

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

MRK-Entscheidungen Wolf Okresek, Susanne Pfanner

Mai 2010

10

431 – 478

Aktuelles

Interview mit Dr. Maria Berger, Richterin am EuGH ➤ 431

Beiträge

Und es besteht doch: Das Rücktrittsrecht bei eBay

Christopher Krois ➤ 435

Gedanken zur bejahenden Zuständigkeitsentscheidung
des Schiedsgerichts Markus Schifferl ➤ 442

EuGH für Verbot des Internetglücksspiels – Placanica ade!
Martin Kind ➤ 446

(Keine) Wiederverurteilung nach „Therapie statt Strafe“
Veronika Hofinger ➤ 451

Evidenzblatt

Kein Eintrittsrecht mj Kinder ohne (besonderes) dringendes Wohnbedürfnis ➤ 458

§ 34 Abs 2 UbG rechtfertigt nicht Handy-Abnahme
wegen ständigen Telefonierens ➤ 462

Richterausgeschlossenheit ➤ 469

EuGH für Verbot des Internetglücksspiels – Placanica ade!

ÖJZ 2010/52

Art 56 AEUV

EuGH 8. 9. 2009,
C-42/07, *Liga Portuguesa/Bwin*

Glücksspiel;

Internet;

Dienstleistungs-
freiheit

Der EuGH hat mit *Liga Portuguesa und Bwin*¹⁾ eine bahnbrechende Entscheidung zum Glücksspiel im Internet gefällt, die geradezu eine Kehrtwende gegenüber den bisherigen Liberalisierungstendenzen im Glücksspielsektor darstellt. Die dadurch zulässigen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs treffen auch kommerzielle Glücksspielanbieter in Österreich.

Von Martin Kind

Inhaltsübersicht:

- A. Glücksspiele in nationaler Hand
- B. EuGH lehnt Liberalisierung von Glücksspielen ab
- C. Größere Gefahr bei ausländischen Online-Spielen
 - 1. Verbraucherschutz rechtfertigt Gefahrenabwehr
 - 2. Betrugsbekämpfung durch Glücksspielmonopol
- D. Österreichisches Glücksspielmonopol im Aufwind

A. Glücksspiele in nationaler Hand

Der Glücksspielsektor ist und bleibt sensibel. Glücks- und Geldspiele scheinen mit den Marktgesetzen nicht vereinbar, denn Wettbewerb – sprich die Öffnung des Markts und damit die Erhöhung der Attraktivität der Spiele für die Verbraucher – kann sich hier kontraproduktiv auswirken. Die Gefahr, die Glücksspiele in sich bergen, haben bereits vor dem Aufkommen des Internet die Mitgliedstaaten bewogen, zu fragen, ob Lotterieveranstaltungen (also Glücksspiele) überhaupt zum Wirtschaftsleben iS des Europarechts gehören.²⁾ Ein Gemeinsamer Markt bedeutet für die Mitgliedstaaten im Glücksspielsektor vielfach nicht Fortschritt und Entwicklung, sondern vielmehr Rückschritt (was den Ver-

braucherschutz betrifft) und Gefahr (was die Kriminalität betrifft).

Die EU-Kommission hat die Harmonisierung des Glücksspielsektors vorläufig offenbar ad acta gelegt. Die Richtlinien über den elektronischen Geschäftsverkehr³⁾ und über die Dienstleistungen im Binnenmarkt⁴⁾ klammern Glücksspiele aus. Dennoch unterliegt der Glücksspielsektor dem EU-Recht; mangels Richtlinien sind es die Grundfreiheiten (namentlich die Dienstleistungsfreiheit), an denen nationale Besonderheiten dieses Sektors immer wieder vom EuGH geprüft werden. Die Regulierung der Märkte sowohl für konventionelles als auch für Online-Glücksspiel in der EU ist eine sehr heikle Frage. Derzeit stehen mehrere der beim EuGH

1) EuGH 8. 9. 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International Ltd.*

2) Vgl EuGH 24. 3. 1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 16. Diese Frage ist begründet, weil der Begriff „Recht“ mit dem Begriff „Glücksspiel“ (blinder Zufall) nichts gemein hat, denn er hat seinen Ursprung weder im menschlichen Willen noch in allgemeinen Überzeugungen; er agiert auch nicht willentlich, sondern auf launische und willkürliche Art und Weise.

