



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Sportwette im österreichischen Recht. Ausgewählte
Fragen des öffentlichen Wirtschaftsrechts“

verfasst von

Mag. Andreas Huber

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek

Meinen lieben Eltern

Mein besonderer Dank gilt Herrn Rechtsanwalt Dr. Ronald Gingold, der mich als Freund und langjähriger Mentor für das Glücksspielrecht begeistert hat und mir stets mit gutem Rat hilfreich zur Seite stand. Ebenso danke ich meinem Betreuer, Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek, sowie dem gesamten Team des Zentrums für Glücksspielforschung bei der Universität Wien, allen voran Herrn Mag. Christoph Schlintner, für die fachliche und administrative Unterstützung.

INHALTSVERZEICHNIS

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN	4
I. EINLEITUNG	7
Problemstellung und Gang der Untersuchung	7
II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG IN ÖSTERREICH	9
III. BEGRIFF DER WETTE	12
a. Zivilrecht	12
a.1. Glücksverträge - allgemeines	12
a.2. Das aleatorische Element	13
a.3. Glücksverträge im engeren Sinn	16
a.4. Glücksverträge im weiteren Sinn	24
a.5. Abgrenzung zwischen Wette und Spiel	27
a.6. Abgrenzung zwischen Wette und Los	30
a.7. Abgrenzung zwischen Wette und sonstigen Verträgen	30
a.8. Besondere „Wettformen“?	36
b. Öffentlich-rechtlicher Wettbegriff	38
c. Zusammenfassende Definition der Wette	38
IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	39
a. Versteinerungstheorie	41
b. Lehre	42
c. Judikatur	44
d. Ergebnis	44
e. TOTO	46
f. Exkurs: Gesellschaftswetten	49

V.	DIE LANDESRECHTLICHEN BESTIMMUNGEN IM EINZELNEN	51
a.	Burgenland	52
b.	Wien	53
c.	Niederösterreich	54
d.	Oberösterreich	55
e.	Salzburg	57
f.	Steiermark	59
g.	Kärnten	61
h.	Tirol	63
i.	Vorarlberg	66
j.	Vergleich	70
VI.	WETTABSCHLUSS IM INTERNET	71
a.	Geltungsgrenzen des österreichischen Rechts	71
b.	Zivilrecht	72
c.	Verwaltungsrecht	74
d.	Exkurs: Sicht der Finanzbehörden	77
e.	Fazit	78
VII.	EUROPARECHT	79
a.	Harmonisierung	79
b.	Dienstleistungs-RL	80
c.	Unionsrechtliche Problemkreise	81
c.1.	Niederlassungsfreiheit	82
c.2.	Dienstleistungsfreiheit	84
c.3.	Abgrenzung	86

d.	Judikatur-EUGH	87
-----------	-----------------------	-----------

Exkurs:	Einordnung von sekundärem Unionsrecht in den Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung	87
----------------	--	-----------

d.1.	RS Schindler C-275/92	93
d.2.	RS Laarä C-124/97	97
d.3.	RS Zenatti C-67/98	100
d.4.	RS Anomar C-6/01	104
d.5.	RS Gambelli C-243/01	105
d.6.	RS Placanica C-338/04	110
d.7.	RS Liga Portuguesa C-42/07	114
d.8.	RS Sporting Exchange C-203/08 und RS Ladbrokes C-258/08	121
d.9.	RS Sjöberg C-447/08 und Gerdin C-448/08	128
d.10.	RS Winner Wetten C-409/06	131
d.11.	RS Carmen Media Group C-46/08	137
d.12.	RS Stoß C-316/07 ua	141
d.13.	RS C-64/08 Engelmann	145

e.	Judikatur-EFTA	148
-----------	-----------------------	------------

f.	Zusammenfassung	149
-----------	------------------------	------------

VIII. VERBOTE UND SANKTIONEN	155
-------------------------------------	------------

a.	Strafrecht	155
-----------	-------------------	------------

b.	Zivilrecht	158
-----------	-------------------	------------

b.1.	Verstoß gegen gesetzliche Verbote	158
b.2.	Sonstige Willensmängel	159
b.3.	Rückforderung von Wetteinsätzen wegen Spielsucht	161

IX. CONCLUSIO	162
----------------------	------------

Ausklammerung verwandter Themenkomplexe	163
--	------------

QUELLENVERZEICHNIS	164
---------------------------	------------

Verzeichnis der Abkürzungen

§	Paragraph
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl	ablehnend
ABl	Amtsblatt der EU
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	dt. Bundesgerichtshof
Blg	Beilage(n)
BlgLT	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Landtags
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BVerfG	dt. Bundesverfassungsgericht
BVerwG	dt. Bundesverwaltungsgericht
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt (Österreich)
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
gem	gemäß

GIU	„Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes“, hrsg von Glaser und Unger, fortgeführt von Walther
GIUNF	„Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes“, hrsg von Glaser und Unger, fortgeführt von Pfaff, Schey, Krupsky, Schrutka von Rechtenstamm und Stephan (1898-1915)
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
HG	Handelsgericht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idS	in diesem Sinn
iSd	im Sinne des
iSv i	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JB	Juristische Blätter
JGS	„Justizgesetzsammlung“, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780-1848)
JRP	Journal für Rechtspolitik
JSt	Journal für Strafrecht
leg cit	legis citatae
LGB	Landesgesetzblatt
lit	litera
mE	meines Erachtens
MR	Medien und Recht
MR-Int	Medien und Recht International
mwN	mit weiteren Nachweisen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
RGB	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RS	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung (iSv Judikatur)

Rz	Randziffer
RZ	Richterzeitung
S	Seite
sc	scilicet
SchlA	Schlussantrag
Slg	Sammlung
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
ua	unter anderem
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
uU	unter Umständen
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
zB	zum Beispiel
Zbl	Zentralblatt für die juristische Praxis (1883-1938)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht

I. Einleitung

„Das Spiel als Freizeitbeschäftigung hat den Lauf der Geschichte in allen Gesellschaften überdauert, wobei vier Ebenen unterschiedlicher juristischer Widerspiegelung zu unterscheiden sind. Auf der ersten Ebene steht seine spontanste und grundlegendste Äußerung, die reine Unterhaltung und Zerstreuung. Auf der zweiten Ebene tritt der Wettbewerb in Erscheinung, der dem Gewinner neben dem Vergnügen am Wettstreit mit anderen Selbstbewusstsein und soziales Prestige verschafft. Auf der dritten Ebene reichen die Unterhaltung oder die Zurschaustellung von Fertigkeiten nicht mehr aus, sondern es besteht ein finanzielles Interesse. Auf der vierten Ebene stehen die Wetten, bei denen nicht nur Geldbeträge aufs Spiel gesetzt werden, sondern die zu einer Sucht geworden sind.“¹

So schildert Generalanwalt Colomer in der Rechtsache *Placanica*, einem der wettrechtlichen Leading-Cases des EuGH, treffend die der Wette und dem Glücksspiel immanenten Risiken.

„Der Österreicher verwettet im Jahr durchschnittlich 50 €. Das ist mehr als das Doppelte von dem, was der durchschnittliche Europäer bereit ist für seine Wetten einzusetzen.“²

Grund genug also, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Sportwette in Österreich einer detaillierten Untersuchung zu unterziehen und der gelebten wirtschaftlichen Praxis gegenüberzustellen.

Problemstellung und Gang der Untersuchung

Fest steht, dass das Recht der Sportwetten in der österreichischen Rechtsordnung keine zentrale Rolle einnimmt. Dies hat als logische Konsequenz eine recht stiefmütterliche bis gar nicht vorhandene Behandlung im rechtswissenschaftlichen Diplomstudium einerseits als auch im fachlichen Diskurs andererseits, gemessen an der Anzahl der Publikationen, zur Folge. Dies steht jedoch geradezu auffallend im Widerspruch zu seinem volkswirtschaftlichen Stellenwert und der stetig wachsenden Zahlen an Wettformen, Wettanbietern und Wettenden. Ein möglicher Grund dafür könnte in der zersplitterten landesgesetzlichen Normierung der öster-

¹ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rn 95.

² *Johann*, Mit Sportwetten werden Milliarden verdient, Wirtschaftsblatt.at (4.9.2008).

reichischen Bundesländer liegen. Vor dem Hintergrund der fortschreitenden Verbreitung und Ubiquität des Internets, das gleichsam als Motor steigender Wettumsätze und Popularität zu bezeichnen ist, wirkt diese Zersplitterung innerhalb eines vergleichsweise kleinen Landes wie Österreich unverständlich und beinahe provinziell. Darüber hinaus steht das Recht der Sportwetten zumindest medial stets im Schatten des Glücksspielwesens mit seinem kontrovers diskutierten Monopol oder wird gar als dessen Teil wahrgenommen.

Die vorliegende Arbeit soll daher sowohl eine deutliche Grenzziehung zum Glücksspielwesen ermöglichen, als auch den gedanklichen Spagat zwischen landesgesetzlichen Vorschriften und europarechtlichen Regulierungstendenzen wagen.

Nach einer kurzen Darstellung der historischen Entwicklung des Wettwesens behandelt das Kapitel III. den Wettbegriff aus zivil- wie auch öffentlich-rechtlicher Sicht, um schließlich zu einer zusammenfassenden Definition zu gelangen, der der weiteren Untersuchung als Ausgangsbasis dienen soll. Dabei wird sowohl auf die Abgrenzung zu verwandten Vertragsformen des Zivilrechts als auch auf verwaltungsrechtliche Normen Bedacht genommen.

Darauf aufbauend wird in Kapitel IV. der zugrunde gelegte Wettbegriff auf seine verfassungsrechtliche Einordnung in die Kompetenzverteilung der österreichischen Bundeversammlung hin untersucht. Kapitel V. widmet sich den einzelnen Landesgesetzen und streicht im Wege des Vergleichs Gemeinsamkeiten, Unterschiede und die Grundlage letzterer heraus. Im darauf folgenden Kapitel werden Fragen im Zusammenhang mit Sportwetten unter Zuhilfenahme des Internets diskutiert.

Kapitel VII. dient der Herausarbeitung der maßgeblichen europarechtlichen Rahmenbedingungen und zeichnet anhand von zahlreichen Judikaturanalysen die Entwicklung der gefestigten Rechtsprechungslinie der europäischen Gerichte nach. Überdies werden Aspekte einer europaweiten Harmonisierung des Sektors diskutiert.

Kapitel VIII. bildet inhaltlich den Abschluss der Arbeit und illustriert straf- sowie zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeiten zur Hintanhaltung des Wettbetrugs.

In der Conclusio sollen abschließend die Forschungsergebnisse zusammengefasst werden und gleichzeitig eine Grenzziehung zu verwandten Themengebieten erfolgen.

II. Historische Entwicklung in Österreich

Das Glück zu Gold zu machen bzw das unentwegte Streben danach ist wohl so alt wie die Menschheit selbst. Da wundert es kaum, dass bereits in der Antike Wetten und Glücksspiele weit verbreitete Phänomene waren, deren Häufigkeit und die damit einhergehenden negativen Auswirkung auf die Gesellschaft in ihrer Deutlichkeit vor allem in Ballungszentren zu beobachten waren und sich durch alle Volksgruppen und Gesellschaftsschichten zogen. So berichtet bereits Tacitus über die Germanen: „*Das Würfelspiel treiben sie merkwürdiger Weise nüchtern unter den ernsthaften Dingen, im Gewinnen und Verlieren so unbeherrscht, dass sie, wenn sie nichts mehr haben, im letzten Wurf ihre Freiheit und Person einsetzen. Der Besiegte begibt sich freiwillig in die Knechtschaft; wenn auch jugendlicher, wenn auch stärker, lässt er sich binden und verkaufen. So weit geht ihre Unnachgiebigkeit in einer verkehrten Sache: sie selber heißen es Ehrenpflicht.*“³

Wenngleich schon damals versucht wurde, die Spielsucht in geordnete Bahnen zu lenken, so tat dies der Beliebtheit von Wetten und Glücksspielen keinerlei Abbruch. So war etwa das Würfeln in der römischen Antike nur an den Festtagen zu Ehren des Gottes Saturn, den sog Saturnalien⁴, erlaubt. Der unter Kaiser Justinian kodifizierte Corpus Iuris Civilis enthielt sogar ein Verbot von fünf, aus damaliger Sicht besonders gefährlichen Glücksspielen.⁵

Bereits damals wurde zwischen Wette und Spiel unterschieden, wenngleich Wette als vereinfachte Form des Glücksspiels verstanden wurde, weil für sie kein Spielgegenstand (zB Karten oder Würfel) benötigt wurde und der Ausgang neben der Zufallskomponente auch durch logische Überlegungen und Berechnungen beeinflusst wurde. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Pflicht zur Begleichung von Spiel- und Wettschulden ähnlich geregelt war wie heute. Nach Schulze⁶ entstand im römischen Recht keine Naturalobligation, obwohl das römische Recht dieses Rechtsinstitut bereits gekannt hat, sondern entweder eine durchsetzbare Forderung oder eben gar keine Forderung. Ähnlich rezipierte dies das frühgermanische

³ Publius Cornelius Tacitus, Germania, Kap. 24,3 ff, abrufbar in deutscher Übersetzung unter <http://www.gottwein.de/Lat/tac/Germ16.php> (10.8.2012).

⁴ Nilsson in Pauly, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (RE) (1921), II A, 1, Sp 201–211.

⁵ Gebhardt in Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg), Glücksspiel in Deutschland, Ökonomie, Recht, Sucht (2008), 133.

⁶ Schulze, Die Naturalobligation (2008), 82.

Recht, wonach Wetten zwar verbindlich und rechtswirksam waren, den Vertragsparteien aber keine Klagebefugnis eingeräumt wurde. Der Grund dafür lag jedoch weniger in einer rechtspolitischen Überlegung, sondern eher in faktischen Umständen, da der Wettende den Wetteinsatz ohnehin bereits erbracht hatte ehe sich die von ihm aufgestellte Behauptung als unrichtig erweisen konnte. Die Notwendigkeit einer auf den Wetteinsatz gerichteten Leistungsklage bestand daher nicht.

Im Gegensatz zum heutigen Allgemeinverständnis, welches Wetten zumeist im Zusammenhang mit sportlichen Veranstaltungen kennt und daher auch der Sportwette eine im Vergleich zur Gesellschaftswette vorrangige Stellung zuzuschreiben ist, stellten im Altertum Wetten auf sportliche Veranstaltungen (abgesehen von Wetten auf den Ausgang der „Spiele“ in der römischen Arena) eher die Ausnahme dar. Im Vordergrund standen Wetten auf das Leben und Sterben von Personen, Reisen und Wallfahrten, das Geschlecht Neugeborener oder den Ausgang von Schlachten und Kriegen.⁷

In Österreich wurden Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen umfassend durch die Kaiserliche Verordnung vom 29.8.1916 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens⁸ kodifiziert. Diese gliederte sich in einen verwaltungsrechtlichen Teil und einen dazu vergleichsweise langen gebührenrechtlichen Teil, wobei im Folgenden lediglich die verwaltungsrechtlichen Vorschriften untersucht werden sollen. Bemerkenswert war die Unterscheidung zwischen der gewerbsmäßigen Vermittlung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen⁹ durch Totalisateure und dem gewerbsmäßigen Abschluss dieser Wetten durch Buchmacher. Erforderlich war für beide Gruppen eine vorausgehende Zulassung durch die „politische Landesbehörde“, welche gem § 1 Abs 4 leg cit die Bewilligung jederzeit von Bedingungen abhängig machen, diese einschränken oder widerrufen konnte. Einzelne Kriterien für die Bewilligung oder Bestimmungen hinsichtlich der Aufstellung und der Ausgestaltung der genannten Bedingungen enthielt die Verordnung nicht, wohl aber eine umfangreiche Strafbestimmung für Verstöße gegen ihre Bestimmungen. So war neben der bewilligungslosen Vermittlung oder dem Abschluss von Wetten auch das Mitwirken an solchen sowie das Dulden derartiger Wet-

⁷ Nähter, Zur Geschichte des Glücksspiels, <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Forschungsarbeiten/Naether.pdf> (28.8.2012).

⁸ RGBI 1916/282.

⁹ Das Gesetz nannte demonstrativ Rennen und Regatten.

ten in Gast- und Schankgewerbelokalitäten mit Strafe bedroht und darüber hinaus sogar mit dem potentiellen Verfall der dabei verwendeten Betriebsmittel verbunden. Die Vollzugszuständigkeit war zwischen dem Minister für Finanzen und dem Minister des Inneren aufgeteilt. Eine Regelung des Rechtsgebiets der Gesellschaftswetten¹⁰ war nicht enthalten.

Eine erste inhaltliche Änderung erfuhr die Verordnung, als sie als Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens¹¹ von der Nationalversammlung in beinahe wortgleicher Form wiederverlautbart wurde. Neu war zu diesem Zeitpunkt aus verwaltungsrechtlicher Sicht, dass nur Personen, „*welche die Gewähr voller Vertrauenswürdigkeit bieten*“¹², die Bewilligung zum gewerbsmäßigen Abschluss von Sportwetten erteilt werden durfte. Als entsprechendes Pendant für Totalisateure wurde in Abs 4 leg cit das Zustimmungserfordernis des Staatsamtes für Inneres und Unterricht im Einvernehmen mit dem Staatsamt für Finanzen aufgenommen. Ebenso wurden die bereits in der Verordnung enthaltene Möglichkeit des (teilweisen) Bewilligungsentzugs insofern konkretisiert, als auf den Wegfall der Voraussetzung der vollen Vertrauenswürdigkeit Bezug genommen wurde. Hinsichtlich der Aufstellung von Bedingungen hatte die Landesregierung weiterhin freie Hand. Die Vollzugszuständigkeit verblieb bei den nunmehrigen Staatsämtern für Finanzen sowie für Inneres und Unterricht.

Der Vollständigkeit halber sind das Gesetz vom 29.4.1920 über die Veränderung des Gesetzes vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens¹³ und die dazugehörige Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Finanzen vom 29.4.1920 zur Durchführung der Gesetze über die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten¹⁴ zu erwähnen, welche jedoch in erster Linie gebührenrechtliche Änderungen, also vor allem Gebührenerhöhungen, mit sich brachten.

¹⁰ Dazu weiter unten.

¹¹ StGBI 1919/388 (GTWB-G).

¹² § 1 Abs 3 leg cit.

¹³ StGBI 1920/193.

¹⁴ StGBI 1920/194.

Besondere Relevanz hatte das GTBW-G einerseits, weil es gem § 1 Übergangsgesetz 1920¹⁵ in die Rechtsordnung des B-VG 1920¹⁶ übergeleitet wurde und somit auch nach dem Wiederinkrafttreten des B-VG 1920 durch das Verfassungs-Überleitungsgesetz¹⁷ in Geltung trat. Wenngleich zunächst die Frage im Raum stand, ob die Überleitung als Bundes- oder Landesgesetz erfolgte, beantwortete der Verfassungsgerichtshof¹⁸ dies eindeutig zugunsten der Landesgesetzgeber.¹⁹ Andererseits ist natürlich hervorzuheben, dass durch die Überleitung in das B-VG 1920 das GTWB-G auch im Versteinerungszeitpunkt Teil der Rechtsordnung war und daher für die Interpretation der Kompetenztatbestände des B-VG 1920 herangezogen werden kann.

Festzuhalten ist abschließend, dass das GTWB-G, abgesehen von kleinen Änderungen und Ergänzungen, noch heute in manchen Bundesländern in der Form eines nahezu wortidenten Landesgesetzes in Geltung steht.

III. Begriff der Wette

Zunächst ist es unumgänglich, die Wette als Rechtsbegriff zu erfassen. In diesem Zusammenhang stehen mehrere Aspekte im Raum, die es in ein systematisch-hierarchisches Korsett zu zwingen gilt, was im Weiteren für die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen von Bedeutung ist.

a. Zivilrecht

a.1. Glücksverträge - allgemeines

Das ABGB²⁰ enthält in seinem neunundzwanzigsten Hauptstück Bestimmungen über die Glücksverträge. § 1269 ABGB bestimmt: *„Glücksverträge sind: die Wette; das Spiel und das Los; alle über gehoffte Rechte, oder über künftige noch unbestimmte Sachen errichtete Kauf-*

¹⁵ BGBl 1920/2.

¹⁶ Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF 1929, BGBl 1930/1 idF BGBl 2010/98.

¹⁷ Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 StGB 1945/4.

¹⁸ VfGH 19.11.1932, V 5/32, VfSlg 1477/1932, siehe unten.

¹⁹ Wojnar in Strejcek (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 26.

²⁰ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl 2010/58.

und andere Verträge; ferner, die Leibrenten; die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten; endlich die Versicherungs- und Bodmereyverträge.“

Bereits die demonstrative²¹ Aufzählung (es wurden nur die hauptsächlichen Gestaltungsformen herausgegriffen²²) lässt erkennen, dass das ABGB unter der Gruppe der Glücksverträge verschiedene Vertragstypen zusammenfasst. Ihre Ähnlichkeit besteht darin, dass ihnen allen ein aleatorisches Element immanent ist. Sie unterscheiden sich jedoch gerade dadurch erheblich voneinander, wie ausgeprägt dieses Zufallsmoment ist und welche anderen Faktoren zu diesem noch hinzutreten. Glücksverträge zählen entweder zu den entgeltlichen, den gemischt entgeltlichen oder unentgeltlichen Geschäften, „*je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht*“²³. Die Entgeltlichkeit ist dabei nicht auf den direkten Leistungsaustausch zu beziehen, sondern es sind Einsatz und Chance gegenüberzustellen.²⁴ *Krejci* ist gar der Ansicht, dass die Entgeltlichkeit überhaupt kein Wesensmerkmal des Glücksvertrages ist.²⁵ Unentgeltliche Glücksverträge sind die unentgeltliche Ausspielung und die einseitige Wette²⁶.

a.2. Das aleatorische Element

Vereinfacht ausgedrückt lässt sich sagen, dass das Wesen eines aleatorischen, synallagmatischen Vertrages darin besteht, dass von vornherein nicht gesagt werden kann, ob sich im Endergebnis der Vertrag für sich allein betrachtet für eine der Vertragsparteien vorteilhaft auswirken wird.²⁷ „*Gemeinsames Tatbestandsmerkmal (...) ist die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteils. Nicht die Höhe bzw das sonstige Ausmaß des Vorteils muss ungewiss sein, sondern sein Eintritt.*“²⁸ Zutreffend weist *Wolff*²⁹ darauf hin, dass der Umstand allein, dass der Vertragsabschluss mit dem Risiko einer Verlustmöglichkeit bzw umgekehrt mit der Chance einer Gewinnmöglichkeit verbunden ist, den Vertrag noch nicht zum Glücksvertrag macht. Die Ungewissheit selbst muss unmittelbar zum Vertragsinhalt erhoben werden, um das Vorliegen eines Glücksvertrags zu bewirken.

²¹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1269 Rz 1.

²² *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/2 (1811-1813) 665.

²³ GIUNF 6287.

²⁴ *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1267 Rz 3.

²⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 7.

²⁶ Definitionen siehe unten.

²⁷ OGH 22.1.1987, 8 Ob 604/86.

²⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 2.

²⁹ *Wolff* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954)² 982.

Diese Ungewissheit kann nun verschiedenartig ausgestaltet sein. Entweder hängt es vom reinen Zufall ab, also dem Eintritt bzw Nichteintritt eines Ereignisses ohne kausale Erklärung, oder es geht um die Frage, ob eine zu erbringende Leistung³⁰ in objektiver oder zeitlicher Hinsicht möglich ist. Der Begriff des Ereignisses darf in diesem Zusammenhang nicht mit jenem der Statistik³¹ gleichgesetzt werden, wo „Ereignis“ als „mögliches Ergebnis“ verstanden wird. Zwar ähneln sie sich sehr in ihrer Bedeutung, doch handelt es sich dennoch um unterschiedliche Zugänge zur Materie.

Ganz generell bereitet die Definition des Zufalls mitunter Schwierigkeiten, beschäftigen sich doch mehrere wissenschaftliche Disziplinen, von Philosophie und Theologie bis hin zu den Naturwissenschaften, mit dessen Herkunft und Bedeutung.³² So spannend und einer interessanten Diskussion zuträglich die unterschiedlichen Denkansätze nun seien mögen, so soll bei der rechtlichen Analyse des Problems doch lediglich auf die mathematische Herangehensweise zurückgegriffen werden. Man kann daher Glücksverträge auch danach unterscheiden, ob die Anzahl der möglichen Ergebnisse endlich oder unendlich ist. Während etwa beim Münzwurf oder beim Würfelspiel die Anzahl endlich ist, ist hingegen die Zahl der möglichen geographischen Kurse unendlich.³³ Selbst wenn jedoch die Anzahl der potentiellen Ergebnisse unendlich ist, so kann weiter differenziert werden, ob sich diese Ergebnisse in einem endlichen oder unendlichen Wertebereich befinden. Betrachtet man zum Beispiel die unendliche Anzahl möglicher Kurse, so wird man dennoch bemerken, dass alle im Bereich zwischen 0° und 360° liegen. Der Wertebereich ist somit endlich. Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil sich im Falle des unendlichen Wertebereichs kein Erwartungswert ermitteln lässt. Praktische Beispiele für endliche Wertebereiche aus der Welt der Sportwette sind etwa ein Tennismatch, bei dem einer der beiden Spieler zwangsläufig siegen muss³⁴ oder ein Skirennen, Wetten auf ein bestimmtes Ergebnis zB die Anzahl der geschossenen Tore in einem

³⁰ Eine solche ist zumeist nur von einer Partei zu erbringen.

³¹ *Hafner*, Wahrscheinlichkeitsrechnung und Statistik (1989) 13 ff.

³² Vgl etwa *Aristoteles*, physics, <http://classics.mit.edu/Aristotle/physics.mb.txt> (26.10.2009).

³³ *Wenusch*, Ist die laesio enormis auf Leibrentenverträge anwendbar?, *AnwBl* 2001, 133.

³⁴ Vgl die Spielbedingungen diverser Anbieter für den Fall des Nichtzustandekommens einer Austragung aufgrund höherer Gewalt; zB https://help.bwin.com/General/Legal/sportsbook_tac.aspx (26.10.2009), <http://www.tipp3.at/betting/wettordnung.jsp?sessionID=9146457c-1401-583d149-bb69-056025c749d9> (26.10.2009); <http://help.bet365.com/home/mainpage.asp?ibpid=5100&sg=59&sctid=1&prd=1&lng=5> (26.10.2009).

Fußballmatch beziehen sich dagegen auf einen (zumindest theoretisch) unendlichen Wertebereich.

Der Begriff des Ereignisses im hier relevanten Sinne ist ein sehr weiter, unerheblich ist es auch, ob dessen Eintritt durch menschliches Verhalten bewirkt ist oder nicht. Werden von den Wettenden persönliche Tätigkeiten³⁵ verlangt, trifft sie allerdings die Nebenverpflichtung, diese innerhalb angemessener Frist vorzunehmen. Geschieht dies nicht, kann der Vertragspartner entweder die Erfüllung durch Beugemittel nach § 354 EO³⁶ zwangsweise durchsetzen oder gem § 918 Abs 1 bzw § 920 Abs 1 ABGB vom Vertrag zurücktreten. Eine auf einer Kraftanstrengung oder einer Geschicklichkeitsleistung beruhende Wette kann bei einem Fehlversuch grundsätzlich wiederholt werden, wobei die Abgrenzung zwischen Fehlversuch und schlichtem Misslingen große Schwierigkeiten bereiten kann.³⁷ Bei illegalem Doping³⁸ gilt der Erfolg als nicht erbracht.³⁹ Des Weiteren ist denkbar, dass das Ereignis bereits längst eingetreten ist, sich die Parteien aber über diesen Umstand objektiv in Unkenntnis befinden⁴⁰. Nach *Binder*⁴¹ begründet beiderseitige Kenntnis vom eintretenden Ergebnis oder zumindest Wissen des vermeintlichen Verlierers davon eine Schenkung iSd § 938 ABGB, bei der dem Gewinner der versprochene Preis als Gegenstand der Schenkung belassen wird.

Die Frage, ob und wann ein Ereignis als eingetreten zu beurteilen ist, ist nach objektiven Gesichtspunkten und nach der Übung des redlichen Verkehrs zu beantworten.⁴² Vereinbaren die Vertragsparteien, dass ein (unabhängiger) Dritter über die Frage des Eintritts bzw Nichteingtritts eines Ereignisses urteilen soll, so hat dieser nach billigem Ermessen zu entscheiden. Ist er säumig, so hat der Richter in Analogie zu § 659 ABGB zu entscheiden.⁴³

³⁵ *Klicka in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung (2008)² § 354 EO.

³⁶ Exekutionsordnung RGBI 1896/79 idF BGBl 2005/68.

³⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1270 Rz 4 f.

³⁸ Vgl Anti-Doping-Bundesgesetz 2007 idF BGBl 2007/30 idF BGBl 2008/115; *Hauser*, Anti-Doping-Bundesgesetz 2007 - Handlungsbedarf für Österreichs Sportverbände!, AnwBl 2008, 205.

³⁹ *Krejci in Rummel*, ABGB³ (2002) §§1267 – 1274 Rz 97; *Binder in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1270 Rz 5.

⁴⁰ Vgl Hundewetten über aufgezeichnete Rennen nach dem Totalisationsprinzip.

⁴¹ *Binder*, aaO Rz 3.

⁴² *Binder*, aaO Rz 5

⁴³ Eine Preisbestimmung nach § 1056 ABGB kommt nicht in Betracht, da der Vertrag bereits in allen wesentlichen Punkten zustande gekommen ist; vgl *Wolff in Klang* V 986.

Gegenstand eines Glücksvertrages können somit alle Geschehnisse der Vergangenheit, der Gegenwart und der Zukunft sein.⁴⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Glücksverträge ihrer Natur nach immer zwei- oder mehrseitige Vertragsverhältnisse darstellen, wobei sowohl einseitig verpflichtende als auch synallagmatische Varianten existieren. Der Wesenskern eines aleatorischen synallagmatischen Vertrages besteht darin, dass von vornherein nicht gesagt werden kann, ob sich im Endergebnis der Vertrag für sich allein betrachtet für den einen oder den anderen Teil vorteilhaft auswirken wird.^{45 46} Das bedeutet aber nicht, dass die beiderseitigen Leistungen nicht geschätzt werden könnten.⁴⁷ Ob bzw in welcher Höhe eine der Vertragsparteien eine Leistungspflicht trifft, hängt jedoch von Umständen ab, welche zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch ungewiss sind.

a.3. Glücksverträge im engeren Sinn

Die herrschende Lehre⁴⁸ unterscheidet zwischen Glücksverträgen im engeren Sinn – dazu gehören Wette, Spiel und Los – und Glückverträgen im weiteren Sinn – also allen übrigen, wie etwa der Hoffnungskauf oder der Leibrentenvertrag. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Gruppierungen besteht im Vertragszweck. Während Glücksverträge im engeren Sinn den ausschließlichen Zweck verfolgen, mit einem ungewissen Ereignis ein Wagnis zu verbinden, so treten bei den Glückverträgen im weiteren Sinn zum genannten Zweck noch weitere Motive hinzu. Im Wesentlichen sind Glücksverträge ieS durch drei Charakteristika gekennzeichnet, nämlich durch den Ausschluss der *laesio enormis*⁴⁹, durch das Entstehen von bloßen Naturalobligationen⁵⁰ sowie durch normierte Verbote, die auf sozialpolitische Zwecke zurückzuführen sind⁵¹

⁴⁴ Wolff aaO.

⁴⁵ Krejci, aaO.

⁴⁶ SZ 27/222 = OGH 10.9.1954, 3 Ob 273/54.

⁴⁷ SZ 27/222 = OGH 10.9.1954, 3 Ob 273/54.

⁴⁸ Binder in Schwimann, aaO.

⁴⁹ Vgl § 1268 ABGB; siehe unten.

⁵⁰ Vgl § 1271 ABGB; siehe unten.

⁵¹ Vgl etwa § 168 StGB BGBl 1974/60 idF BGBl 2010/111; § 3 GSpG BGBl 1989/620 idF BGBl 2010/111; § 1 NÖ Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher Nö LGBl 1978/210 idF Nö. LGBl 2006/111.

Das ABGB definiert die Wette in § 1270 folgendermaßen:

„Wenn über ein beyden Theilen noch unbekanntes Ereigniß ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird: so entsteht eine Wette. Hatte der gewinnende Theil von dem Ausgange Gewißheit, und verheimlichte er sie dem andern Theile; so macht er sich einer Arglist schuldig, und die Wette ist ungültig; der verlierende Theil aber, dem der Ausgang vorher bekannt war, ist als ein Geschenkgeber anzusehen.“

Eine Wette ist demnach die Zusage einer Leistung für jenen Fall, dass sich eine Behauptung als falsch erweist. Dabei sind zwei Varianten denkbar: Entweder wird bloß eine Behauptung, welche von allen anderen Vertragsparteien schlicht negiert wird, aufgestellt oder es stehen sich zwei oder mehrere Behauptungen kontradiktorisch gegenüber. Im ersten Fall wird sich die Behauptung als richtig oder unrichtig erweisen, es liegt ein klares Ergebnis vor. Im zweiten Fall wäre es jedoch auch möglich, dass sich keine der aufgestellten Behauptungen als richtig erweist; man spricht von einer vereitelten Wette.⁵² Hierzu ein Beispiel:

A und B sind sich uneins darüber, welche Fußballmannschaft die Europameisterschaft gewinnen wird. A, ein glühender Patriot, ist sich sicher, dass es die österreichische schaffen wird. B, ein deutscher Tourist, setzt auf die deutsche Mannschaft. Sie vereinbaren als Wettpreis ein Fass Bier. In der Folge gewinnt Spanien. Beide Behauptungen erweisen sich als unrichtig, wer muss nun zahlen?

Für die Gültigkeit des Wettvertrages ist es unerheblich, ob ein Meinungsstreit vorliegt oder nicht, auch die Motive, die zur Aufstellung der Behauptung geführt haben, sind – so sie nicht ausdrücklich zum Vertragsinhalt erhoben wurden – irrelevant. Es genügt nach *Krejci* für das Entstehen der Leistungspflicht, dass sich die aufgestellte Behauptung als unrichtig erweist, daher müssten sowohl A als auch B zahlen, was in den meisten Fällen wohl zu einer Aufrechnung führen würde, sofern es sich um identische Wetteinsätze handelte. Auf den ersten Blick wirkt dies ein wenig eigenartig, schließlich liegen beide falsch, erhielten aber dennoch wechselseitig den Wettpreis. Die Frage, die sie daraus ergibt ist woran sich die Leistungspflicht zu orientieren hat. Hierzu haben sich in der Lehre zwei unterschiedliche Denkansätze gebildet. *Krejci* knüpft die Leistungspflicht wie bereits erwähnt einzig an die Unrichtigkeit der Behaup-

⁵² *Krejci*, aaO Rz 10 f.

tung. Dagegen vertrat *Menzel*⁵³ die Ansicht, die Leistungspflicht ergäbe sich aus einem anderen, vom Wettvertrag gesonderten Vertrag. Demnach „ (...) wäre der Eintritt des Ereignisses auflösende Bedingung des Wettvertrages, denn mit diesem Eintritt falle die ‚Hoffnung‘, die Gegenstand des Vertrages sei, weg. Die Verpflichtung, den Wettpreis zu leisten, sei aber nicht aufgrund dieses Vertrages möglich, sondern es liege ein zweiter Vertrag vor, für den diese Leistung aufschiebend bedingt sei, und dieser sei *Schenkung*.“⁵⁴ ME ist *Krejci* beizupflichten, da auf diese Weise die Einheit des Wettgeschäftes und aller daraus resultierenden weiteren Rechtsfolgen gewahrt bleibt. Es wäre verfehlt, für eine Forderung, welche sich ohnehin unmittelbar aus einem Rechtsgeschäft ergibt, künstlich ein zusätzliches Rechtsgeschäft zu konstruieren. Schnell denkt man hier an die Zwei-Kondiktionen-Theorie, dies ist jedoch verfehlt. Die in Österreich immer noch herrschende⁵⁵ Zwei-Kondiktion-Theorie zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im synallagmatischen Vertragsverhältnis besagt, dass bei zufälligem Untergang der Sache bzw Wegfall der causa die beiden Kondiktionsansprüche getrennt voneinander zu beurteilen sind. Das Gegenstück dazu ist die Saldotheorie.⁵⁶ *Krejci* erwähnt zwar richtig, dass für den Fall, dass sich keine der Behauptungen der Vertragspartner als richtig erweist, eine vereitelte Wette vorliegt, die für sich ein gültiger Wettvertrag ist, den aber keiner gewonnen hat. Dies steht jedoch zum von ihm aufgeworfenen Denkansatz, es genüge, dass leistungspflichtig sei, wer unrecht hat, im Widerspruch. Würde man nämlich diesen Gedanken fortführen, so bliebe für die Form der vereitelten Wette gar kein Raum und alle (sich im Unrecht befindenden) Vertragspartner hätten zu leisten.

Liegt eine vereitelte Wette vor, so kann jedoch jeder seinen Einsatz zurückverlangen.⁵⁷

Neben dem Grundtypus der Wette werden weiters das Spiel und das Los zu den Glücksverträgen ieS gezählt. Da das Spiel und seine Abgrenzung zur Wette aufgrund des thematischen Konnexes miteinander weiter unten behandelt werden, soll an dieser Stelle lediglich auf das Los eingegangen werden.

⁵³ *Menzel*, Der Jurist IV 1 90 ff;

⁵⁴ *Wolff*, aaO, 984 Fn 2 mit Verweis auf die Kritik *Stubenrauchs* in *Stubenrauch*¹ III, § 1281.

⁵⁵ *Kerschner*, Der OGH auf dem Weg zur Saldotheorie?, JBl 1988, 625 ff.

⁵⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II (2001)¹² 280 f.

⁵⁷ *Wolff*, aaO, 988.

Lose sind spielrelevante Inhaberpapiere.⁵⁸ Sie werden zumeist in begrenzter Zahl ausgegeben und sind individuell, zB durch eine fortlaufende Nummer, von einander unterscheidbar. Aus ihrer Mitte wird auf im Vorhinein festgelegte Weise, meist durch Ziehung⁵⁹, eines ausgewählt, das dadurch dem Losinhaber das Recht auf eine Leistung, einen Gewinn, gewährt. Um diese in Anspruch zu nehmen, muss das gezogene Originallos vorgewiesen werden können.⁶⁰

a.3.1. Ausschluss der laesio enormis

§ 1268 ABGB schließt die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte bei Glücksverträgen aus. Dogmatisch ist das Rechtsinstitut der laesio enormis als Äquivalenzstörung bei den Willensmängeltatbeständen anzusiedeln.⁶¹

*„Wer es sehenden Auges wagt, mit des Geschickes Mächten einen Bund zu flechten, darf sich nicht beklagen, wenn sich das Geschick als nicht halb so hold erweist wie erhofft.“*⁶² Was für den Laien nachvollziehbar und eigentlich selbstverständlich anmutet, wird juristisch damit begründet, dass der Einsatz und das später vielleicht realisierte Risiko in keine Wertrelation gesetzt werden und ex post gegeneinander aufgewogen werden sollen. Dass dies gerade auch bei Wettverträgen in der Natur der Sache liegt bedarf prima facie keiner weiteren Erklärung. Zu bedenken ist allerdings, dass der historische Gesetzgeber dabei das Verhältnis von Einsatz zu Gewinn im Auge hatte. Das Verhältnis von Einsatz und Erwartungswert hingegen ist Gegenstand der Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte. Betrachtet man nun die üblicherweise mit der Platzierung einer Sportwette einhergehenden Verträge, so wird man zwischen dem Wettvertrag, welcher zwischen zwei oder mehreren Parteien geschlossen wird, also etwa mit dem Buchmacher, und dem Vertrag mit dem Totalisator unterscheiden müssen.⁶³ Während im ersten Fall die laesio enormis durch § 1268 ABGB tatsächlich ausgeschlossen wird, so gilt dies nicht auch für den zweiten Fall, da der Totalisator lediglich Wetten organisiert, die Einsätze poolt und sich die auszuzahlenden Gewinne in prozentueller Ab-

⁵⁸ Krejci, aaO Rz 19; Binder in Schwimann, ABGB³ (2006) §§ 1273, 1274 Rz 4.

⁵⁹ Auch andere Arten der Bestimmung sind denkbar; zB Ermitteln des Siegerloses durch Zufallsgenerator.

⁶⁰ OGH 23.9.1959, SZ 32/114 = 6 Ob 217/59.

⁶¹ Krejci, aaO Rz 85 ff; Binder in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1271 Rz 1 f.

⁶² Grassl-Palten in Koziol/Rummel (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, 156.

⁶³ Wenusch, Ist die laesio enormis auf Leibrentenverträge anwendbar?, AnwBl 2001, 133.

hängigkeit dazu errechnen.⁶⁴ Er wird damit nicht selbst zum Vertragspartner des Wettvertrages, sondern schließt einen nicht in die Kategorie der Glücksverträge fallenden Vermittlungsvertrag. Dem folgend müsste man die Möglichkeit einer Anfechtung nach § 934 ABGB anerkennen. Ob sich die Gerichte dieser Sichtweise anschließen, ist ungewiss. *Wojnar* qualifiziert die Verträge mit dem Totalisator jedenfalls als Glücksverträge.⁶⁵

Ergänzend darf erwähnt werden, dass der OGH etwa die Leibrentenverträge, welche auch zu den Glücksverträgen zählen, durchaus einer begrenzten Anwendung des § 934 ABGB zugänglich gemacht hat.⁶⁶

a.3.2. Naturalobligation

Ein Sprichwort besagt: „Spielschulden sind Ehrensulden.“ Dieser Grundsatz liegt wenn- gleich in modifizierter Form auch dem ABGB zugrunde. § 1271 ABGB bestimmt:

„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.“

Damit brachte der historische Gesetzgeber⁶⁷ seine reservierte Haltung gegenüber Wett- und Spielverträgen zum Ausdruck, doch selbst 200 Jahre später ist der § 1271 ABGB zugrunde liegende Gedanke noch aktuell und hat nichts an seiner Gültigkeit eingebüßt, ist es doch is einer unionsrechtskonformen Ausgestaltung⁶⁸ des Glücksspielsektors geboten, die Möglichkeiten zum Spiel zu vermindern bzw in gelenkte Bahnen zu führen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung leichtfertige Wetten verhindern.⁶⁹ *Grassl-Palten*⁷⁰ verweist auf *Zeiler*, der den Telos des § 1271 ABGB wie folgt formuliert:

⁶⁴ *Österreichischer Buchmacherverband* (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009) 259.

⁶⁵ *Wojnar in Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 31.

⁶⁶ OGH 30.5.1994, 1 Ob 515/94;

⁶⁷ Bereits ABGB idF JGS 1811/946.

⁶⁸ Vgl dazu die vom EuGH entwickelten Kriterien der „Kohärenz“ und „Systematik“, siehe unten.

⁶⁹ *Ehrenzweig*, Österreichische Gesetzeskunde I (1911) 547.

⁷⁰ *Grassl-Palten* in FS Bydlinski, 157 f.

„...rettet dadurch tausend kurzsichtige, schwachsinnige, oder leidenschaftliche Bürger samt ihren Familien vom Untergange, in den sie durch das anlockende Spiel auf Borg, in der Hoffnung, den verlorenen Einsatz zurück zu gewinnen, gestürzt würden, und setzt der in mannigfaltiger Rücksicht sehr verderblichen Spielsucht eine Grenze. Die Gesetzgebung hat auch keine Ursache, die den nützlichen Verkehr nicht fördernden Wett- oder Spielverträge in Schutz zu nehmen, und die mit wichtigeren Angelegenheiten beschäftigten Gerichtshöfe mit solchen Rechtstreitigkeiten zu überladen.“⁷¹

Angesichts der wirtschaftlichen Tragweite und Ausdehnung des Glücksspielsektors eine wohl nicht mehr zeitgemäße Ansicht, ob Zeiller die Entwicklung der Branche gutheißen würde, darf dahingestellt bleiben.

Satz 1 leg cit ist meiner Ansicht nach ein wenig unglücklich formuliert⁷², da Verbindlichkeit allzu leicht mit Gültigkeit verwechselt wird. Über die Gültigkeit des geschlossenen Vertrages sagt Satz 1 leg cit jedoch gar nichts aus. Es geht einzig, wie sich aus Satz 2 ergibt, um die Klagbarkeit des Wetteinsatzes (Wettpreises). Wird der Preis also nicht tatsächlich in welcher Form auch immer hingegeben, so entsteht eine zahlbare, jedoch nicht klagbare Naturalobligation iSd § 1432 ABGB.⁷³ Ob die Unklagbarkeit von Amts wegen oder nur auf Einwand hin zu berücksichtigen ist, ist strittig.⁷⁴ ME überwiegen die Argumente für eine amtswegige Wahrnehmung, da dies eher einer unionsrechtskonformen Interpretation entsprechen würde. Nach hM⁷⁵ ist § 1271 ABGB dispositiv, der Verzicht auf den Einwand der Unklagbarkeit daher zulässig.

Zunächst muss geklärt werden, was von der Unklagbarkeitssanktion umfasst ist. Diese betrifft unter den im Gesetz genannten Bedingungen jedenfalls den Einsatz (Preis). Eine Feststel-

⁷¹ Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/2 (1811-1813) 668 f.

⁷² ME unbegründet kritisch dazu Wolff, aaO, 990, der die Formulierung des Satz 2 leg cit rügt, da seines Erachtens die Gefahr besteht, dass selbst der hinterlegte Preis nicht eingeklagt werden könnte, was die Hinterlegung zwecklos machen würde.

⁷³ Vgl Bamberger/Hauptmann, Zivilrechtliche Aspekte der Immobilienverlosung, immolex 2009, 70.

⁷⁴ Dafür Krejci, aaO Rz 77 (dieser führt ins Treffen, dass § 1271 nicht nur dem Spielerschutz, sondern auch der Verwirklichung allgemeiner Interessen dient und durch amtswegige Wahrnehmung Unkenntnis der Betroffenen irrelevant wird); OGH 24.9.1997, 5 Ob 2201/96d; neutral Binder in Schwimann, ABGB³ (2006), § 1271 Rz 2 (dieser leitet aus der Vielzahl der staatlich genehmigte Glücksspielveranstaltungen ein geringes öffentliches Interesse an der Nichtbeteiligung an Spielen ab); dagegen GIU 262 (vgl dazu OGH 25.8.1998, 1 Ob 81/98p).

⁷⁵ Wolff, aaO.

lungsklage, dass die Wette gewonnen wurde, ist bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses jedoch ebenso anerkannt.⁷⁶ Ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen sind gem § 1274 ABGB Staatslotterien. Zu diesen zählen neben den Glücksspielen iSd GSpG auch Buchmacherwetten (aus Anlass sportlicher Veranstaltungen), die aufgrund landesbehördlicher Genehmigungen der gewerbsmäßigen Wettvermittlung abgeschlossen werden.⁷⁷ Etwa zehn Jahre später dehnte der OGH dies folgerichtig auch auf die landesbehördlich genehmigten Totalisatorwetten aus, da der Schutzgedanke, genehmigte Sportwetten besser zu stellen als sonstige nicht bewilligte, bei beiden Formen der Wettveranstaltung derselbe ist.⁷⁸ Ansprüche auf Auszahlung des Wettgewinns gegen Buchmacher und Totalisatoren sind daher keine Naturalobligationen, sondern klagbar. Alle sonstigen⁷⁹ Wettschulden unterliegen der Unklagbarkeitssanktion, der Gesetzgeber ist nicht am Schutz leichtsinnig geschlossener Verträge interessiert. Bei diesen sollen, ähnlich wie bei der Schenkung nach § 943 ABGB⁸⁰, den Vertragspartnern durch ein äußerliches Zeichen die rechtlichen Konsequenzen ihrer Willenserklärung veranschaulicht werden.

Eine strenge Unterscheidung zwischen wirklicher Entrichtung und Hinterlegung ist nicht erforderlich, da das Gesetz beide Formen als gleichwertig nebeneinander ansieht. In Frage kommt jedenfalls die körperliche Übergabe, ist eine solche nicht möglich, so muss eine nach § 427 ABGB erfolgen.⁸¹ Denkbar ist die Ausstellung einer Urkunde, Schuldscheine genügen aber nicht, sofern die Forderung erst mit ihrer Ausstellung begründet wird.⁸² Vereinfacht ausgedrückt ist jene sachenrechtliche Traditionsart zu wählen, durch die der Wille, letztlich Eigentum übergehen zu lassen, nach außen erkennbar wird, wobei die als Wettpreis fungierende Sache hinreichend konkretisiert sein muss.⁸³ Die Hinterlegung muss auch nicht zwingend bei einem Dritten erfolgen⁸⁴, eine Hinterlegung beim Vertragspartner ist ausreichend.⁸⁵ Hierzu

⁷⁶ So schon *Mayr*, Lehrbuch III, 303; für den historischen Vergleich interessant *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II (1891)⁷ 527.

⁷⁷ OGH 30.10.1998, 1 Ob 107/98m.

⁷⁸ OGH 26.9.2007, 7 Ob 137/07h = *ecolex* 2008/7.

⁷⁹ Vgl jedoch das Kapitel über Differenzgeschäfte.

⁸⁰ Bei der Schenkung wird wirkliche Übergabe oder die Errichtung eines Notariatsakts gefordert.

⁸¹ *Wolff*, aaO, 992.

⁸² GIU 1078.

⁸³ *Wolff*, aaO.

⁸⁴ *Ehrenzweig*, aaO.

⁸⁵ GIUNF 7329; GIUNF 2172.

muss bemerkt werden, dass der Austausch eines Geldbetrages in gleicher Höhe keine Hinterlegung beim Vertragspartner darstellt, wenn diese nur zum Schein erfolgt.⁸⁶ Im Gegensatz zur Schenkung kann die wirkliche Entrichtung bzw Hinterlegung nicht durch andere Rechtsinstitute ersetzt werden, nicht einmal durch Notariatsakt.⁸⁷

Auch der Zeitpunkt der Entrichtung oder Hinterlegung ist von Bedeutung. Die Parteien müssen sich daher noch in Unkenntnis über den Ausgang der Wette befinden. Kennt eine Partei bereits das Ergebnis, so liegt auf ihrer Seite eine Schenkung vor, man spricht von halber Wette, wissen beide über den Ausgang Bescheid, so handelt es sich um eine wechselseitige Schenkung, sofern das Wettgeschehen überhaupt noch Bestandteil des Vertrages ist. Die Grenze zum Tausch ist in diesem Fall schwer zu ziehen.

Hinsichtlich der Gefahrtragung ist auszuführen, dass der historische Gesetzgeber den Gewinner mit der Entgegennahme des entrichteten Wettpreises bzw erfolgter Hinterlegung als bedingten Eigentümer betrachtete, der die Gefahr für den zufälligen Untergang der Sache vor Erfüllung der Bedingung (Gewinn der Wette) trägt. Demgemäß besteht kein Anspruch auf neuerliche Leistung des Wettpreises, sollte dieser zufällig untergehen.⁸⁸

ME geht diese Ansicht zu weit. Klammert man alle nicht von der Unklagbarkeitssanktion betroffenen staatlich genehmigten Wetten aus, so bleiben beispielsweise die in manchen Bundesländern nicht genehmigungsfähigen Gesellschaftswetten übrig. Denkbar wäre beispielsweise eine Wette unter Privaten über den Ausgang der Bundespräsidentenwahl. Die Hingabe der Sache bereits als Eigentumsübertragung zu sehen, entspricht dabei nicht dem durchschnittlichen Parteiwillen, da natürlich jede Partei darauf hofft, den Meinungsstreit für sich zu entscheiden und aufgrund dessen den Wettpreis für sich behalten zu können. Bis dahin ist es meiner Meinung nach zweckentsprechender, die den Wettpreis des Gegenübers innehabende Partei als eine Art Verwahrer zu qualifizieren und den Verlierer bei zufälligem Untergang der Sache erneut leisten zu lassen. Telos der Entrichtung/Hinterlegung ist schließlich die Bewusstseinschärfung des Wettenden, dass die Möglichkeit eines Verlusts per se besteht. Zweifelsohne ist ein solcher Denkansatz nicht vollständig mit dem Schutzgedanken und der tendenziell ablehnenden Haltung des Gesetzgebers gegenüber Wettverträgen vereinbar, doch

⁸⁶ Wolff, aaO.

⁸⁷ GIUNF 2170.

⁸⁸ Wolff, aaO, unter Verweis auf die erl. Bem. zu § 1270 ABGB idF JGS 1811/946.

halte ich das Ergebnis für befriedigender und dem Rechtsempfinden und Rechtsfolgewillen einer durchschnittlichen Partei entsprechender.

Nach ständiger Judikatur⁸⁹ kann § 1271 ABGB auch nicht durch Novation in eine Darlehensschuld oder durch Anerkenntnis umgangen werden.⁹⁰ Zu Recht weist *Honsell* daraufhin, dass es dem Normzweck entsprechend unterschiedslos bleiben müsse, ob der Spieler das Verlorene schuldig bleibt oder mit geliehenem Geld weiterspielt.⁹¹

Ein weiteres Problem, dass sich im Zusammenhang mit der Entrichtung bzw Hinterlegung des Wettpreises stellt, ist die Frage der Zulässigkeit sog Spielkredite. Dabei handelt es sich um Darlehensverträge, die einzig dem Zweck dienen, die Valuta als Wett- oder Spieleinsatz zu verwenden. Während die Kreditgewährung zur Teilnahme an unerlaubten Wetten und Spielen einen eigenen Problemkreis darstellt, geht es an dieser Stelle nur um Darlehen zum Zwecke erlaubter Spieltätigkeiten. Wird dem Wettenden, der sich aus welchen Gründen auch immer die Teilnahme an der Wette mangels wirklicher Entrichtung oder Hinterlegung nicht leisten kann, der Wettpreis kreditiert, so entsteht keine Spielschuld.⁹² Dasselbe gilt für den Fall, dass ein Dritter, der nur Strohmann des Vertragspartners ist, ein Darlehen gewährt, ist es hingegen ein Dritter, der in keiner Verbindung zum Vertragspartner steht, entsteht eine Spielschuld.⁹³ Dadurch soll eine Umgehung des Normzecks des § 1271 ABGB verhindert werden.⁹⁴

a.4. Glücksverträge im weiteren Sinn

Wie bereits erwähnt, verfolgen Glücksverträge iWS andere Zwecke als lediglich mit einem Ereignis ein Risiko zu verbinden. Dieses Charakteristikum muss zwar für die Qualifikation als Glücksvertrag weiterhin bestehen bleiben, tritt jedoch ein wenig in den Hintergrund. Hinzu kommt ein weiterer Vertragszweck, der sich allerdings aus dem Vertragsgegenstand selbst ergeben muss, wohingegen bloße Motive für die rechtliche Qualifikation unbeachtlich bleiben. Daher vermag etwa ein Börsenspekulant, der diesen Beruf nur aus dem einen Motiv her-

⁸⁹ GIU 15.898; GIUNF 818; GIUNF 2.170; kritisch *Binder*, Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht, ÖJZ 1998, 175.

⁹⁰ *Krejci*, aaO, Rz 71.

⁹¹ *Honsell*, Glosse zu OGH 26.7.1990, 8 Ob 680/89, JBl 1991, 524.

⁹² OGH 9.10.1962, 8 Ob 300/62; OGH 19.2.2009, 6 Ob 13/09v.

⁹³ OGH 14.7.1999 7, Ob 140/99k = ecolex 1999, 332.

⁹⁴ *Krejci*, aaO, Rz 78.

aus ausübt, seinen eigenen Spieltrieb zu befriedigen, die von ihm geschlossenen Bank- und Börsengeschäfte nicht in Glücksverträge zu wandeln.

Zwecke, die bei Glücksverträgen iwS dominieren, sind beispielsweise die Versorgung einer Vertragspartei oder das Überwälzen eines wirtschaftlichen Risikos auf einen anderen. Zu dieser Kategorie zählen der Hoffnungskauf⁹⁵, der Erbschafts Kauf⁹⁶, Leibrenten-, Ausgedings- und auf die Lebenszeit des Bezugsberechtigten abstellende Unterhaltsverträge⁹⁷ sowie gesetzliche Versorgungsanstalten⁹⁸. Die frühere Lehre⁹⁹ qualifizierte auch noch den Versicherungsvertrag als Glücksvertrag, dies ist jedoch nicht mehr herrschend.¹⁰⁰

a.4.1. Exkurs: Differenzgeschäfte

Eine erwähnenswerte Sonderstellung nimmt in diesem Zusammenhang das Differenzgeschäft ein. Unter Differenzgeschäften sind solche Geschäfte zu verstehen, die nach der Absicht beider Parteien oder nach der beim Geschäftsabschluss dem anderen Teil bekannten Absicht einer Partei nicht durch Lieferung oder Bezahlung von Waren oder Wertpapieren, sondern nur durch Zahlung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Kurs des Erfüllungstages abgewickelt werden sollen.¹⁰¹ Es soll also von vornherein nicht realiter erfüllt werden, sondern lediglich die Differenz zwischen verschiedenen Waren- bzw Devisenkursen ausgeglichen werden. Grundidee ist, Kursschwankungen auszunutzen und dadurch Gewinne zu erzielen, wobei damit naturgemäß ein Verlustrisiko verbunden ist. Dies ist auch der Anknüpfungspunkt für den Brückenschlag zur Wette und die weitere Untersuchung.

⁹⁵ § 1276 f ABGB; zur Abgrenzung zwischen „Hoffnungskauf“ und „Kauf einer erhofften Sache“ siehe *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) §§ 1275-1277 ABGB Rz 3 ff; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) §§ 1275 f ABGB; auch erwartete Forderungen können unter den weiten Sachbegriff des Hoffnungskaufs fallen vgl *Wagner*, Rechtsprobleme der Fremdfinanzierung von Prozessen, JBl 2001, 416.

⁹⁶ § 1278-1283 ABGB; vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) §§ 1279-1281 Rz 1 ff; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1278 ABGB.

⁹⁷ § 1284 ff ABGB; SZ 24/306 = OGH 14.11.1951, 1 Ob 772/51; immolex 2002/32 = OGH 28.3.2001, 9 Ob 134/00x; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1269 ABGB Rz 8.

⁹⁸ § 1287 ABGB; vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) §§ 1287 Rz 1 ff; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006), § 1287 ABGB Rz 1 ff.

⁹⁹ *Wolff*, aaO, 982, 984.

¹⁰⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 8.

¹⁰¹ EvBl 1957/190 S 265 = OGH 27.02.1957, 3 Ob 42/57.

