf dem österreichischen Markt entweder vom Inland oder vom Ausland aus erfolgt.

An dieser Stelle ist auf die E EuGH vom 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*, und die damit zusammenhängende E VfGH 6.10.2011, G41/10 ua zu verweisen (siehe S 119). Der VfGH hat entschieden, dass Bestimmungen zu „Zahnambulatorien“ zwar eine Inländerdiskriminierung darstellten, aber dies sachlich gerechtfertigt war, weil sonst ein gesetzliches Vakuum entsteht, dem das öffentliche Interesse entgegensteht. Ähnlich könnte man die gegenständliche Problematik beurteilen. Diesfalls würde bis zur Schaffung einer neuen Regelung ebenfalls ein gesetzliches Vakuum eintreten, das dem öffentlichen Interesse der Bestimmungen zum Glücksspiel möglicher Weise widerspricht. ME ist die Situation im Bereich des Glücksspiels jedoch anders zu beurteilen. Grundsätzlich besteht ein öffentliches Interesse daran, dass die Einhaltung gewisser Standards im Bereich des Glücksspiels eingehalten werden (zB Spielerschutz durch einen Haftungsfonds wie ein Grundkapital einer AG oder Bankgarantien, eine Verlässlichkeitsprüfung der Anbieter etc) deren Nichteinhaltung strafrechtlich und in weiterer Folge auch zivilrechtlich (zB Nichtigkeit von Glücksspielverträgen; vgl S 124ff) sanktioniert wird. Da aber gerade auch durch allgemeine Strafbestimmungen (insbesondere Betrug durch §§ 146ff StGB, aber auch Untreue gem § 153 StGB oder Wucher gem §§ 154f StGB) schädliche Handlungen im Zusammenhang mit Glücksspiel sanktioniert werden, ist die Situation beim Glücksspiel nicht mit der Problematik „Zahnambulatorien“ vergleichbar. Das öffentliche Interesse stellt daher mE keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung dar und somit liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, der die Verfassungswidrigkeit von § 168 Abs 1 StGB und der Strafbestimmungen des GSpG zur Folge hat.

Die Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmung, nach der Glücksspielverträge mit ausländischen Anbietern, die keine Bewilligung bzw Konzession nach den Sportwettengesetzen bzw nach dem GSpG haben, nichtig sind, basiert auf der Unionsrechtswidrigkeit von § 168 Abs 1 StGB und entsprechender Bestimmungen des GSpG. Weil diese Bestimmungen unionsrechtswidrig sind, verliert die Anwendung des § 879 Abs 1 ABGB auf diese Verträge seine Grundlage (den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot). Da, wie im vorigen Absatz gezeigt, § 168 Abs 1 StGB und die Strafbestimmungen des GSpG (§ 52 GSpG) verfassungswidrig sind, ist auch bei Glücksspielverträgen mit inländischen Anbietern, die keine Bewilligung bzw Konzession nach den Sportwettengesetzen bzw nach dem GSpG haben, aufgrund der Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung keine Nichtigkeit gegeben.

2. Irrtum

Beim Abschluss eines Glücksspielvertrages können grundsätzlich Irrtümer erfolgen, die den Vertrag anfechtbar machen, sofern die Voraussetzungen der §§ 871ff ABGB erfüllt sind. Wenn eine Vertragspartei über einen Umstand irrt, über den sie die andere Partei aufgrund der Rechtsvorschriften hätte aufklären müssen, gilt dieser Irrtum als einer über den Vertragsinhalt, auch wenn er sonst ein Irrtum über den Bewegungsgrund oder den Endzweck (also ein Motivirrtum) wäre (vgl § 871 Abs 2 ABGB). Gerade diese Irrtumsart kann im Bereich des Online-Glücksspieles relevant sein, wenn allfällige Aufklärungspflichten verletzt werden. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise an die Aufklärungspflichten nach § 5c KSchG – näheres zu dieser Bestimmung in „Auswirkungen des Konsumentenschutzgesetzes“ – oder an den 3. Abschnitt des ECG⁴⁶¹ zu denken⁴⁶². Stellt der Anbieter die dort geforderten Informationen nicht ordnungsgemäß dem Verbraucher zur Verfügung und irrt der Verbraucher daher über diese Umstände, stellt der Irrtum auch dann einen Geschäftsirrtum dar, wenn er sonst ein Motivirrtum wäre.

⁴⁶¹ § 5 ECG: „(1) Ein Diensteanbieter hat den Nutzern ständig zumindest folgende Informationen leicht und unmittelbar zugänglich zur Verfügung zu stellen:

1. seinen Namen oder seine Firma;
2. die geografische Anschrift, unter der er niedergelassen ist;
3. Angaben, auf Grund deren die Nutzer mit ihm rasch und unmittelbar in Verbindung treten können, einschließlich seiner elektronischen Postadresse;
4. sofern vorhanden, die Firmenbuchnummer und das Firmenbuchgericht;
5. soweit die Tätigkeit einer behördlichen Aufsicht unterliegt, die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde;
6. bei einem Diensteanbieter, der gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften unterliegt, die Kammer, den Berufsverband oder eine ähnliche Einrichtung, der er angehört, die Berufsbezeichnung und den Mitgliedstaat, in dem diese verliehen worden ist, sowie einen Hinweis auf die anwendbaren gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften und den Zugang zu diesen;
7. sofern vorhanden, die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer.

(2) Sofern in Diensten der Informationsgesellschaft Preise angeführt werden, sind diese so auszuzeichnen, dass sie ein durchschnittlich aufmerksamer Betrachter leicht lesen und zuordnen kann. Es muss eindeutig erkennbar sein, ob die Preise einschließlich der Umsatzsteuer sowie aller sonstigen Abgaben und Zuschläge ausgezeichnet sind (Bruttopreise) oder nicht. Darüber hinaus ist auch anzugeben, ob Versandkosten enthalten sind.

(3) Sonstige Informationspflichten bleiben unberührt.“

§ 6 ECG: „(1) Ein Diensteanbieter hat dafür zu sorgen, dass eine kommerzielle Kommunikation, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft ist oder einen solchen Dienst darstellt, klar und eindeutig

1. als solche erkennbar ist,
2. die natürliche oder juristische Person, die die kommerzielle Kommunikation in Auftrag gegeben hat, erkennen lässt,
3. Angebote zur Absatzförderung wie etwa Zugaben und Geschenke als solche erkennen lässt und einen einfachen Zugang zu den Bedingungen für ihre Inanspruchnahme enthält sowie
4. Preisausschreiben und Gewinnspiele als solche erkennen lässt und einen einfachen Zugang zu den Teilnahmebedingungen enthält.

(2) Sonstige Informationspflichten für kommerzielle Kommunikation sowie Rechtsvorschriften über die Zulässigkeit von Angeboten zur Absatzförderung und von Preisausschreiben und Gewinnspielen bleiben unberührt.“

⁴⁶² Zum Irrtum mangels Aufklärung über Umstände über die aufzuklären gewesen wäre: *Pletzer*, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung (Teil I), JBl 2002, 545.

Liegt ein Irrtum über den Vertragspartner vor und wäre sonst der Vertrag nicht oder nicht in der jeweiligen Art abgeschlossen worden, ist ebenfalls eine Anfechtung möglich. Als solcher Irrtum gilt der Irrtum über eine verwaltungsrechtliche Befugnis, die jeweilige Leistung erbringen zu dürfen (vgl § 873 ABGB). Geht ein Spielteilnehmer davon aus, dass ein Glücksspielanbieter die verwaltungsrechtliche Befugnis hat, Glücksspiel anbieten zu dürfen, und ist dies nicht der Fall, liegt somit ein grundsätzlich wegen Irrtum anfechtbarer Vertrag vor.

Beim Abschließen von Glücksspielverträgen ist bspw auch denkbar, dass der Spielteilnehmer auf einen Sportler setzt, auf den er nicht setzen wollte. In diesem Fall liegt ein sogenannter Erklärungsirrtum vor, da der Spielteilnehmer etwas anderes erklärte, als er wollte, und der Vertrag kann gemäß den obigen Ausführungen angefochten werden.

Ein nach der Durchführung eines Glücksspiels behaupteter Irrtum kann jedoch vom Spielteilnehmer missbräuchlich behauptet werden. Bspw wenn er das Glücksspiel verloren hat und behauptet den Vertrag nur abgeschlossen zu haben, weil er über einen Umstand nicht aufgeklärt wurde, über den er aufzuklären gewesen wäre, obwohl die fehlende Information auf seine Entscheidung (den Vertrag abzuschließen) keinen Einfluss gehabt hätte. Im Zusammenhang mit der Anfechtung von Glücksspielverträgen aufgrund eines behaupteten Irrtums ist daher von den Gerichten restriktiv vorzugehen, um einen allfälligen Missbrauch zu vermeiden.

3. List und Drohung

Verträge, die aufgrund von List oder Drohung einer der Vertragsparteien abgeschlossen wurden, sind anfechtbar, und derjenige, der sich der List oder Drohung bedient hat, muss Ersatz für die nachteiligen Folgen der anderen Vertragspartei leisten (vgl § 870 ABGB). Wird ein Vertrag wegen List und Drohung angefochten und aufgehoben, ist er rückabzuwickeln (vgl § 877 ABGB). Ist dem Überlisteten oder Bedrohten dabei auch ein Schaden entstanden, besteht ein Anspruch auf Schadenersatz⁴⁶³. Gerade im Bereich des (Online-)Glücksspiels kann eine Anfechtung wegen List relevant sein. Der Vertragspartner wird vom Spielteilnehmer nicht gekannt und seine Tätigkeit ist vom Spielteilnehmer nicht überwachbar. Insbesondere kann bei einem Online-Glücksspiel nicht überprüft werden, ob eine Software die Wahrscheinlichkeit zu gewinnen für den

⁴⁶³ Vgl Zankl, Bürgerliches Recht⁵, Wien 2010, Rn 97.

Anbieter erhöht. Dass eine solche List durch den Spielteilnehmer aufgedeckt wird ist zwar grundsätzlich eher unwahrscheinlich, doch könnten entsprechende Informationen beispielsweise durch Arbeitnehmer eines Unternehmens an die Öffentlichkeit gelangen. Der Abschluss eines Online-Glücksvertrages durch Drohung ist zwar theoretisch denkbar, kommt in der Praxis aber eher nicht vor.

Zur List gibt es im Bereich der Wetten eine besondere Regelung. Wusste der Gewinner der Wette bereits bei Vertragsabschluss über den Ausgang Bescheid und hat er dies dem Verlierer verheimlicht, „macht er sich einer Arglist schuldig“ (§ 1270 ABGB). In solch einem Fall ist die Wette ungültig (§ 1270 ABGB). Diese Bestimmung ist etwas anders formuliert als die allgemeine Bestimmung zur List (vgl § 870 ABGB; Anm „ungültig“ statt „zu halten nicht verbunden“). Nach *Krejci* spreche nichts dafür, dass die Rechtsfolgen listig erschlichener Glücksverträge anders zu beurteilen seien als die von sonstigen Fällen der List. Da bei List ein Willensmangel vorliege, sei wie bei § 870 ABGB von Anfechtbarkeit und nicht von absoluter Nichtigkeit des Vertrages auszugehen⁴⁶⁴. Wird eine Wette abgeschlossen und kennt eine der Vertragsparteien den Ausgang des Ereignisses, auf welches gewettet wird, bereits, liegt aufgrund der zivilrechtlichen Definition der Wette, nach welcher „über ein beiden Teilen noch unbekanntes Ereignis“ Behauptungen aufgestellt werden (vgl § 1270 ABGB), schon wegen der allgemeinen Bestimmungen zur List eine solche vor (vgl § 870 ABGB). Da in § 1270 ABGB auch angeführt wird, dass sich der Arglist schuldig macht, wer vom Ausgang der Wette Gewissheit hat und dies dem anderen Teil verheimlicht, und dass dann die Wette ungültig ist, muss dies als eine spezielle Vorschrift zur List verstanden werden und muss auch in Erwägung gezogen werden, dass daher eine andere Rechtsfolge eintreten soll; wie zB die Nichtigkeit des Vertrages, ohne dass dieser erst angefochten werden muss. Da aber auch in vielen anderen Bestimmungen im ABGB⁴⁶⁵ mit dem Ausdruck ungültig die relative Nichtigkeit – und somit die Notwendigkeit einer Anfechtung – gemeint ist, kann *Krejci* mE beigepflichtet werden. Wird der Tatbestand des § 1270 ABGB erfüllt liegt daher relative Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vor.

⁴⁶⁴ Vgl *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, § 1274 Rn 82.

⁴⁶⁵ §§ 566, 570, 601 und 698 ABGB (vgl *Zankl*, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 496 und *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, Wien (2007), 492).

4. Darlehen zum Zweck der Teilnahme an Glücksspielen

Bei der Betrachtung von Darlehen, die zum Zweck der Teilnahme an Glücksspielen gegeben werden, ist zwischen Darlehen zu erlaubten und Darlehen zu unerlaubten Glücksspielen zu unterscheiden:

a. Darlehen zum erlaubten Glücksspiel

Wie bereits oben ausgeführt⁴⁶⁶ sind Gewinne aus erlaubten (Glücks-)Spielen grundsätzlich nicht klagbar und stellen eine Naturalobligation dar. Ein Darlehen, das zum Zweck eines erlaubten Glücksspiels gegeben wird, ist aber rückforderbar und klagbar⁴⁶⁷. Wird das Darlehen jedoch vom Gegenspieler gegeben oder tritt ein Dritter – der Gehilfe des Gegenspielers ist – als Darlehensgeber auf, kann das Darlehen nicht gerichtlich zurückgefordert werden, da in diesem Fall der Einsatz weder entrichtet noch hinterlegt wurde⁴⁶⁸. Hat der Spielteilnehmer das Darlehen jedoch zurückgezahlt, kann er dieses nicht zurückfordern, da er damit die Spielschuld (eine Naturalobligation; vgl § 1271 ABGB) beglichen hat.

b. Darlehen zum verbotenen Glücksspiel

Ein Darlehen, das „zum Zweck eines verbotenen Spieles“ – also zu einem Spiel, mit dem gegen § 168 Abs 1 StGB und § 1 Abs 1 GSpG verstoßen wird⁴⁶⁹ – gegeben wird, kann gemäß § 1174 Abs 2 ABGB⁴⁷⁰ nicht zurückgefordert werden. Wird es nicht „zum Zweck eines verbotenen Spieles“ gegeben, aber zu einem solchen verwendet, kommt diese Bestimmung nicht zur Anwendung und das Darlehen kann zurückgefordert werden. Bei der Feststellung, ob ein Darlehen zum Zweck eines verbotenen Spiels gegeben wurde, kommt es darauf an, ob der Darlehensgeber die Verwendung des Betrages für ein

⁴⁶⁶ Siehe S 114ff.

⁴⁶⁷ Vgl OGH 09.10.1962, 8 Ob 300/62; 14.07.1999, 7 Ob 140/99k und 19.02.2009 6 Ob 13/09v.

⁴⁶⁸ Vgl OGH 14.07.1999, 7 Ob 140/99k und 19.02.2009 6 Ob 13/09v.

⁴⁶⁹ Vgl die Ausführungen zur Nichtigkeit gem § 879 ABGB sowie OGH 13.3.1996, 5 Ob 506/96.

⁴⁷⁰ § 1174 Abs 2 ABGB: „Ein zum Zweck eines verbotenen Spieles gegebenes Darlehen kann nicht zurückgefordert werden“.

solches Spiel „ernsthaft für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat“⁴⁷¹. § 1174 Abs 2 ABGB ist nach der Judikatur⁴⁷² auf Darlehen zu Spielzwecken und auch auf Darlehen zur Bezahlung von Spielschulden anzuwenden.

§ 1174 Abs 2 ABGB hat zur Folge, dass der Darlehensempfänger bereits geleistete Rückzahlungen unter der analogen Heranziehung des § 877 ABGB⁴⁷³ bzw nach § 1431 ABGB⁴⁷⁴ wieder zurückfordern kann und zwar unabhängig von § 1432 ABGB⁴⁷⁵. Da verbotene Glücksspielverträge nichtig sind – hiezu wird auf das Kapitel „Nichtigkeit von Glücksspielverträgen“ verwiesen – und daher die Spielschuld keine Naturalobligation darstellt, kann auch durch die Bezahlung einer Spielschuld keine Sanierung im Sinne des § 1432 ABGB eintreten. Das verbotene Spiel, zu dessen Zweck das Darlehen gegeben wurde, ist rückabzuwickeln. Der Spielteil- bzw Darlehensnehmer kann somit einerseits den Verlust aus dem verbotenen Spiel zurückfordern und andererseits muss er den Darlehensbetrag nicht mehr zurückzahlen. Es kommt zu einer Bereicherung des Spielteilnehmers⁴⁷⁶.

Diese Folgen des § 1174 Abs 2 ABGB erscheinen unsachlich. Nach einer Ansicht folge aus der *ratio legis*, dass § 1272 ABGB⁴⁷⁷ [gemeint wohl eher § 1272 iVm § 1271⁴⁷⁸ ABGB] analog auf Darlehen anzuwenden sei, die von Mitspielern oder vom Spieleveranstalter zum Spielzweck gewährt werden und durch die der Spielteilnehmer mit Bargeld weiterspielen kann. Es könne vom Normzweck her keine Rolle spielen, ob der Spielteilnehmer den Verlust schuldig bleibt oder mit kreditiertem Geld spielt. Die zweite Variante (das Weiterspielen mit kreditiertem Geld) bedeute, dass das Darlehen nicht zurückgezahlt werden müsse. Im Fall der Rückzahlung könne es aber auch nicht kondiziert werden⁴⁷⁹. Einer anderen Ansicht nach ist § 1174 Abs 2 ABGB teleologisch zu reduzieren: Erziele ein Spielteilnehmer, dem zum Zweck der Teilnahme am Glücksspiel

⁴⁷¹ Vgl OGH 26.06.1986, 7 Ob 574/86.

⁴⁷² Vgl OGH 26.7.1990, 8 Ob 680/89.

⁴⁷³ § 877 ABGB: „Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheile erhalten hat“.

⁴⁷⁴ § 1431 ABGB: „Wenn jemanden aus einem Irrtum, wäre es auch ein Rechtsirrtum, eine Sache oder eine Handlung geleistet worden, wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat; so kann in der Regel im ersten Falle die Sache zurückgefordert, im zweiten aber ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn verlangt werden.“

⁴⁷⁵ Vgl OGH 26.7.1990, 8 Ob 680/89; zum Inhalt des § 1432 ABGB: „Doch können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, eben so wenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist“.

⁴⁷⁶ Vgl OGH 26.7.1990, 8 Ob 680/89.

⁴⁷⁷ § 1272 ABGB: „Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele. Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten; wie Personen, die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze“.

⁴⁷⁸ § 1271 ABGB: „Redliche und sonst erlaubte Wetten sind in so weit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet, oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden“.

⁴⁷⁹ Vgl *Honsell*, Glosse zu OGH vom 26.7.1990, 8 Ob 680/89, JBl 1991, 524.

ein Darlehen gewährt wurde, einen Gewinn, sei er nicht mehr schutzwürdig und habe dem Darlehensgeber die Summe rückzuerstatten⁴⁸⁰. Diesen Ansichten schließt sich der OGH nicht an⁴⁸¹. Der Gerichtshof hat sogar entschieden, dass § 1174 Abs 2 ABGB auch durch ein Anerkenntnis des Darlehensnehmers nicht umgangen werden kann. Wenn eine Schuld aus einem verbotenen Spiel anerkannt wird, beseitigt das Anerkenntnis nur die verzichtbaren Einwendungen. Unverzichtbare können auf diesem Weg nicht beseitigt werden⁴⁸².

Für *Honsell* erscheint es sachgerecht, „wenn man das Freiwerden des Darlehensschuldners nach § 1174 Abs 2 ABGB mit der Verpflichtung zur Abtretung des Rückforderungsanspruchs gegen den Gewinner an den Darlehensgeber“ verknüpfe. Er schlägt die Figur des *stellvertretenden commodums* vor, „das auf eine analoge Anwendung von § 1447 S 2 ABGB oder auf § 7 ABGB gestützt“⁴⁸³ werde. Es sei sinnvoll die Ansprüche, die sich aus der Nichtigkeit des Spiels für den Spielteilnehmer ergeben, dem Darlehensgeber zuzubilligen. Dabei würde der Schutzzweck des § 1174 Abs 2 ABGB erreicht⁴⁸⁴. Dieser Sichtweise ist mE beizupflichten, da der Spieler bzw Darlehensnehmer, wie oben gezeigt, im Ausmaß des Darlehens bereichert wird, sofern er im Fall des Verlustes seinen Einsatz zurückfordert. Der Darlehensnehmer wird mangels Anspruch auf Rückzahlung außerordentlich hart „bestraft“. Diese Lösungsmöglichkeit wurde soweit ersichtlich in der Judikatur bisher nicht thematisiert; eine zustimmende (aber auch eine ablehnende) Judikatur existiert somit nicht.

Da nach § 1272 ABGB jedes Spiel eine Art von Wette ist, gilt § 1174 Abs 2 ABGB für alle Wetten, bei denen das Ergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (vgl § 1 GSpG) und die nicht von einem Konzessionär nach dem GSpG oder einem Bewilligungsinhaber nach den Sportwettengesetzen angeboten werden.