3) RL 2000/31/EG, ABI L 2000/178, 1.

4) RL 2006/123/EG, ABI L 2006/376, 36.

anhängigen Rechtssachen iZm dem Glücksspiel zur Entscheidung an.⁵⁾

Die europäischen Märkte für Online-Glücksspiele sind gemäß dem Subsidiaritätsprinzip einzelstaatlich geregelt. Deshalb sind die rechtlichen Rahmenbedingungen der Märkte für (konventionelles und Online-) Glücksspiel in der EU sehr unterschiedlich. So ist das Online-Glücksspiel in 20 Mitgliedstaaten der EU erlaubt, in sieben Mitgliedstaaten hingegen verboten. In 13 Mitgliedstaaten sind die Märkte liberalisiert, während es in sechs Ländern staatliche Monopole gibt und ein Mitgliedstaat ein privates Monopol lizenziert hat. Beispielsweise setzt der Betrieb eines Glücksspiels in Portugal, Deutschland und Österreich, sofern dieses nicht verboten ist, die Erteilung einer Konzession voraus. Mitunter ist hierbei das Glücksspiel ein Monopol eines staatlichen oder privaten Betriebs. Schließlich ist die steuerliche Behandlung der Gewinne je nach Mitgliedstaat sehr unterschiedlich.

Alles in allem erweist sich der Glücksspielsektor in den Mitgliedstaaten als liberalisierungsresistente Dienstleistung. Gemeinsam ist diesem Sektor die Moral: des einen Fluch kann des anderen Segen sein; je nach Sitte, Religion und Kultur hat sich daraus ein national unterschiedlich streng geregeltes gesellschaftliches Faktum entwickelt. Hierbei sind weder die damit verbundene wirtschaftliche Bedeutung (Arbeitsplätze, Steuereinkünfte) noch die davon ausgehenden ernsthaften Gefahren (Spielsucht, Geldwäscherei) zu unterschätzen.

Der EuGH wurde mit einer Reihe von Fällen zum Glücksspiel befasst, von denen einige inzwischen abgeschlossen⁶⁾ und viele noch anhängig sind. In diesen Fällen hat der EuGH festgestellt, dass für Glücksspielangebote die Dienstleistungsverkehrsfreiheit (Art 56 AEUV, ex-Art 49 EGV) gilt. Jedoch hat der GH auch festgestellt, dass Glücksspiel unter Umständen bestimmte sittliche, religiöse oder kulturelle Aspekte berührt, die Gefahr von Betrug und anderen Straftaten birgt und schädliche persönliche und soziale Folgen haben kann.

Beschränkungen können somit gerechtfertigt sein, wenn sie notwendig sind, um die Verbraucher zu schützen, die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten (Verhinderung von Betrug und Kriminalität) und die gesellschaftliche Ordnung zu wahren (Kultur und Sittlichkeit), sowie um zu verhindern, dass Glücksspiel zu einer Quelle persönlicher Bereicherung wird. Beschränkungen müssen jedoch kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wettstätigkeiten beitragen, sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels erforderlich ist; allerdings scheint die „Erforderlichkeit“ – offenbar wegen des gegenwärtigen Stands der Technik und der damit verbundenen Überwachungsmöglichkeiten – vom EuGH künftig mehr im Lichte der (nationalen) Praktikabilität (Effizienz) als der (gemeinschaftlichen) Modalität (Effektivität) beurteilt zu werden.

Auffallend ist auch die zunehmende Diversifizierung der Glücksspiele – angefangen bei den Lotterien über die (Sport-)Wetten und Casinos bis hin zu den Geldspielautomaten – im Laufe der Zeit. Quer dazu – und damit potenzierend – tritt nunmehr das Internet als Kommunikationsmittel bzw Plattform in Erschei-

nung.⁷⁾ Dadurch drohen die vormalig für diverse Spiele bestehenden Zugänge wegzufallen, weil nun jeder jederzeit an jedem Ort am Glücksspiel teilnehmen kann.⁸⁾

Geht es nach dem Europäischen Parlament, müssen die Mitgliedstaaten ihre rechtlichen Vorgaben anpassen und weiterentwickeln, um mit den Vorlieben der Verbraucher und den Dienstleistungen der Anbieter Schritt halten zu können. Dabei bringt der spezifische Charakter des Online-Glücksspiels für die politischen Entscheidungsträger der Mitgliedstaaten bestimmte Schwierigkeiten mit sich:

- Online-Glücksspiele funktionieren auch grenzüberschreitend, sodass Anbieter auch Verbraucher in Mitgliedstaaten außerhalb des Landes, in dem sie ansässig sind, erreichen können. Deshalb kann es geschehen, dass Verbraucher nicht wissen, in welchem Land der von ihnen genutzte Anbieter seinen Sitz hat.
- Beim Online-Glücksspiel besteht das erhöhte Risiko, dass Anbieter die Identität des Verbrauchers nicht feststellen können, da der Nutzer einer Kreditkarte uU nicht deren rechtmäßiger Besitzer ist.
- Online-Glücksspiel-Angebote können sehr schnell eingerichtet werden, was es betrügerischen Anbietern ermöglicht, innerhalb kurzer Zeit aufzutreten und wieder zu verschwinden.
- Für Anbieter von Online-Glücksspielen ist es schwierig, ihre Kunden zu beaufsichtigen, da es hier im Gegensatz zum konventionellen Glücksspiel nicht möglich ist zu erkennen, ob ein Kunde minderjährig, betrunken oder anderweitig berauscht ist oder sich verdächtig verhält.
- Es gibt keine durch die Gegenwart Anderer ausgeübte gesellschaftliche Hemmschwelle und soziale Kontrolle, da der Zugang zu Online-Glücksspiel-Angeboten zudem einfach und ohne physische Interaktion möglich ist.

B. EuGH lehnt Liberalisierung von Glücksspielen ab

Kein Wunder also, wenn die Vermarktung von Glücksspielen auf elektronischem Weg (in Deutschland) verbo-

5) Vgl ua die Vorabentscheidungsersuchen des LG Linz 19. 2. 2008, C-64/08 (Schlussanträge von Generalanwalt Mazák vom 23. 2. 2010), des LG Ried i. l. 2. 6. 2008, C-235/08, und des BG Ried i. l. 30. 3. 2009, C-116/09. Diese Situation ist für die Gerichte wie auch für die Mitgliedstaaten, die Verbraucher und die Anbieter von Online-Glücksspielen unbefriedigend.

6) Die Rsp des EuGH umfasst die folgenden Rs: *Schindler* 1994 (C-275/92), *Läärä* 1999 (C-124/97), *Zenatti* 1999 (C-67/98), *Anomar* 2003 (C-6/01), *Gambelli* 2003 (C-243/01), *Lindman* 2003 (C-42/02), *Placanica* 2007 (C-338/04), *Unibet* 2007 (C-432/05), *UNIRE* 2007 (C-260/04) und zuletzt *Liga Portuguesa* 2009 (C-42/07).

7) Online-Glücksspiel gibt es seit dem Jahr 1996, als in Finnland das erste Spiel dieser Art angeboten wurde. Seither ist der Markt für Online-Glücksspiele beträchtlich gewachsen. So wurden Schätzungen zufolge im Jahr 2003 in der EU-25 mit gewerblichem Online-Glücksspiel Bruttospielerträge (die Gewinne des Anbieters abzüglich der ausgezahlten Gewinne) von € 51,5 Mrd erzielt. Derzeit erreichen die per Internet, Mobiltelefon oder interaktivem Fernsehen betriebenen Online-Glücksspiele in der EU einen Marktanteil an den gesamten Glücksspielen von etwa 5%. Es wird erwartet, dass der europäische Markt für Online-Glücksspiele in einer Größenordnung von jährlich 8,4% (Österreich und Ungarn) bis 17,6% (Italien) wachsen wird (PricewaterhouseCoopers, Global Entertainment and Media Outlook: 2008 – 2012, 623).

8) Vgl Entscheidung des Europäischen Parlaments vom 10. 3. 2009 zu der Integrität von Online-Glücksspielen, 2008/2215 (INI).

ten oder (in Portugal und Österreich) beschränkt wird. Ebenso wenig überrascht deshalb auch die jüngste Entscheidung des EuGH,⁹⁾ wonach es zulässig ist, einem Glücksspielanbieter mit Sitz in Gibraltar zu untersagen, „*Glücksspiele über das Internet*“ in Portugal anzubieten. Was allerdings überrascht, ist hierbei die vom GH vorgenommene eigene Bewertung des konkreten Sachverhalts – mit dem über den Anlassfall hinausgehenden Ergebnis, dass dem Internet als technisches Mittel zur Glücksspielliberalisierung eine klare Absage erteilt wird.