In aller Regel werden Differenzgeschäfte in das Gewand von Börsen-, Waren- und Devisengeschäften gekleidet.¹⁰² „Darunter werden Verträge über Wertpapiere, Waren und Devisen verstanden, die zu standardisierten Bedingungen auf einem Terminmarkt abgeschlossen werden u erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind.“¹⁰³ Zahlenmäßig am häufigsten werden Termingeschäfte wie Futures oder Optionen auf Indices als Differenzgeschäfte geschlossen.¹⁰⁴

Man unterscheidet zwischen offenen Differenzgeschäften, das sind jene bei denen die Parteien ihre Absicht, keinen Warenaustausch vornehmen zu wollen, und verdeckten Differenzgeschäften bei denen diese Absicht nicht ausdrücklich erklärt wird, sondern aufgrund der äußeren Umstände erkennbar ist. Vor der 1998 erfolgten Einfügung¹⁰⁵ des § 1 Abs 5 BWG¹⁰⁶ vertrat der OGH die Ansicht, Differenzgeschäfte seien als Spiel oder Wette zu qualifizieren¹⁰⁷, es entstehe somit eine nicht klagbare Naturalobligation, die durch den Differenzeinwand geltend gemacht werden könne. Er berief sich dabei auf Art XXIX Abs 1 EGEO¹⁰⁸. Hintergrund war die Überlegung des historischen Gesetzgebers des ABGB, einen Schutzmechanismus zu Gunsten des spekulierenden Anlegers zu schaffen. Dieser müsse va allem vor sich selbst geschützt werden. Der OGH stellte sich dabei sowohl gegen die zum damaligen Zeitpunkt in Österreich hL¹⁰⁹ als auch gegen die deutsche Lehre und Rechtsprechung¹¹⁰ und übersah dabei, dass solchen Geschäften ein wirtschaftlicher Zweck zugrunde liegt und die Gewährung des Differenzeinwandes auch bei wirtschaftlich gerechtfertigten Differenzgeschäften zu einer unerwünschten Verunsicherung des Wirtschaftsverkehrs und der damit verbundenden Gefährdung des heimischen Wirtschaftsstandortes führt.

¹⁰² ÖJZ 1997/94 = OGH 26.11.1996, 1 Ob 639/95.

¹⁰³ Krejci in Rummel, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 57.

¹⁰⁴ Karas in Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz (2008) 2.Lfg, Rz 269.

¹⁰⁵ BGBl 1998/126.

¹⁰⁶ Bankwesengesetz BGBl 1993/532 idF BGBl 2009/22; vgl auch § 28 BörseG BGBl 1989/555 idF BGBl 2009/22.

¹⁰⁷ EvBl 1983/142.

¹⁰⁸ Einführungsgesetz zur Exekutionsordnung BGBl 1953/6 idF BGBl 1999/191.

¹⁰⁹ siehe dazu etwa in Oppitz, Der Differenzeinwand bei Swapverträgen, ÖBA 1991, 782; Göth, ÖTOB-Indexoptionsgeschäfte aus der Sicht des § 33 TP 17 GebG, ÖBA 1992, 701.

¹¹⁰ ErläutRV 1187 BlgNR XX.GP 32.

Der zunehmende Anlegerschutz, etwa durch die Einführung neuer, weitreichender Informationspflichten¹¹¹, machte aber ein Überdenken eines solch strengen Instruments notwendig und gipfelte letztlich in dessen Relativierung durch Abs 5, welcher den Differenzeinwand bei Bankgeschäften ausschließt. Erforderlich ist eine Berechtigung eines der Vertragspartner (Bank) zur gewerblichen Durchführung solcher Geschäfte. Dies macht Sinn, da nur Kredit- bzw Finanzinstitute, die eine Konzession nach dem BWG oder eine sondergesetzliche Berechtigung halten, eben diesen strengen Regeln unterworfen sind.¹¹² Der für den Differenzeinwand verbleibende Anwendungsbereich erstreckt sich somit auf alle Geschäfte, die nicht als Finanztermingeschäfte einzuordnen sind und den §§ 1 Abs 5 BWG sowie 28 BörseG unterliegen.

a.5. Abgrenzung zwischen Wette und Spiel

Abgesehen von der akademisch interessanten Frage, wo Wette ieS endet und Spiel beginnt, hat die Abgrenzung zwischen den beiden Rechtsformen durchaus enorme praxisrelevante Bedeutung, wenn man sich vor Augen führt, welche unterschiedlichen Rechtsfolgen sie unterstehen.¹¹³ Da das Spiel im Gegensatz zur Wette dem Glücksspielmonopol¹¹⁴ des Staates unterstehen kann, sind die jeweils daran knüpfenden Rechtsfolgen sehr unterschiedlich, reichen mitunter sogar bis zu strafgerichtlichen Verurteilungen. Die klare Abgrenzung (oder zumindest deren Versuch) wird daher seitens der Praxis von großem Interesse getragen, wenngleich vorweggenommen werden muss, dass eine scharfe Grenzziehung vor allem deshalb Schwierigkeiten bereitet, weil zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Teil im Widerspruch zueinander stehen.¹¹⁵ Im Wesentlichen werden drei Sichtweisen zur Abgrenzung

¹¹¹ Vgl §§ 40 ff Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 BGBl 2007/107 idF BGBl 2009/66.

¹¹² Entsprechendes gilt für Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten, die im Rahmen der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in Österreich tätig sind. Es sei angemerkt, dass das Wertpapieraufsichtsgesetz in Umsetzung der EU-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie erlassen wurde.

¹¹³ Nicht so Wolff in Klang, aaO, 994, der beide Kontraktstypen demselben Regime unterstellt und daher eine präzise Trennung nicht für nötig erachtet: „Der Unterschied zwischen Spiel und Wette ist für das österreichische Recht gleichgültig, weil dieses jedes Spiel als „eine Art von Wette“ ansieht und keine besonderen Vorschriften dafür gibt.“ Dies kann mE wohl nur auf den zivilrechtlichen Aspekt bezogen sein.

¹¹⁴ Siehe unten.

¹¹⁵ Hoscher/Strejcek, Was ist Wette, was ist Spiel? Überlegungen zu einer aktuellen Abgrenzungsfrage, in Strejcek (Hrsg), Lotto und andere Glücksspiele (2003) 69 (76).

vertreten, eine exakte Definition jener Merkmale, die den Spielbegriff vom Begriff der Wette abgrenzen, fehlt im ABGB.¹¹⁶

§ 1272 ABGB bestimmt:

„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.“

Jedes Spiel ist also auch eine Art von Wette, nicht jede Wette ist aber auch ein Spiel.¹¹⁷ Daraus folgt nun im Sinne einer Über- und Unterordnung, dass der Wettbegriff der weitere, das Spiel hingegen der speziellere ist. Der Spielbegriff beinhaltet daher auch alle für den Wettbegriff wesentlichen Charakteristika. Wojnar¹¹⁸ differenziert noch weiter nach dem Zweck des Vertrages. Während die Wette darauf ausgerichtet ist, eine aufgestellte Behauptung zu bewähren bzw auf diese Weise eine Meinungsverschiedenheit auszutragen¹¹⁹, dient das Spiel primär der Befriedigung des Spieltriebes. Die Teilnahme am Spiel soll den Vertragsparteien Vergnügen bereiten, das Spiel ist somit Selbstzweck. In dieser Form qualifiziert auch der VwGH das Spiel als „zweckfreie Beschäftigung aus Freude an ihr selbst und/oder ihren Resultaten zur Unterhaltung, Entspannung oder zum Zeitvertreib“. ¹²⁰ Im Gegensatz dazu ist die Wette durch Finalität geprägt.¹²¹ Der Vertragszweck ergibt sich also aus subjektiven Motiven der Vertragspartner. Lässt sich daher eine aufgestellte Behauptung für einen außenstehenden Dritten nachvollziehen, so spielt das aleatorische Element eine eher untergeordnete Rolle, weshalb eher von einer Wette auszugehen ist; ist hingegen eine Behauptung nur schwer oder überhaupt nicht rational nachzuvollziehen, so spricht dies für die Qualifikation des Vertrages als Spiel.¹²²

¹¹⁶ Segalla in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht II² (2007) 243 (252 f).

¹¹⁷ Schwartz/Wohlfahrt, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601.

¹¹⁸ Wojnar in Strejcek (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 23 f.

¹¹⁹ Was für sich allein noch kein Abgrenzungskriterium ist.

¹²⁰ VwGH 30.1.1992, 91/17/0127; VwGH 20.9.1996, 95/17/0017.

¹²¹ Wojnar, aaO.

¹²² Grubmüller, Glücksvertrag: Die (Buchmacher-)Wette – Inhalt und Grenzen eines lange vergessenen Vertrags. Die durch die gebotene Quote zum Ausdruck gebrachte Wahrscheinlichkeit als wesentliches Kriterium, SWK 2011, W 159.

Freilich ist die Abgrenzung nach dem Vertragszweck nicht ganz unproblematisch, da auf schwer nachprüfbare, subjektive Beweggründe der Vertragspartner abgestellt wird. In vielen, wahrscheinlich sogar in den meisten Fällen werden sich die Motive nicht sauber trennen lassen, da die Personen, die etwa auf den Ausgang eines Pferderennens wetten, nicht bloß ihre Meinung bestätigt wissen wollen, sondern wohl auch den Gewinn einstreichen möchten und ihnen gerade diese Ungewissheit den Nervenkitzel, das Vergnügen bereitet.

Demgegenüber treten *Schwartz/Wohlfahrt*¹²³ für objektive Unterscheidungsmerkmale ein und ziehen für die Abgrenzung den Umstand heran, dass die Vertragsparteien beim Spielvertrag durch ihre Spieltätigkeit selbst das Spielergebnis¹²⁴ herbeiführen bzw zu diesem beitragen, wohingegen sie bei der Wette lediglich Beobachter sind. Selbst wenn dies auch für jene Fälle gelten soll, in denen das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt, ist diese Differenzierung mE kein taugliches Unterscheidungskriterium. Es mag zwar zutreffen, dass beispielsweise der Ausgang eines Pferderennens im Gegensatz zum Ausgang eines Kartenspiels nicht der Mitwirkung der Vertragsparteien bedarf und somit dem Einfluss der Wettteilnehmer entzogen ist¹²⁵, doch gibt es auch Fälle, in denen bloß eine Partei auf den Ausgang eines Ereignisses Einfluss nimmt. Beispielsweise behauptet eine Partei in einem Zeitfenster eine körperliche Leistung (zB 100 m - Sprint) erbringen zu können, die andere widerspricht. Ist der Vertrag nun für den einen als Spiel, für den anderen als Wette (halbe Wette¹²⁶) zu qualifizieren? Eine Differenzierung anhand dieses Kriteriums wäre mE deshalb zu unpräzise und daher für den Rechtsanwender unbefriedigend, da das Potenzial der unklaren Grenzfälle enorm wäre.

*Hoscher und Strejcek*¹²⁷ differenzieren danach, ob „die Vorhersehbarkeit des Ausganges eines Ereignisses durch Wissen und Kenntnisse zumindest erhöht wird oder dies – bei rein aleatorisch bedingten Vorgängen – bereits im Bereich des Irrelevanten anzusiedeln ist.“ Eine derartige Erhöhung würde etwa bei Sportwetten vorliegen. Das Problem, das sich bei einem Abstellen auf in der Person der Vertragsparteien liegende Gründe ergibt, stellt sich ebenso wie

¹²³ *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601 sowie *Schwartz/Wohlfahrt*, Im Auslegen seid frisch und munter...(Replik), ecolex 2003, 797.

¹²⁴ Sc das ungewisse Ereignis.

¹²⁵ Dies deckt sich auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch von „Wette“ und „Spiel“.

¹²⁶ Definition siehe unten.

¹²⁷ *Hoscher/Strejcek* aaO.

bei der Abgrenzungsweise *Wojnars* und ist daher der berechtigten Kritik anderer Autoren ausgesetzt.

ME ist eine Anknüpfung an nach Außen in Erscheinung tretende, objektiv nachvollziehbare Kriterien unabdingbar. Wenngleich ich der Ansicht *Wojnars* nicht zur Gänze beipflichte, so scheint die von ihr ins Treffen geführte Finalität des Wettvertrags dennoch ein überzeugender Ausgangspunkt für eine objektivierte Abgrenzung zu sein. Liegt in einem weiteren Schritt nicht ausschließliche Zufallsabhängigkeit vor, so spricht dies aus meiner Sicht für die Qualifikation als Wette.

a.6. Abgrenzung zwischen Wette und Los

Gemäß § 1273 ABGB finden die Vorschriften über Wette und Spiel auch auf Lose, die auf eine Wette oder ein Spiel abzielen, Anwendung. Anders verhält es sich bei Losen, die über eine Teilung, eine Wahl oder eine Streitigkeit entscheiden sollen. Hierbei gelangen nicht die Sonderbestimmungen des 29. Hauptstücks, sondern die allgemeinen Regeln über Verträge zur Anwendung.¹²⁸

a.7. Abgrenzung zwischen Wette und sonstigen Verträgen

Im Wirtschaftsleben sind viele Verträge mit einem Wagnis verbunden, das bedeutet aber nicht, dass all diese automatisch als Wettverträge bzw. als sonstige Glücksverträge qualifiziert werden müssten. Schon allein die Unklagbarkeitssanktion des § 1271 ABGB verdeutlicht die Unterschiede in den Rechtsfolgen, die mit der Einordnung in diese Gruppe der Vertragstypen verbunden ist.

a.7.1. Werkvertrag

Vor allem bei der Abgrenzung zwischen Wette und Werkvertrag wird deutlich, dass eine exakte, objektive Grenzziehung mitunter Schwierigkeiten bereiten kann. Dies betrifft vor allem die Unterscheidung zwischen halber Wette¹²⁹, bei der das Ereignis in einer Tätigkeit des anderen Teils liegt, insbesondere auch in der Herbeiführung eines Erfolges durch ihn, und der

¹²⁸ Vgl etwa §§ 835, 841 ABGB.

¹²⁹ Siehe unten.

Werkzusicherung, einer Unterform des Werkvertrages. Im zugegebenermaßen schon ein wenig in die Jahre gekommenen Leading-Case zu dieser Thematik, stellte sich das Problem wie folgt dar:

Baumtransport

Die offenkundig antiquierte Entscheidung des k.k. Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1876¹³⁰, in welcher dieser darüber abzusprechen hatte, ob es sich um Werkvertrag oder Wette handelte, entpuppt sich als besonders anschaulich und überzeugt obendrein, wie trefflich bereits *Grassl-Palten*¹³¹ festhält, mit großem Unterhaltungswert. Der Sachverhalt gestaltete sich wie folgt:

Ein paar junge Burschen eines Tiroler Bergdorfes sollten den Stamm eines zuvor gefällten Tannenbaums erheblicher Größe den Berg hinauf zu einer Baustelle bringen, was ihnen jedoch aufgrund des unwegsamen, steilen Geländes und der Ausmaße des Stammes nur schwerlich gelang. Zur selben Zeit kamen einige Mädchen aus dem Nachbardorf zufällig an der Stelle vorbei und amüsierten sich lautstark über die vergeblichen Bemühungen der Burschen. Dies gipfelte in dem Angebot der Mädchen, am nächsten Tag mit Hilfe der restlichen Mädchen des Dorfes den Baumstamm selbst bergan zur Baustelle zu schaffen. *„Daraufhin stellte einer der Burschen (durch diesen Spott gereizt, wie es in der Entscheidung vielsagend heißt[Anm des Autors]) eine gewisse Menge „Specialweins“ in Aussicht, falls die Übung gelänge“*¹³². Und prompt meisterten die Mädchen die Aufgabe mit Leichtigkeit, die Ausfolgung des versprochenen Preises wurde ihnen jedoch verwehrt. *„Ergo kam es zum Prozeß, wobei das Verfahren konsequent und erbittert bis die letzte Instanz geführt wurde“*.¹³³ *„Der Beklagte brachte in erster Instanz vor, es sich handle sich um eine Wettschuld, die mangels Entrichtung oder Hinterlegung nicht einklagbar sei“* und bekam Recht.

In letzter Instanz entschied der OGH jedoch zu Gunsten der Mädchen und führte aus, dass es sich bei gegenständlichem Vertrag um eine Vereinbarung einer *„genau bestimmten und be-*

¹³⁰ GIU 6068.

¹³¹ *Grassl-Palten* in Koziol/Rummel (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, 156 (Im Folgenden: FS Bydlinski).

¹³² FS Bydlinski, aaO.

¹³³ *Grassl-Palten* gibt an dieser Stelle die Sinnhaftigkeit von prozessualen Streitwertgrenzen zu bedenken.

grenzten Verrichtung und deren Verlohung“¹³⁴ gehandelt habe und die Burschen von den Kräften der Mädchen Kenntnis hatten, da diese kurz zuvor bei einer anderen Gelegenheit einen „*sprechenden Beweis ihrer gewaltigen Kraftfähigkeit geliefert hätten*“.¹³⁵ Wesensmerkmal einer Wette sei überdies die gleiche Verteilung des Risikos, was im gegenständlichen Fall zu verneinen sei. Deshalb liege eindeutig ein Werkvertrag vor, der (Werk-)Lohn sei zu entrichten.

Fernsehgerät

In der Entscheidung SZ 47/42¹³⁶ hatte sich der OGH mit der Abgrenzung zwischen Wette, Werkvertrag und negativer Werkzusicherung zu befassen. Ausgangssachverhalt bildete der Kauf eines „Bildmeister“-Farbfernsehgerätes der Marke Siemens. Ein Elektrohändler, in weiterer Folge die beklagte Partei, kaufte bei der Wiener Herbstmesse 1972 von der Firma Siemens alle verfügbaren Fernsehgeräte genannter Type und schloss mit dieser bis Jahresende 1972 einen Ausschließlichkeitsvertrag über das genannte Modell ab. Anfang Dezember pries die beklagte Partei einem Kunden gegenüber das Gerät als „letzten Schrei“ und „modernste Technik“ an und warb damit, dass – aufgrund des Ausschließlichkeitsvertrages – Geräte dieser Type nirgendwo anders im Großraum Wien bis Weihnachten 1972 erhältlich wären. Selbstsicher stellte die beklagte Partei dem Kunden einen Gutschein über 10.000 ÖS für jenen Fall aus, dass der Kunde doch ein Geschäft namhaft machen könne, wo er ein solches Gerät zum Kauf erhalten würde. Prompt machte der Kunde, in weiterer Folge der Kläger, einen Farbfernsehgerätehändler in Wien ausfindig, der ihm einen „Bildmeister“ anbot – sogar noch billiger als bei der beklagten Partei.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es qualifizierte die Zusage über 10.000 ÖS als „Vertrag sui generis mit einer gewissen Ähnlichkeit zur Auslobung“. Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei Folge und begründete dies damit, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten durch Anbot und konkludente Annahme eine Wette zu erblicken sei. Es handle sich um eine halbe Wette, da nur eine Partei eine Leistung versprochen habe. Werkzusicherung läge nicht vor, da die Beklagte davon ausgegangen sei, der Kläger könne die Leistung (Anm.: objektiv) nicht erbringen. Weiters sei die Übersendung eines Gutscheins keine wirkliche Entrichtung bzw. Hinterlegung des Wettpreises, weshalb die Unklagbarkeits-

¹³⁴ GIU 6068.

¹³⁵ Da hatten sie einen schweren Futtertrog gezogen.

¹³⁶ OGH 3.4.1974, 5 Ob 12/74 = ÖJZ 1974/233.

sanktion des § 1271 ABGB greife und lediglich eine Naturalobligation übrig bleibe. Schließlich gab der OGH der Revision des Klägers Folge und stellte das Urteil des Erstgerichts wieder her. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich folgendes Bild:

Hauptargument des Revisionswerbers war, dass keine (halbe) Wette, sondern eine negative Werkzusicherung, also ein Werkvertrag vorläge. Werkzusicherung ist ein Werkvertrag, bei dem der Unternehmer nur berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, das Werk zum bestimmten Preise herzustellen.¹³⁷ Bei der Abgrenzung zwischen Wette und Werkvertrag ist ein besonderes Interesse an der Erbringung bzw Nichterbringung der Leistung zu berücksichtigen; liegt ein solches vor, so ist ein Werkvertrag anzunehmen. So auch schon *Wolff*, der den Fall bespricht, in dem der Manuskriptschreiber dem Lektor für jeden Fehler, den dieser findet, eine Belohnung verspricht.¹³⁸ Auch hier handle es sich um eine Werkzusicherung.

Im Ergebnis lag also eine besondere Form des Werkvertrages vor.

a.7.2. Auslobung

Die Auslobung ist eine nicht an bestimmte Personen gerichtet, öffentlich bekanntgemachte Zusage einer Belohnung für eine Leistung oder einen Erfolg.¹³⁹ Die Abgrenzung zwischen Auslobung einerseits und Wette bzw Glücksspiel andererseits bereitet erhebliche Schwierigkeiten; *Rummel*¹⁴⁰ ist sogar der Ansicht, dass eine überzeugende Abgrenzung bisher überhaupt kaum gelungen sei. Doch die Frage, ob eine Auslobung oder eine Wette bzw ein Glücksspiel vorliegt rechtfertigt allein aufgrund der Klagbarkeit eine nähere Untersuchung.

In der „Ö3-Mehrscheinchenspiel“-Entscheidung¹⁴¹ widmete sich der OGH der Abgrenzungproblematik:

¹³⁷ *Wolff*, 986 aaO.

¹³⁸ *Wolff*, Die Zusicherung, Zbl 1917, 705 725.

¹³⁹ Vgl § 860 ABGB.

¹⁴⁰ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 860 Rz 8.

¹⁴¹ ÖJZ 2007/135 = OGH 26.4.2007, 2 Ob 251/06k.

Ö3 Mehrscheinchenspiel

Die Beklagte (Anm: Österreichischer Rundfunk, Ö3) veranstaltete im Frühjahr 2005 gemeinsam mit der Österreichischen Nationalbank das „Ö3 Mehrscheinchenspiel“. Dabei handelte es sich um eine Charity-Aktion zugunsten der Stiftung „Nachbar in Not – Hilfe für die Opfer der Flutkatastrophe“. Das Gewinnspiel war derart gestaltet, dass die Seriennummer einer Fünf-EURO-Banknote, die in weiterer Folge unter notarieller Aufsicht in Umlauf gebracht worden war, über den Radiosender Ö3 bekannt gegeben wurde. Der Besitzer des Geldscheines mit der bekannt gegebenen Seriennummer hatte nun die Möglichkeit, binnen Frist die Banknote an den Veranstalter zu faxen und auf diese Weise das Preisgeld von beachtlichen EUR 100.000.- für sich zu begehren, anderenfalls der Betrag an die Stiftung „Nachbar in Not“ gehen würde. Als der Kläger tags darauf feststellte, dass er im Besitz der gesuchten Banknote war, faxte er diese, wie in den Spielbedingungen verlangt, unverzüglich an den Veranstalter, der ihm bestätigte, dass es sich um die Banknote mit der gesuchten Seriennummer handelte. Infolge widriger Umstände ging der Geldschein verloren, wurde jedoch nach Ablauf der ausgeschriebenen und einer zusätzlich für die Vorlage eingeräumten Frist vom Kläger wiederaufgefunden – zu spät. Die Beklagte verweigerte die Auszahlung an den Kläger, welcher daraufhin den Rechtsweg beschritt. Haupteinwendung der Beklagten war, dass es sich beim „Ö3 Mehrscheinchenspiel“ um einen Glücksvertrag gehandelt habe und somit § 1271 ABGB Anwendung fände. Darüber hinaus wäre der Rechtsweg bereits in den Spielbedingungen ausgeschlossen worden. Die Zulässigkeit des Rechtsweges beurteilte das Erstgericht anders und führte dazu aus: *„Der Ausschluss des Rechtsweges sei zwar bei Preisausschreiben im engeren Sinn im Rahmen der guten Sitten zulässig, aber auch dort derart zu interpretieren, dass die Einhaltung des Versprechens kontrollierbar und der etwa entstandene Anspruch einklagbar sei.“*

Der OGH war der Ansicht, dass eine Auslobung vorliege, da die Beklagte zu einer den „Spielregeln“ (Auslobungsbedingungen) entsprechenden Leistung, nämlich dem Identifizieren und Faxen des Geldscheins mit der richtigen Seriennummer, aufgefordert hatte. Das aleatorische Moment dabei bestünde lediglich darin, wer die gesuchte Banknote erlangte. Dies reiche jedoch nicht aus, das Vorliegen eines Glücksvertrages zu rechtfertigen. Somit lag eine Auslobung vor.

In einer anderen Mitte der 1980er Jahre ergangenen Entscheidung¹⁴² untersuchte das Handelsgericht Wien die rechtliche Qualifikation von sog Telefonspielen, das sind zumeist im Rundfunk veranstaltete Quizsendungen, bei denen Anrufer Fragen beantworten müssen. Wer zuerst telefonisch zum Moderator der Sendung „durchkommt“ und die richtige Antwort bieten kann, gewinnt. Im gegenständlichen Fall beantragte der Kläger die Ausfolgung des Preises mit der Begründung, er habe die richtige Antwort gewusst und es liege im Verschulden der Beklagten, dass er dem Spielleiter (Moderator) diese nicht geben konnte. Das HG Wien führte in der Berufungsentscheidung aus, dass das in der Möglichkeit des Durchkommens liegende Zufallsmoment nicht ausreiche, die von der Beklagten den Sehern gestellte Aufgabe als Spiel (Glücksvertrag) zu qualifizieren. Korn wies diesbezüglich auf den strengen an das aleatorische Moment anzulegenden Maßstab hin, sodass im Zweifel stets Auslobung anzunehmen sei.¹⁴³ Diese Judikaturlinie ist angesichts der Vielzahl derartiger in den Medien veranstalteten „Spiele“ von großer Bedeutung.

Auch in der Lehre finden sich Abgrenzungskriterien. Apathy/Riedler¹⁴⁴ differenzieren danach, ob die zu erbringende Leistung oder der Erfolg von vornherein möglich ist bzw ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Rummel¹⁴⁵ grenzt nach dem wirtschaftlichen Zweck ab, sodass Auslobung stets dann vorliegt, wenn der den Preis Versprechende *„ernsthaft zu einer bestimmten Tätigkeit anspornen will, mag er auch kein Interesse am Erfolg haben“*. Krejci¹⁴⁶ verlangt, dass der Wett- bzw Spielcharakter bereits in der öffentlichen Bekanntmachung hinreichend zum Ausdruck kommen muss, da dieser sonst zum bloßen Motiv degenerieren würde. Ist trotz Erfüllung der „Auslobungsbedingungen“ der Gewinn von einer Ziehung abhängig, überwiegt seiner Ansicht nach das aleatorische Moment, und es liegt Wette bzw Spiel vor.

a.7.3. Ergebnis

ME ist es sinnvoll, den Vertragscharakter anhand einer Gesamtschau zu beurteilen. Zweifellos hat dies in erster Linie nach dem Parteiwillen zu erfolgen, doch ist nach außen tretenden

¹⁴² HG Wien 26.2.1985, 1R 29/85.

¹⁴³ Korn, Glosse zu HG Wien 26. 2. 1985, 1R 29/85, MRA 1985 H 2, 17.

¹⁴⁴ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ (2006) § 860 ABGB Rz 2.

¹⁴⁵ Rummel in Rummel, ABGB³ (2002) § 860 Rz 8.

¹⁴⁶ Krejci in Rummel, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 44 ff.

Umständen zumindest hinsichtlich des objektiven Erklärungswerts ein gewisses Maß an Bedeutung zuzumessen, lassen sich doch daraus am ehesten Anhaltspunkte für das von den Parteien gewünschte Rechtsgeschäft gewinnen. Fehlen solche gänzlich, wird die Qualifikation wie so oft von der Beweislastverteilung abhängen.

a.8. Besondere „Wettformen“?

Wettverträge können verschieden ausgestaltet sein. Ebenso gibt es neben der eigentlichen Form der Wette weitere Vertragsarten, die zwar als „Wette“ bezeichnet werden, aber in Wahrheit einen anderen Vertragsinhalt haben und daher auch andere Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Von „*halber Wette*“ spricht man, wenn nur ein Vertragspartner für den Fall der Nichtbewährung seiner Behauptung eine Leistung verspricht.¹⁴⁷ Das macht die halbe Wette aber dennoch nicht zur Schenkung, weil der Rechtsfolgewille ein anderer ist.¹⁴⁸ Schenkung würde nur bei Kenntnis des Verlierers über den Wettausgang im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen. Des Weiteren anerkannt ist die „*ungleiche Wette*“, bei der unterschiedlich hohe Wetteinsätze versprochen werden, um entweder dem ungleich verteilten Risiko oder etwa den Vermögensverhältnissen der Wettenden Rechnung zu tragen.¹⁴⁹ Verspricht ein Dritter den Wettpreis, so liegt „*noble Wette*“ vor.¹⁵⁰ Da nicht nur konträre, sondern auch kontradiktorische Behauptungen Wettinhalt sein können, ist es denkbar, dass sich keine der aufgestellten Behauptungen als richtig erweist. In diesem Fall spricht man von „*vereitelter Wette*“. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, was mit dem versprochenen Wettpreis zu geschehen hat, da schließlich sämtliche Vertragsparteien als Verlierer zu qualifizieren sind. *Wolff*¹⁵¹ ist der Ansicht, jeder könne seinen Einsatz zurückverlangen, *Krejci*¹⁵² hingegen vertritt die Meinung, es genüge, dass leistungspflichtig sei, wer unrecht hat.

Besondere Bedeutung kommt den „Wetten“ auf aufgezeichnete Sportereignisse zu. Diese werden idR auf zwei verschiedene Arten angeboten: Entweder mittels Wettgerät oder durch

¹⁴⁷ *Wolff* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954)² 985 f.

¹⁴⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 9.

¹⁴⁹ *Krejci* aaO.

¹⁵⁰ *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1270 Rz 1.

¹⁵¹ *Wolff* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954)² 988.

¹⁵² *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1274 Rz 10 f.

zentrale Wettannahmestelle im Lokal. In beiden Fällen wählt ein Zufallsgenerator aus rund 800 aufgezeichneten Hunde- oder Pferderennen eines aus und blendet die jeweiligen Quoten kurz vor Beginn der Wiedergabe ein. Der Spieler kennt weder den Austragungsort, noch den Namen der Hunde und weiß daher nicht, um welches Rennen es sich handelt.

Der UFS Graz¹⁵³ hat umfassend dazu Stellung genommen und ausgesprochen: *„Eine Wette in Zusammenhang mit der Wiedergabe einer Aufzeichnung eines (sportlichen) Ereignisses ist keine Wette aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, sondern aus Anlass der Wiedergabe einer Aufzeichnung. Die Wiedergabe selbst ist keine sportliche Veranstaltung, sondern lediglich eine Abfolge elektronischer Funktionen bzw. ein Abspielen von Ton- oder Bildträgern (vgl. in diese Richtung gehend auch die Rechtsansicht der belangten Behörde, VwGH 21.5.2007, 2006/05/0256). Ob dabei sportliche oder sonstige Ereignisse wiedergegeben werden oder der Wettlustige oder Spieler gewinnt oder verliert, ist nebensächlich, denn bei einer solchen Wette hängt es nicht vom Zutreffen des vermuteten Ausgangs einer (sportlichen) Veranstaltung, sondern davon ab, welche der aufgezeichneten Ereignisse von einem EDV-Programm nach Wettannahmeschluss ausgewählt und wiedergegeben wird.“*

Auch Lehner¹⁵⁴ verweist auf *„die falsche Sportwette“*, unter welcher er Wetten auf aufgezeichnete sportliche Veranstaltungen versteht. Da der Wettkunde weder Austragungsort noch die Namen der Wettkampfteilnehmer kenne, trete das aleatorische Element in den Vordergrund, das sportliche Verliere vollkommen an Bedeutung. Es handle sich bei derartigen Wetten daher um Glücksspiele iSd GSpG. Außerdem seien Gewinn und Verlust meist am Gerät einstellbar.¹⁵⁵ Dieser Schlussfolgerung ist mE vollinhaltlich zuzustimmen.

Zur Definition der Gesellschaftswette siehe unten.

¹⁵³ UFS Graz 12.3.2010, RV/0600-G/08.

¹⁵⁴ Lehner, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 337.

¹⁵⁵ Lehner, Das Glücksspiel in Österreich. Eine steuerliche Betrachtung unter Berücksichtigung der föderalen und glücksspielrechtlichen Besonderheiten, taxlex 2006, 106.

b. Öffentlich-rechtlicher Wettbegriff

Das GSpG nennt den Begriff der Wette in den §§ 6 ff, die die Bestimmungen über die verschiedenen Lotterien enthalten. Das Gesetz definiert jedoch nicht, was es unter Wette versteht, sondern setzt vielmehr den Wettbegriff des ABGB voraus. Schon allein aus kompetenzrechtlichen Erwägungen ist das GSpG daher nur bedingt tauglich, Rückschlüsse auf den Wettbegriff des öffentlichen Rechts iS des Landesrechts zu ziehen. Dennoch besteht eine gewisse Verschränkung, weshalb die Rechtsprechung des VwGH hinsichtlich des aleatorischen Moments im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel nicht unwesentlich ist.¹⁵⁶ Ebenso kann das Strafrecht Hilfestellung bei der Herausarbeitung des Wettbegriffs bieten¹⁵⁷, wobei auf die noch einzugehende Problematik des Anwendungsbereichs des § 168 StGB verwiesen werden darf.¹⁵⁸

Auch die Landesgesetze definieren den Wettbegriff nicht. Zwar finden sich in der überwiegenden Zahl der landesrechtlichen Rechtsvorschriften Begriffsbestimmungen des Buchmachers und des Totalisators, was eine „Wette“ überhaupt ist, findet keine Erwähnung. Auch die Materialien geben keinerlei fruchtbringenden Aufschluss. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass auch die Landesgesetze den zivilrechtlichen Wettbegriff zur Grundlage nehmen.

c. Zusammenfassende Definition der Wette

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich der rechtliche Begriff der Wette primär aus dem ABGB ergibt. Wette ist demnach die Zusage einer „*Leistung für den Fall der Nichtbewährung einer Behauptung des Zusagenden*“¹⁵⁹ hinsichtlich eines den Parteien unbekannten Ereignisses, wobei erst der zum aleatorischen Moment hinzutretende, nicht (ausschließlich) wirtschaftliche Vertragszweck den Vertrag zur Wette macht. Fällt dieser Vertragszweck weg, so handelt es sich um ein Spiel.

¹⁵⁶ Etwa VwGH 25.7.1990, 86/17/0062; VwGH 18.12.1995, 95/16/0047; VwGH 8.9.2005, 2000/17/0201; ua.

¹⁵⁷ Zur Definition des Spiels iSd StGB siehe unten.

¹⁵⁸ Burgstaller, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, RZ 2004, 214.

¹⁵⁹ Wolff in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954)² 984.

IV. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Mit der Konzeption Österreichs als Bundesstaat geht die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern einher. Das B-VG¹⁶⁰ regelt die vier Haupttypen der Kompetenzverteilung in den Art 10 bis 12 und 15, daneben bestehen weitere Normen, welche spezielle Kompetenzverteilungsmechanismen – zB auf den Gebieten des Abgabewesens (Art 13 Abs 1 B-VG), des Schulwesens (Art 14, 14a B-VG), des Auftragswesens (Art 14b B-VG), der Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG) – statuieren¹⁶¹. Man spricht in diesem Zusammenhang von „besonderer Kompetenzverteilung“.

Für die kompetenzrechtliche Subsumtion der Sportwette scheint es zunächst sinnvoll darzustellen, welche Kompetenztatbestände hierfür denn überhaupt in Frage kommen.

Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG lautet:

- (1) Bundessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten:
 4. Bundesfinanzen, insbesondere öffentliche Abgaben, die ausschließlich oder teilweise für den Bund einzuheben sind; *Monopolwesen*;

Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG lautet:

- (1) Bundessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten:
 8. *Angelegenheiten des Gewerbes* und der Industrie; öffentliche Agentien und Privatgeschäftsvermittlungen; Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes; Patentwesen sowie Schutz von Mustern, Marken und anderen Warenbezeichnungen; Angelegenheiten der Patentanwälte; Ingenieur- und Ziviltechnikerwesen; Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie; Einrichtung beruflicher Vertretungen, soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet;

¹⁶⁰ Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF 1929, BGBl 1930/1 idF BGBl 2010/98.

¹⁶¹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundes-Verfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 263.

Art 15 Abs 1 B-VG lautet:

- (1) Soweit eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist, verbleibt sie im selbständigen Wirkungsbereich der Länder.

Art 15 Abs 3 B-VG lautet:

- (3) Die landesgesetzlichen Bestimmungen in den Angelegenheiten des Theater- und Kinowesens sowie der öffentlichen Schaustellungen, Darbietungen und Belustigungen haben für das Gebiet einer Gemeinde, in dem die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Landespolizeidirektion diesen Behörden wenigstens die Überwachung der Veranstaltungen, soweit sie sich nicht auf betriebstechnische, bau- und feuerpolizeiliche Rücksichten erstreckt, und die Mitwirkung in erster Instanz bei Verleihung von Berechtigungen, die in solchen Gesetzen vorgesehen werden, zu übertragen.

Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG stellt die Kompetenzgrundlage für das GSpG dar. Diesem unterliegen gem § 1 GSpG Glücksspiele, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Dies trifft prinzipiell auch auf Sportwetten zu, bedenke man, dass es abseits jener mehr oder minder qualifizierten „Experten“ im Sportbereich eine große Zahl an Personen gibt, die rein zum Vergnügen, wenn auch in der Hoffnung zu gewinnen, Sportwetten abschließen. Nach hM¹⁶² unterliegen Sportwetten aber nicht dem GSpG und damit dem Glücksspielmonopol. Warum?

Wie bereits festgestellt, ist – zivilrechtlich – Wette der Oberbegriff, Spiel eine Unterform der Wette.¹⁶³ § 1272 ABGB normiert, dass die Spiele von den politischen¹⁶⁴ Gesetzen geregelt werden. Zwar existierte zur Zeit der Kundmachung des ABGB weder das B-VG noch das GSpG, doch ist letztgenanntes zweifelsohne als ein derartiges politisches Gesetz zu betrachten. Diese Interpretation scheint mir deshalb sinnvoll, da der historische Gesetzgeber bei der Konzeption des ABGB nicht die Spiele iSd § 1272 leg cit zu regeln beabsichtigte, sondern

¹⁶² *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601; *Bresich/Klingenbrunner*, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59; *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (2007)⁴ Art 15 B-VG, 114.

¹⁶³ Dies gilt für alle Arten von Wetten.

¹⁶⁴ Gemeint sind damit wohl die öffentlich-rechtlichen Normen der österreichischen Rechtsordnung.

dies in eigenen Rechtsvorschriften vornehmen wollte. Die Abgrenzung zwischen Wette und Spiel muss daher bereits auf der zivilrechtlichen Stufe vorgenommen werden, denn „Glücksspiel“ iSd GSpG ist ja nicht zwingend mit dem Spielbegriff des ABGB gleichzusetzen, sondern ebenso ein Teil dessen. Diesem Gedanken zufolge ergibt sich eine hierarchische Gliederung: Wette (ABGB) - Spiel (ABGB) - Glücksspiel (GSpG). Aus diesem Grund ist es vollkommen unerheblich, ob Wetten unter den Glücksspielbegriff des § 1 GSpG subsumierbar sind oder nicht.

a. Versteinerungstheorie

Die Versteinerungstheorie ist eine, wenn nicht sogar die wichtigste, Form der Interpretation der im B-VG genannten Kompetenztatbestände. Sie besagt, dass den Kompetenzartikeln jener Inhalt zuzumessen ist, der ihnen zum Zeitpunkt ihrer Schaffung nach dem Stand und der Systematik der damaligen Rechtsordnung zukam.¹⁶⁵ Dabei vereinigt sie verbale und historisch-systematische Interpretationsaspekte.¹⁶⁶ Dem folgend enthalten die Kompetenzartikel des B-VG lediglich abstrakte Kurzformeln und sind iS einer intra-systematischen Fortentwicklung auszulegen. Versteinerungszeitpunkt ist nach hM¹⁶⁷ der 1.10.1925, das ist jener Zeitpunkt, an dem die B-VG Novelle 1925¹⁶⁸ in Kraft trat.

Wie bereits ausgeführt enthält Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG die Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers zur Gesetzgebung und Vollziehung auf dem Gebiet des Monopolwesens.¹⁶⁹

Nach hM¹⁷⁰ ist Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG als sachlich offene Kompetenz-Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers zu verstehen. Das bedeutet, dass ein alleiniges Abstellen auf die Versteinerungstheorie nicht möglich ist.

¹⁶⁵ Öhlinger, Verfassungsrecht (2003)⁵ 275 ff.

¹⁶⁶ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundes-Verfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 296.

¹⁶⁷ Etwa Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 104; für den 1.10.1920 Wiederin in Haller/Kopetzki/Nowak/Paulson/Raschauer/Ress/Wiederin (Hrsg) Staat und Recht: Festschrift für Günther Winkler (1997) 1236 ff.

¹⁶⁸ BGBl 1925/268.

¹⁶⁹ VfGH 23. 6. 1989, B 588/89, VfSlg 12.111.

¹⁷⁰ Mayer, Staatsmonopole (1976) 15 ff; Strejcek/Bresich (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 81; kritisch Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² (2006) § 3 Rz 21 ff.

b. Lehre

§ 2 Abs 1 GSpG bestimmt:

Ausspielungen sind Glücksspiele,

1. *die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und*
2. *bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und*
3. *bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).*

Telos der nachstehenden Ausnahmenorm des § 4 Abs 1 leg cit liegt in der Entkriminalisierung der im Privatbereich durchgeführten Glücksspiele.¹⁷¹ Betrachtet man nun die Definition der Ausspielung, so muss man feststellen, dass gewerblich veranstaltete Sportwetten, egal ob nun in der Form der Buchmacherwette oder als Totalisatorwette, diese Kriterien zwar erfüllen, aber dennoch nicht als Glücksspiele qualifiziert werden.

*Bresich/Klingenbrunner*¹⁷² weisen ausdrücklich darauf hin, dass (Sport)Wetten auf Einzelveranstaltungen nicht vom Glücksspielmonopol umfasst sind. Sie führen weiters aus, dass gem § 4 Abs 1 GSpG Glücksspiele, die nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, nicht dem Monopol unterliegen. Eine Subsumtion von Wetten unter Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG (Gewerbeangelegenheiten)¹⁷³ oder Art 15 Abs 3 B-VG (Veranstaltungswesen) scheitere bereits an der Trennung von Wette und Spiel, da nur Spiele denkmöglich in den Anwendungsbereich einer der genannten Kompetenztatbestände fallen könnten.

*Lehner*¹⁷⁴ wiederum vertritt die Ansicht, man dürfe nicht streng zwischen Wette und Spiel unterscheiden, da letztlich jedes Glücksspiel als Wette umzudeuten sei. Eine Heranziehung des zivilrechtlichen Wettbegriffs bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Normen wie dem GSpG sei nicht geboten. Aus diesem Grund habe es der Gesetzgeber auch unterlassen, im GSpG den Wettbegriff zu definieren und eine Unterscheidung zwischen Glücksspielen mit und solchen ohne Spielcharakter zu treffen. Dies leite sich zudem aus der in § 4 Abs 4 GSpG

¹⁷¹ *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksspielgesetz² (2006) § 4 Rz 4.

¹⁷² *Bresich/Klingenbrunner*, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59.

¹⁷³ So auch *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (2007)⁴ Art 15 B-VG, 114.

¹⁷⁴ *Lehner*, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 337.

statuierten Ausnahme der Lebensversicherungsverträge ab, da diesen überhaupt kein spielerischer Charakter anhafte. IS eines argumentum a minori ad maius sei nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber lediglich Spiele ieS in den Kreis des Anwendungsbereichs des GSpG ziehen wollte. Wetten seien daher Glücksspiele und fielen unter das GSpG. Dieser Schluss, so der Autor weiter, ergäbe sich auch anhand einer historischen Interpretation, da die im Staatsgesetzblatt 1920/286 kundgemachte Novelle zum Strafgesetz¹⁷⁵ den noch im heutigen GSpG Verwendung findenden Glücksspielbegriff eingeführte, obwohl ein Jahr zuvor das Gesetz betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens¹⁷⁶ erlassen worden waren. Es bestehe lediglich eine Ausnahme zugunsten gewerbsmäßig vermittelter oder abgeschlossener Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen. Diese seien mit Bewilligung der jeweiligen Landesregierung zulässig.

*Schwartz/Wohlfahrt*¹⁷⁷ knüpfen an die zivilrechtliche Unterscheidung von Wette und Spiel an. Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG und somit das GSpG seien nur auf Spiele, jedoch nicht auf „echte Wetten“, die sich nicht durch spielerisches Verhalten der Wettteilnehmer auszeichnen, anzuwenden. Auch sie stützen ihre Sichtweise auf eine historische Interpretation des GTBW-G. Zum Zeitpunkt dessen Inkrafttretens sei die Republik Deutschösterreich zentralstaatlich organisiert gewesen¹⁷⁸, durch die Schaffung des GTBW-G sei die Kompetenz zur Erteilung von Bewilligungen auf dem Gebiet der Totalisateur- und Buchmacherwetten den Landesbehörden zugewiesen worden. Durch die Rechtsüberleitung¹⁷⁹ sei das GTBW-G weiterhin in Geltung verblieben. Im Versteinerungszeitpunkt habe eine Unterscheidung zwischen den dem vormaligen Glücksspielregal unterliegenden Spielen und dem Bereich der Totalisateur- und Buchmacherwetten bestanden. Unter das Glücksspielregal wären jedoch nur Lotterien gefallen, weshalb der genannte Bereich „*originäre Regelungskompetenz der Bundesländer*“ sei.¹⁸⁰

¹⁷⁵ § 522 Strafgesetz 1852 idF StGBI 1920/286.

¹⁷⁶ Gesetz betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens StGBI 1919/388 idF StGBI 1920/193 (GTBW-G).

¹⁷⁷ *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601.

¹⁷⁸ Das Gesetz vom 14.11.1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern StGBI 1918/24.

¹⁷⁹ Verfassungsgesetz betreffend den Übergang zur bundestaatlichen Verfassung BGBI 1920/2.

¹⁸⁰ Zur Kritik an der hM, Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG sei als offene Kompetenz-Kompetenz zu verstehen, siehe unten.

*Korinek/Holoubek*¹⁸¹ bezweifeln die Ansicht, die Angelegenheiten der Buchmacher und Totalisateure fielen in den Anwendungsbereich des Art 15 Abs 3 B-VG, weil die Nichtanwendbarkeit der Gewerbeordnung ihres Erachtens lediglich durch die mangelnde Erlaubtheit der Tätigkeit begründet sei. Überdies sei die Grenze zu den öffentlichen Darbietungen und Belustigungen spätestens mit der Tätigkeit der Vermittlung von Wetten klar überschritten.

c. Judikatur

Einschlägig ist VfGH 19.11.1932, V 5/32, VfSlg 1933/1477. Der VfGH hatte darüber zu erkennen, ob Angelegenheiten des Totaliseur- und Buchmacherwesens Angelegenheiten des Gewerbes iSd Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG sind. Er verneinte dies mit der Begründung, dass Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG eng auszulegen sei, da unter Gewerbe iSd leg cit „*nicht ausnahmslos jede selbständige und dauernde, im Interesse eines Erwerbes geübte, also auf Gewinn berechnete Tätigkeit*“ sei. Vielmehr seien die Kompetenztatbestände nicht isoliert, sondern im Verhältnis zueinander zu interpretieren. Die zahlreichen Ausnahmebestimmungen des Art 10 leg cit ließen darauf schließen, dass der historische Gesetzgeber den Begriff des Gewerbes iSd B-VG im Wesentlichen mit jenem der Gewerbeordnung gleichsetzte. Außerdem lasse die Ausnahmenbestimmung des Art 15 Abs 3 den Größenschluss zu, dass, wenn selbst Tätigkeiten, die jenen von der Gewerbeordnung umfassten stark ähneln, von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen sind, Tätigkeiten, die diese Berührungspunkte nicht oder nicht im selben Ausmaß aufweisen, umso mehr ausgenommen seien. Angelegenheiten des Totaliseur- und Buchmacherwesens fielen daher unter Art 15 B-VG, das GTWB-G gelte daher als Landesgesetz weiter.

Ob genannte Tätigkeiten nun unter Abs 1, die Generalklausel, oder Abs 3 zu subsumieren seien, beantwortete der VfGH allerdings nicht, sondern begnügte sich mit der Einordnung als Landeskompetenz.

d. Ergebnis

Um eine klare Abgrenzung der einzelnen Kompetenztatbestände und somit eine kompetenzrechtliche Einordnung der „Wetten“ sinnvoll vornehmen zu können, sind die Regeln der Versteinerungstheorie heranzuziehen. Der Rechtsprechung des VfGH folgend müssen daher die

¹⁸¹ *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2007) Art 15/3 Rz 10.

in den Kompetenzartikeln verwendeten Ausdrücke in jener Bedeutung verstanden werden, die ihnen zum Zeitpunkt ihres In-Kraft-Tretens nach dem damaligen Stand der Rechtsordnung zugemessen wurde. Für die Abgrenzung zwischen den Kompetenztatbeständen „Angelegenheiten des Gewerbes“¹⁸² und „Veranstaltungswesen“¹⁸³ sind daher die Interpretationsregeln der Versteinerungstheorie heranzuziehen.

Im Versteinerungszeitpunkt 1.10.1925 wurde der Gewerbebegriff vor allem durch Artikel 4 und 5 des Kundmachungspatents zur Gewerbeordnung 1859¹⁸⁴ definiert. Demnach waren „Unternehmungen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art“ von der Gewerbeordnung ausgenommen. Darunter wurden auch alle zur Sportausübung dienenden Anlagen verstanden und der Kompetenz der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung zugeordnet.¹⁸⁵ Damit in Einklang stehend regelte das zu diesem Zeitpunkt geltende GTBW-G 1919 lediglich „Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen“. Wie bereits erwähnt hat der VfGH in VfSlg 1477/1932 die Angelegenheiten der Totalisator- und Buchmacherbetriebe der Regelungskompetenz der Länder zugeordnet und dies mit der Ähnlichkeit zu den „öffentlichen Belustigungen und Schaustellungen aller Art“ gemäß Artikel 15 Abs 3 B-VG begründet. Völlig offen gelassen hat er jedoch, ob dabei der Anlass für das Wetten, also die sportliche Veranstaltung, oder die strukturelle Ähnlichkeit von Wetten mit dem Bereich der „öffentlichen Belustigungen und Schaustellungen aller Art“ kompetenzbegründend wirkt.¹⁸⁶ ME kann diese Frage bereits anhand des strukturellen Aufbaus des B-VG gelöst werden, da die enumerative Aufzählung der Bundeskompetenzen in Verbindung mit der Generalklausel zu Gunsten der Länder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, im Zweifel so genannte „Adhäsionskompetenzen“ zu vermeiden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die strukturelle Ähnlichkeit von Wetten zu öffentlichen Belustigungen durchschlägt und im Ergebnis der verfassungsrechtliche Kompetenztatbestand des Artikel 15 Abs 3 B-VG erfüllt ist. Konsequenterweise lässt dies jedoch keinerlei Spielraum für eine zusätzliche Anwendbarkeit der Gewerbeordnung. Die von einigen Bezirkshauptmannschaften vertretene Rechts-

¹⁸² Artikel 10 Abs 1 Z 8 B-VG.

¹⁸³ Artikel 15 Abs 3 B-VG.

¹⁸⁴ Kaiserliches Patent vom 20.12.1859, RGBI 1859/227.

¹⁸⁵ Heller, Kommentar zur Gewerbeordnung und zu ihren Nebengesetzen II. (1912) 1736.

¹⁸⁶ Schwartz/Wohlfahrt, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, *ecolex* 2002, 51.

ansicht, (Buchmacher-)Wetten seien ein anzeigepflichtiges Gewerbe, ist unzutreffend¹⁸⁷, in diesem Zusammenhang ergangene Gewerbeberechtigungen somit rechtlich wertlos.

e. TOTO

§ 7 GSPG bestimmt:

Das TOTO ist eine Ausspielung, bei der ein Veranstalter Wetten über den Ausgang mehrerer sportlicher Wettkämpfe (Kollektivwetten) annimmt und durchführt. Die Gewinnsumme wird auf mehrere Gewinnränge aufgeteilt; alle Gewinne desselben Gewinnranges sind gleich hoch. Das Ergebnis von Wettkämpfen, die entfallen, nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt stattfinden oder ihren Wettkampfcharakter geändert haben, ist durch eine öffentliche Ziehung zu ersetzen (Ersatzziehung).

§ 7 GSPG normiert somit eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz und bezieht Wetten über den Ausgang mehrerer sportlicher Wettkämpfe (Ereignisse) in den Kreis der Ausspielungen des GSPGs mit ein und somit unter das Monopol. Dies basierte auf einer historischen Entscheidung des Gesetzgebers, ist jedoch aufgrund der damit in Zusammenhang stehenden, aufgeworfenen Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern einer eingehenderen Untersuchung wert.

Der Begriff TOTO leitet sich als Kurzform vom französischen Wort *totalisateur* ab, welches als *Totalisator* in den deutschsprachigen Raum übernommen wurde, womit die amtliche Wettstelle von Pferderennplätzen bezeichnet wurde.¹⁸⁸ In Österreich wurde die erste Runde des TOTOs am 23.10.1949 mit 60.000 ausgestellten Spielscheinen auf Grundlage des damaligen Sporttotogesetzes¹⁸⁹ durchgeführt. Gegenstand dieser „Wetten“ waren die Spiele der österreichischen Fußballbundesliga. Nach anfänglichen Startschwierigkeiten und relativ mäßiger Teilnahme erfreute sich das TOTO in der österreichischen Bevölkerung nicht zuletzt aufgrund in den Medien veröffentlichter Tippvorschläge binnen weniger Wochen großer

¹⁸⁷ Österreichischer Buchmacherverband (Hrsg), Handbuch 2009 des Österreichischen Buchmacherverbandes (2009) 67.

¹⁸⁸ Duden 7, Etymologie, Mannheim (1963) 713;

http://de.wikipedia.org/wiki/Toto_%28Sportwette%29#cite_note-0 (28.8.2012).

¹⁸⁹ Sporttotogesetz BGBl 1949/55.

Beliebtheit, was bereits in der fünften Runde, bei der es zu einer wahren Flut an Zwölfern kam, zu einem Chaos bei der Gewinnermittlung gefolgt von wütenden Protesten in Folge der geringen Gewinnhöhe führte.¹⁹⁰ Derzeit ist die Österreichische Lotterien GmbH der alleinige (rechtmäßige) TOTO-Anbieter in Österreich, da dieser mit Bescheid des BMF vom 2.10.1997 für die Zeit vom 1.10.1997 bis zum 30.9.2012 zur Veranstaltung von TOTO-Ausspielungen ermächtigt wurde. Laut der veröffentlichten Bilanz der Österreichischen Lotterien GmbH betrug der Jahresumsatz für TOTO- und Torwette im Jahr 2011 EUR 11,25 Mio.¹⁹¹

*Strejcek/Bresich*¹⁹² führen aus, dass jede Wette über den Ausgang eines sportlichen Wettkampfes auch von einem mehr oder minder stark ausgeprägten Zufallsmoment gekennzeichnet ist, da Faktoren wie etwa Mannschaftsaufstellung oder Tagesform der Spieler Einfluss auf den Ausgang des Ereignisses haben und diese Faktoren von den Wettenden nicht vorausgesehen werden können. Bei einer Kombination mehrerer Wetten würde sich dieses aleatorische Moment schließlich soweit potenzieren, sodass Gewinn und Verlust letzten Endes vorwiegend zufallsabhängig seien. Diese Rechtsansicht findet Deckung im Gesetzeswortlaut und wird überdies von der Rechtsansicht des BMF gestützt. Dieser hat mit Erlass vom 28.11.2000¹⁹³ festgehalten, dass Wetten in das Glückspielmonopol des Bundes fallen, sofern auf mehr als zehn miteinander kombinierte sportliche Ereignisse gewettet wird, da ab dieser Anzahl ein mehrheitliches Überwiegen des Zufallselements angenommen werden kann. Darunter spricht man bei Wetten auf Fußballergebnisse von so genannten Torwetten.

Diese Ansicht wird seit jeher von *Schwartz/Wohlfahrt*¹⁹⁴ heftig als verfassungswidrig kritisiert. Sie begründen dies damit, dass Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen im Versteinerungszeitpunkt durch das als Landesgesetz geltende GTWB-G¹⁹⁵ geregelt waren; gehe man daher, wie *Schwartz/Wohlfahrt*, davon aus, dass Artikel 10 Abs 1 Z 4 B-VG (Monopolwesen) keine sachliche offene Kompetenz – Kompetenz normiere, so sei die Miteinbeziehung von Sportwetten, völlig unabhängig von der Anzahl der kombinierten Einzelereignisse, unter das Monopol und somit unter die Kompetenz des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung

¹⁹⁰ *Strejcek-Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 127.

¹⁹¹ http://www.lotterien.at/olg/CS_Zahlen_und_Fakten.htm (9.8.2012).

¹⁹² *Strejcek/Bresich*, aaO.

¹⁹³ BMF 28.1.2000, GZ 261100/70-V/14/00.

¹⁹⁴ *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksspielgesetz² (2006) § 7 Rz 2 ff.

¹⁹⁵ Gesetz vom 28. Juli 1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens StGBI 1919/388 idF StGBI 1920/193.

verfassungswidrig. Weiters führen sie ins Treffen, dass die Subsumtion von Wett- oder Spielereignissen unter das Glücksspielmonopol einerseits voraussetze, dass es sich dabei um Spiele im Sinne des GSpG handelt und andererseits der Spielausgang mehrheitlich zufallsabhängig ist. Abgesehen davon, dass man eine solche Zufallsabhängigkeit nicht pauschal annehmen könne, sondern für den Einzelfall prüfen müsse, sei es äußerst zweifelhaft, ob man derartige Wetten dem Spielbegriff des GSpG unterwerfen könne. Diese Ansicht stellt in der Lehre eine Mindermeinung dar.

