

Rechtsgutachten
zur Frage der Zulässigkeit des Betriebs von
Pokerspielsalons vor dem Hintergrund der
Grundfreiheiten des Unionsrechts

erstellt im Auftrag der
Concord Card Casino Gruppe (CCC)

von

Univ.-Prof. Dr. Franz Leidenmühler
Vorstand des Instituts für Europarecht, Johannes Kepler Universität Linz

Linz, 17. Juni 2021

Inhaltsübersicht

- I. Gutachtensauftrag und Gang der Untersuchung**
- II. Zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten des Unionsrechts auf den gegebenen Fall**
 1. Sachlicher Geltungsbereich der Grundfreiheiten des Unionsrechts
 2. Zwischenstaatlicher Sachverhalt gegeben
- III. Unionsrechtswidrigkeit der geltenden österreichischen Glücksspielregulierung**
 1. Einleitende Bemerkungen
 2. VfGH geht bei seiner „gesamthaften Würdigung“ von falschen rechtlichen und faktischen Prämissen aus
 3. Geltende österreichische Glücksspielregulierung aus mehreren Gründen unionsrechtswidrig
 4. Verhältnismäßigkeitsprüfung als weiteres zwingendes Kriterium eines jeden Grundfreiheiteneingriffs
 5. Zwischenergebnis
- IV. Rechtsfolgen aus der Unionsrechtswidrigkeit der geltenden österreichischen Glücksspielregulierung**
 1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts
 2. Jedes Gericht/jede Behörde hat den Vorrang des Unionsrechts wahrzunehmen
- V. Ergebnisse**

I. Gutachtensauftrag und Gang der Untersuchung

a. Durch mehrfache Gesetzesänderungen der letzten Jahre und ungeachtet entgegenstehender VfGH-Entscheidungen (insb VfGH 27.06.2013, Gz G 26/2013 ua, VfSlg 19.767) wurde das **Kartenspiel des Poker vom österreichischen Gesetzgeber dem Regime des Glücksspielgesetzes unterworfen.**

Siehe ua die GSpG-Novelle 2008, BGBl I 54/2010; GSpG-Novelle 2010, BGBl I 73/2010; Abgabenänderungsgesetz 2014, BGBl I 13/2014.

In der Konsequenz darf das Kartenspiel des Poker – nach Ablauf einer Übergangszeit – seit 01.01.2020 **nicht mehr wie bislang auf Rechtsgrundlage einer freien Gewerbeberechtigung** („Halten erlaubter Kartenspiele“) angeboten werden.

Gemäß einer mit dem Steuerreformgesetz 2015/2016 (BGBl I 118/2015) in § 60 Abs 36 GSpG eingeführten Übergangsbestimmung ist **§ 2 Abs 4 GSpG** – welcher ein Verbot jener Ausspielungen vorsieht, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde – auf Pokerangebote auf Grundlage einer gewerberechtlchen Bewilligung, die zum 31.12.2012 aufrecht war, **ab 01.01.2020** anzuwenden.

Da auch **die zwischenzeitig vorgesehene Ausschreibung von Konzessionen** zum Betrieb von (zuerst einem, dann drei) **Pokersalons** vom Gesetzgeber wieder beseitigt wurde, kann nach der derzeitigen innerstaatlichen Rechtslage das Kartenspiel des **Poker in Form einer Ausspielung** iSd § 2 Abs 1 GSpG **ausschließlich vom Inhaber einer Spielbankkonzession** gem § 21 GSpG angeboten werden.

Der mit GSpG-Novelle 2010, BGBl I 73/2010 eingeführte § 22 GSpG hatte ursprünglich eine einzige zusätzliche Spielbankkonzession für einen (ausschließlichen) Pokersalon vorgesehen, was vom VfGH wegen der als Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes qualifizierten unsachlichen Monopolisierung als verfassungswidrig erklärt wurde (VfGH 27.06.2013, Gz G 26/2013 ua, Rn 2.4., VfSlg 19.767). Die daraufhin vom Gesetzgeber mit dem Abgabenänderungsgesetz 2014 (BGBl I 13/2014) vorgenommene Korrektur des § 22 GSpG (Möglichkeit von drei weiteren Spielbankkonzessionen für eigenständige Pokersalons) wurde in der Folge aber auch wieder ersatzlos aus dem Gesetz gestrichen (Steuerreformgesetz 2015/2016, BGBl I 118/2015).

Damit ist das Kartenspiel des Poker nunmehr faktisch monopolisiert und nur noch in Spielbanken zulässig. Online-Poker ist wiederum nur noch im Rahmen der ebenso monopolisierten elektronischen Lotterien möglich.

Vgl *Barczak/Hartmann*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich, MR 2020, 330ff (333).

b. Der unterfertigte Gutachter wurde vor diesem Hintergrund von der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* ersucht, ein Rechtsgutachten zu erstellen, ob die im Wesentlichen durch das GSpG geschaffene **Regulierung des Glücksspielmarktes in Österreich** (dem das Kartenspiel des Poker nach dem Willen des innerstaatlichen Gesetzgebers nun unterfällt) **im Lichte ihrer praktischen Auswirkungen mit den Vorgaben des Unionsrechts**, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) in ihrer Auslegung durch den EuGH, **vereinbar** ist.

c. Dazu ist eingangs zu überprüfen, ob die **Grundfreiheiten des Unionsrechts**, welche grundsätzlich auf **zwischenstaatliche Sachverhalte** ausgerichtet sind, im gegebenen Fall überhaupt zur Anwendung gelangen, was vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH bejaht werden kann (unten, II.).

In der Folge wird untersucht, ob die durch das GSpG geschaffene **Regulierung des Glücksspielmarktes** in Österreich, welche als **Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit** zu qualifizieren ist, jenen Anbietern entgegengehalten werden kann, die von ihrer unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheit (Art 56 AEUV) Gebrauch machen.

Dabei wird sich erweisen, dass die vom VfGH (und in der Folge anderen innerstaatlichen Höchstgerichten) angenommene Rechtfertigung des Grundfreiheiteneingriffs **mangels Kohärenz und Verhältnismäßigkeit** vor dem Hintergrund der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht haltbar ist (unten, III.).

Abschließend werden die **Konsequenzen** aus dieser im Lichte ihrer praktischen Anwendung **unionsrechtswidrigen innerstaatlichen Rechtslage** erläutert, vor allem auch im Hinblick auf den ganz aktuellen Beschluss des EuGH in der Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum* (unten, IV.).

d. Nicht behandelt wird in diesem Rechtsgutachten die gesamte Thematik der (fragwürdigen) **Verfassungskonformität** der Unterstellung des Kartenspiels des Poker unter das Regime des GSpG. Eine eingehende Untersuchung und Kritik dieser Frage ist ua durch eine Monographie von *Winkler* erfolgt.

Vgl *Winkler*, Poker und Pokerspielsalons in der Glücksspielgesetzgebung (2011).

II. Zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten des Unionsrechts auf den gegebenen Fall

1. Sachlicher Geltungsbereich der Grundfreiheiten des Unionsrechts

a. Nach der – in der Sache durchaus fragwürdigen, aber grundsätzlich hinzunehmenden – Legaldefinition des österreichischen Gesetzgebers stellt das **Kartenspiel des Poker ein Glücksspiel iSd GSpG** dar (§ 1 Abs 2 GSpG) und darf daher – sofern nicht eine Konzession nach diesem Gesetz erteilt wurde – nicht in Form einer „Auspielung“ iSd § 2 GSpG durchgeführt werden.

Zur fragwürdigen Qualifikation des Kartenspiels Poker als Glücksspiel (da Gewinnermittlung eher aus Geschicklichkeit denn durch Zufall) siehe eingehend *Winkler*, Poker und Pokerspielsalons in der Glücksspielgesetzgebung (2011), 14ff.

Daher kann nach der derzeitigen **innerstaatlichen Rechtslage** das Kartenspiel des **Poker in Form einer Auspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG ausschließlich vom Inhaber einer Spielbankenkonzession** gem § 21 GSpG angeboten werden.

Von den fünfzehn Lizenzen für Spielbanken, deren Vergabe § 21 Abs 5 GSpG ermöglicht, hält die *Casinos Austria AG* zwölf. Die verbleibenden drei Casino-Lizenzen sind nicht vergeben worden. Die *Casinos Austria AG* ist danach berechtigt, bis zum 31.12.2027 bzw bis zum 31.12.2030 in Österreich zwölf Spielbanken mit Tages- und Abendspiel zu betreiben. Die Standorte sind Baden, Bregenz, Graz, Innsbruck, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Linz, Salzburg, Seefeld, Velden, Wien und Zell am See. Die Casinos bieten Glücksspiele an, ua Roulette, verschiedene klassische Poker-Varianten, Baccara chemin de fer, Black Jack, Double Hit, Einundvierzig, Seven Eleven, Glücksrad, Punto Banco, Red Dog, Sic Bo, Nevada, Tropical Stud Poker, Easy Poker, Easy Black Jack; in den Spielbanken stehen außerdem Glücksspielautomaten. Vgl *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der *Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]*), 07.09.2020, 32.

b. **Art 56 AEUV** ermöglicht den **Erbringern von Dienstleistungen**, ihre Leistungen innerhalb der Europäischen Union anzubieten. Wie der EuGH in stRsp feststellt, erfüllt das Anbieten eines Glücksspiels – als welches das Kartenspiel des Poker nach der Legaldefinition des österreichischen Gesetzgebers einzuordnen ist – den Begriff der Dienstleistung iSv Art 57 AEUV.

Siehe nur EuGH, Rs C-275/92, *Schindler*, Rn 25ff; Rs C-67/98, *Zenatti*, Rn 24; Rs C-243/01, *Gambelli*, Rn 52ff; Rs C-46/08, *Carmen Media Group Ltd*, Rn 40f; ebenso VwGH 21.12.1998, Gz 97/17/0175.

c. Allerdings begünstigt die Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV nur jene Anbieter, die „*die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind*“. Die Anwendbarkeit der Grundfreiheit setzt mithin einen sog **grenzüberschreitenden Sachverhalt** voraus, welcher aber nach der stRsp des EuGH auf verschiedene Weisen gegeben sein kann.

Ob sich dabei der Erbringer zur Leistungserbringung in den Mitgliedstaat des Empfängers begibt, der Empfänger den Erbringer aufsucht, sich beide gemeinsam zur Leistungserbringung in einen anderen Mitgliedstaat begeben oder gar nur die Dienstleistung als solche die Grenze überschreitet (sog Korrespondenzdienstleistung), ist unwesentlich. Entscheidend ist, dass **irgendein zwischenstaatlicher Sachverhalt** vorliegt. Siehe nur EuGH, Rs C-154/89, *Kommission/Frankreich* („Fremdenführer“), Rn 9ff; dazu näher *Leidenmühler*, *Europarecht*⁴ (2020), 225.

d. Da im gegebenen Fall der Betreiber der Pokerspielsalons ein österreichisches Unternehmen ist, das durch ein Gesetz der Republik Österreich am Dienstleistungsangebot in Österreich gehindert wird, bedarf es einer Darlegung, warum im gegebenen **Fall dennoch ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, mithin der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts** eröffnet ist.

2. Zwischenstaatlicher Sachverhalt gegeben

a. Nach stRsp des EuGH begünstigen die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nicht nur den Erbringer der Dienstleistung („aktive Dienstleistungsfreiheit“), sondern auch deren **Empfänger** („**passive Dienstleistungsfreiheit**“).

Vgl EuGH, verb Rs 286/82 u 26/83, *Luisi und Carbone*, Rn 16.

b. Da nachweislich ein guter Teil der **Kundinnen und Kunden der Pokerspielsalons** der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* **Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten** sind, welche durch die Inanspruchnahme der Leistungen von ihrer – unionsrechtlich geschützten – **passiven Dienstleistungsfreiheit** Gebrauch machen, erfüllt das Angebot der Pokerspielsalons der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* das **Kriterium des zwischenstaatlichen Sachverhalts**.