Im Einzelnen: Der EuGH bestätigt Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit oder Gesundheit sowie den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Hierzu zählt insb auch der von der portugiesischen Gesetzgebung mit dem Internetmonopol für einzelne Glücksspielarten zu Gunsten eines Betreibers (hier: der „*Santa Casa*“) in erster Linie verfolgte Zweck der Betrugs- und Kriminalitätsbekämpfung. In diesem Zusammenhang erkennt der EuGH zum ersten Mal auch ausdrücklich die Kanalisierung des Spieltriebs in kontrollierte Bahnen zur Ausschaltung eines auf Betrug und andere Straftaten ausgerichteten Spieltriebs als eine legitime Maßnahme zur Durchsetzung ansonsten begründeter Restriktionen an.

Mit aller Deutlichkeit betont der EuGH, dass die Mitgliedstaaten berechtigt sind, das Anbieten von Glücksspielen über das Internet auf einen einzigen nationalen Anbieter gesetzlich zu beschränken. Der GH begründet dies ua damit, dass Glücksspiele über das Internet wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen Verbraucher und Anbieter eine erhöhte Gefahr für die Verbraucher darstellen, Opfer krimineller Handlungen zu werden. Darüber hinaus hebt der EuGH auch den Schutz der Integrität des Sports hervor, indem er die Gefahr der Spielmanipulationen aufzeigt, welche durch Sportwettenanbieter begründet werden können, die als Sponsoren der Liga oder einzelner Mannschaften aktiv sind. Damit erteilt der EuGH dem Geschäftsmodell, bei dem ein interaktiver Sportwettenanbieter aus Gibraltar gleichzeitig als Sponsor von Mannschaften oder Ligen in Portugal auftritt, eine Abfuhr.

Offenbar geht es dem EuGH in der Rs *Liga Portuguesa* um die Entscheidung in der Sache; wie ist es sonst erklärbar, dass die vom Generalanwalt *Bot* festgestellte Beanstandung, die portugiesischen Regelungen seien nicht nach Maßgabe der RL 98/24 bzw 98/48 notifiziert worden, vom EuGH mit keinem Wort gewürdigt wird. In seinen Schlussanträgen vom 14. 10. 2008 hatte der Generalanwalt die Anwendbarkeit des portugiesischen Internetmonopols aus diesen formalen Gesichtspunkten derzeit für unzulässig erachtet. Hätte der EuGH kein Interesse gehabt, die bisherige Rsp – insb in der Rs *Placanica*¹⁰⁾ – insoweit zurückzunehmen, als die Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schutzniveaus mehr oder weniger einschränkende Betriebsweisen bzw Organisationsformen vorsehen können und daran auch – wegen der praktischen Schwierigkeiten – die in anderen Ländern der Union durchgeführten Kontrollen und dort geleisteten Sicherheiten nichts zu ändern vermögen, so hätte er bloß (formal) feststellen müssen, dass die portugiesische Vorschrift mangels Notifikation dem privaten Glücksspielanbieter nicht entgegen gehalten werden kann.

C. Größere Gefahr bei ausländischen Online-Spielen

Von ganz besonderer Bedeutung ist die Feststellung des EuGH, dass der Sektor der über das Internet angebotenen Glücksspiele in der Europäischen Gemeinschaft nicht harmonisiert ist und dass deshalb ein Mitgliedstaat sich nicht darauf verlassen muss, dass Anbieter von Glücksspielen in anderen Mitgliedstaaten hinreichend überwacht werden. Damit erklärt der EuGH die Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs im Bereich des Internetvertriebs von Glücksspielen iW für nicht anwendbar.

Hierin – also in der Vereinbarkeit des nationalen Internetglücksspielmonopols mit der Dienstleistungsfreiheit – liegt die Besonderheit der Entscheidung des EuGH: Bisher umschiffte der GH stets die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht. Statt selbst die Schwelle (iS der Verhältnismäßigkeit) zu bestimmen, ab der ein Spielangebot bzw -verbot zur Erreichung der anerkannten Schutzziele/Rechtfertigungsgründe (insb Verbraucherschutz, Kriminalitätsbekämpfung und Suchtprävention) nicht mehr geeignet und erforderlich ist, trug der EuGH dies dem nationalen Gericht auf.