*Wojnar*¹⁹⁶ wählt einen anderen Ansatz und stellt auf den Parteienwillen ab. Demnach nehme der Spielteilnehmer nicht am TOTO teil, um den jeweiligen einzelnen Tipp isoliert betrachtet bestätigt zu sehen, sondern um eine „ganzheitliche Voraussage“ auf den Ausgang der kumulierten Wettereignisse zu treffen und bei Richtigkeit derselben zu gewinnen. Bereits dieses Verhalten sei spielerisch und stark vom Zufallselement geprägt. Des Weiteren sei das in § 7 GSpG normierte Definitionsmerkmal des TOTO der „Aufteilung der Gewinnsumme auf mehrere Gewinnränge“ als Unterscheidungskriterium zum Bereich der gewöhnlichen Sportwetten als taugliches Instrument heranzuziehen, da die Höhe des konkreten Einzelgewinns nicht vorausgesehen werden kann und von Faktoren, wie etwa der Anzahl der teilnehmenden Spieler abhängig sei.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hatte sich bereits mit der kompetenzrechtlichen Einordnung des TOTO auseinanderzusetzen.¹⁹⁷ Hintergrund des Verfahrens war das Verwaltungsstrafverfahren gegen einen Sportwettanbieter, welcher Kollektivwetten in der Weise angeboten hatte, dass er pro Tippreihe mindestens vier Spiele im Wettreglement vorschrieb. Die Kombination von zumindest vier Wetten lag zwar deutlich unter der von Lehre und Finanzbehörde als überwiegend vom Zufall abhängigen Zahl von zehn Wetten, doch wurde der Anbieter nach den damals in Geltung stehenden Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, BGBl 1986/292, bestraft. Im Zuge der Bescheidaufhebung sprach der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nicht jede Art von Sportwette unter das Glücksspielgesetz falle, da nicht von vornherein gesagt werden könne, dass bei einer Sportwette unter allen Umständen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Daher bedürfe es der ausdrücklichen Einbeziehung des (Sport)TOTOs in das Glücksspielmonopol durch eine gesetzliche Norm.

¹⁹⁶ *Wojnar*, in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 28f.

¹⁹⁷ VwGH 23.12.1991, 89/17/0258.

Meiner Ansicht nach überwiegen die Gründe, die Miteinbeziehung des TOTO unter das Glücksspielmonopol in § 7 GSpG als verfassungskonform zu sehen. Es besteht zwar eine starke Ähnlichkeit des TOTO zu gewöhnlichen Sportwetten, doch handelt es sich dabei letztlich doch um eine Tätigkeit, die sich zumindest auf Anbieterseite in wesentlichen Punkten von Sportwetten unterscheidet. Wesentliches Abgrenzungskriterium ist dabei meines Erachtens die Aufteilung der Gewinnsumme auf Gewinnränge, bei denen jeder Gewinnrang gleich viel erhält, sowie die Bestimmung der Ersatzziehung im letzten Satz des § 7 GSpG. Eine vergleichbare Regelung findet sich weder in den landesrechtlichen Wettgesetzen, noch auf privatrechtlicher Ebene in den durchschnittlichen Wettbestimmungen diverser größerer Anbieter.¹⁹⁸ Besonders „sauber“ ist diese Lösung dennoch nicht, da die Festsetzung der Obergrenze wohl eher Ausdruck politischen Willens als eine Anknüpfung an mathematisch-statistische Gegebenheiten darstellt.

f. Exkurs: Gesellschaftswetten

*„Gesellschaftswetten sind solche Wetten, bei denen auf den Eintritt eines künftigen Ereignisses gewettet wird, dass im Gegensatz zu Sportwetten nicht in Zusammenhang mit einem sportlichen Ereignis steht. Gegenstand solcher Wetten sind zB ‚Wer wird nächster Papst?‘, ‚Wer wird nächster Präsident?‘, etc.“*¹⁹⁹ Während sich Sportwetten sowohl international als auch hierzulande großer Beliebtheit erfreuen, stellen Gesellschaftswetten eher die Ausnahme dar. Dies hängt einerseits mit dem hohen Bekanntheitsgrad und der langen Tradition von Wetten auf sportliche Ereignisse, andererseits mit der traditionsbedingten hohen gesellschaftlichen Akzeptanz von solchen Wetten zusammen. Man kann beinahe von einer Symbiose zwischen Sportereignissen und Wetten über diese sprechen, da das eine ohne das andere nicht möglich wäre und eine gegenseitige einnahmenseitige Steigerung für beide Teile bewirkt wird. Doch allein der Umstand, dass Gesellschaftswetten bisher eine vollkommen untergeordnete Rolle auf dem Wettparkett gespielt haben, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass dies einem ungeschriebenen Naturgesetz gleich auf Dauer so bleiben muss. Zu untersuchen ist daher, ob Gesellschaftswetten demselben rechtlichen Regime wie Sportwetten unterstehen oder nicht.

¹⁹⁸ <http://www.tipp3.at/html/wettordnung?uepSessionToken=9c40afb8162a61799f5c4d9d0a6edde4> (9.8.2012); https://help.bwin.com/General/Legal/sportsbook_tac.aspx (9.8.2012); <https://www.interwetten.com/de/Common/LandingPages/ContentTermsAndConditions.aspx?tid=Terms+and+conditions+of+business&ln=TermsAndConditions&cat=Standard> (9.8.2012).

¹⁹⁹ Hasberger/Busta, Top die Wette gilt nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49.

Zur kompetenzrechtlichen Einordnung von Gesellschaftswetten ist auszuführen, dass wie bereits oben erwähnt Wetten unstrittig Weise in die Kompetenz der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung gemäß Art 15 Abs 3 B-VG fallen. Eine Unterscheidung zwischen Sportwetten und Gesellschaftswetten wird nicht vorgenommen und ist auch nicht notwendig, da diese Einordnung mit der Ähnlichkeit zu dem in Art 15 Abs 3 B-VG genannten Bereich der öffentlichen Belustigungen und Schaustellungen aller Art.²⁰⁰ An die zum TOTO ergangenen Ausführungen anschließend muss gefragt werden, ob Gesellschaftswetten ausschließlich der Länderkompetenz unterliegen oder ob auch hier bei Hinzutreten gewisser Umstände, wie diese in § 7 GSpG normiert sind, eine Bundeskompetenz durchschlägt und bei Kumulierung mehrerer Wettereignisse der Sachverhalt im glücksspielrechtlichen Monopol zu subsumieren ist. *Wojnar*²⁰¹ ist der Meinung, dass wenn ein Sachverhalt aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung des Wettangebotes unter den Tatbestand des Glücksspiels zu subsumieren ist, dies auch bezüglich Gesellschaftswetten gelten müsse. Diese Ansicht ist mE verfehlt, da es hierfür keinerlei gesetzliche Grundlage gibt. § 7 GSpG bezieht sich dem Wortlaut nach ausdrücklich auf Wetten aus Anlass sportlicher Ereignisse. Dem Wort „Sport“ kommt hier keine andere als die allgemein gebräuchliche Bedeutung zu. *Hoscher/Strejcek*²⁰² vertreten die Ansicht, es müsse eine verfassungskonforme Interpretation vorgenommen werden, da „Sport“ kein Verfassungsbegriff sei und deshalb nicht als Unterscheidungskriterium tauglich sei. Zwar seien Bestimmungen jeder Art im Zweifel stets verfassungskonform zu interpretieren, doch würde eine derartige Interpretation im konkreten Fall klar dem Gesetzeswortlaut widersprechen und zu einem vom historischen Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnis führen. Überdies sei der Gesetzeswortlaut eindeutig, jeglicher Zweifel auszuschließen. *Schwartz/Wohlfahrt* kritisieren (mE zu Recht) die von *Hoscher/Strejcek* vertretene Rechtsansicht.²⁰³ *Hasberger/Busta*²⁰⁴ weisen auf die Problematik der vom BMF vertretenen Rechtsansicht hin, Gesellschaftswetten seien grds unzulässig, weil ihr Ausgang überwiegend vom Zufall bestimmt sei und sie folglich als Glücksspiele zu qualifizieren seien. Vor allem vor dem Hintergrund der Ausdehnung bzw Kompetenzinanspruchnahme einzelner Bundesländer hinsichtlich des Bereichs der Gesellschaftswetten sei der Widerspruch zwischen der auf einer landesrechtlich bewilligten Tä-

²⁰⁰ *Krabler/Stolzlechner/Wendel*, Kommentar zur GewO 1994 (2003)² § 2 Abs 1 Rz 59; *Schwartz/Wohlfahrt*, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, *ecolex* 2002, 51.

²⁰¹ *Wojnar* in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 29.

²⁰² *Hoscher/Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek* (Hrsg), Lotto und andere Glücksspiele (2003) 69.

²⁰³ *Schwartz/Wohlfahrt*, Im Auslegen seid frisch und munter...*) (Replik), *ecolex* 2003, 797.

²⁰⁴ *Hasberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis. Erfordernis landesrechtlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, *MR* 2006, 175.

tigkeit einerseits und der dennoch schwebenden Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung andererseits nicht hinnehmbar.

Die meisten Landesgesetze regeln lediglich Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, was sowohl auf die historische Entwicklung, als auch auf die teils wortgetreue Übernahme des GTBW-G 1919 zurückzuführen ist. Modernere Landesgesetze jedoch beziehen bereits auch Gesellschaftswetten mit ein.²⁰⁵ Soweit also die entsprechenden Landesgesetze nur Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen regeln – meist in der Form, dass das Anbieten und die Vermittlung solcher Wetten einer Genehmigungspflicht unterworfen wird – so kann davon ausgegangen werden, dass das Veranstellen und die Vermittlung von Gesellschaftswetten mangels anders lautender gesetzlicher Norm ohne Genehmigung zulässig ist.²⁰⁶

Die herrschende Lehre²⁰⁷ und die Judikatur²⁰⁸ sind sich dennoch eins, dass Totalisateur- und Buchmacherwetten, gleich aus welchem Anlass, in die Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers fallen. Die vielfache landesgesetzliche Nichtregelung bzw Miteinbeziehung des Bereichs der Gesellschaftswetten in bestehende Gesetze kann mE aber nicht zugunsten einer Bewilligungspflicht „im Zweifel“ interpretiert werden.

V. Die landesrechtlichen Bestimmungen im Einzelnen

Beim Vergleich der einzelnen Wettgesetze der Bundesländer fällt rasch auf, dass diese zwar inhaltlich über weite Strecken ähnlich gestaltet sind, was einerseits durch die Regelungsmaterie selbst bedingt ist, andererseits auf das GTWB-G zurückzuführen sind, welches wie bereits weiter oben ausgeführt entweder von den Ländern wortgleich übernommen oder zumindest als Grundlage für die Neukodifizierung herangezogen wurde. Daneben ist bei einigen, vor allem den neueren Landesgesetzen eine schrittweise Annäherung an das GSpG festzustellen, vor allem was die dem Spielerschutz dienenden Bestimmungen betrifft. Dies ist nicht zuletzt

²⁰⁵ vgl etwa Gesetz vom 1.7.2003 über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten im Land Steiermark LBGl 2003/79; Vorarlberger Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten LBGl 2003/18.

²⁰⁶ Vgl § 1 Abs 1 VStG 1991 BGBl 1991/52 idF BGBl 2012/50; § 1 Abs 1 StGB BGBl 1974/60 idF BGBl 2012/61; Art 7 EMRK.

²⁰⁷ *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601.

²⁰⁸ VfGH 19.11.1932, V 5/32, VfSlg 1477/1932.

wegen der strikten verfassungsrechtlichen Trennung zwischen Wett- und Glücksspielwesen bemerkenswert und kann zur Zusammenfassung der einzelnen Landesgesetze in Gruppen herangezogen werden, die durch den Grad ihrer Annäherung an das GSpG in wesentlichen Bereichen charakterisiert sind. Vor dem Hintergrund, dass eine schrittweise Zusammenführung dieser beiden Rechtsmaterien vor allem auf europäischer Ebene seit Langem diskutiert und durchaus auch gefordert wird²⁰⁹, erscheint eine derartige Kategorisierung mE sinnvoll, um sowohl zu untersuchen wie „modern“ die Länder ihr Wettwesen geregelt haben als auch um ein stilles Bekenntnis der Länder zur Wesensidentität zwischen dem Wett- und dem Glückspielbereich festzustellen, zumal doch sowohl Bundes- als auch Landesgesetzgeber vor letztlich beinahe identen Problemstellungen stehen.

Zunächst seien jedoch die relevanten Kernbestimmungen der jeweiligen Landesgesetze kurz dargestellt:

a. Burgenland

Das Burgenland hat das GTWB-G vollständig übernommen, die einzige Änderung bisher erfuhr das Gesetz durch Bgld LGBl 1993/13, wobei lediglich die Bestimmung des § 12, welcher die Verpflichtung des Buchmachers normiert, spätestens 48 Stunden vor dem Beginn der sportlichen Veranstaltung, auf welche dieser den Abschluss einer Wette beabsichtigte, der zuständigen Finanzbehörde darüber Anzeige zu erstatten, infolge des Beitritts Österreichs zum EWR²¹⁰ gestrichen wurde.

Besonders hervorzuheben ist, dass das Gesetz selbst keine konkreten Voraussetzungen für die Konzessionserteilung vorsieht. Nichtsdestotrotz verlangt die zuständige Behörde²¹¹ abgesehen von einer Strafregistrauskunft zur Darlegung der „vollen Vertrauenswürdigkeit“ einen Bonitätsnachweis, welcher in Form einer Bankgarantie über EUR 70.000,-- für den ersten Standort erbracht werden muss. Ab dem zweiten Standort bis zum 50. Standort wird pauschal eine Bankgarantie über EUR 350.000,--, danach bis zum 100. Standort eine Bankgarantie über EUR 1.000.000,-- und ab dem 101. Standort eine pauschale Bankgarantie über

²⁰⁹ Das momentane tatsächliche, rechtliche Pouvoir zur europarechtlichen Umsetzung derartiger Forderungen sei dabei außen vor gelassen.

²¹⁰ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum BGBl 1993/910.

²¹¹ Das ist momentan die Abteilung 5 (Anlagenrecht, Umweltschutz und Verkehr).

EUR 2.000.000,-- verlangt.²¹² Eine gesetzliche Grundlage hierfür gibt es nicht, sondern gründet sich dieses zusätzliche Erfordernis auf die in § 1 Abs 4 Bgld GTWB-G normierte Ermächtigung der Landesregierung zur Aufstellung weiterer Bedingungen für die Erteilung der Bewilligung zur gewerbsmäßigen Vermittlung und zum gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen.²¹³

b. Wien

Auch das Land Wien hat das GTWB-G in seiner ursprünglichen Fassung übernommen und es seither zweimal novelliert. Während die zweite Änderung lediglich die Anpassung aufgrund der Einführung des Euro zum Inhalt hatte und im Zuge dessen die im Gesetz angeführten Beträge entsprechend adaptiert wurden²¹⁴, erfolgte die erste Gesetzesänderung²¹⁵ als Reaktion auf ein Erkenntnis²¹⁶ des Verfassungsgerichtshofs im Jahr 1996 und ist von wesentlich größerer Bedeutung. Mit diesem hob der Verfassungsgerichtshof die in § 1 Abs 4 Wr GTBW-G enthaltenen Wortfolgen *„jederzeit von Bedingungen abhängig machen, sie einschränken oder“*, *„letzteres“* und *„oder eine vorgeschriebene Bedingung nicht eingehalten wird“* als verfassungswidrig auf und begründete dies mit einem Verstoß gegen das Determinierungsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG. Das Gesetz räume nach Ansicht des VfGH der Behörde grundsätzlich zulässig das Ermessen ein, weitere Bedingungen für die Konzessionserteilung aufzustellen und bereits erteilte Konzessionen bei Verstößen gegen diese wieder zu entziehen. Des Weiteren ergäbe sich aus dem Gesetzeswortlaut, dass derartige Bedingungen sowohl vor als auch nach Konzessionserteilung nach freiem Ermessen der Behörde aufgestellt werden können. Anders als im Fall der Rücknahme der Bewilligung mangels voller Vertrauenswürdigkeit ergäbe sich aus dem Gesetz und seinem Zweck jedoch nicht, um welche Bedingungen es sich dabei handle und unter welchen Voraussetzungen die Nichteinhaltung zu Entziehungsfolgen führe, weshalb der VfGH die Teilwortfolgen als zu unbestimmt qualifizierte. Bundesweite Relevanz erfährt die Entscheidung gerade dadurch, dass in anderen Bundesländern das GTWB-G in seiner ursprünglichen Fassung, also mitsamt der hier angefochtenen Wortfolgen,

²¹² Österreichischer Buchmacherverband (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009) 87.

²¹³ Eine weitere gesetzliche Grundlage, etwa in Form einer Verordnung oder Weisung, besteht derzeit nach Auskunft des Leiters der Abteilung 5, Herrn Mag. Dr. Josef Hochwarter, nicht (Telefonat vom 3.9.2012).

²¹⁴ Wr. LGBl 2001/24.

²¹⁵ Wr. LGBl 1997/05.

²¹⁶ VfGH 12.12.1996, G 36/95, VfSlg 14.715.

weiterhin in Geltung steht. Es ist mE daher völlig unverständlich, warum einige der restlichen Landesgesetzgeber innerhalb der letzten 15 Jahre keinen Handlungsbedarf sahen.

Ähnlich dem burgenländischen Usus werden in Wien neben einer die volle Vertrauenswürdigkeit bescheinigenden Strafregisterbescheinigung auch Bonitätsnachweise verlangt, wobei Bewilligungssuchende nicht eine Bankgarantie, sondern eine Kreditrahmenbestätigung über EUR 261.622,21 für den Hauptstandort bzw EUR 87.207,41 für jeden weiteren Standort vorzulegen haben. Daneben bedarf es zusätzlich einer Bestätigung des Kreditschutzverbandes sowie einer Bestätigung des Finanzamtes. Wird die Konzession einem neu gegründeten Unternehmen erteilt, so gilt diese nur befristet für die Dauer der Laufzeit der Kreditrahmenbestätigung.²¹⁷

c. Niederösterreich

Niederösterreich entschloss sich bereits 1978 das Wettwesen durch ein im Vergleich zum GTWB-G modernes Gesetz²¹⁸ zu regeln. ME ist dies durch Bedachtnahme auf die in der gelebten Praxis auftretenden Probleme auch durchaus gelungen. Die bisherigen Novellen brachten daher auch keine wesentlichen Änderungen mit sich, erwähnenswert ist allenfalls der Entfall des Fortbetriebsrechts durch die Novelle Nö LGBl 2011/88.

Zunächst wird in § 2 leg cit mit Blick auf das GTWB-G auf die Verlässlichkeit des Bewilligungssuchenden abgestellt, freilich unter Durchgriff auf die Geschäftsführer bei juristischen Personen. Wenngleich das Gesetz an dieser Stelle keine konkreteren Ausführungen dazu enthält, so ergeben sich diese aus den Materialien.²¹⁹ Diese verneinen die notwendige Verlässlichkeit bei gerichtlichen Vorstrafen, vor allem aufgrund von Vermögensdelikten, und verweisen in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973. Ebenso aber wird ausgeführt, dass andere Gründe, wie zB die ungünstige Vermögenslage des Bewilligungssuchenden einen Ausschlussgrund darstellen. Die Verwaltungspraxis fordert neben einer Strafregisterbescheinigung eine Bankgarantie oder eine Kreditrahmenbestätigung über

²¹⁷ <http://www.wien.gv.at/amtshelfer/wirtschaft/gewerbetechnik/veranstaltungswesen/buchmacher.html> (3.9.2012); *Österreichischer Buchmacherverband* (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009) 139.

²¹⁸ Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher, Nö LGBl 1978/210 idF Nö LGBl 2011/88.

²¹⁹ Motivenbericht des Amtes der Nö LReg, I/2-258/4-1978.

EUR 100.000,-- pro Unternehmen, für Filialen ist kein darüber hinausgehender Bonitätsnachweis erforderlich.²²⁰

Einen weiteren Unterschied zum GTWB-G stellt die Unterscheidung zwischen Bewilligungen, die nur hinsichtlich einer bestimmten Sportveranstaltung erteilt werden²²¹ - wobei dem Veranstalter ein Zustimmungsrecht eingeräumt wird - und sog festen Standortbewilligungen²²² dar, wobei bei diesen vor Erteilung zwingend die Wirtschaftskammer und die Standortgemeinde gehört werden müssen. Außerdem ist auch die Verpachtung des Betriebs samt Bewilligung zulässig, die Landesregierung muss in diesem Fall ihre Zustimmung zur Person des vorgesehen Pächters erteilen. Besonders hervorzuheben ist die Aufnahme einer eigenen Jugendschutzbestimmung in § 8 leg cit, welche den Abschluss oder die Vermittlung von Wetten mit Personen unter 18 Jahren verbietet; Diese Bestimmung ist etwas überflüssig, weil das Gesetz ohnehin von den Landesjugendschutzbestimmungen²²³ flankiert wird.

d. Oberösterreich

Auch die oberösterreichische Regelung²²⁴ ist sehr modern. Auffallend dabei ist, dass gemeinsam mit dem Wettwesen auch das Aufstellen und der Betrieb von Spielapparaten geregelt wird, diesbezüglich aber eine authentische Interpretationsregel in § 1 Abs 2 Oö Spielapparate- und Wettgesetz normiert ist, um insbesondere nicht in den bundesgesetzlich geregelten Glücksspielbereich einzugreifen. Ursprünglich war das Wettwesen im Oö Veranstaltungsgesetz 1992²²⁵ geregelt, wurde aber sowohl aufgrund des vermehrten Einsatzes von Wettterminals, die Spielapparaten nach Ansicht des Gesetzgebers sehr ähnlich sind, und des Umstandes, dass Wetten keine Veranstaltungen im „*eigentlichen Sinn des Wortes*“²²⁶ darstellen, in einem gemeinsamen Gesetz zusammengefasst. Möglicherweise knüpft das vorliegende Gesetz aufgrund des eingangs erwähnten Bekenntnisses zum Glücksspielwesen samt dessen strengen Spielerschutzvorschriften die Erteilung einer Bewilligung zum Be-

²²⁰ Österreichischer Buchmacherverband (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009) 99.

²²¹ § 3 lit a leg cit; gem § 4 leg cit ist die Bewilligung mit höchstens einem Jahr zu befristen.

²²² Gem § 4 leg cit kann eine Standortbewilligung sowohl befristet als auch unbefristet erteilt werden.

²²³ Nö Jugendgesetz, Nö LGBI 1983/2 idF Nö LGBI 2012/58.

²²⁴ Oö Spielapparate- und Wettgesetz, Oö LGBI 2007/106 idF Oö LGBI 2011/4.

²²⁵ Oö Veranstaltungsgesetz 1992, Oö LGBI 1992/75.

²²⁶ AB 1279/2007 LT 42 GP 26 RV 1111/2007.

trieb eines Wettunternehmens (das umfasst sowohl den gewerbsmäßigen Abschluss sowie die Vermittlung) an ebenso strenge Voraussetzungen. Manche Stimme sprechen gar von einer Überregulierung.²²⁷

Wie auch in anderen Bundesländern üblich ist der Nachweis der Verlässlichkeit sowie ausreichende Bonität erforderlich. Die oberösterreichische Regelung statuiert jedoch konkrete Bedingungen hierfür. So bestimmt § 7 Abs 4 leg cit hinsichtlich der Verlässlichkeit: „Die Zuverlässigkeit ist bei Personen nicht gegeben, die nicht die Gewähr voller Vertrauenswürdigkeit bieten. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn diese Person

1. von einem Gericht zu einer *drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen* verurteilt worden ist und die Verurteilung nicht getilgt ist; dies gilt auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden,
2. wegen *schwerwiegender Verstöße gegen die den Abschluss oder die Vermittlung von Wetten regelnden Rechtsvorschriften wiederholt bestraft* worden ist und seit der letzten Bestrafung noch nicht fünf Jahre vergangen sind.“

Das bedeutet einerseits, dass nur bestimmte gerichtliche Straftaten schädlich sind, andererseits, dass gem Z 2 leg cit auch Verwaltungsstrafen der Erteilung einer Bewilligung hinderlich sein können. Des Weiteren ist bezüglich des Bonitätsnachweises die Vorlage einer Bankgarantie²²⁸ in Höhe von EUR 200.000,-- pro Wettbüro explizit im Gesetz verankert. Zusätzlich zum Nachweis der Verlässlichkeit und der notwendigen Bonität sind der Behörde überdies die Wettbedingungen und Wettscheinmuster vorzulegen, deren Inhalt in § 8 leg cit determiniert ist.

§ 10 leg cit enthält eine taxative Aufzählung verbotener Wetten und Preisvereinbarungen. Darunter fallen der gewerbsmäßige Abschluss und die gewerbsmäßige Vermittlung von Wetten, die ohne Bewilligung (Abs 1 Z 1) oder mit Personen unter 18 Jahren (Abs 1 Z 2) erfolgen, auf Ereignisse, die auf die Tötung und Verletzung von Menschen oder Tieren abzielen

²²⁷ UFS Graz 12.3.2010, RV/0600-G/08.

²²⁸ AB 1279/2007 LT 42 GP 26 RV 1111/2007: „Die Höhe dieser Bankgarantie ist erforderlich, um eine gewisse Liquidität der Bewilligungswerberin oder des Bewilligungswerbers für allfällige Rückerstattungsansprüche von Wettkunden sicher zu stellen. Für Wettannahmestellen werden dafür künftig keinerlei Sicherheitsleistungen mehr verlangt, weil diese ohnedies ohne zugehöriges Büro nicht selbständig Wettabschlüsse tätigen können“.

(Abs 1 Z 3), auf Ereignisse, die nach allgemeinem sittlichen Empfinden die Menschenwürde gröblich verletzen (Abs 1 Z 4) oder auf Ereignisse, durch die Menschen auf Grund ihres Geschlechts, ihrer Rasse, ihrer Hautfarbe, ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft, ihres religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung herabgesetzt werden (Abs 1 Z 5). Abs 2 legt zudem ein umfassendes Verbot von sog Preisvereinbarungen vor, welche das Gesetz als *„Ereignisse, die zum Zeitpunkt der Preisvereinbarung bereits stattgefunden haben, wie voraufgezeichnete oder virtuelle Sport- oder sonstige Ereignisse“* versteht. Den Materialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber hierbei vor allem die ungleiche Chancenverteilung im Auge hatte, und dies mE völlig zu recht. Erst jüngst äußerte sich der VwGH dazu und führte aus, dass ein Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG vorliege, da dem Wettenden die Möglichkeit der Einschätzung der Stärke der beteiligten Mannschaften, Sportler oder Tiere nicht möglich sei: *„Das "Setzen" auf eine bestimmte Reihenfolge des Einlaufes von Hunden bei maschinell zufällig ausgewählten aufgezeichneten Rennen unterscheidet sich nicht wesentlich vom Spiel an elektronischen Apparaten, die zufällig bestimmte Zahlen- oder Symbolkombinationen kreieren. Der Unterschied, dass in letzterem Fall von vornherein durch die Spielregel festgelegt ist, bei welcher aufscheinenden Kombination ein Gewinn eintritt, während bei den virtuellen Hunderennenwetten der Spieler durch die Nennung von Hunden (bzw. deren diesen zugeordneten Nummern) selbst diese Kombination festlegt, ändert nichts daran, dass die Entscheidung, ob diese Kombination eintritt, von der Auswahl (des gezeigten Rennens) mittels Zufallsgenerators abhängt. Der Spieler hat somit keinen Einfluss auf das Spielergebnis, welches ausschließlich von der zufälligen Auswahl durch den Apparat abhängt.“*²²⁹ Der vom oberösterreichischen Landesgesetzgeber gewählte Ausschluss derartiger Preisvereinbarungen ist daher auch als Konsequenz und Bekenntnis zur kompetenzrechtlichen Trennung zu verstehen.²³⁰

e. Salzburg

Das Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure²³¹ löste das Salzburger GTWB-G bereits 1995 ab und erinnert stark an die oberösterreichische Regelung. Wenngleich die Materialien²³² wenig Aufschluss darüber bieten, so ist dennoch anzunehmen, dass die Salzburger Regelung für den wettrechtlichen Teil der oberösterreichischen Bestim-

²²⁹ VwGH 27.4.2012, 2008/17/0175.

²³⁰ Siehe dazu auch unten.

²³¹ Sbg Gesetz über die Buchmacher und Totalisateure, Sbg LGBI 1995/17 idF Sbg LGBI 2010/51.

²³² 124 Blg LT 1. Sess GP 11.

mung gewissen Modellcharakter hatte. Bemerkenswert ist auch in diesem Landesgesetz eine inhaltliche Annäherung an das in die Bundeskompetenz fallende Glücksspielwesen bzw dessen Leitmotivs des Verbraucherschutzes. Die ähnlich der bundesrechtlichen Regelung im Zuge des Gesetzwerdungsprozesses der Stammfassung von der Salzburger Kammer für Arbeiter und Angestellte geforderte Zweckwidmung lukrierter Einnahmen zugunsten der Sportförderung wurde zwar letztlich nicht aufgenommen, doch ist selbst die Diskussion darüber ein deutliches Signal für die gedankliche Einordnung der Regelungsmaterie durch den Landesgesetzgeber. Eine vielleicht weniger inhaltliche, sondern eher rechtspolitische Besonderheit ist die explizit im Gesetzestext statuierte Bezugnahme auf die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit²³³, an welcher sich erkennen lässt, dass der Landesgesetzgeber der Relevanz der grenzüberschreitenden Buchmacher- bzw Totalisatorität Rechnung zu tragen versucht.

Inhaltlich unterscheidet sich das Gesetz nur wenig vom bereits besprochenen wettrechtlichen Teil des Oö Spielapparate- und Wettgesetzes, weshalb zunächst auf die Ausführungen dazu zu verweisen ist. Wie auch die restlichen Landeswettgesetze kennt auch das Salzburger die Erfordernisse der Verlässlichkeit und Bonität, welche in ähnlicher Form der Behörde nachzuweisen sind. Auch die Vorlage von Wettbestimmungen ist verpflichtend, wobei diesbezüglich der Behörde jedoch keine inhaltliche Prüfungs- oder Zustimmungsbefugnis zukommt, sondern sich lediglich auf das Vorhandensein der formalen Voraussetzungen beschränkt. Darüber hinaus statuiert § 3 Abs 1 Z 4 iZm Abs 4 leg cit das Erfordernis des Nachweises der fachlichen Befähigung. Diese kann mittels Vorlage von Zeugnissen über die erfolgreiche Absolvierung einschlägiger Ausbildungen²³⁴ erbracht werden. Zusätzlich bedarf es des Nachweises einer Berufspraxis in einem Wettbüro oder einer vergleichbaren Tätigkeit, deren Dauer jeweils von der Art der absolvierten Ausbildung abhängig ist. Den Materialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber gerade im Praxiserfordernis einen wesentlichen Fortschritt sah, „um einer professionellen Gewerbeausübung eine gute Basis zu geben.“ Eine weitere Besonderheit besteht in der gesetzlich normierten Befristung der erstmals erteilten Bewilligung auf höchstens drei Jahre.

²³³ RL 2005/36/EG.

²³⁴ Diese variieren von einem Lehrabschluss eines Handelsgewerbes bis hin zum Universitätsabschluss in einer wirtschaftswissenschaftlichen Studienrichtung.

f. Steiermark

Auch die Steiermark erkannte erst nach der Jahrtausendwende, dass das bis zum Jahr 2003 in Geltung gestandene Stmk GTWB-G nicht mehr den Anforderungen des rasch wachsenden Wettmarktes gerecht werden konnte und entschloss sich zur umfassenden Neukodifizierung²³⁵ der Materie. Bei der Analyse der Regelung sticht sofort die Miteinbeziehung von Gesellschaftswetten ins Auge, die bis dahin (mangels Regelung) bewilligungslos abgeschlossen und vermittelt werden konnten. Nach eigenen Angaben des Gesetzgebers²³⁶ sollte dies aufgrund der durch den VfGH festgestellten Ähnlichkeit mit dem Bereich der öffentlichen Belustigungen und Schaustellungen aller Art geschehen; über damit verbundene Mehreinnahmen des Fiskus schweigen die Materialien gänzlich.

Hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzung ist auszuführen, dass auch in der Steiermark der Nachweis von Zuverlässigkeit und Bonität erforderlich ist. Bezüglich der Bonität wird in den Materialien eigens ein Erkenntnis des VfGH²³⁷ erwähnt, aus dem hervorgeht, dass die zwingende Vorlage einer Bankgarantie nicht die einzig zulässige Form des Bonitätsnachweises bietet. Dementsprechend wurde die nunmehrige Aufzählung (Bankgarantie, Sparbuch, Kreditrahmenbestätigung) in § 4 Abs 1 Z 4 Steiermärkisches Wettgesetz nur demonstrativ formuliert. Zu den die Zuverlässigkeit ausschließenden Gesetzesverstößen ist festzuhalten, dass neben bestimmten gerichtlich strafbaren Tatbeständen auch schwerwiegende Verstöße gegen die den Abschluss oder die Vermittlung von Wetten regelnden Vorschriften der Ausstellung einer Bewilligung hinderlich sein können. Zudem nennt das Gesetz weiters bestimmte Finanzvergehen, nämlich das Finanzvergehen des Schmuggels, der Hinterziehung von Eingangs oder Ausgangsabgaben, der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs 1 lit a FinStrG²³⁸, der Hinterziehung von Monopoleinnahmen, des vorsätzlichen Eingriffes in ein staatliches Monopolrecht oder der Monopolhehlerei nach § 46 Abs 1 lit a FinStrG. Das Bewilligungsverfahren selbst ist recht ausführlich geregelt, wobei neben dem gewöhnlichen Bewilligungsverfahren, in welchem sowohl der zuständigen Wirtschaftskammer als auch der Standortgemeinde ein 14-tägiges Anhörungsrecht eingeräumt wird, auch ein vereinfachtes Bewilligungsverfahren für das Aufstellen von sog Wettterminals vorgesehen ist.²³⁹ Die erstmalige Bewilligung ist eben-

²³⁵ Steiermärkisches Wettgesetz Stmk LGBI 2009/79 idF Stmk LGBI 2010/81.

²³⁶ 168 Blg LT 24. GP.

²³⁷ VfGH 14.10.1998, 97/01/1092.

²³⁸ Finanzstrafgesetz BGBl 1958/129 idF BGBl 2012/51.

²³⁹ Dazu unten.

so wie in Salzburg mit einer Dauer von höchstens drei Jahren befristet, neuerliche Bewilligungen sind auf Antrag unbefristet zu erteilen. Freilich ist dabei § 5 Abs 4 leg cit zu beachten, welcher der Behörde ähnlich wie bereits das GTWB-G das Ermessen einräumt, zwecks Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Ausübung der Tätigkeit, die Bewilligung nur unter Auflagen oder Bedingungen zu erteilen.

Zur Tätigkeitsausübung selbst ist festzuhalten, dass das zur Anwendung gelangende Wettreglement vor allem dem Verbraucherschutz dienen soll und abgesehen vom Aushang an „*gut sichtbarer Stelle im Wettlokal*“ dem Wettkunden auf dessen Verlangen auszuhändigen ist. Eine inhaltliche Prüfungsbefugnis der Behörde diesbezüglich ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Unklar bleibt daher der rechtliche Charakter dieser den zivilrechtlich verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen äußerst ähnlichen Wettreglements. ME handelt es sich dabei nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen iSd § 864a ABGB, da die Privatautonomie wohl auch die Entscheidung über den Einsatz derartiger Vertragsschablonen umfassen muss. Im Sinne des Jugendschutzes sowie des Schutzes allgemeiner gesellschaftlicher Grundwerte ist überdies der Abschluss oder die Vermittlung von Wetten mit Minderjährigen (§ 7 Z 1 leg cit), auf Ereignisse, die die Tötung oder Verletzung von Menschen oder Tieren zum Inhalt haben (§ 7 Z 2 leg cit), die allgemeinen sittlichen Empfinden die Menschenwürde gröblich verletzen (§ 7 Z 3 leg cit), sowie solche, durch die Menschen herabgesetzt werden (§ 7 Z 4 leg cit), ausdrücklich untersagt. Die Materialien weisen in diesem Zusammenhang jedoch darauf hin, dass nur jene Wetten, bei denen auf bestimmte Verletzungen gewettet wird von Z 2 erfasst sein sollen, und demnach Wetten auf Kampfsportarten, bei denen „*das mit eventuellen Verletzungen verbundene Obsiegen eines Kontrahenten Gegenstand ist*“, zulässig sind. Ergänzend ist zur (bewilligten) Tätigkeitsausübung anzumerken, dass die verpflichtende Führung eines elektronischen Wettbuchs, in welchem sämtliche Wettvorgänge in zeitlich lückenloser fortlaufender Reihenfolge festzuhalten und für die Dauer von einem Jahr aufzubewahren sind, als auch die Identitätsfeststellung des Wettkunden bei Wetteinsätzen über EUR 2.500,-- pro Wettabschluss verpflichtend ist, um den Gefahren der Geldwäsche zu begegnen.²⁴⁰

§ 10 Steiermärkisches Wettgesetz enthält eine weitere Besonderheit und regelt das vereinfachte Verfahren für den Betrieb von sog Wettterminals gem § 2 leg cit. Das Gesetz versteht darunter „*eine Wettannahmestelle an einem festen Standort, die über eine Datenleitung mit ei-*

²⁴⁰ § 7 Abs 1 (Wettbuch) bzw Abs 2 (Identitätsfeststellung) Steiermärkisches Wettgesetz.

nem Wettbüro verbunden ist“. Voraussetzung für den Betrieb eines Wettterminals ist die vorangehende Bewilligung des Abschlusses oder der Vermittlung von Wetten an einem festen Standort gem § 3 Abs 2 Z 2 leg cit, da das Wettterminal über eine Datenleitung mit diesem verbunden sein muss. Erforderlich ist das Einverständnis des über den Standort des Wettterminals Verfügungsberechtigten sowie die Namhaftmachung und Einverständniserklärung einer verantwortlichen Person, welche die Einhaltung des Wettreglements zu überwachen und überdies die gehörige Zuverlässigkeit iSd § 4 leg cit aufzuweisen hat. Hervorzuheben ist dabei die Sicherstellungsverpflichtung dieser Person, dass Minderjährige von Wetten ferngehalten werden. Üblicherweise wird die Aufstellung von Wettterminals nämlich in Gaststätten erfolgen. Wenngleich der Gesetzgeber damit eine Verschärfung des Jugend- und Verbraucherschutzes intendiert, so ist dennoch der Einfluss der Wirtschaft auf den Gesetzgebungsprozess spürbar. So ist den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu entnehmen, dass der steigenden Zahl²⁴¹ der Wettterminals und deren von wirtschaftlichen Überlegungen der Betreiber getragener, häufiger Standortwechsel insofern Rechnung getragen wurde, als das zur Anwendung gelangende vereinfachte Bewilligungsverfahren letztlich zu einer reinen Anzeigepflicht samt etwaigem Untersagungsrecht durch die Behörde binnen vier Wochen gestützt wurde.

g. Kärnten

Das Bundesland Kärnten entschloss sich im Jahr 1996 gegen eine Wiederverlautbarung des Ktn GTWB-G, da nach Ansicht der Kärntner Landesregierung mit einem derartigen Vorgehen zahlreiche verfassungsrechtliche Probleme sowie Probleme in der Vollziehung des bestehenden Gesetzes verbunden gewesen wären und das Ktn GTWB-G keine zeitgemäßen Lösungen bot.²⁴² Daher wurde in Anlehnung an die zeitnah vorangegangenen Neukodifizierungen in Niederösterreich und Salzburg einer umfassenden Neuregelung²⁴³ der Materie der Vorzug gegeben. Zentraler Punkt ist dabei aus meiner Sicht der in § 11 K-TBWG normierte Verweis auf die Gewerbeordnung 1994.²⁴⁴ Dies betrifft sowohl die dort statuierten persönlichen Voraussetzungen zur Gewerbeausübung (bzw negativ formuliert: die gesetzlichen Ausschluss-

²⁴¹ Österreichischer Buchmacherverband (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009), 165: 228 Wettterminals im Jahr 2000 gegenüber 369 Wettterminals im Jahr 2008.

²⁴² Erl RV Verf-179/1/1996.

²⁴³ Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz – K-TBWG Ktn LGBI 1996/68 idF Ktn LGBI 2009/10.

²⁴⁴ Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194.

gründe), welche die im K-TBWG normierten persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen ergänzen, sondern führen auch zu einer Einräumung eines Fortbetriebsrechts nach §§ 41 ff Gewo 1994 idF BGBl 1994/194. Im Gegensatz zu anderen Bundesländern, wo derartige Fortbetriebsrechte eigens wieder aus dem Gesetz gestrichen worden sind, stellt dies jedenfalls eine Besonderheit dar. Aufgrund der expliziten Nennung in § 11 Abs 1 lit b K-TBWG ist ein Redaktionsversehen auszuschließen.

Bei der gesamten Konzeption der Neuregelung ist dem Landesgesetzgeber penible Bedachtnahme auf die Vermeidung von Widersprüchen zu europarechtlichen Bestimmungen zuzumessen. Unter Berufung auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall *Schindler*²⁴⁵ sowie eine Stellungnahme des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramts wurde daher in § 1 Abs 3 lit b die zeitlich beschränkte Ausübung der Buchmacher- bzw Totalisatoritätigkeit durch EU-Bürger sowie Staatsangehörige des EWR von der Bewilligungspflicht ausgenommen, um Diskriminierungen (va) aufgrund der Dienstleistungsfreiheit zu vermeiden. Entsprechendes gilt für Gesellschaften, wobei festzuhalten ist, dass diese einerseits nach dem Recht eines Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des EWR gegründet worden sein müssen und andererseits entweder ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem dieser Staaten haben müssen. Eine Ausnahme zum Sitzersfordernis besteht darin, dass dieses auch durch die tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit der Wirtschaft eines dieser Staaten substituiert werden kann.²⁴⁶ Unter dem Terminus „*vorübergehend*“ versteht der Ktn Landesgesetzgeber Tätigkeiten über einen Zeitraum von höchstens zwei Wochen oder höchstens drei sportlicher Veranstaltungen pro Kalenderjahr. Gleichzeitig wurde mit dieser Ausnahmebestimmung ein Anmeldesystem eingerichtet, das die Anmeldung der Tätigkeit eine Woche vor Beginn der Veranstaltung vorsieht, widrigenfalls die Ausübung bescheidmäßig zu untersagen wäre. Hinzu tritt ein Verwaltungsstrafatbestand, der die Unterlassung einer solchen Anzeige bzw deren unvollständige Erstattung sanktioniert. Ich halte dieses Instrumentarium allerdings kaum für geeignet, da gerade die Kurzfristigkeit der Tätigkeit einer tatsächlichen Strafverfolgung hinderlich sein wird.

Hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzungen unterscheidet sich das K-TBWG kaum von den übrigen Regelungen der Länder. Auch hier bedarf es zunächst des Nachweises der Zuverlässigkeit und der Bonität. Darüber hinaus – ähnlich wie in Salzburg – bedarf es der notwen-

²⁴⁵ EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039; dazu weiter unten.

²⁴⁶ Vgl Erl RV Verf-179/1/199; § 3 Abs 2 K-TBWG.

digen fachlichen Befähigung, welche neben dem Ausbildungsgrad auch an eine Mindestdauer einschlägiger Praxistätigkeit gekoppelt ist. Bemerkenswert ist der auch hierbei erfolgte Verweis auf die Gewerbeordnung 1994 und die darin normierten Ausschlussgründe²⁴⁷. Für die Standortbewilligung ist gem § 3 Abs 5 leg cit überdies eine aufrechte Baubewilligung nach der Kärntner Bauordnung²⁴⁸ erforderlich. Die Materialien geben darüber Aufschluss, dass ursprünglich offenbar die Schaffung eines eigenen Betriebsanlagenrechts für Wettbüros nachgedacht wurde, dieser Gedanke aber schließlich wieder verworfen wurde. Stattdessen wird nun an das Vorliegen einer gültigen Baubewilligung angeknüpft, was als Vorfrage zu prüfen ist. Eine weitere Anlehnung an das Salzburger Wettrecht ist in der Verpflichtung, ein Wettreglement zu verwenden und dieses an gut sichtbarer Stelle in der Betriebsstätte auszuhängen, zu erblicken. Das Gesetz sieht zwar auch diesbezüglich eine Vorlagepflicht vor, ob diese jedoch im Sinne einer materiellen Prüfbefugnis der Behörde verstanden werden kann, bleibt unklar.

Erwähnenswert ist mE das bewusste Abgehen von den bis zum K-TBWG üblichen Bewilligungen für mobile Wettbüros²⁴⁹. Die Materialien begründen diese Vorgangsweise mit Unstimmigkeiten zwischen Sportveranstaltern und Wettbüroinhabern, da letztere häufig dem Vorwurf ausgesetzt waren, ihre Tätigkeit gegen den Willen der Sportveranstalter auszuüben. Gut möglich, dass auch das Wettbewerbsverhältnis zu großen Marktteilnehmern, die auch gleichzeitig als Sponsoren diverser Sportveranstaltungen tätig sind, diese Entwicklung beeinflusste.

h. Tirol

In Tirol wurde das Tir GTBW-G durch das Tiroler Buchmacher- und Totalisateursgesetz²⁵⁰ abgelöst, um der fortschreitenden technischen Entwicklung und der dadurch bedingten neu hervorkommenden Wettmethoden Rechnung zu tragen. Wenngleich die Gesetzesmaterialien²⁵¹ keinen Verweis auf die Wettbestimmungen anderer Bundesländer enthalten, ist den-

²⁴⁷ § 13 Abs 1 bis 6 Gewerbeordnung 1994.

²⁴⁸ Kärntner Bauordnung 1996 Ktn LGBI 1996/62 idF Ktn LGBI 2005/77; Beachte: § 3 Abs 5 K-TBWG enthält einen dynamischen Verweis auf die Kärntner Bauordnung 1996.

²⁴⁹ Vgl die Übergangsbestimmung des § 12 Abs 4 K-TBWG.

²⁵⁰ Tiroler Buchmacher- und Totalisateursgesetz Tir LGBI 2002/58 idF Tir LGBI 2011/110.

²⁵¹ 7/230 Blg LT 24. Sess GP 13.

noch eine deutliche Ähnlichkeit mit den Salzburger sowie den Kärntner Landesgesetzen zu bemerken, an denen sicherlich Anlehnung genommen wurde. Die Tiroler Regelung wurde seit ihrer erstmaligen Verlautbarung bereits fünfmal novelliert, wobei die dadurch erfolgten Änderungen weitgehend formaler Natur waren. Hervorheben lassen sich daher eigentlich nur die Novellen LGBL 2008/53, durch welche die Bewilligungsvoraussetzungen insofern liberalisiert wurden, als die erforderliche fachliche Befähigung in nunmehriger Übereinstimmung mit den meisten anderen bundesweiten, gewerberechtlichen Bestimmungen für selbstständige Berufe nur noch von einer vertretungsbefugten Person gefordert wird²⁵², und LGBL 2010/75, durch die neben der Vereinfachung der Anerkennung ausländischer Ausbildungen den Strafbehörden erster Instanz die Zuständigkeit zum Vollzug von Befehls- und Zwangsmaßnahmen eingeräumt wurde.²⁵³ Die Praxis hat offenbar gezeigt, dass die kompetenzrechtliche Zweigleisigkeit zwischen der Landesregierung und den zum Strafvollzug bzw zum Vollzug der Befehls- und Zwangsmaßnahmen der Gewerbeordnung berufenen Bezirksverwaltungsbehörden aus verfahrensökonomischer Sicht unzureichend ist. In diesem Zusammenhang sei ebenso auf die in § 12 Tiroler Buchmacher- und Totalisateursgesetz normierte Mitwirkungspflicht der Organe der Bundespolizei verwiesen. Den Materialien zur Novelle 2008, mit welcher diese Bestimmung in das Gesetz aufgenommen wurde, ist als Beweggrund hierfür zu entnehmen, dass im Zuge von Schwerpunktaktionen nach dem Tiroler Veranstaltungsgesetz 2003²⁵⁴ und nach dem GSpG auch häufig die Verwirklichung von Straftatbeständen nach dem Tiroler Buchmacher- und Totalisateursgesetz festgestellt worden sind, die die Mitwirkung der Organe der Bundespolizei sinnvoll und erforderlich erscheinen haben lassen.

Inhaltlich ist zunächst festzuhalten, dass das Gesetz lediglich Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen erfasst. Hinsichtlich der Art der Tätigkeit wird zwischen Bewilligungen für einen festen Standort und solchen an wechselnden Veranstaltungsorten unterschieden, wobei die erstgenannte zugleich auch Voraussetzung für den Betrieb von Wettterminals ist. Ebenso gibt es eine in engen Grenzen gehaltene Ausnahme von der Bewilligungspflicht für die vorübergehende und gelegentliche Ausübung der Tätigkeit. Neben den dafür notwendigen persönlichen Voraussetzungen bedarf es überdies der vorausgehenden Anzeige der beabsichtigten Tätigkeit.

²⁵² 7/403 Blg LT 36. Sess GP 14.

²⁵³ 8/6 Blg LT 18. Sess GP 15.

²⁵⁴ Tiroler Veranstaltungsgesetz 2003 Tir LGBL 2003/86 idF Tir LGBL 2012/94.

Die allgemeinen, persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen, lassen sich einerseits in Nachweise hinsichtlich der Zuverlässigkeit, andererseits hinsichtlich der Bonität unterscheiden. Zur Zuverlässigkeit wird ebenso wie in Kärnten auf die Gewerbeordnung 1994 und deren Ausschlussgründe verwiesen. Wesentlich dabei ist die Einbeziehung von Verwaltungsübertretungen seit der Novelle LGBI 2008/53, da der Gesetzgeber dies anhand der gesammelten Praxiserfahrungen und der Sensibilität der Regelungsmaterie für notwendig erachtete. Zur Bonität ist festzuhalten, dass nicht nur eine Bankgarantie, sondern darüber hinaus auch die Beibringung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts erforderlich ist, mit welcher die wirtschaftliche Bonität nach Ansicht des Gesetzgebers noch weiter unterstrichen werden soll. Die Materialien²⁵⁵ zur Stammfassung führen diesbezüglich aus, dass der Nachweis der Bonität nicht der Befriedigung der Wettkunden diene, sondern lediglich einen „*gewissen finanziellen background*“ des Antragsstellers sicherstellen soll. Als dritte Gruppe der persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen lassen sich die fachliche Befähigung sowie die ausreichende Betätigungsmöglichkeit im Betrieb zusammenfassen. Bezüglich der Herkunft des Antragsstellers wurde in § 5 Abs 2 leg cit eine ganze Reihe an sog „*Begünstigten*“ geschaffen, zu denen auch Angehörige zählen. Hinsichtlich juristischer Personen gilt, dass diese nach dem Recht eines EU- oder EWR-Mitgliedsstaats gegründet worden sein müssen und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem dieser Staaten haben müssen. Diesen gleichgestellt ist die Schweiz.

§ 2 Abs 3 iVm 7 leg cit regelt die Zulässigkeit des Betriebs von Wetterterminals. Um der Behörde die Kontrolle der Wetttätigkeit zu ermöglichen, stellt die Vernetzung der Geräte mit einem bereits bewilligten Standort ein wesentliches Kriterium dar. Darüber hinaus bedarf es der Nennung einer verantwortlichen Person pro Aufstellungsort zur Sicherstellung der Einhaltung des Wettreglements und davon vor allem der Jugendschutzbestimmungen. Ähnlich wie in der Steiermark ist das Bewilligungsverfahren als Anzeigeverfahren gestaltet. Eine Besonderheit liegt allerdings in einem zweiwöchigen Fortbetriebsrecht bei Ausscheiden der verantwortlichen Person iSd § 7 Abs 1 leg cit.²⁵⁶

Weitere Unterschiede im Vergleich zu den Regelungen anderer Bundesländer bestehen in der Statuierung einer Identifikationspflicht bei Wetten mit einem Einsatz von über EUR 50,--, sowie der Befugnis der Behörde zur Verwendung personenbezogener Daten der Antragsstel-

²⁵⁵ 7/230 Blg LT 24. Sess GP 13.

²⁵⁶ Vgl § 7 Abs 3 Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz.

ler bzw Bewilligungsinhaber und von diesen namhaft gemachten verantwortlichen Personen. Diese Daten dürfen auch zum Informationsaustausch im Rahmen der europäischen Integration verwendet werden.²⁵⁷

i. Vorarlberg

Das Land Vorarlberg hat das bis dahin in Geltung gestandene Vbg GTWB-G im Jahr 2003 abgelöst.²⁵⁸ Seither wurde das Gesetz dreimal novelliert²⁵⁹, wobei die letzte Novellierung durch LGBI 2012/9 entscheidende Änderungen mit sich brachte, die es im Folgenden darzustellen gilt. In diesem Zusammenhang sei darauf aufmerksam gemacht, dass die Novelle LGBI 2012/9 der Europäischen Kommission nach dem Notifikationsgesetz Vbg LGBI 1998/36 erst kürzlich notifiziert wurde. Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Land Vorarlberg die mit Abstand detaillierteste und die am stärksten am GSpG orientierte Regelung besitzt.

Bereits die Stammfassung der Regelung umfasste sowohl Sportwetten als auch Wetten aus Anlass politischer, kultureller oder sonstiger für den Abschluss geeigneter Ereignisse, sprich Gesellschaftswetten. Den Materialien²⁶⁰ lässt sich entnehmen, dass sich der Gesetzgeber hierbei vor allem an der Aussage des VfGH in dessen Erkenntnis VfSlg 1477/1932 orientierte und die Rechtsansicht, die Ähnlichkeit im Bereich der Totalisateur- und Buchmacherwetten mit dem Bereich der öffentlichen Belustigungen und Schaustellungen aller Art bestehe auch für Gesellschaftswetten, da sich diese nicht aus dem Gegenstand der Wette, sondern aufgrund der Wetttätigkeit selbst, vertrat. Dem ist mE beizupflichten und dies ist mittlerweile auch hL. Dennoch handelte es sich bei dieser Erweiterung des traditionellen Anwendungsbereichs eher um eine Vorsichtsmaßnahme für künftige Entwicklungen und war nicht aufgrund einer weiten Verbreitung dieser Wettform zum damaligen Zeitpunkt notwendig. Zudem wurde ein Korrektiv statuiert, welches Wetten, die das sittliche Empfinden verletzen, verbietet. Seit LGBI 2012/9 sind auch Wetten auf laufende Ereignisse, sofern es sich dabei nicht um Wetten auf das Endergebnis handelt, verboten. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass derartige Li-

²⁵⁷ Vgl §§ 11a ff Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz.

²⁵⁸ Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden Vbg LGBI 2003/18 idF Vbg LGBI 2012/9.

²⁵⁹ LGBI 2005/27, LGBI 2008/1 und LGBI 2012/9.

²⁶⁰ 79 Blg LT GP 27.

vewetten ein wesentlich höheres Suchtpotential in sich tragen, da der Zeitraum zwischen Wettabgabe und Entscheidung über Gewinn oder Verlust maßgeblich verkleinert werde und auf diese Weise „*der Reiz für die wettende Person in der schnellen Abfolge der Wettmöglichkeiten und der vermeintlich besseren Einschätzbarkeit des Ereignisses anhand des gesehenen Ablaufs*“²⁶¹ liege. Außerdem seien Livewetten anfälliger für Manipulation und Wettbetrug.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Gesetzes brachte die Novelle LGBI 2012/9 auch eine wesentliche Erweiterung, indem neben dem Abschluss und der Vermittlung von Wetten nun auch die Vermittlung von Wettkunden mit einbezogen wurde²⁶². Hintergrund war die immer häufiger auftretende Umgehungs konstruktion, einen Vermittler von Wettkunden zwischenzuschalten, um dem Bewilligungserfordernis zu entgehen. Dieser vermittelt – in der Regel mithilfe eines Wettterminals – Wettkunden an einen Buchmacher oder Totalisateur ohne dass mit ihm selbst ein Wettvertrag zustande kommt. Dabei nimmt er im Namen und auf Rechnung des Buchmachers oder Totalisateurs Wetteinsätze von den Wettkunden entgegen und zahlt allfällige Gewinne aus. Eine derartige Tätigkeit durfte bisher im Rahmen einer gewerberechtlichen Berechtigung ohne weitere Bewilligung nach dem Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden ausgeübt werden. Anhand einer anlässlich der Novellierung erhobenen Statistik lässt sich feststellen, dass im ersten Halbjahr 2010 zu den rund 130 Standorten, an denen eine solche Vermittlungstätigkeit in Vorarlberg ausgeübt wurde, weitere 70 Anmeldungen bei der Gewerbebehörde einlangten.²⁶³ Der Gesetzgeber sah sich daher dazu veranlasst, auch die reine Vermittlungstätigkeit dem Anwendungsbereich des Gesetzes zu unterwerfen, um die Verwirklichung der dem Gesetz zugrunde liegenden Normzwecke sicherzustellen. Dieser Gedanke ist durchaus konsequent, da sich die Provision des Vermittelnden schließlich nach dem Umfang der Vermittlungstätigkeit richtet und es aus spielspsychologischer Sicht für den Wettkunden keinen Unterschied macht, ob er direkt mit dem Buchmacher bzw Totalisateur abschließt oder eben noch eine dritte Person vorgeschaltet ist. Die Ausweitung ist aus kompetenzrechtlicher Sicht zulässig. Die früher häufig vertretene Rechtsansicht, nur Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen seien vom Anwendungsbereich des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ausgenommen, wurde verworfen.

²⁶¹ 135 Blg LT GP 29.

²⁶² § 1 Abs 1 ff Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden.

²⁶³ 135 Blg LT GP 29.

Inhaltlich unterschied die Stammfassung noch zwischen Bewilligungen für feste Standorte und Bewilligungen anlässlich bestimmter Veranstaltungen²⁶⁴. Diese Trennung wurde mit der letzten Novelle beseitigt. Nunmehr werden nur noch Bewilligungen für einen oder mehrere Standorte erteilt.²⁶⁵ Die allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen unterscheiden sich nur unwesentlich von jenen der anderen Bundesländer. Hervorzuheben sind aber die Bestimmung des § 3 Abs 1 lit d leg cit, wonach an einer Betriebsstätte nicht mehrere Wettunternehmer ihre Tätigkeit ausüben dürfen, sowie § 5 Abs 3 ff leg cit, die zum Nachweis der Zuverlässigkeit ergänzend einen Auszug aus der Insolvenzdatei verlangen.