Zu beachten ist aber auch bei der Beurteilung der Rückforderbarkeit von Darlehen, die zum Zweck der Teilnahme an verbotenen Glücksspielen gegeben wurden, die Unionsrechtswidrigkeit einiger Bestimmungen im Bereich des Glücksspiels. Auf all jene Glücksspiele, die nach unionsrechtswidrigen Bestimmungen verboten sind, kann § 1174 Abs 2 ABGB nicht angewandt werden.

⁴⁸⁰ Vgl *Binder*, Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht, ÖJZ 1998, 175 maN.

⁴⁸¹ OGH 26.7.1990, 8 Ob 680/89.

⁴⁸² Vgl OGH 09.10.1962, 8 Ob 300/62.

⁴⁸³ *Honsell*, Glosse zu OGH vom 26. 7. 1990, 8 Ob 680/89, JBl 1991, 524.

⁴⁸⁴ Vgl *Honsell*, Glosse zu OGH vom 26. 7. 1990, 8 Ob 680/89, JBl 1991, 524.

Da – wie in „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ gezeigt wurde – gewisse Bestimmungen des GSpG unionsrechtswidrig sind, haben die Bestimmungen, nach denen bestimmte Spiele verboten sind (§ 168 Abs 1 StGB und § 52 Abs 1 Z 1 GSpG), unangewandt zu bleiben (vgl das Kapitel „Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit“). Da § 1174 Abs 2 ABGB auf diese Bestimmungen (die unangewandt zu bleiben haben) abstellt, verliert mit der Unanwendbarkeit von § 168 Abs 1 StGB und § 52 Abs 1 Z 1 GSpG auch § 1174 Abs 2 ABGB seinen Anwendungsbereich und hat, sofern Unionsrechtswidrigkeit vorliegt, unangewandt zu bleiben. Dies gilt jedoch nur gegenüber Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten der EU und nicht gegenüber österreichischen Anbietern und Anbietern aus Drittstaaten.

Wie in „Darlehen zum verbotenen Glücksspiel“ gezeigt wird, basiert § 1174 Abs 2 ABGB, nach dem Darlehen, die zum Zweck der Teilnahme an einem verbotenen Spiel gegeben werden, nicht zurückgefordert werden können, auf § 168 Abs 1 StGB und § 52 Abs 1 Z 1 GSpG. Aufgrund ihrer Unionsrechtswidrigkeit ist § 1174 Abs 2 ABGB auf Darlehen, die zum Zweck der Teilnahme an Spielen gegeben werden, die nicht von Inländern und von Angehörigen aus Drittstaaten angeboten werden, unanwendbar. Die Verfassungswidrigkeit von § 168 Abs 1 StGB und § 52 Abs 1 Z 1 GSpG (vgl S 125f) macht § 1174 Abs 2 ABGB auch auf Darlehen, die zum Zweck der Teilnahme an Spielen gegeben werden, die von Inländern angeboten werden, unanwendbar. Festgehalten sei, dass dies mE rechtlich zutrifft. Die Unanwendbarkeit tritt jedoch erst ein, wenn der VfGH § 168 Abs 1 StGB und § 52 Abs 1 Z 1 GSpG aufhebt.

5. Laesio Enormis

Für den Bereich der Glücksspielverträge kommen die Rechtsfolgen der *laesio enormis* nach dem Wortlaut des § 1268 ABGB nicht zur Anwendung. Da die Einnahmen des Totalisators (vgl. das Kapitel „Sportwetten“) aber nach fixen Sätzen bestimmt werden, ist der mit dem einzelnen Spieler abgeschlossene Vertrag für den Totalisator kein Glücksspielvertrag⁴⁸⁵. Aus diesem Grund ist es für Wettteilnehmer möglich, den Vertrag mit einem Totalisator wegen *laesio enormis* anzufechten, wenn die „Gebühr“ mehr als das Zweifache des Werts beträgt, den die Leistung des Totalisators hat⁴⁸⁶.

Unter Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung kann bei Glücksspielverträgen bestimmt werden, wie wahrscheinlich Gewinn oder Verlust sind. Sie ermöglicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auch bei Glücksspielverträgen in gewisser Weise zu bestimmen⁴⁸⁷. Je nach Ausgestaltung des Glücksspielvertrages kann zwischen Leistung und Gegenleistung bzw. den Gewinnchancen ein großes Missverhältnis bestehen. Wie weiter unten gezeigt wird (vgl. Kapitel „Wucher“), können Glücksspielverträge, bei denen ein großes Missverhältnis besteht, gemäß § 879 ABGB – insbesondere wegen Wuchers – (relativ) nichtig sein. Daher ist nach manchen nicht einzusehen, dass eine *laesio enormis* nicht maßgeblich sein soll⁴⁸⁸. Der Gesetzgeber habe laut *Krejci* bei § 1268 ABGB weniger daran gedacht, Glücksspielverträge im Bereich der *laesio enormis* einem besonderen Regime zu unterstellen, als vielmehr die Grundsätze dieses Rechtsinstituts in Erinnerung zu rufen⁴⁸⁹. Diese Ansicht ist nachvollziehbar, da die Anfechtung eines Vertrages wegen *laesio enormis* nicht möglich ist, wenn der Betroffene über den wahren Wert der Leistung wusste und dies bei Glücksspielverträgen meist der Fall ist (vgl. § 935 ABGB). Der Spielteilnehmer weiß zumindest annähernd von den Gewinnchancen und möglichen Gewinnhöhen.

In OGH 18.5.1989, 7 Ob 581/89 hat der Gerichtshof eine von *Reischauer*⁴⁹⁰ vertretene Rechtsansicht – § 934 ABGB gelte bei Glücksspielverträgen, soweit es sich um das Verhältnis von Einsatz und Gewinnchancen handle – abgelehnt; diese Rechtsansicht finde im Gesetz keine Deckung. Einer von *Krejci*⁴⁹¹ vertretenen Ansicht, dass die Verkürzung

⁴⁸⁵ Vgl. *Wenusch*, Ist die *laesio enormis* auf Leibrentenverträge anwendbar?, AnwBl 2001, 133.

⁴⁸⁶ Vgl. *Wenusch*, Ist die *laesio enormis* auf Leibrentenverträge anwendbar?, AnwBl 2001, 133.

⁴⁸⁷ Vgl. OGH 14.11.1951, 1 Ob 772/51.

⁴⁸⁸ Vgl. zB *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Rn 1 zu § 934 mwN.

⁴⁸⁹ Vgl. *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, § 1274 Rn 88.

⁴⁹⁰ *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Rn 1 zu § 934 ABGB.

⁴⁹¹ *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, §§ 1267ff Rn 88.

über die Hälfte bei entgeltlichen Glücksspielverträgen maßgeblich sein solle, hat sich die Judikatur ebenfalls nicht angeschlossen⁴⁹². Dies mit der Begründung, dass im Gesetz nicht zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Glücksspielverträgen unterschieden wird⁴⁹³.

Bei Leibrentenverträgen wurde die Geltendmachung von *laesio enormis* jedoch bejaht, wenn schon beim Vertragsabschluss feststeht, dass der Leibrentenberechtigte unter Berücksichtigung der zu erwartenden Leistung bei der durchschnittlichen Lebenserwartung weniger als die Hälfte des Wertes seiner Leistung erhalten wird⁴⁹⁴. Fehlt das für Glücksgeschäfte typische Element – die Ungewissheit –, weil schon beim Vertragsabschluss gewiss ist, dass der Leibrentenberechtigte aus Sicht der Wissenschaft aufgrund der maximalen Lebenserwartung an Gegenleistungen weniger als die Hälfte des Wertes seiner eigenen Leistung erhalten wird, liegt kein Glücksvertrag vor⁴⁹⁵. In der darauf folgenden Entscheidung des OGH zu Leibrentenverträgen⁴⁹⁶ hat der erste Senat ausgesprochen, dass, wenn das aleatorische Element bei Leibrentenverträgen „gänzlich in den Hintergrund tritt, die Geltendmachung einer *laesio enormis* nicht der im § 1268 ABGB normierten Beschränkung unterliegt. Es wurde dabei offen gelassen, ob diesfalls ein Glücksspielvertrag zu verneinen ist oder ob bei richtiger Auslegung des Gesetzes der Ausschluss der *laesio enormis* nicht anzuwenden ist. Der Vertrag wurde für Anfechtbar gehalten⁴⁹⁷. Auch in weiterer Folge hat der OGH mehrmals die Anfechtung eines Leibrentenvertrages aufgrund einer Verkürzung über die Hälfte zugelassen⁴⁹⁸.

Aus der Judikatur geht somit eindeutig hervor, dass auch bei Leibrentenverträgen die Anwendung der Bestimmungen zur *laesio enormis* unter gewissen Voraussetzungen möglich ist. Wenn Umstände auftreten, die mit denen bei Leibrentenverträgen – deren Anfechtung der OGH aufgrund *laesio enormis* zugelassen hat – vergleichbar sind, muss dies auch für Glücksspielverträge gelten. *Laesio enormis* könnte zB bei Glücksspielen vorliegen, wenn eine Gewinnwahrscheinlichkeit wie bei Lotto 6 aus 45 und eine maximale Gewinnmöglichkeit vom zweifachen des Einsatzes gegeben ist. In diesem Fall ist sowohl denkbar, dass generell das Vorliegen eines Glücksvertrages verneint wird – weil die Chance des Spielteilnehmers einen der Gewinnwahrscheinlichkeit Rechnung tragenden Gewinn zu erzielen nicht existiert – oder dass das aleatorische Element so gering ist, dass bei richtiger Gesetzesauslegung der Ausschluss der *laesio enormis* nach

⁴⁹² OGH 18.05.1989, 7 Ob 581/89.

⁴⁹³ OGH 18.05.1989, 7 Ob 581/89.

⁴⁹⁴ Vgl OGH 17.4.1997, 8 Ob 2177/96x.

⁴⁹⁵ Vgl OGH 24.06.1993, 8 Ob 562/93.

⁴⁹⁶ OGH 30.05.1994, 1 Ob 515/94.

⁴⁹⁷ Vgl OGH 30.05.1994, 1 Ob 515/94.

⁴⁹⁸ Vgl OGH 04.07.1995, 5 Ob 521/95; OGH 17.04.1997, 8 Ob 2177/96x und OGH 28.03.2001, 9 Ob 134/00x.

§ 1268 ABGB nicht anzuwenden ist. Eine Anfechtung wegen einer *laesio enormis* hätte gegenüber dem Wuchertatbestand den Vorteil, dass sie auch möglich ist, wenn die für das Vorliegen von Wucher verlangten subjektiven Momente des Spielteilnehmers nicht vorhanden sind.

6. Wucher

Glücksspielverträge können wegen Wuchers (relativ) nichtig sein (vgl § 879 Abs 2 Z 4 ABGB)⁴⁹⁹, wenn neben einem auffallenden Missverhältnis der vertraglichen Leistungen subjektive Momente des Spielteilnehmers wie Leichtsinns, Unerfahrenheit oder eine Zwangslage ausgebeutet werden. Die Aufzählung der subjektiven Momente im Gesetz ist nicht taxativ; mangelnde Kenntnis des Wertes der eigenen Leistung und zu große Vertrauensseligkeit wurden vom OGH ebenfalls als solche subjektiven Momente anerkannt⁵⁰⁰. Nachstehend erfolgt eine Befassung mit den einzelnen Elementen des Wuchers im Zusammenhang mit Glücksspiel:

a. Missverhältnis

Bei der Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft wegen Wuchers anfechtbar ist, muss beurteilt werden, ob ein auffallendes Missverhältnis der Leistungen vorliegt. Dies ist das objektive Tatbestandsmerkmal des Wuchers. Auffallend ist das Missverhältnis, wenn der Wert der Leistung einer Vertragspartei den der Leistung der anderen Vertragspartei bedeutend übersteigt, und dies nicht durch besondere Umstände (zB die Gewagtheit des Geschäfts⁵⁰¹) gerechtfertigt ist. Unter auffallend ist zu verstehen, dass ein grobes, leicht erkennbares Missverhältnis vorliegt⁵⁰². Stellen die Vertragsparteien nicht auf ein bestimmtes Verhältnis ihrer Leistungen ab und nehmen sie ein Missverhältnis bewusst in Kauf, liegt kein Wucher vor⁵⁰³. Im Fall von Glücksspiel nehmen das Verhältnis vom Einsatz zum möglichen Gewinn und die Gewinnwahrscheinlichkeit bei der Bemessung dieses Verhältnisses eine wichtige Rolle ein. Auch wenn das aleatorische Moment Glücksgeschäften immanent ist, kann ein auffallendes Missverhältnis iSd

⁴⁹⁹ Vgl Zankl, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 90; OGH 27.05.1998, 3 Ob 2199/96w und RIS-Justiz RS0038488.

⁵⁰⁰ Vgl RIS-Justiz RS0016869.

⁵⁰¹ Vgl OGH 25.03.1993, 8 Ob 502/93.

⁵⁰² Vgl OGH 25.03.1993, 8 Ob 502/93.

⁵⁰³ Vgl OGH 12.06.1980, 7 Ob 605/80.

§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB vorliegen. Der OGH hat zB entschieden, dass sich bei Glücksgeschäften „ein Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen feststellen“ lässt, „wenn ein durchschnittlicher Wert der unbestimmten Leistung unter Heranziehung der Wahrscheinlichkeitsregeln festgestellt werden kann“⁵⁰⁴. Es kann das Verhältnis der gegenüberstehenden Chancen so auffällig unausgewogen sein und die Hoffnung auf einen noch ungewissen Vorteil einseitig zugunsten einer der Vertragsparteien gegeben sein, sodass Wucher vorliegt⁵⁰⁵. Er hat auch entschieden, dass Glücksverträge wegen Unsittlichkeit oder Wucher nach § 879 ABGB anfechtbar sind, wenn zwar ein durchschnittlicher Wert der unbestimmten Leistung unter Heranziehung der Wahrscheinlichkeitsregeln festgestellt werden kann, aber die an sich unbestimmte Leistung um einen unverhältnismäßigen Preis wucherisch oder unter Umständen, die den Voraussetzungen des Wuchers nahekomen, erworben wird⁵⁰⁶. Hier möchte ich auf das bereits zur *laesio enormis* angeführte Beispiel eines Glücksspiels mit einer Gewinnwahrscheinlichkeit wie bei Lotto 6 aus 45 (die Wahrscheinlichkeit eines „6ers“ ist 1:8.145.060)⁵⁰⁷ und einer maximalen Gewinnmöglichkeit vom zweifachen des Einsatzes hinweisen. Sofern ein solches oder ein vom Verhältnis der Gewinnwahrscheinlichkeit zum Einsatz und zum möglichen Gewinn vergleichbares Glücksspiel veranstaltet wird, liegt mE ein auffallendes Missverhältnis der Leistungen vor.

b. Ausbeuten des Bewucherten

Für die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Wuchers wird das Ausbeuten des Bewucherten vorausgesetzt. Dies stellt ein subjektives Tatbestandsmerkmal auf Seiten des Begünstigten dar. Die Ausbeutung muss nicht vorsätzlich erfolgen. Es genügt, wenn dem Wucherer das auffallende Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bekannt sein hätte müssen. Ist der Wucherer in schuldhafter Unkenntnis der Willensbildungsstörung des Bewucherten, kann ebenfalls Wucher vorliegen⁵⁰⁸. Auch eine Schädigungsabsicht des Wucherers ist nicht erforderlich. Das Bewusstsein des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung ist ausreichend⁵⁰⁹. Demgemäß wird in

⁵⁰⁴ Vgl OGH 14.11.1951, 1 Ob 772/51.

⁵⁰⁵ Vgl OGH 14.12.1984, 6 Ob 717/83 (Erbverzicht gegen Abfindung ist ein Vertrag mit aleatorischem Moment) maN.

⁵⁰⁶ SZ 24/306 (OGH 14.11.1951, 1 Ob 772/51).

⁵⁰⁷ *derstandard.at*, Das Hoffen auf den Lotto-Siebener, <http://derstandard.at/2658734>; *Wenusch*, Ist die *laesio enormis* auf Leibrentenverträge anwendbar?, AnwBl 2001, 133 (FN 6), mit dem Verweis auf *Hafner*, Wahrscheinlichkeitsrechnung und Statistik, 168: „Der Erwartungswert einer Lotterie ist die Summe der mit ihrer jeweiligen Wahrscheinlichkeit multiplizierten Gewinne; Beispiel: Bewertet man beim Münzenwurf „Zahl“ mit 1 und „Kopf“ mit 0, so ist der Erwartungswert 0,5 (1 x 50 Prozent + 0 x 50 Prozent = 0,5)“.

⁵⁰⁸ Vgl *Joeinig*, Zentralprobleme des Wuchers in Tatbestand und Rechtsfolgen, ÖJZ 2003/1 mwN.

⁵⁰⁹ Vgl OGH 03.11.1970, 8 Ob 253/70.

den meisten Fällen, in denen bei Glücksspielverträgen ein auffallendes Missverhältnis der Leistungen bejaht wird, auch ein Ausbeuten des Bewucherten durch den Anbieter vorliegen. Denn es ist zu erwarten, dass ihm aufgrund der Gestaltung des Glücksspiels das Missverhältnis der Leistungen bewusst ist – er muss ja, um nicht selbst große wirtschaftliche Verluste zu erleiden, die Gewinnwahrscheinlichkeiten analysieren und die Gewinnmöglichkeiten planen.

c. Subjektive Momente des Bewucherten

Nachstehend wird exemplarisch auf die subjektiven Momente eingegangen, die für eine Anfechtung aufgrund Wuchers vorliegen müssen, und aus meiner Sicht im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel relevant sind:

aa. Leichtsinn

Leichtsinn ist die Unbekümmertheit hinsichtlich der Folgen und der Tragweite der eigenen Handlungen⁵¹⁰. Zwischen Unerfahrenheit, Leichtsinn, Vertrauensseligkeit und Bestandsschwäche können keine festen Grenzen gezogen werden⁵¹¹. Der Leichtsinnige ist sorglos und kümmert sich um künftige Bedrängnis nicht. Auch intelligente und erfahrene Menschen können leichtsinnig handeln, wenn sie nachteilige Folgen nicht bedenken wollen⁵¹². Gerade im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen ist vorstellbar, dass eine Teilnahme leichtsinnig erfolgt und somit das subjektive Tatbestandselement erfüllt wird. Der Spielteilnehmer hat weder reelles Geld noch reelle Spielchips vor sich liegen und trifft unter Umständen unbekümmert die Entscheidung, an einem Spiel teilzunehmen.

bb. Verstandesschwäche

Im Hinblick auf die Verstandesschwäche ist zwischen jener im Sinne des Wuchers und der völligen Geschäftsunfähigkeit zu unterscheiden. Unter Verstandesschwäche beim

⁵¹⁰ Vgl OGH 22.12.1981, 5 Ob 741/81.

⁵¹¹ Vgl OGH 27.07.1978, 1 Ob 634/78.

⁵¹² Vgl *Joeinig*, Zentralprobleme des Wuchers in Tatbestand und Rechtsfolgen, ÖJZ 2003/1.

Wucher „ist ein geringerer Grad von Geistesschwäche zu verstehen“⁵¹³ als bei völliger Geschäftsunfähigkeit. So wie es denkbar ist – und bei der Teilnahme von Spielsüchtigen häufig vorkommt –, dass Geschäftsunfähige an Glücksspielen teilnehmen, ist es auch denkbar, dass Personen mit Verstandesschwäche – die für eine Geschäftsunfähigkeit noch nicht intensiv genug ist – an (Online-)Glücksspielen teilnehmen. Treffen auch die übrigen Voraussetzungen für die Anfechtung wegen Wuchers zu, kann eine solche vorgenommen werden.

7. Rücktritt im Fernabsatz

Um den Besonderheiten von Verträgen, die im Fernabsatz geschlossen wurden, gerecht zu werden, wurde die Fernabsatzrichtlinie⁵¹⁴ erlassen, die in Österreich mit dem Fernabsatzgesetz⁵¹⁵ umgesetzt wurde. Großteils hat man das Fernabsatzgesetz mit den §§ 5a bis 5j, 28a, 31a und 32 Z 7 KSchG ins Konsumentenschutzgesetz⁵¹⁶ eingegliedert. Nachstehend wird auf die Folgen des Fernabsatzgesetzes für das Glücksspiel eingegangen:

In § 5a Abs 1 KSchG ist festgelegt, dass die Bestimmungen hinsichtlich des Fernabsatzes für Verträge gelten, „die unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, sofern sich der Unternehmer eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems bedient“. Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, mit denen Verträge ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien abgeschlossen werden können. Vertragsabschlüsse via Internet fallen daher unter den Begriff Fernkommunikationsmittel (vgl § 5a Abs 2 KSchG). In § 5b KSchG werden jene Bereiche genannt, die vom Fernabsatzgesetz ausgenommen sind. Glücksspiel wird dort nicht genannt. Das Fernabsatzgesetz gilt somit vorbehaltlich anderer Ausnahmen für Glücksspiel.

⁵¹³ OGH 17.10.1978, 3 Ob 592/77.

⁵¹⁴ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl Nr. L 144, S 19.

⁵¹⁵ Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über den Vertragsabschluss im Fernabsatz in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 sowie das Produkthaftungsgesetz geändert werden BGBl I 185/1999.

⁵¹⁶ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG), BGBl Nr 140/1979 BGBl I Nr 77/2011.