So waren nach den von der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* dem Gutachter zur Verfügung gestellten Daten im Zeitraum 2017-2019, sofern die

Staatsangehörigkeit der Besucherinnen und Besucher festgestellt worden ist, 35% aus Österreich, **37% aus anderen EU-Mitgliedstaaten** und 28% aus Drittstaaten (insb der Schweiz). Beim Turnier „Concord Million“ (in Wien) wiederum waren zwischen 2014 und 2019 durchschnittlich 45% der Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Damit stellen im besagten Zeitraum **Kundinnen und Kunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten** in Gesamtheit sogar die **größte Gruppe der Dienstleistungsempfänger** der Pokerspielsalons der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)*.

Vom **EuGH** wird regelmäßig bestätigt, dass es ausreicht, damit sich ein Dienstleistungsanbieter gegenüber seinem Sitzstaat auf die Grundfreiheit des Art 56 AEUV berufen kann, wenn er **Kundinnen und Kunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten** hat:

*„Nach diesen Vorschriften kann die Dienstleistungsfreiheit nicht nur von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsnehmers in Anspruch genommen werden, sondern auch von einem Unternehmen gegenüber dem Staat, in dem es seinen Sitz hat, **sofern die Leistungen an Dienstleistungsnehmer erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind** (vgl Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93, *Corsica Farnes Italia*, Rn 30), und allgemeiner immer dann, wenn ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet, in dem er niedergelassen ist (siehe Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-154/89, *Kommission/Frankreich*, Rn 9 und 10, und Urteil *Peralta*, Rn 41).“*

EuGH, Rs C-381/93, *Kommission/Frankreich*, Rn 14; ebenso EuGH, Rs C-208/05, *ITC*, Rn 56.

c. Lediglich dann, wenn eine wirtschaftliche Betätigung „*in ihren wesentlichen Elementen sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen*“ würde, wäre nach der Rsp des EuGH das Vorliegen des Zwischenstaatlichkeitskriteriums zu verneinen. Dies ist im gegebenen Fall aufgrund der nachweislichen Dienstleistungsempfänger aus anderen EU-Mitgliedstaaten definitiv nicht der Fall.

Vgl EuGH Rs 52/79, *Debauve*, Rn 9; zum ganzen näher *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU (2011), 55ff.

d. Würde man – im gegebenen Fall aufgrund des unstreitig gegebenen grenzüberschreitenden Elements aufgrund der Dienstleistungsempfänger aus anderen EU-Mitgliedstaaten fälschlicherweise – das Vorliegen des Zwischenstaatlichkeitskriteriums verneinen, so läge jedenfalls ein

Fall der sog „**Inländerdiskriminierung**“ vor, welcher zwar nicht – wie im Folgenden (unten, IV.) gezeigt – zur Unanwendbarkeit der unionsrechtswidrigen Bestimmungen, sondern lediglich zu deren Verfassungswidrigkeit (und damit Aufhebbarkeit) führen würde.

Ein sog „reiner Inlandssachverhalt“ – welcher im vorliegenden Fall aufgrund des zwischenstaatlichen Bezugs ohnehin nicht gegeben ist – ist zwar nicht vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erfasst, es kann aber eine daraus erwachsende (unionsrechtlich durchaus zulässige) „Inländerdiskriminierung“ – darunter versteht man eine unterschiedliche Behandlung von inlandsbezogenen und grenzüberschreitenden Sachverhalten, die dazu führt, dass Inländer im Vergleich zu Unionsbürgern, die vom Anwendungsbereich einer Grundfreiheit erfasst werden, schlechter gestellt werden – dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) widersprechen. Findet eine solche Inländerdiskriminierung keine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen, so verstößt sie nach stRsp des VfGH gegen Art 7 B-VG (VfSlg 14.963/1997; VfSlg 17.150/2004).

III. Unionsrechtswidrigkeit der geltenden österreichischen Glücksspielregulierung

1. Einleitende Bemerkungen

a. Restriktionen für das Kartenspiel des Poker stellen einen Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr (Art 56 AEUV) dar

Das österreichische Glücksspielmonopol im Allgemeinen und – im gegebenen Fall von besonderem Interesse – die **Beschränkung des Angebots des Kartenspiels des Poker in Form einer Ausspielung ausschließlich auf Inhaber einer Spielbankenkonzession** stellt dann, wenn wie im gegebenen Fall der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, einen **Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr** (Art 56 AEUV) dar.

Eine solche Beschränkung einer unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheit ist einem Mitgliedstaat nur dann ausnahmsweise gestattet, wenn der Eingriff aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses **gerechtfertigt** werden kann und den vom EuGH entwickelten Kriterien der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** (insb auch dem **Kohärenzkriterium**) genügt.

Im gegebenen Fall unterliegen die einschlägigen monopolisierenden Bestimmungen des GSpG als besonders gravierender Eingriff in die

Dienstleistungsfreiheit **strengen Voraussetzungen**, ua was das Verhalten der Konzessionsinhaber und deren Überwachung durch die nationalen Behörden betrifft.

Vgl nur OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t; OGH 11.11.2016, 10 Ob 52/16v, 10f.

Der EuGH erachtet dabei in mittlerweile stRsp eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Glücksspiels durch eine mitgliedstaatliche Monopol- oder Konzessionsregel nur dann als zulässig, wenn vom Mitgliedstaat der Nachweis geführt wird, dass die **Geschäftspolitik des Konzessionsinhabers** – und insbesondere seine **Werbeaktivitäten** – **maßvoll und begrenzt** sind und das Gesamtsystem der innerstaatlichen Glücksspielregelungen vor dem Hintergrund seiner konkreten Anwendungspraxis **kohärent** ist.

Vgl nur verb Rs C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, Rn 83 und 103; Rs C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 56ff; Rs C-46/08, *Carmen Media Group*, Rn 71.

Werden die vom EuGH dabei entwickelten Vorgaben nicht eingehalten, dann sind die betreffenden Regelungen **unanwendbar**, sodass gegenüber Dienstleistungserbringern wie die *Concord Card Casino Gruppe* (CCC), die sich auf Art 56 AEUV stützen können, kein innerstaatliches Verbot von Glücksspielen in „politischen Gesetzen“ mehr besteht.

OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t, VI.2., VI.3; zustimmend *Leidenmühler*, Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MR 2014, 42ff.

b. Vermeintliche Klarstellung durch Erkenntnis des VfGH vom 15.10.2016

Mit Erkenntnis vom 15.10.2016 wurde vom VfGH mit äußerst knapper Begründung festgestellt, dass die österreichischen Glücksspielregelungen im Lichte ihrer praktischen Wirksamkeit nicht unionsrechtswidrig seien.

Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.4.4., Rn 50. Zum Erkenntnis eingehend *Leidenmühler*, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (296); ders, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff.

Dabei wurde vom VfGH zwar **eingeräumt**, dass durchaus „**einzelne Werbemaßnahmen [der Konzessionsinhaber] für sich genommen geeignet [sein], die Spiellust zu wecken bzw zu verstärken**“ (ebd, III.2.4.2., Rn 48), was nach den Vorgaben aus der stRsp des EuGH im

Hinblick auf die Kohärenz der monopolisierenden Regelungen durchaus problematisch erscheinen würde.

Siehe insb den Antrag des OGH 30.03.2016, 4 Ob 31/16m, mit welchem unter eingehender Begründung und Anführung einer Fülle von Literaturbelegen die Rechtsauffassung vertreten wurde, dass das österreichische Glücksspielmonopol aufgrund der Nichteinhaltung eines maßvollen Werbemaßstabs durch die Konzessionsinhaber im Sinne der Rechtsprechung des EuGH unionsrechtswidrig sei (2.5.). Vgl dazu VfGH 15.10.2016, G 103-104/2016-49, G 113, 115/2016-17, G 123-124/2016-16, G 128/2016-10, G 163/2016-11, G 171/2016-10, G 172/2016-10, G 187/2016-10, G 188/2016-10, G 198/2016-12, G 263-264/2016-2, G 339-340/2016-2, IV.2., Rn 88ff.

Dennoch hätte, so der VfGH weiter, die Werbetätigkeit der Konzessionsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis **kein Wachstum des gesamten Marktes für Glücksspiele** bewirkt. Aus diesem Grunde könne unter Vornahme einer „**gesamthaften Würdigung** aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt“ (ebd, III.2.4.4., Rn 50) die Werbetätigkeit der Konzessionsinhaber auch nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Glücksspielregelungen führen (ebd, III.2.4.2., Rn 48).

Im Anschluss an dieses Erkenntnis des VfGH werden nun auch von einzelnen Senaten des OGH, ua vom 4. Senat, der noch am 30.03.2016 bei seinem Antrag an den VfGH auf Aufhebung (von Teilen) des GSpG als verfassungswidrig mit guten Argumenten von der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG ausgegangen ist, „*durch die inhaltliche Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes die unions- und verfassungsrechtlichen Fragen als hinreichend geklärt*“ angesehen.

Vgl zuvor OGH 30.03.2016, 4 Ob 31/16m, wo unter eingehender Begründung und Anführung einer Fülle von Literaturbelegen die Rechtsauffassung vertreten wurde, dass das österreichische Glücksspielmonopol aufgrund der Nichteinhaltung eines maßvollen Werbemaßstabs durch die Konzessionsinhaber im Sinne der Rechtsprechung des EuGH unionsrechtswidrig sei (2.5.). Nunmehr aber OGH 22.11.2016, 4 Ob 31/16m, 3 (6f).

Im Folgenden soll jedoch dargelegt werden, dass der vom VfGH erhobene Befund der Unionsrechtskonformität der geltenden österreichischen Glücksspielregelungen einerseits **aus einer Reihe von inhaltlichen Gründen nicht haltbar** und andererseits aus formalen Gründen vor dem Hintergrund des spezifischen, durch dezentralisierte Selbstbeurteilung gekennzeichneten, Verhältnisses der Normen des Unionsrechts zu jenen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen **für die österreichischen Behörden und Gerichte nicht zwingend bindend** ist.

2. VfGH geht bei seiner „gesamthaften Würdigung“ von falschen rechtlichen und faktischen Prämissen aus

a. Maßvoller Werbemaßstab des EuGH wird durch die jüngste Rsp (Rs C-290/19, *Fluctus und Fluentum*) bestätigt

Nach der stRsp des EuGH darf die Geschäfts- und Werbestrategie der Konzessionsinhaber lediglich die **ohnein schon zum Spiel entschlossenen potenziellen Kunden über die Existenz der Produkte informieren** und durch Lenkung der Spieler in kontrollierte Bahnen einen geordneten Zugang zu Glücksspielen sicherstellen. Jedenfalls **unzulässig** aber sind solche Geschäfts- und Werbestrategien, die **zu aktiver Teilnahme an Glücksspielen auffordern und anregen** und damit auf das Wachstum des gesamten Marktes für Spieltätigkeiten abzielen.

Vgl nur EuGH, Rs C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 69; zuletzt deutlich EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 37.

Zwar kann nicht jedem Werbeinhalt per se eine zu übermäßigen Spielausgaben verleitende Wirkung unterstellt werden, so dass zu prüfen ist, „*ob der Umfang der Werbung eng auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken [...], was eine **Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Geschäftsstrategie des Monopolinhabers durch das vorlegende Gericht im Hinblick auf alle relevanten Umstände und keine isolierte Prüfung einer individuellen Werbung impliziert***“.

EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 47.

Nach den Ausführungen des EuGH im aktuellen Beschluss in der Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, kann eine expansive Werbepolitik allenfalls nur dann als kohärent angesehen werden, wenn **aggressive Werbemaßnahmen privater Anbieter einen erheblichen Umfang haben und die Maßnahmen darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken**.

Vgl EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 38, 42 und 52.

Was die Marktsituation in Österreich betrifft, so zeigen in diesem Zusammenhang **valide, belastbare Daten zu den Werbeausgaben**, dass die in quantitativer und qualitativer Hinsicht maßlose Werbung der Konzessionsinhaber auch **nicht aufgrund allfälliger exzessiver Werbung der privaten Anbieter gerechtfertigt** ist, da letztere objektiv unterhalb der Wahrnehmungsgrenze liegt. Während sich nach objektiven Werbeverwertanalysen **kein privater Anbieter unter den Top-150-Unternehmen** befindet, liegt der **Werbeetat der ÖLG/CASAG-Gruppe** in den

letzten Jahren **immer unter den Top-7 aller Unternehmen in Österreich**. Dies zeigt überaus deutlich, dass der **quantitativ enorme Werbeaufwand der Konzessionsinhaber**, der auch in einer überaus auf Expansion ausgerichteten Form betrieben wird, auch **keinesfalls als Reaktion auf entsprechende Werbeaktivitäten privater Anbieter gerechtfertigt** werden kann.