Das Gesetz ist stark auf die Tätigkeit der Wettunternehmer unter Zuhilfenahme von Wettterminals ausgerichtet. Beim Einsatz von Wettterminals treten zu den allgemeinen noch weitere Voraussetzungen hinzu. So ist deren Einsatz nur zulässig, wenn der Bewilligungswerber höchstens zwei Betriebsstätten mit jeweils höchstens drei Wettterminals betreibt. Diesbezüglich ist auch eine Art gesellschaftsrechtliches Durchgriffsrecht auf beteiligte Gesellschaften normiert. Mit dieser Maßnahme bezweckt der Gesetzgeber die Verhinderung des Entstehens sog Wethallen, welche seiner Ansicht nach ein „*negatives Milieu begünstigen*“ und „*unerwünschte Auswirkungen auf die Jugend sowie auf die Nachbarschaft haben*“. Überdies muss jede Betriebsstätte mindestens 100 Meter von der nächsten Betriebsstätte mit einem Wettterminal sowie von Kindergärten, Schulen, Kinder- und Jugendspielflächen entfernt sein.²⁶⁶ Die einzelnen Wettterminals müssen zudem über einen gewissen Grad an technischer Ausstattung verfügen, wodurch eine Manipulation des Geräts hintangehalten werden soll.²⁶⁷ Über das Vorliegen dieser Eigenschaften ist dem Antrag auf Bewilligung auch ein technisches Gutachten eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen beizuschließen. Der Wettabschluss per Wettterminal darf gemäß § 7c nicht in der Zeit zwischen 24:00 Uhr bis 08:00 Uhr erfolgen. Sollte die für die Betriebsstätte des Aufstellungsorts allerdings eine gewerberechtliche Genehmigung (zB Gastgewerbe) vorliegen, die andere Betriebszeiten vorsieht, so gelten allfällige durch diese bedingte, weitere Einschränkungen zusätzlich.

Die gesamte Tätigkeit des Wettunternehmers hat wie auch in anderen Bundesländern üblich unter Verwendung eines Wettreglements zu erfolgen. Im Gegensatz zu den in anderen Bun-

²⁶⁴ § 2 Abs 2 leg cit idF Vbg LGBI 2003/18.

²⁶⁵ § 2 Abs 1 leg cit idF Vbg LGBI 2012/9.

²⁶⁶ § 3 Abs 3 lit d leg cit, die Aufzählung ist demonstrativ.

²⁶⁷ § 3 Abs 3 iVm § 7a leg cit.

desländern zur Anwendung gelangenden Wettreglements müssen diese in Vorarlberg zwingend *„Informationen über die Gefahren der Teilnahme an Wetten für das Entstehen von Spielsucht einschließlich ihrer negativen Auswirkungen sowie über die Möglichkeit von Beratungs- und Abklärungsgesprächen in einer dafür geeigneten Einrichtung“* enthalten.²⁶⁸ Sofern in der Betriebsstätte auch Wettterminals zum Einsatz kommen, ebenso Informationen über die Möglichkeit einer Selbst- bzw Fremdsperre.²⁶⁹ Diese Bestimmungen sind im Wesentlichen dem GSpG nachgebildet und sollen der Bekämpfung von Spielsucht dienen. Die nähere Ausgestaltung ergibt sich va aus § 7b leg cit. Darin ist einerseits die Möglichkeit des Wettkunden normiert, sich selbst von der Wettteilnahme mittels Wettterminal sperren zu lassen. Andererseits ist der Wettunternehmer bei Verdacht, dass ein Wettkunde spielsuchtgefährdet ist (zB aufgrund der Wetthäufigkeit oder der Höhe der Einsätze), verpflichtet, der Landesregierung Meldung zu erstatten, die daraufhin den betreffenden Wettkunden zu einer Stellungnahme aufzufordern hat. Kann der Wettkunde in dieser nicht glaubhaft darstellen, dass er nicht spielsuchtgefährdet ist, so beauftragt die Landesregierung die Durchführung eines Abklärungsgesprächs mit einer geeigneten Einrichtung. Wird in weiterer Folge die Teilnahme daran vom Wettkunden verweigert oder ergibt sich aus dem Abklärungsgespräch die Spielsucht, so hat die Behörde den Wettkunden bescheidmäßig von der Wettteilnahme in Betriebsstätten mit einem Wettterminal auszuschließen (Fremdsperre). In beiden Fällen gilt eine Sperre für das gesamte Bundesland und kann frühestens nach zwei Jahren auf Antrag des Gesperreten aufgehoben werden. Die Landesregierung hat in diesem Zusammenhang jüngst von der in § 7 Abs 3 leg cit normierten Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht.²⁷⁰

Damit derartige Sperren effizient umgesetzt werden können, bedarf es klarerweise auch eines geeigneten Informationsflusses zwischen der Behörde und den Wettunternehmern (mit Wettterminal). Zu diesem Zweck flankiert das Gesetz die Sperrbestimmungen mit einer Identitätsprüfungsverpflichtung hinsichtlich der Wettkunden von Betriebsstätten mit Wettterminal durch den jeweiligen Wettunternehmer und andererseits der Mitteilungsverpflichtung durch die Behörde. Darüber hinaus normiert das Gesetz datenschutzrechtliche Befugnisse der Behörde zur automationsunterstützten Datenverarbeitung. Dieser Mechanismus ist § 5 GSpG nachgebildet.

²⁶⁸ § 7 Abs 2 lit c leg cit.

²⁶⁹ § 7 Abs 2 lit d leg cit.

²⁷⁰ Verordnung der Landesregierung über Informationen für Wettkunden sowie die Festlegung von Beratungs- und Abklärungseinrichtungen Vbg LGBI 2012/36.

Abschließend ist für alle Wettformen festzuhalten, dass die Führung eines elektronischen Wettbuchs vorgeschrieben ist, dessen Inhalt mindestens drei Jahre aufzubewahren ist. Außerdem besteht eine Identifikationspflicht mittels Lichtbildausweis für Wettkunden, die Einsätze über EUR 1.000,-- tätigen. Die Daten werden unter Angabe der Höhe des Wetteinsatzes an die Landesregierung weitergeleitet. Darüber hinaus treffen den Wettunternehmer zahlreiche Meldepflichten bei Verdacht auf Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsvorgänge.

j. Vergleich

Beim Vergleich aller Landesgesetze, die das Wettrecht regeln, lässt sich ein deutliches Ost-West Gefälle bemerken. Fraglich ist, ob die bisherige Untätigkeit der östlichen Bundesländer auf politischen Widerstand bzw Widerstand der beteiligten Kreise zurückzuführen ist oder seinen Grund darin hat, dass in diesen Ländern weniger gewettet wird als bei den westlichen Nachbarn. Zweiteres ist anhand der publizierten Jahresumsätze²⁷¹ stark zu bezweifeln. Ob des jährlich wachsenden österreichischen Wettmarkts und der zum klassischen Wettabschluss hinzutretenden Abschlussformen via Terminal oder Internet ist mE dringender Handlungsbedarf gegeben. Dies betrifft freilich auch Bundesländer, die bereits das GTWB-G hinter sich gelassen haben, denn auch dort gibt es Korrektur- bzw Nachholbedarf. Die mE fortschrittlichste Regelung besteht zweifelsfrei in Vorarlberg, da ich eine schrittweise Heranführung an das Schutzniveau des GSpG für sinnvoll und notwendig erachte. Mit Fokus auf die europäische Ebene, die im Gegensatz zu Österreich kaum eine exakte Trennung zwischen Wette und Spiel kennt, sollte die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nicht zu unterschiedlich hohen, teilweise kaum vorhandenen Schutzniveaus der Bevölkerung führen. Nicht nachvollziehbar ist aus meiner Sicht hierbei die letztlich völlig unterschiedliche Behandlung von Wettterminals und dem Betrieb von im GSpG geregelten Video Lotterie Terminals²⁷². Ebenso unverständlich ist die teilweise inkonsequente Harmonisierung der Zulässigkeit von Wettterminals einerseits und den Glücksspielautomaten nach den Landesgesetzen²⁷³ über das sog „kleine Glücksspiel“ andererseits.

²⁷¹ *Österreichischer Buchmacherverband* (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009) 167 ff.

²⁷² § 12a ff GSpG.

²⁷³ Ktn Veranstaltungsgesetz Ktn LGBI 1997/95 idF Ktn LGBI 2008/22; Nö Spielautomatengesetz Nö LGBI 82/105 idF Nö LGBI 2006/63; Stmk Veranstaltungsgesetz Stmk LGBI 1969/192 idF Stmk LGBI 2008/52; Wr Veranstaltungsgesetz Wr LGBI 1971/12 idF Wr LGBI 2008/25.

Es wird sich daher noch zeigen, ob die kommenden Jahre, in denen nicht von einem plötzlichen Schrumpfen des Wettmarktes auszugehen ist, den Landesgesetzgebern den ausreichenden politischen Mut bringen werden, die Landesbestimmungen auf ein bestmöglich einheitliches aber in erster Linie zukunftsorientiertes Schutzniveau zu heben. Denn anderenfalls erscheinen die meisten bisher implementierten Bestimmungen zum Schutz der europarechtlich garantierten Grundfreiheiten als bloße Lippenbekenntnisse.

VI. Wettabschluss im Internet

Täglich nutzen mehrere Millionen Menschen weltweit die im Internet angebotenen Wett- und Glücksspielangebote, die fortschreitende Integration digitaler Medien sowie die durch die rasante Verbreitung von Smartphones mögliche, ständige Vernetzung verstärkt diese Entwicklung deutlich.²⁷⁴ Gleichermäßen wird dadurch der gesamte Wettmarkt vor schwierige Rechtsfragen gestellt, die jedoch oftmals unter Berufung auf angebliche rechtliche Grauzonen entweder von vornherein ignoriert oder zu Lobbyingzwecken bewusst verzerrt dargestellt bzw. beantwortet werden. Dazu lässt sich festhalten, dass trotz der grundsätzlichen gleichen rechtlichen Betroffenheit von Wettanbietern und Wettenden, die genannte Problematik fast ausschließlich die Seite der Wettanbieter betrifft, weil an die vorgeschaltete Frage der Zulässigkeit des Anbietens selbst angeknüpft werden muss.

a. Geltungsgrenzen des österreichischen Rechts

Da das Internet aufgrund seiner Ubiquität und Globalität nicht leicht an nationale Rechtsstatute zu binden ist, scheint es zweckmäßig, im Rahmen dieser Arbeit lediglich die österreichische Perspektive der Problemstellung näher zu beleuchten. Zentrale Frage dabei ist, unter welchen Voraussetzungen österreichisches Recht zur Anwendung gelangt. Wenngleich das Völkerrecht einem globalen Geltungsanspruch gewisse Grenzen setzt²⁷⁵, so bestehen dennoch Auffassungsunterschiede zwischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtslehre hinsichtlich der Reichweite österreichischer Normen. Die Völkerrechtslehre fordert für die Anwendung eines

²⁷⁴ Schwartz/Wohlfahrt, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323.

²⁷⁵ Gemeint ist der Grundsatz der Nichteinmischung, vgl. Leidenmüller/Plöckinger, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele. Eine straf- und unionsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006, 55.

nationalen Rechtsstatuts einen „sinnvollen Anknüpfungspunkt“ und unterscheidet dabei zwischen dem Territorialitätsprinzip, dem Personalitätsprinzip sowie dem Schutzprinzip.²⁷⁶ Am stärksten ist diese Ausprägung natürlich im Bereich des Strafrechts.

b. Zivilrecht

Um ein grundlegendes Verständnis für die Problematik zu schaffen, ist es zunächst erforderlich, den Wettabschluss aus zivilrechtlicher Sicht darzustellen. Nachdem das Zustandekommen privatrechtlicher Verträge nach österreichischem Recht grundsätzlich keinem Formzwang unterworfen ist, können rechtsgeschäftliche Willenserklärungen auch auf elektronischem Wege abgegeben werden.²⁷⁷ Bei Wettverträgen handelt es sich zweifelsfrei um Konsensualverträge, weshalb das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen zur Vertragsperfektion nötig ist. Nach hL²⁷⁸ ist das Anbieten im Internet nicht schon als Offerte iSd § 861 ABGB zu verstehen, sondern stellt lediglich eine Aufforderung an den User zur Stellung von Angeboten dar. Die angepriesenen Leistungen auf der Website des Wettanbieters sind daher nur eine Sammlung von Informationen über dessen Produkte, ähnlich einem Schaufenster.²⁷⁹ Die vermeintliche Wettabgabe des Users durch Klicken der entsprechenden auf der Website integrierten Buttons oder Links ist daher nicht mehr als ein Angebot an den Wettanbieter, zu bestimmten Bedingungen einen Wettvertrag eingehen zu wollen, welches nach § 12 ECG²⁸⁰ mit dessen Einlangen und Abrufbarkeit²⁸¹ beim Wettanbieter wirksam wird. Nun bedarf es zur Perfektion noch einer Annahmeerklärung des Wettanbieters. Diese kann entweder ausdrücklich erfolgen, etwa durch Zusendung eines Bestätigungs-E-mails oder durch Realannahme gem § 864 ABGB, sofern „eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten“ ist. Der wesentliche Unterschied für die Praxis, wo meist ein grenzüberschreitender Sachverhalt besteht, liegt dabei in der Verlagerung des Erfüllungsorts. Während im erstgenannten Fall der Wettvertrag

²⁷⁶ Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁵ (2002), 38 f; Leidenmüller/Plöckinger in Plöckinger/Duursma/Mayrhofer (Hrsg), Internet-Recht (2004) 364 ff.

²⁷⁷ Brenn, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 653.

²⁷⁸ Schwartz/Wohlfahrt, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323; Hasberger/Busta, Top die Wette gilt nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49.

²⁷⁹ Madl, Vertragsabschluss im Internet, ecolex 1996, 79.

²⁸⁰ E-Commerce-Gesetz BGBl 2001/521.

²⁸¹ Zankl, E-Commerce-Gesetz (2000) Rz 171 f; Dies stellt einen der Bestimmung des § 862a ABGB vergleichbaren Mechanismus dar.

mit Zugang der Bestätigungs-Email (Annahmeerklärung) beim Wettkunden zustande kommt, wird der Vertrag im zweiten Fall schon durch die Realannahme perfekt und somit am Ort des Buchmachers. Ebenso denkbar wäre auch der eindeutige Hinweis auf der Website des Wettanbieters, dass die dort angeführten Anpreisungen bereits rechtlich bindende Angebote darstellen und somit die vom Wettkunden übersandte Willenserklärung bereits mit deren Einlangen beim Wettanbieter zum Vertragsabschluss führt.²⁸² In aller Regel besitzt der Wettkunde jedoch ein im Voraus bezahltes Einsatzdepot beim Wettanbieter und der Wettvertrag kommt daher durch Realannahme zustande, sofern der getätigte Einsatz vom Wettdepot gedeckt ist.

Als Zwischenergebnis lässt somit festhalten, dass der Wettvertrag regelmäßig am Ort des Wettanbieters zustande kommt und mangels Rechtswahl auch dem Rechtsstatut des Wettanbieters unterliegt. Auch eine etwa in den AGB des Wettanbieters getroffene Rechtswahl könnte diese Auswirkungen entfalten. Freilich führt dies zu einem aus Sicht des Wettkunden, der zumeist Verbraucher iSd KSchG²⁸³ ist, unerfreulichen Ergebnis, da sämtliche zum Schutz des Wettenden in dessen Heimatstaat existierenden Bestimmungen unanwendbar wären. Im Anwendungsbereich der Rom-I-Verordnung²⁸⁴ darf eine Rechtswahl daher nicht dazu führen, dass ein Verbraucher der ihm im Staate seines gewöhnlichen Aufenthalts (von dem aus er den Wettvertrag schließt) zustehenden, günstigeren Verbraucherrechte beraubt werde.²⁸⁵ Flankiert wird dieser Schutzmechanismus durch die zahlreichen, den Wettanbieter treffenden Pflichten des ECG. In diesem Zusammenhang sei va auf § 21 Z 11 ECG hingewiesen, der bezüglich Wetten²⁸⁶ eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip normiert. Der Vollständigkeit halber sei jedoch auch auf § 5f Abs 1 Z 6 KSchG aufmerksam gemacht, der das Rücktrittsrecht des Verbrauchers von Fernabsatzverträgen hinsichtlich Wetten natürlich ausschließt. Die einzige Möglichkeit des Wettanbieters, diesen strengen Schutzvorschriften zu entgehen, ist der gene-

²⁸² *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323.

²⁸³ Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140 idF BGBl 2011/100.

²⁸⁴ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.6.2008, vormals Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, ABIEG 1980 L 266/1, BGBl III 1998/208 (EVÜ).

²⁸⁵ *Mochar/Seidl*, Internationales Verbraucherschutzrecht und e-commerce, ÖJZ 2003, 13.

²⁸⁶ Genauer: Gewinn- und Glücksspiele, bei denen ein Einsatz, der einen Geldwert darstellt, zu leisten ist, einschließlich von Lotterien und Wetten.

relle Ausschluss von Personen, auf die etwa die Rom-I-Verordnung anzuwenden ist, von der Wettteilnahme.²⁸⁷

c. Verwaltungsrecht

Der Ort des Wettabschlusses ist aus verwaltungsrechtlicher Sicht vor allem für die Frage der notwendigen Bewilligungen von Bedeutung. Die wenigsten Bundesländer haben in ihren Wettgesetzen den Wettabschluss via Internet ausdrücklich geregelt, sondern stellen ganz allgemein auf den Standort der Betriebsstätte ab. Es kann daher zunächst vom allgemeinen Grundsatz ausgegangen werden, dass für das Anbieten oder Vermitteln von Sportwetten in einem Bundesland unter Zuhilfenahme des Internets die dort notwendige landesrechtliche Bewilligung erforderlich ist. Komplexer wird der Sachverhalt jedoch, wenn sich Wettanbieter und Wettender nicht im selben Bundesland befinden oder sogar ein grenzüberschreitender Wettabschluss vorliegt. Die Rechtsansichten²⁸⁸ der Bundesländer hinsichtlich der generellen Zulässigkeit von Wetten über das Internet gehen weit auseinander:

Der Magistrat der Stadt Wien ging von einer Bewilligungspflicht aus und begründete dies mit der Möglichkeit der Inanspruchnahme des Wettangebots von einem in Wien gelegenen Computer aus. Die Kärntner Landesregierung vertrat die Ansicht, die Tätigkeit sei gar nicht bewilligungsfähig, da das K-TBWG die Bewilligungspflicht von einem in Kärnten gelegenen Veranstaltungsbzw Vermittlungsort abhängig mache. Zudem ging sie (entgegen dem ECG) von einer Anwendung des Herkunftslandprinzips aus, sodass auf den Wettanbieter das Rechtsstatut seiner Niederlassung anzuwenden sei. Die Steiermärkische Landesregierung negierte ihre Zuständigkeit mit Verweis auf § 3 AVG²⁸⁹, da für die Bewilligungsvoraussetzung ein Standort in der Steiermark Voraussetzung sei. Überdies wies sie einen Antrag zurück, da mangels Standort keine Bewilligung erteilt werden könne. Das Vorarlberger Wettrecht enthält Bestimmungen über den Wettabschluss über ein elektronisches Medium. Die Vorarlberger Landesregierung verneinte eine Bewilligungspflicht mit der Begründung, dass der Standort der Dateneinspeisung maßgeblich sei. Sofern sich der Server außerhalb Vorarlbergs befinde, bestehe daher keine Bewilligungspflicht. Die Niederösterreichische Landesregierung verneinte

²⁸⁷ ZB mittels Disclaimer auf der Website, mit Personen aus dem Staat X keine Wettverträge abzuschließen.

²⁸⁸ Hasberger/Busta, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis. Erfordernis von landesrechtlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

²⁸⁹ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51 idF BGBl 2011/100.

eine Bewilligungspflicht mit dem Argument, Voraussetzung sei die persönliche Ausübung der Tätigkeit, die über das Internet nicht möglich sei. Die Oberösterreichische Landesregierung negierte ebenso eine Bewilligungspflicht, mit der Begründung, die Wette komme im Ausland zustande. Die Salzburger und die Tiroler Landesregierungen verneinten eine Bewilligungspflicht mangels Standort im Bundesland und die Burgenländische Landesregierung verneinte sie mangels örtlicher Zuständigkeit. Zusammenfassend lässt sich daher überraschenderweise festhalten, dass bis auf Wien alle übrigen Bundesländer eine Bewilligungspflicht negierten, und in ihren Begründungen ausschließlich auf territoriale Anknüpfungen verwiesen. Bei einem Medium wie dem Internet ist ein derartiges Vorgehen allerdings nicht sehr zielführend.

Das österreichische Verwaltungsstrafrecht²⁹⁰ normiert grundsätzlich, dass nur Übertretungen, die im Inland begangen wurden, strafbar sind. Das sind Handlungen, die im Inland gesetzt wurden, im Inland gesetzt werden hätten sollen oder sich im Inland ausgewirkt haben. Somit ist gut ersichtlich, dass das VStG unter dem Deckmantel der rein territorialen Anknüpfung eigentlich auch Elemente des Schutzprinzips mit einbezieht. Für Internetsachverhalte bedeutet dies, dass ein reines Abstellen auf den Serverstandort²⁹¹ daher zu kurz greift. Andererseits würde eine Ausdehnung auf sämtliche Sachverhalte, die dem Gedanken des Schutzprinzips folgend irgendeine Auswirkung in Inland²⁹² zeitigen, weit über das Ziel hinaus schießen und das Österreichische Recht auf nahezu alle Internetsachverhalte anwendbar machen. Es bedarf daher eines Korrektivs. Hierfür haben Lehre und Judikatur zahlreiche Methoden entwickelt:

Zunächst ist an dieser Stelle die aus dem gerichtlichen Strafrecht stammende und auch im Verwaltungsstrafrecht anerkannte Einheitstheorie²⁹³ zu nennen, da auch sie an territoriale Elemente anknüpft. Gedanklich wird dabei die eigentliche Tathandlung in mehrere Teile zerlegt. Sofern auch nur eine Teilhandlung im Inland begangen wurde, ist auf die Gesamttat inländisches Recht anwendbar. Speist daher ein Wettanbieter entweder vom Inland aus Daten auf einen in- oder ausländischen Server oder vom Ausland aus Daten auf einen inländischen Server, so gilt österreichisches Recht. Die zweitgenannte Konstellation erfährt jedoch insofern

²⁹⁰ § 2 Abs 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBl 1991/52 idF BGBl 2008/3.

²⁹¹ *Altenburger*, Hyperlinks – Haftung für fremde Inhalte (2004) 88 ff.

²⁹² Anm: innerhalb der Landesgrenzen.

²⁹³ *Plöckinger*, Die Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798; *Leidenmüller/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele. Eine straf- und unionsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006, 55; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁵ (2002) 39.

eine Einschränkung als nur das gezielte Übermitteln an einen inländischen Server erfasst ist.²⁹⁴

Als zweiter Schritt ist zu untersuchen, was als Erfolgsort iSd § 2 Abs 2 3. Fall VStG zu verstehen ist. „*Beim Erfolg im Sinne der genannten Bestimmung handelt es sich vielmehr um die durch ein Verhalten herbeigeführte - kausale - Folge, die in einer Verletzung oder Gefährdung des geschützten Rechtsgutes bestehen kann und Teil des Tatbestandes ist.*“²⁹⁵ Damit ist klar, dass der Erfolg nicht nur in einer Verletzung eines Rechtsguts liegen kann, sondern auch durch Gefährdungshandlungen verwirklicht ist. Während sich jedoch im ersten Fall der Erfolgsort relativ eindeutig bestimmen lässt, ist dies bei Gefährdungshandlungen ungleich schwieriger. Die hL unterscheidet zwischen konkreter und abstrakter Gefährdung. Hinsichtlich des Vorliegens konkreter Gefährdung gilt gemeinhin, dass Erfolgsort nur jener Ort sein kann, an dem die Gefährdung konkretisiert wurde, weil konkrete Gefahr iS einer Außenwirkung anzusehen ist und Ort der Tathandlung und Ort der Konkretisierung nicht zwingend übereinstimmen müssen.²⁹⁶ Konkrete Gefährdungsdelikte sind daher Erfolgsdelikte.²⁹⁷ Demgegenüber reicht bei abstrakten Gefährdungsdelikten die bloße gedankliche Möglichkeit aus, dass das geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wird.²⁹⁸ Da eine unmittelbare Außenwirkung bei abstrakten Gefährdungsdelikten aber nur schwer feststellbar ist, kommt nach dieser Ansicht als Tatort nur der Ort der Tathandlung in Frage. Freilich ist dies eine nur bedingt befriedigende Lösung. Im Gegensatz zur strafgerichtlichen Lehre sind im Verwaltungsstrafrecht nur konkrete Gefährdungsdelikte für § 2 Abs 2 3. Fall VStG relevant.²⁹⁹

Eine weitere Möglichkeit, inländische (Verwaltungs-)Strafbarkeit zu begründen, besteht in der Anknüpfung an das Zugänglichmachen inkriminierter Inhalte.³⁰⁰ Das Zugänglichmachen an eine Öffentlichkeit ist dabei selbst Teil des Tatbilds und nicht Erfolg. Tatort hingegen ist

²⁹⁴ Plöckinger/Duursma/Mayrhofer (Hrsg), Internet-Recht (2004) 340.

²⁹⁵ VwGH 11.12.1996, 96/03/0251.

²⁹⁶ Ebensperger, Die Verbreitung von NS-Gedankengut im Internet und ihre strafrechtlichen Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung des E-Commerce-Gesetzes, ÖJZ 2002, 132.

²⁹⁷ Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2000) § 89 Rz 1.

²⁹⁸ Kienapfel/Höpfel, Strafrecht Allgemeiner Teil⁹ (2001) § 9 Rz 35.

²⁹⁹ Plöckinger/Duursma/Mayrhofer (Hrsg), Internet-Recht (2004) 339.

³⁰⁰ Wojnar in Strejcek (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 12 ff.

der Ort, an dem der inkriminierte Inhalt zugänglich gemacht wird, sprich abrufbar ist.³⁰¹ Dabei wird zum einen im Sinne der Einheitstheorie nicht unterschieden, ob ein Teil der Tat im Ausland gesetzt wurde oder nicht. Zum anderen ist es überhaupt nicht erforderlich, dass die die Abrufbarkeit begründende Handlung (zum Teil) im Inland gesetzt wurde. Der VwGH bejaht eine Strafbarkeit aber nur, wenn der Täter mit dem Abrufen innerhalb des Geltungsbereichs einer Norm rechnen musste.³⁰² Dies ist nach der Judikatur dann der Fall, wenn die Inhalte einen besonderen Bezug zum Geltungsbereich der Norm aufweisen.³⁰³ Konkret auf Internet-Wettangebote angewandt könnte dies etwa dann der Fall sein, wenn sich das Angebot gezielt an den österreichischen Markt richtet, zB durch das Anführen einer österreichischen Service-Telefonnummer auf der Website.³⁰⁴ Die Judikatur anerkennt hierbei jedoch lediglich die Indizwirkung derartiger Umstände. Letzten Endes ist aber selbst bei Vorliegen dieses Bezugs entscheidend, ob dem Wettanbieter die Kenntnis über Zulässigkeit bzw Strafbarkeit nach der Rechtsordnung jenes Ortes, an dem er diese Daten zugänglich macht, zumutbar ist. *Wojnar*³⁰⁵ vertritt diesbezüglich die mE äußerst treffende Ansicht, dass der Maßstab für die Zumutbarkeit sehr niedrig angesetzt werden müsse, da schließlich auch die im Zivilrecht anerkannte Gehilfenhaftung den Gedanken verfolgt, sich durch die Bedienung eines anderen zum Zwecke der Erweiterung des Geschäftsfeldes nicht exkulpieren zu können, sondern neben den Chancen und Vorteilen auch für etwaige Nachteile eintreten zu müssen.

d. Exkurs: Sicht der Finanzbehörden

Nach Ansicht des BMF ist das Anbieten von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen über das Internet grundsätzlich zulässig. Begründet wird dies damit, dass lediglich die Kombination bzw Akkumulation von Sportwetten einen Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes darstellen könne. Der Wettabschluss auf sportliche Einzelbewerbe sei jedoch wesentlich von Faktoren wie Wetter, Tagesverfassung, Bodenverhältnissen und dem Gesundheitszustand der Teilnehmer abhängig, weshalb das Ergebnis weniger vom Zufall als vom Wissen

³⁰¹ *Pirker*, Geschäfte an den Grenzen des Verwaltungsstrafrechts. Grenzüberschreitende Werbefahrten, "Cold Calling" und Internet-"Abzocke", wbl 2012, 361.

³⁰² VwGH 27.3.1991, 90/10/0189.

³⁰³ *Leidenmüller/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele. Eine straf- und unionsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006, 55; *Plöckinger*, Die Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798; *Auer/Loimer*, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, 613.

³⁰⁴ Vgl etwa die Kontaktdaten auf der Website www.bwin.com (20.9.2012).

³⁰⁵ *Wojnar* in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 14.

und der Geschicklichkeit der Wettenden abhängig sei.³⁰⁶ Zudem mache es aus steuerlicher Sicht kaum einen Unterschied, da für Sportwetten nach hA die Grundregel des § 3a Abs 7 UStG³⁰⁷ maßgeblich sei und demnach Leistungen an Nichtunternehmer grundsätzlich am Unternehmerort des Leistungserbringers steuerbar seien.³⁰⁸ Anders ist es natürlich bei der Vermittlung an Wettanbieter im Ausland, da hier eine Rechtsbeziehung B2B (Business to Business)³⁰⁹ vorliegt. Bei Internetwetten ist dies jedoch kaum der Fall.

e. Fazit

Die wesentliche Frage, die sich stellt, ist, ob nun das Anbieten vom Ausland bzw von einem anderen Bundesland aus einer landesrechtlichen Bewilligung bedarf oder nicht. Wenig überraschend sprechen sich *Schwartz/Wohlfahrt*³¹⁰ gegen die Notwendigkeit einer Bewilligung aus, sofern – wie in der Regel üblich – der Ort des zivilrechtlichen Vertragsabschlusses im Ausland liegt. *Hasberger/Busta*³¹¹ treten dieser Ansicht mit dem Argument entgegen, die über das Internet angebotene Leistungen könnten von jedem Verbraucher weltweit und somit auch von Österreich aus abgerufen werden. Der jeweilige Wettanbieter stelle diese Angebote ins Internet und erfülle somit die Bewilligungstatbestände des gewerbsmäßigen Abschlusses oder der gewerbsmäßigen Vermittlung von Wetten, weshalb sie eine Bewilligungspflicht als gegeben sehen.

ME ist die Frage nach dem Bewilligungserfordernis tendenziell zugunsten einer Bewilligungspflicht zu beantworten. Maßgeblich sind jedoch die jeweiligen landesgesetzlichen Bestimmungen. Diese knüpfen zwar allesamt an das territoriale Element an, doch ist Betriebsstätte iSd Landesgesetze nicht zwingend auch mit Handlungsort oder Serverstandort gleichzusetzen. Beinahe grotesk ist dabei, dass die Bewilligungsbestimmungen vieler der moderneren Landesgesetze im Vergleich zu jenen des unumstritten antiquierten Wr GTBW-G aufgrund ihrer präzisen Formulierung auf Internetsachverhalte schlicht nicht anwendbar sind. Weniger ist offenbar manchmal wirklich mehr. Dennoch scheint es sinnvoller, die landesrechtlichen Best-

³⁰⁶ *Hasberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis. Erfordernis von landesrechtlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

³⁰⁷ Umsatzsteuergesetz 1994 BGBl 1994/663 idF BGBl 2012/53.

³⁰⁸ *Aigner*, Verlagerung des Ortes sonstiger Leistungen bei Sportwetten und Glücksspielumsätzen, taxlex 2010, 195.

³⁰⁹ Beiderseitiges Unternehmergeschäft.

³¹⁰ *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323.

³¹¹ *Hasberger/Busta*, Top die Wette gilt nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49.

immungen nach dem Auswirkungsprinzip als rein territorial zu interpretieren. Denn der Widerspruch zum (Verwaltungs-)Strafrecht wäre sonst offenkundig. Wie könnte man einerseits die Bewilligungslicht negieren, andererseits die Anwendbarkeit des (Verwaltungs-) Strafrechts bejahen? Aufzulösen wäre dies wohl nur mittels teleologischer Reduktion um die mit dem bewilligungslosen, gewerbsmäßigen Abschluss bzw der Vermittlung in Zusammenhang stehenden Strafbestimmungen. Die übrig bleibenden würden sich bei einem derartigen Vorgehen jedoch rasch als zahnlose Papiertiger entpuppen. Im Übrigen würde eine Interpretation im Sinne der Annahme einer Bewilligungspflicht im Einklang mit den von der namhaften Stimmen der Wettbewerbsrechtslehre vertretenen Auffassung stehen.³¹²

VII. Europarecht

a. Harmonisierung

Die auch den Bereich der Sportwetten umschließende Materie des Glücksspielrechts iwS ist europarechtlich nicht harmonisiert. Ebenso wenig ist eine primärrechtliche Bereichsausnahme normiert. Das Glücksspielrecht nimmt daher eine Art Mittelstellung ein. Dies wirft die Frage nach dessen Stellenwert, nationalen Normen im europäischen Gefüge und den Gründen für die Entscheidung, diesen Rechtsbereich nicht zu vereinheitlichen, auf.

Zweifelsohne, und dies hat auch der EuGH bereits vielfach judiziert, ist der Glücksspielsektor kaum mit anderen Bereichen zu vergleichen. Dies ist einerseits historisch bedingt, andererseits handelt es sich dabei um einen höchst sensiblen Bereich, gerade wenn man die potentiell damit einhergehenden Gefahrenquellen, von kriminellen Handlungen bis hin zu Verbrauchergefährdungen und gesundheitlichen Risiken für die Bevölkerung, in die Überlegungen mit einbezieht. Hinzu treten kulturelle Aspekte, denen in einer durch nationale Interessen und Traditionen diversifizierten Gesellschaft wie der europäischen besondere Bedeutung zufällt. Das Glücksspielrecht lässt sich wohl als eine der letzten Bastionen nationaler Dienstleistungsmonopole begreifen, wobei der Umstand, dass es sich bei diesem wirtschaftlichen Sektor um eine überaus fruchtbringende Einnahmequelle für die Mitgliedsstaaten handelt, zweifelsohne sein Scherflein an der bisherigen Entwicklung beigetragen hat, wenngleich dies natürlich nur aus den Reihen der Liberalisierungsbefürworter zu vernehmen ist.

³¹² Zib, Internet-Glücksspiel in *Strejcek/Hoscher/Eder*, Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001) 71 ff.

Haltern bezeichnet die Rolle des Glücksspielrechts in Europa recht treffend als „*Mittelposition mit Seitenlage, die das Glücksspielrecht in die Nähe einer Bereichsausnahme rückt*“. ³¹³

Aus der fehlenden Harmonisierung resultiert die maßgebliche Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für den Rechtsanwender, was in den letzten beiden Jahrzehnten trotz relativ stringenter Judikaturlinie zu recht heftigen und emotional geführten Diskussionen geführt hat. ³¹⁴ Neben der Judikatur sind die DienstleistungsRL sowie die Vorarbeiten dazu ein guter und ausschussreicher Ausgangspunkt für die Untersuchung des Glücksspielrechts auf europäischer Ebene.

b. Dienstleistungs-RL

Die DienstleistungsRL ³¹⁵ dient ebenso wie andere Sekundärrechtsakte der Herstellung eines den Art 3 Abs 3 EUV sowie Art 26 und Art 56 ff entsprechenden europäischen Binnenmarktes, der auch als Gemeinsamer Markt bezeichnet wird. Dies soll durch Abbau von Hindernissen, wie etwa Zugangsbeschränkungen oder bürokratischen Hemmnissen erreicht werden. Die dreijährige Umsetzungsfrist endete gem Art 44 Abs 1 DL-RL am 28.12.2009.

Der Anwendungsbereich der DL-RL umfasst alle „*Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden*“. ³¹⁶ Unter Dienstleistung ist dabei jede von Art 50 EGV (nun Art 57 AEUV) erfasste selbständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird, zu verstehen. ³¹⁷ Erfasst sind somit alle Dienstleistungen, die nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Art 2 Abs 2 lit h normiert eine solche Ausnahme für „*Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten*“. In den Vorbemerkungen findet sich folgende Stelle: „*Glücksspiele einschließlich Lotterien und Wetten sollten aufgrund der spezifischen Natur dieser Tätigkeiten, die von Seiten der Mitglied-*

³¹³ *Haltern* in Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg), Glücksspielrecht (2008) 267.

³¹⁴ Siehe dazu unten.

³¹⁵ RL vom 12.12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (kurz: DL-RL).

³¹⁶ Art 2 Abs 1 DL-RL.

³¹⁷ Art 4 Abs 1 DL-RL.

*staaten Politikansätze zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher bedingen, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sein.*³¹⁸

Dies ist das Ergebnis eingehender Diskussion. Bereits der von der Kommission erarbeitete Erstentwurf³¹⁹ der Richtlinie aus dem Jahr 2004, der noch das Herkunftslandprinzip verfolgte, betraf nicht unmittelbar den Glücksspielbereich. Auch der nächste, überarbeitete Entwurf³²⁰ sah eine explizite Ausnahme für Glücksspiele, inklusive Lotterien, Casinos und Wetttransaktionen vor.³²¹

Somit wurde die spezifische Natur des Glücksspiels ausdrücklich anerkannt und die Anwendung der Regeln über „normale“ Dienstleistungen im Binnenmarkt ausgeschlossen. Daraus resultiert aber auch die Erkenntnis, dass eben diese Natur besondere ordnungsrechtliche Tätigkeiten der Mitgliedstaaten bedingt.³²² Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass die Mitgliedstaaten in der Gestaltung der entsprechenden nationalen Vorschriften völlig frei wären. Schließlich ist das geltende Primärrecht und somit auch dessen den Binnenmarkt betreffende Vorschriften weiterhin anwendbar, weshalb die Mitgliedstaaten ihre nationalen Rechtsvorschriften an diesen zu orientieren haben.

c. Unionsrechtliche Problemkreise

Art 3 Abs 3 Satz 1 EUV bestimmt: „Die Union errichtet einen Binnenmarkt.“ Wie dieser Binnenmarkt konkret ausgestaltet sein soll findet sich im EUV nicht, es werden lediglich allgemein gehaltene Zielsetzungen, ähnlich einer Präambel, angeführt. Wesentlich konkreter umreißen die Bestimmungen des AEUV die rechtliche Gestalt dieses Binnenmarktes, der weit mehr als eine schlichte Freihandelszone oder Zollunion ist.

Für den Bereich der Sportwetten relevant und in den im Folgenden angeführten Judikaten des EuGH sind zwei Aspekte des Binnenmarktes nämlich die Niederlassungsfreiheit einerseits

³¹⁸ Abs 25 der Erwägungsgründe zur DL-RL.

³¹⁹ KOM/2004/0002 endg/2-COD 2004/0001 abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0002:FIN:DE:PDF> (14.8.2011).

³²⁰ KOM(2004)0002-C5-0069/2004-2004/001(COD).

³²¹ *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 44 f.

³²² *Haltern aaO*.

und die Dienstleistungsfreiheit andererseits, wobei letzterem eine wesentlich vorrangigere Bedeutung zuzumessen ist. Denkbar ist ebenso ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit, doch tritt diese gegenüber den beiden anderen angeführten Grundfreiheiten zurück. Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich daher zunächst auf eine grundlegende Darstellung der beiden Grundfreiheiten, deren Bedeutung bzw Anwendungsmodalitäten auf Sportwetten bzw glücksspielrechtliche Sachverhalte iWS sich aus der europäischen Rechtsprechung ergibt.

c.1. Niederlassungsfreiheit

Primärrechtlich ist die Niederlassungsfreiheit im zweiten Kapitel des vierten Titels des AEUV geregelt, in den Art 49 bis 55.³²³ Ihnen kommt unmittelbare Wirkung zu.³²⁴ Diese Bestimmungen werden durch zahlreiche Sekundärrechtsakte, wie etwa die FreizügigkeitsRL³²⁵ ergänzt.

Das Niederlassungsrecht findet gem Art 49 AEUV auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die in einem anderen Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, Anwendung. Unter Staatsangehörigen sind sowohl natürliche Personen als auch Gesellschaften zu verstehen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben. Dies soll die Zuordnung zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaates erleichtern.³²⁶ Erwähnenswert ist der Umstand, dass lediglich auf den satzungsmäßigen Sitz abgestellt wird, der tatsächliche ist nicht von Bedeutung, was dazu führt, dass die Niederlassungsfreiheit auch auf Briefkastenfirmen ohne operative Tätigkeit anzuwenden ist.³²⁷

Niederlassung bedeutet die „*tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit*“³²⁸, hierbei handelt es sich um den primären

³²³ Im EGV enthielten die Art 43-48 die die Niederlassungsfreiheit betreffenden Bestimmungen.

³²⁴ So etwa EuGH 5.11.2002, RS C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919 ff, Rn 60.

³²⁵ RL 2004/38/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

³²⁶ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Das Recht der Europäischen Union (2007) Rz 1469.

³²⁷ Vgl idZ die bereits erwähnte RS-C208/00, *Überseering*, sowie EuGH 9.3.1999, RS C-212/97, *Centros*, Slg 1999, I-1459 ff, Rn 14 ff.

³²⁸ EuGH 25.7.1991, RS C-221/89, *Factortame ua*, Slg 1991, I-03905, Rn 20; jüngst wurde der Begriff der Niederlassung auch in der RL 2006/123 vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt definiert. Demnach

Niederlassungsbegriff. Die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften wird als sekundäre Niederlassung bezeichnet.

*„Selbständige Erwerbstätigkeit ist jede wirtschaftliche, auf Entgelt ausgerichtete Tätigkeit, die weisungsfrei auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko erfolgt.“*³²⁹

*„Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“*³³⁰ Umfasst sind nicht nur die Gesellschaften selbst, sondern auch ihre Gesellschafter, wenn ihre Beteiligung eine Einflussnahme auf die Tätigkeit der Gesellschaft zulässt.³³¹ Hinsichtlich des Erwerbszweckerfordernisses wird jedoch auf die Entgeltlichkeit abgestellt, eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.³³²

Aus der Niederlassungsfreiheit leiten sich zwei Schutzmechanismen für die Unionsbürger bzw Gesellschaften ab. Einerseits enthält sie ein umfassendes Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten bzw der Gründung und Leitung von Unternehmen. Das Verbot umfasst direkte wie indirekte Diskriminierung und ist eigentlich als Gebot zur Inländergleichbehandlung zu verstehen; andererseits und va wegen der Tatsache, dass eine direkte Diskriminierung in der Praxis kaum anzutreffen ist, enthält sie ein großzügiges Beschränkungsverbot, das Regelungen, die in ihrer Auswirkung den Marktzugang und den fairen Wettbewerb beeinträchtigen ohne formal zu diskriminieren. Erfasst sind also nationale Maßnahmen, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen.³³³ Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des EuGH letztlich die Spürbarkeit der Beschränkung, was im Extremfall

ist unter Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer von Art 43 EG (nunmehr Art 49 AEUV) erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Dienstleistungserbringer auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Infrastruktur, von der aus die Geschäftstätigkeit der Dienstleistungserbringung tatsächlich ausgeübt wird, zu verstehen.

³²⁹ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Das Recht der Europäischen Union (2007) Rz 1474.

³³⁰ Art 54 AEUV.

³³¹ EuGH 13.4.2000, RS C-251/98, Baars, Slg 2000, I-02787, Rn 22.

³³² Sattler, Die nationale Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, ZfRV 2010/9.

³³³ Vgl etwa EuGH 5.2.2004, RS C-442/02, CaixaBank, Slg 2004, I-8961, Rn 11; EuGH 10.9.2003, RS C-167/01, Inspire Art, Slg 2003, I-10155, Rn 133.

sogar dazu führen kann, dass gleichbehandelnde Maßnahmen verboten sein können.³³⁴ *Sattler* hingegen stellt bereits auf das Vorliegen einer Behinderung bzw Erschwerung für den Marktzugang ab.³³⁵

Ähnlich wie beim Beschränkungsverbot der Warenverkehrsfreiheit³³⁶ enthält auch die Niederlassungsfreiheit Ausnahmen. Diese betreffen gem Art 51 AEUV Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt, zB die Ausübung des Notarberufs³³⁷. Ebenso anerkannt sind die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.³³⁸ Der EuGH hat dies in der RS *Überseering* näher präzisiert und judiziert, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zulässig sind, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels gewährleistet ist und sie nicht darüber hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.

Für den europäischen Glücksspiel- und Wettbereich ist natürlich das Vorliegen einer der letztgenannten Ausnahmen von primärer Bedeutung, da letztlich alle Mitgliedstaaten in den einschlägigen Vorabentscheidungsverfahren stets die Notwendigkeit des Verbraucherschutzes, genauer des Spielerschutzes, welcher ihrer Ansicht nach nur durch eine gewisse Abschirmung der nationalen Märkte umzusetzen sei, zur Rechtsfertigung herangezogen haben.

c.2. Dienstleistungsfreiheit

Primärrechtlich ist die Dienstleistungsfreiheit im dritten Kapitel des vierten Titels des AEUV geregelt in den Art 56 bis 62.³³⁹ Auch ihnen kommt unmittelbare Wirkung zu.³⁴⁰ Diese Bestimmungen werden durch zahlreiche Sekundärrechtsakte, allen voran natürlich die DienstleistungsRL³⁴¹ ergänzt.

³³⁴ EuGH 30.3.1993, RS C-168/91, *Konstantinidis*, Slg 1993, I-01191, Rn 15; EuGH 11.7.2002, RS C-294/00, *Gräbner*, Slg 2002, I-06515, Rn 38; EuGH 20.6.1996, RS C-418/93 ua, *Semeraro Casa Uno ua*, Slg 1996, I-2975 ff, Rn 32.

³³⁵ *Sattler* aaO.

³³⁶ Art 34 ff AEUV.

³³⁷ EuGH 21.6.1974, RS 2/74, *Reyners*, Slg 1974, 613 ff, Rn 42 f.

³³⁸ Art 52 Abs 1 AEUV.

³³⁹ Im EGV enthielten die Art 49-55 die die Niederlassungsfreiheit betreffenden Bestimmungen.

³⁴⁰ EuGH 3.12.1974, RS 33/74, *van Binsbergen*, Slg 1974, 1299, Rn 24/26.

³⁴¹ RL vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Die Dienstleistungsfreiheit ist gem Art 56 AEUV auf Unionsbürger sowie gem Art 54 iVm Art 62 AEUV auch auf Gesellschaften anzuwenden. Anknüpfungspunkt ist eine grenzüberschreitende Dienstleistung. Man unterscheidet zwischen aktiver und passiver Seite der Dienstleistungsfreiheit. Aktive Dienstleistungsfreiheit bedeutet nach dem Wortlaut des AEUV, dass der Dienstleistungserbringer die Grenze überschreitet, um die Dienstleistung zu erbringen. Auf die Nationalität des Dienstleistungserbringers oder des Dienstleistungsempfänger kommt es nicht an.³⁴² Die passive Dienstleistungsfreiheit ist im AEUV selbst nicht geregelt, sondern erst vom EuGH entwickelt worden. Sie beschreibt den spiegelbildlichen Fall, dass der Dienstleistungsempfänger die Grenze überschreitet, um die Dienstleistung zu erhalten. In der dritten und für den Bereich der Sportwetten wohl bedeutendsten Fallkonstellation überschreitet idR lediglich die Dienstleistung die Grenze. Dies wird als personenunabhängige Dienstleistungsfreiheit³⁴³ oder auch als Korrespondenzdienstleistungsfreiheit bezeichnet und ähnelt dogmatisch stark der Warenverkehrsfreiheit, da auch bei dieser dem personellen Element geringe bis keine Bedeutung zukommt.³⁴⁴

Der unionsrechtliche Begriff der Dienstleistung ergibt sich zunächst aus Art 57 AEUV als selbständige Leistung, die idR entgeltlich erbracht wird. Dabei kommt einerseits dem Element der Grenzüberschreitung, andererseits dem vorübergehenden Charakter maßgebliche Bedeutung zu.³⁴⁵ „Vorübergehend“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass auf die Dauer, die Häufigkeit und Kontinuität der Leistung abgestellt wird, wobei dies kein Hindernis für die Einrichtung einer gewissen Infrastruktur für die Leistungserbringung sein soll.³⁴⁶

³⁴² *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union I (2008), Art 49/50 EGV, Rn 42 ff.

³⁴³ Schweitzer/Hummer/Obwexer aaO, Rn 1508.

³⁴⁴ *Randelzhofer/Forsthoff* aaO, Rn 44; vgl die Judikaturlinie: EuGH 30. 4. 1974, RS 155/73, *Sacchi*, Slg 1974, 409; EuGH 18.3.1980, RS 52/79, *Debauve*, Slg 1980, 833; EuGH 18.3.1980, RS 62/79, *Coditel I*, Slg 1980, 881; EuGH 6.10.1982, RS 262/81, *Coditel II*, Slg 1982, 3381; EuGH 26.4.1988, RS 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg 1988, 2085; EuGH 10.5.1995, RS C-384/93, *Alpine Investments*, Slg 1995, I-1141.

³⁴⁵ EuGH 11.12.2003, RS C-215/01, *Schnitzer*, Slg 2003, I-14847, Rn 28.

³⁴⁶ EuGH 30.11.1995, RS C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rn 27.

Art 57 AEUV normiert auf den ersten Blick einen Vorrang aller übrigen Grundfreiheiten, doch ist die Dienstleistungsfreiheit eher als eine Art Auffangtatbestand zu verstehen, eine Nachrangwirkung besteht daher nicht.³⁴⁷

Auch die Dienstleistungsfreiheit beinhaltet sowohl ein Verbot direkter wie indirekter Diskriminierung, als auch ein Beschränkungsverbot, das am Kriterium der Spürbarkeit ausgerichtet ist. Es werden daher keine Beschränkungen erfasst, deren negative Auswirkungen nur zufällig oder mittelbar sind.³⁴⁸ Aus Art 51iVm Art 62 AEUV ergeben sich Ausnahmen. Beschränkungen sind demnach aus Gründen der öffentlichen Ordnung und bei Ausübung öffentlicher Gewalt in den bereits erwähnten Grenzen gerechtfertigt und zulässig. Darüber hinaus nennt der AEUV in Art 58 Bereichsausnahmen für Verkehrsdienstleistungen (Abs 1) und Kapitalverkehrsdienstleistungen (Abs 2).

c.3. Abgrenzung

Durch die Konzeption der Dienstleistungsfreiheit als Auffangtatbestand ist ein umfassender Schutz gewährleistet. Erfasst sollen grenzüberschreitende Wirtschaftsvorgänge sein, welche Grundfreiheit zur Anwendung gelangt, richtet sich danach, in welchem Kleid der jeweilige Wirtschaftsvorgang in Gestalt tritt.

Hauptunterschied zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ist die Dauer der Leistung. Die Dienstleistungen sind wie bereits erwähnt von nur vorübergehendem Charakter. In der RS *Daily Mail* führte der Generalanwalt aus: „*Sich niederlassen heißt, sich in eine nationale Volkswirtschaft integrieren.*“³⁴⁹ In diesem Sinne ist wohl auch das Kriterium der vorübergehenden Leistung zu interpretieren. *Randelzhofer/Forsthoff* heben daher mE zu Recht hervor, dass ohne Niederlassung auch kein Raum für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit bleiben kann.³⁵⁰

Im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit ist bei Verstößen gegen die Dienstleistungsfreiheit überdies zu prüfen, ob den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht bereits durch

³⁴⁷ EuGH 3.10.2006, RS C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg 2006, I-9521, Rn 32.

³⁴⁸ EuGH 21.7.2005, RS C- 231/03, *Coname*, Slg 2005, I-7287, Rn 20.

³⁴⁹ EuGH 27.9.1988, RS 81/87, *Daily Mail*, Slg 1988, 05483, SchlA GA Darmon 7.6.1988, Rn 3.

³⁵⁰ *Randelzhofer/Forsthoff* aaO, Rn 33.

eine entsprechende Rechtsvorschrift des Herkunftslandes entsprochen wird, wobei Maßstab dafür konsequenterweise die Rechtsordnung des Aufnahmestaats ist.³⁵¹

d. Judikatur-EUGH

Seit Mitte der 1990er musste sich der EuGH in zahlreichen Verfahren mit Fragen des Wett- und Glückspielbereichs auseinandersetzen. So unterschiedlich die jeweiligen Sachverhalte und die dadurch aufgeworfenen Rechtsfragen auch gestaltet waren, umso konsequenter entwickelte der Gerichtshof binnen weniger Jahre eine in sich stringente und klare Rechtsprechungslinie. Umso interessanter ist, und dies ist sicherlich Folge hartnäckigen Lobbyings sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene, dass in den Medien zwar umfangreich über ergangene Urteile berichtet, deren tatsächliche Auswirkungen auf das Unionsrecht sowie die relevanten Problemkreise jedoch oftmals außen vor gelassen wurden. So waren es stets Artikel über den endgültigen Fall jedweder Monopole im Glücksspielbereich, die sich in den Medien verbreiteten und vor allem Vertretern des nach weitgehender Liberalisierung des Marktes strebenden Lagers neuen Aufwind bescherten.³⁵²

Der folgende Überblick über knapp zwei Jahrzehnte europarechtlicher Judikaturentwicklung soll den roten Faden sichtbar machen und die dahinterstehenden Überlegungen zum Ausdruck bringen. Es sei darauf hingewiesen, dass es sich nicht ausschließlich um Urteile den reinen Wettbereich betreffend handelt. Des besseren Verständnisses halber wird jedoch der Kreis der der Analyse zugrunde liegenden Entscheidungen ein wenig weiter gezogen.

Exkurs: Einordnung von sekundärem Unionsrecht in den Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung

Die bisherige Judikaturlinie zum Glücksspiel im Binnenmarkt ist nicht nur eine wichtige Richtschnur für den nationalen Gesetzgeber bei der Schaffung neuer Regelungssysteme bzw der Überarbeitung und „Reparatur“ bestehender Normen im Hinblick auf die Konformität mit dem Unionsrecht. Als Akte des sekundären Unionsrechts entfalten die Urteile des EuGH unmittelbare Wirkung für die, die sie bezeichnen. Ihnen wird zudem rechtsbildende Kraft bei-

³⁵¹ EuGH 3.10.2000, RS C-58/98, *Corsten*, Slg 2000, I-7919, Rn 35.

³⁵² Etwa *Die Presse* 24.10.2006; *Der Standard* 6.3.2007; *Der Standard* 8.5.2007.

gemessen.³⁵³ Zu untersuchen ist im Folgenden der Stellenwert der vom EuGH erlassenen Urteile im Gefüge des österreichischen Verfassungsrechts.

Ohne die Theorien der Reinen Rechtslehre bemühen zu wollen, ist Voraussetzung und Bedingung für das Zustandekommen einer Norm eine ihr übergeordnete Ermächtigungsnorm bzw. die Erfüllung deren Normerzeugungstatbestandes. Daraus ergibt sich ein hierarchischer Stufenbau verschiedener Ermächtigungsnormen und somit der Rechtsordnung.³⁵⁴

Seit der ersten Stunde des europäischen Integrationsprozesses gilt die Frage des Verhältnisses von nationalem und europäischem Recht als die wohl spannendste, zumal der Diskurs darüber – wenig überraschend – von zwei Sichtweisen dominiert wird, einer europäischen und einer mitgliedstaatlicher Prägung. Zweifelsohne hat Österreich beim EU-Beitritt im Jahr 1995 einen nicht unbeachtlichen Teil seiner nationalen Souveränität aufgegeben und auf ein supranationales Gebilde „sui generis“ übertragen, welches in seiner Ausgestaltung mit zuvor bestehenden völkerrechtlichen Zusammenschlüssen staatstheoretisch nicht vergleichbar ist. In rechtstechnischer Hinsicht erfolgte der Beitritt auf Grundlage des EU-BeitrittsBVG³⁵⁵ und nicht innerhalb des B-VG, was wie Öhlinger meint dazu führte, dass „(...) damit die vielbeachtete Zersplitterung des Bundesverfassungsrechts auf der obersten Stufe der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien fortgesetzt wurde.“³⁵⁶

Der EuGH urteilte bereits in den frühen 1960er Jahren in den Rechtssachen *van Gend en Loos*³⁵⁷ und der oben bereits erwähnten *Costa/ENEL*³⁵⁸, dass durch die Gründung der europäischen Gemeinschaften eine autonome Rechtsordnung geschaffen wurde, aus der letztlich der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht resultiert. Gemäß dieser Judikatur besteht dabei kein Vorbehalt zugunsten nationalen Verfassungsrechts, auch nicht hinsicht-

³⁵³ Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2000)⁹ Rz 246/5.

³⁵⁴ Lippold, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin: Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der allgemeinen Strafrechtslehre (1989) 56 f; Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2000)⁹ Rz 9. Hierbei handelt es sich um den Stufenbau der Rechtsordnung nach der rechtlichen Bedingtheit, davon zu unterscheiden ist jedoch der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft.

³⁵⁵ Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt zur Europäischen Union BGBl 1994/744.

³⁵⁶ Öhlinger in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999), EU-BeitrittsBVG 5.

³⁵⁷ EuGH 5.2.1963, RS 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg 1963,1.

³⁵⁸ EuGH 15.7.1964, RS 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1141.

lich nationaler verfassungsrechtlicher Grundprinzipien.³⁵⁹ Der VfGH hat in zahlreichen Urteilen³⁶⁰ den Vorrang unmittelbar anwendbaren Unionsrechts anerkannt, und seinerseits urteilt, dass widersprechende nationale Normen bei ihrer Verdrängung so zu behandeln sind, als ob sie nicht vorhanden wären.³⁶¹ Die hL³⁶² geht daher von einer Verdrängungswirkung in einer bloßen Nichtanwendung der konkurrierenden nationalen Bestimmung aus, eine (materielle) Derogation hätte hingegen eine Vernichtung der Bestimmung zur Folge. Die reine Verdrängung hingegen lasse die Anwendung der betreffenden Norm bei Wegfall bzw. Änderung der parallelen unionsrechtlichen Regelung zu. Der Anwendungsvorrang gelte sogar gegenüber nationalen *leges posteriores*³⁶³, unabhängig von deren Rang in der nationalen Rechtsordnung.³⁶⁴

Folgt man diesem schrankenlosen Anwendungsvorrang, so hätte dies einen umfassenden Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Verfassungsrecht zur Folge, welcher der Union einen bundesstaatlichen Charakter zusprechen würde, was einerseits von den vertragsschließenden Mitgliedsstaaten nicht intendiert war, andererseits auch ganz allgemein, sei es von der Lehre oder der Judikatur, abgelehnt wird. Unionsrecht wäre jedenfalls innerstaatlichem Recht übergeordnet, was in letzter Konsequenz selbst eine Verlagerung der Kompetenz-Kompetenz auf die Unionsebene bewirken würde.³⁶⁵

Wie andere Mitgliedsstaaten versuchte auch die österreichische Lehre diesem Problem durch die Schaffung einer Grenze der innerstaatlichen Geltung des Unionsrechts Herr zu werden. Die Rede ist von der Theorie der Integrationsschranken, welche die essentiellen Grundprinzipien der österreichischen Verfassung dem Regime des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs entzieht und auf diese Weise einen integrationsfesten Kern schafft.³⁶⁶

³⁵⁹ Griller, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273.