1. Verbraucherschutz rechtfertigt Gefahrenabwehr

Nummehr – wenn es um das Glücksspiel im Internet geht – prüft der EuGH selbst; von einem bisher den Mitgliedstaaten überlassenen Ermessen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Rechtfertigungsgründe ist nicht mehr die Rede. Gemeinschaftsweiter Prüfungsmaßstab ist die Eignung und die Erforderlichkeit der Maßnahme: Geeignet ist demnach eine Beschränkung bzw ein Verbot des Glücksspiels im Internet, wenn dadurch der „*Betrieb dieser Spiele in kontrollierte Bahnen*“ gelenkt werden kann, also eine effiziente Überwachung zum Schutz der „*Verbraucher vor Betrug durch die Anbieter*“ ermöglicht wird.

Die innere Rechtfertigung für diese Wendung um 180 Grad – im Vergleich zur noch binnenmarktfreundlichen Rsp in der Rs *Placanica* – dürfte aus den Schlussanträgen des Generalanwalts *Bot* ableitbar sein. Während sich beispielsweise die Schlussanträge des (ehemaligen) Generalanwalts *Alber* in der Rs *Gambelli*¹¹⁾ und des Generalanwalts *Ruiz-Jarabo Colomer* in der Rs *Placanica* wie Plädoyers für einen freien Dienstleistungsverkehr und eine Harmonisierung im Glücksspielsektor lesen, ist hiervon in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Bot* nicht mehr die Rede; vielmehr werden darin ua die besonderen („*erheblichen*“) Gefahren des Internet als Mittel zum Glücksspiel und die Zunahme der illegalen Glücksspiele als Gründe für eine Beschränkung angeführt.

Die Gründe dürften durch folgende Überlegungen gestützt sein: Beim Online-Glücksspiel treffen verschiedene mit problematischen Spielen im Zusammenhang ste-

9) EuGH 8. 9. 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International Ltd.*

10) EuGH 6. 3. 2007, C-338/04, *Placanica*.

11) EuGH 6. 11. 2003, C-243/01, *Gambelli*.

hende Risikofaktoren aufeinander. So sind Online-Anbieter beispielsweise in der Lage, eine große Vielfalt an Spielen anzubieten (Wetten, Roulette, Poker, Automaten Spiele usw) und regelmäßig neue Spiele einzuführen, neue, modernste Datenauswertungsmethoden zur Erfassung der (Geldausgabe-)Gewohnheiten des Kunden beinhaltende Techniken des Marketings und der Zielgruppenansprache zu verwenden und den Kunden am Bildschirm „gefesselt“ zu halten. Besorgniserregend sind auch die zunehmenden Kreuzungen von verschiedenen medialen Angeboten wie Fernsehen, Telefon- und SMS-Diensten und Internetseiten, bei denen Fernbedienung oder Online-Spiele angeboten werden, was die Teilnahme an solchen Spielen insb für jüngere Menschen einfach und gesellschaftlich akzeptabel macht.

Was die Frage betrifft, ob die Maßnahme auch erforderlich ist, spielt – anders als in den bisher entschiedenen Glücksspielfällen (wie insb in der Rs *Placanica*) – der Umstand, dass das portugiesische Glücksspielmonopol (und damit das Ausschließungsrecht) gesetzlich – statt im Vergabeverfahren durch Konzessionsvergabe – auf das Internet ausgedehnt wurde, keine Rolle mehr. Entscheidend ist nur, ob die „gleichen Überwachungsmöglichkeiten“ bestehen, ob also der Mitgliedstaat ein ausländisches Unternehmen wie den inländischen (Monopol-)Betrieb überwachen kann. Nicht entscheidend ist, ob dabei durch Gesetz eine „bestimmte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern“ ausgeschlossen wird; auf eine Ausschreibung von Konzessionen kommt es bei der Reglementierung des Internetglücksspiels daher nicht an.