Siehe *Focus Institut Marketing Research*, Ranking Total; vgl zum ganzen eingehend *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (36ff).

Zudem weist der EuGH auch im aktuellen Beschluss in der Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, wieder darauf hin, dass die Werbung der Konzessionsinhaber **keinesfalls** das Glücksspiel **verharmlosen**, dem Glücksspiel ein **positives Image verleihen** oder **bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen**.

Vgl nur EuGH, Rs C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 68; EuGH, Rs C-79/17, *Gmalieva*, Rn 28; zuletzt EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 43.

Abzustellen ist dabei laut stRsp des EuGH, die vom OGH aufgegriffen wurde, auf die Gesamtheit der Werbeaktivitäten im Anwendungsbereich des Monopols und damit auf alle monopolisierten Angebote.

Vgl OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t, VII.2.

Insbesondere der 4. Senat des **OGH**, dessen mit umfassenden Nachweisen aus dem Schrifttum belegte Ansicht nach OGH 28.06.2016, 2 Ob 92/15s „*viel für sich hat*“ (19) gelangte unter ausführlicher Darstellung der Judikatur des EuGH und **eingehender Würdigung der Werbepaxis der Konzessionsinhaber** zum Ergebnis, dass die österreichischen Glücksspielregelungen in ihrer praktischen Anwendung und Wirksamkeit diesen Vorgaben des EuGH **nicht** zu entsprechen vermögen.

Vgl OGH 30.03.2016, 4 Ob 31/16m (2.5.).

Ganz aktuell wird auch in einem Rechtsgutachten der renommierten **deutschen Universitätsprofessoren Barczak/Hartmann** (Universitäten Passau und Osnabrück) mit eingehender Begründung ausgeführt, dass „*die unionsrechtlichen Vorgaben betreffend Werbung in Österreich nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden*“.

Vgl *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der *Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]*), 07.09.2020; eine zusammenfassende Darstellung findet sich auch bei *Barczak/Hartmann*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich, MR 2020, 330ff.

Vom VfGH wird in seinem Erkenntnis vom 15.10.2016 nun zwar explizit eingeräumt, dass einzelne Werbemaßnahmen der Konzessionsinhaber für sich genommen geeignet seien, die Spiellust zu wecken bzw zu verstärken, jedoch hätte die **Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspiels** geführt.

Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.4.2., Rn 48.

Und genau **diese Prämisse des VfGH vom nicht gegebenen Wachstum** des gesamten Glücksspielmarktes **trifft faktisch nicht zu**, wie im nächsten Abschnitt gezeigt wird.

Kommt hinzu, dass die Annahme, dass gerade die Werbung der Konzessionsinhaber nicht zu einem Wachstum des Glücksspielmarktes geführt habe (dessen Volatilität von vielerlei Faktoren abhängig ist), ohnehin sehr fragwürdig ist, da ja möglicherweise ohne die entsprechende marktschreierische Werbung die Zahl der Spielerinnen und Spieler sogar gesunken wäre bzw hätte sinken müssen.

Vgl *Leidenmühler*, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (296); dens, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (36).

b. Gesamtwürdigung des VfGH basiert auf falschem Faktensubstrat: Der Glücksspielmarkt wächst nachweislich

Im Erkenntnis des VfGH wird unter Vornahme einer „*gesamthaften Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt*“ als letztlich ausschlaggebendes (und einziges) Argument für die Annahme der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes angeführt, dass es „*in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarktes gekommen*“ sei.

Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.4.2., Rn 48.

Die **faktische Frage des Wachstums des Glücksspielmarktes** wird damit im Rahmen einer „gesamthaften Würdigung“ zur **entscheidenden Frage der Kohärenz und damit der Unionsrechtskonformität** oder -widrigkeit der österreichischen Glücksspielregelungen. Was nun aber das dem betreffenden Verfahren vor dem VfGH zugrunde liegende Faktensubstrat angeht, so ist dem VfGH **keine valide objektive Datenbasis** zur Verfügung gestanden, die auf einer den Anforderungen des EuGH genügenden ökonomisch *lege artis* durchgeführten Marktentwicklungsanalyse beruht hätte. Vielmehr stützt der VfGH seine gesamte Würdigung der Entwicklung des österreichischen Glücksspielmarktes auf eine

einzigste Telefonumfrage, die vom LVWG OÖ im Ausgangsverfahren zugrunde gelegt wurde.

Kalke/Wurst, „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“ (Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung, Hamburg). Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.4.2., Rn 48.

Nach dieser Studie sei es seit 2009 zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht in Österreich sowie zu keinem Wachstum des Glücksspielmarktes gekommen, sodass – so die Schlussfolgerung des VfGH – die **Werbetätigkeit der Konzessionäre in ihrer Gesamtheit jedenfalls kein Wachstum des Marktes für Glücksspiele bewirkt** habe. Daher hätten die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes nicht beeinträchtigt und die Werbetätigkeit der Konzessionäre könne daher nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkung der Glücksspieltätigkeit führen.

Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.4.2., Rn 47f.

Hier stellt sich die Frage, ob die aus einer Telefonumfrage zur Glücksspielteilnahme und zum Spielverhalten Einzelner erschlossene Entwicklung des gesamten Glücksspielmarktes den **strengen Anforderungen des EuGH** an im Rahmen der Kohärenzprüfung heranzuziehendes Datenmaterial genügt.

Kritisch *Haase*, Das fragwürdige Geschäft mit der Statistik – Am Beispiel der Glücksspiel(Sucht)Branche, ZfWG 2016, 404ff; *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (37).

Dies, wo doch der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Rechtfertigung eines Eingriffs in eine Grundfreiheit von den Mitgliedstaaten doch die Erhebung und **Heranziehung der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten** verlangt.

Vgl EuGH, Rs 192/01, *Kommission/Dänemark*, Rn 48; Rs C-346/06, *Rüffert*, Rn 42; Rs C-8/02, *Leichtle*, Rn 46; Rs C-147/03, *Kommission/Österreich*, Rn 63; Rs C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, Rn 36 und 42 (dazu *Kubiciel*, Unionsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung des Verbots von Online-Casinos, EuZW 2017, 494ff [496]). Speziell zum Glücksspiel siehe die Ausführungen des EuGH in Rs C-42/02, *Lindman*: „Im Ausgangsverfahren weisen die dem Gerichtshof vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten kein Element statistischer oder sonstiger Natur auf, das einen Schluss auf die Schwere der Gefahren, die mit dem Betreiben von Glücksspielen verbunden sind, oder gar auf einen besonderen Zusammenhang zwischen solchen Gefahren und der Teilnahme der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats an in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien zuließe.“ (Rn 26); dahingehend auch verb

Rs C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, Rn 71.
Vgl dazu näher *Koenig*, Totalverbote von Online-Poker und -Casinospielen, ZfWG 2015, 10ff (12).

In seiner jüngeren Rsp hat der EuGH die **Beweisanforderungen nochmals ausgeweitet**. Ein **nationales Gericht** muss demnach „*mithilfe statistischer Daten, auf einzelne Punkte beschränkter Daten oder anderer Mittel*“ die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung prüfen.

Vgl EuGH, Rs C-464/15, *Admiral Casinos*, Rn 26.

Die aktuelle Judikatur des EuGH zu Beweisfragen bei Grundfreiheiten-eingriffen zeigt damit folgendes: Für den Nachweis eines Eingriffs reichen bereits Indizien für eine Ungleichbehandlung oder Beschränkung aus, für die **Rechtfertigung einer Regelung hingegen muss das Gericht Gewissheit über das Vorliegen aller Voraussetzungen erlangen**, wobei diese **mittels statistischer Daten oder anderer Mittel nachgewiesen** werden müssen.

Vgl im Detail *Drexel*, Der Beweis in der jüngeren EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten, EuZW 2019, 533ff (538).

Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH ist der folgende Gedanke: Nur auf Basis einer tatsachenbasierten Evaluierung kann das zur Entscheidung berufene nationale Gericht bzw die zuständige Behörde bewerten, ob die **Grundannahme des nationalen Gesetzgebers auch in der Praxis Bestätigung findet**. Dem Gericht bzw der Behörde kommt insoweit eine ganz entscheidende Rolle zu. Ihnen obliegt es, das von einem Mitgliedstaat festgelegte Schutzniveau auf seine Kohärenz hin zu überprüfen, nämlich ob die vorgesehene Maßnahme (hier: das strikte monopolisierende Konzessionssystem) tatsächlich geeignet und verhältnismäßig ist, die angestrebten Ziele zu erreichen. Dafür müssen dem Gericht bzw der Behörde **tragfähige Daten** vorgelegt werden, ansonsten läuft diese gerichtliche Kohärenzprüfung faktisch leer.

Vgl dazu *Hambach/Berberich*, Eckpfeiler für Neuordnung des Internet-Glücksspiels auf Basis der EU-Kommission, ZfWG 2019, 463ff (465).

Das **dem VfGH im betreffenden Verfahren vorliegende Zahlenmaterial genügt diesen Anforderungen definitiv nicht**. Zum einen wurde die Studie von *Kalke/Wurst* mit finanzieller Unterstützung der Konzessionsinhaber durchgeführt.

Vgl *Kalke/Wurst*, „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“, 7.

Zum anderen fußt diese Studie auf einer nicht repräsentativen bloßen telefonischen Umfrage zum (pathologischen) Spielverhalten von Einzelpersonen, die jeglicher faktischen Verifizierbarkeit entbehrt.

Vgl LVWG OÖ 22.12.2016, LVwG-411653/5/Gf/Mu, 13.

Ungeachtet, dass selbst nach der *Kalke/Wurst*-Umfrage der Glücksspielmarkt zwischen 2009 und 2015 leicht gewachsen ist (18) und bei Hochschulabsolventen die Geldeinsätze für Glücksspiel sogar „*deutlich zugenommen*“ (19) haben, kann eine bloße telefonische Umfrage zum (pathologischen) Spielverhalten Einzelner **keinerlei valide und belastbare Aussagen, wie sie vom EuGH gefordert werden**, zur Entwicklung eines bestimmten Marktsegmentes, in diesem Fall des Glücksspielmarktes, treffen.

Vgl dazu auch *Haase*, Das fragwürdige Geschäft mit der Statistik – Am Beispiel der Glücksspiel(Sucht)Branche, ZfWG 2016, 404ff; *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (37).

Vielmehr lässt schon die laufende mediale Berichterstattung über das Wachstum des Glücksspielmarktes erhebliche Zweifel am Faktensubstrat, das dem VfGH-Erkenntnis vom 15.10.2016 zugrunde gelegt wurde, aufkommen. Regelmäßigen Medienberichten ist zu entnehmen, dass der Glücksspielmarkt im letzten Jahrzehnt offenkundig Jahr für Jahr rasant gewachsen ist.

Vgl nur *Die Krone* v 08.06.2017: „Kräftiges Wachstum bei Online-Gaming und Sportwetten: Die Österreicher verzocken bereits über 1,6 Milliarden €“; siehe weiters *Kurier* v 10.05.2016: „Casinos, Online-Gaming und Sportwetten legten kräftig zu“; www.vienna.at: „Trotz Automatenverbot: Glücksspielmarkt in Österreich wächst“ (10.05.2016); Branchenradar: Glücksspiel & Sportwetten in Österreich 2015: „Wieder signifikantes Wachstum bei Glücksspiel & Sportwetten“ (10.05.2016); *Der Standard* v 15.07.2016: „Casinos Austria wächst in allen Geschäftsbereichen“.

Diese notorische Entwicklung des Glücksspielmarktes lässt sich zudem mit belastbarem Zahlenmaterial belegen, das im Gegensatz zu der dem VfGH vorliegenden bloßen Telefonumfrage ökonomisch *lege artis* und den Anforderungen des EuGH genügend erhoben wurde. **Von renommierten Instituten durchgeführte empirische Erhebungen** bzw Quellen erweisen, dass der **österreichische Glücksspielmarkt weiterhin einem Wachstum** unterliegt.