³⁶⁰ VfGH 1.10.2001, G24/01, VfSlg 16.193; VfGH 28.11.2003, KR1/00, VfSlg 17.065; ua.

³⁶¹ VfGH 1.3.2004, G110/03, VfSlg 17.150, VfGH 8.6.2005, G163/04, VfSlg 17.555.

³⁶² Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2000)⁹ Rz 246/11.

³⁶³ EuGH 9.3.1978, RS 106/77, *Simmenthal (II)*, Slg 1978, 629.

³⁶⁴ Bußjäger, Vorrang des Unionsrechts gegenüber individuellen Verwaltungsakten, *ecolx* 2000, 74.

³⁶⁵ Bußjäger/Heißl, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrationsschranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur des EuGH, *ÖJZ* 2008, 34.

³⁶⁶ Näher dazu Öhlinger, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union (1999) 179.

Dabei geht es zunächst um die Frage, welchen Rang das österreichische EU-BeitrittsBVG im Stufenbau der Rechtsordnung einnimmt. Als gesamtänderndes Verfassungsgesetz erlassen scheint es auf den ersten Blick leicht einordenbar zu sein. Ein Teil der Lehre³⁶⁷ untersuchte den Denkansatz, es handle sich dabei bereits um einen Teil des in Österreich geltenden Gemeinschaftsrechts ohne dabei jedoch Teil der österreichischen Rechtsordnung selbst zu sein. Diese Sichtweise leitete sich von der vom EuGH in den bereits angeführten Rechtssachen *van Gend en Los* und *Costa/ENEL* entwickelten Auffassung ab, das Unionsrecht gelte völlig autonom, ohne seinen Geltungsanspruch aus dem nationalen (Verfassungs-)Recht der Mitgliedsstaaten abzuleiten. Die These wurde aber schließlich verworfen. Die Gründe dafür lagen einerseits in der mangelnden verfassungsrechtlichen Handlungsermächtigung der tätig gewordenen Staatsorgane für eine solche der innerstaatlichen Verfassung völlig fremde Handlungsweise, andererseits in rein faktischen Gegebenheiten. So wurde das EU-BeitrittsBVG als Staatsvertrag iSd B-VG bezeichnet und im Bundesgesetzblatt ordnungsgemäß kundgemacht und dadurch Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung. Eine klare Aussage darüber, welcher innerstaatlicher Rang dem EU-BeitrittsBVG zuzumessen ist, lässt sich also nicht abschließend treffen, endet die Suche danach doch zwangsläufig beim Henne-Ei-Problem.

Für die Diskussion über die Existenz von Integrationsschranken wesentlich relevanter ist die Frage, ob dem EU-BeitrittsBVG solche immanent sind oder nicht. Das Gesetz selbst erwähnt diese nicht. Die Materialien³⁶⁸ deuten an, dass eine gesetzliche Verankerung von Integrationsschranken zwar politisch wünschenswert, aber aufgrund der Grundprinzipien des B-VG nicht erforderlich gewesen sei.³⁶⁹ Nach *Öhlinger*³⁷⁰ ergeben sich aus den Grundprinzipien, welche im Stufenbau der Rechtsordnung nach wie vor den höchsten und über dem Unionsrecht stehenden Rang einnehmen, die Integrationsschranken. *Griller*³⁷¹ ist der Ansicht, dass ein Stufenbaumodell nach der derogatorischen Kraft sinnvoller erscheint als jenes nach der rechtlichen Bedingtheit, da dieses zu sehr vom Theorienstreit abhängig ist. Hinsichtlich der Einordnung des EU-BeitrittsBVG verweist er auf den Gesetzestext selbst. „*Das EU-BeitrittsBVG verweist auf den Beitrittsvertrag, dessen Bestandteil auch die Beitrittsakte sind*“³⁷², zu wel-

³⁶⁷ Etwa *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht I (1997), Rz 17.062.

³⁶⁸ ErlRV 1546 BlgNR 18. Sess GP 6.

³⁶⁹ Siehe dazu auch *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrationsschranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur des EuGH, ÖJZ 2008, 34.

³⁷⁰ *Öhlinger* aaO.

³⁷¹ *Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273.

³⁷² *Griller* aaO.

chen nach der hL auch die Judikate des EuGH zählen. Er sieht daher die Grundprinzipien der Bundesverfassung immer noch an oberster Stelle, ist jedoch der Ansicht, dass diese den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechend modifiziert wurden, bejaht aber im Ergebnis das Vorliegen eines integrationsfesten Kerns.

ME ergäben sich Integrationsschranken bereits aus dem EUV selbst. Art 4 und 5 EUV bestimmen:

Artikel 4

(1) Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Artikel 5 bei den Mitgliedstaaten.

(2) Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten.

(3) Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.

Artikel 5

(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

(2) Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.

(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

(4) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus. Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an.

Bereits durch die Wortinterpretation ist daher zu erkennen, dass eine völlig schrankenlose Öffnung der nationalen Rechtsordnungen nicht intendiert war bzw durchgeführt wurde. Auch wenn man die Verträge aus dem Blickwinkel des Völkerrechts betrachtet und daher nach den Regeln der WKV³⁷³ interpretiert, so kommt man letztlich zum gleichen Ergebnis. Im Gegensatz zu Staatengemeinschaften bundesstaatlicher Prägung nimmt die nationale Identität der Mitgliedsstaaten in der Europäischen Union einen äußerst hohen Stellenwert ein, der diese letztlich zum einen (völker)rechtlichen Gebilde sui generis macht. Zu Recht merken daher *Bußjäger/Heißl* an, dass die autonome Rechtsordnung der Union in ihrer Weiterentwicklung an Schranken stößt, da eine schrankenlose Entfaltung nur in einem zentralistischen Superstaat denkbar wäre.³⁷⁴

ME wäre zu überlegen, ob eine völlige Öffnung der nationalen Rechtsordnung, vor allem aber der Grundprinzipien der Verfassung, welche wohl den Kern der nationalen Identität und Souveränität bilden, im Sinne einer gänzlichen Unterordnung unter ein vom Staat verschiedenes Gebilde bzw Rechtssubjekt nicht zum Untergang des Staates bzw dessen Aufgehen in jenem

³⁷³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBl 1980/40.

³⁷⁴ *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrationsschranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur des EuGH, ÖJZ 2008, 34.

Gebilde bedeuten würde, werden Staaten nach der klassischen völkerrechtlichen Definition doch durch die drei Kriterien *Volk*, *Gebiet* und *souveräne Regierung* beschrieben.³⁷⁵

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass die österreichische Bundesverfassung einen integrationsfesten Kern bestehend aus den europarechtlich modifizierten Grundprinzipien enthält, auf den der unionsrechtliche Anwendungsvorrang keine Anwendung findet.

Wenn dies für Akte des Primärrechts angenommen wird, so muss dies erst recht für Akte des Sekundärrechts und somit auch für die Judikate des EuGH gelten.³⁷⁶ Die Schranken werden dem jeweiligen Verfassungsrecht der Mitgliedsstaaten entsprechend zu ziehen sein.³⁷⁷

d.1. RS Schindler C-275/92

In der Rechtssache *Schindler*³⁷⁸ hatte sich der EuGH mit der Zulässigkeit grenzüberschreitenden Anbietens von Lotterien zu befassen. Es handelte sich um das erste Judikat auf europäischer Ebene, das sich mit dem Rechtsbereich Glücksspiel und dessen innerstaatlich normierten Beschränkungen auseinandersetzte.

Zum damaligen Zeitpunkt herrschte ein grundsätzliches Verbot von Lotterien und anderen Formen des Glücksspiels in allen Mitgliedstaaten, so auch im Vereinigten Königreich. Es gab jedoch in den meisten Mitgliedstaaten Ausnahmen von diesem Verbot in unterschiedlich starker Ausprägung. Dies wurde mit dem Erfordernis, Glücksspiele in gewissem Umfang zuzulassen, um einerseits dem Spieltrieb der Bürger entgegenzukommen, andererseits die Veranstaltung illegaler Glücksspiele zu unterbinden und auf diese Weise die potentiell drohende Kriminalität zu begrenzen, begründet. Des Weiteren stand in vielen Mitgliedstaaten eine karitative Komponente, nämlich den eingefahrenen Gewinn ganz oder teilweise gemeinnützigen Zwecken oder der Staatskasse zuzuwenden, im Vordergrund.³⁷⁹

³⁷⁵ Neuhold/Hummer/Schreuer (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004)⁴, Rz 670.

³⁷⁶ Ennöckl, Wenn Richter Unionsrecht aufheben: EU-Rechtsstaat kommt einen Schritt voran, Die Presse 15.11.2010.

³⁷⁷ Öhlinger in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999), EU-BeitrittsBVG 17.

³⁷⁸ EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039.

³⁷⁹ SchlA GA Gulmann, 16.12.1993, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039, Rn 1 ff.

Im gegenständlichen Ausgangssachverhalt unterschied sich der britische Lotteriemarkt im Jahr 1990 von jenem anderer Mitgliedstaaten vor allem dadurch, dass es im Vereinigten Königreich keine große, landesweite Lotterie gab, sondern ein allgemeines Verbot von Lotterieveranstaltungen galt, welches lediglich Ausnahmen zugunsten bestimmter kleiner örtlicher Lotterien vorsah, welche von Gemeinden oder Vereinigungen veranstaltet wurden und deren Gewinne sog „good causes“³⁸⁰ zufließen. Die Brüder Gerhart und Jörg Schindler übten die selbstständige Tätigkeit eines Bevollmächtigten der Süddeutschen Klassenlotterie (kurz: SKL) aus und versandten im Jahr 1990 von den Niederlanden aus 20.000 Briefe mit darin enthaltenen Aufforderungsschreiben zur Teilnahme an der 87. Ausspielung der SKL, Anmeldeformularen für die Teilnahme und vorgedruckten Rückumschlägen an Privatpersonen, die ihren Wohnsitz im Vereinigten Königreich hatten. Die britischen Zollbehörden beschlagnahmten in weitere Folge die Briefe mit dem Argument, es handle sich um einen Verstoß gegen das innerstaatliche Verbot von Lotterieveranstaltungen und erhoben Klage auf Feststellung der Rechtmäßigkeit gegen den von den Brüdern erhobenen Einspruch.³⁸¹ Der angerufene High Court of Justice, Queen's Bench Division, legte daraufhin die Sache dem EuGH vor.

Im Wesentlichen sollten die Fragen, ob es sich bei der Einfuhr von Werbematerial und Losen in einen Mitgliedstaat zu dem Zweck in diesem Mitgliedstaat wohnhafte Personen an einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie teilnehmen zu lassen um eine Dienstleistung oder eine Ware iSd EWG-Vertrages³⁸² handle, weiters ob nationale Beschränkungen dieser Tätigkeit einen Verstoß gegen eine der Grundfreiheiten darstellten und falls ja, ob diese gegebenenfalls gerechtfertigt seien, gantwortet werden.

Zur Frage der Qualifikation der Tätigkeit argumentierte eine Gruppe von Regierungen³⁸³ unter Verweis auf die in den Rechtssachen *Walrave*³⁸⁴ und *Dona*³⁸⁵ ergangenen Entscheidungen, dass der Vertrag lediglich auf wirtschaftliche Tätigkeiten anwendbar sei, das Veranstellen von

³⁸⁰ Anm: gemeinnützige Zwecke.

³⁸¹ SchlA GA *Gulmann*, aaO.

³⁸² Ursprünglich EWG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft), durch den Vertrag von Maastricht in EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) umbenannt. Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon (1.12.2009) nunmehr Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABl EG 2008 Nr C 115 S 47 mit neuer Nummerierung.

³⁸³ Belgien, Deutschland, Irland, Luxemburg und Portugal.

³⁸⁴ EuGH 12.12.1974, RS 36/74, *Walrave*, Slg 1974, 01405.

³⁸⁵ EuGH 14.7.1976, RS 13/76, *Dona*, Slg 1976, 1333.

Lotterien jedoch keine solche darstelle. Diese gehörten nicht zum Wirtschaftsleben iSd EWG-Vertrages, seien in den meisten Mitgliedstaaten verboten und würden nur aus Gründen des Allgemeininteresses von den Mitgliedstaaten selbst oder unter deren Kontrolle veranstaltet werden. Überdies könne man aufgrund der Zufallsabhängigkeit kein wirtschaftliches Leistungsverhältnis zugrunde legen. Eine andere Gruppe von Regierungen³⁸⁶ und die Kommission vertraten hingegen die Ansicht, es handle sich jedenfalls um Dienstleistungen, da die vom Veranstalter einer Lotterie erbrachte Leistung entgeltlich erfolge.³⁸⁷

Der Vollständigkeit halber darf die Argumentationslinie der Gebrüder Schindler erwähnt werden, welche die Meinung vertraten, es handle sich bei dem versandten Werbematerial und den Losen um Waren iSd Art 30 EWG-Vertrages, weshalb ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit geprüft werden müsse.

In seinem Urteil folgte der EuGH dem Schlussantrag des Generalanwalts *Gulmann* und stellte fest, dass es auch beim Versenden von Waren und deren Verteilung auf den dahinterstehenden Zweck ankommt. Es handle sich demnach bei Lotterien und den damit zusammenhängenden Tätigkeiten der Werbung und des Vertriebs von Losen um Dienstleistungen. Diese werden entgeltlich erbracht. Auch das grundsätzliche Verbot in den Mitgliedstaaten vermöge es vor allem vor dem Hintergrund, dass es sich schließlich um einen großen Wirtschaftszweig handle, ebenso wenig wie die innerstaatlichen Vorschriften über die Verwendung der Gewinne, den Lotterien ihren wirtschaftlichen Charakter zu nehmen. Gleiches gelte für die Zufallsabhängigkeit der vom Veranstalter zu erbringenden Gegenleistung.

Hinsichtlich der Frage, ob das durch nationale Vorschriften verhängte Verbot der Durchführung von Lotterien auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, war zwischen den meisten Mitgliedstaaten und der Kommission ein gewisser Grundtenor zu erblicken, dass es sich dabei jedenfalls um eine Beschränkung handle. Lediglich die belgische, die luxemburgische und die Regierung des Vereinigten Königreichs wandten ein, eine Beschränkung liege aufgrund der unterschiedslosen Geltung für innerstaatliche als auch grenzüberschreitende Sachverhalte nicht vor.

³⁸⁶ Spanien, Frankreich und das Vereinigte Königreich.

³⁸⁷ EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039, Rn 16 f; SchlA GA *Gulmann*, Rn 19 f.

Der Gerichtshof folgte auch in diesem Punkt im Wesentlichen dem Schlussantrag des Generalanwalts und sprach in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung³⁸⁸ aus, dass nationale Vorschriften wie die britischen Lotterievorschriften, die die Durchführung von Lotterien auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates verbieten, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellten, da eine solche selbst bei unterschiedsloser Geltung innerstaatlicher Rechtsvorschriften anzunehmen sei, wenn diese geeignet sind, die Tätigkeit eines Dienstleistenden, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.³⁸⁹ Daher handle es sich um keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.

Unter Bezugnahme auf die von den Mitgliedstaaten eingereichten Stellungnahmen urteilte der Gerichtshof weiter, dass dem Schutz der (vor allem innerstaatlichen) Allgemeinheit besonderes Augenmerk geschenkt werden müsse. Dabei müsse durch Miteinbeziehung von sittlichen, kulturellen und religiösen Erwägungen des einzelnen Mitgliedstaates Lotterien und andere Glücksspiele betreffend den soziokulturellen Besonderheiten der einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden. Die innerstaatlich normierten Beschränkungen dienten nicht zuletzt der Eindämmung des Glücksspiels und der damit einhergehenden Gefahr sozial schädlicher Folgen wie etwa Geldwäsche oder Betrug, welche mit der Höhe der Beträge, die eingenommen werden können, sowie der Gewinne erhöht werde. Dies rechtfertige ein weitgehendes Ermessen der Mitgliedstaaten, festzulegen, welche Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses und dem Schutz der Sozialordnung erforderlich seien.

Die britischen Rechtsvorschriften standen daher dem freien Dienstleistungsverkehr iSd EWG-Vertrages nicht entgegen, die Beschränkungen waren gerechtfertigt.

d.1.1.1. Resümee

Die österreichische Lehre reagierte auf das Urteil wenig überraschend. So sahen sich sowohl das Lager der Glücksspielmonopolgegner wie auch jenes der Monopolbefürworter durch das Urteil *Schindler* in ihrer jeweiligen Rechtsansicht bestätigt.³⁹⁰

³⁸⁸ EuGH 25.7.1991, RS C-76/90, *Säger*, Slg 1991, I-4221; ua.

³⁸⁹ EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039, Rn 43.

³⁹⁰ Vgl. *Griller/Reindl*, Die Unvereinbarkeit des Österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Europäischen Unionsrecht, ZfV 1998/3, 234; *Schwartz*, Glücksspielmonopol mit Ablaufdatum?, ecolex 1999, 582;

Zusammengefasst lässt sich im Wesentlichen festhalten, dass der EuGH das Veranstellen von Lotterien als entgeltliche Dienstleistungen iSd Unionsrechts qualifiziert hat³⁹¹ und somit überhaupt erst den Nährboden für eine unionsrechtliche Prüfung etwaiger Beschränkungen geschaffen hat. Er hat außerdem festgestellt, dass es notwendig ist, den Mitgliedstaaten einen ausreichenden Ermessensspielraum einzuräumen, Beschränkungen, die bis hin zu einem Totalverbot gehen können. Eine Rechtfertigung kann nach seiner Ansicht im Schutz der Sozialordnung, insbesondere dem Verbraucherschutz sowie der Kriminalitätsbekämpfung erblickt werden. Außerdem kommt der Zuwendung der Einnahmen zur Förderung kultureller und sozialer bzw. karitativer Zwecke besondere Bedeutung zu.

In den folgenden Jahren hat der Gerichtshof diese hier noch recht allgemein formulierten Grundsätze weiter konkretisiert und somit trotz bislang fehlender Harmonisierung ein regelrechtes Regime geschaffen. Hervorzuheben ist mE, dass der Gerichtshof keine Unterscheidung zwischen verschiedenen Formen des Glücksspiels trifft bzw. nicht darlegt, ob diese verschieden zu behandeln sind. Lediglich der Schlussantrag des Generalanwalts *Gulmann* nimmt auf einen von der Kommission veröffentlichten Bericht³⁹² Bezug, welcher auf einer Trennung zwischen Wette und Glücksspiel beruht. So wird Wette als Spiel definiert, bei dem Geld auf die Wahrscheinlichkeit des Ausgangs eines bestimmten Ereignisses gesetzt wird. Die Wette setze ein gewisses Maß an Einsicht in dem betreffenden Bereich voraus. Spiel hingegen sei eine Tätigkeit, bei der eine solche Einsicht fehle.³⁹³ Dies stellte einen ersten Anknüpfungspunkt auf der Suche einer unionsrechtlichen Definition der Wette dar.

d.2. RS Laarä C-124/97

In der Rechtssache *Läära*³⁹⁴ dehnte der EuGH die in der Rechtssache *Schindler* entwickelten Grundsätze auch auf Geldspielautomaten aus.

Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² (2006), § 3 Rz 1 ff; *Strejcek/Kühteubel* in *Strejcek/Hoscher/Eder*, Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001), 35 f; *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MuR 6/99, 360; *Wojnar* in *Strejcek* (Hrsg), Glücksspiele, Wetten und Internet (2006) 36; ua.

³⁹¹ *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 39.

³⁹² *Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union*, Gambling in the Single Market – A Study of the Current and Market Situation – an pan European community market review (1991).

³⁹³ Vgl dazu die von *Hoscher/Strejcek* vertretene Abgrenzungsmethode.

³⁹⁴ EuGH 21.9.1999, RS C-124/97, *Läära*, Slg 1999, I-06067.

Die damals geltende nationale Regelung³⁹⁵ statuierte, dass Glücksspiele nur mit behördlicher Erlaubnis und mit dem Ziel veranstaltet werden durften, Mittel für wohltätige oder andere gemeinnützige Zwecke im Sinne des genannten Gesetzes zu erlangen. Als Glücksspiele wurden im Gesetz neben dem Spielbankbetrieb auch Spiele an Geldspielautomaten oder anderen Spieleinrichtungen sowie Spiele definiert, bei denen der Spieler gegen einen Geldeinsatz Geld, Waren oder andere geldwerte Leistungen bzw in solche eintauschbare Jetons gewinnen kann.³⁹⁶ Eine weitere Bestimmung des erwähnten Gesetzes sah überdies die Möglichkeit vor, einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung das ausschließliche Recht zum Betrieb einer Spielbank sowie zum Aufstellen von Geldspielautomaten und anderen Spieleinrichtungen zu erteilen.³⁹⁷ Wer ohne die erforderliche Genehmigung Glücksspiele veranstaltete, dem drohten verwaltungs- sowie strafrechtliche Sanktionen.

Der finnischen Raha-automaatijhdistys³⁹⁸ (im Folgenden: RAY) wurde eine solche Genehmigung erteilt, nur sie war (ua) zum Aufstellen von Geldspielautomaten berechtigt.

Die Genesis des Ausgangsrechtsstreites gestaltete sich folgendermaßen:

Die britische Cotswold Microsystems Ltd (im Folgenden: CMS) übertrug der finnischen Oy Transatlantic Software Ltd (Im Folgenden: TAS) den Betrieb von Geldspielautomaten in Finnland. Es handelte sich dabei um „typische einarmige Banditen“, also Automaten, in denen mehrere Scheiben mit darauf abgebildeten Früchten und anderen Symbolen rotieren. Die Automaten selbst sollten im Eigentum der CMS verbleiben. Markku Juhani Läärä war Geschäftsführer der TAS und wurde als Verantwortlicher angeklagt, weil er ohne die erforderliche Erlaubnis Geldspielautomaten aufgestellt hatte. Er wurde verurteilt und erhob dagegen Rechtsmittel. Das zuständige Berufungsgericht setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor:

Zum einen wollte es wissen, ob die Rechtssache *Schindler* mit dem gegenständlichen Fall vergleichbar wäre und daher die dort entwickelten Grundsätze auch in diesem Fall zur An-

³⁹⁵ § 1 Abs 1 des Gesetzes Nr. 491 vom 1. September 1965 über Glücksspiele in der im entscheidungsrelevanten Zeitraum geltenden Fassung.

³⁹⁶ EuGH 24.3. 991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039, Rn 1 f.

³⁹⁷ § 3 leg cit.

³⁹⁸ Vereinigung für den Betrieb von Geldspielautomaten.

wendung kämen, zum anderen, ob die nationale finnische Regelung, welche ein Ausschließlichkeitsrecht gewährte, gegen Unionsrecht verstoßen würde.

Der grundlegende Unterschied zwischen den Rechtssachen *Schindler* und *Läärä* war, dass die britische Regelung, von den erwähnten Ausnahmen abgesehen, eine Tätigkeit untersagte, während die finnische Norm die Ausübung einer solchen von einer behördlichen Genehmigung abhängig machte.

Im Verfahren brachten Läärä, die TAS und die CMS vor, dass bei den Apparaten der Geschicklichkeitsaspekt im Vordergrund stehe und dass aufgrund der niedrigen Einsätze und Gewinne jedenfalls keine Ähnlichkeit mit dem der Rechtssache *Schindler* zugrunde liegenden Sachverhalt bestehe. Hinsichtlich einer Unionsrechtswidrigkeit brachten sie vor, dass eine solche vor allem deshalb bestehe, weil die am Allgemeininteresse orientierten Ziele, welche zur Rechtfertigung der bestehenden Regelung angeführt wurden, nicht verfolgt würden und überdies unverhältnismäßig seien, da diese Ziele auch durch gelindere Mittel erreicht werden könnten.

Der Gerichtshof schloss sich diesem Vorbringen nicht an sondern folgte der Ansicht der Mehrzahl der Mitgliedstaaten und der Kommission.³⁹⁹ Er qualifizierte den Feststellungen des Erstgerichts folgend jene Geldspielautomaten als Glücksspiele und führte neben den bereits im Urteil *Schindler* statuierten Grundsätzen hinsichtlich eines Verstoßes gegen das Unionsrecht aus, dass es sich sowohl um einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit als auch um einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit handeln könne.⁴⁰⁰ Allein der Umstand, dass die Automaten (Anm: Ware) zum Zwecke der Erbringung einer Dienstleistung eingeführt worden sind, könne diese den Vorschriften über den freien Warenverkehr nämlich nicht entziehen.⁴⁰¹ In Ermangelung weiterer Angaben durch das Erstgericht ging der Gerichtshof jedoch hierauf nicht weiter ein und prüfte einen Verstoß gegen Art 59 EGV⁴⁰².

³⁹⁹ Finnland, Belgien, Deutschland, Spanien, Irland, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden und das Vereinigte Königreich.

⁴⁰⁰ So auch SchlA GA *La Pergola*, 4.3.1999, RS C-124/97, *Läärä*, Slg 1999, I-06067, Rn 19.

⁴⁰¹ EuGH 23.10.1997, RS C-158/94, *Kommission/Italien*, Slg. 1997, I-5789, Rn 15 bis 20.

⁴⁰² Nunmehr Art 56 bis 62 AEUV.

Wie bereits in der Rechtssache *Schindler* ausgeführt, kam der EuGH auch hier zu dem Ergebnis, dass der Beurteilungsmaßstab, ob es notwendig ist, eine Tätigkeit im Rahmen der Verwirklichung eines angestrebten Zieles zu verbieten oder nur einzuschränken dem Ermessen der Mitgliedstaaten obliege. Das Schutzniveau sei von diesen unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen. Aus diesem Grund könne alleine der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit haben.⁴⁰³

Vor dem Hintergrund, dass der RAY als einzige Vereinigung die Erlaubnis erteilt worden war, Geldspielautomaten zu betreiben, diese eine Vereinigung öffentlichen Rechts war, deren Tätigkeit unter staatlicher Aufsicht ausgeübt wurde und sie den aus der Tätigkeit zu lukrierenden Nettoertrag an den Staat abzuführen hatte, erblickte der Gerichtshof in der gegenständlichen nationalen Vorschrift daher keinen Verstoß gegen Unionsrecht.

d.2.1.1. *Resümee*

Das in der Rechtssache *Läära* ergangene Urteil des EuGH stellt eine konsequente Fortsetzung der Rechtsprechung im Glücksspielbereich dar.⁴⁰⁴ Einziger Wermutstropfen bleibt mE, dass auf die interessante Frage der Abgrenzung zwischen Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit glücksspielrechtlichen Problemstellungen nicht näher eingegangen wurde.

d.3. RS Zenatti C-67/98

Die Rechtssache *Zenatti*⁴⁰⁵ war die erste Entscheidung des EuGH den Bereich der Sportwetten betreffend. Bemerkenswert ist neben der zeitlichen Nähe zur Rechtssache *Läära* vor allem die Weiterentwicklung der in den vorangegangenen Verfahren entwickelten Grundsätze. Dabei lassen sich eine zunehmende Konkretisierung und die Herausbildung eines eigenen, europarechtlichen Systems trotz fehlender Harmonisierung der Materie ausmachen.

⁴⁰³ EuGH 21.9.1999, RS C-124/97, *Läära*, Slg 1999, I-06067, Rn 36.

⁴⁰⁴ *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 39 f.

⁴⁰⁵ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289.

Im Wesentlichen ging es darum, ob eine italienische Norm, die einzelnen Unternehmen das Recht vorbehielt, Sportwetten zu veranstalten, unionsrechtskonform ist oder nicht. Bereits das vorlegende Gericht⁴⁰⁶ war der Auffassung, die im Urteil *Schindler* festgehaltenen Grundsätze wären analog auch auf die italienischen Vorschriften anwendbar, da es zum damaligen Zeitpunkt jedoch noch keine diesbezügliche Entscheidung eines Unionsgerichts gab, und es sich bei der durch das vorlegende Gericht zu fällenden Entscheidung um eine letztinstanzliche handelte, legte dieses gem Art 177 EGV⁴⁰⁷ die Frage zur Vorabentscheidung dem EuGH vor.

Zum Ausgangssachverhalt:

Der Italiener Diego Zenatti war als italienischer Mittelsmann der SSP Overseas Betting Limited (im Folgenden: Overseas), ein im Vereinigten Königreich amtlich zugelassener Buchmacher mit Sitz in London, seit März 1997 tätig. Seine Funktion war es, von italienischen Kunden von Overseas ausgefüllte Formulare (Anm: Wettscheine) sowie eine Fotokopie der von diesen getätigten Banküberweisungen (Anm: Wetteinsatz) per Fax oder Internet an die Zentrale nach London zu schicken bzw von dieser an die Kunden gesendete Faxbriefe an diese weiterzuleiten.⁴⁰⁸

Die im entscheidungsrelevanten Zeitraum anzuwendende italienische Rechtslage gestattete die Möglichkeit, für den Abschluss von Wetten „*bei Rennen, Regatten, Ballspiele(n) oder ähnlichen Wettkämpfen, sofern der Abschluss der Wetten eine notwendige Voraussetzung für die zweckentsprechende Durchführung des Wettkampfs ist*“⁴⁰⁹ eine Genehmigung zu erteilen. Die italienische Regierung führte dazu aus, dass dies bei Wetten angenommen wird, bei denen das Sportereignis unter Kontrolle des Comitato olimpico nazionale italiano⁴¹⁰ durchgeführt wird, sowie bei von der Unione nazionale incremento razze equine⁴¹¹ organisierten bzw vermittelten Pferderennen. Die daraus erzielten Erlöse dienten der „*Entwicklung sportlicher Aktivitäten durch Investitionen in die Infrastruktur im Bereich des Sports, insbesondere in den ärmsten Regionen und in den Außenbezirken der großen Städte ...*“, sowie der Unterstützung

⁴⁰⁶ Consiglio di Stato.

⁴⁰⁷ Nunmehr Art 267 AEUV.

⁴⁰⁸ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 6.

⁴⁰⁹ Art 88 des Königlichen Dekrets Nr. 773 vom 18.06.1931 über die Annahme der kodifizierten Fassung der Gesetze über die öffentliche Sicherheit.

⁴¹⁰ Nationales olympisches Komitee.

⁴¹¹ Nationaler Verband zur Verbesserung der Pferderassen.

des Pferdesports und der Pferdezucht.⁴¹² Die Lizenzen wurden nach einem Ausschreibungsverfahren und der Bezahlung der Lizenzgebühr vergeben. Das italienische Strafgesetzbuch⁴¹³ sowie eine verwaltungsstrafrechtliche Norm⁴¹⁴ sahen Sanktionen für das lizenzlose Veranstalten von Spielen und Wetten, für die eine solche Lizenz erforderlich war, vor.

Zenatti brachte zur analogen Anwendung der in der Rechtssache *Schindler* aufgestellten Grundsätze vor, dass die Annahme von Wetten über Sportereignisse nicht mit dem Veranstalten von Lotterien vergleichbar sei, da Wetten keine reinen Glücksspiele seien, sondern Spiele, bei denen der Wettende das Ergebnis mit seiner Geschicklichkeit bestimmen könne. Außerdem sei der bloße Verweis auf sozialpolitische Zwecke und Betrugsbekämpfung ohne dies näher zu konkretisieren nicht ausreichend, einen derartigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen.⁴¹⁵

Der Gerichtshof setzte sich daraufhin intensiv mit der Qualifikation von Wetten über Sportwettkämpfe (in der im konkreten Fall veranstalteten Form) auseinander und kam zum Ergebnis, dass es sich bei diesen zwar nicht um Glücksspiele handle, diese jedoch wie solche zu behandeln seien. Er begründete dies vor allem mit der Höhe der Einsätze und den möglichen Gewinnen bzw. Verlusten und den daraus resultierenden Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten sowie den potentiell schädlichen persönlichen und sozialen Folgen. Die im Ausgangsverfahren streitigen Wetten waren daher mit den in der Rechtssache *Schindler* behandelten Lotterien vergleichbar.⁴¹⁶

Dennoch, und hier ist die Ähnlichkeit zur Rechtssache *Läärä* deutlich zu erkennen, unterscheide sich der nationale rechtliche Rahmen von jenem der Rechtssache *Schindler* dadurch, dass im vorliegenden Fall nationale Rechtsvorschriften eine Tätigkeit nicht völlig verbieten, sondern sie bestimmten Einrichtungen vorbehalten. Ein weiterer Unterschied bestünde in dem Umstand, dass Zenatti lediglich als Mittelsmann von Overseas tätig wurde und somit auch die Niederlassungsfreiheit berührt sein könnte. Da sich das vorlegende Gericht in seiner Frage-

⁴¹² EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 4.

⁴¹³ Art 718 Codice penale.

⁴¹⁴ Art 4 des Gesetzes Nr 401 vom 13. 12. 1989.

⁴¹⁵ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 13.

⁴¹⁶ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 18 f.

stellung jedoch lediglich auf die Dienstleistungsfreiheit bezogen hatte, beschränkte sich der Gerichtshof in seiner Prüfung auf Art 177 EGV.

Zur Frage der Rechtfertigung der Beschränkung führte er seiner bisherigen Rechtsprechung folgend⁴¹⁷ aus, dass es aus Gründen des Allgemeininteresses zulässig sei, die Erlaubnis des Glücksspiels durch Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten zugunsten bestimmter Einrichtungen zu begrenzen. Voraussetzung müsse jedoch sein, dass diese am Allgemeinwohl orientierten Regelungen tatsächlich geeignet sind, den Spieltrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken hinsichtlich Betrug und anderer Straftaten auszuschalten und die Gewinne gemeinnützigen Zwecken zuzuführen. Fiskalische Interessen dürften hierbei jedoch nur „*eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik*“ sein.⁴¹⁸

Weiters entschied der Gerichtshof, dass die Überprüfung, ob nationale Rechtsvorschriften angesichts ihrer „*konkreten Anwendungsmodalitäten*“ wirklich Zielen dienen, mit denen diese gerechtfertigt werden können, und ob diese verhältnismäßig seien, den nationalen Gerichten obliege.⁴¹⁹

d.3.1.1. Resümee

Die Zenatti-Entscheidung war im Hinblick auf die erst kurz davor ergangene Entscheidung in der Rechtssache *Läärä* nicht überraschend. Interessant war vor allem, weil dadurch die Diskussion über die Zulässigkeit nationaler Glücksspielmonopole einen neuen Aspekt bekam, war die Aussage über die Rolle nationaler fiskalischer Interessen. So wurde die Regelung des Glücksspielbereichs der Willkür der staatlichen Stellen entzogen.⁴²⁰ Mayer⁴²¹ erblickte in der Zuweisung der Verhältnismäßigkeitsprüfung an die nationalen Gerichte den Beweis dafür, dass sich der EuGH im Glücksspielbereich auf eine bloße Exzesskontrolle beschränken will.

⁴¹⁷ Eder/Hoscher, Rahmenbedingungen des Glücksspiels in Österreich, in *Strejcek/Hoscher/Eder*, Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001) 21.

⁴¹⁸ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 36.

⁴¹⁹ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 37.

⁴²⁰ *Siara*, Sportwetten aus der Sicht privater Fernsehveranstalter. Zur Rechtslage in Deutschland, MR-Int 2005, 111.

⁴²¹ Mayer, Das Glücksspiel im Spannungsfeld zwischen staatlicher Ordnungspolitik und Marktfreiheit, *ecolex* 2000, 243.

Ein aus meiner Sicht bemerkenswerter Aspekt ist die Unterscheidung des Gerichtshofs zwischen reinen Glücksspielen einerseits und Wetten andererseits. Obwohl, zumindest in dieser Entscheidung, die Rechtsfolgen dieselben waren, hinterlässt eine begriffliche Trennung dennoch Spielraum und Nährboden für weitere Differenzierungen. Ebenso gestaltet es sich bei der Frage der Auslegung anderer Grundfreiheiten, insbesondere den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit und das Wettbewerbsrecht.⁴²²

d.4. RS Anomar C-6/01

In der Rechtssache *Anomar*⁴²³ setzte sich der EuGH mit der Frage auseinander, ob das portugiesische Glücksspielmonopol im Zusammenhang mit Spielautomaten mit dem Unionsrecht vereinbar sei.⁴²⁴ Er hielt dabei an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, weshalb nicht auf alle Elemente des Urteils näher eingegangen werden soll, traf jedoch darüber hinaus einige weitere grundlegende Aussagen.

Im portugiesischen Ausgangsverfahren beehrten die Klägerinnen, die Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) sowie acht weitere portugiesische Handelsgesellschaften, die Feststellung, dass einige portugiesische Rechtsvorschriften⁴²⁵ unionsrechtswidrig seien und daher außer Kraft zu setzen seien. Es handelte sich dabei um Vorschriften, welche einerseits dem Staat das Recht vorbehielten, Glücksspiele zu veranstalten, diesem jedoch die Möglichkeit einräumten, dieses Recht durch verwaltungsrechtlichen Konzessionsvertrag an Dritte weiterzugeben, und andererseits die Veranstaltung von und die Teilnahme an nicht genehmigten Glücks- oder Geldspielen sowie deren Mischformen unter Strafe stellten.

Nach Abwägung, ob die Prüfung mangels grenzüberschreitendem Sachverhalt überhaupt möglich sei⁴²⁶, urteilte der Gerichtshof wie folgt:

⁴²² *Wohlfahrt*, Der Zweck heiligt nicht immer die Mittel, *ecolex* 2000, 166.

⁴²³ EuGH 11.9.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621.

⁴²⁴ *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 40.

⁴²⁵ Art 1, 3 Abs 1 und 2, 4 Abs 1 lit f und g sowie Art 108, 110, 111 und 115 des Decreto-Lei Nr 422/89.

⁴²⁶ EuGH 11.9.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621, Rz 35 ff, SchlA GA *Tizzano*, 11.2.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621, Rn 20 ff.

Er stellte zunächst erneut⁴²⁷ klar, dass Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit iSd Art 2 EGV⁴²⁸ darstellten. Des Weiteren machte er erstmals konkrete Aussagen zu Verstößen gegen die Warenverkehrsfreiheit⁴²⁹ im Zusammenhang mit Glücksspielen. Er differenzierte dabei zwischen dem Betrieb von Glücksspielautomaten und deren Herstellung, Einfuhr und Vertrieb. Demnach sei der Betrieb solcher jedenfalls getrennt von Tätigkeiten wie der Herstellung, der Einfuhr und dem Vertrieb zu beurteilen und als Dienstleistung zu qualifizieren. Aus diesem Grund könne ein Monopol für die Veranstaltung von Glücksspielen auch nicht in den Anwendungsbereich des Art 31 EGV⁴³⁰ fallen. Die zu beurteilenden portugiesischen Vorschriften stünden dem Unionsrecht daher nicht entgegen.⁴³¹

d.4.1.1. Resümee

Durch die bereits von Generalanwalt Tizzano in seinem Schlussantrag betonte Ähnlichkeit des Sachverhalts zu jenem der Rechtssache *Läärä* war ein mit seiner bisherigen Rechtsprechung konformes Urteil des Gerichtshofs zu erwarten.⁴³² Erwähnenswert war allenfalls die deutliche Abgrenzung zwischen der Dienstleistungs- und der Warenverkehrsfreiheit mit all den dadurch bedingten Rechtsfolgen.

d.5. RS Gambelli C-243/01

In der Rechtssache *Gambelli*⁴³³ hatte sich der EuGH neuerlich mit Sportwetten auseinanderzusetzen. Es handelte sich wieder um einen italienischen Ausgangssachverhalt, seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Zenatti*⁴³⁴ waren vier Jahre vergangen, eine der bereits damals zu prüfenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften war in der Zwischenzeit novelliert und verschärft worden. Trotz des auf den ersten Blick ähnlichen Sachverhalts, ging es jedoch diesmal um eine andere Dimension der Problematik, da einerseits strafrechtliche, innerstaatliche

⁴²⁷ Vgl RS Schindler.

⁴²⁸ Nunmehr Art 3 EUV.

⁴²⁹ Art 28 ff AEUV, davor Art 23 ff EGV.

⁴³⁰ Nunmehr Art 37 AUEV.

⁴³¹ EuGH 11.9.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621, Rn 75.

⁴³² Vgl SchlA GA Tizzano, 11.2.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621, Rn 70.

⁴³³ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031.

⁴³⁴ Siehe oben.

Rechtsvorschriften zur Anwendung gelangten, welche auf ihre Verhältnismäßigkeit im Vergleich zu gelinderen Mitteln zu prüfen waren, andererseits wurde im Gegensatz zur bisherigen Judikatur erstmals auch ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit einer näheren Betrachtung unterzogen.⁴³⁵

Der Ausgangssachverhalt gestaltete sich wie folgt:

In Italien bestand ein großflächiges Netz privater Agenturen, welche mit dem britischen Buchmacher Stanley International Betting Ltd (im Folgenden: Stanley) in Geschäftsbeziehung standen. Stanley war eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Liverpool und verfügte über eine Lizenz der Stadt Liverpool gemäß dem Betting, Gaming and Lotteries Act⁴³⁶ zur Ausübung der Buchmachertätigkeit im Vereinigten Königreich sowie im Ausland.

Stanley bot europaweit ein Vielzahl von Wetten mit feststehenden Quoten über nationale, europäische und internationale Sportwettkämpfe an, die Kunden hatten die Möglichkeit, Wetten unter Zuhilfenahme elektronischer Kommunikationsmittel wie Telefon, Fax und Internet in Echtzeit zu platzieren, Stanley organisierte und verwaltete diese. Der Generalanwalt fasste dieses Prozedere in seinen Schlussanträgen zusammen: *„Der Spieler teilt dem Inhaber der Agentur mit, auf welche Spiele er setzen möchte, und gibt den beabsichtigten Einsatz an. Der Inhaber übermittelt dem britischen Buchmacher über das Internet einen Antrag auf Annahme der Wette und gibt die fraglichen Fußballspiele und die zu tätigenden Wetteinsätze an. Der Buchmacher übermittelt über das Internet unverzüglich (wörtlich: „in Echtzeit“) die Bestätigung der Annahme der Wette. Dem Spieler wird diese Bestätigung übermittelt, woraufhin er den geschuldeten Betrag zahlt, der dann an den britischen Buchmacher auf ein spezielles ausländisches Konto weitergeleitet wird.“*⁴³⁷

In Italien galten im entscheidungsrelevanten Zeitraum drei Rechtsvorschriften, welche einerseits ein Wettmonopol errichteten und andererseits dieses durch flankierende Strafbestimmungen schützten. So konnte gem Art 88 des Regio Decreto Nr 773⁴³⁸ *„keine Genehmigung für das Sammeln von Wetten erteilt werden, es sei denn für Wetten bei Rennen, Regatten,*

⁴³⁵ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, SchlA GA Alber, 13.3.2003, Rn 1.

⁴³⁶ Gesetz über das Wetten, Glücksspiel und Lotterien.

⁴³⁷ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, SchlA GA Alber, 13.3.2003, Rn 8.

⁴³⁸ Regio Decreto Nr 773, Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (Königliches Dekret Nr 773, Testo Unico der Gesetze auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit) vom 18. Juni 1931, GURI Nr 146 vom 26.6.1931.

*Ballspielen oder ähnlichen Wettkämpfen, sofern das Sammeln der Wetten eine notwendige Voraussetzung für einen zweckdienlichen Ablauf des Wettkampfs darstellt.*⁴³⁹ Diese Genehmigung konnte gem dem Legge Finanziaria⁴⁴⁰ nur Konzessionären oder anderen dazu vom Staat Ermächtigten erteilt werden. Daneben stellten die Bestimmungen einer weiteren Rechtsvorschrift⁴⁴¹ sowohl das Veranstellen von, die Werbung für sowie die Teilnahme an widerrechtlichen Wetten (und Lotterien) unter Strafe.⁴⁴²

Gegen Gambelli und über hundert andere Inhaber oben geschilderter Agenturen wurden Strafverfahren eröffnet und in deren Rahmen Beschlagnahmungen, Personendurchsuchungen sowie Durchsuchungen von Agenturen, Fahrzeugen und Wohnungen durch Beschluss angeordnet. Über einen Beschuldigten, ein Verwaltungsratsmitglied von Stanley, Garrisi, wurde sogar die Untersuchungshaft verhängt.⁴⁴³ Gegen diesen Beschlagnahmebeschluss richtete sich das angestrebte Verfahren beim Tribunale Ascoli Piceno, welches die Frage, ob die genannten Bestimmungen mit der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar seien, dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegte.

Wie bereits in der zuvor ergangenen Rechtsprechung⁴⁴⁴ urteilte der Gerichtshof erneut, dass es Sache der nationalen Gerichte sei, etwaige Verstöße gegen das Unionsrecht zu prüfen.⁴⁴⁵ Neben den bereits aufgestellten Grundsätzen, gab er jedoch zu bedenken, dass die die Niederlassungsfreiheit beschränkenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften nur dann gerechtfertigt seien, wenn diese im Hinblick auf das von den Mitgliedstaaten angestrebte Ziel der Betrugs- und Kriminalitätsbekämpfung angesichts der angewandten Anwendungsmodalitäten zu diesem nicht außer Verhältnis stehen.⁴⁴⁶

⁴³⁹ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 7.

⁴⁴⁰ Legge Finanziaria Nr 388 (Finanzgesetz Nr. 388) vom 23. Dezember 2000 (Supplemento ordinario des GURI vom 29. Dezember 2000).

⁴⁴¹ Art 4, 4a und 4b des Gesetzes Nr 401 vom 13. September 1989 über Interventionen auf dem Gebiet des heimlichen Spiels und der heimlichen Wetten und zum Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs sportlicher Wettkämpfe, GURI Nr 294 vom 18. Dezember 1989, idF des Gesetzes Nr 388/00. Durch das Gesetz Nr 388/00 wurden die Artikel 4a und 4b in das Gesetz Nr. 401/89 eingefügt.

⁴⁴² EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 8 f.

⁴⁴³ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 16.

⁴⁴⁴ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 37.

⁴⁴⁵ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 66, 75.

⁴⁴⁶ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 74 f.

Allgemein führte er weiter aus, dass Beschränkungen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit nicht aus rein fiskalischen Gründen gerechtfertigt seien. Die Rechtsvorschriften müssen zudem geeignet sein, die Verwirklichung der von ihnen verfolgten Ziele zu gewährleisten und *kohärent* und *systematisch* zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen.⁴⁴⁷

d.5.1.1. Resümee

Das Gambelli-Urteil war mit großer Spannung erwartet worden und kurz nach der Veröffentlichung sowohl von Monopolgegnern als auch von Monopolverteidigern zur Untermauerung des jeweiligen Standpunktes herangezogen. So interpretierte etwa *Bresich*⁴⁴⁸, dass das Urteil sogar ausdrücklich finanzpolitische Erwägungen im Zusammenhang mit Glücksspielmonopolen erlaube. Auch wenn eine derartige Interpretation durchaus noch vom Wortlaut des Urteils gedeckt wäre, so halte ich diese Aussage doch für ein wenig überschießend, ist doch Grundtenor des Urteils eine einschränkte Betrachtung nationaler Monopole, welche aus europarechtlicher Sicht die Ausnahme bilden sollten und nur in sehr engen Grenzen für zulässig erachtet werden.

Neu war auch der die bisherige Rechtsprechung konkretisierende Terminus der „*kohärenten* und *systematischen* Eindämmung des Glücksspiels“. Vor dem Hintergrund, dass Italien auf der einen Seite selbst den Ausbau des Angebots etwa mittels Werbung forcierte, um Steuereinnahmen zu erhöhen, auf der anderen Seite jedoch eine äußerst restriktive Politik zumindest dem Gerichtshof gegenüber gerade damit zu rechtfertigen suchte, ganz im Sinne der europäischen Rechtsprechung Gründe des Allgemeinwohls und der sozialen Ordnung in den Vordergrund zu stellen, wirkte das italienische System mE unionswidrig. In diesem Zusammenhang müssen schließlich die vom vorlegenden Gericht ins Treffen geführten Vorarbeiten zum Gesetz Nr. 388/00 erwähnt werden, welche darlegten, dass der italienische Staat sowohl eine Politik der starken Ausweitung des Spielens und Wettens zum Zweck der Einnahmenerzielung⁴⁴⁹ verfolgte als auch die zu prüfenden Strafbestimmungen eingeführt hat, um eine Gruppe privater Unternehmer, die sog „Sporttotoannehmer“ zu schützen, wobei die zum damalige

⁴⁴⁷ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 67.

⁴⁴⁸ *Bresich*, Gambelli einfach erklärt, <http://zfg.univie.ac.at/2/Texte/127.htm> (8.12.2010).

⁴⁴⁹ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 68.

Zeitpunkt drohende Gefahr von Wetten bei ausländischen Wirtschaftsteilnehmern im Vergleich zum nationalen Markt für Spiele „marginal“ war.⁴⁵⁰

*Siara*⁴⁵¹ weist überdies daraufhin, dass der im Urteil verwendete Terminus „Behörden eines Mitgliedsstaates“⁴⁵² ein Hinweis darauf sei, dass es für die Beurteilung des möglichen Unionsrechtsverstoßes nicht nur auf den Gesetzgeber, also auf den Inhalt der zu prüfenden Norm, sondern insbesondere auch auf das konkrete Handeln der Verwaltung ankommt. Somit ging der EuGH davon ab, bloße Rahmenvorgaben aufzustellen, sondern statuierte erstmals konkrete Verhaltensmaßstäbe.

d.5.1.2. Exkurs: Die Antwort des Corte suprema di cassazione⁴⁵³

In den Schlussanträgen⁴⁵⁴ des Generalanwalts *Colomer* in der Rechtssache *Placanica*⁴⁵⁵ schildert dieser in seiner Einleitung die innerstaatlichen Konsequenzen, welche der Oberste Kassationsgerichtshof infolge des Urteils in der Rechtssache *Gambelli* gezogen hatte. Wenige Monate nach dem Erlass des Urteils hatte der Oberste Kassationsgerichtshof über ein von der Staatsanwaltschaft eingelegtes Rechtsmittel gegen die Aufhebung eines Beschlagnahmebeschlusses durch das Tribunale Prato in einem Strafverfahren zu entscheiden.⁴⁵⁶ Dies mit der Begründung, dass die nationale Regelung nicht gerechtfertigt gewesen sei, da sie erstens keine Garantie für den Schutz der öffentlichen Ordnung geboten habe und die Zahl der Wetten und der Spielmöglichkeiten erweitert worden sei, sie zweitens nicht auf eine Erhöhung der öffentlichen Sicherheit gerichtet gewesen sei und drittens allein das finanzielle Interesse des Staates die Beschränkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten bestimmt habe.⁴⁵⁷

Der Oberste Kassationsgerichtshof urteilte hingegen, dass die betreffenden Rechtsvorschriften, es handelte sich dabei um jene, welche im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens in

⁴⁵⁰ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, SchlA GA Alber, 13.3.2003, Rn16 f.

⁴⁵¹ *Siara*, Sportwetten aus der Sicht privater Fernsehveranstalter. Zur Rechtslage in Deutschland, MR-Int 2005, 111.

⁴⁵² EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 69.

⁴⁵³ Der Oberste Kassationsgerichtshof ist das höchste Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit Italiens.

⁴⁵⁴ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 62, SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rz 35 ff.

⁴⁵⁵ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 62.

⁴⁵⁶ Urteil Nr 111/04 vom 26. 04. 2004 (Gesualdi).

⁴⁵⁷ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 62, SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rn 21.

der Rechtssache *Gambelli* geprüft worden waren, mit den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar seien. Er begründete dies damit, dass die vom italienischen Gesetzgeber über Jahre hinweg praktizierte Expansionspolitik zur Steigerung der Staatseinnahmen den Zwecken der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gehorche, da sie Angebot und Nachfrage in kontrollierbare Bahnen lenke.

Vor dem Hintergrund der erst kürzlich zuvor durch den EuGH abgesteckten Grenzen der Zulässigkeit nationaler Monopole als Ausnahmen in besonders gerechtfertigten Fällen, mutet die Entscheidung des Obersten Kassationsgerichtshofs doch ein wenig befremdend an. Vielleicht oder gerade deshalb folgte nur vier Monate später das nächste Vorabentscheidungsersuchen eines italienischen Gerichts.⁴⁵⁸

d.6. RS Placanica C-338/04

In den verbundenen Rechtssachen *Placanica*⁴⁵⁹, *Palazzese*⁴⁶⁰ und *Sorricchio*⁴⁶¹ musste sich der EuGH abermals mit dem italienischen Wettmonopol auseinandersetzen. In erster Linie ging es um die Frage, ob die Verhängung einer gerichtlichen Strafe für das Sammeln und Übermitteln von Wetten von Italien nach Großbritannien gegen die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit verstößt.⁴⁶² Auslöser dafür, dass es überhaupt zur Vorlage durch zwei italienische Gerichte kam, war die kurz nach Veröffentlichung des in der Rechtssache *Gambelli* ergangenen Urteils erlassene Entscheidung des Obersten Kassationsgerichts⁴⁶³, welcher (auch in Italien) die breite Zustimmung versagt blieb.

Da die Rechtssachen der Ähnlichkeit der ihr zugrunde liegenden Rechtsfragen halber verbunden wurden und im Wesentlichen jenem Ausgangssachverhalt in der Rechtssache *Gambelli* stark ähneln, darf, um Wiederholungen zu vermeiden, im Folgenden auf diese verwiesen und lediglich durch einige Anmerkungen ergänzt werden.

⁴⁵⁸ Und zwar am 6. und 18.8.2004 in der Rechtssache *Placanica*.

⁴⁵⁹ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 62.

⁴⁶⁰ RS C-359/04.

⁴⁶¹ RS C-360/04.

⁴⁶² *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 41 f.

⁴⁶³ Siehe oben.

Wie bereits erwähnt, sah das Italienische System vor, dass einerseits eine Konzession, andererseits eine polizeiliche Genehmigung erforderlich war, um Wetten auf Sportereignisse veranstalten zu dürfen. Bis zum Jahr 2002 waren die CONI und die UNIRE für die Erteilung von Konzessionen zuständig, danach wurden diese Befugnisse auf die Amministrazione Autonoma di Monopoli di Stato⁴⁶⁴ übertragen. Bis zum Finanzgesetz 2003⁴⁶⁵ war es den meisten Kapitalgesellschaften aufgrund ihrer intransparenten Eigentümerstruktur nicht möglich, eine Konzession zu erhalten. Die polizeilichen Genehmigungen konnten einerseits nur Konzessionären oder anderen von staatlicher Stelle Ermächtigten erteilt werden, andererseits bestand ein Versagungsgrund darin, wenn der Antragsteller ua wegen bestimmter Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über das Glücksspiel verurteilt worden war. Die genannten Konzessionen wurden im Jahr 1999 für sechs Jahre vergeben, mit Verlängerungsmöglichkeit auf weitere sechs Jahre. Aufgrund der Gesellschaftsform und Eigentümerstruktur war es dem britischen Unternehmen Stanley International Betting Ltd nicht möglich, eine Konzession zu erhalten.⁴⁶⁶

In den Ausgangsverfahren ging es wiederum um strafrechtliche Sanktionen gegen Personen, welche im Auftrag Stanleys in Italien sog Datenübertragungszentren betrieben und auf diese Weise die Wettteilnahme von Italien aus ermöglichten. Gegen Massimiliano Placanica wurde vor dem Tribunale di Larino ein Strafverfahren eingeleitet, gegen Christian Palazesse und Angelo Sorrichio wurden Beschlagnahmen von Geräten und Räumlichkeiten durchgeführt, wogegen diese vor dem Tribunale di Teramo Klage erhoben. Die zu prüfende Rechtsvorschrift war dieselbe wie in der Rechtssache *Gambelli*.

Obwohl beide vorlegenden Gerichte um eine Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit ersuchten, so verfolgten sie doch unterschiedliche Ansätze. Das Tribunale di Larino stimmte mit der Anwendung der im *Gambelli*-Urteil aufgestellten Grundsätze durch die Corte suprema di cassazione nicht überein, da es der Meinung war, dass die staatliche Regelung weder das Ziel der Kontrolle der öffentlichen Ordnung verfolgte, noch die Benachteiligung von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten vermied.⁴⁶⁷ Das Tribunale di Teramo hingegen legte den Schwerpunkt auf

⁴⁶⁴ Autonome Verwaltung der Staatsmonopole.

⁴⁶⁵ Art 22 Abs 11 des Gesetzes Nr 289 vom 27.12.2002 (GURI Nr 305 vom 31.12.2002, Supplemento ordinario).

⁴⁶⁶ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 19 ff.

⁴⁶⁷ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 62; SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rn 58.

jene Umstände, die entscheidend dafür waren, dass Stanley, in dessen Auftrag und auf dessen Rechnung Palazzese und Sorrichio gehandelt hatten, bis zum Ablauf der 1999 erteilten Lizenzen keine Zulassung erhalten konnten. Seiner Ansicht nach stellte diese zeitliche Beschränkung eine, wenn auch temporäre, Beschränkung der unionsrechtlich garantierten Grundfreiheiten dar.⁴⁶⁸

Der Gerichtshof stellte abermals fest, dass sowohl ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit als auch gegen die Dienstleistungsfreiheit vorliege⁴⁶⁹ und führte seiner bisherigen Rechtsprechung folgend zu einer möglichen Rechtfertigung aus, dass bei den Zielen, die derartige Hemmnisse rechtfertigen könnten, zwischen jenem Ziel, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern und jenem, dadurch Straftaten vorzubeugen, indem die in diesem Sektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer einer Kontrolle unterworfen und Glücksspieltätigkeiten in geregelte Bahnen gelenkt werden, unterschieden werden müsse. Hinsichtlich des erstgenannten Ziels und unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache *Gambelli* stellte der Gerichtshof fest, dass Beschränkungen der Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer zwar grundsätzlich gerechtfertigt sein könnten, jedoch auch tatsächlich geeignet sein müssten, die Gelegenheiten zum Spiel kohärent und systematisch zu begrenzen.⁴⁷⁰ Hinsichtlich des zweitgenannten Zieles führte der Gerichtshof aus, dass ein Konzessionssystem ein wirksamer Mechanismus sein könne, um die im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer mit dem Ziel zu kontrollieren, der Ausnutzung dieser Tätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen⁴⁷¹. In diesem Zusammenhang weist er auch darauf hin, dass eine Politik der kontrollierten Expansion verbunden mit einem gewissen Werbeumfang und dem Einsatz neuer Vertriebstechiken mit dem Ziel im Einklang stehen könne, Spieler, welche bislang verbotenen, geheimen Spiel- und Wetttätigkeiten nachgegangen sind, in die Legalität zu überzuführen.⁴⁷²

Im Zusammenhang mit der Ausschreibung der Konzessionen wies der Gerichtshof darauf hin, dass einerseits andere Möglichkeiten existierten, um jene Wirtschaftsteilnehmer, deren Anteilseigner nicht jederzeit feststellbar seien, einer effizienten Kontrolle im Hinblick auf ihre

⁴⁶⁸ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 62; SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rn 59.