Wesentlich sind die Informationspflichten gem dem Fernabsatzgesetz. Verbraucher müssen rechtzeitig vor der Abgabe ihrer Vertragserklärung – bezogen auf Online-Glücksspielverträge – über Informationen hinsichtlich

- 1) des Namens bzw der Firma und einer ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers,
- 2) der wesentlichen Eigenschaften der Dienstleistung,
- 3) des Preises der Dienstleistung (inkl Steuern),
- 4) der Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und Erfüllung,
- 5) der Gültigkeitsdauer des Angebots oder Preises und
- 6) einer allfälligen Mindestlaufzeit des Vertrages, wenn dauernde oder wiederkehrende Leistung vorgesehen sind

verfügen (vgl § 5c Abs 1 Z 1, 2, 3, 5, 8, und 9 KSchG). Diese Informationen müssen klar und verständlich in einer Art und Weise, die dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepasst ist, erteilt werden. Die Informationspflichten gelten jedoch nicht bei Freizeit-Dienstleistungen. Darunter fallen Verträge über Dienstleistungen im Bereich der „Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsabschluß verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen“ (§ 5c Abs 4 Z 2 KSchG). Den Materialien zufolge fallen Verträge, bei denen der Unternehmer bereits abgeschlossene Verträge bei der weiteren Gestion und Kalkulation berücksichtigen muss, unter diese Ausnahme (gemeint sind zB Hotelreservierungen: aufgrund der Begrenztheit der Zimmer muss der abgeschlossene Vertrag bei der weiteren Gestion und Kalkulation berücksichtigt werden)⁵¹⁷. Bei Glücksspielverträgen ist dies nicht der Fall; sie sind von dieser Ausnahme somit nicht umfasst⁵¹⁸. Weitere Informationspflichten sind in § 5d Abs 1 und 2 KSchG⁵¹⁹ festgelegt.

⁵¹⁷ Vgl 1998 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP Nachdruck vom 13.7.1999 Regierungsvorlage Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über den Vertragsabschluß im Fernabsatz in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 sowie das Produkthaftungsgesetz geändert werden (Fernabsatz-Gesetz), 24.

⁵¹⁸ Vgl auch *Hammerl*, Rechtsfragen des Angebots von Onlinespielen in der mobilen Telefonie, <http://www.rechtsprobleme.at/doks/onlinespiele-hammerl.pdf>.

⁵¹⁹ § 5d KSchG: “(1) Der Verbraucher muß rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrags, bei nicht zur Lieferung an Dritte bestimmten Waren spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung, eine schriftliche Bestätigung der in § 5c Abs.1 Z 1 bis 6 genannten Informationen erhalten, soweit ihm diese nicht bereits vor Vertragsabschluß schriftlich erteilt wurden. Der schriftlichen Bestätigung (Informationserteilung) steht eine solche auf einem für den Verbraucher verfügbaren dauerhaften Datenträger gleich.

(2) Dem Verbraucher sind zudem rechtzeitig folgende Angaben schriftlich oder auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger zu übermitteln:

1. Informationen über die Bedingungen und die Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e, einschließlich der in § 5f Z 1 genannten Fälle,
2. die geographische Anschrift der Niederlassung des Unternehmers, bei der der Verbraucher allfällige Beanstandungen vorbringen kann,
3. Informationen über den Kundendienst und die geltenden Garantiebedingungen sowie

Gemäß § 5e KSchG existiert ein Rücktrittsrecht von Verbraucherverträgen, die im Fernabsatz geschlossen wurden. Dieses Rücktrittsrecht steht dem Verbraucher bei Wett- und Lotteriedienstleistungen nicht zu (vgl § 5f Z 6 KSchG). Online-Wettverträge sind also vom Rücktrittsrecht explizit ausgenommen. Auch bei „Dienstleistungen, mit deren Ausführung dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ... ab Vertragsabschluß begonnen wird“ steht dem Verbraucher das Rücktrittsrecht nicht zu (vgl § 5f Z 1 KSchG). Bei allen Glücksspielverträgen, die unter diese Ausnahme fallen – wohl der Großteil, da die Ausführung meist unmittelbar nach Vertragsabschluss erfolgt – ist daher der Rücktritt ebenfalls nicht möglich. Für den Fall, dass das Glücksspiel jedoch erst nach sieben Werktagen durchgeführt werden soll, ist der Rücktritt innerhalb der Rücktrittsfrist von sieben Werktagen möglich. In Frage kommt in diesem Zusammenhang zB die Online-Teilnahme an einer Lotterie, bei der erst in 14 Tagen nach Vertragsabschluss die Ziehung erfolgt.

Aus der Fernabsatzrichtlinie und dem Fernabsatzgesetz ergeben sich also gewisse Informationspflichten für Online-Glücksspielanbieter. Das für den Schutz der Verbraucher besonders wichtige Rücktrittsrecht kommt im Bereich des Glücksspiels grundsätzlich nicht bzw nur in Ausnahmefällen zur Anwendung. Die Anwendung eines Rücktrittsrechtes wäre aufgrund der Natur des Glücksspiels auch nicht zweckmäßig, weil mit der Durchführung des Glücksspiels meist unmittelbar nach Vertragsabschluss begonnen wird und danach eine sinnvolle Rückabwicklung nicht mehr möglich wäre.

4. bei unbestimmter oder mehr als einjähriger Vertragsdauer die Kündigungsbedingungen.
 (3) Die Abs. 1 und 2 sind auf Verträge über Hauslieferungen (§ 5c Abs. 4 Z 1) und Freizeit-Dienstleistungen (§ 5c Abs. 4 Z 2) nicht anzuwenden. Sie sind weiters nicht auf Dienstleistungen anzuwenden, die unmittelbar durch den Einsatz eines Fernkommunikationsmittels erbracht werden, sofern sie auf einmal erbracht und über den Betreiber des Kommunikationsmittels abgerechnet werden; der Verbraucher muß jedoch die Möglichkeit haben, die geographische Anschrift der Niederlassung des Unternehmers zu erfahren, bei der er seine Beanstandungen vorbringen kann“.

D.Weitere Ansprüche im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel

Wenn Spielteilnehmer an Glücksspielangeboten von Online-Anbietern teilnehmen, sind beispielsweise Bereicherungsansprüche – wie oben dargelegt, wenn der Glücksspielvertrag mangels Erlaubtheit nichtig ist (siehe „Nichtigkeit von Glücksspielverträgen“) – und Schadenersatzansprüche, wenn der Anbieter vertragliche oder gesetzliche Pflichten verletzt, möglich. Nachstehend sollen ausgewählte Ansprüche im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel – insbesondere jene, die gerade im Online-Bereich von Interesse sind – untersucht werden:

1. Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG

Obwohl sich § 25 GSpG⁵²⁰ nicht auf Online-Glücksspiel bezieht soll diese Bestimmung dennoch untersucht werden, weil sie für die Beurteilung der unionsrechtlichen Zulässigkeit des GSpG von Relevanz ist (vgl das Kapitel „Unionsrechtswidrigkeit aufgrund fehlender Kohärenz“). In § 25 GSpG sind gewisse Pflichten der Spielbank vorgesehen. Beispielsweise besagt Abs 1, dass ausschließlich volljährigen Personen der Besuch der Spielbank gestattet ist. Mit § 25 Abs 3 GSpG wurden – bereits auf Seite 19f dargelegte – Pflichten zum Einholen von Auskünften geschaffen⁵²¹. Werden diese Pflichten verletzt und beeinträchtigt dadurch ein Spielteilnehmer⁵²² sein konkretes Existenzminimum, wird die Spielbank haftbar. Die Höhe der Haftung ist “mit der Differenz zwischen dem nach Verlusten das Existenzminimum unterschreitenden Nettoeinkommen des Spielers unter Berücksichtigung seines liquidierbaren Vermögens einerseits und dem Existenzminimum andererseits abschließend beschränkt” (§ 25 Abs 3 GSpG). Höchstens das Existenzminimum ist somit zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht besteht somit erst bei

⁵²⁰ Vgl BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 126/2008; inkraftgetreten am 1.1.2009.

⁵²¹ Wenn bei Staatsbürgern eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR die begründete Annahme entsteht, dass die Häufigkeit und Intensität der Teilnahme am Casinospiele während dieses Zeitraumes das Existenzminimum des jeweiligen Spielers gefährdet sind gewisse Vorgehensweisen zu beachten. Bonitätsauskünfte müssen bei einer unabhängigen Einrichtung eingeholt werden. Besteht die begründete Annahme, dass eine fortgesetzte unveränderte Teilnahme das konkrete Existenzminimum des jeweiligen Spielers gefährdet, sind Spielbanken verpflichtet weitere Maßnahmen zu treffen (vgl § 25 Abs 3 GSpG).

⁵²² Durch die deshalb unveränderte Glücksspielteilnahme.

Unterschreiten des Existenzminimums und stellt höchstens das konkrete Existenzminimum dar. Die Haftung ist jedoch nicht bloß der Höhe nach, sondern auch auf weitere Weise beschränkt. Sie „ist innerhalb von drei Jahren nach dem jeweiligen Verlust gerichtlich geltend zu machen“. Eine Haftung besteht nicht, wenn bei der „Befragung nicht offensichtlich unrichtige oder unvollständige Angaben“ gemacht wurden oder der Spielbank nur leichte Fahrlässigkeit vorwerfbar ist. Durch § 25 Abs 3 GSpG sind „abschließend alle Ansprüche des Spielteilnehmers gegen die Spielbankleitung im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel“ (§ 25 Abs 3 GSpG letzter Satz) geregelt. „Mit dieser Vorschrift ist ein Spieler, der unter Nachweis seiner Identität in der Spielbank Zutritt findet, somit dagegen geschützt, dass seine wirtschaftlichen und damit auch sozialen und familiären Grundlagen nicht [sic⁵²³] zerstört werden.“⁵²⁴ Es ist jedoch die Frage zu stellen, ob dieser Schutz ausreichend ist und vor allem wer von diesem Schutz tatsächlich betroffen ist. Da zwar § 25 Abs 3 GSpG das Glücksspiel im Internet nicht direkt betrifft, aber zivilrechtlich interessant und unionsrechtlich – und damit für diese Arbeit – äußert relevant ist (siehe das Kapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“), wird nachstehend näher auf diese Bestimmung eingegangen:

a. Die Historie des § 25 Abs 3 GSpG

Als § 25 GSpG in seiner Urfassung⁵²⁵ erlassen wurde, war von einer abschließenden Regelung, einer Sechsmonatsfrist oder leichter Fahrlässigkeit nicht die Rede. Im Jahr 2003 wurde § 25 Abs 3 GSpG geändert⁵²⁶. Es wurde die Pflicht zum Einholen von Bonitätsauskünften eingeführt. Im Fall der Unmöglichkeit des Einholens der Auskünfte oder der Ergebnislosigkeit dieser wurde eine Befragung vorgesehen. Außerdem wurde bei entsprechenden Erkenntnissen die Untersagung – wenn auch nur auf bestimmte Dauer – des Besuchs der Spielbank und die Beschränkung der Anzahl der Besuche vorgesehen. Auf eine allfällige Haftung der Spielbanken wurde insofern eingegangen, als diese entfällt, wenn der Spielteilnehmer „unrichtige oder unvollständige Angaben“ bei der Befragung macht.

⁵²³ Gemeint ist wohl eher: „Mit dieser Vorschrift ist ein Spieler, der unter Nachweis seiner Identität in der Spielbank Zutritt findet, somit dagegen geschützt, dass seine wirtschaftlichen und damit auch sozialen und familiären Grundlagen zerstört werden“.

⁵²⁴ OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w.

⁵²⁵ Vgl BGBl Nr 620/1989: § 25 Abs 3 GSpG: „Ergeben sich begründete Anhaltspunkte dafür, daß einem Inländer seine Vermögens- oder Einkommensverhältnisse die Teilnahme am Spiel nicht oder nur in einem beschränkten Ausmaß gestatten, so hat die Spielbankleitung diesem den Besuch der Spielbank dauernd oder auf eine bestimmte Zeit zu untersagen oder die Anzahl der Besuche einzuschränken“.

⁵²⁶ Vgl BGBl I Nr 71/2003.

2005⁵²⁷ wurde die Beschränkung der Haftung mit dem Existenzminimum eingeführt. Ergab sich eine Gefährdung des Existenzminimums, war der „Spielteilnehmer schriftlich auf diese Gefahr hinzuweisen“. Bei einer unverändert häufigen und intensiven Spielteilnahme war dem Spielteilnehmer der „Besuch der Spielbank dauernd oder auf eine bestimmte Zeit zu untersagen oder die Anzahl der Besuche einzuschränken“. Nahmen die Spielbanken ihre Pflichten nicht wahr und erfolgte dadurch eine unveränderte Casinospielteilnahme durch den Spielteilnehmer und beeinträchtigte er dadurch sein konkretes Existenzminimum, kam es zur Haftung der Spielbanken. Die Höhe der Haftung war ähnlich beschränkt, wie sie es aktuell ist⁵²⁸. Die Höhe war mit dem konkreten Existenzminimum beschränkt und war „innerhalb von 6 Monaten nach dem jeweiligen Verlust gerichtlich geltend zu machen“. Im Fall unrichtiger oder unvollständiger Angaben des Spielteilnehmers oder leichter Fahrlässigkeit der Spielbankleitung entfiel die Haftung. Auch die abschließende Regelung aller Ansprüche der Spielteilnehmer „gegen die Spielbankleitung in Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel“ wurde damals festgelegt.

Nachdem § 25 Abs 3 GSpG vom VfGH⁵²⁹ wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben wurde, hat ihn der Gesetzgeber erneut – im Grunde wortgleich, doch wurde die Zahl 6 anstatt als Ziffer als Wort ausgedrückt (!)⁵³⁰ – erlassen⁵³¹.

Die Pflichten der Spielbanken galten damals nicht mehr nur gegenüber Inländern. Die Sechsmonatsfrist, der Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit oder unrichtigen bzw unvollständigen Angaben des Spielteilnehmers und der Umstand, dass es sich bei dieser Norm um eine Regelung handelte, die „abschließend alle Ansprüche des Spielteilnehmers gegen die Spielbankleitung im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel“ behandelte, wurden nicht geändert. Später wurde die Sechsmonatsfrist auf eine Dreijahresfrist verlängert⁵³².

⁵²⁷ Vgl BGBl I Nr 105/2005.

⁵²⁸ Das liquidierbare Vermögen des Spielteilnehmers war zu berücksichtigen.

⁵²⁹ VfGH 25.09.2008, G 162/07; näheres zu dieser Entscheidung in „Die Aufhebung durch den VfGH“.

⁵³⁰ „Die Haftung ist innerhalb von 6 Monaten nach dem jeweiligen Verlust gerichtlich geltend zu machen“ wurde zu „Die Haftung ist innerhalb von sechs Monaten nach dem jeweiligen Verlust gerichtlich geltend zu machen“.

⁵³¹ BGBl Nr I 126/2008.

⁵³² BGBl Nr I 54/2010.

b. Ein Vergleich zwischen § 25 Abs 3 GSpG und den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen

§ 25 Abs 3 GSpG ist eine gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht speziellere zivilrechtliche Vorschrift, die sich in einem eigentlich verwaltungsrechtlichen Gesetz befindet. Sie soll im Folgenden mit den allgemeinen Bestimmungen verglichen werden, um allfällige Unvereinbarkeiten mit dem Gleichheitsgrundsatz auszuarbeiten (diesbezüglich vgl „Zur Verfassungswidrigkeit weiterer Teile des § 25 Abs 3 Satz 7 GSpG“).

aa. Die Verjährung nach allgemeinem Zivilrecht und die Sechsmonatsfrist

Die ursprüngliche Sechsmonatsfrist gemäß § 25 Abs 3 GSpG war deutlich kürzer als die allgemeine Verjährungsfrist⁵³³ nach dem ABGB, wurde aber bereits auf drei Jahre verlängert. Die kurze allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren beginnt erst ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen, wobei die Frist nach dem GSpG bereits nach dem jeweiligen Verlust zu laufen beginnt. Auf die Kenntnis von Schaden und Schädiger kommt es somit nicht an. Im Fall von Verlusten aus Casinospielen sind aber für gewöhnlich sowohl der Schaden als auch der Schädiger grundsätzlich bekannt (ob

⁵³³ Verjährung stellt gemäß § 1451 ABGB den „Verlust eines Rechtes“, dass während einer gewissen Zeit nicht ausgeübt wurde, dar. Schadenersatzansprüche verjähren in drei Jahren nachdem der Geschädigte Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt hat oder erlangen hätte können. Ohne Kenntnis (und kennen können) von Schaden und Schädiger oder wenn der Schaden durch die Begehung einer oder mehreren strafbaren, nur vorsätzlich begehbaren, Handlungen entstanden ist, beträgt die Verjährungsfrist 30 Jahre, wenn die strafbaren Handlungen mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind (vgl § 1489 ABGB). Die Kenntnis des Geschädigten muss den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, um den Beginn der Verjährungsfrist auszulösen. Davon ist auch die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und des dem Schädiger anzulastenden Verhaltens gemeint. Bei einer Verschuldenshaftung werden jene Umstände umfasst, aus denen sich das Verschulden des Schädigers – hier konkret der Spielbank – ergibt. Im Zeitpunkt des jeweiligen Verlustes, hat ein Spielteilnehmer häufig nicht die hinreichende Kenntnis vom Ursachenzusammenhang und von Umständen, aus welchen sich das Verschulden der Spielbankleitung ergibt⁵³³. Gegen Mündel und Pflegebefohlene ist Verjährung nur unter gewissen Umständen möglich (vgl § 1454 ABGB). Nach § 1494 ABGB kann die Verjährungsfrist gegen Personen, die „aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte“ nicht selbst verwalten können oder „Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben“, nicht anfangen, solange kein gesetzlicher Vertreter für sie bestellt ist. Hat der Lauf der Verjährungsfrist bereits begonnen, läuft diese weiter, doch endet sie erst „zwei Jahre nach den gehobenen Hindernissen“ (§ 1494 ABGB).

Süchtige ihre Verluste wahrnehmen und darauf reagieren können, ist eine andere Sache⁵³⁴).

Weiters ist hervorzuheben, dass es sich bei der Dreijahresfrist nach dem GSpG nicht um eine Verjährungsfrist, sondern um eine Präklusivfrist handelt⁵³⁵. Eine Präklusion führt zum Erlöschen eines Rechts und ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Verjährung muss durch Einrede eingewandt werden. All dies zeigt, dass Geschädigte durch § 25 Abs 3 GSpG schlechter gestellt werden, als sie nach allgemeinem Zivilrecht stünden.

c. Spielsucht, bedenkliches Spielverhalten und Geschäftsunfähigkeit

Generell, aber vor allem wenn sich § 25 Abs 3 GSpG auch auf Süchtige bezieht, ist die Haftungsbefreiung der Spielbank für den Fall, dass der Spielteilnehmer „nicht offensichtlich unrichtige oder unvollständige Angaben“ macht, bedenklich. Gerade Süchtige erkennen ihr Problem nicht und sehen allfällige Zugangsbeschränkungen in die Spielbank nicht ein⁵³⁶. Schwer vorstellbar erscheint, dass ein Süchtiger seine schlechte finanzielle Lage darlegt. Die Angst, die Sucht nicht befriedigen zu können, treibt den Süchtigen zu unrichtigen und unvollständigen Angaben. Spielsucht wird häufig nicht erkannt oder aus Angst, diese nicht befriedigen zu können, wird gelogen. Dies stellt ein Charakteristikum einer Sucht dar. Da dieses Verhalten – die falschen Angaben – ein Teil des Suchtverhaltens ist, sollte es dem Süchtigen nicht zur Last gelegt werden⁵³⁷.

⁵³⁴ OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w: „Entgegen der Auffassung der beklagten Partei kann auch keine Rede davon sein, dass sie ohne weiteres von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben des Spielers ausgehen dürfe. Damit wären gerade jene besonders schutzbedürftigen Spieler, die infolge ihres Spielzwangs nicht nur ihre eigene Existenz und die ihrer Familie aufs Spiel setzen, sondern um so mehr vor unrichtigen Angaben gegenüber dem Spielbankbetreiber nicht zurückschrecken, jedes wirksamen Schutzes beraubt. Deshalb darf sich der Spielbankunternehmer gerade bei derart exzessiven Spielern wie dem Kläger nicht mit dessen bloßen (ungeprüften) Angaben über seine Einkommensverhältnisse begnügen, sondern hat ihn auch aufzufordern, diese in geeigneter Weise nachzuweisen“; *diepresse.com*, Spielsucht: Spielend in den Abgrund, http://diepresse.com/home/science/465438/Spielsucht_Spielend-in-den-Abgrund; zum Verhalten bei einer anderen Sucht; *heise.de*, Studie: "Webaholics" lügen und sind aggressive, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Studie-Webaholics-luegen-und-sind-aggressiv-18724.html>: „Eine neuerliche amerikanische Studie bekräftigt das Suchtpotential des Internet. "Webaholics" belügen demnach ihre Familie, um zu verbergen, wie viel Zeit sie vor dem Computer verbringen“.

⁵³⁵ Vgl. *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 12.

⁵³⁶ Vgl. FN 534.