Allerdings ist – was aber aus dem Urteil vom 8. 9. 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, nicht klar hervorgeht – neben der Frage der Erforderlichkeit auch die Frage der Eignung des jeweiligen (nationalen) Glücksspielrechts zur Erreichung der Ziele (insb Verbraucherschutz und Geldwäscherei) zu prüfen. Fraglich ist demnach, ob das nationale Recht – in Österreich insb auch das „Verfahren zur Erlangung einer Konzession“¹²⁾ bzw die „faktische Limitierung auf einen einzigen Konzessionär“¹³⁾ – geeignet ist, einen wirksamen Schutz der Verbraucher und der öffentlichen Ordnung vor den Gefahren zu gewährleisten, die von den Internet-Glücksspielen ausgehen.

2. Betrugsbekämpfung durch Glücksspielmonopol

Die Rn 66 des U 8. 9. 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, verweist iZm der Prüfung der Eignung auf den – in den Rn 12 bis 19 wiedergegebenen – „nationalen rechtlichen Rahmen“ und leitet daraus ab, „dass die Organisation und der Betrieb von Santa Casa Beweggründen und Anforderungen folgen, die auf Ziele von öffentlichem Interesse abstellen“. Mit dem bloßen Verweis auf den Rechtsrahmen bleibt aber unklar, auf welche Umstände es im Einzelnen ankommt, um zu belegen, dass die jeweilige nationale Regelung zur kohärenten und systematischen Zielerreichung geeignet ist.

Abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts kommt es dem EuGH offenbar weder auf die Ernennung von Mitgliedern der Santa Casa durch die portugiesische Regierung noch auf die Einrichtung von Ausschüssen und die Schaffung eines Rats, sondern

vielmehr auf den Umstand an, dass der Santa Casa „die Befugnisse einer Verwaltungsbehörde verliehen worden“ sind, um Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen einen privaten Glücksspielanbieter „zu organisieren und zu betreiben“. Auch wenn der EuGH nicht näher auf die Ziele von öffentlichem Interesse eingeht, kann aus dem Umstand der Verleihung von Ausschließungsrechten für das Internetglücksspiel an einen einzigen Unternehmer samt Delegation der Vollziehung von Verstößen gegen das portugiesische Internetglücksspielmonopol auf dieses (beliebige) Unternehmen als wirkliches Ziel der nationalen Regelung benannt werden, die Glücksspieltätigkeiten – im Rahmen einer im *Placanica*-Urteil für zulässig erkannten „Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor“ – in „kontrollierte Bahnen zu lenken“¹⁴⁾ um ihrer Ausnutzung zu kriminellen und betrügerischen Zwecken vorzubeugen und die Verbraucher zu schützen.

Dass der EuGH auf die Rechtmäßigkeit von Ausschreibungen im *Liga Portuguesa*-Urteil nicht einging, erklärt sich auf den ersten Blick aus dem Umstand, dass – anders als im *Placanica*-Urteil – neben dem staatlichen Monopol in Portugal nicht (wie in Italien) auch noch Einrichtungen zur Vergabe von Konzessionen ermächtigt sind. Vielmehr ist in Portugal einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer – nämlich der Santa Casa – das ausschließliche Recht durch Verordnung eingeräumt, im Internet Glücksspiele anzubieten.

Bei näherer Betrachtung stellt sich aber iZm dem Nichteingehen auf die Rechtmäßigkeit von Ausschreibungen die Frage, warum – vergleichbare Überwachungsmöglichkeiten in den Mitgliedstaaten vorausgesetzt – ein staatliches Glücksspielmonopol, das einem staatlichen Betrieb übertragen wird, anders beurteilt werden soll als ein Monopol, das durch eine oder mehrere Konzessionen einem nichtstaatlichen Betrieb übertragen wird, wenn diese Betriebe aufgrund des nationalen Glücksspielrechts auf die Zielverwirklichung (Verbraucherschutz und Betrugsbekämpfung) ausgerichtet sind. Denn wenn es – wie aus der Rn 63 des *Placanica*-Urteils hervorgeht – um die (vom EuGH geforderten und am Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz gemessenen) Verfahrensmodalitäten geht, so dürfte es keinen Unterschied machen, ob der Staat sein Monopol durch einen staatlichen oder nichtstaatlichen Betrieb ausübt, um Verbraucher und die öffentliche Ordnung durch Einschränkungen der Glücksspiele im Internet tatsächlich zu schützen.