⁴⁶⁹ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 42.

⁴⁷⁰ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 53; vgl idZ auch RS *Zenatti* und RS *Gambelli*.

⁴⁷¹ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 57.

⁴⁷² EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 55.

Konten und Tätigkeiten zu unterwerfen. So etwa die Einholung von Informationen über ihre Vertreter oder Hauptanteilseigner.⁴⁷³

Was die Folgen des unionsrechtswidrigen Ausschlusses bestimmter Wirtschaftsteilnehmer betrifft, so sei es Aufgabe des innerstaatlichen Rechts und somit alleinige Verantwortung des Gesetzgebers, Verfahrensmodalitäten zu schaffen, die den Schutz der den Wirtschaftsteilnehmern aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten und sowohl dem Äquivalenzgrundsatz⁴⁷⁴ als auch dem Effektivitätsgrundsatz⁴⁷⁵ Genüge tun. Als Lösung schlug der Gerichtshof die Rücknahme und Neuverteilung der alten Konzessionen als auch die Ausschreibung einer angemessenen Zahl neuer Konzessionen vor. Jedenfalls aber dürfe allein der Umstand, dass die von der letzten Ausschreibung ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer keine Konzession besitzen, nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden. Ebenso verhielte es sich mit den polizeilichen Genehmigungen.⁴⁷⁶

Was die strafrechtlichen Sanktionen anbelangt, hielt der Gerichtshof fest, dass das Strafrecht zwar in die Kompetenz der Mitgliedstaaten falle, dies jedoch nicht zu einer Beschränkung der durch das Unionsrecht garantierten Grundfreiheiten führen dürfe.⁴⁷⁷ Darüber hinaus urteilte er seiner bisherigen Rechtsprechung⁴⁷⁸ folgend, dass ein Mitgliedsstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsvorschrift verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht vereitelt habe.⁴⁷⁹

d.6.1.1. *Resümee*

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Gerichtshof durch diese Entscheidung die Zulässigkeit staatlicher Monopole im Glücksspielbereich weder negiert, noch deren Rechtfertigung in Stein gemeißelt hat, wenn es auch zahlreiche Stimmen aus beiden Lagern gab, die einmal mehr in einer Entscheidung des EuGH das finale Aus bzw das ewige Fortbestehen der Glücksspielmonopole zu erblicken glaubten. Im Wesentlichen hat der EuGH jedenfalls die Grenzen der Zulässigkeit deutlicher abgesteckt, wenn auch nicht unbedingt enger gezogen.

⁴⁷³ Ebenso EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rn 125.

⁴⁷⁴ EuGH 26.1.2010, RS C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, Slg. 2010, I-0000.

⁴⁷⁵ Effet utile; EuGH 19.11.1991, RS C-6/90 und RS C-9/90, Frankovich, Slg 1991, I-5357.

⁴⁷⁶ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 63 und 67.

⁴⁷⁷ Ebenso bereits EuGH 19.1.1999, RS C-348/96, *Calfa*, Slg 1999, I-11, Rn 11.

⁴⁷⁸ Etwa EuGH 15.12.1983, RS C-5/83, *Rienks*, Slg 1983, 4233, Rn 10 f.

⁴⁷⁹ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, Rn 69 f.

Hervorsticht mE die ausdrückliche Vereinbarkeit von Expansionspolitik in gewissem Umfang mit der gleichzeitigen Eindämmung von Spielsucht und Kriminalität, was wohl auch Knackpunkt des Urteils ist. Dies darf jedoch nicht generalisierend auf alle anderen Mitgliedsstaaten übertragen werden, sondern muss vor dem Hintergrund des Italienischen Glücksspielsektors gesehen werden.

Eine weitere Kernaussage ist, dass die Sanktionierung von unionsrechtswidrigen Verwaltungsvorschriften jedenfalls nicht tragbar sein darf. Ergänzend darf die Meinung⁴⁸⁰ des Generalanwalts *Colomer* wiedergegeben werden, der aus dem Umstand, dass das Glücksspiel in allen Mitgliedsstaaten gesetzlich geregelt ist und die Gründe für die Reglementierung en gros übereinstimmen, folgert, dass das Schutz- bzw Kontrollniveau in allen Mitgliedsstaaten vergleichbar bzw gleich hoch sei und daher in einem Mitgliedsstaat ansässige und den dort geltenden Bestimmungen unterliegende Wirtschaftsteilnehmer auch in einem anderen Mitgliedsstaat Dienstleistungen erbringen dürften, da allein die Tatsache, dass der Wirtschaftsteilnehmer die an ihn im Sitzstaat gestellten Anforderungen erfülle, Garantie für seine Integrität sei. Dies ist mE strikt abzulehnen, weil es einerseits völlig lebensfremd ist, andererseits aufgrund der tiefen gesellschaftlichen Verwurzelung der Materie in der Kultur der einzelnen Mitgliedsstaaten und dem jeweiligen Grad der Ausprägung nicht von einem annähernd gleichen Niveau ausgegangen werden kann,

d.7. RS Liga Portuguesa C-42/07

In der Rechtssache *Liga Portuguesa*⁴⁸¹ setzte sich der EuGH erstmals mit der Frage der Zulässigkeit von Verboten des Interoglücksspiels auseinander, weshalb vor dem Hintergrund der enormen wirtschaftlichen Bedeutung dieser Ausspielungsform, auch verglichen mit dem Lebandspiel, das Urteil mit besonders großer Spannung von der Fachwelt und letztlich auch von den Aktionären der via Internet anbietenden Wett- und Glücksspielveranstalter erwartet worden war. Nicht zuletzt aufgrund der starken Österreich-Bindung von Bwin⁴⁸² wurde auch hierzulande dem Urteil entgegengesehen.

⁴⁸⁰ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, SchlA GA *Colomer*, 16.5.2006, Rn 130.

⁴⁸¹ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633.

⁴⁸² Die bwin International Ltd, vormals Baw International Ltd, mit Sitz in Gibraltar ist ein Tochterunternehmen der in Wien ansässigen, börsennotierten bwin Interactive Entertainment AG.

Vorweg ist festzuhalten, dass der EuGH seine bisherige Rechtsprechung im Glücksspielbereich einmal mehr bestätigte und den Monopolbefürwortern den Rücken stärkte. *Stein*⁴⁸³ erkennt dabei eine einheitliche Grundmelodie in allen Entscheidungen und zieht den treffenden Vergleich zum „da capo al fine“ in musikalischen Partituren.

Zum Ausgangssachverhalt:

Zum gegenständlichen Beurteilungszeitraum unterlagen Glücksspiele in Portugal einem grundsätzlichen Verbot, wobei sich der Staat jedoch das Recht vorbehalten hatte, den Betrieb eines oder mehrerer Spiele durch eine staatliche Einrichtung oder eine staatlich kontrollierte Einrichtung zu genehmigen und diesbezügliche Konzessionen im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens an private Einrichtungen, mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht, zu vergeben. Lotterien, Lottospiele und Sportwetten wurden unter dem Begriff „soziale Spiele“ zusammengefasst und deren Betrieb dem Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (im Folgenden: Santa Casa) übertragen. Im Jahr 2003 erfolgte im Rahmen einer Anpassung an die technische Entwicklung auch die Übertragung des ausschließlichen Rechts des Anbietens dieser sozialen Spiele über das Internet.⁴⁸⁴ Damit verbunden wurde die Schaffung eines Verwaltungsstraftatbestandes mit der Sanktion einer Geldbuße.

Santa Casa war eine ihrer Satzung zufolge eine „gemeinnützige juristische Person im administrativen Bereich“. Zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben zählten zahlreiche Schutz- und Hilfsfunktionen im gesamten sozialen Spektrum. Die erzielten Einnahmen wurden zwischen Santa Casa und anderen gemeinnützigen Einrichtungen aufgeteilt. In organisatorischer Sicht unterlag Santa Casa streng von staatlicher Seite determinierten Zielsetzungen sowie einer umfangreichen Kontrolle, was sich letztlich bis hin zur personellen Besetzung der maßgeblichen Verwaltungsorgane erstreckte. Darüber hinaus verband Portugal und Santa Casa eine weit zurück reichende Historie, da Santa Casa bereits 1783 die erste Konzession erteilt worden war und sie seither das Glück und dessen ökonomische Seite in Portugal verwaltete.⁴⁸⁵

⁴⁸³ *Stein*, „Do princípio ao fim“ – Bemerkungen zum Urteil des EuGH in der Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa*), ZfWG 2009, 332.

⁴⁸⁴ Geregelt durch die gesetzvertretende Verordnung Nr 282/2003 vom 8.11.2003 (*Diário da República I*, Serie A, Nr 259 vom 8.11.2003).

⁴⁸⁵ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 12 ff.

Bwin war ein Online-Spieleveranstalter mit Sitz in Gibraltar und bot Glücksspiele und eine Vielzahl von Sportwetten über eine Internetseite an. Diese Spiele und Wettformen waren vom normierten Verbot umfasst.⁴⁸⁶

Die Liga⁴⁸⁷ war eine juristische Person des Privatrechts mit Vereinsstruktur und ohne Gewinnerzielungsabsicht, in der alle professionellen Portugiesischen Fußballvereine zusammengefasst waren. Hauptsächlich richtete sie die nationale erste Fußballliga aus und war für deren Vermarktung zuständig. Durch einen im Jahr 2005 geschlossenen Sponsoringvertrag mit Bwin wurde diese für vier Spielsaisons zum Hauptsponsor der Liga, die erste Fußballliga wurde in „Bwin Liga“ umbenannt, es wurden zahlreiche Logos in den Fußballstadien sowie auf den Spielerdressen angebracht und Internetlinks von Bwin auf der Website der Liga angebracht. Dadurch⁴⁸⁸ wurde portugiesischen Verbrauchern die Inanspruchnahme der von Bwin angebotenen Glücksspieldienstleistungen ermöglicht werden.

In weitere Folge wurden gegen die Liga und Bwin Bescheide erlassen und über beide die Zahlung von Bußgeldern wegen Verstößen gegen Ordnungswidrigkeiten verhängt. Daraufhin klagten Bwin und die Liga unter Berufung auf Unionsrechtsverstöße beim vorlegenden Gericht. Dieses legte dem Gerichtshof die Frage, ob die nationale Regelung eine unionsrechtswidrige Behinderung der Dienstleistungs-, der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit sei, zur Vorabentscheidung vor.⁴⁸⁹

Das vorlegende Tribunal de Pequena Instância Criminal de Porto legte daraufhin die Frage, ob die unionsrechtlichen Grundsätze der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit der Portugiesischen Regelung entgegenstehen, dem EuGH vor. Dieser prüfte jedoch lediglich einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, da er mangels einer Niederlassung Bwins in Portugal das Niederlassungsrecht nicht als einschlägig betrachtete.⁴⁹⁰ Hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit sah er diese lediglich als unvermeidbare Folge der etwaigen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs an, weshalb er sei-

⁴⁸⁶ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 22.

⁴⁸⁷ Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

⁴⁸⁸ ME nicht nur dadurch.

⁴⁸⁹ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 28.

⁴⁹⁰ Newsletter vom 14.9.2009 der Forschungsstelle Glücksspiel an der Universität Hohenheim, abrufbar unter <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Newsletter/Newsletter0109.pdf> (21.1.2011)

ner bisherigen Rechtsprechung⁴⁹¹ folgend einen diesbezüglichen Verstoß keiner Prüfung unterzog.⁴⁹²

Er erkannte in der Portugiesischen Regelung einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, beurteilte diesen jedoch als gerechtfertigt. Dem in der Rechtssache *Placanica* ergangenen Urteil folgend stellte er neuerlich fest, dass es zwar den Mitgliedsstaaten frei stehe, die Ziele ihrer Politik und das Schutzniveau auf dem Gebiet des Glücksspiels selbst zu bestimmen, doch müssten die von ihnen gewählten Beschränkungen den vom EuGH aufgestellten Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen. Die portugiesische Regierung und Santa Casa führten dazu aus, das Primärziel der nationalen Regelung liege in der Kriminalitätsbekämpfung, hauptsächlich im „Schutz der Glücksspieler vor Betrug durch die Anbieter“.⁴⁹³ Dies sei durch das gewählte System, vor allem durch die enge Überwachung eines einzigen Anbieters, welcher im Laufe seines Bestehens über fünf Jahrhunderte hindurch seine Zuverlässigkeit bewiesen habe, sichergestellt.

Der Gerichtshof führte dazu aus, dass im vorliegenden Fall die Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet an einen einzigen Anbieter wie Santa Casa geeignet sei, unter Umständen den Betrieb in gelenkte Bahnen zu lenken und die Verbraucher vor Betrug zu schützen. Darüber hinaus hielt er fest⁴⁹⁴:

69 *Dazu ist festzustellen, dass der Sektor der über das Internet angebotenen Glücksspiele in der Gemeinschaft nicht harmonisiert ist. Ein Mitgliedstaat darf deshalb 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*

⁴⁹¹ Etwa EuGH 3.10.2006, RS C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg 2006, I-9521, Rn 34.

⁴⁹² EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 47 f.

⁴⁹³ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 62.

⁴⁹⁴ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 69 ff.

und der Redlichkeit der Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenüber sehen können.

70 *Außerdem bergen die Glücksspiele über das Internet, verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich, dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden.*

71 *Zudem kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der für manche der Sportwettbewerbe, auf die er Wetten annimmt, sowie für manche der daran beteiligten Mannschaften als Sponsor auftritt, eine Stellung innehat, die es ihm erlaubt, den Ausgang dieser Wettbewerbe unmittelbar oder mittelbar zu beeinflussen und so seine Gewinne zu erhöhen.*

d.7.1.1. Resümee

Der EuGH trifft in seinem Urteil vier wesentliche Aussagen. Zum einen verdeutlicht er, dass er aufgrund der unterschiedlichen Ausformung von Sitte, Religion, Kultur und Wertordnung in den einzelnen Mitgliedsstaaten den Glücksspielmarkt nicht wie jeden anderen Markt einstuft. Weiters weist er den Mitgliedsstaaten einen recht weiten Beurteilungs- bzw Gestaltungsspielraum hinsichtlich der von ihnen gewählten Ziele zu, solange die normierten Beschränkungen verhältnismäßig sind. Die Verhältnismäßigkeit wird allein dadurch, dass andere Mitgliedsstaaten liberalere Regelungen normieren, nicht in Frage gestellt. Und die nationalen Regelungen müssen den Anforderungen der Kohärenz und Systematik genügen. All dies stellt keine wesentliche Abweichung von der bisherigen Rechtsprechungslinie dar.⁴⁹⁵ Im Zuge dessen untersucht der Gerichtshof das portugiesische System samt dessen Besonderheiten und kommt zu dem Ergebnis, dass die nationale Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass dem EuGH mit dieser Entscheidung leider wieder nicht der lang erwartete und nicht zuletzt bereits von Generalanwalt Colomer in der RS *Placanica*⁴⁹⁶ geforderte große Wurf geglückt ist. Erwartet wurde, ob der zahlreichen anhängigen, jedoch unterbrochenen, innerstaatlichen Verfahren eine Grundsatzentscheidung,

⁴⁹⁵ Ennuschat, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 329.

⁴⁹⁶ EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, SchlA GA Colomer, 16.5.2006, Rn 148.

diese Erwartung wurde jedoch enttäuscht, da sich die vom EuGH getroffenen Aussagen zu sehr auf das portugiesische System beschränken und daher nicht vollinhaltlich auch auf andere Fälle bzw die Systeme anderer Mitgliedsstaaten übertragen lassen.⁴⁹⁷

Alber, der in der Rechtssache *Gambelli* Generalanwalt war, kritisiert, dass der Gerichtshof überhaupt nicht auf die gegenseitige Anerkennung eingegangen ist. Er sieht die Begründung dafür in der Freiheit der Mitgliedsstaaten, das jeweils eigene Schutzniveau ohne Berücksichtigung der Regelungen anderer Mitgliedsstaaten bestimmen zu können, weist jedoch, mE schlüssig, darauf hin, dass bloße Verdachtsmomente und potentielle Gefahren im Zusammenhang mit Betrug durch ausländische Anbieter nicht ausreichend sein können, um derart starke Beschränkungen der unionsrechtlich garantierten Grundfreiheiten zu rechtfertigen. Vielmehr brauche es beim Hinweis auf Straftaten konkrete Beweise, stichhaltige Zahlen, die belegen würden, dass Straftaten gegen Spieler im Internet häufiger seien als gegen Verbraucher in anderen Geschäftsbereichen, solche gäbe es aber bislang nicht. Auch dürfe man diesbezüglich nicht den Vorwand der Erschwerung grenzüberschreitender Kontrollen gelten lassen, da Schwierigkeiten nicht mit Unmöglichkeit gleichzusetzen seien. Des Weiteren bemängelt *Alber*, dass es der Gerichtshof unterlassen hat, sich mit der Rolle Santa Casas als Betreiberin und gleichzeitiger Nutznießerin der erzielten Einnahmen auseinanderzusetzen. Auch er fordert daher eine Harmonisierung des Glücksspielbereichs auf europäischer Ebene, mit dem Ziel, statt schrankenloser Liberalisierung eine effektive Trennung von „Spreu und Weizen“ umzusetzen.⁴⁹⁸

Dietlein hebt die Skepsis des EuGH gegenüber Anbietern, die zugleich als Sponsoren der am Sportereignis beteiligten Mannschaften auftreten und daher in einer Position sind, die es ihnen erlauben, unmittelbar oder mittelbar zwecks Gewinnerhöhung den Ausgang dieser Wettbewerbe zu beeinflussen⁴⁹⁹, hervor und erkennt darin das klare Bekenntnis des EuGH zu den nationalen Regelungen. Darüber hinaus weist er auch darauf hin, dass es keine unionsrechtliche Pflicht zur völligen Gleichbehandlung staatlicher und privater Anbieter im Internet gibt, sich daher Staatsvorbehalte und Internetglücksspiel nicht gegenseitig ausschließen. Des Weiteren wirft er im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung und den daraus resultierenden, oben erwähnten Hindernissen grenzüberschreitender Kontrollen den Gedanken auf,

⁴⁹⁷ *Alber*, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. *Liga Portuguesa*, ZfWG 2009, 325.

⁴⁹⁸ *Alber*, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. *Liga Portuguesa*, ZfWG 2009, 325.

⁴⁹⁹ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 71.

dass dies nicht nur auf gesamtstaatlicher, sondern auch auf gliedstaatlicher Ebene gelten müsse.⁵⁰⁰

König und Ciszewski weisen darauf hin, dass der Gerichtshof zwar im Ergebnis dem Schlussantrag⁵⁰¹ des Generalanwalts gefolgt ist, dieser nämlich die zu prüfende nationale Regelung als gerechtfertigt iSd Unionsrechts beurteilte, jedoch dies lediglich auf das von der portugiesischen Norm verfolgte Ziel der Kriminalitätsbekämpfung stütze. Die übrigen Ausführungen des Generalanwalts hinsichtlich Spielsuchtbekämpfung und Schutz der Verbraucher vor übermäßigen Ausgaben hingegen behandelte der Gerichtshof aber gar nicht. Damit habe der Gerichtshof dem regulatorisch flächendeckenden Ansatz des Generalanwalts eine deutliche Absage erteilt.⁵⁰²

Stein erkennt in der Entscheidung neben der konsequenten Fortsetzung der Rechtsprechungslineie ein Bekenntnis des EuGH dazu, *„nicht bereit zu sein, ausschlaggebend dazu beizutragen, dass Glücksspielangebote zunehmend nur noch aus EU-internen „off-shore“ Gebieten kommen, in denen minimale Abgaben auf Umsätze und Erträge erhoben werden und wobei dann auf längere Sicht die ansonsten gesetzlich geregelte Abführung wesentlicher Teile der Erträge für gemeinnützige Zwecke wahrscheinlich auf der Strecke bliebe.“*⁵⁰³

ME ließ der EuGH zu viele offene Fragen unbeantwortet im Raum stehen, weshalb das ergangene Urteil ob seines ursprünglichen Potentials als eher enttäuschend zu bewerten ist. Dies mag sich auf die Befürchtung des EuGH, rechtspolitischen Entscheidungen der Mitgliedsstaaten, vielleicht doch eine zumindest teilweise Harmonisierung anzustreben, vorwegzugreifen oder aber auch auf die stark ausgeprägte Sensibilität der Mitgliedsstaaten im gesamten Glücksspielbereich gründen lassen, ist aus meiner Sicht jedoch schlicht zu wenig und hilft den nationalen Gerichten bei der Interpretation der jeweiligen nationalen Normen kaum, sind es doch sie, die letztlich eine Entscheidung treffen müssen. Erstaunlich finde ich auch den Umstand, dass sich der EuGH in keinsten Weise mit der vom Generalanwalt erwähnten fehlenden Notifizierung der portugiesischen Regelung gemäß der Richtlinie 98/34/EG über ein Informa-

⁵⁰⁰ Dietlein, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 327.

⁵⁰¹ EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, SchlA GA Bot 14.10.2008, Rn 242 ff.

⁵⁰² Koenig/Ciszewski, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 330.

⁵⁰³ Stein, „Do princípio ao fim“ – Bemerkungen zum Urteil des EuGH in der Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa*), ZfWG 2009, 332 (334).

tionsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften auseinandergesetzt hat. *Steegmann*⁵⁰⁴ weist in diesem Zusammenhang treffend darauf hin, dass auch aus der Nichterwähnung Schlüsse gezogen werden können und dies je nach Interessenlage zu teilweise diametraler Auslegung führen kann.

d.8. RS Sporting Exchange C-203/08 und RS Ladbrokes C-258/08

In den Rechtssachen *Sporting Exchange*⁵⁰⁵ und *Ladbrokes*⁵⁰⁶ hatte der EuGH die Vereinbarkeit des Niederländischen Glücksspielrechts mit dem Unionsrecht zu beurteilen. Aufgrund der zeitlichen Nähe beider Vorlageverfahren, der Identität der zu prüfenden nationalen Norm und nicht zuletzt wegen der Überschneidung der Vorlagefragen sollen im Folgenden beide Verfahren gemeinsam dargestellt werden. Auch Generalanwalt *Bot* wählte diese Vorgangsweise in seinen Schlussanträgen⁵⁰⁷, dennoch sei darauf hingewiesen, dass, obwohl in beiden Verfahren die Zweite Kammer des Gerichtshofs zur Vorabentscheidung berufen war, die Urteile beide am 3.6.2009 verkündet wurden und sich über weite Teile im Wortlaut gleichen, der Gerichtshof die Verfahren nicht verbunden hat.

Zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt existierte in den Niederlanden ein System der ausschließlichen Erlaubnisse auf dem Gebiet des Glücksspiels. Prinzipiell war es durch das Gesetz über Glücksspiele⁵⁰⁸ untersagt, die Teilnahme an Glücksspielen zu bieten und diese zu fördern bzw zu bewerben. Allerdings bestand die Möglichkeit, für verschiedene Arten von Glücksspielen eine Ausnahmeerlaubnis gewährt zu bekommen. Das Gesetz unterschied dabei zwischen Sportwetten, die es als Spiele, bei denen Teilnehmer die Ergebnisse zuvor bekannt gegebener Sportereignisses erraten oder voraussagen müssen und Totalisatorwetten auf die Ergebnisse von Pferderennen. Während die erzielten Einnahmen aus der Veranstaltung von Sportwetten ausschließlich zur Förderung bestimmter (sozialer) Zwecke verwendet werden durften, mussten die Einnahmen aus der Veranstaltung von Totalisatorwetten nach Abzug der im Gesetz vorgesehenen Posten unter den Siegern der Wetten aufgeteilt werden.

⁵⁰⁴ *Steegmann*, Editorial zu ZfWG-Heft 5/2009.

⁵⁰⁵ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000.

⁵⁰⁶ EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000.

⁵⁰⁷ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA *Bot*, 17.12.2009, Rn 2.

⁵⁰⁸ Wet op de kanspellen.

Die Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten ist der Stichting de Nationale Sporttotalisator (im Folgenden: De Lotto), einer gemeinnützigen Stiftung ohne Gewinnerzielungsabsicht, 1961 erteilt worden. Die von ihr erzielten Nettoeinnahmen wurden ausschließlich zur Förderung des Sports, der Körpererziehung, des gesellschaftlichen Wohls, der öffentlichen Gesundheit und der Kultur verwendet. Darüber hinaus besaß De Lotto die Erlaubnis für das Veranstellen von Einzellotterien, des Zahlenlottos und der Zahlenspiele.

Die Erlaubnis für die Veranstaltung von Totalisatorwetten wurde im Jahr 1998 der Scientific Games Racing BV⁵⁰⁹ (im Folgenden: SGR), einer gewinnorientierten Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen.

Zu den Ausgangsverfahren:

RS C-203/08

Die Sporting Exchange Ltd war Inhaberin der Firma Betfair und bot unter diesem Namen vom Vereinigten Königreich aus über Telefon und Internet Dienstleistungen auf dem Gebiet des Glücksspiels an. Sie war Inhaberin britischer und maltesischer Zulassungen und betrieb die Wettplattform „betting exchange“. Sie beantragte beim niederländischen Justizminister, welcher für die Vergabe von Zulassungen auf dem Gebiet des Glücksspiels zuständig war, eine Erlaubnis zur Veranstaltung von Sport- und Totalisatorwetten, dies auch via Internet. Die Anträge wurden mit der Begründung, die nationale Regelung sehe keine Möglichkeit der Zulassung des Internetglücksspiels vor, weshalb Betfair ihre Dienste nicht in den Niederlanden anbieten dürfe, zurückgewiesen. Dagegen beschritt Betfair den Rechtsweg bis schließlich der Raad van State⁵¹⁰ die Sache zur Vorabentscheidung dem EuGH vorlegte.⁵¹¹

RS C-258/08

Die Ladbrokes Betting & Gaming Ltd und die Ladbrokes International Ltd (im Folgenden beide: Ladbrokes), beide mit Sitz im Vereinigten Königreich veranstalteten über ihre Webseite⁵¹² zahlreiche Quotenwetten, sogenanntes „bookmaking“, und andere Glücksspiele. Darüber hinaus boten sie die Möglichkeit, über kostenfreie Telefonnummern an den von ihnen veranstalteten Wetten teilzunehmen. De Lotto brachte daraufhin Klage gegen Ladbrokes bei der

⁵⁰⁹ Einer Tochter der Scientific Games Corporation Inc. mit Sitz in den Vereinigten Staaten.

⁵¹⁰ Niederländischer Staatsrat; die Verwaltungsrechtsabteilung ist Rechtsmittelinstanz für Rechtsmittel von Bürgern gegen Entscheidungen der Verwaltung.

⁵¹¹ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000, Rn 14 ff.

⁵¹² Erreichbar unter www.ladbrokes.com (27.1.2011).

Rechtbank Arnhem ein, die im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes Ladbrokes auftrag, Maßnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu ihrer Website für in den Niederlanden ansässige Personen zu sperren und diese daran zu hindern, telefonisch an den von Ladbrokes veranstalteten Wetten teilzunehmen. Ladbrokes beschritt den Rechtsweg, der Hoge Raad der Niederlande⁵¹³ legte die Sache zur Vorabentscheidung dem EuGH vor.⁵¹⁴

Weder Sporting Exchange noch Ladbrokes hatten eine Niederlassung in den Niederlanden, eine solche wurde auch nicht bezweckt, weshalb lediglich Verstöße gegen die Dienstleistungsfreiheit zu prüfen waren.

Der Generalanwalt Bot fasste in seinen Schlussanträgen die Problemkreise der gestellten Vorabentscheidungsfragen wie folgt zusammen:

„Sie betreffen erstens die Kohärenz nationaler Rechtsvorschriften, die die Verbraucher gegen Spielsucht schützen und Betrugereien bekämpfen sollen, wenn dem Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts die Einführung neuer Spiele und Werbung erlaubt ist (Frage 1 in der Rechtssache C-258/08), zweitens den Umfang der Verhältnismäßigkeitskontrolle, die das nationale Gericht bei der Würdigung der Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht anzustellen hat (Fragen 2a und 2b in der Rechtssache C-258/08), drittens die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf die Erlaubnis für das Anbieten von Spielen im Internet (Frage 1 in der Rechtssache C-203/08 und Frage 3 in der Rechtssache C-258/08) und viertens die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots im Fall der Zulassung eines einzigen Betreibers und der Verlängerung dieser Zulassung (Fragen 2, 3a und 3b in der Rechtssache C-203/08).“⁵¹⁵

Generalanwalt Bot wies daraufhin, dass es eine schwierige Aufgabe sei, im Lichte einer kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik zum Zwecke des Schutzes der Bevölkerung vor Spielsucht und Kriminalität ein Gleichgewicht zwischen strengen Restriktionen einerseits und dem Zugeständnis gegenüber dem ausschließlich berechtigten Anbieter, eine durch Werbemaßnahmen gestützte Expansionspolitik, etwa durch die Einführung neuer Spiel- und Wett-

⁵¹³ Oberstes ordentliches Gericht der Niederlande.

⁵¹⁴ EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, Rn 9 ff.

⁵¹⁵ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA Bot, 17.12.2009, Rn 63.

formen, berteiben zu dürfen.⁵¹⁶ Des Weiteren machte er deutlich, dass eine potentielle Gefährdung bereits ausreiche, um beschränkende Maßnahmen ergreifen zu können, ohne der Gefahr eines Verstoßes gegen unionsrechtliche Grundsätze ausgesetzt zu sein. Dies werde im Bereich des Gesundheitsschutzes anerkannt und müsse seines Erachtens auch im Glücksspielbereich Anwendung finden.⁵¹⁷

Der Gerichtshof stellte dazu fest, dass eine Politik der kontrollierten Expansion durchaus mit dem Ziel vereinbar sei, Spieler, welche bisher verbotenen Spiel- und Wetttätigkeiten nachgegangen sind, durch ein attraktives Angebot, verbunden mit einem gewissen Werbeumfang und dem Einsatz neuer Vertriebstechiken, dazu zu bewegen, künftig zu einer erlaubten und geregelten Tätigkeit überzugehen. Bei der Beurteilung der nationalen Regelung sei insbesondere zu berücksichtigen, ob rechtswidrige Spieltätigkeiten in den Niederlanden ein Problem darstellten und ob dieses durch eine Ausweitung des rechtmäßigen Angebots gelöst werden könne.⁵¹⁸

Hinsichtlich der Frage betreffend den Umfang der Verhältnismäßigkeitskontrolle, welche das nationale Gericht vorzunehmen hat, führte Generalanwalt *Bot* aus, dass das nationale Tatsachengericht nicht zu prüfen habe, ob eine einfache Durchführungsmaßnahme, wie jene gegen *Ladbrokes*, zur Erreichung der von der niederländischen Norm verfolgten Ziele geeignet und verhältnismäßig sei. Dabei mache es keinen Unterschied, ob diese Maßnahme aus einem privatrechtlichen Rechtsstreit resultierte oder von staatlicher Seite beantragt wurde. Das nationale Gericht habe jedoch bei seiner Prüfung der innerstaatlichen Norm auf Eignung und Verhältnismäßigkeit nicht nur die Formulierung zu prüfen, sondern auch die konkrete Anwendung der Norm durch die staatlichen Behörden und andere Wirtschaftsteilnehmer.⁵¹⁹

Der Gerichtshof stellte dazu fest, dass die nationalen Gerichte keine Pflicht zur Prüfung von Durchführungsmaßnahmen treffe, sofern diese lediglich die praktische Wirksamkeit der nati-

⁵¹⁶ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA *Bot*, 17.12.2009, Rn 79.

⁵¹⁷ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA *Bot*, 17.12.2009, Rn 87.

⁵¹⁸ EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, Rn 25; Pressemitteilung des EuGH vom 3.6.2010.

⁵¹⁹ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA *Bot*, 17.12.2009, Rn 99, 105 und 112.

onalen Norm sicherstellen und darüber hinaus keine zusätzlichen Beschränkungen darstellen. Eine Unterscheidung zwischen Anträgen einer staatlichen Behörde und Anträgen einzelner im Rahmen eines privatrechtlichen Rechtsstreites sei nicht zu treffen.⁵²⁰

Zur Frage der gegenseitigen Anerkennung erläuterte der Generalanwalt nach einem Zitat des Urteils in der RS *Liga Portuguesa*, dass das Vorbringen Ladbrokes, es käme zu einer verdoppelten Kontrolle, da sie bereits Inhaberin einer Erlaubnis, Sportwetten und andere Glücksspiele über das Internet und über Telefon anbieten zu dürfen, der Behörden des Vereinigten Königreichs sei und dass sie dort strengen Vorschriften zur Betrugs- und Spielsuchtbekämpfung unterläge, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Glücksspielbereich eben nicht anzuwenden sei. Es sei nämlich gerade Zweck eines Systems ausschließlicher Rechte, allen anderen Tätigkeiten in diesem Bereich zu untersagen. Sofern ein solches System ausreichend begründet ist, sei es unerheblich, ob Wirtschaftsteilnehmer, die über die Erlaubnis in anderen Mitgliedsstaaten, in denen ebenfalls ein solches System besteht, Glücksspiele bzw. Wetten anbieten zu dürfen.⁵²¹ Der Gerichtshof folgte diesen Erwägungen vollinhaltlich und verwies neuerlich⁵²² auf die Gefahren des Internetglücksspiels, die sich aus dem fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen Verbraucher und Anbieter hinsichtlich der Möglichkeit des Betrugs ergeben könnten, im Vergleich zu herkömmlichen Glücksspielmärkten.⁵²³

Zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots bei der Vergabe eines ausschließlichen Rechts führte der Generalanwalt aus, dass es ohne die Anwendung dieser Grundsätze Wirtschaftsteilnehmern gar nicht möglich wäre, Interesse am Erhalt der Konzession kundzutun. Das Transparenzgebot als besondere Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung sei daher unbedingt notwendig, um allen Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Vergabestelle ansässig sind, die Möglichkeit zu geben, die Konzession zu erhalten. Diese Verpflichtung zur transparenten Vergabe bedeute jedoch nicht automatisch, dass die Durchführung einer Ausschreibung vonnöten sei, sondern lediglich, dass ein angemessener Grad an Öffentlichkeit zugunsten der potenziell interessier-

⁵²⁰ EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, Rn 44 ff.

⁵²¹ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA Bot, 17.12.2009, Rn 120 ff.

⁵²² Vgl. EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, Rn 69 f.

⁵²³ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000, Rn 34; EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, Rn 55.

ten Unternehmen sichergestellt werden muss, damit eine nachträgliche Prüfung, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist, ermöglicht werde.⁵²⁴ Weiters bliebe es aber einem Mitgliedstaat unbelassen, aufgrund der mit der Ausübung der Tätigkeiten auf dem Gebiet der Glücksspiele verbundenen Gefahren, diese Tätigkeit durch eine ihm unterstellte Einrichtung selbst auszuüben, da es wesentlich leichter sei, eine solche Einrichtung leiten und kontrollieren zu können, als bei privaten Veranstaltern. Ein derartiges System garantiere jedenfalls ein höheres Niveau hinsichtlich des Verbraucherschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung. Entscheidet sich ein Mitgliedsstaat jedoch, den Betrieb eines bestimmten Glücksspiels einem privaten Veranstalter zu übertragen, so habe er dabei alle potentiell interessierten Wirtschaftsteilnehmer gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung zu behandeln. Es müsse nämlich, wenn schon keinen Wettbewerb auf dem Markt, wenigstens einen Wettbewerb um den Markt geben.⁵²⁵ Der Gerichtshof folgte dieser Ansicht nicht. Zwar kam auch er zu dem Ergebnis, der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot seien im Glücksspielbereich grundsätzlich anwendbar, doch schränkte er dies insofern ein, als er aussprach, dass dies in Verfahren zur Erteilung oder Verlängerung einer ausschließlichen Zulassung nicht gelte, wenn es sich um einen öffentlichen Veranstalter handle, der hinsichtlich seiner Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht untersteht, oder um einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen können.⁵²⁶

d.8.1.1. Resümee

Kernaussage der Entscheidung ist sicherlich die eingeschränkte Anwendbarkeit des Transparenzgebots. Nach der grundsätzlichen Bejahung der Anwendbarkeit des Transparenzgrundatzes, etwa in der Form eines Ausschreibungsverfahrens⁵²⁷, schuf der Gerichtshof zwei wesentliche Ausnahmen davon. Einerseits sieht er von der Anwendbarkeit ab, wenn die zu vergebende Lizenz keinen wesentlichen wirtschaftlichen Wert hat, was im Glücksspielbereich angesichts der enormen Umsätze wohl kaum der Fall sein dürfte, andererseits lässt er dies auch für jene Fälle gelten, in denen einem Privaten ein ausschließliches Recht übertragen wird, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen können.

⁵²⁴ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA Bot, 17.12.2009, Rn 140 ff.

⁵²⁵ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000 und EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchlA GA Bot, 17.12.2009, Rn 158 ff.

⁵²⁶ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000, Rn 62.

⁵²⁷ EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000, Rn 41.

*Stadler/Aquilina*⁵²⁸ stellen diesbezüglich, mE zu Recht, die Frage, ob der Transparenzgrundsatz im Glücksspielbereich nur noch eine leere Floskel ist. Anknüpfungspunkt für den zweiten Ausnahmetatbestand ist nämlich, ähnlich den Teckal-Kriterien⁵²⁹, die Kontrollmöglichkeit der Behörde über den Privaten. Wie diese Kontrolle konkret ausgestaltet sein muss, lässt der Gerichtshof unbeantwortet. Genau dies macht jedoch den Unterschied aus. *Stadler/Aquilina* versuchen dieses Problem mithilfe einer Interpretation des neuen Ausnahmetatbestandes iSd Urteils in der RS *Liga Portuguesa* zu lösen. Demnach sei unter „genauer Überwachung“ die gesellschaftsrechtliche Gestaltung des Privaten so zu verstehen, dass die Ernennung der geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder durch den zuständigen Minister zu erfolgen hat bzw Vertreter der öffentlichen Verwaltung in die Gremien des Konzessionärs zu entsenden sind. Darüber hinaus müsse die Gemeinnützigkeit im Vordergrund stehen. Die Autoren kommen daher zu dem Ergebnis, dass eine derartige Überwachung nur in sog single-license-Systemen möglich sei, auf multi-license-Systeme sei jedoch der Transparenzgrundsatz voll anwendbar.

Meiner Meinung nach stellt die Bezugnahme auf RS *Liga Portuguesa* einen wertvollen Ansatzpunkt dar, der eine systemkonforme Interpretation zulässt. Dennoch bin ich der Ansicht, dass die RS *Liga Portuguesa* nicht mehr als ein Wink in die richtige Richtung sein kann, da die Besonderheiten des portugiesischen Systems eine schlichte Übertragung auf das System eines anderen Mitgliedsstaates nicht zulassen. Offenkundig verlangt der Gerichtshof eine enge Einbindung der Behörde zur Sicherstellung der Überwachung des Konzessionärs, ob dies ausschließlich durch recht weitgehende Eingriffe in dessen operative Tätigkeit umzusetzen ist, bezweifle ich. Auch der Hinweis auf die Gemeinnützigkeit darf bei aller Sensibilität nicht zu eng bzw starr verstanden werden. Was die ausschließliche Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung in einem single-license-System betrifft, so stimme ich dem zwar grundsätzlich zu, doch bleibt die Frage offen, wo die Grenzen des jeweiligen Systems zu ziehen sind. Ist also jede innerstaatliche Wett- und Glücksspieltätigkeit davon erfasst oder muss man inner-

⁵²⁸ *Stadler/Aquilina*, Der unionsrechtliche Transparenzgrundsatz im Glücksspiel, *ecolex* 2010, 813.

⁵²⁹ EuGH 18.11.1999, RS C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, 8121; die sog Teckal-Kriterien werden bei der In-House-Vergabe öffentlicher Aufträge angewandt und besagen, dass die VergabeRL nicht anwendbar sind, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

halb der unterschiedlichen Tätigkeiten weiter differenzieren, sodass jede einzelne davon ein in sich geschlossenes license-System bildet? Es bleibt daher abzuwarten, ob der Gerichtshof zu diesem Themenkomplex in einer weiteren Entscheidung eingehen und die Frage beantworten wird.

d.9. RS Sjöberg C-447/08 und Gerdin C-448/08

In den verbundenen Rechtssachen *Sjöberg*⁵³⁰ und *Gerdin*⁵³¹ hatte sich der EuGH erneut mit Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit des Internetglücksspiels auseinanderzusetzen. Diesmal stand eine schwedische Regelung auf dem Prüfstand. In seinem Urteil nahm der Gerichtshof mehrmals Bezug auf das in der RS *Liga Portuguesa* ergangene Urteil und konkretisierte darüber hinaus seine bisherige Rechtsprechung die Vereinbarkeit nationaler Strafbestimmungen mit dem Unionsrecht betreffend.

Das zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt bestehende nationale System war derart ausgestaltet, dass die Veranstaltung von Glücksspielen aller Art gemäß dem Lotterilag⁵³² grundsätzlich genehmigungspflichtig war. Derartige Genehmigungen konnten nur juristischen Personen des schwedischen Rechts ohne Gewinnerzielungsabsicht erteilt werden, deren statutengemäßes Ziel die Förderung gemeinnütziger Zwecke im Inland war und deren Tätigkeit hauptsächlich diesen Zwecken diene. Des Weiteren bestand die Möglichkeit, besondere Genehmigungen für die Veranstaltung von Glücksspielen, die nicht von den im Lotteriegesetz vorgesehenen Fällen erfasst waren, zu erteilen.⁵³³ Genehmigungsvoraussetzungen waren spezielle Anforderungen an die Wahrnehmung sozialer Verantwortung, des Verbraucherschutzes sowie des Schutzes vor Spielsucht und Straftaten.

Das schwedische Recht verlangte, dass die Veranstaltung von Glücksspielen Zwecken des Allgemeininteresses diene. Demgemäß war der gesamte schwedische Glücksspielmarkt aufgeteilt zwischen dem staatlichen Unternehmen AB Svenska Spel und der gemeinsam vom Staat und der Pferdesportvereinigung kontrollierten AB Trav och Galopp.⁵³⁴

⁵³⁰ EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921.

⁵³¹ EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921.

⁵³² Schwedisches Lotteriegesetz, SFS 1994, Nr 1000, im Folgenden: Lotteriegesetz.

⁵³³ EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-0692,1 und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, SchlA GA Bot, 23.2.2010, Rn 14.

⁵³⁴ 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921, und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, Rn 8.

Das schwedische Strafgesetz⁵³⁵ stellte die Veranstaltung von genehmigungslosen Lotterien (Glücksspielen) in Schweden unter Strafe. Die möglichen Sanktionen reichten von einer Geldstrafe bis hin zu einer mehrere Jahre andauernden Freiheitsstrafe. Das Lotteriegesetz sah eine ähnliche Bestimmung⁵³⁶ vor, die das Veranstellen von genehmigungslosen Glücksspielen mit der Sanktion einer Geldbuße bedrohte. Daneben bedrohten einige weitere Bestimmungen des Lotteriegesetzes⁵³⁷ die Förderung von im Ausland veranstalteten und daher (auf Schweden bezogen) genehmigungslosen Glücksspielen mit Strafe.

Otto Sjöberg war Chefredakteur und verantwortlicher Herausgeber der Zeitung „Express“, Andreas Gerdin war Chefredakteur und verantwortlicher Herausgeber der Zeitung „Aftonbladet“. Mit diesen Tätigkeiten ging auch die alleinige Verantwortung für den Inhalt der Zeitungen und einer sich eventuell daraus ergebenden Haftung einher. In der Zeit von November 2003 bis August 2004 wurden in den beiden Zeitungen Werbeanzeigen für im Ausland veranstaltete Glücksspiele der Unternehmen Expekt, Unibet, Ladbrokes und Centrebet, allesamt Unternehmen, die ihren Sitz entweder im Vereinigten Königreich oder auf Malta hatten, dort über entsprechende Genehmigungen verfügten und über von ihnen betriebene Internetseiten Glücksspielen anboten, geschaltet. Die Staatsanwaltschaft erhob gegen Sjöberg und Gerdin Anklage wegen Verstoßes gegen das Lotteriegesetz, sie wurden verurteilt und beschritten den Rechtsweg. Das letztlich zur Entscheidung berufene Gericht⁵³⁸ legte die Sache zur Vorabentscheidung dem EuGH vor.

Der Generalanwalt fasste die fünf an den Gerichtshof gestellten Fragen wie folgt zusammen:

„Die erste Fragestellung geht dahin, ob die schwedischen Rechtsvorschriften, die Glücksspiele einer Regelung ausschließlicher Rechte mit dem Ziel unterstellen, die Kriminalität zu bekämpfen und die Verbraucher zu schützen, im Hinblick auf diese Zwecke als verhältnismäßig angesehen werden können, auch wenn sie zugleich dem Ziel dienen, soziale Tätigkeiten zu finanzieren, wenn ferner die Gewinne, die von den Veranstaltern zugelassener Spiele erzielt werden, zum Teil dem Staat zufließen und wenn die Vermarktung von Spielen seitens der zu-

⁵³⁵ Kapitel 16 § 14 Brottsbalk.

⁵³⁶ § 14 Lotteriegesetz.

⁵³⁷ §§ 38, 54 Lotteriegesetz.

⁵³⁸ Svea Hovrätt (Berufungsgericht Stockholm).

gelassenen Veranstalter keinerlei Beschränkung durch die zuständigen Behörden unterliegt. Hierzu gehört außerdem die Frage, ob der Umstand, dass ein Spiele im Internet anbietendes Unternehmen in seinem Sitzmitgliedstaat eine Genehmigung für seine Tätigkeit in diesem Staat besitzt, dem durch einen anderen Mitgliedstaat erlassenen Verbot entgegensteht, in dessen Hoheitsgebiet die Online-Spiele dieses Unternehmens zu fördern.

Die zweite Fragestellung geht dahin, ob die fraglichen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht in Einklang stehen, obgleich sie nur die Förderung von in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien und nicht die Werbung für innerhalb Schwedens ohne Genehmigung veranstaltete Lotterien mit Strafe bedrohen. ⁵³⁹

Hinsichtlich des ersten Fragenkomplexes urteilte der Gerichtshof in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung und sehr stark angelehnt an das in der Rechtssache *Liga Portuguesa* ergangene Urteil, dass die nationale Normen, welche die Werbung für von privaten Anbietern in anderen Mitgliedstaaten veranstaltete Glücksspiele verbieten, mit dem Unionsrecht vereinbar seien. Er begründete dies wie bisher. ⁵⁴⁰

Hinsichtlich des zweiten Fragenkomplexes stellte er klar, dass nationale Normen, die den Verstoß gegen ein sich aus dem nationalen System der ausschließlichen Berechtigung mit Strafe bedrohen auf ihre tatsächliche Wirkung und Anwendung durch die Behörden hin zu prüfen seien. Im gegenständlichen Fall wandte die schwedische Regierung nämlich ein, dass die Förderung von Glücksspielen, die genehmigungslos in Schweden veranstaltet werden, ohnehin eine strafrechtlich relevante Beteiligung am Vergehen des illegalen Glücksspiels darstelle und das nationale Strafrecht daher auch diese Tätigkeit mit Strafe bedrohe. ⁵⁴¹

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass es grundsätzlich nicht schade, wenn die beiden Vergehen unter verschiedene Regelungen, nämlich einerseits unter eine Norm des gerichtlichen Strafrechts, andererseits unter eine Norm des Verwaltungsstrafrechts fielen. Für das etwaige Vorliegen einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung sei entscheidend, ob die nationalen Be-

⁵³⁹ EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921, und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, SchlA GA Bot, 23.2.2010, Rn 4 f.

⁵⁴⁰ EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921, und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, Rn 46.

⁵⁴¹ EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921, und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, Rn 52.

hörden beide Vergehen mit der gleichen Sorgfalt verfolgten und somit gleichbehandelten oder jene Personen, die in Schweden genehmigungslos veranstaltete Glücksspiele fördern im Ergebnis einer weniger strengen Sanktion ausgesetzt seien.⁵⁴²

d.9.1.1. *Resümee*

Die Beantwortung des ersten Fragenkomplexes durch den Gerichtshof erfolgte völlig konform zu seiner bisherigen Rechtsprechung, weshalb auf die oben bereits angeführten Bemerkungen verwiesen werden darf.

Der nationale Konflikt zwischen gerichtlichem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht hingegen bedarf näher Betrachtung. Zwar ist auch dieser Punkt des Urteils lediglich Ausfluss bisher vom Gerichtshof aufgestellter Grundätze, doch kommt einmal mehr deutlich zum Ausdruck, dass die tatsächlich gelebte Praxis ausschlaggebend ist, wohingegen die Formulierung der nationalen Rechtsvorschrift demgegenüber in den Hintergrund tritt.

Freilich lässt sich aus dem Urteil keine unmittelbare Wirkung auf das österreichische Wett- und Glücksspielrecht ableiten, doch gibt der Gerichtshof bereits zum wiederholten Male zu erkennen, dass er einer völligen Marktöffnung, welche in erster Linie Offshore-Anbietern zu gute kommen würde, eine klare Absage erteilt. Trotzdem ist mE eine sukzessive Steigerung des auf den Markt und somit indirekt auch auf die Kommission wirkenden Leidensdrucks zu erblicken. Die fortschreitenden technischen Möglichkeiten, va die starke Einbindung des Internets oder der Mobilfunktechnologien in den Alltag, welche eben nicht vor Landesgrenzen Halt machen, schreien förmlich nach einem koordinierten Vorgehen der Mitgliedsstaaten wenn nicht sogar nach einer zumindest teilweisen Harmonisierung.

d.10. RS Winner Wetten C-409/06

In der Rechtssache *Winner Wetten*⁵⁴³ hatte sich der Gerichtshof mit einer deutschen Regelung auseinanderzusetzen. Diese war offensichtlich unionsrechtswidrig. Der Gerichtshof unter-

⁵⁴²EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921, und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, Rn 56; EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921, und EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921, SchlA GA Bot, 23.2.2010, Rn 81 ff.

⁵⁴³ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015.

suchte die Frage, ob und unter welchen Umständen der Grundsatz des Anwendungsvorranges des Unionsrechts durchbrochen werden kann.⁵⁴⁴

Zum urteilsgegenständlichen Zeitpunkt war der deutsche Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Kraft. Dabei handelte es sich um ein bundesweites Rahmengesetz, welches gewisse Ziele statuierte. Diese Ziele waren im Wesentlichen mit jenen schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit ident, wie sie sich auch in den meisten nationalen Glücksspielvorschriften der anderen Mitgliedsstaaten finden und die der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung anerkannt hatte. So etwa die Kanalisierung des Spieltriebes in gelenkte Bahnen, der Verbraucherschutz und die Verwendung der Einnahmen zu gemeinnützigen Zwecken.⁵⁴⁵ Der Staatsvertrag beinhaltete auch die Ermächtigung der Länder, diesen Zielen entsprechende Ausführungsgesetze zu schaffen.

Im Land Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: NRW) erfolgte die Umsetzung durch das Sportwettengesetz NRW. Dieses bestimmte in § 1 Abs 1:

„Die Landesregierung kann Wettunternehmen für sportliche Wettkämpfe zulassen. Träger des Wettunternehmens kann nur eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine juristische Person des privaten Rechts sein, deren Anteile überwiegend juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehören.“

Es wurde der Westdeutschen Lotterie & Co OHG die einzige Zulassung gewährt.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht urteilte hinsichtlich der Umsetzung des Lotteriestaatsvertrages im Freistaat Bayern, dass das dort bestehende Sportwettenmonopol gegen die durch das Grundgesetz⁵⁴⁶ gewährleistete Berufsfreiheit verstoße, weil es in diese unverhältnismäßig eingreife und nicht geeignet sei, die im Lotteriestaatsvertrag normierten Ziele zu

⁵⁴⁴ Newsletter 01/2011 der Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder, http://www.rewi.europa-uni.de/de/profil/Projekte/deluxe/archiv_2011/01_2011/Gl__cksspiel1.pdf (24.2.2011).

⁵⁴⁵ Vgl § 1 Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, in Kraft getreten am 1.7.2004.

⁵⁴⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland BGBl III, Gliederungsnummer 100-1.

erreichen.⁵⁴⁷ Einen entsprechende Beschluss hinsichtlich der NRW Regelung fasste er wenig später.⁵⁴⁸

§ 31 des deutschen BVerfGG⁵⁴⁹ normierte eine Bindung aller Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie aller Gerichte und Behörden an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

§ 284 des deutschen Strafgesetzbuches stellte die öffentliche Veranstaltung von nicht genehmigten Glücksspielen sowie die Bereitstellung von Einrichtungen dazu unter Strafe.

Der Sachverhalt des dem Vorlageverfahren zugrunde liegenden Rechtsstreites gestaltete sich folgendermaßen:

Die Winner Wetten GmbH (im Folgenden: WW) betrieb in der Stadt Bergheim in NRW ein Geschäftslokal, in welchem sie für maltesische Tipico Co. Ltd Buchmacherwetten (Oddsetwetten) vermittelte. Tipico verfügte über eine maltesische Konzession für das Veranstalten von Sportwetten. Die Bürgermeisterin der Stadt Bergheim untersagte mittels Ordnungsverfügung⁵⁵⁰ WW unter Androhung der zwangsweisen Schließung und Versiegelung ihres Geschäftslokals die weitere Tätigkeit. WW beschritt den Rechtsweg zum Verwaltungsgericht Köln, welches schließlich das Verfahren unterbrach und die Frage zur Vorabentscheidung dem Gerichtshof vorlegte.⁵⁵¹ Konkret wollte es wissen, ob Rechtsvorschriften, welche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit darstellen und selbst nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wettstätigkeit beitragen, entgegen dem unionsrechtlichen Grundsatz des Anwendungsvorranges des Unionsrechts während einer Übergangszeit weiterhin angewandt werden dürfen.⁵⁵²

Die Mitgliedsstaaten vertraten überwiegend die Ansicht, dass die einstweilige Suspendierung des gemeinschaftrechtlichen Anwendungsvorranges zulässig sein müsse, da dies zur Wahrung

⁵⁴⁷ BVerfG 28.3.2006, 1 BvR 1054/01, Absatz-Nr. 1-162.

⁵⁴⁸ BVerfG 2.8.2006, 1 BvR 2677/04, Absatz-Nr. 1-24.

⁵⁴⁹ Bundesverfassungsgerichtsgesetz BGBl I S 1473.

⁵⁵⁰ Gem § 14 Abs 1 Ordnungsbehördengesetz NRW.

⁵⁵¹ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA Bot, 26.1.2010, Rn 12 ff.

⁵⁵² EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, Rn 28.

der Rechtssicherheit und zur Vermeidung einer Gesetzeslücke erforderlich sei. Dabei stützten sie sich auf Art 231 EGV⁵⁵³. Des Weiteren führten sie ins Treffen, dass die Nichtigerklärung⁵⁵⁴ der angefochtenen Norm unter Ausschluss einer Übergangszeit dem den Mitgliedsstaaten eingeräumten Ermessensspielraum zuwiderlaufe. Die Zulässigkeit der Einräumung einer Übergangszeit leiteten sie aus Art 228 EGV⁵⁵⁵ ab.⁵⁵⁶

Der Generalanwalt entgegnete diesen Argumenten und führte dazu schlüssig aus, dass der im gegenständlichen Fall heranzuziehende Grundsatz des Anwendungsvorranges des Unionsrechts auf drei maßgebliche Gründe gestützt werde könne. Zum einen müsse die volle Wirkung einer unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des Unionsrechts zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens in allen Mitgliedsstaaten gewährleistet sein, unabhängig davon, ob diese Mitgliedsstaaten oder Einzelpersonen betreffe.⁵⁵⁷ Weiters sei bereits durch ihr Inkrafttreten jede widersprechende nationale Bestimmung unanwendbar.⁵⁵⁸ Und drittens wäre es der Wirksamkeit des Art 234 EG⁵⁵⁹ abträglich, wenn das nationale Gericht gehindert wäre, das Unionsrecht entsprechend dem im Vorabentscheidungsverfahren getroffenen Urteil, unmittelbar anzuwenden.⁵⁶⁰ Der Generalanwalt hat in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung in der Rechtssache *Costa*⁵⁶¹ verwiesen, aus der hervorgeht, dass eine unterschiedliche Geltung des Unionsrechts in den einzelnen Mitgliedsstaaten unweigerlich zu einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führen würde. Außerdem gebiete es letztlich der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, dass es gerade Einzelnen ermöglicht werde, Rechte, welche sich unmittelbar aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten ableiten, wahrzunehmen und

⁵⁵³ Nunmehr Art 264 AEUV.

⁵⁵⁴ Gem dem Urteil in der Rechtssache *Simmenthal* (EuGH 9.3.1978, RS 106/77, *Simmenthal*, Slg 1978, 629) ist die Nichtigerklärung einer nationalen Norm den Mitgliedsstaaten vorbehalten, das nationale Gericht hat im Fall eines Widerspruchs zwischen nationaler Norm und Unionsrechts die nationale Norm unangewandt zu lassen. In der Rechtssache *Factortame* (EuGH 19.6.1990, RS C-213/89, *Factortame*, Slg 1990, I-02433) hat er dieses Vorgehen dahingehend ausgedehnt, dass er den nationalen Gerichten die Befugnis, eine im Widerspruch zum Unionsrecht stehende nationale Norm dennoch unangewandt zu lassen, selbst wenn ihnen das nationale Recht eine derartige Befugnis nicht gestatte.

⁵⁵⁵ Nunmehr Art 260 AEUV.

⁵⁵⁶ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA Bot, 26.1.2010, Rn 79 ff.

⁵⁵⁷ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA Bot, 26.1.2010, Rn 96.

⁵⁵⁸ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA Bot, 26.1.2010, Rn 97.

⁵⁵⁹ Nunmehr Art 267 AEUV.

⁵⁶⁰ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA Bot, 26.1.2010, Rn 98.