So steigen nach einer von *RegioData* präsentierten Übersicht über die jährlichen **Konsumausgaben** je Einwohner die **Ausgaben für Glücksspiel je Einwohner und Jahr** in Österreich zwischen 2010 und 2015 Jahr für Jahr kontinuierlich (von € 832,30 im Jahr 2010 auf € 975,40 im Jahr 2015), weit **überproportional im Verhältnis zur Inflationsrate**.

Vgl *RegioData*, Konsumausgaben je Einwohner – Glücksspiel (2016). Die von *RegioData* erhobenen Konsumausgaben beinhalten alle Ausgaben, die ein Einwohner innerhalb eines Jahres für Anschaffungen oder Dienstleistungen in einer bestimmten Warengruppe tätigt, unabhängig von der Beschaffungsquelle (im In- oder Ausland). Bei der Ermittlung der Konsumausgaben wurden alle verfügbaren Daten miteinander verknüpft und sämtliche Werte auf eine vergleichbare Basis gestellt. Wesentliche Quellen sind die jeweiligen nationalen und internationalen statistische Ämter und Organisationen (wie Eurostat, UNECE, IMF, etc), ebenso Marktberichte und Branchenstudien verschiedener Unternehmen. Vgl zum ganzen *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (37f).

Auch nach dem von *Kreutzer, Fischer & Partner* regelmäßig vorgelegten **Branchenradar**, dem eine empirische Erhebung von Absatz und Umsatz nach Produktgruppen und Vertriebswegen bei den relevanten Anbietern des Marktes zugrunde liegt, ist ersichtlich, dass die **Spiel- und Wetteinsätze sowie die Brutto-Spielerträge im Zeitraum von 2012 bis 2015 stetig gestiegen** sind.

Vgl Branchenradar: Glücksspiel und Sportwetten in Österreich 2016 (2016), 1-5, 34. Dazu *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (38).

Vor dem Hintergrund dieses auf valider Basis belegten Wachstums des Gesamtmarktes für Glücksspiel findet sich in der Kommentierung der Marktentwicklung in der Studie folgende Anmerkung: *„Falls die Reformen und Beschränkungen im Glücksspiel- und Sportwettenwesen der letzten Jahre auch zum Ziel hatten, das Spielvolumen einzudämmen, macht sich beim Blick auf die diesbezügliche Entwicklung im Jahr 2015 wohl bei so manchem Politiker Resignation breit. Denn die Spiel- und Wetteinsätze wachsen im Berichtsjahr rasant um +10,5% gegen Vj. auf nunmehr knapp € 16,3 Milliarden.“*

Vgl Branchenradar: Glücksspiel und Sportwetten in Österreich 2016 (2016), 34.

Damit zeigt sich – im Gegensatz zur dem VfGH vorliegenden Telefonumfrage – **auf valider und belastbarer Datenbasis**, dass der **Markt für Glücksspiel in Österreich seit 2010 kontinuierlich gewachsen** ist (2015 um 10,5% gegenüber dem Vorjahr) und somit auch eine vom VfGH eingeforderte „gesamthafte Würdigung“ zum Ergebnis führen muss, dass die Werbung der Konzessionsinhaber, welche versucht, die Anziehungskraft des Glücksspiels durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen, sich auch in ihrer praktischen Auswirkung nicht darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken und daher **keinesfalls maßvoll im Sinne der Judikatur des EuGH**

ist. Unter Zugrundelegung einer den Anforderungen des EuGH genügenden ökonomisch *lege artis* durchgeführten **Marktentwicklungsanalyse** (die dem VfGH bei seiner Beurteilung nicht zur Verfügung gestanden ist) hätte auch der VfGH zum Ergebnis der Unionsrechtswidrigkeit der aktuellen Glücksspielregelungen gelangen müssen.

Da aber, wie später zu zeigen ist, vom EuGH ohnehin eine laufende Überprüfung der Kohärenz einer mitgliedstaatlichen Regelung auch unter Berücksichtigung nachträglich eintretender (oder hervorkommender) Umstände gefordert wird, ist der VfGH ohnehin in der **Pflicht, bei nächster Gelegenheit eine Neubewertung vorzunehmen**.

Dies wird auch vom VfGH selbst eingeräumt. Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.2., Rn 30. Dazu *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (38).

Folgt der VfGH dabei seiner auf das Marktwachstum abstellenden Logik, dann würde **unter Zugrundelegung eines korrekten Faktensubstrats** eine „gesamthafte Würdigung“ zur **Unionsrechtswidrigkeit des GSpG in seiner derzeitigen Anwendungspraxis** führen.

c. Rechtlicher Kontrollrahmen ist entgegen der Auffassung des VfGH offensichtlich nicht hinreichend

Vom VfGH wird unter Hinweis auf § 56 GSpG, welcher anordnet, dass die Konzessionsinhaber bei ihren Werbeaufträgen einen „verantwortungsvollen Maßstab“ zu wahren haben, festgestellt, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Überwachung des Glücksspielsektors den in der Rsp des EuGH festgelegten Anforderungen entspreche.

Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.4.1., Rn 36f.

Wie der VfGH selbst ausführt, darf sich aber nach stRsp des EuGH die Prüfung der Unionsrechtskonformität einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift nicht auf deren Norminhalt beschränken, vielmehr müssen die **tatsächlichen Auswirkungen in Einklang mit den Zielen stehen**, die mit besagter Norm verfolgt werden.

Vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, III.2.3., Rn 32.

In diesem Zusammenhang zeigt aber die Werbung der Konzessionsinhaber, „*die den Spieltrieb in gleisnerischer Weise, dh durch Verharmlosung des Spiels, Vorspiegelung bedeutender Gewinne, durch Appell an Gruppenegeist, Kampfeslust und Ruhmsucht zu stimulieren*“ [versucht]

und die vom OGH nach eingehender Würdigung als **zum Spiel anregend, verharmlosend und dem Spiel als solchem ein positives Image verleihend** qualifiziert wurde, gerade durch ihre praktische Wirkung, dass der **derzeit bestehende rechtliche Rahmen** (insb § 56 GSpG) **offensichtlich nicht ausreichend** ist, um eine den Vorgaben des EuGH entsprechende zurückhaltende Werbepraxis der Konzessionärinnen sicherzustellen.

Siehe *Wilhelm*, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, *ecolex* 2012, 1; vgl weiters die Würdigung des 4. Senates des OGH in OGH 30.03.2016, 4 Ob 31/16m (IV.2.5.), dessen Ansicht nach OGH 28.06.2016, 2 Ob 92/15s „*viel für sich hat*“ (III.3.2.).

Die **Werbevorgaben werden augenscheinlich nicht eingehalten**, was auch daran liegen mag, dass notwendige Verordnungen zur Präzisierung des „verantwortungsvollen Werbemaßstabs“ iSd § 56 Abs 1 GSpG bis dato nicht erlassen wurden und Verstöße dementsprechend auch nicht sanktioniert werden. Darüber hinaus stellt § 56 Abs 1 Satz 1 GSpG explizit kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar und es wird die Klagsmöglichkeit für Konsumentenschutzvereine nach §§ 1 ff UWG zur Überprüfung der Einhaltung dieses Maßstabs *ex lege* ausgeschlossen.

Vgl kritisch OGH 30.03.2016, 4 Ob 31/16m (IV.2.5.); dahingehend auch *Wilhelm*, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, *ecolex* 2012, 1; *Hautmann*, Spielverlust und Europarecht (2013), 33; *Kletečka*, Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, *ecolex* 2013, 17ff (20).

Von *Zankl* wird in diesem Zusammenhang mit Recht gefragt, was es dem Konsumenten nütze, wenn der Monopolist bei seiner Werbung zwar einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren habe, dieser aber nicht durch übliche Rechtsbehelfe (eben das Schadenersatz- und Wettbewerbsrecht) geltend gemacht werden könne, sondern nur durch die Aufsichtsbehörde überwacht wird, die von den Werbeauftritten über Beteiligungen und Steuereinnahmen profitiert.

Vgl *Zankl*, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, *ecolex* 2010, 311.

Den Aufsichtsbehörden gelingt es damit vor dem Hintergrund der faktisch existierenden, die Vorgaben des EuGH in jeder Hinsicht mit System, großflächig, regelmäßig und über einen erheblichen Zeitraum verletzenden, Werbung offensichtlich nicht, die systematische Missachtung der vom EuGH gesetzten Grenzen durch die Konzessionsinhaber zu verhindern.

Vgl *Kletečka*, Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, *ecolex* 2013, 17ff (20); *Leidenmühler*, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (296); dens, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (39).

Die Aufsicht darf aber nicht nur am Papier bestehen, sie muss nach der Rsp des EuGH auch ihre **praktische Wirksamkeit** erweisen.

Vgl EuGH, Rs C-212/08, *Zeturf*, Rn 58; verb Rs C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, Rn 83; Rs C-258/08, *Ladbrokes*, Rn 34-37.

Mithin zeigen die zur Weckung bzw Verstärkung der Spiellust geeigneten Werbeaktivitäten – was auch vom VfGH zumindest für einzelne Maßnahmen eingeräumt wird (VfGH 15.10.2016, III.2.4.2., Rn 48) –, die dazu noch in einen kontinuierlich und erheblich wachsenden Glücksspielmarkt eingebettet sind, dass der **rechtliche Kontrollrahmen keinesfalls hinreichend** ist, um die vorgegebenen Gründe des Allgemeininteresses, die einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könnten, zu erreichen.

Vgl OGH 30.03.2016, 4 Ob 31/16m (IV.2.4.) mwN aus dem Schrifttum. Zum ganzen eingehend *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (39).

Mit ein Grund liegt darin, dass gem § 56 Abs 1 GSpG das an der *Österreichischen Lotterien GmbH* und der *Casinos Austria AG* **mittelbar beteiligte BMF ausschließliche Kontrollinstanz** ist. Die Unhaltbarkeit dieser Konstellation eines **eigentlich befangenen Aufsichtsorgans** zeigt sich darin, dass es regelmäßig intensive Diskussionen auf Regierungsebene zur Einrichtung einer unabhängigen Kontrollinstanz gibt, die aufgrund aktueller Ereignisse wieder befeuert wurden und die vom „schlechten Gewissen“ des BMF zeugen.

Siehe die Pressemitteilung des Bundesministeriums für Finanzen vom 22.03.2021: „*Glücksspiel in Österreich wird auf moderne Beine gestellt*“, wonach die derzeitige Mehrfachrolle des BMF in diesem Bereich entflochten und mit 01.01.2022 eine unabhängige Glücksspielbehörde geschaffen werden soll (<https://www.bmf.gv.at/presse/pressemeldungen/2021/maerz/gluecksspiel.html>).

d. VfGH prüft Gesamtkohärenz der österreichischen Glücksspielregelungen trotz entsprechender Vorgabe des EuGH nicht

Da der VfGH aufgrund der (faktenwidrigen) Annahme eines nicht gegebenen Wachstums des Glücksspielmarktes auch sogleich auf die Kohärenz der Grundfreiheitsbeschränkung schließt (VfGH 15.10.2016,

III.2.4.2., Rn 48), erfolgt **keine weitere Überprüfung der Widerspruchsfreiheit der österreichischen Glücksspielregelungen**, wie sie jedoch vom EuGH als eine zusätzliche Anforderung an eine die Grundfreiheiten beschränkende mitgliedstaatliche Normierung verlangt wird.

Vgl nur EuGH, Rs C-464/15, *Admiral*, Rn 33f; weiters Rs C-243/01, *Gambelli*, Rn 67; verb Rs C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Rn 53ff; verb Rs C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, Rn 83, 88ff, 97, 99, 103ff und 106f; Rs C-46/08, *Carmen Media Group*, Rn 68 und 71; Rs C-212/08, *Zeturf*, Rn 57; Rs C-390/12, *Pfleger*, Rn 49f. Das Kohärenzkriterium wird vom EuGH in mittlerweile stRsp abseits des Glücksspielbereichs auch in anderen Bereichen angelegt: Rs C-169/07, *Hartlauer*, Rn 55; verb Rs C-171/07 und 172/07, *DocMorris*, Rn 42f; Rs C-341/08, *Petersen*, Rn 53; Rs C-137/09, *Josemans*, Rn 70; verb Rs C-159 und 160/10, *Fuchs*, Rn 85; Rs C-333/14, *Scotch Whisky Association*, Rn 37 mwN; Rs C-634/15, *Sokoll-Seebacher*, Rn 35.