⁵³⁷ OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w: „Entgegen der Auffassung der beklagten Partei kann auch keine Rede davon sein, dass sie ohne weiteres von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben des Spielers ausgehen dürfe. Damit wären gerade jene besonders schutzbedürftigen Spieler, die infolge ihres Spielzwangs nicht nur ihre eigene Existenz und die ihrer Familie aufs Spiel setzen, sondern um so mehr vor unrichtigen Angaben gegenüber dem Spielbankbetreiber nicht zurückschrecken, jedes wirksamen Schutzes beraubt. Deshalb darf sich der Spielbankunternehmer gerade bei derart exzessiven Spielern wie dem Kläger nicht mit dessen bloßen

Inwieweit die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zur Geschäftsunfähigkeit auf das Verhältnis zwischen Spielteilnehmer und Spielbank anwendbar sind, hängt davon ab, wie § 25 Abs 3 letzter Satz GSpG – „Dieser Absatz regelt abschließend alle Ansprüche des Spielteilnehmers gegen die Spielbankleitung im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel“ – zu verstehen ist. Hierauf wird in „Stellt § 25 Abs 3 GSpG einen Schutz für Spielteilnehmer dar?“ näher eingegangen.

d. Stellt § 25 Abs 3 GSpG einen Schutz für Spielteilnehmer dar?

Mit § 25 Abs 3 GSpG sind sämtliche „Ansprüche des Spielteilnehmers gegen die Spielbankleitung im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel“ geregelt. Nachstehend wird der Frage nachgegangen, inwieweit § 25 Abs 3 GSpG für Spielsüchtige, aber auch für Personen gilt, die ein vernünftiges Maß an Casinospiel nicht einhalten, jedoch nicht süchtig sind, da diese Vorschrift mE eher eine Maßnahme gegen den Spielerschutz darstellt, sofern sie auf solche Personen anwendbar ist. Das allgemeine Zivilrecht würde nämlich einen umfassenderen Schutz bieten (Anm: zB die Regeln zur Geschäftsunfähigkeit).

Zu den Materialien des § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl I Nr 105/2005 zählt ein Abänderungsantrag⁵³⁸, der bereits zu heftiger Diskussion in der Literatur geführt hat⁵³⁹. In diesem Abänderungsantrag wird auf die Abschließlichkeit des § 25 Abs 3 GSpG eingegangen. Die Haftung der Spielbankleitung sei eine *lex specialis*, „die in ihrem Anwendungsbereich sämtliche darüber hinausgehende Ansprüche des Spielteilnehmers gegenüber der Spielbankleitung aus der Verletzung von Warn- oder Sperrpflichten und/oder aus der Pathogenität des Spielers unabhängig von ihrem Rechtsgrund und ihrer

(ungeprüften) Angaben über seine Einkommensverhältnisse begnügen, sondern hat ihn auch aufzufordern, diese in geeigneter Weise nachzuweisen“; *diepresse.com*, Spielsucht: Spielend in den Abgrund, http://diepresse.com/home/science/465438/Spielsucht_Spielend-in-den-Abgrund; zum Verhalten bei einer anderen Sucht: *heise.de*, Studie: "Webaholics" lügen und sind aggressive, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Studie-Webaholics-luegen-und-sind-aggressiv-18724.html>: "Eine neuerliche amerikanische Studie bekräftigt das Suchtpotential des Internet. "Webaholics" belügen demnach ihre Familie, um zu verbergen, wie viel Zeit sie vor dem Computer verbringen".

⁵³⁸ Vgl Abänderungsantrag der Abgeordneten Dr. Stummvoll, Dipl.-Ing. Prinzhorn, Dr. Matznetter Kolleginnen und Kollegen zum Antrag 652/A der Abgeordneten Dr. Stummvoll, Dipl.-Ing. Prinzhorn, Dr. Matznetter Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Umsatzsteuergesetz 1994, das Glücksspielgesetz, das Gebührengesetz 1957 und das Finanzausgleichsgesetz 2005 (Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz – ABÄG) geändert werden (652/A), in der Fassung des Berichtes des Finanzausschusses (1043 der Beilagen); Stenographisches Protokoll zur 116. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, XXII. Gesetzgebungsperiode, 235ff.

⁵³⁹ *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73; *Wilhelm*, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, *ecolex* 2006, 877 und *Vonkilch*, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem "Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz" – Rien ne va plus?, ÖJZ 2006/30, 490.

gesetzlichen Grundlage (z.B. Geschäftsunfähigkeit, Bereicherungsrecht und Schadenersatzrecht)" ausschließe⁵⁴⁰.

Kritisch hat sich beispielsweise *Bydlinski*⁵⁴¹ mit dem Abänderungsantrag auseinandergesetzt. Er ging der Frage nach, was mit dem Ausdruck der "pathogenen" Spieler gemeint ist. "Pathogen" bedeute Krankheiten erregend und könne allenfalls auf Spiele, nicht jedoch auf Spielteilnehmer zutreffen. Wenn mit pathogen "krankheitsgefährdet" gemeint sei, werde „aber völlig ausgeblendet, dass“ es auch „bereits suchtkranke Spieler gibt“⁵⁴². Süchtige Spielteilnehmer seien vom Begriff "pathogene Spieler" im medizinischen Sinn nicht erfasst. Auch die Sechsmonatsfrist, die im Abänderungsantrag als „angebracht und angemessen“ bezeichnet wird⁵⁴³, hält *Bydlinski* als Anzeichen dafür, dass (partiell) Geschäftsunfähige nicht mitumfasst seien. Ob jedoch eine eingeschränkte Auslegung oder gar teleologische Reduktion möglich sei, um Spielsüchtige auszunehmen, oder ob die Lex-Lata-Grenze⁵⁴⁴ entgegenstehe, sei fraglich. Diese Grenze könne laut *Bydlinski* durchaus als nicht erreicht angesehen werden⁵⁴⁵. Er kommt zum Schluss, dass § 25 Abs 3 letzter Satz GSpG so auszulegen sei, dass Rückforderungsansprüche Geschäftsunfähiger nicht ausgeschlossen seien, da der Wortlaut mehrdeutig sei und Systematik und Telos für eine restriktive Auslegung sprechen würden⁵⁴⁶.

Nach *Wilhelm* seien vom letzten Satz des § 25 Abs 3 leg cit zwar Ansprüche aus Pflichtverletzungen, welche nachteilige Folgen gültiger Verträge hintanhaltend sollen, umfasst, nicht jedoch Ansprüche auf Rückerstattung von aufgrund mangelnder Geschäftsfähigkeit ohne Rechtsgrund – ohne gültigem Vertrag – Geleistetem. Diese Ansprüche stünden keinesfalls im Zusammenhang mit der "Gültigkeit des Spielvertrages", sondern mit der Ungültigkeit des Spiels. Ein "Verlust aus dem Spiel" setze einen gültigen Spielvertrag voraus⁵⁴⁷. Wie bereits angeführt, ist den Materialien zu entnehmen⁵⁴⁸, dass auch Ansprüche aus Geschäftsunfähigkeit spielsüchtiger Spielteilnehmer verhindert werden sollen, doch komme es laut *Wilhelm* nicht auf die

⁵⁴⁰ Stenographisches Protokoll zur 116. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, XXII. Gesetzgebungsperiode, 239.

⁵⁴¹ Vgl *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73.

⁵⁴² Vgl *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73 (700).

⁵⁴³ Die Sechsmonatsfrist wurde auf drei Jahre erhöht.

⁵⁴⁴ Die Lex-Lata-Grenze ist erreicht, wenn der Wortsinn, der Bedeutungszusammenhang und die klare Absicht des Gesetzgebers einer Auslegung entgegenstehen. Dann wird eine anders lautende teleologische Interpretation verhindert (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band I13, Wien (2006), 21ff). Wenn also der Wortlaut und die klare Absicht des Gesetzgebers in dieselbe Richtung deuten, darf von diesem Verständnis grundsätzlich nicht abgewichen werden (Vgl *Larenz/Canalis*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, München (1995), 164ff und *Bydlinski*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁴, Wien (2007), 23.2).

⁵⁴⁵ Vgl *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73 (700).

⁵⁴⁶ Vgl *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 700f.

⁵⁴⁷ *Wilhelm*, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877.

⁵⁴⁸ Vgl Fn 540.

Materialien an, da „die Exklusivnorm ihren Anwendungsbereich sprachlich-objektiv nicht in dem Umfang definiert hat, wie er zur Verdrängung der diese Beschränkung verfügenden Normen erforderlich ist“⁵⁴⁹. Da durch diese Auslegung ein schwerer Systembruch mit dem Schutz geistig Behinderter nach dem allgemeinem Zivilrecht vermieden werde, sei hier der Vorrang des Wortlauts besonders gerechtfertigt⁵⁵⁰. *Wilhelm* führt zwar richtig aus, dass der Wortlaut den äußeren Umfang der Auslegung darstellt und diese maßgeblich bestimmt, doch stehen die Gültigkeit und Ungültigkeit eines Vertrages sehr wohl in einem (engen) Zusammenhang, da das eine das andere ausschließt. *Wilhelms* Argumentation ist daher mE nicht zu folgen.

Dem Abänderungsantrag ist zu entnehmen, wie folgt: *„Die Spielbankleitung muss auf Grund der vorliegenden Informationen eine konkrete Vorstellung haben, ob ein Spieler pathogen (seine Existenz gefährdend) spielt.“*⁵⁵¹ Daraus geht hervor, dass der Begriff pathogen nicht in seinem medizinisch korrekten Sinn – Krankheit erregend – verwendet wurde⁵⁵². Vielmehr ist mit einem pathogenen Spieler ein seine (finanzielle) Existenz gefährdender Spielteilnehmer zu verstehen. Dies deutet stark darauf hin, dass der Gesetzgeber mit § 25 Abs 3 letzter Satz GSpG auch Geschäftsunfähige – gleich aus welchem Grund – umfasst wissen wollte.

Nach einer Entscheidung des OGH dient § 25 Abs 3 GSpG „vor allem dem Schutz zwanghafter Spieler, deren Geschäftsfähigkeit noch nicht aufgehoben ist. Der Geschäftsunfähige kann sich auf die Nichtigkeit der Einzelverträge berufen, die zur Vermögensverschiebung geführt haben“⁵⁵³. Diese Entscheidung hat § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl. I 71/2003 betroffen. In der damaligen Fassung war kein mit dem jetzigen letzten Satz vergleichbarer Part enthalten. Da die Gesetzesänderung in BGBl. I Nr. 105/2005 eine Reaktion auf die damalige Rechtsprechung war⁵⁵⁴, spricht auch dies dafür, dass Geschäftsunfähige erfasst sein sollen.

Aus all diesen Umständen ergibt sich, dass mit § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl Nr I 73/2010 wirklich abschließend alle „Ansprüche des Spielteilnehmers gegen die Spielbankleitung im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel“ geregelt sind; also auch die geschäftsunfähiger Spielteilnehmer. Mit

⁵⁴⁹ *Wilhelm*, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877.

⁵⁵⁰ Vgl *Wilhelm*, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877.

⁵⁵¹ Stenographisches Protokoll zur 116. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, XXII. Gesetzgebungsperiode, 238.

⁵⁵² Wie auch *Bydlinski* in Vgl. Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 700 angeführt hat.

⁵⁵³ OGH 15.12.2004, 6 Ob 244/04g.

⁵⁵⁴ Vgl *Wilhelm*, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877 und *Vonkilch*, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem "Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz" - Rien ne va plus?, ÖJZ 2006/3.

§ 25 Abs 3 GSpG sind daher mE eindeutig auch die Ansprüche geschäftsunfähiger Spielteilnehmer im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten gegenüber der Spielbank abschließend geregelt.

e. Die Aufhebung durch den VfGH

Das OLG Innsbruck war der Ansicht, dass mit der genannten Bestimmung idF BGBl I 2005/105 gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 7 B-VG⁵⁵⁵ verstoßen wurde. Dies weil die Frist zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen auf sechs Monate verkürzt wurde und der Beginn des Laufes der Frist von § 1489 ABGB abweicht. Außerdem wurde bemängelt, dass eine Präklusivfrist statt einer Verjährungsfrist (wie bei sonstigen Ersatzansprüchen) angeordnet wurde⁵⁵⁶. Daher hat das OLG Innsbruck per Bescheid vom 10.5.2007, 1 R 76/07x, den Antrag gestellt, dass der VfGH die Verfassungswidrigkeit des § 25 Abs 3 siebenter Satz GSpG (idF BGBl I 2005/105) ausspricht⁵⁵⁷. Der OGH ist in 2 Ob 90/08m⁵⁵⁸ den Bedenken des OLG beigetreten.

aa. Die Aufhebung der Sechsmonatsfrist

Mit der Entscheidung VfGH⁵⁵⁹ 25.09.2008, G 162/07, hat der Verfassungsgerichtshof § 25 Abs 3 7. Satz GSpG idF BGBl I Nr 105/2005 – die Sechsmonatsfrist – als verfassungswidrig aufgehoben. Konkret hat der VfGH die Bestimmung für gleichheitswidrig gehalten. Eine sachliche Rechtfertigung der Benachteiligung Spielsüchtiger gegenüber jenen Geschädigten, die in den „Genuss“ der allgemeinen Verjährungsfrist kommen, konnte nicht festgestellt werden.

⁵⁵⁵ Art 7 B-VG verbietet willkürliche, unsachliche Differenzierungen auf den Gebieten der Normsetzung. Dieser Grundsatz wird verletzt, wenn gleiches ungleich behandelt wird. Sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligungen wurden in Abweichungen der allgemeinen schadenersatzrechtlichen Verjährungsfristen (siehe § 1489 ABGB) gesehen.

⁵⁵⁶ Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 12.

⁵⁵⁷ Vgl OLG Innsbruck vom 10.5.2007, 1 R 76/07x, *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 12.

⁵⁵⁸ OGH 18.09.2008, 2 Ob 90/08m.

⁵⁵⁹ Das OLG Innsbruck und das LG Innsbruck begehrten in insgesamt drei, auf Art 89 Abs 2 iVm Art 140 Abs 1 B-VG gestützten Anträgen, den siebenten Satz des § 25 Abs 3 GSpG, BGBl. 620/1989 idF des Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetzes BGBl. I 105/2005, als verfassungswidrig aufzuheben.

bb. Begründung des VfGH

Mit der sechsmonatigen Frist gemäß § 25 Abs 3 GSpG wurde nach Ansicht des VfGH gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Dass auch andere Normen Fristen enthalten, die von § 1489 ABGB abweichen, bedeutet nicht, dass diese verfassungsmäßig sind und auch nicht, dass § 25 Abs 3 GSpG gültig ist. Da es mit den Aufzeichnungen der Spielbanken über die Besuche der Spieler kein Problem sein kann zu beweisen, dass ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten einer Spielbank nicht vorliegt, sind Spielbanken durch den Umstand, dass § 25 Abs 3 GSpG ein Schutzgesetz gemäß § 1311 ABGB darstellt und somit Beweislastumkehr eintritt, nicht benachteiligend. Auch dass die Verluste der Spieler häufig nach § 273 Abs 1 ZPO bestimmt werden, stellt keinen Nachteil der Spielbanken dar. Dies geschieht auch in anderen Schadenersatzprozessen. Eine allfällige besondere Häufigkeit der Anwendung dieser Norm rechtfertigt keine deutliche Verkürzung der allgemeinen Fristen.

Der Beginn des Laufes der Sechsmonatsfrist trägt zur Unsachlichkeit derselben bei. Die Geltendmachung des Ersatzanspruches wird übermäßig erschwert, falls sich die Schutzpflichtverletzung der Spielbank über einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten erstreckt, obwohl die Verluste unter Umständen schon vor dem Beginn dieses Zeitraumes existenzbedrohend waren. Ein Verlust wird dem Spielteilnehmer möglicherweise bereits bei der Realisierung als aktueller Schaden bewusst, dass dieser existenzbedrohend ist, wird ihm jedoch typischerweise erst später bewusst⁵⁶⁰. Gerade in Bezug auf pathologische Spielteilnehmer begründet § 25 Abs 1 GSpG eine Garantenstellung des Spielbankbetreibers.

Die Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit des Spielbankbetreibers setzt voraus, dass dieser eine gewisse Zeitlang untätig gewesen ist. Durch den speziellen Fristenbeginn und die Sechsmonatsfrist wird der Anspruch auf Schadenersatz erheblich beschränkt. Das Ziel einer raschen Klärung der Sach- und Rechtslage darf die Geltendmachung gerechtfertigter Schadenersatzansprüche nicht übermäßig erschweren. Im Fall von Spielbanken besteht kein Bedürfnis nach einer raschen Klärung der Sach- und

⁵⁶⁰ Vgl VfGH 25.09.2008, G162/07 aber auch OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w; diepresse.com, Spielsucht: Spielend in den Abgrund, http://diepresse.com/home/science/465438/Spielsucht_Spielend-in-den-Abgrund; zum Verhalten bei einer anderen Sucht; heise.de, Studie: "Webaholics" lügen und sind aggressive, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Studie-Webaholics-luegen-und-sind-aggressiv-18724.html>: "Eine neuerliche amerikanische Studie bekräftigt das Suchtpotential des Internet. "Webaholics" belügen demnach ihre Familie, um zu verbergen, wie viel Zeit sie vor dem Computer verbringen".

Rechtslage, da unabhängig von geltend gemachten Haftungsansprüchen Aufzeichnungspflichten und eine fünfjährige Aufbewahrungspflicht vorgesehen sind. Daher liegt auch im Fall der Geltung des § 1489 ABGB keine Beweisschwierigkeit vor.

Aus diesen Gründen entschied der VfGH, dass § 25 Abs 3 Satz 7 GSpG idF BGBl. I Nr. 105/2005 verfassungswidrig war.

f. Zur Verfassungswidrigkeit weiterer Teile des § 25 Abs 3 Satz 7 GSpG

Zwar wurde – nachdem zuerst § 25 Abs 3 letzter Satz GSpG nach der Aufhebung durch den VfGH erneut wortgleich erlassen wurde – die Sechsmonatsfrist auf drei Jahre verlängert⁵⁶¹, doch verstößt die Einschränkung der Haftung der Spielbanken gegenüber Geschäftsunfähigen mE gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Der Gleichheitsgrundsatz⁵⁶² verbietet willkürliche, unsachliche Differenzierungen in der Normsetzung und deren Vollzug. Geregelt ist der Gleichheitsgrundsatz in Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG 1867⁵⁶³. Er wird vom Gesetzgeber verletzt, wenn Gleiches ungleich behandelt wird⁵⁶⁴. Es soll also „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich“ behandelt werden⁵⁶⁵. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH⁵⁶⁶ hat der Gesetzgeber im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes gleiche Tatbestände mit gleichen Rechtsfolgen und ungleiche Tatbestände mit entsprechenden ungleichen Rechtsfolgen zu versehen⁵⁶⁷. Der Gesetzgeber hat zwar die Möglichkeit, von einem von ihm geschaffenen Ordnungssystem abzugehen, doch muss dies in sich sachlich begründbar sein⁵⁶⁸. Ähnliche Rechtsinstitute oder Rechtsbereiche müssen nicht gleich behandelt werden⁵⁶⁹. Dem Gesetzgeber ist nur die unsachliche Ungleichbehandlung verwehrt. Es ist somit zu prüfen⁵⁷⁰, ob die

⁵⁶¹ BGBl I Nr 73/2010.

⁵⁶² Beim Gleichheitssatz handelt es sich um eine allgemeines Willkürverbot, welches den Gesetzgeber verpflichtet auch für die Beziehung Privater sachlich gerechtfertigte Rechtsvorschriften zu schaffen (Vgl *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741).

⁵⁶³ Vgl *Swoboda*, Die ganz legale Ausbeutung des Unschuldigen im Strafverfahren, ÖJZ 1994, 687.

⁵⁶⁴ Vgl OGH 23.11.1977, 8 Ob 131/77; 14.01.1986, 4 Ob 123/84; 12.03.1991, 10 ObS 61/91; 22.10.2002, 10 ObS 300/02v; 11.05.2006, 8 ObA 19/06m; 19.06.2006, 8 ObA 53/06m; 09.07.2008, 9 ObA 162/07z und 27.01.2009, 8 ObA 3/09p.

⁵⁶⁵ Vgl statt vieler *Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, 33.

⁵⁶⁶ Vgl VfGH 09.03.2011, G 53/10-7 mit dem Verweis auf VfSlg 2956/1959, 11.190/1986, 11.641/1988, 13.477/1993 und 14.521/1996.

⁵⁶⁷ Vgl neben den Entscheidungen des VfGH *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 13.

⁵⁶⁸ Vgl mwN *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien (2000), 95.

⁵⁶⁹ Vgl VfGH 30.06.1994, B377/91.

⁵⁷⁰ Eine allfällige Verletzung des Gleichheitssatzes ist zu prüfen wie folgt:

Ungleichbehandlung in § 25 Abs 3 GSpG gegenüber allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts unsachlich ist:

Ungleichbehandlungen sind sachlich gerechtfertigt, wenn sie auf einem vernünftigen Grund beruhen und dieser verhältnismäßig ist⁵⁷¹. Die Unterschiede der jeweils betroffenen Sachverhalte müssen wesentlich sein, um eine Differenzierung zu rechtfertigen⁵⁷². Die Beeinträchtigung einer bestimmten Gruppe durch die Differenzierung ist mit dem sachlichen Interesse der Differenzierung zu vergleichen⁵⁷³. Die verwendeten Mittel zur Erreichung des Ziels müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein⁵⁷⁴.