⁵⁶¹ EuGH 15.7.1964, RS 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1141.

sich gegen widersprechende nationale Rechtsvorschriften mit dem Ziel, dass diese nicht angewendet werden, zu wenden.⁵⁶²

Der Gerichtshof folgte den Überlegungen des Generalanwalts und urteilte gegen eine Weiteranwendung während einer Übergangszeit. Er hob unter zahlreichen Verweisungen auf seine bisherige zum unionsrechtlichen Anwendungsvorrang ergangene Rechtsprechung hervor, dass es nicht zugelassen werden könne, dass nationale Vorschriften die Geltung und Wirksamkeit des Unionsrechts (negativ) beeinflussen, auch wenn diese nationalen Vorschriften im innerstaatlichen Verfassungsrang stünden.⁵⁶³ Zwar erkannte er in Art 264 Abs 2 AEUV die grundsätzliche Befugnis des Gerichtshofs im Rahmen der Urteilsfällung auch die Modalitäten hinsichtlich der Urteilswirkungen zu regeln, so also auch die ausnahmsweise, vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung des Unionsrechts⁵⁶⁴, doch ließ er diese im vorliegenden Fall nicht zu, da das vorlegende nationale Gericht der Ansicht war, dass die zu prüfende nationale Norm nicht geeignet war, die Wettstätigkeiten in systematischer und kohärenter Weise zu begrenzen, sodass eine Rechtfertigung der genannten Norm in Anlehnung an die bisherige zum Glücksspielsektor ergangene Rechtsprechung nicht bestand.⁵⁶⁵

d.10.1.1. *Resümee*

Bemerkenswert ist einerseits die konsequente Fortführung der Rechtsprechungslinie zum Anwendungsvorrang, andererseits die damit einhergehende Außerachtlassung der möglichen Auswirkungen auf den nationalen Markt. Schließlich legt der Gerichtshof seinen Feststellungen hinsichtlich der Eignung der nationalen Norm zur Erreichung der im Staatsvertrag zum Lotteriewesen normierten Ziele ausschließlich die Ansicht des vorlegenden Gerichts zugrunde. Angesichts der massiven möglichen Folgen, wie dem plötzlichen Eindringen in- und ausländischer Anbieter auf den heimischen Markt, ein für den betroffenen Mitgliedsstaat schmerzliches Urteil. Eine mögliche Erklärung für dieses Vorgehen lässt sich mE in einem weiteren, vom Generalanwalt ins Treffen geführten Aspekt erblicken, auf welchen der Gerichtshof zwar nicht eingegangen ist, sich jedoch zweifelsohne vom selben Gedanken leiten

⁵⁶² EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA Bot, 26.1.2010, Rn 102 ff.

⁵⁶³ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, Rn 61; unter Verweis auf EuGH 17.12.1970, RS 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125, Rn 3.

⁵⁶⁴ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, Rn 64 ff.

⁵⁶⁵ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, Rn 68.

hat lassen. So führt Generalanwalt *Bot* aus, dass die zur Prüfung stehende nationale Norm über eineinhalb Jahre nach dem Urteil in der Rechtssache *Gambelli* erlassen worden sei.⁵⁶⁶ Damit möchte er sein Unverständnis für das Argument der deutschen Regierung (und anderer Mitgliedsstaaten), es drohe durch die Nichtanwendung eine plötzliche Gesetzeslücke, zum Ausdruck bringen.

Stadler/Arzt weisen daraufhin, dass die Anerkennung einer Suspendierungsmöglichkeit des Anwendungsvorranges letztlich den *effet utile* des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts dermaßen beeinträchtigen würde, dass dies eine „(...) erhebliche Rechtsunsicherheit für die Unionsbürger, auf welche Rechte des Unionsrechts sie sich in welchem Mitgliedstaat gerade berufen können (...)“ verursachen würde. Gerade für den Bereich der sich aus den Grundfreiheiten unmittelbar ableitenden Rechte müsse aber ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet sein.⁵⁶⁷ Eine temporäre Weiteranwendung im gegenständlichen Fall lehnen auch sie ab: „Die Grundfreiheiten beschränkende nationale Regelungen, deren mangelnde Eignung zur Verfolgung des geltend gemachten Rechtfertigungsgrunds - seien es geschriebene oder die durch die Rsp des EuGH entwickelten zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses - festgestellt wird, können jedenfalls nicht unter Berufung auf die dem Rechtfertigungsgrund innewohnenden Anliegen weiterhin angewendet werden. Es wäre schließlich ein logischer Widerspruch, eine restriktive Regelung, die deshalb nicht rechtfertigbar ist, weil sie dem geltend gemachten Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung/Gesundheit/Verbraucherschutz etc nicht dient, unter Berufung auf Erfordernisse der öffentlichen Ordnung/Gesundheit/Verbraucherschutz etc aufrechtzuerhalten.“ Abschließend resümieren sie treffend, dass die mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts einhergehende, plötzlich einsetzende Verdrängungswirkung auf die Mitgliedsstaaten wesentlich höheren Druck ausübe, diese zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung ihrer nationalen Rechtsordnungen zu bewegen, als ein langwieriges Vertragsverletzungsverfahren iSd Art 258 AEUV.⁵⁶⁸

Es ist durchaus wahrscheinlich, dass der Gerichtshof bei der Entscheidung über die Gewährung einer Zulassungsfrist zehn Jahre zuvor anders entschieden hätte. Er selbst geht jedoch in

⁵⁶⁶ EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchlA GA *Bot*, 26.1.2010, Rn 114.

⁵⁶⁷ *Stadler/Arzt*, Temporäre Suspendierung des Anwendungsvorrangs im Unionsrecht?, *ecolx* 2010, 617.

⁵⁶⁸ *Stadler/Arzt*, EuGH: *Winner Wetten*-Urteil zur Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs, *ecolx* 2010, 1114.

den Entscheidungsgründen überhaupt nicht auf diesen Gedanken ein. ME ist diese Härte durchaus verständlich. Zum einen sollte die Einräumung einer Übergangsfrist nur in Ausnahmefällen Anwendung finden, bedenke man, dass es sich dabei lediglich um einen Lückenschluss im Wege einer Analogie zu Art 264 AEUV handelt. Zum anderen muss der Gerichtshof der Entscheidung über die Gewährung das Interesse des betroffenen Mitgliedsstaates hinsichtlich der Vermeidung plötzlich auftretender Regelungslücken gegen das Interesse der gesamten Gemeinschaft an einer effektiven Wirkung des Unionsrechts abwägen. Dabei stößt eine offenkundig unionsrechtswidrige und relativ neu erlassene nationale Regelung angesichts der umfangreichen Judikatur des EuGH auf dem Gebiet des Glücksspiels auf wenig Verständnis.

d.11. RS Carmen Media Group C-46/08

Die Rechtssache *Carmen Media*⁵⁶⁹ bot dem Gerichtshof erneut die Möglichkeit zum deutschen Glücksspielstaatsvertrag⁵⁷⁰ Stellung zu nehmen. Er traf darin zusammengefasst Aussagen hinsichtlich der gesamtstaatlichen Verantwortlichkeit der Mitgliedsstaaten, der Zulässigkeitsgrenzen staatlicher Ermessenausübung bei der Vergabe von Lizenzen bzw Genehmigungen sowie des Internetverbots.

Ähnlich wie der Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland handelte es sich beim neuen Glücksspielstaatsvertrag um einen bundesweit einheitlichen Rechtsrahmen, nach dessen Vorgaben die Länder Ausführungsgesetze zu erlassen hatten. Die Primärziele des Glücksspielstaatsvertrages waren die Spielsuchtbekämpfung, der Schutz der Jugend und der Spieler sowie die Kriminalitätsbekämpfung.⁵⁷¹ Dies geschah im Land Schleswig-Holstein mit dem GlÜStV AG⁵⁷², dessen § 4 Abs 2 bestimmte, dass das Land Schleswig-Holstein seine sich aus dem Glücksspielstaatsvertrag ergebende Verpflichtung zur Bereitstellung eines ausreichenden

⁵⁶⁹ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149.

⁵⁷⁰ Dieser trat mit 1.1.2008 in Kraft und ersetzte den Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland.

⁵⁷¹ Dies ergibt sich einerseits aus § 1 GlÜStV, andererseits aus den Gesetzesmaterialien (Erläuterungsbericht). Darin wird eine 2006 von der Europäischen Kommission beim Schweizer Institut für Rechtsvergleichung in Auftrag gegebene Studie zum Glücksspielmarkt in der Europäischen Union angeführt, aus welcher sich die Effizienz der Regulierung bzw Kanalisierung von Glücksspieltätigkeiten ergibt; abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_de.htm (3.3.2011).

⁵⁷² Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 13.12.2007 (GVBl 2007 S 524).

Glücksspielangebot durch die NorthwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG erfülle, deren Anteile vollständig oder überwiegend vom Land mittelbar oder unmittelbar gehalten wurden.⁵⁷³

Die Carmen Media Group Ltd. (im Folgenden: Carmen Media) war in Gibraltar ansässig und verfügte dort über eine sog „offshore bookmarking license“, einer Lizenz zur Vermarktung von Sportwetten im Ausland. Auf Gibraltar durfte sie nicht anbieten. Dazu brachte sie vor, dass diese Vorgangsweise lediglich aus steuerlichen Gründen gewählt worden wäre und dass dies nicht dem Schutz der Bürger von Gibraltar vor dem Glücksspielwesen gedient habe.⁵⁷⁴

Carmen Media beantragte 2006 bei den zuständigen Verwaltungsbehörden des Landes Schleswig-Holsteins die Feststellung, dass ihr das Anbieten über das Internet in Deutschland erlaubt sei bzw in eventu eine entsprechende Genehmigung. Beides wurde Carmen Media versagt, woraufhin diese Klage beim Verwaltungsgericht des Landes Schleswig-Holstein mit der Begründung, das staatliche Monopol auf Sportwetten verstoße gegen die Dienstleistungsfreiheit, da es weder kohärent noch systematisch zur Begrenzung der Spieltätigkeit beitrage und gewisse Glücksspiele und Wettformen nicht dem Monopol unterlägen, obwohl diese ein höheres Suchtpotential aufwiesen, einbrachte. Darüber hinaus erfuhren die genannten Tätigkeiten eine extensive Entwicklung.⁵⁷⁵ Das zuständige Gericht setzte das Verfahren aus und legte die Rechtssache zur Vorabentscheidung vor.

Generalanwalt *Mengozzi* fasste die Vorlagefragen in vier Punkten zusammen. Der erste betraf die Frage der gegenseitigen Anerkennung von Glücksspiellizenzen. Das vorlegende Gericht wollte wissen, ob es für eine solche erforderlich sei, dass der Dienstleistungserbringer auch in seinem Sitzstaat die Dienstleistung erbringt bzw anbietet. GA *Mengozzi* führte dazu aus, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nur dann Anwendung finden könne, wenn ein Ausgleich zwischen den in den betroffenen Mitgliedsstaaten an die Dienstleistungserbringer gestellten Anforderungen hergestellt werden könne, der eine Verdopplung der staatlichen Kontrollmechanismen vermeidet. Eine gegenseitige Anerkennung käme zudem nur in Betracht, wenn sichergestellt wäre, dass beide Mitgliedsstaaten die Erfüllung derselben Allgemeininteressen verfolgten. Im gegenständlichen Fall sei eine Anerkennung der gibraltarischen

⁵⁷³ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, Rn 20.

⁵⁷⁴ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, SchlA GA *Mengozzi*, 4.3.2010, Rn 31.

⁵⁷⁵ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, Rn 25.

Lizenz abzulehnen, da es sich dabei nur um eine extraterritoriale Erlaubnis handle und die damit verbundenen staatlichen Kontrollen mit jenen des Bestimmungsstaates Deutschland bzw des Landes Schleswig-Holstein nicht vergleichbar seien.⁵⁷⁶ Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung sei außerdem grundsätzlich auf den Glückspielbereich nicht anzuwenden, da sonst die gesamte Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Glücksspielbereich sinnlos wäre, der Sektor nicht harmonisiert ist und auch die behördliche Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten in organisatorischer Sicht nicht genügend ausgebildet ist, um ein Vertrauen auf die im Herkunftsland erteilte Genehmigung rechtfertigen zu können.⁵⁷⁷

Der zweite Fragenkomplex betraf die Frage der innerstaatlichen Kompetenzverteilung und deren Einfluss auf die Dienstleistungsfreiheit, da zum urteilsgegenständlichen Zeitpunkt nicht alle Glücksspiele und Wettformen vom Monopol erfasst waren. Generalanwalt *Mengozzi* verwies auf die ständige Judikatur des Gerichtshofs und führte aus, dass Mitgliedsstaaten einen Verstoß gegen das Unionsrecht nicht mit internen Zuständigkeitskonflikten rechtfertigen können. Es sei daher eine gesamtstaatliche Betrachtungsweise anzustellen, welche letztlich zu einer Gesamtverantwortung des jeweiligen Mitgliedsstaates führe.⁵⁷⁸

Zum dritten Punkt führte der Generalanwalt aus, dass mit der Anerkennung der einzelstaatlichen Interessen im Hinblick auf die Gestaltung des heimischen Glücksspielmarktes das Zugeständnis einer umfassenden Ermessensausübung einhergehe, solange deren missbräuchliche Ausübung durch die Behörden verhindert sei, das zur Anwendung gelangende Verfahren objektiv, transparent und nicht diskriminierend sei und die in einem solchen ergangene Entscheidung mit einer Klage anfechtbar sei.⁵⁷⁹

Ein vierter Fragenkomplex betraf die Zulässigkeit eines generellen Verbotes, Wetten und Glücksspiele über das Internet anzubieten, sowie bis zu dessen Inkrafttreten eine einjährige Übergangsfrist zu statuieren. Diesbezüglich verwies der Generalanwalt auf das in der Rechtsache *Liga Portuguesa de Futebol* ergangene Urteil und kam zum Ergebnis, dass sowohl Verbot als auch Übergangsfrist mit dem Unionsrecht vereinbar seien.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, SchlA GA *Mengozzi*, 4.3.2010, Rn 35 ff.

⁵⁷⁷ aaO, Rn 48 ff.

⁵⁷⁸ aaO, Rn 57 f.

⁵⁷⁹ aaO, Rn 66.

⁵⁸⁰ aaO, Rn 80.

Der Gerichtshof folgte bezüglich des Erfordernisses der Dienstleistungserbringung im Sitzstaat nicht den Schlussanträgen des Generalanwalts und urteilte, dass allein „*Der Umstand, dass die einem Veranstalter, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist, erteilte Erlaubnis nur für Wetten gilt, die Personen im Ausland über das Internet angeboten werden, kann für sich genommen nicht zur Folge haben, dass ein solches Wettangebot vom Anwendungsbereich des durch Art. 49 EG gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehrs ausgenommen wird.*“⁵⁸¹ Er lehnte dies jedoch insofern ab, als er das Recht des Bestimmungslandes, dem Anbieter die eigenen Rechtsvorschriften aufzuzwängen, hervorhob. Im Ergebnis traf der Gerichtshof also keine eindeutige Aussage.⁵⁸²

Hinsichtlich der Fragestellung, welchen Einfluss die unterschiedliche kompetenzrechtliche Einordnung verschiedener Glücksspiel- und Wettformen auf die Gesamtsystematik bzw Kohärenz des Regelungsregimes hat, stellte er zum einen erneut⁵⁸³ fest, dass eine unterschiedliche Behandlung einzelner Glücksspiel- und Wettformen durchaus zulässig sei, sofern dadurch eine systematische und kohärente Begrenzung der Spielgelegenheiten sichergestellt werde. Ein System, das bestimmte Tätigkeiten einem Monopol unterwirft, andere, welche ein höheres Sucht- und Gefährdungspotential aufweisen, aber von diesem ausnimmt, genüge den unionsrechtlichen Anforderungen nicht. Die Frage der kompetenzrechtlichen Zuständigkeit spiele dabei keine Rolle.⁵⁸⁴

Im Bezug auf die Grenzen der zulässigen Ermessenausübung folgte der Gerichtshof vollinhaltlich den Ausführungen des Generalanwalts und stellte dabei den Schutz vor staatlicher Willkür in den Vordergrund.⁵⁸⁵ Ebenso folgte er unter Verweis auf die Rechtssache *Liga Portuguesa de Futebol* den Schlussanträgen.⁵⁸⁶

d.11.1.1. Resümee

Durch das Urteil brachte der EuGH erneut seine ablehnende Haltung gegenüber Offshore-Lizenzen zum Ausdruck. Zwar nicht unbedingt in derselben Schärfe wie Generalanwalt *Mengozzi*, aber dennoch hinreichend bestimmt, um keine Zweifel daran bestehen zu lassen,

⁵⁸¹ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, Rn 42.

⁵⁸² aaO, Rn 52.

⁵⁸³ Vgl etwa EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039, Rn 50 ff.

⁵⁸⁴ EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, Rn 71.

⁵⁸⁵ aaO, Rn 87 und 90.

⁵⁸⁶ aaO, Rn 103 und 105.

dass die Grundfreiheiten des Binnenmarkts nicht der Umschiffung mitgliedstaatlicher Schutzmechanismen dienen. Daran ändern auch die aus meiner Sicht etwas zu zaghaften Aussagen bezüglich der gegenseitigen Anerkennung glücksspielrechtlicher Genehmigungen nichts. Auch wenn die Entscheidung letztlich dem nationalen Gericht obliegt, so hätte doch die explizitere Übernahme der in den Schlussanträgen aufgestellten Ansicht weniger Spielraum für abweichende Interpretationsmöglichkeiten übrig gelassen.

Dennoch ist es mE unverständlich mit welcher ungewohnter Härte hierzulande die Diskussion geführt wurde. So bezeichnet etwa *Strejcek*⁵⁸⁷ die auf Malta oder Gibraltar ausgestellten Offshore-Genehmigungen als „so gut wie wertlos“ und unterstellt den betroffenen Anbietern die missbräuchliche Verwendung der Grundfreiheiten. *Talos/Stadler*⁵⁸⁸ hingegen nehmen auf das Urteil im Zusammenhang mit einer Besprechung des Urteils in der Rechtssache *Engelmann*⁵⁸⁹ Bezug, in welcher sie eine österreichische Spielerschutzbestimmung⁵⁹⁰ als „Schandfleck der österreichischen Gesetzgebung“ bezeichnen. Ich bin der Meinung, dass der EuGH seinen klaren Kurs unbeirrt fortgesetzt hat, wobei einmal öfters die von mancher Seite angekündigte völlige Liberalisierung des Glücksspielmarkts und der Fall der Monopole (wenig überraschend) ausblieb.

d.12. RS Stoß C-316/07 ua

Das dritte Verfahren des „German Day“⁵⁹¹ bildete eine Reihe verbundener Rechtssachen⁵⁹², von denen die Rechtssache *Stoß*⁵⁹³ die bekannteste ist. Im Wesentlichen ähnelte diese stark

⁵⁸⁷ *Strejcek*, Glücksspiel: Keine Anerkennung von Offshore-Lizenzen, Der Standard 19.1.2011.

⁵⁸⁸ *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2001, 1006.

⁵⁸⁹ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219.

⁵⁹⁰ Gemeint ist § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl 2006/145. Unter Verweis auf *P. Bydlinski*, Spielerschutz im Glücksspielrecht und umgekehrt. Bemerkungen anlässlich OGH 25.3.2010, 2 Ob 252/09m, ÖJZ 2010, 689 ff; *derselbe*, Stellungnahme zur GSpG-Novelle 2008, 1/SN-3/ME 24. GP; *derselbe*, Zivilrechtsfragen des „kleinen“ Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008, 697; *Wilhelm*, Casino Royal – OGH schlägt zurück, ecolex 2010, 421; *derselbe*, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt). Nebst Lehrgang zur authentischen Interpretation, ecolex 2007, 313; *derselbe*, Casino Royale. Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877; *Vonkilch*, § 25 Abs 3 GSpG: authentische Interpretation „zum Quadrat“, ecolex 2007, 241.

⁵⁹¹ *Steegmann*, „German Day“ – Deutsches Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand, Editorial zu ZfWG 6/2009.

⁵⁹² C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07.

⁵⁹³ EuGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069.

der bereits oben behandelten Rechtssache *Carmen Media Group*, weshalb im Folgenden nur auf die Besonderheiten des vorliegenden Verfahrens eingegangen werden soll.

Wie in der Rechtssache *Winner Wetten* war der deutsche Staatsvertrag zum Lotteriewesen, welcher im Laufe der Ausgangsverfahren durch den Glücksspielstaatsvertrag abgelöst worden ist, maßgeblich. Die Deutschen Markus Stoß, die Avalon Service-Online-Dienste GmbH (im Folgenden: Avalon) und Olaf Amadeus Wilhelm Happel unterhielten im Wetteraukreis, einem im Land Hessen gelegenen Landkreis, Geschäftslokale, in denen sie Sportwetten vermittelten. Stoß und Avalon waren für die österreichische Happybet Sportwetten GmbH mit Sitz in Klagenfurt, Happel für die Happybet UK mit Sitz in London tätig. Im Sitzstaat verfügten die Anbieter über entsprechende Genehmigungen für den Abschluss von Sportwetten.⁵⁹⁴ Im Land Hessen bestand ein Monopol für den Abschluss von Sportwetten zugunsten der Hessischen Lotterieverwaltung, einem staatlichen Unternehmen.⁵⁹⁵ Weder die drei genannten Verfahrensparteien noch deren Vertragspartner Happybet verfügten über eine Genehmigung, im Land Hessen Sportwetten anzubieten und konnten aufgrund des bestehenden Monopols eine solche auch nicht erhalten. Ihnen wurde unter Androhung einer Geldstrafe die weitere Tätigkeit untersagt, wogegen sie den Rechtsweg beschritten. Das zuständige Verwaltungsgericht Gießen legte die Sache dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor.

Ein dazu paralleler Ausgangssachverhalt spielte im Land Baden-Württemberg. Betroffen waren dort die Kulpa Automaten-Service Asperg GmbH, die SOBO Sport & Entertainment GmbH und der Deutsche Andreas Kunert, welche Sportwetten für die Web.coin GmbH mit Sitz in Wien, die Tipico Co. Ltd mit Sitz in Malta und die Digibet Ltd mit Sitz in Gibraltar vermittelten. Auch hier verfügten alle drei Unternehmen über Genehmigungen im Sitzstaat, aber nicht im Bestimmungsland.⁵⁹⁶ Zu bemerken ist dabei, dass es sich bei der maltesischen und der gibraltarischen Genehmigung um sog. „Offshore-Lizenzen“ handelte. Den betroffenen Parteien wurde unter Androhung einer Geldstrafe die weitere Tätigkeit untersagt, wogegen sie den Rechtsweg beschritten. Das zuständige Verwaltungsgericht Stuttgart legte die Sache dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor.

⁵⁹⁴ EuGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069, Rn 14 ff.

⁵⁹⁵ Eingerichtet durch § 1 iVm § 5 des Gesetzes über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien idF GVBl 2002 I S 797.

⁵⁹⁶ EuGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069, Rn 28 ff.

Im Wesentlichen lassen sich die Vorlagefragen auf zwei Themen reduzieren. Zum einen ging es wieder um die Frage, ob ein staatliches Glücksspiel- bzw Wettmonopol den Anforderungen der Kohärenz und Systematik hinsichtlich der Begrenzung der Spielmöglichkeiten genügt, wenn zugleich eine expansive Politik verbunden mit der Ermunterung zur Spielteilnahme durch Werbung betrieben wird. Zum anderen wurde die Problematik der gegenseitigen Anerkennung von Genehmigungen auf dem Gebiet des Glücksspiels behandelt.

Der bisherigen Judikaturlinie folgend urteilte der Gerichtshof zum ersten Themenkomplex, dass ein Monopol durchaus eine effizientere Kontrolle und bessere Lenkbarkeit des Glücksspielangebots bieten könne, als es bei der Ausübung durch private Anbieter der Fall wäre, selbst wenn diese einem staatlichen Genehmigungs- und Kontrollapparat unterworfen wären.⁵⁹⁷ Zur Werbung führte Generalanwalt Mengozzi aus: *„Es wäre meines Erachtens nicht sehr wirklichkeitsnah, für Monopole oder innerstaatlich konzessionierte Veranstalter einzutreten, ohne dass diese die Möglichkeit haben, für ihre Dienstleistungen zu werben.“*⁵⁹⁸ Weiters plädierte er für eine getrennte Prüfung der einzelnen Spielformen, da sich diese stark voneinander unterscheiden und neben dem Kriterium des Suchtpotentials noch andere Gefahren maßgeblich seien, und folgerte daraus, dass die unterschiedliche Behandlung der Spielformen für sich alleine noch kein Grund sei, die Kohärenz und Systematik eines Regelungssystems in Zweifel zu ziehen.⁵⁹⁹ In Ergänzung dazu urteilte der Gerichtshof, dass etwaige Schwierigkeiten der Behörden bei der Durchsetzung des Monopols im Zusammenhang mit aus dem Ausland aus tätig werdenden Anbietern keinen Einfluss auf die unionsrechtliche Zulässigkeit des Monopols per se hätten.⁶⁰⁰

Hinsichtlich der Frage der gegenseitigen Anerkennung kam der Gerichtshof wie bereits zuvor zu dem Ergebnis, dass eine solche für den Bereich des Glücksspiels abzulehnen sei. Der Generalanwalt, dessen Schlussanträgen hier gefolgt worden ist, führt dazu aus, dass mit der Akzeptanz der Möglichkeit, im Glücksspielsektor ein Monopol einzurichten bzw die Zahl der Wirtschaftsteilnehmer zu beschränken, die Konsequenz einhergeht, ein System der gegenseitigen Anerkennung staatlicher Genehmigungen von vornherein ablehnen zu müssen, da für

⁵⁹⁷ aaO, Rn 82.

⁵⁹⁸ EuGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069, SchlA GA Mengozzi, 4.3.2010, Rn 61.

⁵⁹⁹ aaO, Rn 88 f.

⁶⁰⁰ EuGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069, Rn 107/iii.

ein solches „*schlicht kein Raum mehr ist*“⁶⁰¹. Für eine solche müsse zunächst einmal eine Harmonisierung geschaffen und nationale, das gegenseitige Vertrauen erschütternde Praktiken, wie diese etwa von den Behörden Maltas und Gibraltars durch die Vergabe von extraterritorialen Genehmigungen betrieben werden, gestoppt werden.⁶⁰²

d.12.1.1. Resümee

Das Urteil ebenso wie die beiden anderen an diesem „German Day“ ergangene Urteile in den Rechtsachen Winner Wetten und Carmen Media Group bedeutete keine Kehrtwende zur bisherigen Judikatur des Gerichtshofs. Zusammenfassend lassen sich daher das fast schon gebetsmühlenartig wiederholte Bekenntnis zu staatlichen Monopolen, sofern diese dem Ziel der kohärenten und systematischen Begrenzung der Spielmöglichkeiten dienen, und die Ablehnung⁶⁰³ von Offshore-Lizenzen festhalten.

Kritisch anmerken möchte ich jedoch die mE undifferenzierte Ablehnung des Systems der gegenseitigen Anerkennung. Auch wenn die Gründe dafür bereits aus praktischen Erwägungen heraus resultieren, so scheint es mir nicht dennoch sachgerecht, ohne jegliche Prüfung des jeweiligen nationalen Vergabe- bzw Kontrollsystems alle Genehmigungen gleich zu behandeln, zieht man zugleich die eigenen nationalen Allgemeininteressen wie etwa den Spielerschutz zur Rechtsfertigung heran. Vergleicht man etwa jene Österreichs mit denen Deutschlands so wird man die Kongruenz beider dem jeweiligen System zugrundeliegender Interessen nur schwer von der Hand weisen können. Ebenso verhält es sich mit den staatlichen Kontrollmechanismen und deren Effizienz. Es mag sein, dass ein Vergleich etwa mit dem maltesischen System zu einem anderen Ergebnis führt, doch ist dies eben im Einzelfall zu prüfen. Mir ist natürlich klar, dass ein solches Vorgehen in der Praxis kaum durchführbar ist bzw den Behörden nicht zuletzt aufgrund der sprachlichen Barriere nur schwer zugemutet werden kann, doch darf man nicht vergessen, dass es sich hierbei um gravierende Eingriffe in die Grundfreiheiten handelt, die nur in sachlich gerechtfertigten Ausnahmefällen zulässig sind und zulässig sein sollten.

⁶⁰¹ EuGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß, Stoß*, Slg 2010, I-08069, SchlA GA Mengozzi, 4.3.2010, Rn 94.

⁶⁰² aaO, Rn 97 ff.

⁶⁰³ Hecker, EuGH bestätigt Glücksspielpolitik der Länder – Monopol gekippt? Warten wir's ab!, http://www.isa-guide.de/law/articles/30774_eugh_bestaetigt_gluecksspielpolitik_der_laender_monopl_gekippt_warten_wirs_ab.html (4.3.2010).

Ebenso ist es für mich nicht nachvollziehbar, weshalb der Gerichtshof der Effektivität der Durchsetzung staatlicher Regelungen im Zusammenhang mit dem Internet so wenig Gewicht beimisst. Schließlich können die Grundfreiheiten beschränkende Systeme nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie auch tatsächlich geeignet sind, das von ihnen angestrebte Ziel auch tatsächlich zu verwirklichen, widrigenfalls man ihnen Kohärenz und Systematik absprechen muss.

d.13. RS C-64/08 Engelmann

Die Rechtssache Engelmann⁶⁰⁴ stellt die momentan aktuellste⁶⁰⁵ Entscheidung des EuGH zu den österreichischen Glücksspielnormen dar. Bei allem Nationalstolz, selbst auf ein glücksspielrechtliches EuGH-Judikat verweisen zu können, darf jedoch dessen bescheidene Bedeutung für den Sektor der Sportwetten nicht übersehen werden, da die Rechtssache hauptsächlich den Kernbereich des Glücksspiels (im engeren Sinne) betraf. Dennoch sollen im Folgenden die wesentlichen Aussagen der Entscheidung dargestellt und deren Auswirkungen auf den Bereich der Sportwetten untersucht werden. Auf die Darstellung des österreichischen Glücksspielrechts wird daher verzichtet.

Der Deutsche Ernst Engelmann betrieb in Linz und Schärding Spielcasinos, in welchen er Glücksspiele iSd GSpG veranstaltete ohne über eine Spielbankkonzession zu verfügen. Er wurde daraufhin vom BG Linz wegen eines Verstoßes gegen § 168 Abs 1 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt, legte dagegen beim LG Linz Berufung ein, welches die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte.⁶⁰⁶

Das LG Linz stellte dabei drei Vorlagefragen⁶⁰⁷:

1. *Ist Artikel 43 EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2.10.1997 zuletzt geändert durch den Beitritt der Republik Bulgarien*

⁶⁰⁴ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219.

⁶⁰⁵ EuGH 15.9.2011 RS C-347/09, *Dickinger und Ömer*, noch nicht in der amtl. Slg.

⁶⁰⁶ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219, SchlA GA Mazák, 23.2.2010, Rn 22 ff.

⁶⁰⁷ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219, Vorabentscheidungsersuchen des LG Linz vom 19.2.2008.

und Rumäniens zur Europäischen Union vom 25.4.2005, ABI EG Nr L 157/11) dahingehend 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 Mitgliedstaates, sohin die Gründung oder den Erwerb einer in diesem Mitgliedstaat gelegenen Kapitalgesellschaft, vorschreibt?

2. *Sind die Artikel 43 und 49 EGV dahingehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele, wie zum Beispiel 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 hiefür werben (Fernsehen, Zeitungen, Zeitschriften), wobei die Werbung sogar dahingeht, dass zeitlich kurz vor der Lottoziehung eine Barablöse für einen Wettschein angeboten wird ("TOI TOI TOI - Glaub' ans Glück")?*
3. *Sind die Artikel 43 und 49 EGV dahingehend auszulegen, dass sie einer Vorschrift entgegenstehen, wonach sämtliche der in einem nationalen Glücksspielrecht vorgesehenen Konzessionen für Glücksspiele und Spielbanken über einen Zeitraum von 15 Jahren auf der Grundlage einer Regelung erteilt werden, welche (nicht diesem Mitgliedstaat angehörige) Mitbewerber des Unionsraumes von der Ausschreibung ausgeschlossen haben?*

Der Gerichtshof urteilte hinsichtlich des Sitzstaaterfordernisses, dass dieses einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstelle. Weiters sei die Konzessionsvergabe⁶⁰⁸ nicht rechtmäßig erfolgt und stelle somit einen Verstoß sowohl gegen die Dienstleistungs- als auch gegen die Niederlassungsfreiheit dar.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Ursprünglich wurden die Konzessionen mit Bescheid vom 18.12.1991 erteilt. Die Konzessionen für die sechs Spielbanken Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburg und Wien wurden mit Bescheid per 1.1.1998, die Konzessionen für die Spielbanken Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld und Velden mit Bescheid per 1.1.2001 für eine Geltungsdauer von 15 Jahren verlängert. Eine Ausschreibung wurde nicht durchgeführt.

⁶⁰⁹ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219, Rn 40 und 56.

Leider entschied der Gerichtshof, dass aufgrund seiner Ausführungen zur ersten und zur dritten Vorlagefrage die Beantwortung der zweiten obsolet sei.⁶¹⁰ Gerade diese wäre jedoch für den Bereich den Sportwetten die wirklich relevante gewesen, betraf sie doch die sektorielle Ungleichbehandlung durch den österreichischen Gesetzgeber und die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen. Das LG Linz hatte nämlich Bedenken dahingehend geäußert, dass aufgrund der unterschiedlichen Behandlung der verschiedenen Glücksspielformen, da eben nicht alle dem Monopol bzw dem GSpG unterliegen, eine kohärente und systematische Begrenzung ausscheide. Der Gesetzgeber habe es unterlassen, alle Sparten und Sektoren des Glücksspiels⁶¹¹ einer bewertenden Betrachtung zu unterziehen und entsprechend des ermittelten Gefährdungs- und Suchtpotentials einzuschreiten. Darüber hinaus dürfe der Inhaber einer Konzession in erheblichem Umfang werben, womit „selbst eine aktive Aufforderung zur Teilnahme an Glücks- bzw Wettspielen akzeptiert“ werde.⁶¹² Der Generalanwalt setzte sich jedoch mit der zweiten Vorlagefrage auseinander. Hinsichtlich der sektoriellen Ungleichbehandlung verwies er auf die bisherige Rechtsprechung, va auf die Rechtssache *Placanica*, und erläuterte, dass nicht alle Glücksspielsektoren (iwS) notwendigerweise die Entwicklung betrügerischer und krimineller Handlungen begünstigten bzw ein gleich hohes Suchtpotential in sich bergen würden. Darüber hinaus sei der relativ weite Ermessenspielraum der Mitgliedsstaaten, ihre Glücksspielpolitik und das damit zusammenhängende Schutzniveau fei zu bestimmen, zu berücksichtigen.⁶¹³

Diese Grundsätze haben auch für den Bereich der Sportwetten Geltung. Das voranstehende Urteil bot dennoch keine wesentlichen neuen Erkenntnisse, was aufgrund der zeitlichen Nähe zu den deutschen Vorlageverfahren – das Urteil erging am Tag nach dem „German Day“ – und der teilweise gleichen personellen Besetzung⁶¹⁴ der zur Urteilsfindung berufenen Kammer nicht weiter überrascht. Zu erwähnen bleiben freilich die innerstaatlichen Reaktionen der Fachwelt. So orteten *Talos/Stadler*⁶¹⁵ das Ende „überkommene(r) und wirtschaftsfeindliche(r)

⁶¹⁰ aaO, Rn 59.

⁶¹¹ Gemeint sind wohl auch die Bereiche des Automatenspiels und der Sportwetten.

⁶¹² EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219, Rn 21.

⁶¹³ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I-08219, SchlA GA Mazák, 23.2.2010, Rn 86 ff.

⁶¹⁴ In der vorliegenden Rechtssache entschied die vierte Kammer, in den Rechtssachen *Winner Wetten*, *Carmen Media* und *Stoß ua* die Große Kammer.

⁶¹⁵ *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006. RA Dr. Thomas Talos vertrat in gegenständlicher Rechtssache Ernst *Engelmann*.

Privilegien“. Stadler⁶¹⁶ verwies mE treffend auf den Umstand, dass das Online Glücksspiel nicht in Österreich nicht näher reguliert ist und lediglich im Rahmen einer §12a-Konzession⁶¹⁷ betrieben werden darf. Ungewöhnlich und mE zu Recht scharf kritisiert⁶¹⁸ war das Vorgehen der Bundesministerien für Justiz und für Finanzen. Diese publizierten nach Urteilsverkündung des EuGH eine gemeinsame Stellungnahme⁶¹⁹, in welcher sie – rechtlich unverbindlich – ihre Standpunkte zu den Themen Konzessionsvergabe und Strafbarkeit nach § 168 Abs 1 StGB darlegten. Darin nahmen sie auch explizit Bezug auf das damals noch laufende Strafverfahren gegen Ernst Engelmann vor dem LG Linz. Leidenmüller sah darin einen „de facto autoritären Eingriff“ und einen „klaren Verstoß“ gegen Art 6 EMRK. Engelmann wurde in der Zwischenzeit zu einer Geldstrafe verurteilt.

e. Judikatur-EFTA

Ergänzend darf neben der Rechtsprechung des EuGH auch jene des EFTA-Gerichtshofs Erwähnung finden. „Die EFTA und die EU sind durch das EWR-Abkommen assoziiert, wobei Art 31 dieses Abkommens Niederlassungsfreiheit zwischen EU- und EFTA Mitgliedstaaten garantiert und Art 36 des EWR-Abkommens den freien Dienstleistungsverkehr garantiert“⁶²⁰. Der EFTA-Gerichtshof mit Sitz in Luxemburg kann von den EFTA-Mitgliedstaaten⁶²¹ zur Vorabentscheidung angerufen werden. Sowohl die Bestimmungen über die Dienst- und die Niederlassungsfreiheit als auch jene über den Gerichtshof sind mit den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen vergleichbar.

In glücksspielrechtlicher Sicht hatte der EFTA-Gerichtshof bisher zwei Rechtssachen im Wege der Vorabentscheidung zu behandeln. Die Rechtssache E-1/06⁶²² betraf die neuerliche Mo-

⁶¹⁶ Stadler, Das Engelmann Urteil und seine Auswirkungen auf Österreich, TIME Law News 5/2010, http://www.timelaw.de/cms/upload/pdf/TLN_5_2010.pdf (7.3.2011).

⁶¹⁷ § 12a GSpG regelt die Elektronischen Lotterien. Anknüpfungspunkt ist die Spielteilnahme über elektronische Medien.

⁶¹⁸ Leidenmüller, Linzer Casinobetreiber wegen illegalen Glücksspiels verurteilt, Der Standard 1.3.2011; Strejcek, Glücksspiel ohne Konzession gehört entkriminalisiert, Der Standard 14.2.2010.

⁶¹⁹ <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c94848525f84a63012bc609d8572255.de.0/stellungnahme.pdf> (14.7.2012).

⁶²⁰ Strejcek/Bresich (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 42 f.

⁶²¹ Das sind momentan Island, Liechtenstein und Norwegen.

⁶²² EFTA-Gerichtshof 14.3.2007, Rs E-1/06.

nopolisierung des Automatenspiels in Norwegen. Inhaltlich sei lediglich darauf verwiesen, dass der Gerichtshof diese für zulässig erklärte und sich in seiner Urteilsbegründung stark an der Rechtsprechung des EuGH orientierte. Für die vorliegende Arbeit einschlägiger war die Rechtssache E-3/06⁶²³, in welcher der EFTA-Gerichtshof die Zulässigkeit des norwegischen Wettmonopols untersuchte. Der Ausgangssachverhalt ähnelte stark jenem der Rechtssache C-258/08 *Ladbroke*s vor dem EuGH. Der EFTA-Gerichtshof urteilte, dass Monopole einzig dem Zweck, die tatsächlichen Spielmöglichkeiten zu begrenzen dienen dürfen und strich auf diese Weise den Spielerschutz hervor. Die Rechtfertigung durch fiskalische Gründe, sei es auch zur Finanzierung von wohltätigen oder Allgemeininteressen, lehnte auch er ab.⁶²⁴

Im Ergebnis lässt sich daher eine parallel zur Judikaturlinie des EuGH verlaufende Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshof ausmachen.

f. Zusammenfassung

Der EuGH hat in den letzten zwei Jahrzehnten eine umfangreiche und stark fallbezogene Rechtsprechung auf dem Gebiet des Glücksspielrechts iWS entwickelt. Zwar ist es gerade diese Fallbezogenheit, die es für den Rechtsanwender schwierig macht, allgemein gültige Aussagen herauszugreifen, doch ist dies schon allein aufgrund der sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten nicht ohne Weiteres möglich. Im Folgenden sollen daher die wesentlichen Aussagen des Gerichtshofs dargestellt werden und die Vereinbarkeit des österreichischen Wettrechts mit dem Unionsrecht überprüft werden.

Der Gerichtshof sah grob gesagt alle im Rahmen von Vorlagefragen an ihn herangetragenen nationalen Normen als Verletzung der Grundfreiheiten an, wobei es sich stets um Verstöße gegen die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit handelte. Dabei unterschied er zwar streng zwischen diesen beiden, prüfte sie allerdings gemeinsam.⁶²⁵ Gemäß seiner bisherigen Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit⁶²⁶ wertete er daher alle staatlichen Maßnahmen als Verstoß, sofern diese geeignet waren, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers im Bestim-

⁶²³ EFTA-Gerichtshof 30.5.2007, Rs E-3/06, *Ladbroke*s.

⁶²⁴ Vgl die Zusammenfassung der beiden Urteile durch den Juristischen Dienst der Europäischen Kommission, abrufbar unter http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/06e001_de.pdf (7.3.2011).

⁶²⁵ Haltern in Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg), Glücksspielrecht (2008), 268.

⁶²⁶ Vgl etwa EuGH 25.7.1991, RS C-76/90, *Säger*, Slg 1991, I-4221, Rn 12.

mungsland, der diese im Sitzstaat rechtmäßig erbringt, zu behindern bzw weniger attraktiv zu machen.

Hinsichtlich der möglichen Rechtfertigungsgründe richtete er sich nach der Gebhard-Formel⁶²⁷, welche einen vierstufigen Rechtfertigungsstandard beschreibt, der gleichermaßen auf alle Grundfreiheiten Anwendung findet.⁶²⁸

Als zwingende Gründe des Allgemeinwohls, die eine Rechtfertigung darstellen können, wertet er den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung, die Vermeidung von Anreizen zu erhöhten Spelausgaben sowie die Verbeugung von Störungen der sozialen Ordnung. Er sprach sich damit auch für die Notwendigkeit, den Spieltrieb in geregelte Bahnen zu lenken, aus. Hingegen lehnte er eine Rechtfertigung wegen verminderter Steuereinnahmen und der Finanzierung sozialer Aktivitäten ab, wenngleich er letztere durchaus in seine Erwägungen einfließen ließ.⁶²⁹ Hierbei räumte er den Mitgliedstaaten ein vergleichsweise weites Ermessen ein, ihre Ziele und die Politik auf dem Gebiet des Glücksspiels festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen,⁶³⁰ was mit den soziokulturellen Verschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten begründet wird.⁶³¹ *Haltern* weist auf die besonders elastische und bereichsspezifische Handhabung des Ermessenskriteriums durch den Gerichtshof hin.⁶³²

Die Frage der Verhältnismäßigkeit prüfte der Gerichtshof aus den Blickwinkeln der Geeignetheit und der Erforderlichkeit oder anders ausgedrückt, er untersuchte, ob die unterschiedliche Regelung des Sektors in den Mitgliedstaaten Auswirkungen auf die Zulässigkeit staatlicher Monopole hat. Er urteilte, dass nur Regelungen, die geeignet sind, systematisch und kohärent dazu beitragen, das Spielangebot zu reduzieren, gerechtfertigt seien. Diese erstmals in der RS *Gambelli* erwähnte Formel wurde in späteren Urteilen gebetsmühlenartig wiederholt. Besondere Bedeutung kam dabei dem Zusammenwirken von expansiver Politik, etwa durch die Schaltung von Werbeanzeigen, und dem gleichzeitigen Festhalten an monopolistischen

⁶²⁷ EuGH 30.11.1995, RS C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rn 42.

⁶²⁸ *Strainz*, Europarecht⁷ (2005), Rz 804 f.

⁶²⁹ EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 36.

⁶³⁰ EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, Rn 63.

⁶³¹ EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039.

⁶³² *Haltern* aaO, 269.

Strukturen, welche von den Mitgliedstaaten mit der Eindämmung des Spielangebots zu rechtfertigen versucht wurden, zu. Diesbezüglich erkannte der Gerichtshof das Erfordernis, neue Spielmöglichkeiten schaffen zu müssen, um einen genügend attraktiven Anreiz für die Verbraucher bieten zu können, ihren Spieltrieb durch die Teilnahme an legalen Wetten und Glücksspielen zu befriedigen, ohne diese an die Illegalität zu verlieren.

Hinsichtlich der Kohärenz ist festzuhalten, dass diese in zwei Bereiche zu unterteilen ist, sie enthält nämlich sowohl eine koordinative als auch eine inhaltliche Komponente. Zur ersten ist auszuführen, dass diese die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Abstimmung der im zu prüfenden (Glücksspiel-)Bereich mit anderen in dessen Nähe gelegenen Materien bedingt. Die inhaltliche Komponente ist im Sinne einer Konformität mit dem eigenen Bereich zu verstehen. Es ist demnach zwischen horizontaler und vertikaler Kohärenz zu unterscheiden.⁶³³ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs verwies mehrfach auf das den Mitgliedstaaten zustehende Ermessen, das Glücksspiel sowie dessen einzelne Bereiche zu regeln.⁶³⁴ Dieser Prämisse folgend, bedeutet dies, dass es den Mitgliedstaaten daher freisteht, unterschiedliche Bereiche unterschiedlich zu regeln, so etwa Lotterien, Wetten oder Automatenspiele.

Die Frage, ob nun Monopole mit dem Unionsrecht vereinbar sind, obwohl andere Mitgliedstaaten ohne solche auskommen, ist daher mit einem klaren „Ja“ beantwortet worden.

Weiters setzte sich der Gerichtshof mit der Frage der gegenseitigen Anerkennung auseinander. Er sprach sich gegen ein solche aus, da es sonst zu einem Widerspruch mit dem den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessen komme.⁶³⁵ Dies brachte die tendenziell ablehnende Haltung des Gerichtshofs gegenüber Offshore-Anbietern zum Ausdruck.

Der Gerichtshof ist gem Art 267 lit b AEUV zur Entscheidung über die Auslegung der Verträge berufen. In den angeführten Verfahren betonte er, dass er mit der Beantwortung der an ihn im Rahmen der Vorlageverfahren gerichteten Fragen keine Aussagen über nationale Rechtsvorschriften machen kann. Die Entscheidung darüber, ob nationale Rechtsvorschriften eine (gerechtfertigte) Beschränkung der Grundfreiheiten darstellen, obliege den nationalen

⁶³³ *Mailänder*, Aus aktuellem Anlass: Kartellrechtliche Überlegungen zur Kohärenzdebatte – eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 08.09.2009 – RS. C-42/07 *Liga Portuguesa*, ZfWG 2009, 334 f.

⁶³⁴ Siehe oben.

⁶³⁵ Vgl EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149.

Gerichten.⁶³⁶ Dies gelte ebenso für die Beurteilung der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden Rechtsvorschriften.⁶³⁷

Abschließend darf festgehalten werden, dass die Rechtsprechung des EuGH ein recht klares Bild zeichnet, wie nationale Rechtsvorschriften im Glücksspielbereich ausgestaltet sein müssen, um mit dem Unionsrecht vereinbar zu sein. Erwähnenswert scheint mir an dieser Stelle auch der maßgebliche, wenn auch nur indirekte Einfluss von Generalanwalt *Yves Bot* auf die Entwicklung der Rechtsprechungslinie in diesem Sektor, war er doch in einer recht hohen Anzahl der Verfahren der mit der Erstellung der Schlussanträge betraute Generalanwalt. Dabei verfolgte er im Gegensatz zu anderen seiner Kollegen⁶³⁸ stets eine doch sehr monopolbefürwortende Ansichtsweise⁶³⁹, was sich sichtlich auf die Judikaturentwicklung ausgewirkt hat.

Freilich würde eine zumindest stückweise Harmonisierung dieses Sektors angesichts dessen Komplexität und Sensibilität und des vonseiten einiger Mitgliedstaaten zu erwartenden Widerstands eine schwierige Aufgabe darstellen, doch wäre dieser Schritt mE wichtig und längst überfällig. Zwar bleibt nach Analyse der einschlägigen Judikatur kein Zweifel übrig, dass den Mitgliedstaaten aufgrund der unterschiedlichen soziokulturellen Prägung des Glücksspielbereichs ein gewisses Ermessen eingeräumt werden muss, diesen Bereich entsprechend ihrer Wertvorstellungen zu gestalten, doch darf nicht übersehen werden, dass die von den Verfahren betroffenen Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung der nationalen Bestimmungen, die auf dem Prüfstand standen, letztlich immer ein und dieselben Gründe geltend gemacht haben, die sich verkürzt ausgedrückt auf die Kriminalitätsbekämpfung und den Verbraucherschutz reduzieren lassen. Selbst wenn nun eingewandt wird, dass dieser Umstand noch nichts über das angestrebte Schutzniveau aussagt, so muss man doch anerkennen, dass sich auch in diesem Punkt keine gravierenden Unterschiede zwischen den von den Mitgliedstaaten angestrebten Zielen feststellen lassen, die so stark voneinander abweichen, dass man nicht zumindest von einer deutlich ausgeprägten Ähnlichkeit der Systeme sprechen könnte. Ein solches Vorhaben

⁶³⁶ *Simon*, Unionsrechtswidrige italienische Regelungen bei der Vergabe von Glücksspielkonzessionen, wbl 2012/93.

⁶³⁷ Vgl. EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289, Rn 37.

⁶³⁸ Vgl. etwa EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, SchlA GA *Alber*, 13.3.2003, EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, SchlA GA *Colomer*, 16.5.2006.

⁶³⁹ *Hettich/Stumbaum*, Holländisches Glücksspielmonopol vor dem EuGH: Generalanwalt Yves Bot kämpft weiter pro Glücksspielmonopol – auf verlorenem Posten?, Time Law News 1/2010, abrufbar unter http://www.timelaw.de/cms/front_content.php?idart=631 (20.3.2011).

wäre jedoch nur zu realisieren, wenn auf der anderen Seite den Mitgliedstaaten adäquate rechtliche Instrumente zu Verfügung gestellt würden, die etwa die behördliche Kontrolle der Anbieter durch das Bestimmungsland in ausreichendem Maße zu gewährleisten imstande wären.

In diesem Zusammenhang darf auch das von der Kommission am 24.3.2011 mit der Veröffentlichung des Grünbuchs Online-Glücksspiel⁶⁴⁰ eingeleitete Konsultationsverfahren Erwähnung finden. Vor dem Hintergrund steigender Umsätze und der zunehmenden Zahl illegaler Anbieter ist es Ziel des Verfahrens, die zum Schutz der Beteiligten erforderlichen Schritte, wie etwa die Schaffung eines rechtlichen Rahmens, zu untersuchen und in weiterer Folge zu veranlassen.⁶⁴¹ Das Konsultationsverfahren soll dabei der Erfassung der nationalen Systeme dienen.⁶⁴² Die Festlegung eines einheitlichen Rahmens kann, muss aber nicht zu einer Liberalisierung führen. Angesichts der bisherigen Judikatur ist jedenfalls nicht von einer größeren Marktöffnung auszugehen.

Ohne an dieser Stelle auf die wenn auch eng verbundene Problematik des Österreichischen Glücksspielmonopols eingehen zu wollen, sind die vom EuGH entwickelten Grundsätze selbstverständlich auch auf das Österreichische Wettrecht anzuwenden und daher zu untersuchen, ob dieses zum Europarecht in Widerspruch steht: Für das in allen Bundesländern vorhandene Bewilligungssystem gilt aufsichts- sowie in weiterer Folge wettbewerbsrechtlich das Auswirkungsprinzip⁶⁴³, was den Geltungskreis der Landeswettgesetze wesentlich erweitert und ebenso die Basis für eine Anwendung auf grenzüberschreitende Internetsachverhalte schafft.

Die Bewilligungspflicht stellt zweifelsohne eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, wenngleich eine unmittelbare Diskriminierung mangels Differenzierung zwischen

⁶⁴⁰ Grünbuch zum Online-Glücksspiel im Binnenmarkt,

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/com2011_128_en.pdf (25.3.2011).

⁶⁴¹ *Grimm*, Grünbuch: EU nimmt Online-Glücksspiel ins Visier, Die Presse vom 23.3.2011.

⁶⁴² Pressemitteilung der EU-Kommission IP/11/358,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/358&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de> (25.3.2011).

⁶⁴³ *Hasberger/Busta*, Top die Wette gilt nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49; *Zib*, Internet-Glücksspiel und UWG in *Strejcek/Kühteubel* in *Strejcek/Hoscher/Eder*, Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001), 71 ff.

Österreichischen Staatsangehörigen und Angehörigen von EU-Mitgliedstaaten durch den Gesetzeswortlaut nicht erkennbar ist. Überdies stellen die meisten Landeswettgesetze Angehörige anderer EU-Mitgliedstaaten ausdrücklich Österreichischen Staatsbürgern gleich. Allein das Erfordernis einer Bewilligung durch die jeweilige Landesregierung bildet jedenfalls noch keine Unionsrechtswidrigkeit. Problematischer ist es aber um das oftmals verlangte Standorterfordernis für die Erlangung einer Bewilligung im jeweiligen Bundesland bestellt. Dies stellt für Angehörige aus anderen EU-Mitgliedstaaten⁶⁴⁴ ein wesentliches Hindernis und somit eine hemmende Schwelle zum Marktzutritt dar. Dabei macht es keinen Unterschied, ob persönlich oder via Internet angeboten wird, wobei letzterer Fall wohl die größte Praxisrelevanz hat. Es handelt sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung. Einige Autoren⁶⁴⁵ führen im Zusammenhang mit dem im GSpG⁶⁴⁶ für den Konzessionär im GSpG normierten Sitzterfordernis aus, dass dies auch eine unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bilde und der EuGH hinsichtlich der von den Mitgliedsstaaten oftmals ins Treffen geführten Sicherstellung der notwendigen Kontrolle⁶⁴⁷ ausgesprochen habe: *"Es gibt nämlich mehrere Mittel, die Tätigkeit und die Konten dieser Wirtschaftsteilnehmer zu kontrollieren [...]. 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 [...] jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen unabhängig vom Wohnsitz seiner Führungskräfte kontrolliert und Sanktionen unterworfen werden."*⁶⁴⁸ Grundsätzlich sind diese Gedanken auch auf das Wettrecht anzuwenden. Übersehen wird dabei mE allerdings, dass gerade die Möglichkeit, drohende Sanktionen des Verwaltungsstrafrechts auch tatsächlich durchzusetzen, die Umsetzung der von den Landesgesetzen verfolgten ordnungspolitischen Ziele gehörig erleichtert. Es findet daher mE auch nicht die allgemeine Regel, dass nationale Normen, die dem Unionsrecht widersprechen, unberücksichtigt zu bleiben haben, Anwendung.⁶⁴⁹ Hinsichtlich der Konvergenz der österreichischen Landeswettgesetze mit den Grundsätzen der EuGH-Judikatur muss vor allem darauf verwiesen werden, dass der

⁶⁴⁴ Sowie auch für Angehörige aus anderen österreichischen Bundesländern.

⁶⁴⁵ Etwa *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, *ecolex* 2010, 1006.

⁶⁴⁶ Vgl § 14 Abs 3 GSpG.

⁶⁴⁷ *Simon*, Das Glücksspielrecht nach 2010. Die Ziele der GSpG-Novellen und ihre Einlösung, *wbl* 2011, 414.

⁶⁴⁸ EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Rn 37 f.

⁶⁴⁹ Für deren Anwendung jedoch: *Hasberger/Busta*, Top die Wette gilt nach österreichischem und europäischem Recht, *MR-Int* 2005, 49; *Wilhelm*, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, *ecolex* 2012, 1.

EuGH mehrfach das Recht der Mitgliedsstaaten, das Schutzniveau selbst zu bestimmen, anerkannt hat.⁶⁵⁰ Aufgrund der kompetenzrechtlichen Zuordnung steht in Österreich diese sozialpolitische Entscheidung den Landesgesetzgebern zu. Wenngleich die Ausgestaltung der einzelnen Landesgesetze recht variiert, so beruhen dennoch allesamt auf denselben Schutzgedanken, in erster Linie natürlich dem Jugend- und dem Verbraucherschutz. Fiskalische Interessen spielen dabei eigentlich keine Rolle. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die normierten Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sind und somit im Einklang mit den europäischen Grundsätzen stehen.

VIII. Verbote und Sanktionen

Wenngleich die Landeswettgesetze allesamt Verwaltungsstraftatbestände enthalten, die in unterschiedlicher Intensität inkriminiertes Verhalten, wie etwa das bewilligungslose Anbieten oder Vermitteln von Wetten sowie Verstöße gegen die Jugendschutzbestimmungen, sanktionieren, so sollen im Folgenden nur straf- und zivilrechtliche Aspekte und Folgen besprochen werden. Hinsichtlich des Verwaltungsstrafrechts sei auf die Landeswettgesetze sowie die Ausführungen dazu verwiesen. Auch das Verbot der Doppelbestrafung gelangt zur Anwendung.⁶⁵¹

a. Strafrecht

§ 168 StGB Abs 1 normiert:

„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.“

⁶⁵⁰ So etwa Alber, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 325.

⁶⁵¹ Strejcek/Bresich (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 334 ff; Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² (2006), § 52 Rz 2 ff.

Überschrieben ist die Norm schlicht mit „*Glücksspiel*“. Die hL ist der Ansicht, dass es sich bei diesem um „*ein (abstraktes) Vermögensgefährdungsdelikt mit zusätzlich ausgeprägter Schutzfunktion zu Gunsten öffentlicher Interessen, durch umfassende Verwaltung und Kontrolle von Spielveranstaltungen einerseits die Gefahr sozialschädlicher Ausbeutung der Spiel Leidenschaft zu mindern und andererseits (beträchtliche) Staatseinnahmen zu erzielen*“⁶⁵² handelt. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass sich der Glücksspielbegriff des GSpG mit jenem des § 168 Abs 1 1. Fall StGB deckt, doch ist die Einordnung des Tatbestands in den sechsten Abschnitt des Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs, welcher mit „*Strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen*“ betitelt ist, Indiz dafür, dass nicht nur Eingriffe in das Glücksspielmonopol des Bundes und der damit verbundene fiskalische Aspekt sanktioniert werden sollen, sondern der Kreis der sanktionierten Handlungen noch weiter gezogen werden könnte. Hinsichtlich des Adressatenkreises führen *Schwartz/Wohlfahrt*⁶⁵³ aus, dass § 2 Abs 1 GSpG den Fokus auf den Unternehmer lege, der jedoch als Veranstalter iSd GSpG nicht selbst am Glücksspiel teilnimmt. Diese wirtschaftlich orientierte Auffassung basiere auf dem Telos, die Marktposition des Monopolisten zu schützen, wohingegen der Schutzzweck des § 168 StGB an der Verminderung des Glücksspiels per se liege. Da dieser Schutzgedanke auch auf Wetten zutrifft, ist fraglich, ob auch Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, die ohne die erforderliche Bewilligung des Landesgesetzgebers veranstaltet werden, von § 168 StGB erfasst sind - schließlich stehen Wette und Glücksspiel im Verhältnis der Über- und Unterordnung.