Dabei hat der **EuGH** mittlerweile eine sehr ausdifferenzierte **Kohärenzprüfung** entwickelt, wonach die Regelungen und konkrete Praxis des Mitgliedstaates nicht nur für ein isoliert betrachtetes Glücksspielsegment kohärent sein müssen (vertikale Kohärenz), sondern auch und vor allem im **Vergleich verschiedener Spielformen** (horizontale Kohärenz).

Siehe aus dem Schrifttum zum Kohärenzgebot als unabdingbare Schranken-Schranke nur *Lippert*, Das Kohärenzerfordernis des EuGH – Eine Darstellung am Beispiel der Rechtsprechung zum deutschen Glücksspielmonopol, EuR 2012, 90ff (93); *Dederer*, Konsistente Glücksspielregulierung – Eckpunkte aus den Sportwetten-Urteilen des EuGH vom 8.9.2010, EuZW 2010, 771ff (772f); *Streinz/Kruis*, Unionsrechtliche Vorgaben und mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume im Bereich des Glücksspielrechts, NJW 2010, 3745ff (3747); *Koenig*, Die staatliche Regulierung des Glücksspielmarktes mit Blick auf die gemeinschaftsrechtlichen Kohärenzanforderungen an Staatsmonopole, ERA Forum 2009, 513ff (519f und 523f); *ders*, Totalverbote von Online-Poker und –Casinospielen, ZfWG 2015, 10ff (12); *Kohl*, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013) 198ff; *Leidenmühler*, Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MR 2014, 42ff (45); *Talos/Strass*, Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, wbl 2013, 481ff; *Reichert*, Irrungen und Wirrungen im Umgang mit der Kohärenz, ZfWG 2021, 14ff.

Der EuGH bezieht dabei das Kohärenzerfordernis, das an die Glücksspielregelungen der Mitgliedstaaten angelegt wird, ausdrücklich auf alle Glücksspielarten.

Vgl EuGH, verb Rs C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, Rn 100 und 106.

Gerade wenn man mit dem VfGH eine „gesamthafte Würdigung“ vornehmen wollte, so müsste zwingend auch die **Gesamtkohärenz** der Glücksspielregelungen berücksichtigt werden.

Dazu *Kubiciel*, Unionsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung des Verbots von Online-Casinos, EuZW 2017, 494ff (495f).

Wie vom Gutachter an anderer Stelle schon wiederholt dargelegt wurde, weist vor diesem Hintergrund die **Normierung des österreichischen Glücksspielsektors iWS ein erhebliches Maß an Inkonsequenz** auf, da Glücksspiele mit gleichartigem Gefahrenpotential sowie Sportwetten völlig unterschiedlich reguliert werden.

Vgl *Leidenmühler*, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (297); dens, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (39f).

So ist etwa für Spielbanken die Vergabe von höchstens 15 Konzessionen an private Unternehmen vorgesehen (wovon derzeit 12 vergeben sind), für Ausspielungen (darunter fällt auch das Internet-Glücksspiel) die Vergabe einer Konzession, weiters können Sportwetten in ganz Österreich aufgrund landesgesetzlicher Vorschriften nur sehr locker reguliert ua auch online angeboten werden. Diese Inkohärenz ist durch die GSpG-Novellen 2008, 2010 und 2011, welche die Vergabe von jeweils bis zu 3, also insgesamt bis zu 27 Bewilligungen für „Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten“ (§ 5 GSpG) durch die Bundesländer neu einführen, weiter verstärkt worden. Dass die Vergabe der Bewilligungen für „Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten“ in einigen Bundesländern – aus überwiegend fiskalischen Motiven (vgl etwa §§ 21f Oö GlücksspielautomatenG, OÖ LGBl Nr 35/2011 [GP XXVII RV 247/2010 AB 327/2011 LT 14]) – erfolgt, in anderen dagegen (vorerst) nicht, zeigt, dass die vom EuGH ebenfalls geforderte **horizontale Kohärenz im Bundesstaat** (die lediglich im Falle des Ausscherens nur „*eines einzelnen Gliedstaates für einen begrenzten Zeitraum*“ nicht gestört wäre) ebenfalls **nicht gegeben** ist.

Der EuGH hat mittlerweile klargestellt, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung im Bundesstaat die Kohärenzprüfung für Glücksspielbereiche, die unterschiedlichen Zuständigkeiten unterliegen (so wie in Österreich Bundesausspielungen iSd § 14 GSpG; Landesausspielungen iSd § 5 GSpG), unionsrechtlich nicht entbehrlich macht. Die interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaates entbindet diesen nicht davon, seinen unionsrechtlichen Pflichten nachzukommen. Vielmehr müssen Bund und Länder zusammenwirken, um gemeinsam zu gewährleisten, dass die glücksspielrechtlichen Regelungen das unionsrechtliche Kohärenzkriterium erfüllen. Vgl Rs C-46/08, *Carmen Media Group*, Rn 69f; deutlich auch EuGH, Rs C-156/13, *Digibet Ltd*, Rn 41; dazu *Reichert*, Irrungen und Wirrungen im Umgang mit der Kohärenz, ZfWG 2021, 14ff (20f).

Im Zusammenhang mit dem Spiel mit Glücksspielautomaten sind nicht einmal die Grundlinien der Politik zwischen den einzelnen Ländern abgestimmt, sodass bereits aus diesem Grund das Gebot der horizontalen Kohärenz verletzt wird.

Vgl *Leidenmühler*, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (297); dens, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (40).

Mit speziellem Blick auf die hier besonders interessierenden Regelungen betreffend das Kartenspiel des Poker ist es jedenfalls **inkohärent**, dass **Poker nur in Spielbanken** angeboten werden darf. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der VfGH Poker explizit als „**gemischtes Spiel**“ mit „Glücksspiel- und Geschicklichkeitskomponenten“ einordnet und damit **auf eine Stufe mit Sportwetten** stellt, die keinem Monopol unterliegen.

Vgl VfGH 27.06.2013, Gz G 26/2013 ua, Rn 2.2.6., VfSlg 19.767; unter Verweis auf *Glöckner/Towfigh*, Geschicktes Glücksspiel. Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts, JZ 2010, 1027ff (1033ff).

Während aber nun Sportwetten nach österreichischem Recht nicht dem Glücksspielbegriff des § 1 Abs 2 GSpG unterfallen, sondern landesrechtlicher Regelungs- und Ausgestaltungsbefugnis unterliegen und dort weitgehend liberalisiert sind, sind Pokerveranstaltungen seit dem 01.01.2020 nur noch in Spielbanken zulässig und unterfallen im Übrigen einem Prohibitionsmodell. Diese **unterschiedliche Behandlung** ist **unter Kohärenzgesichtspunkten nicht erklärbar**.

Vgl dahingehend ausführlich *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der *Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]*), 07.09.2020, 73.

Auch zum Suchtpotenzial von Poker – gerade im Verhältnis zu Sportwetten fehlen sowohl dem Normgeber als auch dem VfGH empirische Studien.

Im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich bescheinigt eine Studie von *Kalke et al* **Poker und Sportwetten ein vergleichbares Suchtpotenzial**.

Vgl *Kalke et al*, Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich – Empirische Erkenntnisse zum Spielverhalten der Bevölkerung und zur Prävention der Glücksspielsucht (2011), 123 und 126.

Die **Darlegungspflichten verfehlt der Normgeber** auch hier. Im Falle eines solchen **selektiven Verbots** muss der Mitgliedstaat aber nachweisen, warum die von ihm zur Rechtfertigung angeführten Gründe des Allgemeininteresses nach seinem Verständnis nur von relativer Wichtigkeit und Dringlichkeit und bis zu einem gewissen Grad als flexibel anzusehen sind.

Zur besonders strengen Kontrolle in Bezug auf Notwendigkeit, Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit im Falle eines „selektiven Verbots“ vgl GA *La Pergola*, Schlussanträge zur Rs C-124/97, *Läärä ua*, Rn 38.

Um der Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflicht hinsichtlich der systematischen und kohärenten Ausgestaltung des Glücksspielrechts genügen zu können, bedürfte es **wissenschaftlich belastbarer Studien** spezifisch zur Situation in Österreich, die das vom Verfassungsgerichtshof bemühte besondere Suchtpotential des Pokerspiels – gerade auch in Relation zur Suchtgefahr durch Sportwetten – belegen. Doch führt der Verfassungsgerichtshof entsprechende Studien ebenso wenig an wie die österreichische Bundesregierung.

Vgl *Barczak/Hartmann*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich, MR 2020, 330ff (334); *Eckhart*, Die GlücksspielG-Novelle 2010 am Prüfstand, MR 2016, 51ff (53).

Schließlich verstößt auch der Umstand, dass die durch die Glücksspielgesetz-Novelle 2010 eingeführten **zusätzlichen drei Lizenzen für Spielbanken** nach der Aufhebung der Konzessionsbescheide 2016 **nicht erneut ausgeschrieben** wurden sowie die **Streichung der zwischenzeitig vorgesehenen drei Lizenzen für Pokerspielsalons**, ebenfalls gegen das Kohärenzgebot: Das **Unterlassen der neuerlichen Ausschreibung der betreffenden Lizenzen zementiert den Rechtszustand**, der **vor der Engelman-Entscheidung** des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2010 bestand und von diesem als – offensichtlich – unionsrechtswidrig gekennzeichnet wurde.

Dahingehend näher auch *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der *Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]*), 07.09.2020, 65f. Zu diesem Ergebnis gelangt in mehreren Entscheidungen auch das OLG Wien: OLG Wien 29.11.2007, 1 R 139/07d, 25f (Pkt 6.) mwN aus der Rsp, insb OLG Wien 25.07.2007, 3 R 80/07t, 10.

Dass nämlich auch die **bewusste Nichtausschreibung zusätzlicher Konzessionen** (was im gegebenen Fall insb die drei zwischenzeitig vor-

gesehenen Pokerkonzessionen sowie drei nicht ausgeschriebene Spielbankenkonzessionen betrifft) **unionsrechtswidrig** sein kann, wurde vom EuGH schon im Fall *Placanica* festgestellt.

Vgl EuGH, verb Rs C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Rn 60ff; siehe dazu neuerdings auch das Vorabentscheidungsersuchen in der Rs C-437/20, *Strafverfahren gegen ZI und TQ* (vorgelegt vom *Tribunale di Parma*, Italien), wo der EuGH im zusammenfassenden Arbeitsdokument, das den Mitgliedstaaten übermittelt wurde, auf die *Placanica*-Rsp verweist.

Im Ergebnis ist mit der hA festzuhalten, dass es dem rechtlichen Regelungsrahmen eines selektiven Konzessionssystems im Glücksspiel, wie es durch das österreichische GSpG geschaffen und durch die GSpG-Novellen seit 2010 aufrechterhalten wird, **an der vom Gerichtshof geforderten Kohärenz mangelt** und daher auch aus diesem Grunde von einer Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols auszugehen ist.

Vgl *Kohl*, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013), 198ff; *Leidenmühler*, Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MR 2014, 42ff (44f); dens, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (297f); dens, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (40); *Kletečka*, Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, *ecolex* 2013, 17ff (19); *Talos/Strass*, Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, *wbl* 2013, 481ff (490f); *Stadler/Aquilina*, Unionsrechtskonforme Regulierung: ein Glücksspiel?, *ecolex* 2013, 389ff (390f); *Vögl*, Rien ne va plus?, *ZfWG* 2015, 442ff (448); *Eckhart*, Die GlücksspielG-Novelle 2010 am Prüfstand, MR 2016, 51ff (53).

Auch ein **aktuelles Rechtsgutachten renommierter deutscher Universitätsprofessoren** weist mit umfassender Begründung nach, dass die **Ausgestaltung der Glücksspielregelungen in Österreich inkohärent** und unionsrechtswidrig ist.

Siehe *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der *Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]*), 07.09.2020; ebenso *Barczak/Hartmann*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich, MR 2020, 330ff (335).