Bereits hinsichtlich der Fristenlänge hat der VfGH entschieden, dass eine kürzere als die allgemeine dreijährige Verjährungsfrist nicht zulässig ist. Weder dem GSpG noch den Materialien zu diesem sind Gründe zu entnehmen, die eine andere als die allgemeine Regelung rechtfertigen. Auch sonst ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum Spielbanken bessergestellt sein sollen als alle anderen Unternehmen. Aus all dem ergibt sich, dass die Schlechterstellung Geschäftsunfähiger durch § 25 Abs 3 GSpG gegenüber den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen gleichheitswidrig und damit verfassungswidrig ist.

g. Konsequenzen des § 25 Abs 3 GSpG

Da § 25 Abs 3 GSpG alle Ansprüche im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages regelt, muss dieser vom VfGH aufgehoben oder muss dessen Unionsrechtswidrigkeit – diesbezüglich sei auf das Kapitel „Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit dem Unionsrecht“ verwiesen – erkannt werden, bevor zB

-
- Es sind die Normen gegenüberzustellen, aus denen sich für die gleichen Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben.
 - Es ist zu eruieren, in welchen Punkten sich diese Sachverhalte gleichen oder ähneln.
 - Es muss entschieden werden, ob die Unterschiede die unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen, also nicht unsachlich oder willkürlich sind (Vgl Walter, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, 33. Natürlich erhebt dies Gliederung der Prüfung keinen Anspruch darauf die einzig korrekte zu sein. Vielmehr kann eine Gliederung auch anders gestaltet sein und ebenfalls zum richtigen Ergebnis führen; Vgl zB Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.).

⁵⁷¹ Vgl *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.

⁵⁷² Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 14.

⁵⁷³ Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 14 und *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72.

⁵⁷⁴ Vgl *Kolonovits/Vonkilch*, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 15.

Geschäftsunfähige gegenüber Spielbanken Nichtigkeit und in weiterer Folge Bereicherungsansprüche geltend machen können. Bis dies geschieht, können sich Spielteilnehmer nur auf die Rechte stützen, die sich aus § 25 Abs 3 GSpG ergeben:

Kommt ein Glücksspielvertrag rechtswirksam zu Stande, verstößt die Spielbankleitung gegen ihre Pflichten gemäß § 25 Abs 3 GSpG, und erleidet ein Spielteilnehmer entsprechende Verluste, hat er einen schadenersatzrechtlichen Anspruch auf die Differenz zwischen seinem Nettoeinkommen (unter Berücksichtigung seines liquidierbaren Vermögens) und dem Existenzminimum. In ständiger Rechtsprechung hat der OGH bei solchen Verstößen der Spielbankbetreiber gegen § 25 Abs 3 GSpG ein ins Gewicht fallendes Mitverschulden des Spielteilnehmers verneint, wenn er trotz ständiger Verluste weiterhin am Glücksspiel teilnimmt⁵⁷⁵. Es kann dem Spielteilnehmer aufgrund seines Geisteszustandes nicht vorgeworfen werden, grundsätzlich über einen längeren Zeitraum am Glücksspiel teilgenommen zu haben, wobei ihm bewusst sein hat müssen, dass er über einen solchen Zeitraum nur verlieren kann⁵⁷⁶. Auch dass er keine Selbstsperre vorgenommen hat, kann ihm nicht vorgeworfen werden⁵⁷⁷. Als deutlich ins Gewicht fallendes Mitverschulden hat der OGH den Umstand qualifiziert, dass ein Spielteilnehmer wahrheitswidrig ein Einkommen in gewisser Höhe vorgebracht hat⁵⁷⁸.

Ein Mitverschulden des Spielteilnehmers wird daher vom OGH nur in wenigen Fällen angenommen. Nimmt der Spielteilnehmer trotz häufiger Verluste weiterhin am Glücksspiel teil, wird das Vorliegen eines Mitverschuldens verneint. Macht ein Spielteilnehmer jedoch unrichtige Vermögensangaben und behauptet er ein höheres als sein tatsächliches Einkommen, bejaht der OGH ein Mitverschulden.

⁵⁷⁵ Vgl OGH 18.03.2004, 1 Ob 52/04k; 21.12.2004, 5 Ob 112/04p und 17.02.2005, 8 Ob 134/04w.

⁵⁷⁶ Vgl OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w.

⁵⁷⁷ Vgl OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w; 18.03.2004, 1 Ob 52/04k und 21.12.2004, 5 Ob 112/04p.

⁵⁷⁸ Vgl OGH 30.09.2002, 1 Ob 175/02w; Verschuldensteilung 1:1; vgl auch OGH 31.01.2002, 6 Ob 48/01d .

2. Schadenersatzansprüche gegenüber anderen Glücksspielanbietern

Nach dem Wortlaut des § 25 Abs 3 GSpG sind elektronische Lotterien von der Haftungsbeschränkung nicht umfasst. In § 5 Abs 4 lit a Z 9 GSpG ist zwar sinnngemäße Anwendung des § 25 Abs 3 GSpG auch für Automatensalons vorgesehen, eine entsprechende Bestimmung für elektronische Lotterien existiert im Glücksspielgesetz nicht. Die Haftungsbeschränkung für Spielbanken gemäß § 25 Abs 3 GSpG gilt somit nicht für den Konzessionsinhaber nach § 14 GSpG und daher sind die allgemeinzivilrechtlichen Bestimmungen anwendbar. Dasselbe gilt für alle weiteren Glücksspiele (inklusive Wetten). Es kommen Ansprüche aus culpa in contrahendo in Frage:

a. Ansprüche aus Culpa in Contrahendo

Neben der Unwirksamkeit von Spielverträgen mangels Geschäftsfähigkeit des Spielteilnehmers kommt auch eine *culpa in contrahendo* des Glücksspielanbieters in Frage. Kann der Anbieter bei der Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt erkennen bzw weiß er, dass die finanzielle Lage potentieller Spielteilnehmer bedenklich ist, hat er auf das Verhalten des Spielers zu achten und gegebenenfalls entsprechende Schritte einzuleiten; zB keine Glücksspielverträge mit dem Spielteilnehmer mehr abzuschließen. Ansonsten haftet der Anbieter. Im Bereich des Glücksspiels müssen besondere Sorgfaltsanforderungen an die Anbieter gestellt werden. Ihr Angebot zieht besonders Geschäftsunfähige, nämlich pathologische Spieler, an⁵⁷⁹. Bei der Teilnahme an Glücksspiel in Spielbanken iSd GSpG werden Ansprüche aus *culpa in contrahendo* durch § 25 Abs 3 letzter Satz GSpG verdrängt⁵⁸⁰. Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus *culpa in contrahendo* müsste zuvor die Aufhebung des § 25 Abs 3 letzter Satz GSpG erfolgen oder die Unionsrechtswidrigkeit – die die Unanwendbarkeit (siehe Kapitel „Folgen einer Unionsrechtswidrigkeit“) dieser Vorschrift zur Folge hätte – (an)erkannt werden. Da diese Bestimmung für alle anderen Verträge im Bereich des Glücksspiels – also für alle Arten

⁵⁷⁹ Ähnlich *Wilhelm*, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel – VfGH hebt § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz auf – teilweise, *ecolex* 2008, 1112.

⁵⁸⁰ Vgl „Haftung der Spielbanken gem § 25 Abs 3 GSpG“ sowie *Wilhelm*, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, *ecolex* 2006, 877.

des Online-Glücksspiels – nicht gilt, kommen für sie die Rechtsfolgen aus § 124 (also Schadenersatzpflichten) in Frage.

3. Bereicherungsansprüche geschäftsunfähiger Spielteilnehmer

Im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel wird nachstehend auf Geschäftsunfähige und auf die Folgen einer Geschäftsunfähigkeit im Zusammenhang mit dem Glücksspielvertrag eingegangen:

Die rechtlichen Folgen der Geschäftsunfähigkeit bzw. partiellen Geschäftsunfähigkeit haben den Zweck, Personen, die im Geschäftsverkehr wegen mangelnder Einsichtsfähigkeit und Erfahrung leicht benachteiligt werden könnten, zu schützen⁵⁸¹. Erfasst werden Minderjährige, Geisteskranke und Geistesschwache. Diese Personen werden für besonders schützenswert gehalten⁵⁸². Rechtsgeschäfte mit Personen, die für dieses Rechtsgeschäft nicht die erforderliche Geschäftsfähigkeit aufweisen, sind gemäß § 865 erster Satz ABGB absolut nichtig. Ob bereits ein Sachwalter bestellt wurde, ist dabei nicht entscheidend. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Vertragspartner die (partielle) Geschäftsunfähigkeit erkannt hat.

Kinder unter sieben Jahren sind vollkommen geschäftsunfähig und können nur durch ihren gesetzlichen Vertreter Rechte erwerben und verpflichtet werden. Glücksspielerträge können somit von Personen unter 7 Jahren schon aufgrund der allgemeinen Bestimmungen im ABGB nicht abgeschlossen werden. Minderjährige zwischen 7 und 14 Jahren können bloß zu ihrem Vorteil gemachte Versprechen annehmen, was auch diese vom Abschluss von Glücksspielverträgen ausnimmt. Ein Rechtsgeschäft, bei dem sich Minderjährige zwischen 7 und 14 Jahren auch verpflichten, kann unter Berücksichtigung des § 154 Abs 3 ABGB⁵⁸³ durch nachträgliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

⁵⁸¹ Vgl. *Schoditsch*, Schädigermehrheit und gesetzliches Haftungsprivileg, JBl 2004, 557.

⁵⁸² Vgl. *Zankl*, Bürgerliches Recht 5, Wien 2010, 43ff.

⁵⁸³ § 154 Abs 3 ABGB: „Vertretungshandlungen und Einwilligungen eines Elternteils in Vermögensangelegenheiten bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des anderen Elternteils und der Genehmigung des Gerichtes, sofern die Vermögensangelegenheit nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört. Unter dieser Voraussetzung gehören dazu besonders die Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften, die Gründung, der, auch erbrechtliche, Erwerb die Umwandlung, Veräußerung oder Auflösung sowie die Änderung des Gegenstandes eines Unternehmens, der, auch erbrechtliche, Eintritt in eine oder die Umwandlung einer Gesellschaft oder Genossenschaft, der Verzicht auf ein Erbrecht, die unbedingte Annahme oder die Ausschlagung einer Erbschaft, die Annahme einer mit Belastungen verbundenen Schenkung oder die Ablehnung eines Schenkungsanbots, die Anlegung von Geld mit Ausnahme der in den §§ 230a und 230b geregelten Arten sowie die Erhebung einer Klage und alle verfahrensrechtlichen Verfügungen, die den

Gültigkeit erlangen. Bis zur Entscheidung des Vertreters (innerhalb angemessener Frist) ist der Vertragspartner an seine Erklärung gebunden. Nimmt ein Minderjähriger zwischen 7 und 14 Jahren an einem Glücksspiel teil, kann es der gesetzliche Vertreter somit nachträglich genehmigen, was er wohl nur für den Fall des Gewinnens tun wird. Für Minderjährige zwischen 14 und 18 Jahren gilt grundsätzlich das gleiche, doch mit gewissen Ausnahmen. Über Sachen, die diesen Minderjährigen zur freien Verfügung überlassen wurden, sowie über ihr Einkommen aus eigenem Erwerb können sie verfügen und sich verpflichten. Die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse darf dadurch jedoch nicht gefährdet werden (vgl. § 151 Abs 2 ABGB). Glücksspielverträge können daher grundsätzlich abgeschlossen werden. Wenn jedoch ein Verstoß gegen die guten Sitten bejaht wird oder Vorschriften den Abschluss mit Minderjährigen verbieten, sind die Verträge nichtig. Der Zweck solcher Vorschriften ist mit dem Zweck der Nichtigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB iVm § 168 StGB und § 1 GSpG vergleichbar – bezüglich dieser Vorschriften und ihren Auswirkungen wird auf das Kapitel „Nichtigkeit von Glücksspielverträgen“ verwiesen – und daher muss beim Verstoß gegen Vorschriften, die den Abschluss von Glücksspielverträgen mit Minderjährigen verbieten, die Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB bejaht werden.

In § 9 des NÖ Gesetzes über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher ist beispielsweise geregelt, dass der Abschluss oder die Vermittlung von Wetten mit Personen unter 18 Jahren verboten ist. Soweit in den diversen Landesgesetzen ähnliche Beschränkungen vorgesehen sind, liegt entsprechend den obigen Ausführungen Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB vor. Über die Gültigkeit von Online-Glücksspielverträgen mit Minderjährigen ist im GSpG keine Regel zu finden. Eine Nichtigkeit solcher Verträge kann daher nur beim Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB gegeben sein. Soweit ersichtlich ist, liegt keine höchstgerichtliche Judikatur vor, aus der hervor geht, ob bei Online-Glücksspielverträgen mit Minderjährigen Sittenwidrigkeit vorliegt. ME ist dies zu bejahen, da gerade Personen unter 18 Jahren anfällig für Glücksspiele und damit einhergehende Sucht⁵⁸⁴ sind.

Fehlt es Personen, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, an einem entsprechenden Geisteszustand (vgl. § 865 ABGB), sind sie geschäftsunfähig bzw partiell geschäftsunfähig. Es kommt auf die konkrete Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person,

Verfahrensgegenstand an sich betreffen. Dies gilt nicht für die Entgegennahme von Willenserklärungen und Zustellstücken⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ Vgl. Hayer, Glücksspielsucht Grundlagen und aktuelle Forschungsbefunde, <http://www.praevention.at/upload/documentbox/hayer.pdf> und Mai, Immer mehr Jugendliche sind süchtig nach Glücksspielen, <http://www.augsburger-allgemeine.de/politik/Immer-mehr-Jugendliche-sind-suechtig-nach-Gluecksspielen-id20264511.html>.

das heißt, inwiefern sie die Bedeutung und Tragweite ihrer rechtsgeschäftlichen Handlungen erkennt, an⁵⁸⁵. Kann eine Person den Entschluss zu konkretem Handeln oder Nichthandeln nicht frei bilden und besteht ein innerer psychischer Zwang in eine einzige Richtung, liegt in diesem Bereich partielle Geschäftsunfähigkeit vor⁵⁸⁶. Leiden Glücksspielteilnehmer an krankhafter Spielsucht, führt dies zur eben beschriebenen (partiellen) Geschäftsunfähigkeit⁵⁸⁷.

Die (partielle) Geschäftsunfähigkeit Spielsüchtiger liegt schon bei einer allfälligen Darlehens- oder Kreditaufnahme, Kontoabhebung oder Kontoüberziehung vor, sofern diese zum Zweck des Glücksspiels erfolgen. Nach den Bestimmungen zur Geschäftsunfähigkeit spielt es keine Rolle, dass die Geschäftsunfähigkeit des Spielsüchtigen für Kreditinstitute nicht erkennbar ist. Der Schutz Geschäftsunfähiger verdrängt den Vertrauensschutz Dritter⁵⁸⁸. Aus diesem Grund haben Banken keinen Rückforderungsanspruch und Kontoabhebungen sind rückgängig zu machen⁵⁸⁹. Analog zu § 1424 zweiter Satz ABGB⁵⁹⁰ besteht jedoch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf jenen Betrag, der beim Betroffenen noch vorhanden ist. Es kann entweder der Geldbetrag an sich oder ein sonstiger Vermögenswert, der seinen Ursprung im ausgezahlten Betrag hat, vorhanden sein⁵⁹¹. Die jeweilige Bank bzw der jeweilige Kreditgeber haben auch analog zu § 1424 ABGB einen Anspruch gegen den Spielteilnehmer auf die Abtretung der Rückforderungsansprüche gegenüber dem Glücksspielanbieter⁵⁹².

Werden daher Glücksspielverträge mit (partiell) Geschäftsunfähigen abgeschlossen, sind diese Verträge nichtig und rückabzuwickeln. Der Geschäftsunfähige hat somit auch allfällige Gewinne zurückzuzahlen. Nimmt er für das Glücksspiel Kredite auf oder überzieht er sein Bankkonto, hat der Kreditgeber bzw die Bank lediglich einen Anspruch auf den Betrag, der beim Geschäftsunfähigen noch vorhanden ist, oder auf Abtretung der Rückforderungsansprüche des Geschäftsunfähigen gegenüber dem Glücksspielanbieter.

⁵⁸⁵ Vgl. *Steinbauer*, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, ÖJZ 1985, 385.

⁵⁸⁶ Vgl. *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 699.

⁵⁸⁷ *Binder*, Privatrechtliche Probleme der Spielsucht, ÖJZ 1998, 175 ff.

⁵⁸⁸ Vgl. *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 702.

⁵⁸⁹ Vgl. *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 702.

⁵⁹⁰ § 1424: „Der Schuldbetrag muß dem Gläubiger oder dessen zum Empfange geeigneten Machthaber, oder demjenigen geleistet werden, den das Gericht als Eigenthümer der Forderung erkannt hat. Was jemand an eine Person bezahlt hat, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten darf, ist er in so weit wieder zu zahlen verbunden, als das Bezahlte nicht wirklich vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist“.

⁵⁹¹ Vgl. *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 702 mwN.

⁵⁹² Vgl. *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008/73, 703 mwN.

4. Auswirkungen des Konsumentenschutzgesetzes

Wie bereits oben ausgeführt ist davon auszugehen, dass (nahezu) alle Glücksspielverträge im Internet Verbraucherverträge im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG⁵⁹³) sind⁵⁹⁴. Daher ist für die Betrachtung der zivilrechtlichen Bestimmungen zum Online-Glücksspiel auch das KSchG miteinzubeziehen. Dies soll nachstehend geschehen:

Zu den Bestimmungen für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz sei auf „Rücktritt im Fernabsatz“ (S 139ff) in dieser Arbeit verwiesen.

In § 6 KSchG werden Vertragsbestimmungen genannt, die für Verbraucher jedenfalls iSd § 879 ABGB unverbindlich sind. Davon sind für Online-Glücksspiel zB Vertragsbestimmungen relevant, nach denen

- „ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hiefür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist“ (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG);
- „eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, daß der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben hat“ (§ 6 Abs 1 Z 3 KSchG);
- „eine vom Verbraucher dem Unternehmer oder einem Dritten abzugebende Anzeige oder Erklärung einer strengeren Form als der Schriftform oder besonderen Zugangserfordernissen zu genügen hat“ (§ 6 Abs 1 Z 4 KSchG);

⁵⁹³ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG), BGBl. Nr. 140/1979 idF BGBl. I Nr. 107/2010.

⁵⁹⁴ Verbraucherverträge sind „Rechtsgeschäfte, an denen“... „einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört“... und ... „andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft“ beteiligt ist (vgl § 1 Abs 1 KSchG). Mit Unternehmen „ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“ gemeint (vgl § 1 Abs 2 KSchG).

- "eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, daß er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat" (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG);
- "dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft" (§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG) oder
- "das Recht zur Geltendmachung eines ihm unterlaufenen Irrtums oder des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage im vorhinein ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, etwa auch durch eine Vereinbarung, wonach Zusagen des Unternehmers nicht die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben (§ 871 Abs. 1 ABGB) betreffen" (§ 6 Abs 1 Z 14 KSchG).

Weitere Vertragsbestimmungen sind für den Verbraucher unverbindlich, wenn sie nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sind (vgl. § 6 Abs 2 KSchG). Dazu zählen beispielsweise Vertragsbestimmungen (es werden nur für das Glücksspiel relevante genannt), nach denen „der Unternehmer ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurücktreten kann“ (§ 6 Abs 2 Z 1 KSchG), „der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann“ (§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG) oder „ein Rechtsstreit zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden soll“ (§ 6 Abs 2 Z 7 KSchG). Unklar oder unverständlich abgefasste Vertragsbestimmungen in AGB oder Vertragsformblättern sind unwirksam (§ 6 Abs 3 KSchG). Da Online-Glücksspielverträge ausschließlich aufgrund der Vorgaben der Anbieter geschlossen werden, gibt es keine Vertragsbestimmungen, die im Einzelnen ausgehandelt werden. Alle Vertragsbestimmungen die im Einzelnen ausgehandelt werden müssen, um verbindlich zu sein, sind daher bei Online-Glücksspielverträgen unverbindlich wenn sie in solchen enthalten sind. Mit unverbindlich iSd § 6 Abs 2 KSchG ist relative Nichtigkeit gemeint⁵⁹⁵.

Es sind im Zusammenhang mit Online-Glücksspiel unterschiedliche Konstellationen denkbar, welche die obigen Bestimmungen anwendbar machen: Glücksspielanbieter könnten eine Nichtabgabe einer Erklärung in gewisser Weise werten, ohne dass der Verbraucher darauf hingewiesen wird und ohne dass ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird. Dies wäre der Fall, wenn es als

⁵⁹⁵ *Krejci in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Wien (2002), § 6 KSchG, Rn 9.

Erklärung zur Teilnahme an einem Glücksspiel gewertet wird, wenn ein Spielteilnehmer nicht binnen einer kurzen Frist erklärt, daran nicht teilnehmen zu wollen. Online-Glücksspielanbieter könnten auch vorsehen, dass gewisse Verbrauchererklärungen nur dann als zugegangen gelten, wenn willkürliche Handlungen des Anbieters vorgenommen werden. Ein Schaden kann beim Verbraucher beispielsweise dann eintreten, wenn der Spielteilnehmer aufgrund eines Fehlers der Software des Glücksspielanbieters verliert anstatt gewinnt. Schließt der Glücksspielanbieter seine Haftung auch bei grobem Verschulden aus, ist dies unzulässig. Weiters sind Vertragsbestimmungen für Verbraucher unverbindlich, nach denen Spielteilnehmer mangelnde Geschäftsfähigkeit nicht geltend machen und zusammenhängende Bereicherungsansprüche nicht wahrnehmen dürfen. Bei Wetten, die sich zB auf mehrere Fußballspiele beziehen, die über einige Wochen verteilt stattfinden, könnte sich ein Glücksspielanbieter das Recht vorbehalten haben, ohne Angabe von Gründen vom Vertrag zurückzutreten.