Im Gegenteil: Es dürfte vielmehr gleichheitswidrig sein, wenn durch Verordnung verliehene Ausschließungsrechte für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet an ein staatliches Unternehmen wie die Santa Casa nicht gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen, hingegen durch Konzession verliehene Ausschließungsrechte an ein nichtstaatliches Unternehmen gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen, zumal für andere Wirtschaftsteilnehmer im Glücksspielsektor die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte durch das

12) Beschluss OLG Wien 29. 11. 2007, 1 R 139/07 d.

13) Beschluss OLG Wien 31. 3. 2008, 1 R 159/07 w.

14) EuGH 8. 9. 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rn 67.

Mittel der Verordnung – im Unterschied zur Konzessionsvergabe – nicht nur erheblich erschwert, sondern praktisch unmöglich gemacht wird. Insofern wären die Verfahrensmodalitäten konterkariert, weil dann die „faktische Limitierung auf einen einzigen Konzessionär“,¹⁵⁾ der aufgrund des GSpG und des StGB einer iS des *Liga Portuguesa*-Urteils „engen Überwachung durch die öffentliche Gewalt“ unterliegt, schlechter gestellt ist, als wenn sich der Staat zur Ausübung seines Internetglücksspielmonopols eines staatlichen oder betrieblichen Unternehmens bedient.

Im Ergebnis scheint der EuGH die Überwachungsmöglichkeiten von Unternehmen nunmehr anders (dh: strenger bzw binnenmarktfreundlicher) auszulegen als vormalig in Rn 74 des *Gambelli*-Urteils und in Rn 62 des *Placanica*-Urteils. MaW scheinen die bisher vom EuGH eingeforderten „anderen Mittel“ zur Feststellung der „Integrität einer Kapitalgesellschaft“ aufgrund der in den Rn 69 bis 71 des *Liga Portuguesa*-Urteils erwogenen Schwierigkeiten und Gefahren bei Glücksspielen im Internet sowie die Möglichkeit der Manipulation bei Sportwetten durch private Glücksspielanbieter keine entscheidende Rolle mehr zu spielen.

D. Österreichisches Glücksspielmonopol im Aufwind

Letzteres hat auch für Österreich Konsequenzen:¹⁶⁾ Zuletzt bemängelten die Gerichte hierzulande das Fehlen eines „äquivalenten und effektiven Verfahrens zur Erlangung einer Konzession“ und einer „systematischen staatlichen Beschränkung der Spielleidenschaft“,¹⁷⁾ weshalb die Gemeinschaftskonformität des österreichischen Glücksspielmonopols in Zweifel gezogen wurde. Aufgrund der EuGH-Entscheidung vom 8. 9. 2009 dürften diese Bedenken ausgeräumt sein: Denn abweichend von den Grundsätzen des freien Dienstleistungsverkehrs brauchen sich die Mitgliedstaaten iZm dem elektronischen Vertrieb von Glücksspielen nicht darauf verlassen, dass die Behörden der anderen Mitgliedstaaten die Anbieter von Sportwetten zur Vermeidung von Betrugs- und anderen Straftaten hinreichend kontrollieren.

Während die Erforderlichkeit iZm den Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in den Rs *Gambelli* und *Placanica* daran gemessen wurde, ob ein Veranstalter aus einem anderen Mitgliedstaat die dort geltenden gesetzlichen Anforderungen erfüllt, sodass die Behörden des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, davon ausgehen müssen, dass dies eine ausreichende Garantie für seine Integrität ist, legt der EuGH bei der Messung der Erforderlichkeit in der Rs *Liga Portuguesa* das Gewicht (iS einer Wertung der Integrität) darauf, dass durch ein System (in Gestalt der jeweiligen nationalen Vorschriften) Betrug sowohl durch Anbieter von Online-Glücksspielen an Verbrauchern als auch durch Verbraucher an Anbietern oder auch durch Verbraucher an anderen Verbrauchern verhindert werden soll. Integrität bedeutet also in diesem Sinn insb auch die Verhinderung krimineller Verhaltensweisen, wie zB der Geldwäsche.