Im einzelnen führen die Autoren aus, dass entgegen der Qualifikation durch die österreichischen Höchstgerichte das österreichische Glücksspielrecht in seiner praktischen Anwendung **aus einer Vielzahl von Gründen nicht dem vom EuGH vorgezeichneten Kohärenzgebot entspricht**:

- Unter Kohärenzgesichtspunkten bedenklich ist die **unterschiedliche Regulierung des Glücksspiels und der Sportwetten** in Österreich. Nur die Sportwetten sind, aus dem Anwendungsbereich des Glücksspielgesetzes (GSpG) ausgenommen, landesrechtlich weitgehend liberalisiert. Dabei werden das Gefährdungs- und Suchtpotential der Sportwetten einerseits und des (übrigen) Glücksspiels, namentlich des Automatenspiels, andererseits unterschiedlich, wenn nicht widersprüchlich beurteilt. Mit Blick auf die Situation gerade in Österreich hat der österreichische Normgeber keine empirischen Studien zu dieser Frage vorgelegt. Er verfehlt deshalb die Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten, die ihn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs treffen. Die Differenzierung zwischen Glücks- und (Sport-)Wettspiel, die das österreichische Recht vornimmt, bleibt ohne hinreichende Begründung und verletzt das unionsrechtliche Kohärenzgebot schon deshalb (59ff).
- Inkohärent ist in diesem Zusammenhang außerdem, dass **Poker ausschließlich in Spielbanken** angeboten werden darf. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der VfGH Poker explizit als ein „**gemischtes Spiel**“ einordnet und damit **auf eine Stufe mit Sportwetten** stellt (72ff).
- Eine kohärente Rechtfertigung dafür, warum es gem §§ 12a iVm § 14 Abs 1 GSpG **nur eine Online-Glücksspiellizenz** gibt, während etwa die Zahl der Sportwettlizenzen mengenmäßig nicht begrenzt ist, ist nicht ersichtlich. Der Unterschied lässt sich insbesondere mit Argumenten des Spielerschutzes nicht begründen. Staatlicherseits in Auftrag gegebene empirische Studien zu der Frage, welche Gefährdungs- und Suchtwirkungen das Online-Glücksspiel im Vergleich mit den Sportwetten bei einem Durchschnittsspieler bzw einer Durchschnittsspielerin in Österreich hervorruft, fehlen. Eine Studie der Universität Hamburg geht für Österreich von einem niedrigeren bis maximal gleichem Suchtpotential des Online-Glücksspiels im Vergleich zu Sportwetten aus (67f).
- Das unionsrechtliche Kohärenzerfordernis wird des Weiteren dadurch verletzt, dass **Video-Lottery-Terminals (VLTs)** auch in Ländern aufgestellt werden dürfen, in denen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten verboten sind. In der Praxis werden VLTs sogar überwiegend **in den „Verbotsländern“ aufgestellt**. Bei Glücksspielautomaten und VLTs handelt es sich mit Blick auf Spiel-

angebot, Spielverlauf, Spielerschutz, Abgaben und technische Abwicklung um nahezu identische Spielformen. VLTs laden damit zu einem Ausweichen der Spieler und einer Umgehung des Automatenverbots geradezu ein. Die unterschiedliche Regelung beider Spielformen kann unionsrechtlich auch nicht mit der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern gerechtfertigt werden (70ff).

- Ebenfalls inkohärent ist die **unterschiedliche Regelung von Glücksspielautomaten in Automatensalons und in Einzelaufstellung**. Die mit Blick auf den Spielerschutz restriktiveren Vorgaben für Einzelaufstellungen von Automaten werden durch weniger rigide Regelungen im Bereich von Automatensalons unterlaufen, ohne dass es hierfür eine ausreichende Rechtfertigung gäbe. Mit Blick auf Glücksspielautomaten, die in einer Spielbank auf der Grundlage einer Konzession nach § 21 GSpG betrieben werden, ergibt sich die Inkohärenz aus dem Umstand, dass diese Glücksspielautomaten bislang keinerlei Einsatz- und Gewinn Grenzen unterliegen (75f).
- Schließlich begegnet auch das **Werbeverhalten der Konzessionsinhaber** nach dem GSpG erheblichen Bedenken. Die Regelungen des GSpG gewährleisten nicht, dass sich die Werbung auf das unionsrechtlich geforderte „gewisse“, dh eng begrenzte Maß mit dem Ziel beschränkt, potentielle Spieler zu legalen Spielangeboten zu leiten. Mit Blick auf die hiernach notwendige Kanalisierung muss der Gesetzgeber kohärente Vorgaben für das stationäre und das Online-Glücksspiel erlassen, die einerseits restriktiv genug ausfallen, um pathologische und gefährdete Spieler zu schützen. Außerdem fehlt es an angemessenen Rechtsschutzmöglichkeiten für Mitbewerber oder Konsumentenschutzvereine, um die materiell-rechtlichen Vorgaben für die Werbung der Monopolisten vor einer unabhängigen gerichtlichen Instanz durchzusetzen (76f).

Aus diesen Gründen gelangt das Gutachten zum **Ergebnis**, dass die **Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot unvereinbar** und daher als europarechtswidrig unanwendbar ist (77f).

Siehe *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der *Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]*), 07.09.2020; ebenso *Barczak/Hartmann*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich, MR 2020, 330ff.

Mit nahezu identer Begründung erachtet auch die **hM im österreichischen rechtswissenschaftlichen Schrifttum** derzeit die **Kohärenz des rechtlichen Rahmens für Glücksspiel in Österreich nicht als gegeben**.

Dahingehend deutlich *Leidenmühler*, Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MR 2014, 42ff (45, in Fn 36); ders, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295ff (297); ders, VfGH locuta, causa finita? Warum das österreichische Glücksspielgesetz vor dem Hintergrund seiner praktischen Anwendung und Auswirkungen auch weiterhin nicht unionsrechtskonform ist, MR 2018, 35ff (39); weiters *Kohl*, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013), 199f; *Kletečka*, Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, ecolex 2013, 17ff (19); *Talos/Strass*, Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, wbl 2013, 481ff (490f); *Stadler/Aquilina*, Unionsrechtskonforme Regulierung: ein Glücksspiel?, ecolex 2013, 389ff (390f); *Vögl*, Rien ne va plus?, ZfWG 2015, 442ff (448).

e. Auch eine „gesamthafte Würdigung“ iSd VfGH führt damit zum Ergebnis der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes vor dem Hintergrund seiner praktischen Anwendung und Auswirkungen

Nimmt man nun vor dem Hintergrund der Vorgaben des EuGH aus seinem Beschluss in der Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, eine vom VfGH geforderte „gesamthafte Würdigung“ aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt vor, so erweist sich, dass es **unter Einbeziehung valider und belastbarer Daten** in der Gesamtheit zu einem **kontinuierlichen und erheblichen Wachstum des Marktes für Glücksspiel** gekommen ist. Damit haben die Maßnahmen der Konzessionsinhaber, die auch vom VfGH im einzelnen als durchaus geeignet qualifiziert wurden, „die Spiellust zu wecken bzw zu verstärken“, auch im Ergebnis zu einer Ausweitung des Glücksspiels geführt. Aus diesem Grunde erweist auch eine gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt, dass die **Gesamtwirkung der bisher festgestellten Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes beeinträchtigt**.

Was wiederum die **Überwachung der Konzessionsinhaber** durch die staatlichen Behörden angeht, so zeigen die tatsächlichen Umstände (Wachstum des Marktes für Glücksspiel insgesamt; maßlose Werbung der Konzessionsinhaber trotz nicht vorhandener Werbung der Konkurrenz), dass die **oberflächliche Aufsichtsregelung** des § 56 GSpG im Lichte ihrer praktischen Anwendung **keine den Vorgaben des EuGH entsprechende staatliche Kontrolle eines „verantwortungsvollen**

Maßstabs“ in der Geschäfts- und Werbepolitik der Konzessionärinnen sicherzustellen vermag.

Schließlich fordert der EuGH gerade im Sinne einer Gesamtbeurteilung eine zwingende **Prüfung der Kohärenz des gesamten staatlichen Regelwerks für Glücksspiele**, welche für die österreichischen Glücksspielregelungen derzeit ebenfalls nicht gegeben ist.

3. **Geltende österreichische Glücksspielregulierung aus mehreren Gründen unionsrechtswidrig**

Im Vorstehenden wurde im Detail dargelegt, warum die **Argumentation des VfGH**, dass der österreichische Rechtsrahmen zur Regulierung des Glücksspiels im Lichte seiner praktischen Auswirkungen mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sei, vor dem Hintergrund der Rsp des EuGH und unter Zugrundlegung eines korrekten, auf validen Daten basierenden Faktensubstrats (beständiges Wachstum des Glücksspielmarktes) **nicht haltbar** ist.

Entgegen der vom VfGH vertretenen Rechtsauffassung reicht nach der stRsp des EuGH die Feststellung, dass die **Werbung der Konzessionsinhaber** die von ihm gesetzten **Schranken überstiegen** hat, indem sie darauf abgezielt hat, zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, „*etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen*“, **völlig aus, um die Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung als solcher zu begründen** (siehe oben, 2.a.), weil es empirisch **kein Marktumfeld** gibt, in dem umfangreiche und aggressive Werbung Privater eine solche Werbung der Konzessionsinhaber zu Lenkungszwecken erfordern würde.

Vgl EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 52.

Und selbst wenn man mit dem VfGH die maßlose Werbung nicht als allein maßgeblich ansieht und eine „**gesamthafte Würdigung**“ vornimmt (dh insb Abstellen auf Frage des Marktwachstums), gelangt man **zu keinem anderen Ergebnis**, nämlich zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Glücksspielregelungen. Dies hat zuletzt auch der EuGH (Rs C-79/17, *Gmalieva*, Rn 24, 26 und 28) festgestellt. Denn der **Markt für Glücksspiele in Österreich wächst beständig**. Das ist allgemein bekannt und offenkundig. Es zeigt sich auf valider und belastbarer Daten-

basis, dass der Markt für Glücksspiel in Österreich seit 2010 kontinuierlich gewachsen ist (2015 um 10,5% gegenüber dem Vorjahr). Somit führt auch eine vom VfGH eingeforderte „gesamthafte Würdigung“ zum Ergebnis, dass die Werbung der Konzessionsinhaber, welche versucht die Anziehungskraft des Glücksspiels durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen, sich auch in ihrer praktischen Auswirkung nicht darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken und daher **keinesfalls maßvoll im Sinne der Judikatur des EuGH** ist. Unter Zugrundelegung von Feststellungen auf Basis dieser Daten wäre auch der VfGH zum Ergebnis der Unionsrechtswidrigkeit der aktuellen Glücksspielregelungen gelangt. Dass der VfGH von einer gegenteiligen Entwicklung ausgegangen ist, liegt daran, dass dem VfGH **im entsprechenden Verfahren keine valide objektive Datenbasis** zur Verfügung gestanden ist, die auf einer den Anforderungen des EuGH genügenden ökonomisch *lege artis* durchgeführten Marktentwicklungsanalyse beruht. Vielmehr sind im betreffenden Verfahren dem VfGH nur nicht repräsentative, bloß aus Telefoninterviews gewonnene Daten zur Verfügung gestanden, die jeglicher faktischen Verifizierbarkeit widersprechen (LVWG OÖ 22.12.2016, LVwG-411653/5/Gf/Mu, 13) und auch nicht den Vorgaben des EuGH an valide, belastbare Daten genügen (siehe oben, 2.b.).

Weiters wurden gewisse Punkte, die vom EuGH als **unerlässlich** erachtet werden – wie etwa die **Prüfung der Gesamtkohärenz** der österreichischen Glücksspielregelungen – **vom VfGH überhaupt nicht ins Auge gefasst** (siehe oben, 2.d.).

Schließlich wurde **vom VfGH auch keine Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Grundfreiheiteneingriffs vorgenommen**, was aber **nach stRsp des EuGH unerlässlich** ist (dazu nun gleich unten, 4.)