Im KSchG sind auch – das Kapitel „Anwendbare Privatrechtsordnung“ ergänzende – Bestimmungen über die Anwendbarkeit österreichischen Privatrechts zu finden. Wenn die Parteien eines Verbrauchervertrages mit Auslandsbezug eine Rechtswahl getroffen haben und das Recht eines Staates gewählt wurde, der nicht Vertragsstaat des EWR-Abkommens ist, ist die Rechtswahl für die Beurteilung gewisser Vertragsbestandteile unbeachtlich, wenn das gewählte Recht für den Verbraucher nachteiliger ist als jenes, das ohne Rechtswahl zur Anwendung käme. Für das Glücksspiel im Internet relevante Vertragsbestandteile sind

- die Gültigkeit und Folgen der Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung, wenn mit dieser keine der beiderseitigen Hauptleistungen festgelegt werden
- die Folgen unklarer und unverständlich verfasster Vertragsbestimmungen
- der Schutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz iSd §§ 5c bis 5i und 31a.

Diese Folgen treten nur dann ein, wenn ohne die Rechtswahl das Recht eines Vertragsstaates des EWR-Abkommens anzuwenden wäre (§ 13a Abs 1 KSchG). Hier ist auch auf das Verhältnis von Art 6 Abs 2 Rom I VO zu § 13a KSchG einzugehen, da sich beide Bestimmungen auf die Rechtswahl bei Verbraucherverträgen beziehen. Mit § 13a KSchG wurden Sonderkollisionsnormen aus Richtlinien umgesetzt, die der Rom I VO

vorgehen (Art 23 Rom I VO)⁵⁹⁶. Sofern also ein Sachverhalt in einer Konstellation auftritt, in der diese beiden Vorschriften nicht zum selben Ergebnis führen, geht § 13a KSchG vor.

§ 6 KSchG und §§ 864a⁵⁹⁷ und 879 Abs 3⁵⁹⁸ ABGB sind ohne Rücksicht auf das Recht, dem der Vertrag unterliegt, anzuwenden, wenn er "im Zusammenhang mit einer in Österreich entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hiefür verwendeten Personen zustande gekommen ist" (vgl § 13a Abs 2 KSchG). Den Materialien zu § 13a Abs 2 KSchG ist nicht zu entnehmen wie „gerichteten Tätigkeit“ zu verstehen ist und es existiert soweit ersichtlich auch keine entsprechende Judikatur. Gerichtet ist mE so zu verstehen wie ausgerichtet im Sinne des Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO – bezüglich dieser Bestimmung sei auf das Kapitel „Anzuwendendes Recht mangels Rechtswahl“ verwiesen –, da sich aus dem Wortlaut, dem Zusammenhang der Bestimmungen und aus den Materialien zu § 13a Abs 2 KSchG⁵⁹⁹ ergibt, dass zwar (geringfügig) unterschiedliche Wörter gewählt wurden, jedoch dasselbe gemeint ist.

Gemäß § 2 Abs 2 KSchG kann von den in diesem Kapitel genannten Bestimmungen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Sie stellen daher zwingende Bestimmungen iSd Art 6 Abs 2 Rom I VO – vgl Kapitel „Anwendbares Recht nach der Rom I VO“ – dar.

⁵⁹⁶ Vgl auch BM für Justiz, Erlass 18.08.2009, JMZ 30011C/4/I9/09, 3f und *Heiss*, Rom I und II: Vorschlag für ein österreichisches Anpassungsgesetz unter Berücksichtigung der neuen Richtlinien 2008/48/EG und 2008/122/EG, ZfRV 2009/4, 21.

⁵⁹⁷ § 864a ABGB: „Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen“.

⁵⁹⁸ § 879 Abs 3 ABGB: „Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt“.

⁵⁹⁹ 1231 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP, http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I_01231/fnameorig_140123.html.

5. Haftung von Internet Service Providern

a. Provider

Aktivitäten im Internet werden durch gewisse Unternehmen, die Provider bzw Internet Service Provider (ISP), ermöglicht. Sie sorgen für den Zugang zum Internet sowie für das Speichern von Inhalten und stellen Inhalte zur Verfügung. Bei rechtswidrigen Handlungen im Internet, seien dies strafrechtlich, verwaltungsrechtlich oder zivilrechtlich relevante Handlungen, wird häufig auch die Frage nach der Haftung dieser Provider gestellt. Im ECG befinden sich Bestimmungen, die ISP direkt betreffen. Dabei handelt es sich um Haftungsfreistellungen (vgl §§ 13 ff ECG), also um Ausschlüsse von Verantwortlichkeiten. Die Haftungsfreistellungen – sie kommen Anbietern, die entgeltliche, und solchen, die unentgeltliche Dienste bereitstellen, gleichermaßen zugute (vgl § 19 Abs 2 ECG) – gelten für sämtliche Rechtsvorschriften (strafrechtliche, zivilrechtliche etc).

Kommt eine Haftungsfreistellung nicht in Frage, weil die Voraussetzungen nicht erfüllt werden, ist die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen zu prüfen. Die Rechtswidrigkeit von Handlungen eines ISP wird von den Haftungsbeschränkungen nicht berührt. Eine allfällige Rechtswidrigkeit ergibt sich aus den jeweiligen materiellrechtlichen Bestimmungen⁶⁰⁰ – zB aus dem UrhG, dem StGB und dem UWG. Erst wenn die Haftungsfreistellung ausgeschlossen ist und die Haftung nach den allgemeinen Gesetzen bejaht wird, haftet der ISP. Die Haftungsbeschränkungen gelten nicht für vertragliche Ansprüche. Entstehen einem Vertragspartner eines ISP Schäden, weil zB ein Server ausfällt, kommt allgemeines Zivilrecht zur Anwendung und der ISP kann sich nicht auf die Haftungsbeschränkungen im ECG berufen⁶⁰¹.

b. Access-Provider

Um mit dem Internet physisch verbunden zu werden, benötigt der Nutzer ein Unternehmen, das für ihn die technischen Gegebenheiten schafft. Bei diesen

⁶⁰⁰ Vgl OGH 19.02.2004, 6 Ob 190/03i.

⁶⁰¹ Vgl Zankl, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 269.

Unternehmen handelt es sich um die sogenannten Access-Provider⁶⁰². Der Access-Provider stellt seinen Kunden ein „Gateway“ zum Internet zur Verfügung⁶⁰³. Er bietet die Vermittlung von Informationen und/oder den Zugang zu Informationen an⁶⁰⁴. So versteht das ECG⁶⁰⁵ unter einem Access-Provider einen Diensteanbieter, „der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt“ (§ 13 ECG). Eine „reine Durchleitung“ findet statt. Durch die technischen Gegebenheiten beim Vermitteln von Internetzugängen kommt es auch zu Zwischenspeicherungen, doch ändern diese nichts an der Qualifikation eines ISP als Access-Provider (§ 13 Abs 2 ECG). Die Menge an Daten, die Access-Provider durchleiten, ist so groß, dass es beinahe unmöglich ist, diese Daten auf ihre Rechtmäßigkeit zu kontrollieren. Access-Provider haben weder rechtliche noch faktische Kontrolle über Anwendungen, die von Nutzern in Anspruch genommen werden⁶⁰⁶. Aufgrund dieser Umstände wurde die Haftungsbeschränkung für Access-Provider geschaffen:

Diensteanbieter, die von Nutzern eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermitteln (Access-Provider), sind unter gewissen Voraussetzungen für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich. Die Übermittlung darf von ihnen nicht veranlasst, der Empfänger darf nicht ausgewählt und die übermittelte Information darf nicht ausgewählt oder verändert worden sein (vgl § 13 Abs 1 ECG). Das grundsätzliche Wissen eines Access-Providers, dass über einen Anschluss rechtswidrige Informationen über- oder vermittelt werden, kann keine Haftung begründen⁶⁰⁷.

c. Suchmaschinen

Wenn Diensteanbieter, die Nutzern Suchmaschinen oder andere elektronische Hilfsmittel zur Suche von fremden Informationen bereitstellen, die Übermittlung der Informationen nicht veranlassen, den Empfänger der Information nicht auswählen und die abgefragten

⁶⁰² Nicht alle Access-Provider stellen freilich einen Zugang zum Internet zur Verfügung. Es kann auch der Zugang zu anderen Kommunikationsnetzen oder einfach nur zu Informationen anderer Personen vermittelt werden; *Reindl*, E-Commerce und Strafrecht, Zur Strafbarkeit des Missbrauchs elektronischer Dienste, 208.

⁶⁰³ *Laga*, Rechtsprobleme im Internet, 176.

⁶⁰⁴ *Zankl*, Der Entwurf zum E-Commerce-Gesetz, NZ 2001, 325.

⁶⁰⁵ Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz - ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden (NR: GP XXI RV 817 AB 853 S. 83. BR: AB 6499 S. 682.) [CELEX-Nr.: 300L0031] StF: BGBl. I Nr. 152/2001.

⁶⁰⁶ Vgl. *Einzingler/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan*, Wer ist 217.204.27.214? - Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegeh(lich)keiten der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 113, 114 f.

⁶⁰⁷ Vgl. *Zankl*, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 270.

Informationen nicht auswählen oder verändern, sind sie für abgefragte Informationen nicht verantwortlich. Stammen abgefragte Informationen von einer Person, die vom Diensteanbieter beaufsichtigt wird oder ihm untersteht, gilt dieser Ausschluss der Verantwortlichkeit nicht (vgl § 14 ECG). Betreiber klassischer Suchmaschinen wie zB Google sind somit in der Regel von der Haftung ausgenommen. Suchmaschinen Haften nicht, wenn über sie Angebote von Anbietern illegalen Glücksspiels gefunden werden.

d. Caching

Unter gewissen Umständen sind auch Diensteanbieter, die Zwischenspeicherungen durchführen, von einer Verantwortlichkeit ausgenommen. Die Zwischenspeicherung muss automatisch erfolgen, zeitlich begrenzt sein und darf „nur der effizienteren Gestaltung der auf Abruf anderer Nutzer erfolgenden Informationsübermittlung“ dienen (§ 15 Z 1 ECG). Außerdem darf die zwischengespeicherte Information nicht verändert werden und gewisse Bedingungen und Regeln bezüglich des Umganges mit Informationen müssen beachtet werden (vgl § 15 Z 2, 3 und 4 ECG). Erfährt der Diensteanbieter, dass die Informationen am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung entfernt oder der Zugang gesperrt wurde oder von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperre der Information angeordnet wurde, muss diese Information vom ISP unverzüglich entfernt oder der Zugang zu ihr gesperrt werden (vgl § 15 Z 5 ECG). Sofern daher die Voraussetzungen für diese Haftungsbefreiung erfüllt werden, haften Provider auch für Caching im Zusammenhang mit illegalem Glücksspiel nicht.

Caching findet bspw bei der Verwendung von Proxy-Servern statt. Diese speichern automatisch eine Webseite, wenn sie von einem Nutzer aufgerufen wird, um bei einem neuerlichen Aufruf einen schnelleren Zugriff zu ermöglichen⁶⁰⁸. Erfährt der Betreiber eines solchen Proxy-Servers zB davon, dass von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperre der Webseite eines Online-Glücksspielanbieters angeordnet wurde und wird der Zugang zu dieser Webseite vom Betreiber des Proxy-Servers nicht gesperrt, verliert dieser die Freistellung von einer allfälligen Haftung.

⁶⁰⁸ Vgl Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz, Wien (2002), 117.

e. Host-Provider

Host-Provider speichern von Nutzern des Internets eingegebene Informationen. Haben solche ISP von rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen keine tatsächliche Kenntnis, besteht ein Haftungsausschluss. Hat er Kenntnis oder das Bewusstsein von rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen, muss er unverzüglich tätig werden, um die Informationen zu entfernen bzw den Zugang zu ihnen zu sperren. Untersteht der Nutzer dem Host-Provider oder wird er von diesem beaufsichtigt, kommt es zu keiner Haftungsbefreiung (vgl § 16 ECG).

Die Rechtsverletzungen (rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen) müssen für juristische Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sein⁶⁰⁹, um die Haftung des Host-Providers zu begründen. In diesem Fall bewirkt das Unterlassen des Entfernens der Information oder des Sperrens des Zugangs zu ihr den Verlust der Haftungsbefreiung.

Host-Provider müssen den Namen und die Adresse eines ihrer Nutzer Dritten übermitteln, wenn diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität des Nutzers und an der Feststellung eines rechtswidrigen Sachverhalts glaubhaft machen. Weiters muss glaubhaft gemacht werden, dass die Kenntnis von Namen und Adresse des Nutzers eine wesentliche Voraussetzung der Rechtsverfolgung darstellt (vgl § 18 Abs 4 ECG).

Sofern also ein Host-Provider auf seinen Servern einem Online-Glücksspielanbieter Speicherplatz für eine Glücksspiel-Webseite zur Verfügung stellt, kann es zu keiner Haftung des ISP kommen, wenn eine allfällige Rechtswidrigkeit des Angebots für ihn als juristischen Laien nicht offenkundig war. Gerade aufgrund der Rechtsunsicherheit im Bereich des Online-Glücksspiels⁶¹⁰, die zu einem großen Teil auf die Unionsrechtswidrigkeit einiger Bestimmungen – siehe das Kapitel „Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielrechts“ – zurückzuführen ist, kann nachvollzogen werden, dass für juristische Laien (je nach Ausgestaltung des Einzelfalls) eventuelle

⁶⁰⁹ Vgl Zankl, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 270; OGH 06.07.2004, 4 Ob 66/04s sowie die Erläuterungen zur RV 817 BlgNR GP XXI: „Die Richtlinie und ihre Erwägungsgründe setzen sich nicht mit der praktisch relevanten Frage auseinander, unter welchen **Voraussetzungen** der Host Provider von einer **rechtswidrigen Tätigkeit oder Information** ausgehen muss. Im Besonderen fragt sich, ob einem Anbieter die Kenntnis oder – für Schadenersatzansprüche – das Kennenmüssen rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen schon dann unterstellt wird, wenn er die Sach- und Rechtslage anhand der ihm vorliegenden Informationen nicht abschließend beurteilen kann. Verlangt ein Dritter ein Einschreiten des Providers und die Entfernung der Information bzw. die Sperre des Zugangs, so wird der Provider zur Tätigkeit verpflichtet sein, *„wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist“* (vgl. OGH 19. 3. 2000 MR 2000, 328 mit Anm. Pilz), wenn die Rechtswidrigkeit für den Anbieter wie für jedermann *„leicht erkennbar“* ist (vgl. § 9 Abs. 2 StGB)“.

⁶¹⁰ Vgl Zankl, Online-Glücksspiel in Europa, Wien (2011), 9ff sowie 143ff.

Rechtswidrigkeiten nicht offenkundig sind. Wenn aber die Haftbarkeit eines Host-Providers verneint wird, kann ihn dennoch die oben beschriebene Auskunftspflicht treffen, sofern der Tatbestand des § 18 Abs 4 ECG erfüllt ist.

Ende 2011 hat der EuGH entschieden, dass Host-Provider nicht zu einer allgemeinen Überwachung der vermittelten Daten verpflichtet werden können und hat die Haftungsbeschränkung bestätigt⁶¹¹. Host-Provider trifft somit keine Pflicht den Datenverkehr darauf hin zu überwachen, ob Daten von illegalen Glücksspielanbietern von ihnen gespeichert werden und die Speicherung zu verhindern.

f. Linksetzer

Setzt ein Diensteanbieter einen Link – also schafft er mittels elektronischen Verweises Zugang zu fremden Informationen –, besteht unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls ein Haftungsausschluss. Der Linksetzer darf von rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen auf der verlinkten Seite keine tatsächliche Kenntnis haben. Erlangt der Linksetzer Kenntnis von rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen, ist der Link unverzüglich zu entfernen. Der Haftungsausschluss kommt nicht zur Anwendung, sofern die Person, von der die Informationen stammen, auf die verlinkt wurde, dem Linksetzer untersteht bzw von ihm beaufsichtigt wird oder der Linksetzer die Informationen als seine eigenen darstellt (vgl § 17 ECG). Kommt die Haftungsfreistellung nicht zur Anwendung, können Linksetzer zB nach §§ 1313a und 1315 ABGB für schädigende Inhalte auf der verlinkten Seite haften. In diesem Fall ist derjenige, auf den verlinkt wurde, als Gehilfe anzusehen, da sich der Linksetzer das Schaffen eigener Inhalte erspart und seinen Aktionsradius erweitert⁶¹². Gerade zB wenn ein Linksetzer einen Online-Glücksspielanbieter durch einen Link sogar fördern möchte und von rechtswidrigem Verhalten weiß (etwa Betrugshandlungen), ist die Haftbarkeit des Linksetzers gegeben.

g. Keine „Suchpflicht“ für ISP

Die oben genannten ISP sind nicht verpflichtet, Informationen, die von Ihnen gespeichert, übermittelt oder zugänglich gemacht werden, allgemein zu überwachen. Sie

⁶¹¹ EuGH 14.11.2011, C-70/10, *Sabam*; vgl auch *Zankl*, IT-Update 5.0, ecolex 2012, 298.

⁶¹² Vgl *Zankl*, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), Rn 271; vgl auch § 52 Abs 1 Z 6 GSpG.

sind auch nicht verpflichtet, von sich aus nach Umständen zu forschen, aus denen sich die Rechtswidrigkeit gewisser Tätigkeiten ergibt (vgl § 18 Abs 1 ECG).

h. Unterlassung, Beseitigung und Verhinderung

Im Zusammenhang mit den Haftungseinschränkungen für ISP ist § 19 Abs 1 ECG zu beachten: Ein Gericht oder eine Behörde kann einem ISP die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung von Rechtsverletzungen auftragen, wenn dies durch gesetzliche Vorschriften vorgesehen ist. Verschuldensunabhängige zivilrechtliche Unterlassungsansprüche sind von den Haftungsbefreiungen für ISP daher nicht umfasst⁶¹³. Bevor der Provider auf Unterlassung geklagt wird, muss er abgemahnt werden⁶¹⁴. Diesbezüglich sind für diese Arbeit allfällige Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit Glücksspiel im Internet interessant. Mit dieser "*Ausnahme von der Ausnahme*" aus der Verantwortlichkeit wird die Haftungsbefreiung von ISP relativiert. Eigenständige Unterlassungsansprüche werden aber durch § 19 ECG nicht geschaffen⁶¹⁵. Bestimmungen, aus denen explizit hervorgeht, dass gegenüber Providern ein Anspruch besteht, dass diese die Vermittlung zu Online-Glücksspielanbietern zu unterlassen haben, existieren nicht. Gleiches gilt für das Auftragen von Beseitigungen und Verhinderungen durch Gerichte oder Behörden.

Eine „Unterlassungsverantwortlichkeit“ analog zu § 1301 ABGB⁶¹⁶ ist denkbar, wenn ein Provider einen Glücksspielanbieter bewusst gefördert hat. Dies setzt voraus, dass der Provider die Rechtsverletzung des Glücksspielanbieters trotz Kenntnis der Umstände, die zur Rechtswidrigkeit seiner Handlungen führen, und technischer Möglichkeit nicht unverzüglich unterbunden hat⁶¹⁷. Weiters ist vorsätzliches Handeln unter dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit⁶¹⁸ oder *dolus eventualis* erforderlich⁶¹⁹. Im Fall von

⁶¹³ Vgl Zankl, E-Commerce-Gesetz, Wien (2002), Rn 296.

⁶¹⁴ Die Abmahnpflicht gilt im Zusammenhang mit allen Vermittlern der §§ 13-18 ECG.

⁶¹⁵ Vgl Zankl, E-Commerce-Gesetz, Wien (2002), Rn 294.

⁶¹⁶ § 1301 ABGB: „Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; oder, auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Uebel zu verhindern, dazu beygetragen haben“.

⁶¹⁷ Wiebe, Auskunftspflichtung der Access Provider – Verpflichtung zur Drittauskunft bei Urheberrechtsverletzungen von Kunden, die an illegalem File-Sharing teilnehmen – Gutachten im Auftrag der Internet Service Providers Austria (ISPA), MR 2005 H 4 Beilage, 1 mit Verweisen auf OGH 16.12.2003, 4 Ob 221/03h; 29.01.2002, 4 Ob 279/01k; Gamerith, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Gehilfen", wbl 1991, 305 ff und Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz, Wien (2002), § 19 ECG, 142.

⁶¹⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, Wien (2007), 319: „Aber auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört im Zivilrecht zum Begriff des Vorsatzes („Vorsatztheorie“)“.

Tauschbörsen hält *Wiebe* sinngemäß fest, dass für Access-Provider, die naturgemäß vom Inhalt der übermittelten Daten keine Kenntnis haben, ein ausreichender Vorsatz nicht angenommen werden kann⁶²⁰. Auch im Zusammenhang mit Glücksspiel kann ein Unterlassungsanspruch nur in ganz bestimmten Konstellationen angenommen werden. Beispielsweise dann, wenn ein Provider, zB ein Access-Provider, die Tätigkeit des (rechtswidrig handelnden) Online-Glücksspielanbieters bewusst fördert. Eine denkbare Förderungshandlung ist, dass der Zugang zu anderen (legal handelnden) Online-Glücksspielanbietern durch den Access-Provider verhindert wird.

i. Content-Provider

Content-Provider veröffentlichen selbst Inhalte im Internet. Eine Haftungsbefreiung für Content-Provider ist im ECG nicht geregelt. Anders als die oben genannten ISP, bestimmt der Content-Provider die veröffentlichten Inhalte selbst. Entweder schafft er diese Inhalte, um sie zu veröffentlichen, oder er wählt von Dritten geschaffene Inhalte aus, um diese zu veröffentlichen. Die Kontrolle seiner Inhalte ist ihm online genauso zumutbar, wie dies anderen Inhaltschaffenden offline zumutbar ist⁶²¹. Veranstalter von Online-Glücksspiel sind Content-Provider und sie haften uneingeschränkt für ihre Inhalte bzw Angebote.

j. Zusammenfassung der Providerhaftung

Oft bieten ISP alle oder mehrere Dienste gleichzeitig an. Ob die jeweilige rechtswidrige Handlung von einer Haftungsbefreiung betroffen ist, richtet sich nach dem Zusammenhang, in dem sie gesetzt wurde (in welcher Providereigenschaft: Access-Provider, Host-Provider, etc.)⁶²². Außer für Content-Provider besteht für ISP eine umfassende Haftungsbeschränkung. Nur wenn die Voraussetzungen für eine Haftungsbeschränkung nicht vorliegen, kommen rechtliche Konsequenzen in Frage.