Wenn private Sportwettenveranstalter zwar „grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrol-

len durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaats“ (gemeint ist der Staat des Unternehmenssitzes) unterliegen, brauchen die anderen Mitgliedstaaten dies „nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betruges und anderer Straftaten“ anzusehen. Hier verweist der EuGH auch auf die Schwierigkeiten, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaates bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter iZm der Ausübung ihres Gewerbes gegenübersehen.

Im Ergebnis räumt der EuGH den Mitgliedstaaten auf dem elektronischen Glücksspielsektor einen weitgehenden individuellen Gestaltungsfreiraum ein. Die „Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden sind“ gemeinsam mit dem „Ziel der Bekämpfung von Betrug und anderen Straftaten“ rechtfertigen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Zwingende Gründe – wozu neben der Betrugsvermeidung auch der Verbraucherschutz zählt – rechtfertigen also im weltweiten Netz ein Mehr an nationalem Freiraum und ein Weniger an freiem Binnenmarkt, vorausgesetzt, dass diese Gründe bzw Ziele durch Mittel – wie etwa die Struktur eines Glücksspielunternehmens – tatsächlich wirksam erreicht werden.

Das österr Glücksspielrecht – insb das GSpG und das StGB – verfolgt in erster Linie ordnungspolitische Anliegen, die den vom EuGH anerkannten Rechtfertigungsgründen entsprechen. Demgemäß ist die Struktur (Organisation und Betrieb) der win2day Entwicklungs- und Betriebs GmbH, das ist jenes Tochterunternehmen der Österreichischen Lotterien GmbH und der Casinos Austria AG, welches im Internet Glücksspiele veranstalten darf,¹⁸⁾ auf die Verwirklichung dieser Ziele ausgerichtet. Der vom EuGH betonte Vorteil eines Monopols dürfte sich daher bei win2day angesichts der im Internet verborgenen „anders gearteten und größeren Gefahren, dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden“, verwirklichen; für private Internet-Glücksspielanbieter könnte damit in Österreich das *game over* sein.¹⁹⁾

15) Vgl ua Beschluss OLG Wien 31. 3. 2008, 1 R 159/07 w.

16) Vgl auch – wenngleich unscharf – *Bresich/Klingenbrunner*, Internetglücksspiel auf dem Prüfstand, ZfRV 2009/27.

17) Beschluss OLG Wien 31. 3. 2008, 1 R 159/07 w.

18) Die Konzession gem § 12 a GSpG wurde der Österreichischen Lotterien GmbH erteilt.

19) Vgl auch VwGH 4. 11. 2009, 2009/17/0147. Wie der EuGH „zum Verbot des Anbietens von Glücksspielen, die in einem Mitgliedsstaat einem einzelnen Anbieter exklusiv zugewiesen sind, über das Internet klargestellt hat, können derartige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden sind, als durch das Ziel der Bekämpfung von Betrug und anderen Straftaten gerechtfertigt angesehen werden ... Die vom österreichischen Gesetzgeber gewählten Schutzmaßnahmen erweisen sich weder als diskriminierend noch sind sie in Anbetracht der in Rede stehenden Schutzgüter als unverhältnismäßig zu qualifizieren. Sie sind zudem geeignet, die Verwirklichung der Kontrolle über den Spielbetrieb im Interesse des Einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken. Auf diese Weise wird einerseits eine in Staaten mit ganzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspiels in die Illegalität vermieden und andererseits für den Staat die Möglichkeit erhalten, die auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen“.

→ In Kürze

Der EuGH hat mit *Liga Portuguesa und Bwin* einen Paradigmenwechsel im Glücksspielsektor vollzogen und wichtige Grundsätze für die europarechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des freien Internetverkehrs aufgestellt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Doz. Dr. Martin Kind ist Experte im EU-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Kontakt: Lansky, Ganzger + partner, Rotenturmstraße 29/9, A-1010 Wien. Tel: (01) 533 333-0, Fax: (01) 532 84 83, E-Mail: kind@lansky.at, Internet: www.lansky.at

Vom selben Autor zuletzt erschienen:

Forstgesetz 1975 (2005); Gemeinderecht (2008); Nachbarrecht (2009); EG-Abfallverbringungsverordnung neu, ecolex 2007, 806; Neuerungen bei der grenzüberschreitenden Abfallverbringung, RdU 2007/91; Trassenverordnungen im Rodungsbewilligungsverfahren, RdU-UT 2008/6.