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung als weiteres zwingendes Kriterium eines jeden Grundfreiheiteneingriffs

a. Zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung als unerlässliche Bedingung einer Beschränkung der Grundfreiheiten

Nach stRsp des EuGH ist jeder Grundfreiheiteneingriff **zwingend** einer **Verhältnismäßigkeitsprüfung** zu unterziehen. Denn selbst wenn ein Mitgliedstaat einen guten (geschriebenen oder ungeschriebenen) Grund hat, um in den Tatbestand einer Grundfreiheit einzugreifen, darf dieser Eingriff nicht über das hinausgehen, was tatsächlich erforderlich ist, um

das Rechtfertigungsziel zu erreichen. Die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs wird anhand der GEA-Formel geprüft. Der Eingriff muss demnach **geeignet, erforderlich und angemessen** sein.

Vgl. EuGH, Rs C-55/94, *Gebhard*, Rn 37.

Im Rahmen seiner Glücksspieljudikatur hat der EuGH die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs im Detail präzisiert, die alle- samt zwingend und kumulativ vorliegen müssen:

- Zurückhaltende Werbepolitik des Konzessionärs (siehe oben, 2.a.)
- Kohärenz des gesamten staatlichen Regelwerks für Glücksspiele (siehe oben, 2.d.)
- Geeignetheit der spezifischen Regelung zur Zielerreichung (siehe unten, b.)
- Eingriff als gelindestes Mittel (siehe unten, c.)
- Anwendung in nicht-diskriminierender Weise (siehe unten, d.)

Vgl. EuGH, Rs C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 50ff.

Da zur – die Vorgaben des EuGH nicht einhaltenden – Werbepolitik der Konzessionsinhaber sowie zur mangelnden Kohärenz schon ausgeführt wurde, erfolgt hier eine Beschränkung auf die übrigen zwingenden Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch eine Glücksspielregelung eines Mitgliedstaates.

b. Mangelnde Geeignetheit der Beschränkung des Kartenspiels des Poker in Form einer Ausspielung auf Spielbanken zur Zielerreichung

Neben der Kohärenzprüfung hat die allgemeine Prüfung der Geeignetheit einer die Grundfreiheiten beschränkenden mitgliedstaatlichen Maßnahme nach ständiger Judikatur des EuGH ein unverzichtbarer Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu sein, die ein nationales Gericht bzw. eine nationale Behörde bei der Beurteilung der Unionsrechtskonformität bzw. -widrigkeit einer solchen Maßnahme vorzunehmen hat.

Zur Geeignetheit vgl. *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht* (2007) 360.

Eine solche Prüfung ist aber **unabdingbar**, um eine unmittelbar anwendbare und vorrangig geltende Norm des Unionsrechts, wie sie die Dienstleistungsfreiheit darstellt, beschränken zu dürfen.

Eine solche Geeignetheitsprüfung, wie sie vom EuGH als eine (von mehreren) Bedingungen der Beschränkung der unionsrechtlich garantierten unmittelbar anwendbaren Dienstleistungsfreiheit vorgeschrieben ist, hat im gegebenen Fall zum Ergebnis die **fehlende Geeignetheit**.

Denn wie von *Zankl* nachgewiesen wird, ist eine restriktive Konzessionsregelung, wie sie für das Kartenspiel des Poker derzeit in Österreich gegeben ist, schon grundsätzlich nicht geeignet, zur Zielerreichung (Spielerschutz durch Begrenzung der Spieltätigkeiten) beizutragen.

Die Spieltätigkeit kann durch derartige Beschränkungen nicht eingedämmt werden, weil Spielern beliebige Alternativangebote im Internet zur Verfügung stehen, die von den entsprechenden Beschränkungen nicht erreicht werden können. Es ließe sich demgegenüber zwar argumentieren, dass jede Beschränkung immerhin abstrakt geeignet ist, „Eindämmungen“ zu bewirken. Genau auf diese abstrakte Eignung kommt es aber dem EuGH nicht an, wenn er zusätzlich zum Element der Eignung auch die Erfordernisse der Kohärenz und der Systematik als weitere Parameter verlangt. Daher ist auf die konkrete Wechselwirkung zwischen Beschränkung und Ziel abzustellen. Eine restriktive Konzessionsregelung, wie sie derzeit für das Kartenspiel des Poker durch die Beschränkung des Angebots in Form einer Ausspielung ausschließlich auf Inhaber einer Spielbankenkonzession besteht, ist eine besonders gravierende Beschränkung. Gleichzeitig stößt es an nationale Grenzen, die das Internet nicht kennt.

Vgl *Zankl*, Online-Glücksspiel in Europa (2011), 57f; dahingehend auch die Kommission zur Situation in Deutschland, wonach vor dem Hintergrund des im Internet entstandenen „Graumarkts“ der prohibitive deutsche Ansatz zur Lenkung des Glücksspiels in geordnete und staatlich überwachte Bahnen „als gescheitert betrachtet werden [muss]“ (Kommission, EU-Pilot 7625/15/GROW, 5).

Die Folge ist daher ein „**Ausweichverhalten**“, bei dem die Gefahr besteht, dass es **Anbieter und Spieler in ungeregelte Bereiche** führt. Die besonders gravierende Beschränkung ist also **ungeeignet**, wenn sie – noch dazu zum Nachteil der durch sie zu schützenden Spieler – leicht umgangen werden kann.

Das Kartenspiel des Poker wird weiterhin betrieben, es wird lediglich zu einem guten Teil in den „**Untergrund**“ verdrängt und damit jeder sicherheitspolizeilichen Kontrolle, den Vorgaben des Spielerschutzes sowie den Bemühungen der Suchtprävention und damit des Spielerschutzes gänzlich entzogen, wie zahlreiche **Medienberichte** zeigen:

11.06.2020 <https://www.tt.com/artikel/17032975/kokain-und-prostituierte-poker-ring-in-innsbruck-zerschlagen>

Kokain und Prostituierte: Poker-Ring in Innsbruck zerschlagen

Polizei und Staatsanwaltschaft meldeten am Mittwoch die Zerschlagung einer Glücksspiel-Organisation in Innsbruck. Ein ungewöhnlicher Kriminalfall.

Innsbruck — Die Organisatoren der illegalen Pokerabende in einer Innsbrucker Wohnung hatten an (fast) alles gedacht. Für das nächtliche Durchhaltevermögen der betuchten Spieler hatten sie Kokain im Angebot, für sonstige Bedürfnisse Prostituierte. Doch jetzt ist damit Schluss: Am Dienstag nahmen Polizeibeamte bei einer Großrazzia sieben Verdächtige fest.

23.07.2020 <https://www.krone.at/2196980>

Finanzpolizei sprengt illegales Pokerturnier

Ein erfolgreicher Schlag gegen die Glücksspielmafia ist Finanzpolizisten bei einer Schwerpunktaktion in Linz und Wels gelungen. Insgesamt 38 Glücksspielautomaten und zwei Pokertische konnten dabei beschlagnahmt werden. Ein 44-jähriger Serbe und ein 37-jähriger Albaner wurden festgenommen.

21.09.2020 <https://www.derstandard.at/story/2000120147129/illegaler-pokerkeller-in-wien-landstrasse-ausgehoben>

Illegaler Pokerkeller in Wien-Landstraße ausgehoben

Nachbarn beschwerten sich über Fremde und Drogengeruch im ganzen Haus. Einer der Betreiber war bereits amtsbekannt

19.01.2021 <https://www.krone.at/2321514>

Glücksspiel-Party in Industriegebiet gestoppt

Zu einer feucht-fröhlichen Glücksspiel-Party versammelten sich in der Nacht auf Sonntag einmal mehr etwa 30 Personen in einer Halle in einem Industriegebiet im Süden Wiens. Die illegale Veranstaltung wurde allerdings verpöfien. Und so rückte ein Großaufgebot von Polizei und Finanz an – es hagelte Dutzende Anzeigen!

06.02.2021 <https://www.vienna.at/illegales-gluecksspiel-in-wien-favoriten-aufgeflogen/6888325>

Illegales Glücksspiel in Wien-Favoriten aufgeflagen

Tipps haben die Polizei zu einem illegalen Glücksspielkeller in einem Wohnhaus in Wien-Favoriten geführt. Am Freitagabend schlugen die Behörden in der Troststraße zu.

Das illegale Glücksspiel macht auch im Lockdown keine Pause: Bei einer Schwerpunktaktion von Polizei, Finanzpolizei und der Gruppe für Sofortmaßnahmen am Freitagabend gab es mehrere Anzeigen.

25.02.2021 - <https://www.krone.at/2351548>

Wien: Doppelschlag gegen illegale Spielhöhlen

Doppelschlag gegen die Glücksspielmafia in Wien: Die Finanzpolizei hat am Mittwochabend gleich zwei illegale Glücksspiellokale in den Bezirken

Donaustadt und Rudolfsheim-Fünfhaus ausgehoben. Neben Spielautomaten wurden auch Drogen sichergestellt. Zudem konnten mehrere Fälle von Geheimprostitution aufgedeckt werden.

20.03.2021 - <https://wien.orf.at/stories/3095674/>

Polizei beendet illegales Pokerspiel

In einem Keller in Simmering ist am Freitagabend ein illegales Glücksspiel aufgefliegen: 26 Männer und Frauen haben dort Poker gespielt. Neben Anzeigen nach dem Tabakgesetz gab es auch welche, weil die Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung nicht eingehalten wurde.

27.03.2021 - <https://www.vienna.at/illegales-pokerturnier-in-wiener-palais-aufgeloest/6940687>

Illegales Pokerturnier in Wiener Palais aufgelöst

Freitagabend wurde von der Polizei ein illegales Pokerturnier aufgelöst. Es wurden zehn Personen angezeigt.

28.03.2021 - <https://www.vienna.at/illegales-gluecksspiel-und-prostitution-in-wien-hernals>

Illegales Glücksspiel und Prostitution in Wien-Hernals

Die Wiener Polizei ging in der Nacht auf Sonntag einem Hinweis auf illegales Glücksspiel und Prostitution nach. Acht Frauen wurden angezeigt.

Angesichts des erheblichen Marktanteils des nicht in Österreich konzesionierten Glücksspielbetriebs ist die derzeitige österreichische Glücksspielpolitik in Bezug auf das Ziel, denselben einzugrenzen, **jedenfalls unwirksam und daher ungeeignet**.

Zudem führt das nachweisliche Ausweichverhalten der Spieler in den illegalen, nicht kontrollierten „Untergrund“ dazu, dass das **nach den Gesetzesmaterialien vorgebliche ordnungspolitische Ziel der bestehenden Regelungen**, nämlich **Spielerschutz und Suchtprävention** gerade nicht erreicht werden kann, weil **in der Illegalität die Spielerschutzbestimmungen** (Altersgrenzen, Legitimation, Sperrmöglichkeiten, Spielerschutzbeauftragter usw) **nicht eingehalten und kontrolliert werden** und die **Spielerinnen und Spieler auch für Suchtpräventionseinrichtungen nicht erreichbar** sind. Die bestehende Regelung ist damit, wie ihre praktischen Auswirkungen zeigen, **gänzlich ungeeignet**, das Ziel des Spielerschutzes und der Suchtprävention zu erreichen.

Weiters zeigt auch das **empirisch belegte stetige Wachstum des Glücksspielmarktes** die **Ungeeignetheit der aktuellen Regelung**. In der Kommentierung der Marktentwicklung findet sich folgende Anmerkung in der Studie Branchenradar: Glücksspiel und Sportwetten in Österreich 2016:

„Falls die Reformen und Beschränkungen im Glücksspiel- und Sportwettenwesen der letzten Jahre auch zum Ziel hatten, das Spielvolumen einzudämmen, macht sich beim Blick auf die diesbezügliche Entwicklung im Jahr 2015 wohl bei so manchem Politiker Resignation breit. Denn die Spiel- und Wetteinsätze wachsen im Berichtsjahr rasant um +10,5% gegen Vj. auf nunmehr knapp € 16,3 Milliarden.“ (34).

Studie Branchenradar: Glücksspiel und Sportwetten in Österreich 2016, 34.

Schließlich kann auch der **normative (Aufsichts-)Rahmen** für die Geschäfts- und Werbepolitik der Konzessionsinhaber **nicht als geeignet** angesehen werden, zum Ziel des Spielerschutzes beizutragen.