⁶¹⁹ Vgl. *Wiebe*, Auskunftspflichtung der Access Provider – Verpflichtung zur Drittauskunft bei Urheberrechtsverletzungen von Kunden, die an illegalem File-Sharing teilnehmen – Gutachten im Auftrag der Internet Service Providers Austria (ISPA), MR 2005 H 4 Beilage, 1. und *Parschalk*, Provider-Haftung für die Urheberrechtsverletzungen Dritter, ecolex 1999, 834 ff.

⁶²⁰ Vgl. *Wiebe*, Auskunftspflichtung der Access Provider – Verpflichtung zur Drittauskunft bei Urheberrechtsverletzungen von Kunden, die an illegalem File-Sharing teilnehmen – Gutachten im Auftrag der Internet Service Providers Austria (ISPA), MR 2005 H 4 Beilage, 1. und *Parschalk*, Provider-Haftung für die Urheberrechtsverletzungen Dritter, ecolex 1999, 834 ff.

⁶²¹ Vgl. OGH 19.02.2004, 6 Ob 190/03i mwN.

⁶²² Vgl. *Zankl*, Bürgerliches Recht⁵, Wien (2010), 188ff.

IV. Resümee

In dieser Arbeit wurde Anfangs die verwaltungsrechtliche Situation des Glücksspiels in Österreich dargestellt und es wurde dargelegt in welcher Beziehung die unterschiedlichen Regelungen (zB für Casinospiele und für Sportwetten) zueinander stehen. Weiters wurde aufgezeigt, dass und aus welchem Grund die Verwaltungsvorschriften bzw die dazugehörigen Strafnormen auf Glücksspielanbieter, die online aus dem Ausland tätig werden, anwendbar sind. Auf Grundlage dieser Erkenntnisse wurde die Judikatur des EuGH im Bereich des Glücksspiels analysiert, um daraus Schlüsse auf die Vereinbarkeit des österreichischen Glücksspielrechts mit dem Unionsrecht zu ziehen. Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH wurden hierfür zusammengefasst. Anschließend habe ich einen Grundsatzkatalog erstellt, der die Voraussetzungen enthält, die nationale Bestimmungen im Bereich des Glücksspiels erfüllen müssen, damit Unionskonformität gegeben ist. Dieser Katalog wurde in zwei Teilen verfasst. Der erste Teil betrifft Glücksspiele die auf herkömmlichem Weg durchgeführt werden und solche die online durchgeführt werden. Der zweite Teil des Kataloges betrifft Online-Glücksspiel.

Durch einen Vergleich der österreichischen Glücksspielbestimmungen mit dem genannten Katalog konnte nachgewiesen werden, dass im Zusammenhang mit den österreichischen Beschränkungen der Grundfreiheiten die für eine Konformität mit dem Unionsrecht notwendigen Voraussetzungen großteils nicht eingehalten werden. Die entsprechenden Normen sind insbesondere nicht geeignet, die angeblich mit ihnen verfolgten Ziele zu erreichen und sie sind unverhältnismäßig. Die Spielmöglichkeiten werden nicht kohärent und systematisch begrenzt.

Unter Zugrundelegung der gewonnenen Erkenntnisse habe ich die österreichischen zivilrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Glücksspiels untersucht. Zuerst wurde herausgearbeitet wann diese zur Anwendung kommen. Dies ist zB bei entsprechender Rechtswahl oder bei Verbraucherverträgen zumindest hinsichtlich zwingender Bestimmungen des österreichischen Zivilrechts der Fall.

Zur Analyse der zivilrechtlichen Bestimmungen und wie sich diese auf Online-Glücksspiel auswirken, wurde eine große Zahl, vorwiegend höchstgerichtlicher, Entscheidungen herangezogen. In diesen Entscheidungen wurde jedoch die Vereinbarkeit der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen (die für die Entscheidungen maßgeblich waren) mit dem Unionsrecht nicht thematisiert und es wurde von dieser ausgegangen. Dieser Umstand hat dazu geführt, dass ich teilweise zu anderen Schlüssen gekommen bin als

der OGH, wobei festzuhalten ist, dass die Sachverhalte der behandelten Entscheidungen auch keinen Anlass gegeben haben die Unionsrechtswidrigkeit aufzugreifen. Ich bin der Ansicht, dass nach der derzeitigen Rechtslage Gewinne aus Glücksspielverträgen klagbar sind, auch wenn man bei einer Betrachtung der Rechtslage ohne der Miteinbeziehung des Unionsrechts zu einem anderen Ergebnis gelangt.

Wie andere Rechtsgeschäfte auch können Glücksspielverträge bspw aufgrund von List, Zwang, Irrtum oder Wucher angefochten werden. Ein Rücktritt im Fernabsatz ist bei Glücksspielverträgen grundsätzlich nicht möglich.

Besondere Beachtung war einer allfälligen Nichtigkeit von Glücksspielverträgen nach § 879 Abs 1 ABGB zu widmen. Grundsätzlich liegt Nichtigkeit aufgrund von Verstößen gegen gesetzliche Verbote, und zwar § 52 Abs 1 Z 1 GSpG und § 168 StGB, nahe. Aufgrund ihrer Unionsrechtswidrigkeit, haben diese Vorschriften unangewandt zu bleiben und daher ist auch keine Nichtigkeit gegeben.

Es ist abschließend festzuhalten, dass die unionsrechtswidrige österreichische Rechtslage im Bereich des Glücksspiels große Rechtsunsicherheit in verwaltungsrechtlicher Sicht schafft. Diese hat Auswirkungen auf das Zivilrecht, wodurch Rechtsfolgen, die als gefestigt anzusehen waren, nicht mehr eintreten. Entsprechende Judikatur existiert jedoch zZ nicht, wodurch auch im Zivilrecht große Rechtsunsicherheit besteht. Eine generelle Neuregelung des Glücksspiels in Österreich bzw eine EU-weite Harmonisierung des Glücksspielrechts wären daher mE wünschenswert.

Literatur- und Quellenverzeichnis

Aigner, Verlagerung des Ortes sonstiger Leistungen bei Sportwetten und Glücksspielumsätzen, taxlex 2010, 195

Auer/Hierländer, Glücksspiel: "Jeder von uns kann abhängig werden", Die Presse, 01.11.2009

Auer/Loimer, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, 613

axv, Kino.to-Sperre: Website offenbar über andere Adresse wieder erreichbar, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kino-to-Sperre-Website-offenbar-ueber-andere-Adresse-wieder-erreichbar-1247397.html>

B & W Investment Research, Optionsscheine, <http://www.bwinvestment.de/optionen.htm>

Barfuß, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 1989, 673

Binder, Internet-Sperren: Vom Politikum zur Gefahr für die Demokratie?, <http://www.tomshardware.de/Netz-Sperren-Zensur-Internet,testberichte-240347.html>

Binder, *Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht*, ÖJZ 1998, 175

Blaurock/ Schwarze, *Europarecht, Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheit und staatlicher Inpflichtnahme*, Baden-Baden (2004)

BMF, Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQs) – Ist zum Betrieb eines Sportwettbüros eine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erforderlich?, https://www.bmf.gv.at/glcksspielmonopol/hufiggestelltefrage_752/_start.htm?q=gesellschaftswetten

BMF, Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQs) – Online-Glücksspiele im Internet, ausländische Glücksspiele - Was ist zu beachten?, https://www.bmf.gv.at/Glcksspielmonopol/HufiggestellteFrage_752/_start.htm

BMG, Entwicklung der Konsumgewohnheiten,
<http://www.bmg.gv.at/cms/site/standard.html?channel=CH0754&doc=CMS1225813754890>

Bohr/Kämpfer, Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte, *ecolex* 2007, 308

Borić/Rudolf/Knaus, Neues Kollisionsrecht für Verbraucherverträge, *eastlex* 2010, 41

Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte⁸, Wien (2001)

Brenn, Vertragsabschluss im Internet,
<http://www.internet4jurists.at/budapest/Vertragsabschluss.pdf>

Bundesverband der Dienstleistungswirtschaft (BDWi), Rechtsverstöße im Internet – Bedrohung für Kultur, Wirtschaft und Gesellschaft,
<http://www.scribd.com/doc/38530591/Rechtsverstöße-im-Internet-Bedrohung-fur-Kultur-Wirtschaft-und-Gesellschaft>

Bundesverband Informationswissenschaft Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM), Jeder fünfte Mensch ist online, http://www.bitkom.org/46074_46069.aspx

Burgstaller, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, *RZ* 2004, 214

Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz, Wien (2002)

Bydlinski, Schadenersatzrechtliche Überlegungen anlässlich eines Verkehrsunfalls, *ZVR* 1984, 193

Bydlinski, Zivilrechtsfragen des "kleinen" Automatenglücksspiels, *ÖJZ* 2008/73

ck, Spam-Bekämpfung soll bei Banken ansetzen, <http://www.heise.de/ix/meldung/Spam-Bekaempfung-soll-bei-Banken-ansetzen-1247356.html>

Clausnitzer/Woopen, Internationale Vertragsgestaltung – Die neue EG-Verordnung für

Collardin, Straftaten im Internet, *Computer und Recht* 1995, 618

Der Bundeswahlleiter, EU-Verträge,
http://www.bundeswahlleiter.de/de/europawahlen/rechtsgrundlagen/eg_und_eu_vertraege.html

Der Spiegel, Lieber bescheiden – Gute EG-Vorsätze: Brüssel soll künftig seine
 Regelungswut dämpfen, 21.12.1992, Seite 70-71a bzw
<http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/dokument.html?id=13691940&top=SPIEGEL>

derstandard.at, Das Hoffen auf den Lotto-Siebener, <http://derstandard.at/2658734>

derstandard.at, Neues Gesetz schafft "Heer von Spielsüchtigen",
<http://derstandard.at/1276413301261/Gluecksspiel-Neues-Gesetz-schafft-Heer-von-Spielsuechtigen?seite=2>

DiePresse, http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/579830/EuGH_Laender-duerfen-Gluecksspiel-staerker-einschraenken?from=suche.intern.portal

Die Presse, EuGH entschied zugunsten privater Wettanbieter, 06.03.2007

Die Presse, EuGH: Länder dürfen Glücksspiel stärker einschränken, 08.07.2010,
http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/579830/EuGH_Laender-duerfen-Gluecksspiel-staerker-einschraenken

Die Presse, Novomatic: Boom bei illegalem Glücksspiel,
http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/170201/Novomatic_Boom-bei-illegalem-Gluecksspiel

Die Presse, Novomatic: Boom bei illegalem Glücksspiel,
http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/170201/Novomatic_Boom-bei-illegalem-Gluecksspiel

DiePresse.com, Spielautomaten: Grüne fordern strengere Kontrollen,
<http://diepresse.com/home/panorama/wien/502199/index.do?from=suche.intern.portal>

Die Presse, Spielsucht: Spielend in den Abgrund,
http://diepresse.com/home/science/465438/Spielsucht_Spielend-in-den-Abgrund

DiePresse.com, Teenager als Süchtige: Streit um Spielautomaten,
<http://diepresse.com/home/panorama/jugend/540109/index.do?from=suche.intern.porta>
 |

Doralt, Korrektur höchstgerichtlicher Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, ÖJZ 1983,
 312

e-center, Internetsperren sind rechtspolitische Sackgasse,
<http://www.presstext.com/news/20100129022>

Ehrke-Rabel, Tatsächlich Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund des EuGH-Urteils in
 der Rs Hermann? – Zur Wirkung von EuGH-Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren –
 Getränkesteuer, SWK 2005, 577

Eilmansberger/Vonkilch, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt
 der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113

Emert, Regierungen auf der Suche nach politisch korrekten Filtern,
[http://www.heise.de/netze/meldung/Regierungen-auf-der-Suche-nach-politisch-](http://www.heise.de/netze/meldung/Regierungen-auf-der-Suche-nach-politisch-korrekten-Filtern-1264886.html)
[korrekten-Filtern-1264886.html](http://www.heise.de/netze/meldung/Regierungen-auf-der-Suche-nach-politisch-korrekten-Filtern-1264886.html)

EUROPA – Press Release, Online-Glücksspiele: Kommission begrüßt Entscheidung
 Frankreichs zur Liberalisierung des Glücksspielmärkts und stellt
 Vertragsverletzungsverfahren ein,
[http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1597&format=HTML&ag](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1597&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en)
[ed=1&language=DE&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1597&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en)

EUROPA (Portal der Europäischen Union), Die Kommission,
http://europa.eu/institutions/inst/comm/index_de.htm

Europa, Verträge und Recht, http://europa.eu/abc/treaties/index_de.htm

Europäische Kommission, GRÜNBUCH Online-Glücksspiele im Binnenmarkt,
[http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/com2011](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/com2011_128_de.pdf)
[_128_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/com2011_128_de.pdf)

Everling, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen
 Gemeinschaften, Baden-Baden (1986)

Fachdirektorenkonferenz Lotteriemarkt und Lotterieweggesetz, Schlussbericht 4.2.2009, GLÜCKSSPIEL IM INTERNET, http://modules.drs.ch/data/attachments/2009/091201_gluecksspiel_im_internet.pdf

Faffelberger, Österreichisches Glücksspielgesetz europarechtskonform?, ÖJZ 2008/90

Fallenböck, Internet und internationales Privatrecht, Wien (2001)

Fehring, Mehr Klarheit für Gerichtswahl im Online-Handel, Der Standard 2011/04/02

Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴, Wien (2002)

Flora, Die Strafbarkeit HIV-infizierter Personen nach §§ 178, 179 StGB aufgrund von Sexualkontakten mit nicht-infizierten Sexualpartnern, RZ 1999, 65

Fucik, Symposium 30 Jahre IPRG, ÖJZ 2009/40

Gamerith, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Gehilfen", WBI 1991, 305

Gamerith, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Gehilfen", wbl 1991, 305 ff

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen (Teil I), ÖJZ 2004/4

goldenes Zeitalter anbrechen, <<http://www.internet4jurists.at/news/aktuell92.htm>>, 16.4.2008

Goldhammer (Hg), Goldmedia-Studie Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Situation des Glücksspielmarktes in Deutschland, 2010

Goldmedia, Pressemeldung – Glücksspiel und Wetten im Internet: Restriktive Gesetzgebung führt zur Abwanderung in den „Graumarkt“, http://www.goldmedia.com/uploads/media/Pressemeldung_Online_Betting_und_Gambling_2010.pdf

Golfbayern.eu, Der Sportwettenskandal in Deutschland, <http://www.golfbayern.eu/sport/der-sportwettenskandal-in-deutschland/>

grenzüberschreitende Verträge (Rom I-VO), Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft, 2008/34

Gruber/Mader [Hrsg], Internet und e-commerce, Wien (2000)

Hayer, Glücksspielsucht Grundlagen und aktuelle Forschungsbefunde, <http://www.praevention.at/upload/documentbox/hayer.pdf>

Hafner, Wahrscheinlichkeitsrechnung und Statistik, Wien (1989)

Halbwachs, Handlungsfähigkeit (Teil I), JAP 2000/2001, 130

Hambach, Glücksspiel: Innerhalb nur weniger Tage erfasst Liberalisierungswelle nach Frankreich auch Dänemark, die Schweiz und erneut Italien - macht eine aktuelle EuGH-Entscheidung den Weg für Deutschland frei?, <http://www.isa-guide.de/law/articles/25427.html>

Hambach/Schöttle, Das Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Konsequenzen und Perspektiven, MR-Int 2006, 3

Hammerl, Rechtsfragen des Angebots von Onlinespielen in der mobilen Telefonie, <http://www.rechtsprobleme.at/doks/onlinespiele-hammerl.pdf>

Handig, Das Herkunftslandprinzip und seine Auswirkungen in den verschiedenen Rechtsbereichen, wbl 2003, 253

Handig, Rom II-VO - Auswirkungen auf das Internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, wbl 2008, 1

Harbour, Plenardebatte des Europäischen Parlaments am Dienstag, 14. November 2006 - Straßburg, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20061114+ITEM-018+DOC+XML+V0//DE>

Hasberger/Busta, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175ff

Hasberger/Busta, Top die Wette gilt - Internetsportwetten nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49

Heidinger/Nemec, Hoher Einsatz im Streit ums Glücksspiel (Staat gegen Privat), Die Presse 16. 10. 2006 2006/42/1

Heinrich, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, GA 1999, 77

heise.de, Studie: "Webaholics" lügen und sind aggressive, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Studie-Webaholics-luegen-und-sind-aggressiv-18724.html>

Heiss, Rom I und II: Vorschlag für ein österreichisches Anpassungsgesetz unter Berücksichtigung der neuen Richtlinien 2008/48/EG und 2008/122/EG, ZfRV 2009/4

Heißl, Können die USA ein Vorbild sein? - Neue Wege zur Bestimmung der Zuständigkeit bei Grundrechtseingriffen im Internet, ZfRV 2011/5

Hellbling, Zwischenstaatliche Auskünfte im österreichischen Verwaltungsverfahren, JBl 1978, 633

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741

Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72

Honsell, Glosse zu OGH vom 26. 7. 1990, 8 Ob 680/89, JBl 1991, 524

Höpfel, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 421

Höpfel, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 458

Höpfel/Ratz [Hrsg], Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wien (1999)

innovations-report, Forschungsstelle Glücksspiel: Illegale Zockerei erreicht bis zu 10-faches Volumen des legalen Glücksspiels, http://www.innovations-report.de/html/berichte/gesellschaftswissenschaften/forschungsstelle_gluecksspiel_illegale_zockerei_121787.html

internet4jurists, Vertragsabschluss im Internet, <http://www.internet4jurists.at/e-commerce/vertrag1.htm>

Internetsperren umgehen in 27 Sekunden auf youtube,
<http://www.youtube.com/watch?v=1NNG5I6DBm0&hd=1>

IP, Geolocation – IP-Adresse geographisch orten,
<http://meineipadresse.de/html/geolocation.php>

Joeinig, Zentralprobleme des Wuchers in Tatbestand und Rechtsfolgen, ÖJZ 2003/1

Jofer, Strafverfolgung im Internet, München (1997)

Juergen, Liechtenecker: win2day tritt in Dialog, <http://liechtenecker.at/win2day-tritt-in-dialog/>

Kienapfel, Besonderer Teil II⁹, Innsbruck (2010)

Knecht-Kleber, Neue (verfassungswidrige?) Werberegelung für das Glücksspiel, ÖBl 2009/41

Köberl, Kleines Glücksspiel – großes Leid? : empirische Untersuchung zu den sozialen Kosten des Glücksspiels in der Steiermark, Graz (2009)

Köberl/Prettenthaler, Kleines Glücksspiel – Großes Leid?, Graz (2009)

Kolonovits/Vonkilch, Schadenersatzrechtliche Sonderverjährung und Gleichheitssatz – Ist § 25 Abs 3 siebenter Satz Glücksspielgesetz verfassungswidrig?, ÖZW 2008, 12

Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, Wien (1997)

Korinek, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien (2000)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, Wien (2006)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, Wien (2007)

Krejci in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Wien (2002)

Kreutzer, Fischer & Partner, Evaluierung des illegalen Glücksspiels in Österreich 2010

Kreutzer, Fischer & Partner, Wenn einmal das Monopol nicht mehr schützt..., <http://www.kfp.at/wenn%2Deinmal%2Ddas%2Dmonopol%2Dnicht%2Dmehr%2Dsch%FCtzt.../de/48600/f9584ab8924d4a54abc68272f93989e3/>

Kronke, Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, RIW 1996, 985

Kroschel, Gegen Zensur – Internetsperre einfach umgehen, <http://www.pcwelt.de/ratgeber/Gegen-Zensur-Internetsperre-einfach-umgehen-315926.html>

Kühne, Finanzprokurator - "Anwalt und Berater der Republik"? Ein gleichheitswidriges (letztes?) Monopol?, ÖJZ 1998, 201

Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB²³, München (1999)

Laga, Rechtsprobleme im Internet, Wien (1998)

Larenz/Canalis, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, München (1995)

Lehner, Das Glücksspiel in Österreich (Eine steuerliche Betrachtung unter Berücksichtigung der föderalen und glücksspielrechtlichen Besonderheiten), taxlex 2006, 106.