Wer an dieser Stelle meinen möge, § 168 Abs 1 2. Fall StGB „*ausdrücklich verbotene Spiele*“ (die nicht ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen), würde eine Miteinbeziehung der Wette ermöglichen, dem sei gesagt, dass § 168 Abs 1 2. Fall StGB lediglich eine Bezugnahme auf die GlücksspielVO⁶⁵⁴ darstellt, welche jedoch nicht mehr in Geltung steht, und Wetten nicht darunter fallen bzw. fielen. § 168 Abs 1 2. Fall StGB ist eine Blankettstrafnorm, die sowohl auf landes- als auch bundesgesetzliche Spielverbote⁶⁵⁵ abzielt.⁶⁵⁶

⁶⁵² *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006), § 168 Rz 1.

⁶⁵³ *Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339.

⁶⁵⁴ Glücksspielverordnung 1933 BGBl 1933/6; *Seelig*, Das Glücksspielstrafrecht (1923), 165 ff.

⁶⁵⁵ zB das Verbot der Hütchenspiele nach § 30 Abs 1 Z 6 Wr Veranstaltungsgesetz Wr LGBI 1971/12 idF Wr LGBI 2010/56.

⁶⁵⁶ OLG Innsbruck 8.11.1979, 4 Bs 317/79, ÖJZ-LSK 1980, 7.

*Kirchbacher/Presslauer*⁶⁵⁷ vertreten unter Berufung auf *Kienapfel*⁶⁵⁸ die Ansicht, auch organisierte Sportwetten seien Glücksspiele, da Wetten nur dann keine Spiele seien, wenn damit punktuell eine Meinungsverschiedenheit ausgetragen werde. Diese Rechtsauffassung ist mE verfehlt, da sie nicht an die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Wette und (Glücks)Spiel anknüpft, sondern dieser klar widerspricht. § 1272 ABGB normiert wörtlich „*Jedes Spiel ist eine Art von Wette*“ und klärt damit das Über- und Unterordnungsverhältnis zugunsten der Wette. Eine dem klaren Gesetzeswortlaut gegenteilige Interpretation ist nicht angebracht.

*Leidenmüller/Plöckinger*⁶⁵⁹ führen aus, sämtliche auf den zahlreichen Websites angebotenen Sportwetten erfüllten den Glücksspielbegriff des § 168 StGB, und verweisen auf die Judikatur des EuGH in der RS *Zenatti* und auf die Rechtsprechung der deutschen Gerichte.⁶⁶⁰ Dazu sei festgehalten, dass der EuGH in der zitierten Rz 19 tatsächlich ausgesprochen hat, dass „*die im Ausgangsverfahren streitigen Wetten als Glücksspiele angesehen werden (...)*“ müssen, der EuGH in der vorangehenden Rz 18 aber ebenso klar festgestellt hat: „*Im vorliegenden Fall hingegen bieten Wetten über Sportwettkämpfe wie reine Glücksspiele, mit denen sie im übrigen nicht gleichgestellt werden können, als Gegenleistung für einen Einsatz eine Chance auf einen Geldgewinn.*“ Im Ergebnis bedeutet dies also das genaue Gegenteil! Ebenso scheint es mE zweifelhaft, ob die Berufung auf die deutsche Rspr ein geeignetes Instrumentarium zur Auslegung österreichischer Normen ist, zumal der deutsche Gesetzgeber seit jeher einen völlig anderen Zugang zur Materie hat.

Auch *Fabrizy*⁶⁶¹ ist der Ansicht, dass Wetten keine Glücksspiele iSd § 168 StGB seien und begründet dies im Wesentlichen mit dem fehlenden Tatbestandselement der Zufallsbedingtheit. *Mayerhofer*⁶⁶² bezieht keine klare Position, weist aber treffend darauf hin, dass „*Spiele, bei denen es weniger auf den Zufall als auf Berechnung, Kombinationsgabe oder Routine des Spielers ankommt*“, nicht unter den Glücksspielbegriff zu subsumieren seien.

⁶⁵⁷ *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006), § 168 Rz 2.

⁶⁵⁸ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II (2003), §168 Rz 10.

⁶⁵⁹ *Leidenmüller/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele. Eine straf- und unionsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006, 55.

⁶⁶⁰ BVerwG, BVerGE 114, 92 (94); BGH, NJW 2002, 2175.

⁶⁶¹ *Foregger/Fabrizy*, Strafgesetzbuch Kurzkommentar¹⁰ (2010), § 168 StGB Rz 1.

⁶⁶² *Mayerhofer* (Hrsg), Das Österreichische Strafrecht, §168 StGB Rz 1c).

ME ist wäre es zwar aus rechtspolitischen Gründen durchaus sinnvoll, Wetten aufgrund ihres sozialen Schädigungspotentials in den Anwendungsbereich des § 168 StGB mit einzubeziehen, doch ist der hL, die dies mit den Mitteln der Interpretation versucht, nicht zuzustimmen. Dagegen spricht aus meiner Sicht neben der klaren Trennung von Wette und Spiel vor allem die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Jahr 1996 den Tatbestand der Ketten- und Pyramidenspiele (§168a StGB) eingeführt hat⁶⁶³, um § 168 StGB zu ergänzen. Dabei wäre es ein Leichtes gewesen, entweder die strittige Anwendbarkeit des § 168 StGB auf Wetten klarzustellen oder einen weiteren Sondertatbestand einzuführen. Dies ist nicht geschehen, weshalb man auch dem Gesetzgeber nicht einen solchen Willen unterstellen darf.⁶⁶⁴

b. Zivilrecht

Freilich zeitigt der (rechtswidrige) Wettabschluss auch zahlreiche zivilrechtliche Folgen. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt oder es sich um einen „schlichten“ Mangel des Glücksvertrages handelt.

b.1. Verstoß gegen gesetzliche Verbote

Grundsätzlich ist immer von der Ungültigkeit des infrage stehenden Glücksvertrages auszugehen, wenn dessen Gültigkeit den Verbotszweck vereiteln würde.⁶⁶⁵ Insbesondere wenn die Wette zu unerlaubtem Verhalten anregt ist sie selbst unerlaubt und daher ungültig.⁶⁶⁶ Dazu zählen neben Wetten mit gesetzwidrigem Inhalt auch solche mit sittenwidrigem Inhalt iSd § 879 ABGB; etwa die Wette darauf, jemanden zu verprügeln, zu verführen, etc.⁶⁶⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Wette an sich nicht gegen explizite gesetzliche Wettverbote, im Konkreten gegen die landesgesetzliche, verstoßen würde. Ebenso nichtig iSd § 879 ABGB sind Wetten, deren Wettpreis höchstpersönliche Rechte eines Wettenden, etwa Namensrechte, zum Gegenstand haben. *Krejci* vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass dies nicht nur den Entfall des Wettpreises bzw die Nichtigkeit der Abrede des Wettpreises bewirke, sondern den gesamten Glücksvertrag nichtig mache, da dieser wesentlicher Bestandteil der Wette

⁶⁶³ BGBl 1996/762.

⁶⁶⁴ Interessanterweise war § 168a StGB in der Regierungsvorlage, ErläutRV 33 BlgNR XX.GP, noch nicht enthalten.

⁶⁶⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002), § 1274 Rz 62.

⁶⁶⁶ *Wolff* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954)², 990.

⁶⁶⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002), § 1274 Rz 64.

ist.⁶⁶⁸ Hingegen seien Wetten über gesetz- oder sittenwidriges Verhalten zulässig, sofern sie nicht zu diesem anregen. Beispielsweise, wenn darauf gewettet wird, ob ein bestimmtes Verbrechen von einem unbekannten Dritten innerhalb des nächsten Jahres begangen werden wird. ME muss hier im Einzelfall anhand einschlägiger gesellschaftlicher Moralgrundsätze, welche die Judikatur herausgearbeitet hat, entschieden werden. Ebenso beachtlich sind Wettverbote aufgrund von „Sittenwidrigkeit“, die bereits Eingang in Landeswettgesetze befunden haben. Hierbei handelt es sich jedoch um Gesetzesverstöße und nicht um Verstöße gegen sie guten Sitten iSd § 879 ABGB, mag auch die Konsequenz dieselbe sein.

b.2. Sonstige Willensmängel

Neben Verstößen gegen gesetzliche Verbote, die Nichtigkeit bewirken, kommen auch die Anfechtungstatbestände des ABGB zur Anwendung. So etwa die Anfechtung des Glücksvertrages wegen Irrtums nach § 871 ABGB. Dies darf jedoch nicht dazu führen, sich dem ursprünglich eingegangenen Wagnis zu entziehen, weshalb der praktische Anwendungsbereich der Irrtumsanfechtung eher gering sein wird. Wesentlich praxisrelevanter ist es um die Anfechtung wegen List (und Drohung) bestellt. Entscheidend ist dabei, inwieweit etwa Kenntnis über vertragskonnexe Umstände einer Partei einen unbilligen Vorteil verschaffen, denn Verheimlichung der den Wettausgang bestimmenden Umstände durch den Gewinner stellt jedenfalls einen Anfechtungsgrund dar, sofern der Verlierer nicht in die Unkenntnis eingewilligt hat. Doch selbst das Verheimlichen schadet nicht, wenn der Wettausgang subjektiv ungewiss bleibt.⁶⁶⁹ Täuscht hingegen der Verlierer den Gewinner über Umstände, so liegt Schenkung vor. Auch in diesem Fall ist der gewinnende Vertragspartner zur Anfechtung berechtigt. Theoretisch denkbar ist weiters eine Anfechtung wegen Wuchers, doch muss dabei natürlich das aleatorische Vertragselement besonders berücksichtigt werden. Zur Anfechtbarkeit wegen *laesio enormis* siehe oben.

Eine spezielle Konstellation stellt die unerlaubte Beeinflussung des der Wette zugrunde liegenden Ereignisses dar. Hierbei ist einerseits zwischen negativer und positiver Beeinflussung zu unterscheiden, andererseits ob die Beeinflussung durch einen Wettteilnehmer oder einen Dritten erfolgt. Unterlässt der zur Setzung eines bestimmten Verhaltens verpflichtete Wett-

⁶⁶⁸ *Krejci aaO*. Dagegen: *Wolff aaO*, der in diesem Fall nur von der Ungültigkeit der Abrede des Wettpreises ausgeht.

⁶⁶⁹ *Binder in Schwimann, ABGB*³ (2006), § 1270 Rz 3.

teilnehmer dieses, so verliert er die Wette.⁶⁷⁰ Der Eintritt bzw Nichteintritt des Erfolgs wird fingiert. Entsprechendes gilt umgekehrt für die Beeinflussung durch aktives Tun, soweit dies nicht Teil des Wettinhalts ist.⁶⁷¹ Messen sich daher die Wettenden in einem sportlichen Wettkampf und schließen über dessen Ausgang eine Wette ab, so schadet dies natürlich nicht.

Wesentlich spannender ist die rechtliche Konsequenz bei Beeinflussung durch Dritte, Unkenntnis der Wettenden vorausgesetzt. Die Rede ist von Wettbetrug und Doping. Spätestens mit dem Fall „Hoyzer“⁶⁷² in Deutschland erfuhr die allgemeine Bewusstseinsbildung hinsichtlich der Notwendigkeit der Schaffung geeigneter Instrumente zur Kriminalitätsbekämpfung im Sportbereich Auftrieb. Denn Manipulation bei Sportwetten⁶⁷³ ist in unserer Zeit leider allgegenwärtig, wie zahlreiche Medienberichte belegen. Während aber durch stete Erweiterung der Sanktionen⁶⁷⁴ gegen die Teilnehmer dieser Betrugsszenarien versucht wird, den Sport wieder „sauber“ zu machen, so hat es der Gesetzgeber bisher unterlassen, die zivilrechtlichen Folgen für jene, die nicht direkte Teilnehmer des Sportereignisses sind, einer Regelung zuzuführen. Wolff⁶⁷⁵ führt zum Doping aus, dass dies zur Folge habe, dass der dadurch herbeigeführte Erfolg als nicht herbeigeführt zu gelten habe, der Wettvertrag aber nicht ungültig sei, sondern nur der Erfüllungsversuch unredlich erfolgt sei. ME kann dies nicht für die Beeinflussung durch unabhängige Dritte gelten, weil das schädigende Verhalten keiner der Vertragsparteien zuzurechnen ist. Vielmehr muss auf die Irrtumsanfechtung bzw die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden. Beizupflichten ist in diesem Zusammenhang Pirnat, die richtigerweise ausführt, dass selbst die allgemeine Kenntnis über den weit verbreiteten Dopingmissbrauch in der Sportwelt nicht automatisch dazu führen darf, dass von vornherein von einem rechtswidrigen Missbrauch oder einer Manipulation durch die Teilnehmer des Wettkampfes ausgegangen werden muss.⁶⁷⁶ Vielmehr sei die Annahme, sämtliche Teilnehmer des Wettkampfes würden sich an die Spielregeln halten, wodurch sie sich ihrerseits mit der Anmeldung verpflichten, Grundlage für von Dritten abgeschlossene Wettverträge. Meiner Meinung nach würde eine gegenteilige Ansicht den Grundsätzen der gesamten Rechtsordnung zuwiderlaufen, da derartige Fälle der Manipulation sogar strafrechtlich sankti-

⁶⁷⁰ GIU 2759; GIUNF 2172.

⁶⁷¹ Wolff aaO.

⁶⁷² BGH 15.12.2006, BGHSt 51, 165 ff.

⁶⁷³ Adams/Rock, Sportwetten und Spielmanipulation, ZfWG 2010, 381.

⁶⁷⁴ Vgl Anti-Doping-Bundesgesetz 2007 BGBl 2007/30 idF BGBl 2009/146; § 147 Abs 1a StGB (Sportbetrug).

⁶⁷⁵ Wolff aaO.

⁶⁷⁶ Pirnat, Zum Sportbetrug, JSt 2010, 165.

oniert sind. Hingegen macht es freilich Sinn, im Rahmen des Wettvertrags genau zu definieren unter welchen Umständen der Erfolg als eingetreten zu werten ist.⁶⁷⁷

b.3. Rückforderung von Wetteinsätzen wegen Spielsucht

Im Gegensatz zum GSpG, das in seinem heftig umstrittenen⁶⁷⁸ § 25 Abs 3 eine haftungsrechtliche Sondernorm enthält, die unter gewissen Umständen zur Rückforderung von Spieleinsätzen berechtigt, und nach herrschender Ansicht eine Vertragsanfechtung ausschließt, steht Wettenden die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung infolge einer Anfechtung wegen Willensmängeln zweifelsfrei offen.

Konsequent weitergedacht muss dies auch für jene Fälle gelten, in denen Spielsüchtige iSd Definition der ICD-10-Klassifikation⁶⁷⁹ Wettverträge eingehen. Fraglich und Gegenstand heftiger Diskussion ist in diesem Zusammenhang, ob man Spielsucht mit Geschäftsunfähigkeit gleichsetzen kann. Während Geschäftsunfähigkeit jedenfalls zur Vertragsanfechtung berechtigt, und zwar egal ob die Wette gewonnen oder verloren wurde, so ist dies bei Spielsucht nicht hinreichend geklärt. Die Grenzziehung ist freilich schwierig. *Binder* bemerkt dazu treffend: „Es kann nun dem Spielsüchtigen nur dann ein Sachwalter bestellt werden, wenn er ein krankheitsbedingt Getriebener ist. Wer sich auf Grund seiner Lebensphilosophie aus materiellen Dingen nichts macht oder nach dem Prinzip des "Carpe diem" lebt und aus dieser Motivation sein Vermögen in den Casinos verschleudert, kann auch dann nicht unter Kuratel gestellt werden, wenn er oder seine Familie dadurch zum Fürsorgefall wird.“⁶⁸⁰ Nach *Fenz*⁶⁸¹ muss zur Spielsucht noch eine schwere psychische Störung hinzutreten, um den Verlust der Geschäftsfähigkeit zu bewirken. Einen denkmöglichen Ausweg könnte § 879 Abs 2 Z 4 2.Fall ABGB (Zwangslage) bieten, da dieser nicht an die Geschäftsfähigkeit anknüpft.

⁶⁷⁷ Vgl etwa das Wettreglement von Bwin, https://help.bwin.com/General/Legal/sportsbook_tac.aspx (28.9.2012).

⁶⁷⁸ Vgl *Vonkilch*, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem „Auspielungsbesteuerungsänderungsgesetz“ – Rien ne vas plus?, ÖJZ 2006, 30; *Wilhelm*, Casino Royale. Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, *Bydlinski*, Spielerschutz im Glücksspielrecht: Gesetzgebung contra Rechtsprechung und umgekehrt. Bemerkungen anlässlich OGH 25.3.2010, 2 Ob 252/09m, ÖJZ 2010, 73.

⁶⁷⁹ Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der WHO.

⁶⁸⁰ *Binder*, Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht, ÖJZ 1998, 175.

⁶⁸¹ *Fenz*, *CliniCum psy* 6/2006, 22; *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009) 270 f.

IX. Conclusio

Die vorliegende Arbeit analysiert das Rechtsinstitut der Wette aus Anlass sportlicher Veranstaltungen aus der Sicht des Zivilrechts sowie des öffentlichen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der europarechtlichen Judikatur. Dabei wurde zunächst der Wettbegriff als Rechtsbegriff untersucht und letztlich unter Zugrundelegung der verschiedenen Lehrmeinungen und Judikaten einer abschließenden Definition zugänglich gemacht. Daran anknüpfend lassen sich nachstehende Ergebnisse festhalten:

1. Wenngleich dabei auch einige verwaltungsrechtliche Normen gewisse Einflusswirkung haben, so konnte festgestellt werden, dass die kompetenzrechtliche Einordnung in erster Linie durch Anknüpfung an den zivilrechtlichen Wettbegriff erfolgt.
2. Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen sind unter den Kompetenztatbestand des Art 15 Abs 3 B-VG zu subsumieren und somit in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache. Bis auf das Burgenland und Wien haben sämtliche Bundesländer das Recht der Sportwetten aus Anlass sportlicher Veranstaltung in Landesgesetzen geregelt, wobei die westlichen Bundesländer einen vergleichsweise restriktiven Regelungsansatz verfolgen. Das Burgenland und Wien nehmen insofern Sonderstellungen ein, als in diesen das noch aus der ersten Republik stammende Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens de facto unverändert weitergilt, dessen Wurzeln bis in die Monarchie reichen.
3. Im Zusammenhang mit dem Anbieten von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen über das Internet von einem anderen Bundesland oder dem Ausland aus sind die landesgesetzlichen Bestimmungen im Sinne des Auswirkungsprinzips zu interpretieren, was im Zweifel zu einer Bewilligungspflicht im jeweiligen Bundesland führt. Auch wenn gute Argumente gegen die Annahme einer solchen sprechen, so würde die Negierung der Bewilligungspflicht eine Aushebelung der sozialpolitischen Zielsetzungen der Landesgesetzgeber bewirken, die sich vor dem Hintergrund der anteilmäßigen Gewichtung von Wettabschlüssen über das Internet nicht rechtfertigen ließe und darüber hinaus Wettbewerbsverzerrungen zeitigen würde.

4. An Punkt 3. anknüpfend sind europäische Harmonisierungstendenzen, sollten sie der unionsweiten Anhebung des Schutzniveaus dienen, durchaus zu begrüßen. Ob der dezidierten Ausnahme vom Anwendungsbereich der DienstleistungsRL ist eine baldige Harmonisierung jedoch nicht zu erwarten und wohl auch nicht vom politischen Willen der Mitgliedsstaaten getragen. Dennoch hat der EuGH eine stringente Judikaturlinie den gesamten Glücksspielsektor betreffend, dem er auch den Bereich der Sportwetten zuordnet, entwickelt und dadurch auch den Rahmen nationaler Normen vorgegeben. Im Hinblick auf die Zulässigkeit nationaler Beschränkungen der Grundfreiheiten sind vor allem die immer gleichen Schlagworte der *systematischen* und *kohärenten* Eignung dieser Normen, den Spieltrieb zu reduzieren, hervorzuheben. Daran gemessen erfüllen die österreichischen landesrechtlichen Wettnormen, welche allesamt eine Bewilligungspflicht für das Anbieten und die Vermittlung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen vorsehen, die europarechtlichen Vorgaben.

5. Das bewilligungslose Anbieten und die Vermittlung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen erfüllen nicht den Straftatbestand des § 168 StGB, da sich dieser am bundesgesetzlich geregelten Glücksspielbegriff orientiert. Eine Miteinbeziehung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Ausklammerung verwandter Themenkomplexe

Abschließend soll auf zwei wesensnahe Materien hingewiesen werden, deren Behandlung in ähnlich detaillierter Form den Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt hätte. Da auch sie wesentlichen Einfluss auf das Wett- und Glücksspielrecht im weiteren Sinn haben, verdienen sie wenigstens an dieser Stelle eine Erwähnung. Die Rede ist von den Jugendschutzbestimmungen der Länder, die eine starke Verschränkung mit den Landeswettgesetzen aufweisen und zum Teil in diese übernommen wurden, sowie vom Steuerrecht. Wenngleich ich hinsichtlich der letztgenannten Rechtsmaterie noch die Worte eines Wiener Professors für Steuerrecht im Ohr habe, dass letztlich immer das Steuerrecht über Sinn und Unsinn rechtlicher Schritte entscheide, so überlasse ich die fiskalische Untersuchung der Sportwette gerne Anderen.

Quellenverzeichnis

1. Judikatur

- VfGH 19.11.1932, V 5/32, VfSlg 1477/1932.
- VfGH 23.6.1989, B 588/89, VfSlg 12.111.
- VfGH 12.12.1996, G 36/95, VfSlg 14.715.
- VfGH 1.10.2001, G24/01, VfSlg 16.193.
- VfGH 28.11.2003, KR1/00, VfSlg 17.065.
- VfGH 1.3.2004, G110/03, VfSlg 17.150.
- VfGH 8.6.2005, G163/04, VfSlg 17.555.

- VwGH 25.7.1990, 86/17/0062.
- VwGH 27.3.1991, 90/10/0189.
- VwGH 27.4.2012, 2008/17/0175.
- VwGH 30.1.1992, 91/17/0127.
- VwGH 8.9.2005, 2000/17/0201.
- VwGH 11.12.1996, 96/03/0251.
- VwGH 14.10.1998, 97/01/1092.
- VwGH 18.12.1995, 95/16/0047.
- VwGH 20.9.1996, 95/17/0017.
- VwGH 23.12.1991, 89/17/0258.

- OGH 14.11.1951, 1 Ob 772/51, SZ 24/306.
- OGH 10.9.1954, 3 Ob 273/54, SZ 27/222.
- OGH 23.9.1959, SZ 32/114 = 6 Ob 217/59.
- OGH 9.10.1962, 8 Ob 300/62.
- OGH 3.4.1974, 5 Ob 12/74 = ÖJZ 1974/233.
- OGH 22.1.1987, 8 Ob 604/86.
- OGH 30.5.1994, 1 Ob 515/94.
- OGH 26.11.1996, 1 Ob 639/95 = ÖJZ 1997/94.
- OGH 24.9.1997, 5 Ob 2201/96d.
- OGH 25. 8. 1998, 1 Ob 81/98p.
- OGH 30.10.1998, 1 Ob 107/98m.
- OGH 14.7.1999, 7 Ob 140/99k = ecolex 1999, 332.
- OGH 28. 3. 2001, 9 Ob 134/00x.

- OGH 26.4.2007, 2 Ob 251/06k = ÖJZ 2007/135.
- OGH 26.9.2007, 7 Ob 137/07h = ecolex 2008/7.
- OGH 19.2.2009, 6 Ob 13/09v.

- EvBl 1957/190 S 265 = OGH 27.2.1957, 3 Ob 42/57.
- EvBl 1983/142.

- GIU 262.
- GIU 1078.
- GIU 2759.
- GIU 6068.
- GIU 6068.
- GIU 15.898.
- GIUNF 818.
- GIUNF 2.170
- GIUNF 2170.
- GIUNF 2172.
- GIUNF 2172.
- GIUNF 6287.
- GIUNF 7329.

- OLG Innsbruck 8.11.1979, 4 Bs 317/79, ÖJZ-LSK 1980,7.

- HG Wien 26.2.1985, 1R 29/85.

- UFS Graz 12.3.2010, RV/0600-G/08.

- EuGH 5.2.1963, RS 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg 1963,1.
- EuGH 15.7.1964, RS 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1141.
- EuGH 17.12.1970, RS 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125.
- EuGH 30.4.1974, RS 155/73, *Sacchi*, Slg 1974, 409.
- EuGH 21.6.1974, RS 2/74, *Reyners*, Slg 1974, 613 ff.
- EuGH 3.12.1974, RS 33/74, *van Binsbergen*, Slg 1974, 1299.
- EuGH 12.12.1974, RS 36/74, *Walrave*, Slg 1974, 01405.
- EuGH 14.7.1976, RS 13/76, *Dona*, Slg 1976, 1333.
- EuGH 9.3.1978, RS 106/77, *Simmenthal (II)*, Slg 1978, 629.
- EuGH 18.3.1980, RS 52/79, *Debauve*, Slg 1980, 833.

- EuGH 18.3.1980, RS 62/79, *Coditel I*, Slg 1980, 881.
- EuGH 6.10.1982, RS 262/81, *Coditel II*, Slg 1982, 3381.
- EuGH 15.12.1983, RS C-5/83, *Rienks*, Slg 1983.
- EuGH 26.4.1988, RS 352/85, *Bond van Adverteerders*, Slg 1988, 2085.
- EuGH 27.9.1988, RS 81/87, *Daily Mail*, Slg 1988, 05483, SchIA GA *Darmon* 7.6.1988.
- EuGH 19.6.1990, RS C-213/89, *Factortame*, Slg 1990, I-02433.
- EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039, SchIA GA *Gulmann*.
- EuGH 24.3.1991, RS C-275/92, *Schindler*, Slg 1994, I-01039.
- EuGH 25.7.1991, RS C-76/90, *Säger*, Slg 1991, I-4221.
- EuGH 25.7.1991, RS C-221/89, *Factortame ua*, Slg 1991, I-03905.
- EuGH 19.11.1991, RS C-6/90 und RS C-9/90, *Frankovich*, Slg 1991, I-5357.
- EuGH 30.3.1993, RS C-168/91, *Konstantinidis*, Slg 1993, I-01191.
- EuGH 10.5.1995, RS C-384/93, *Alpine Investments*, Slg 1995, I-1141.
- EuGH 30.11.1995, RS C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165.
- EuGH 20.6.1996, RS C-418/93, *Semeraro Casa Uno ua*, Slg 1996, I-2975 ff.
- EuGH 23.10.1997, RS C-158/94, *Kommission/Italien*, Slg 1997, I-5789.
- EuGH 19.1.1999, RS C-348/96, *Calfa*, Slg 1999, I-11.
- EuGH 21.9.1999, RS C-124/97, *Läärä*, Slg 1999, I-06067.
- EuGH 21.10.1999, RS C-67/98, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289.
- EuGH 18.11.1999, RS C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, 8121.
- EuGH 13.4.2000, RS C-251/98, *Baars*, Slg 2000, I-02787.
- EuGH 3.10.2000, RS C-58/98, *Corsten*, Slg 2000, I-7919.
- EuGH 11.7.2002, RS C-294/00, *Gräbner*, Slg 2002, I-06515.
- EuGH 5.11.2002, RS C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919.
- EuGH 10.9.2003, RS C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155.
- EuGH 11.9.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621.
- EuGH 11.9.2003, RS C-6/01, *Anomar*, Slg 2003, I-8621, SchIA GA *Tizzano*, 11. 2. 2003.
- EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031, SchIA GA *Alber*, 13.3.2003.
- EuGH 6.11.2003, RS C-243/01, *Gambelli*, Slg 2003, I-13031.
- EuGH 11.12.2003, RS C-215/01, *Schnitzer*, Slg 2003, I-14847.
- EuGH 5.2.2004, C-442/02, *CaixaBank*, Slg 2004, I-8961.
- EuGH 21.7.2005, RS C- 231/03, *Coname*, Slg 2005, I-7287.
- EuGH 3.10.2006, RS C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg 2006, I-9521.
- EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891, SchIA GA *Colomer*, 16.5.2006.
- EuGH 6.3.2007, RS C-338/04, *Placanica*, Slg 2007, I-1891.
- EuGH 3.6.2009, RS C-203/08, *Sporting Exchange*, Slg 2010, I-0000.
- EuGH 3.6.2009, RS C-258/08, *Ladbrokes*, Slg 2010, I-0000, SchIA GA *Bot*, 17.12.2009.

- EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633, SchIA GA Bot 14.10.2008.
- EuGH 8.9.2009, RS C-47/07, *Liga Portuguesa*, Slg 2009, I-7633.
- EuGH 26.1.2010, RS C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, Slg. 2010, I-0000.
- EuGH 8.7.2010, RS C-447/08, *Sjöberg*, Slg 2010, I-06921.
- EuGH 8.7.2010, RS C-448/08, *Gerdin*, Slg 2010, I-06921.
- EUGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069, SchIA GA Mengozzi, 4.3.2010.
- EUGH 8.9.2010, RS C-316/07, *Stoß*, Slg 2010, I-08069.
- EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015, SchIA GA Bot, 26.1.2010.
- EuGH 8.9.2010, RS C-409/09, *Winner Wetten*, Slg 2010, I-08015.
- EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149, SchIA GA Mengozzi, 4.3.2010.
- EuGH 8.9.2010, RS C-46/08, *Carmen Media*, Slg 2010, I-08149.
- EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I- 08219, SchIA GA Mazák, 23.2.2010.
- EuGH 9.9.2010, RS C-64/08, *Engelmann*, Slg 2010, I- 08219.
- EuGH 15.9.2011 RS C-347/09, *Dickinger und Ömer*, noch nicht in der amtl. Slg.

- EFTA-Gerichtshof 14.3.2007, RS E-1/06.
- EFTA-Gerichtshof 30.5.2007, RS E-3/06, *Ladbrokes*.

- BVerfG 28. 3. 2006, 1 BvR 1054/01.
- BVerfG 2. 8. 2006, 1 BvR 2677/04.
- BVerwG, BVerGE 114, 92 (94).
- BGH 28. 11. 2002, 4 StR 260/02.

2. Gesetze, Verordnungen und Erlässe

(Österreich / Europa)

- Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum BGBl 1993/910.
- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl I 2010/58.
- Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51 idF BGBl 2011/100.
- Anti-Doping-Bundesgesetz 2007 BGBl 2007/30 idF BGBl 2009/146.
- Bankwesengesetz BGBl 1993/532 idF BGBl 1998/126.
- Bankwesengesetz BGBl 1993/532 idF BGBl I 2009/22.
- Börsegesetz BGBl 1989/555 idF BGBl 2009/22.
- Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF 1929 BGBl 1930/1 idF BGBl 2010/98.
- Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt zur Europäischen Union BGBl 1994/744.
- Bundes-Verfassungsgesetznovelle BGBl 1925/268.
- E-Commerce-Gesetz BGBl 2001/521.

- Einführungsgesetz zur Exekutionsordnung BGBl 1953/6 idF BGBl 1999/191.
- Exekutionsordnung RGBL 1896/79 idF BGBl 2005/68.
- Finanzstrafgesetz BGBl 1958/129 idF BGBl 2012/51.
- Gesetz vom 14.11.1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern StGBI 1918/24.
- Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens StGBI 1919/388 idF StGBI 1920/193.
- Gewerbeordnung 1994 BGBl 1994/194.
- Glücksspielverordnung 1933 BGBl 1933/6.
- Kaiserliches Patent vom 20.12.1859, RGBL 1859/227.
- Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140 idF BGBl 2011/100.
- Sporttötengesetz BGBl 1949/55.
- Strafgesetz 1852 idF StGBI 1920/286.
- Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idF BGBl 2010/111.
- Strafrechtsänderungsgesetz 1996 BGBl 1996/762.
- Übergangsgesetz 1920 BGBl 1920/2.
- Umsatzsteuergesetz 1994 BGBl 1994/663 idF BGBl 2012/53.
- Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 StGB 1945/4.
- Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.6.2008, vormals Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 , ABl EG 1980 L 266/1, BGBl III 1998/208 (EVÜ).
- Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABl EG 2008 Nr C 115 S 47.
- Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBl 1991/52 idF BGBl 2008/3.
- Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBl 1991/52 idF BGBl 2012/50.
- Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Finanzen vom 29.4.1920 zur Durchführung der Gesetze über die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten StGBI 1920/194.
- Wertpapiertaufsichtsgesetz 2007 BGBl 2007/107 idF BGBl 2009/66.
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBl 1980/40.

- RL 2004/38/EG vom 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen.
- RL 2005/36/EG.
- RL 2006/123/EG vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

- BMF 28.1.2000, GZ 261100/70-V/14/00.

- Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens StGBI 1919/388 idF Wr. LGBI 1997/05.
- Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens StGBI 1919/388 idF Wr. LGBI 2001/24.
- Wiener Veranstaltungsgesetz Wr. LGBI 1971/12 idF Wr. LGBI 2008/25.
- Wiener Veranstaltungsgesetz Wr. LGBI 1971/12 idF Wr. LGBI 2010/56.

- Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher Nö. LGBI 1978/210 idF Nö. LGBI 2011/88.
- Niederösterreichisches Jugendgesetz Nö. LGBI 1983/2 idF Nö. LGBI 2012/58.
- Niederösterreichisches Spielautomatengesetz Nö. LGBI 82/105 idF NÖ. LGBI 06/63.

- Oberösterreichisches Spielapparate- und Wettgesetz, Oö. LGBI 2007/106 idF Oö. LGBI 2011/4.
- Oberösterreichisches Veranstaltungsgesetz 1992, Oö. LGBI 1992/75.

- Salzburger Gesetz über die Buchmacher und Totalisateure Sbg. LGBI 1995/17 idF Sbg. LGBI 2010/51.

- Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden Vbg. LGBI 2003/18.
- Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden Vbg. LGBI 2003/18 idF Vbg. LGBI 2005/27.
- Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden Vbg. LGBI 2003/18 idF Vbg. LGBI 2008/1.
- Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten sowie die Vermittlung von Wettkunden Vbg. LGBI 2003/18 idF Vbg. LGBI 2012/9.

- Gesetz vom 1.7.2003 über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten im Land Steiermark Stmk. LGBI 2003/79.
- Steiermärkisches Wettgesetz Stmk. LGBI 2009/79 idF Stmk. LGBI 2010/81.
- Steiermärkisches Veranstaltungsgesetz Stmk. LGBI 1969/192 idF Stmk. LGBI 2008/52.

- Kärntner Bauordnung 1996 Ktn. LGBI 1996/62 idF Ktn. LGBI 2005/77.
- Kärntner Veranstaltungsgesetz Ktn. LGBI 1997/95 idF Ktn. LGBI 2008/22.
- Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz – K-TBWG Ktn. LGBI 1996/68 idF Ktn. LGBI 2009/10.
- Verordnung der Landesregierung über Informationen für Wettkunden sowie die Festlegung von Beratungs- und Abklärungseinrichtungen Vbg. LGBI 2012/36.

- Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz Tir. LGBI 2002/58 idF Tir. LGBI 2011/110.
- Tiroler Veranstaltungsgesetz 2003 Tir. LGBI 2003/86 idF Tir. LGBI 2012/94.

3. Gesetzesmaterialien

- ErIRV 1187 BlgNR 20. Sess GP 32.
- ErIRV 1546 BlgNR 18. Sess GP 6.
- ErIRV 33 BlgNR GP 20.
- ErIRV Verf-179/1/1996.
- Motivenbericht des Amts der Nö. LReg, I/2-258/4-1978.
- AB 1279/2007 LT (Öö.) 42 GP 26 RV 1111/2007.
- 168 BlgLT (Stmk.) GP 24.
- 124 BlgLT (Sbg.) 1. Sess GP 11.
- 7/230 BlgLT (Tir.) 24. Sess GP 13.
- 7/403 BlgLT (Tir.) 36. Sess GP 14.
- 8/6 BlgLT (Tir) 18.Sess GP 15.
- 79 BlgLT (Vbg.) GP 27.
- 135 BlgLT (Vbg.) GP 29.

- KOM(2004)0002-C5-0069/2004-2004/001(COD).
- KOM/2004/0002 endg/2-COD 2004/0001.

4. Literatur

- *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht I (1997).
- *Adams/Rock*, Sportwetten und Spielmanipulation, ZfWG 2010, 381.
- *Aigner*, Verlagerung des Ortes sonstiger Leistungen bei Sportwetten und Glücksspielumsätzen, taxlex 2010, 195.
- *Alber*, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 325.
- *Altenburger*, Hyperlinks – Haftung für fremde Inhalte (2004), 88 ff.
- *Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union*, Gambling in the Single Market – A Study of the Current and Market Situation – an pan European community market review (1991).
- *Auer/Loimer*, Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, 613.
- *Bamberger/Hauptmann*, Zivilrechtliche Aspekte der Immobilienverlosung, immolex 2009, 70.
- *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2000), § 89 Rz 1.

- *Binder*, Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht, ÖJZ 1998, 175.
- *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997, 653.
- *Bresich/Klingenbrunner*, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59.
- *Burgstaller*, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, RZ 2004, 214.
- *Bußjäger*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber individuellen Verwaltungsakten, ecolex 2000, 74.
- *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrations-schranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur des EuGH, ÖJZ 2008, 34.
- *Bydlinski*, Spielerschutz im Glücksspielrecht: Gesetzgebung contra Rechtsprechung und umgekehrt. Bemerkungen anlässlich OGH 25.3.2010, 2 Ob 252/09m, ÖJZ 2010, 73.
- *Carsten Siara*, Sportwetten aus der Sicht privater Fernsehveranstalter. Zur Rechtslage in Deutschland, MR-Int 2005, 111.
- *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz (2008) 2.Lfg.
- *Dietlein*, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 327.
- *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hrsg), Glücksspielrecht (2008).
- Duden 7, Etymologie, Mannheim (1963).
- *Ebensperger*, Die Verbreitung von NS-Gedankengut im Internet und ihre strafrechtlichen Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung des E-Commerce-Gesetzes, ÖJZ 2002, 132.
- *Ehrenzweig*, Österreichische Gesetzeskunde I (1911), 547.
- *Ennöckl*, Wenn Richter Unionsrecht aufheben: EU-Rechtsstaat kommt einen Schritt voran, Die Presse 15.11.2010.
- *Ennuschat*, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 329.
- *Fenz*, CliniCum psy 6/2006, 22.
- *Foregger/Fabrizy*, Strafgesetzbuch Kurzkommentar¹⁰ (2010).
- *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁵ (2002).
- *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hrsg), Glücksspiel in Deutschland, Ökonomie, Recht, Sucht (2008).
- *Göth*, ÖTOB-Indexoptionsgeschäfte aus der Sicht des § 33 TP 17 GebGm ÖBA 1992, 701.
- *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union I (2008).
- *Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273.
- *Griller/Reindl*, Die Unvereinbarkeit des Österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZfV 1998/3, 234.
- *Grubmüller*, Glücksvertrag: Die (Buchmacher-)Wette – Inhalt und Grenzen eines lange vergessenen Vertrags. Die durch die gebotene Quote zum Ausdruck gebrachte Wahrscheinlichkeit als wesentliches Kriterium, SWK 2011, W 159.
- *Hafner*, Wahrscheinlichkeitsrechnung und Statistik (1989).

- *Hasberger/Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis. Erfordernis landesrechtlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.
- *Hasberger/Busta*, Top die Wette gilt nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49.
- *Hauser*, Anti-Doping-Bundesgesetz 2007 - Handlungsbedarf für Österreichs Sportverbände!, AnwBl 2008, 205.
- *Heller*, Kommentar zur Gewerbeordnung und zu ihren Nebengesetzen II. (1912).
- *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht II² (2007).
- *Honsell*, Glosse zu OGH 26.7.1990, 8 Ob 680/89, JBl 1991, 524.
- *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006).
- *immolex* 2002/32, VwGH 29. 11. 2000, 95/13/0004.
- *Kerschner*, Der OGH auf dem Weg zur Saldotheorie?, JBl 1988, 625 ff.
- *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht Allgemeiner Teil⁹ (2001).
- *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II (2003).
- *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954)².
- *Klicka in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung (2008)².
- *Koenig/Ciszewski*, Meinungsspektrum zum EuGH-Urteil in der RS. Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 330.
- *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2007).
- *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999).
- *Korn*, Glosse zu HG Wien 26.2.1985, 1R 29/85, MRA 1985 H 2, 17.
- *Koziol/Rummel* (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydliniski .
- *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II (2001)¹².
- *Krabler/Stolzlechner/Wendel*, Kommentar zur GewO 1994 (2003)².
- *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.
- *Leidenmüller/Plöckinger*, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele. Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006, 55.
- *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin: Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der allgemeinen Strafrechtslehre (1989) .
- *Madl*, Vertragsabschluss im Internet, ecolex 1996, 79.
- *Mailänder*, Aus aktuellem Anlass: Kartellrechtliche Überlegungen zur Kohärenzdebatte – eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 08.09.2009 – RS. C-42/07 Liga Portuguesa, ZfWG 2009, 334 f.
- *Nilsson in Pauly*, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (RE) (1921), II A , 1, Sp 201–211.
- *Mayer*, Das Glücksspiel im Spannungsfeld zwischen staatlicher Ordnungspolitik und Marktfreiheit, ecolex 2000, 243.
- *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (2007)⁴.

- *Mayer*, Staatsmonopole (1976).
- *Mayerhofer* (Hrsg), Das Österreichische Strafrecht (2000).
- *Mayr*, Lehrbuch III.
- *Menzel*, Der Jurist IV 1, 90ff;
- *Mochar/Seidl*, Internationales Verbraucherschutzrecht und e-commerce, ÖJZ 2003, 13.
- *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004)⁴.
- NJW 2002, 2175.
- *Öhlinger*, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union (1999).
- *Öhlinger*, Verfassungsrecht (2003)⁵.
- *Oppitz*, Der Differenzeinwand bei Swapverträgen, ÖBA 1991, 782.
- *Österreichischer Buchmacherverband* (Hrsg), Handbuch des Österreichischen Buchmacherverbandes 2009 (2009).
- *P. Bydlinski*, Spielerschutz im Glücksspielrecht und umgekehrt. Bemerkungen anlässlich OGH 25.3.2010, 2 Ob 252/09m, ÖJZ 2010, 689 ff.
- *P. Bydlinski*, Stellungnahme zur GSpG-Novelle 2008, 1/SN-3/ME 24. GP.
- *P. Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des „kleinen“ Automatenglücksspiels, ÖJZ 2008, 697.
- *Pirker*, Geschäfte an den Grenzen des Verwaltungsstrafrechts. Grenzüberschreitende Werbefahrten, "Cold Calling" und Internet-"Abzocke", wbl 2012, 361.
- *Pirnat*, Zum Sportbetrug, JSt 2010, 165.
- *Plöckinger*, Die Zuständigkeit österreichischer Gerichte bei Straftaten im Internet, ÖJZ 2001, 798.
- *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer* (Hrsg), Internet-Recht (2004).
- *Rummel*, ABGB³ (2002).
- *Sattler*, Die nationale Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, ZfRV 2010/9.
- *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971).
- *Schulze*, Die Naturalobligation (2008).
- *Schwartz*, Glücksspielmonopol mit Ablaufdatum?, ecolex 1999, 582.
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, ecolex 2002, 51.
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Der glücksspielrechtliche Ausspielungsbegriff, ÖJZ 1999, 339.
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksspielgesetz² (2006).
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Glücksverträge im Internet, MR 2001, 323.
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Im Auslegen seid frisch und munter...*) (Replik), ecolex 2003, 797.
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Kompetenzrechtliche Zuordnung von Gesellschaftswetten, ecolex 2002, 51.
- *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601.
- *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Das Recht der Europäischen Union (2007).
- *Schwimann*, ABGB³ (2006).
- *Seelig*, Das Glücksspielstrafrecht (1923).

- *Siara*, Sportwetten aus der Sicht privater Fernsehveranstalter. Zur Rechtslage in Deutschland, MR-Int 2005, 111.
- *Simon*, Das Glücksspielrecht nach 2010. Die Ziele der GSpG-Novellen und ihre Einlösung, wbl 2011, 414.
- *Simon*, Unionsrechtswidrige italienische Regelungen bei der Vergabe von Glücksspielkonzessionen, wbl 2012/93.
- *Stadler*, Das Engelmann Urteil und seine Auswirkungen auf Österreich, TIME Law News 5/2010, abrufbar unter http://www.timelaw.de/cms/upload/pdf/TLN_5_2010.pdf (7.3.2011).
- *Stadler/Aquilina*, Der unionsrechtliche Transparenzgrundsatz im Glücksspiel, ecolex 2010, 813.
- *Stadler/Arzt*, EuGH: Winner Wetten-Urteil zur Frage der Suspendierung des Anwendungsvorrangs, ecolex 2010, 1114.
- *Stadler/Arzt*, Temporäre Suspendierung des Anwendungsvorrangs im Unionsrecht?, ecolex 2010, 617.
- *Steegmann*, „German Day“ – Deutsches Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand, Editorial zu ZfWG 6/2009.
- *Steegmann*, Editorial zu ZfWG-Heft 5/2009.
- *Stein*, „Do princípio ao fim“ – Bemerkungen zum Urteil des EuGH in der Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), ZfWG 2009, 332.
- *Strainz*, Europarecht⁷ (2005).
- *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MuR 6/99, 360.
- *Strejcek* (Hrsg), Lotto und andere Glücksspiele (2003).
- *Strejcek*, Glücksspiel ohne Konzession gehört entkriminalisiert, Der Standard 14.2.2010.
- *Strejcek*, Glücksspiel: Keine Anerkennung von Offshore-Lizenzen, Der Standard 19.1.2011.
- *Strejcek/Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz 1989 (2009).
- *Strejcek/Hoscher/Eder*, Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001).
- *Stubenrauch*, ABGB¹ III, § 1281.
- *Talos/Stadler*, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2010, 1006.
- *Vonkilch*, § 25 Abs 3 GSpG: authentische Interpretation „zum Quadrat“, ecolex 2007, 241.
- *Vonkilch*, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem „Auspielungsbesteuerungsänderungsgesetz“ – Rien ne vas plus?, ÖJZ 2006, 30.
- *Wagner*, Rechtsprobleme der Fremdfinanzierung von Prozessen, JBl 2001, 416.
- *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2000)⁹.
- *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundes-Verfassungsrecht¹⁰ (2007).
- *Wenusch*, Ist die laesio enormis auf Leibrentenverträge anwendbar?, AnwBl 2001, 133.
- *Wilhelm*, Casino Royal – OGH schlägt zurück, ecolex 2010, 421.
- *Wilhelm*, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt). Nebst Lehrgang zur authentischen Interpretation, ecolex 2007, 313.
- *Wilhelm*, Casino Royale. Zu § 25 Abs 3 neu Glücksspielgesetz, ecolex 2006, 877.

- *Wilhelm*, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, ecolex 2012, 1.
- *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II (1891)⁷.
- *Wohlfahrt*, Der Zweck heiligt nicht immer die Mittel, ecolex 2000, 166.
- *Wojnar*, Das Recht der Lotterien, JurDiss 2005.
- *Wolff*, Die Zusicherung, Zbl 1917, 705 oder 725.
- *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2000).
- *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/2 (1811-1813).

5. Medien

- *Grimm*, Grünbuch: EU nimmt Online-Glücksspiel ins Visier, Die Presse 23.3.2011.
- *Leidenmüller*, Linzer Casinobetreiber wegen illegalen Glücksspiels verurteilt, Der Standard 1.3.2011.
- Die Presse 24.10.2006.
- Der Standard 6.3.2007.
- Der Standard 8.5.2007.

6. Internetquellen

- *Aristoteles*, physics, <http://classics.mit.edu/Aristotle/physics.mb.txt> (26.10.2009).
- *Bresich*, Gambelli einfach erklärt, <http://zfg.univie.ac.at/2/Texte/127.htm> (8.12.2010).
- *Hecker*, EuGH bestätigt Glücksspielpolitik der Länder – Monopol gekippt? Warten wir's ab!, http://www.isa-guide.de/law/articles/30774_eugh_bestaetigt_gluecksspielpolitik_der_laender_monopl_gekippt_warten_wirs_ab.html (4.3.2010).
- *Hettich/Stumbaum*, Holländisches Glücksspielmonopol vor dem EuGH: Generalanwalt Yves Bot kämpft weiter pro Glücksspielmonopol – auf verlorenem Posten?, Time Law News 1/2010, http://www.timelaw.de/cms/front_content.php?idart=631 (20.3.2011).
- http://de.wikipedia.org/wiki/Toto_%28Sportwette%29#cite_note-0 (28.8.2012).
- http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/06e001_de.pdf (7.3.2011).
- http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/com2011_128_en.pdf (25.3.2011).
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0002:FIN:DE:PDF> (27.10.2011).
- <http://help.bet365.com/home/mainpage.asp?ibpid=5100&sg=59&sctid=1&prd=1&lng=5> (26.10.2009).
- <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c94848525f84a63012bc609d8572255.de.0/stellungnahme.pdf> (27.10.2011).
- http://www.lotterien.at/olg/CS_Zahlen_und_Fakten.htm (9.8.2012).

- <http://www.tipp3.at/html/wettordnung?uepSessionToken=9c40afb8162a61799f5c4d9d0a6edde4> (9.8.2012).
- <http://www.wien.gv.at/amtshelfer/wirtschaft/gewerbetechnik/veranstaltungswesen/buchmacher.html> (3.9.2012).
- https://help.bwin.com/General/Legal/sportsbook_tac.aspx (26.10.2009).
<http://www.tipp3.at/betting/wettordnung.jsp?sessionID=9146457c-1401-583d149-bb69-056025c749d9> (26.10.2009).
- https://help.bwin.com/General/Legal/sportsbook_tac.aspx (9.8.2012).
- <https://www.interwetten.com/de/Common/LandingPages/ContentTermsAndConditions.aspx?tid=Terms+and+conditions+of+business&ln=TermsAndConditions&cat=Standard> (9.8.2012).
- *Johann*, Mit Sportwetten werden Milliarden verdient, *Wirtschaftsblatt.at* (4.9.2008).
- Kontaktdaten auf der Website www.bwin.com (20.9.2012).
- *Nähter*, Zur Geschichte des Glücksspiels, <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Forschungsarbeiten/Naether.pdf> (28.8.2012).
- Newsletter 01/2011 der Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder, abrufbar unter http://www.rewi.europa-uni.de/de/profil/Projekte/deluxe/archiv_2011/01_2011/Gl_cksspiel1.pdf (24.2.2011).
- Newsletter vom 14.9.2009 der Forschungsstelle Glücksspiel an der Universität Hohenheim, <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Newsletter/Newsletter0109.pdf> (21.1.2011).
- Pressemitteilung der EU-Kommission IP/11/358, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/358&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de> (25.3.2011).
- *Publius Cornelius Tacitus*, *Germania*, Kap. 24,3 ff, abrufbar in deutscher Übersetzung unter <http://www.gottwein.de/Lat/tac/Germ16.php> (10.8.2012).
- *Schweizer Institut für Rechtsvergleichung*, Studie zum Glücksspielmarkt in der Europäischen Union, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_de.htm (3.3.2011).
- Wettreglement von Bwin, https://help.bwin.com/General/Legal/sportsbook_tac.aspx (28.9.2012).
- www.ladbrokes.com (27.1.2011).

Abstract

Der sportliche Wettbewerb im Allgemeinen wird seit seinem Entstehen von zahlreichen Nebenerscheinungen begleitet, positiven wie negativen. Anknüpfungspunkt hierfür ist das Wirtschaftsgut „Sportereignis“, das nicht notwendigerweise Voraussetzung oder Teil des aktiven Sporttreibens ist, sondern erst als Folge hiervon angeboten werden kann. Eines der „Produkte“, die sich von eben diesem Sportereignis ableiten, stellt die sogenannte **Sportwette** dar, die in unterschiedlichsten Formen und Varianten auftritt und mitunter den ökonomischen Wert ihres Ausgangspunkts, dem Sportereignis, um ein Vielfaches zu übersteigen vermag. Seit jeher wird auf den Ausgang eines Sportereignisses ebenso gewettet, wie auf einzelne seiner Teile, wie etwa Anzahl der Fouls bei einem Fußballspiel, Anzahl der Asse bei einem Tennismatch und vieles mehr. Freilich lässt sich festhalten, dass der Begriff des Sportereignisses selbst im Laufe der Geschichte einen starken Wandel widerfahren hat. Zudem treten gesellschaftspolitische Wertvorstellungen des Gesetzgebers nach und nach in den Vordergrund und setzen dem bunten Treiben der Wettenden gewisse moralische Schranken. Zu Recht!

Die Sportwette fällt in Österreich sowohl in Gesetzgebung als auch in Vollziehung in die **Kompetenz der Landesgesetzgeber**. Wenngleich man meinen mag, der Markt kenne keine Grenzen – umso mehr dürfte dies im digitalen Zeitalter auf bundesinterne Landesgrenzen zutreffen, so ist es doch erstaunlich, welch gravierende Unterschiede sich zwischen den einzelnen Landesgesetzen, deren vorgegebene Regelungsmaterie stets dieselbe ist, festmachen lassen. Dies betrifft einerseits den Grad der Modernisierung, andererseits das vom Gesetzgeber angestrebte Schutzniveau hinsichtlich der mittelbar sowie unmittelbar beteiligten Kreise. Generell lässt sich aber sagen, dass die Sportwette in der österreichischen Rechtsordnung eine vergleichsweise untergeordnete Nebenrolle einnimmt, steht sie doch im Schatten des vor allem die Medien beschäftigenden bundesrechtlichen Glücksspielmonopols.

Die Frage, wo die Sportwette kompetenzrechtlich einzuordnen ist, ist mittlerweile als geklärt zu betrachten. Hierbei wird vor allem auf das Institut der Versteinerungstheorie zurückgegriffen, wenngleich eine reine Anwendung selbiger sicherlich zu kurz greifen würde. Historisch betrachtet wurde das Wettwesen aus Anlass sportlicher Veranstaltungen durch die Kaiserliche Verordnung vom 29.8.1916 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens geregelt und beinahe wort-

gleich als Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens (GTWB-G) von der Nationalversammlung in beinahe wortgleicher Form wiederverlautbart. Besondere Relevanz hatte das GTBW-G einerseits, weil es gem § 1 Übergangsgesetz 1920 in die Rechtsordnung des B-VG 1920 übergeleitet wurde und somit auch nach dem Wiederinkrafttreten des B-VG 1920 durch das Verfassungs-Überleitungsgesetz in Geltung trat. Wenngleich zunächst die Frage im Raum stand, ob die Überleitung als Bundes- oder Landesgesetz erfolgte, beantwortete der Verfassungsgerichtshof dies eindeutig zugunsten der Landesgesetzgeber lies dabei allerdings die Frage offen, ob sich deren Kompetenz denn nun aus Art 15 Abs 1 B-VG oder aus Art 15 Abs 3 B-VG ergäbe. Andererseits ist natürlich hervorzuheben, dass durch die Überleitung in das B-VG 1920 das GTWB-G auch im Versteinerungszeitpunkt Teil der Rechtsordnung war und daher für die Interpretation der Kompetenztatbestände des B-VG 1920 herangezogen werden kann. Festzuhalten ist, dass das GTWB-G abgesehen von kleinen Änderungen und Ergänzungen noch heute in manchen Bundesländern in der Form eines nahezu wortidenten Landesgesetzes in Geltung steht.

Die vorliegende Dissertation beleuchtet einerseits die verfassungsrechtliche Perspektive, andererseits auch die verwaltungsrechtliche Ausgestaltung der landesrechtlichen Normen. Dabei wird eine übersichtliche Darstellung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen geboten, die eine praxistaugliche Abgrenzung zum Glücksspielmonopol des Bundes ermöglicht und die verfassungs- sowie europarechtliche Konformität der landesrechtlichen Bestimmungen darstellt.

Abstract – EN

*As an epiphenomenon of sports events, **sports betting** had always been a major economic sector of its own kind. Although the definition of “sports” has changed significantly over the centuries, the socio-political values have changed in almost the same manner. Therefore the legislator’s role became more and more important, constituting the main moral counterbalance towards the market.*

*Sports betting are encompassed within the **jurisdiction of Austria’s federal states**, both concerning legislation and administration. Those federal state laws are notably diverging re-*

gards their aim and their level of juridical development. The dissertation at hand therefore examines the mentioned distinctions from a practical point of view – the constitutional law as well as the public and administrative law - in order to provide the involved parties with an useful instrument to demarcate the legal sphere of sports bets in contrast to the broad sphere of gambling law as part of the federal jurisdiction (legal monopoly).

Mag. Andreas Huber

geboren 18.04.1983 in Wien

E-Mail: andreas.huber@dolus.at



Sprachen

Deutsch (Muttersprache); Englisch; Französisch, Russisch (in Grundzügen)

Ausbildung

seit 2008	Universität Wien, Doktoratsstudium (Thema: Die Sportwette im österreichischen Recht; ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Strejcek)
2007	Universität Wien, Schwerpunktausbildung: Wirtschafts- und Unternehmensrecht
2002-2007	Universität Wien, Mag.iur. (2007)
2001	Matura am BG/BRG Klosterneuburg

Fachspezifischer beruflicher Werdegang

seit 2011	Rechtsanwaltsanwärter bei Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte in Wien (Tätigkeitsschwerpunkte: Immobilienrecht, Zivilrecht)
2007-2011	juristischer Mitarbeiter bei Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien (Tätigkeitsschwerpunkte: Glücksspielrecht, Öffentliches Recht, Zivilrecht)
1/2010-9/2010	Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien (BG Klosterneuburg: Strafrecht/Außerstreitrecht, ASG Wien)

2006-2007

Student bei Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in
Wien