Lehner, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007,337

Leidenmühler, Das "Engelmann"-Urteil des EuGH - Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247

Leidenmühler/Plöckinger, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006/55

Leidenmühler/Plöckinger, Zur Zuständigkeit bei Internetdelikten in *Plöckinger/Duursma/Helm [Hrsg]*, Aktuelle Entwicklungen im Internet-Recht, Wien (2002)

Lengauer, Der Reformvertrag - Ein bedeutender Schritt in der Herausbildung einer Europäischen Verfassungsordnung, ZfRV 2008/2

Lenz, Der Europäische Gerichtshof (aktualisierter Auszug aus dem EG-Kommentar), Wien (2000)

Lenz/Borchardt [Hrsg.], EU- und EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁴, Köln (2006)

Leukauf/Steininger [Hrsg.], Kommentar zum StGB², Eisenstadt (1974)

Leupold, Das Sportwettenmonopol der Länder auf dem Prüfstand (Plädoyer für eine europarechtskonforme Ausgestaltung des deutschen Sportwettenmarktes), MR-Int 2005, 55

Lindinger, Gerichtsstand - die Qual der Wahl, ZVR 2011/137

Low Tax Network International – Netzwerk internationaler Steuerberater und Rechtsanwälte, Glücksspiel-Lizenz/Wettlizenz - Lizenz für Sportwetten-: Malta, Gibraltar, England, Isle of Man und Offshore, http://www.firma-ausland.de/gluecksspiel_lizenz.htm

Mai, Immer mehr Jugendliche sind süchtig nach Glücksspielen, <http://www.augsburger-allgemeine.de/politik/Immer-mehr-Jugendliche-sind-suechtig-nach-Gluecksspielen-id20264511.html>

Mayer, Staatsmonopole, Wien (1976)

Meyer/Hayer, Das Gefährdungspotential von Lotterien und Sportwetten - Eine Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen (2005), <http://www.sportministerkonferenz.de/dateien/2005-09%20-%20Studie%20zum%20Gef%C3%A4hrdungspotenzial-Lotterien%20+%20Sportwetten.pdf>

McCarthy (PSE), Plenardebatte des Europäischen Parlaments am Dienstag, 14. November 2006 - Straßburg, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20061114+ITEM-018+DOC+XML+V0//DE>

Merkel, Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz, http://www.123recht.net/Dienstleistungsfreiheit-im-Europaeischen-Wirtschaftsraum-und-der-Schweiz-__a30141.html

Mochar/Seidl, Internationales Verbraucherschutzrecht und e-commerce, ÖJZ 2003/13

Mronz, Rechtsverfolgung im E-Commerce, Berlin (2004)

Nettel, Das Telekom-Reformpaket – Stärkung des europäischen Binnenmarkts für elektronische Kommunikation, *ecolex* 2010, 401

Netzpolitik.org, Eltern aus IT-Berufen gegen Internetsperren, <http://www.netzpolitik.org/2009/eltern-aus-it-berufen-gegen-internetsperren/>

Nikodem, Computerwelt, Gastkommentar: Weder rechtsfrei noch gefährlich, <http://www.computerwelt.at/detailArticle.asp?a=125575&n=1>

Nikodem, Sportwetten im Internet, 2008, http://www.it-law.at/uploads/tx_publications/Thomas_Nikodem_-_Sportwetten_im_Internet.pdf

Nikodem, Weder rechtsfrei noch gefährlich, Computerwelt 12/2009

Öhlinger, Verfassungsrecht⁶, Wien (2005)

Online-Glücksspiele in der EU: reden wir darüber!, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/358&format=HTML&age=0&language=DE&guiLanguage=de>

ooe.orf.at, Chronik, <http://ooe.orf.at/stories/488883/>

Österreichische Lotterien/Casinos Austria, Daten und Fakten zum Erhalt des geltenden Glücksspielgesetzes, <http://www.casinos.at/uploadNew/1ca89af7-6a10-4646-8017-9c8d9740d6e8.pdf>

Österreichisches Rotes Kreuz, <http://www.rotekreuz.at/mitmachen/kooperationen/kooperationspartner/win2day/>

Oswald, Glücksspielgesetz Neu – Sonderkrankenhaus De La Tour warnt vor Auspowerung und erheblicher Risikoausweitung, <http://suchtgift.wordpress.com/2009/09/30/gluecksspielgesetz-neu-sonderkrankenhaus-de-la-tour-warnt-vor-auspowerung-und-erheblicher-risikoausweitung/>

Parschalk, Provider-Haftung für die Urheberrechtsverletzungen Dritter, *ecolex* 1999, 834

Pletzer, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung (Teil I), JBl 2002, 545

Patalong, Internet-Sperren – Politik, Populismus und Kinderporno, <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,623125,00.html>

Plöckinger, Zur Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798

Pollak, Bindungswirkung von Auslegungsurteilen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 177 EGV, RZ 1998, 190

Römer, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, Berlin (2000)

Roth/Reith, EuGH präzisiert die gerichtliche Zuständigkeit bei Verbrauchersachen, ecolex 2011, 406

Rundschau-Online, Sportwetten-Skandal weitet sich aus, <http://www.rundschau-online.de/html/artikel/1259057429434.shtml>

Sadoghi, Stalking – eine differenzierte Betrachtung dogmatischer Probleme, AnwBl 340/08

Schanda, Auskunftsanspruch gegen Access-Provider über die IP-Adressen von Urheberrechtsverletzern, MR 2005, 18

Schmidt/Vollmöller, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht³, Berlin (2007)

Schneid, Steuern: EU hat Casinos Austria im Visier – Ein Poker-Anbieter reicht EU-Beschwerde wegen Steuervorteil der Casinos ein. Stein des Anstoßes ist der Verkauf der sogenannten „Propagandajetons“, Die Presse Online, 14.6.2009, <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/487057/index.do>, Print-Ausgabe, 15.06.2009.

Schoditsch, Schädigermehrheit und gesetzliches Haftungsprivileg, JBl 2004, 557

Scholz, Pathologisches Glücksspiel – von der Problemwahrnehmung zur Entwicklung professioneller Hilfestellungen, http://www.bmf.gv.at/spielerschutz/fachtagungglcksspie_12060/presentation_herwig_scholz.pdf

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch²⁶, München (2001)

Schopper/Zahradnik, Privat- und aufsichtsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Bankgeschäfte im Internet, ÖBA 2003, 21

Schroll, Die Gefährdung bei Umweltdelikten, JBI 1990, 681

Schwartz, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien (1998)

Schwartz/Wohlfahrt, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339

Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz und die wichtigsten Spielbedingungen, Kurzkomentar, Wien (2006)

Schwartz/Wohlfahrt, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, ecolex 2002, 51

Schwartz/Wohlfahrt, Im Auslegen seid frisch und munter ..., ecolex 2003, 797

Schwartz/Wohlfahrt, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601

Schwarze, Europarecht – Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung, Baden-Baden (2004)

Schweng, Niederlassungs – und Dienstleistungsfreiheit in der EU, Wien (1994)

Sieber, Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, 2065

Sierra, Sportwetten aus der Sicht privater Fernsehveranstalter - Zur Rechtslage in Deutschland, MR-Int 2005, 111

Spielsuchthilfe, <http://spielsuchthilfe.at/flash/index.html>

Spindler, Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet, MMR 2000, 18

Spindler/Fallenböck, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich (Teil I), ZfRV 2002/23

Stadler/Arzt, EuGH: Winner Wetten-Urteil zur Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs, *ecolex* 2010, 1114

Städtler, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften aus der Sicht des nationalen Praktikers, *RdA* 1995, 189

Steinbauer, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, *ÖJZ* 1985, 385

Streit, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt? Zwei Urteile des EuGH zu nationalen Beschränkungen des Glücksspiels, *MR* 1999, 360

Strejcek (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet, Wien (2006)

Strejcek (Hrsg), Lotto und andere Glücksspiele – Rechtlich, ökonomisch, historisch und im Lichte der Weltliteratur betrachtet, Wien (2003)

Strejcek/Hoscher/Eder [Hrsg], Glücksspiel in der EU und in Österreich, Wien (2001)

Strömer, Online-Recht – Juristische Probleme der Internet-Praxis erkennen und vermeiden⁴, Heidelberg (2006)

Südwest Presse, Glücksspiel-Wildwuchs im Netz, <http://www.swp.de/ulm/nachrichten/politik/Gluecksspiel-Wildwuchs-im-Netz;art4306,783879>

Swoboda, Die ganz legale Ausbeutung des Unschuldigen im Strafverfahren, *ÖJZ* 1994, 687

Talos/Stadler, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006

Thiele, BGH Urteil vom 12.12.2000, AZ 1 StR 184/00 - „Auschwitzlüge“, http://www.eurolawyer.at/pdf/BGH_1_StR_184-00.pdf

Thiele, Straftaten im Cyberspace – Zur Reichweite des österreichischen Internationalen Strafrechts, *MR* 1998, 219

Tröndle/Fischer, Kommentar zum StGB⁵³, München (2006)

Trübswetter (Interview mit *Becker*; Glücksspielforscher), "Rien ne va plus!" - Wenn Glücksspiel zur Sucht wird, <http://sonntags.zdf.de/ZDFde/inhalt/1/0,1872,8365345,00.html?dr=1>

vbr, Kino.to-Nachfolger ist am Netz, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kino-to-Nachfolger-ist-am-Netz-1277720.html>

Vonkilch, § 25 Abs 3 GSpG: authentische Interpretation "zum Quadrat", *ecolex* 2007, 241

Vonkilch, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem "Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz" - Rien ne va plus?, *ÖJZ* 2006/30

Walter, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, *ZVR* 1979, 33

Wenusch, Ist die *laesio enormis* auf Leibrentenverträge anwendbar?, *AnwBl* 2001, 133

Werbung der Casinos Austria AG, <http://www.casinos.at/content.aspx?muid=b7fda489-6159-4cf7-8094-1b4688ebf2d9>

Westdeutsche Zeitung, Der neue Sportwetten-Skandal offenbart Machtlosigkeit - Geschäft mit den menschlichen Schwächen Von Olaf Kupfer, http://www.presseportal.de/pm/62556/1516214/westdeutsche_zeitung

wettanbieter.eu, Europäische Glücksspielregelungen im Umbruch, <http://www.wettanbieter.eu/news/industrie/europa-gluecksspielgesetze-im-umbruch-024/>

Wetz/Lichtenberger, Spielautomaten: Geschäft mit dem (Un)glück, *Die Presse*, Print-Ausgabe, 21.05.2010, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/568042/Spielautomaten_Geschaef-mit-dem-Unglueck

Wichmann, Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, Wien (1998)

Wiebe, Auskunftspflichtung der Access Provider – Verpflichtung zur Drittauskunft bei Urheberrechtsverletzungen von Kunden, die an illegalem File-Sharing teilnehmen –

Gutachten im Auftrag der Internet Service Providers Austria (ISPA), MR 2005 H 4 Beilage, 1

Wiedenbauer, Neue Werberegelungen beim Glücksspiel in Sicht, MR 2007, 299

Wilhelm, Casino Royale – Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877

Wilhelm, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt) Nebst Lehrgang zur authentischen Interpretation, ecolex 2007, 313

Wilhelm, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel – VfGH hebt § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz auf – teilweise, ecolex 2008, 1111

WKO, Die Casinos Austria & die Österreichischen Lotterien, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=472773&DstID=292

Zankl, Bürgerliches Recht⁵, Wien 2010

Zankl, Der Entwurf zum E-Commerce-Gesetz, NZ 2001, 325

Zankl, E-Commerce-Gesetz, Wien (2002)

Zankl, EuGH: Die Sachertorte und das Glücksspiel, Die Presse, 8.2.2010 und online unter http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/538126/index.do?_vl_backlink=/home/index.do

Zankl, Internet-Beschränkung – Freedom!, output online, <http://www.output.at/news/freedom>

Zankl, IT Update 5.0, ecolex 2012, 298

Zankl, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, ecolex 2010, 310

Zankl, Online-Glücksspiel in Europa, Wien (2011)

Zankl, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, ecolex 2001, 344

Zankl, Studie – Rechtssicherheit durch Regulierung des Online-Glücksspiels, (2010)

Zankl, Zivilrecht und e-commerce Zugleich eine Besprechung von Gruber - Mader (Hrsg), Internet und e-commerce, Manz (2000), ÖJZ 2001, 542

Zielenkewitz, US only und Umleitung: So umgehen Sie Internetsperren, <http://www.netzwelt.de/news/77969-us-only-umleitung-so-umgehen-internetsperren.html>

Zöchbauer, Medieninhaltsdelikte im Internet – Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des österreichischen Medien-(straf-)rechts, MR 2002, 363

Zur Mobile Security 2010 des e-centers (eine Podiumsdiskussion zu Internetsperren): Gesetzliche Internetsperren gegen Missbrauch im Web? – "Wir wollen keine Internetzensur", http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/archiv/62560_Wir-wollen-keine-Internetzensur.html

Curriculum Vitae

Berufserfahrung

Seit 10/2011	Rechtsanwaltsanwärter bei TELOS Law Group Winalek, Wutte-Lang, Schaunig-Kandut Rechtsanwälte OG
Seit 04/2008	Wissenschaftlicher Mitarbeiter (Teilzeit) des europäischen zentrums für e-commerce und internetrecht (e-center); seit 10/2008 Key-Account-Assistent und Mitarbeit an diversen wissenschaftlichen Projekten
04/2010-09/2010	Rechtsanwaltsanwärter bei AVIA Law Group Wolczik, Knotek, Winalek, Wutte-Lang Rechtsanwälte GesbR
10/2008-09/2009	Gerichtspraxis am BG Mödling (Zivilzuteilung), LG Wiener Neustadt (Strafzuteilung), HG Wien und bei der Staatsanwaltschaft Wiener Neustadt
05/2007-08/2008	Juristischer Mitarbeiter (Teilzeit) bei Beck-Krist-Bubits & Partner Rechtsanwälte
09/2006-04/2007	Teilzeittätigkeit bei DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH

Ausbildung

Seit 03/2007	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
10/2007-09/2008	Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation (LL.M.)
10/2003-01/2007	Diplomstudium der Rechtswissenschaften
09/1995–10/2003	Realgymnasium mit sportlichem Schwerpunkt Maria Enzersdorf

Publikationen

03/2012	Ad ACTA, output
08/2011	Mitarbeit an <i>Zankl</i> , Online Gaming in Europe, erschienen bei facultas.wuv
06/2011	Mitarbeit an <i>Zankl</i> , Online-Glücksspiele in Europa, erschienen bei facultas.wuv
09/2010	Online-Glücksspiel – Neue Entscheidung des EuGH, output
02/2010	Zahlungsinstrumente: Haftung bei Verlust, Diebstahl und Missbrauch, mit Roman Wasserscheid, output
12/2009	Weder rechtsfrei noch gefährlich, Computerwelt
11/2009	U-Pads für Vertragsabschluss geeignet?, output

Vorträge

03/2012	Firma, Marke und Domain, Ort: Wien
06/2008	Sportwetten im Internet, Ort: Hotel Marriott

Abstract

War die Teilnahme an Glücksspiel noch vor wenigen Jahren ausschließlich auf herkömmlichem Weg (in Kasinos, Automatensalons, mit Freunden am Pokertisch, etc) möglich, so ist sie heute auch über das Internet alltäglich. Es existiert eine große Anzahl an Glücksspielanbietern, die online tätig werden. Dabei handelt es sich zum Teil um staatliche Anbieter und zum Teil um private Anbieter. Glücksspiel wird häufig auch mit Sucht und Kriminalität in Verbindung gebracht. Aus diesem Grund werden Glücksspielanbieter vom Staat verpflichtet strenge Vorschriften einzuhalten.

Das Internet ermöglicht es Glücksspielanbietern verhältnismäßig kostengünstig Glücksspiel für eine große Anzahl an Personen anzubieten, da Investitionen wie Spieltische, Räumlichkeiten, Glücksspielautomaten nicht mehr notwendig sind. Dies weit über nationale Grenzen hinaus. Beim grenzüberschreitenden Anbieten von Glücksspiel ergeben sich einerseits lukrative wirtschaftliche Chancen, doch sind andererseits eine Vielzahl von Rechtsordnungen zu beachten.

In dieser Arbeit wird grundsätzlich Online-Glücksspiel aus Sicht des österreichischen Zivilrechts betrachtet. Es wird untersucht, wie sich dieses auf innerstaatliche Online-Glücksspielverträge und auf grenzüberschreitende Online-Glücksspielverträge auswirkt. Um die Auswirkungen zivilrechtlicher Bestimmungen auf Online-Glücksspielverträge beurteilen zu können, ist auch österreichisches Verwaltungsrecht zu beachten. Aus Voraussetzungen für zulässiges Online-Glücksspielangebot oder aus strafrechtlichen Bestimmungen könnten sich Auswirkungen auf die Verträge ergeben.

Die verwaltungsrechtliche Rechtslage wiederum wird durch das Unionsrecht beeinflusst, da sich bspw aus den vier Grundfreiheiten Beschränkungen für den nationalen Gesetzgeber ergeben. Wird gegen diese verstoßen und liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, haben die unionsrechtswidrigen Bestimmungen unangewandt zu bleiben. Um Online-Glücksspielverträge zivilrechtlich zu beurteilen, muss daher auch das Unionsrecht betrachtet werden.

Aus diesen Gründen wird anfangs die verwaltungsrechtliche Situation des Glücksspiels in Österreich dargestellt und dargelegt in welcher Beziehung die unterschiedlichen Regelungen (zB für Casinospiele und für Sportwetten) zueinander stehen. Weiters wird aufgezeigt, dass und aus welchem Grund die Verwaltungsvorschriften bzw die dazugehörigen Strafnormen auf Online-Glücksspielanbieter, die online vom Ausland aus

in Österreich tätig werden, anwendbar sind. Auf Grundlage dieser Erkenntnisse wird die Judikatur des EuGH im Bereich des Glücksspiels analysiert um daraus Schlüsse auf die Vereinbarkeit des österreichischen Glücksspielrechts mit dem Unionsrecht zu ziehen. Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH werden hierfür zusammengefasst und anschließend jeweils einer Beurteilung unterzogen. Im Anschluss daran erstelle ich einen Grundsatzkatalog, der die Voraussetzungen enthält, die nationale Bestimmungen im Bereich des Glücksspiels erfüllen müssen, damit Unionskonformität gegeben ist. Dieser Katalog wird in zwei Teilen verfasst. Der erste Teil betrifft Glücksspiele die auf herkömmlichem Weg durchgeführt werden und solche die online durchgeführt werden. Der zweite Teil des Kataloges betrifft Online-Glücksspiel.

Durch einen Vergleich der österreichischen Glücksspielbestimmungen mit dem genannten Katalog wird nachgewiesen, dass im Zusammenhang mit den österreichischen Beschränkungen der Grundfreiheiten, die für eine Konformität mit dem Unionsrecht notwendigen Voraussetzungen, größtenteils nicht eingehalten werden. Die entsprechenden Normen sind insbesondere nicht geeignet, die angeblich mit ihnen verfolgten Ziele zu erreichen und sie sind unverhältnismäßig. Die Spielmöglichkeiten werden nicht kohärent und systematisch begrenzt.

Unter Zugrundelegung der gewonnenen Erkenntnisse untersuche ich die österreichischen zivilrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Glücksspiels. Zuerst wird herausgearbeitet wann diese zur Anwendung kommen. Dies ist zB bei entsprechender Rechtswahl oder bei Verbraucherverträgen zumindest hinsichtlich zwingender Bestimmungen des österreichischen Zivilrechts der Fall.

Zur Analyse der zivilrechtlichen Bestimmungen und wie sich diese auf Online-Glücksspiel auswirken, wird eine große Zahl, vorwiegend höchstgerichtlicher, Entscheidungen herangezogen. In diesen Entscheidungen wurde jedoch die Vereinbarkeit der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen (die für die Entscheidungen maßgeblich waren) mit dem Unionsrecht nicht thematisiert und wurde von dieser ausgegangen. Aus diesem Grund komme ich teilweise zu anderen Schlüssen als der OGH, wobei festzuhalten ist, dass die Sachverhalte der behandelten Entscheidungen auch keinen Anlass gegeben haben die Unionsrechtswidrigkeit aufzugreifen. Ich bin der Ansicht, dass nach der derzeitigen Rechtslage Gewinne aus Glücksspielverträgen klagbar sind, auch wenn man bei einer Betrachtung der Rechtslage ohne der Miteinbeziehung von Unionsrecht zu einem anderen Ergebnis gelangt.

Wie andere Rechtsgeschäfte auch können Glücksspielverträge bspw aufgrund von List, Zwang, Irrtum oder Wucher angefochten werden. Ein Rücktritt im Fernabsatz ist bei Glücksspielverträgen grundsätzlich nicht möglich.

Besondere Beachtung wird einer allfälligen Nichtigkeit von Glücksspielverträgen nach § 879 Abs 1 ABGB gewidmet. Grundsätzlich liegt Nichtigkeit aufgrund von Verstößen gegen gesetzliche Verbote, und zwar § 52 Abs 1 Z 1 GSpG und § 168 StGB, nahe. Aufgrund ihrer Unionsrechtswidrigkeit, haben diese Vorschriften unangewandt zu bleiben und daher ist auch keine Nichtigkeit gegeben.

Ich bin der Ansicht, dass die unionsrechtswidrige österreichische Rechtslage im Bereich des Glücksspiels große Rechtsunsicherheit in verwaltungsrechtlicher Sicht schafft. Diese hat Auswirkungen auf das Zivilrecht, wodurch Rechtsfolgen, die als gefestigt anzusehen waren, nicht mehr eintreten. Entsprechende Judikatur existiert jedoch zZ nicht, wodurch auch im Zivilrecht große Rechtsunsicherheit besteht. Eine generelle Neuregelung des Glücksspiels in Österreich bzw eine EU-weite Harmonisierung des Glücksspielrechts wären daher mE wünschenswert.