Gemäß § 56 Abs 1 GspG hätten zwar die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren. Die Einhaltung dieses verantwortungsvollen Maßstabes ist ausschließlich im Aufsichtswege zu überwachen und nicht dem Klagswege nach §§ 1ff UWG zugänglich. § 56 Abs 1 Satz 1 stellt kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar. Zudem ist die Nichteinhaltung dieses Maßstabes nicht mit Straftatbeständen bewährt.

Es bringt dem Konsumenten relativ wenig, wenn der Monopolist bei seiner Werbung einen „verantwortungsvollen Maßstab zu wahren“ hat (§ 56 Abs 1 GSpG), dieser aber nicht durch geeignete und wirksame Rechtsbehelfe (zB Schadenersatz- oder Wettbewerbsrecht) geltend gemacht werden kann, sondern nur durch die Aufsichtsbehörde überwacht wird, die von den massiven Werbeauftritten der Konzessionärinnen und den damit verbundenen erheblichen Umsatzsteigerungen über Beteiligungen und Steuereinnahmen profitiert.

Vgl Zankl, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, *ecolex* 2010, 311.

Es fehlt wie schon ausgeführt an einem vom EuGH in Auslegung des Art 56 AEUV geforderten strikten normativen Rahmen, der die entsprechende Zielverfolgung gewährleistet, das Produktangebot „*quantitativ bemisst und qualitativ ausgestaltet*“ (EuGH, verb Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Stoß, Rn 83) und einer „*strikten behördlichen Kontrolle*“ unterwirft.

Vgl Stadler/Aquilina, EuGH: Plädoyer für Ende der Scheinheiligkeiten im Glücksspiel, *ecolex* 2012, 747ff (749); Wilhelm, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, *ecolex* 2012, 1.

Die **Prüfung der Geeignetheit** der restriktiven Regelung für das Angebot des Kartenspiels des Poker als Ausspielung ausschließlich in Spielbanken führt damit bereits zu einem **negativen Ergebnis**, sodass alleine

schon aus diesem Grund die betreffenden Regelungen als unionsrechtswidrig und damit als unanwendbar zu qualifizieren sind.

c. Eingriff ist nicht das gelindeste Mittel

Schließlich fordert der EuGH in stRsp, dass ein Grundfreiheiteneingriff nur dann zulässig ist, wenn er auch das **gelindeste Mittel** darstellt, um das **vorgebliche Rechtfertigungsziel zu erreichen**.

Vgl den EuGH in stRsp: Die Maßnahmen „dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“ (Rs C-55/94, Gebhard, Rn 37).

Unter Zugrundelegung der Vorgaben des EuGH lassen sich die Zielsetzungen des Gesetzgebers sicherlich auch **mit gelinderen Mitteln** als der *de facto*-Monopolisierung eines ganzen Wirtschaftszweiges (durch die Beschränkung auf Spielbanken) erreichen, etwa durch ein **offenes Konzessionssystem unter strenger staatlicher Aufsicht**.

d. Diskriminierender Charakter des Konzessionssystems

Nach der stRsp des EuGH müssen Eingriffe, die durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls wie etwa den Spielerschutz gerechtfertigt sein wollen, in **nichtdiskriminierender Weise** angewandt werden.

Vgl grundlegend EuGH, Rs C-55/94, Gebhard, Rn 37; speziell zum Diskriminierungsverbot bei der Glücksspiel-Konzessionsvergabe vgl Rs C-64/08, *Engelmann*, Rn 32; sowie verb Rs C-72/10 und C-77/10, *Costa und Cifone*, Rn 54ff.

Der Diskriminierungstest hat zum Ergebnis, dass die rechtlichen Grundlagen der **Vergabe der Spielbankenkonzessionen** (§ 21 GSpG) zum fraglichen Zeitpunkt eine diskriminierende und „ohne jede Transparenz erfolgende“ Vergabe vorgesehen haben, die vom EuGH explizit als unionsrechtswidrig qualifiziert wurde (EuGH, Rs C-64/08, *Engelmann*, Rn 49-58) – und übrigens **trotz mehrfacher Änderung weiterhin Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten (indirekt) diskriminieren**, sodass das für eine Rechtfertigung unabdingbar erforderliche Kriterium der Nichtdiskriminierung zu verneinen ist.

Vgl *Leidenmühler*, Das „Engelmann“-Urteil des EuGH – Rien ne va plus für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247ff (249f).

Diese Diskriminierung bleibt auch nach der Novelle des § 21 GSpG durch das BudgetbegleitG 2011 (BGBl I 111/2010) zumindest für jene Konzessionswerber bestehen, die über keine vergleichbare ausländische Spielbankenkonzession verfügen. Zwar wurde das bis dahin geltende, vom EuGH in der Rs *Engelmann* ausdrücklich als diskriminierend

qualifizierte, Sitzfordernis für die Spielbankenkonzessionen derart abgeändert, dass ein Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat ausreichend wäre, allerdings nur, wenn der potentielle Konzessionär auch im anderen Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist, über eine „vergleichbare Spielbankkonzession“ verfügt (§ 21 Abs 3 GSpG). Andernfalls muss der Konzessionär, im Fall einer erfolgreichen Bewerbung, eine Kapitalgesellschaft in Österreich gründen.

Die Erläuternden Bemerkungen des Ministerialentwurfs (zu den §§ 14 und 21 GSpG) führen weiters aus, dass es die Pflicht der Bewerber (!), die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, ist, den Nachweis der Vergleichbarkeit der Konzessionen sowie eine Erklärung der ausländischen Glücksspielaufsichtsbehörde zur Bereitschaft zur Verwaltungszusammenarbeit mit den österreichischen Behörden beizubringen.

Diese Änderungen durch die GSpG-Novelle 2011, auf deren Grundlage das Vergabeverfahren für die Spielbankenkonzessionen durchgeführt wurde, **diskriminieren Konzessionswerber aus anderen Mitgliedstaaten weiterhin**, weil es für Konzessionswerber aus Österreich ausreicht, einen Sitz im Inland zu haben, während **Interessenten aus anderen Mitgliedstaaten zahlreiche Hürden** zu absolvieren haben: Selbst mit einem Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat muss eine „vergleichbare Spielbankkonzession“ nachgewiesen und die Erklärung der dortigen Behörde beigebracht werden, während ein österreichischer Bewerber keines von beidem vorweisen muss.

Vgl Mayer, Spielbanken im „Paket“, *ecolex* 2012, 174ff (176); Weissel/Vogelsberger, Zur Zulässigkeit der Ausschreibung von Spielbanken-Konzessionen in „Paketen“, *ecolex* 2012, 181ff (182 und 184); aus der Rsp vgl insb OLG Wien 25.07.2007, 3 R 80/07t, 10-

Die Prüfung der restriktiven Konzessionsregelung für das Angebot des Kartenspiels des Poker als Ausspielung ausschließlich in Spielbanken führt zu der Beurteilung, dass diese **diskriminierenden Charakter** hat, sodass auch aus diesem Grund die betreffenden Regelungen als unionsrechtswidrig und damit als unanwendbar zu qualifizieren sind.

e. Steuerliche Bestimmungen über die Glücksspielabgabe (§§ 57ff GSpG) stellen ebenfalls Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar

Nachdem durch die Dienstleistungsfreiheit des Art 56 AEUV den Mitgliedstaaten grundsätzlich alles untersagt ist, was die Grundfreiheit „*behindert oder weniger attraktiv macht*“, stellen auch die in der spezifischen Situation der Pokerspielcasinos gleichsam „erdrosselnden“ Bestimmungen über die **Glücksspielabgabe einen unzulässigen Eingriff** dar.

Die abgabenrechtliche Rechtslage führte schon bis 01.01.2020 dazu, dass im Falle des Veranstaltens von Pokerspielen durch Pokerspielcasinos durch die Heranziehung fremder Umsätze – nämlich jene der Pokerspieler – als Bemessungsgrundlage für die Glücksspielabgabe eine Besteuerung in Höhe eines Mehrfachen der Einnahmen der Salonbetreiber als Glücksspielabgabe zu entrichten war.

Dies hat zur Konsequenz, dass auch diese **an die Monopolisierung anknüpfenden steuerlichen Bestimmungen** aufgrund mangelnder Verhältnismäßigkeit **zusätzliche Hemmnisse der Dienstleistungsfreiheit** darstellen, die nicht zur Anwendung gelangen dürfen.

5. Zwischenergebnis

Wie in diesem Rechtsgutachten eingehend dargelegt wurde, gibt es eine **Vielzahl von Gründen** (insb die Verletzung der Werbevorgaben durch die Konzessionsinhaber, obwohl keine umfangreiche und aggressive Werbung Privater dies zu Lenkungszwecken erfordern würde; das beständige Wachstum des Glücksspielmarktes; die mangelnde Kohärenz des österreichischen Regelungsrahmens in seinen praktischen Auswirkungen und schließlich die nicht gegebene Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen) warum das **GSpG in seiner aktuellen Fassung unionsrechtswidrig** ist und damit Dienstleistungserbringern wie der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)*, die sich auf Art 56 AEUV stützen können, wegen Unanwendbarkeit nicht entgegengehalten werden kann.

Auch ein **aktuelles Rechtsgutachten renommierter deutscher Universitätsprofessoren** weist mittlerweile mit umfassender Begründung nach, dass die Ausgestaltung der Glücksspielregelungen in Österreich **inkohärent und unionsrechtswidrig** ist.

Siehe *Barczak/Hartmann*, Ist die Ausgestaltung der Glücksspiel- und Wettregulierung in Österreich mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar? (Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel [OVWG]), 07.09.2020.

IV. Rechtsfolgen aus der Unionsrechtswidrigkeit der geltenden österreichischen Glücksspielregulierung

1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Auch eine „gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt“ iSd VfGH führt unter Zugrundelegung eines validen, belastbaren Datenmaterials zur Konsequenz der **Unionsrechtswidrigkeit**

und damit Unanwendbarkeit der österreichischen Glücksspielregelungen gegenüber einem Anbieter wie der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)*, der sich auf die Dienstleistungsfreiheit des Art 56 AEUV stützen kann.

Mithin dürfen nach stRsp des EuGH gegen Wirtschaftsteilnehmer wie die *Concord Card Casino Gruppe (CCC)*, welche die **Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs** gem Art 56 AEUV in Anspruch nehmen, auch keine (straf- oder verwaltungsrechtlichen) Sanktionen verhängt werden.

Vgl nur EuGH, Rs C-390/12, *Pfleger*, Rn 64; Rs C-336/14, *Sebat Ince*, Rn 63. Dazu *Kubiciel*, Unionsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung des Verbots von Online-Casinos, EuZW 2017, 494ff (500).

2. Jedes Gericht/jede Behörde hat den Vorrang des Unionsrechts wahrzunehmen

a. Selbstbeurteilung jedes Gerichts bzw jeder Behörde

Nach stRsp des EuGH ist **jeder nationale Richter (und jede nationale Behörde)** damit beauftragt, **aus eigener Entscheidungsbefugnis** das Unionsrecht „*uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts [...] unangewendet lässt*“.

EuGH, Rs 106/77, *Simmenthal*, Rn 21/23; aktuell EuGH, RsC-685/15, *Online Games Handels GmbH*, Rn 54. Vgl dahingehend explizit auch OGH 30.7.2001, 10 ObS 242/01p: „*Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist [...] das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechtes aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt [...]*“.

Damit hat jedes nationale Gericht bzw jede nationale Behörde in jedem Verfahren die Frage der Unionsrechtswidrigkeit **eigenständig zu beurteilen**.

Vgl EuGH, Rs C-409/06, *Winner Wetten*, Rn 53ff, insb Rn 55; Rs C-258/08, *Ladbroke*, Rn 49; ebenso schon Rs 33/74, *Van Binsbergen*, Rn 27; Rs 41/74, *Van Duyn*, Rn 7; Rs C-312/93, *Peterbroeck*, Rn 21; Rs C-208/05, *ITC Center*, Rn 67; zuletzt deutlich EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 58.

Damit kann im Hinblick auf die Frage der Unionsrechtskonformität bzw. -widrigkeit **ein zentralisiertes Normverwerfungsmonopol in den Mitgliedstaaten nicht mehr fortbestehen.**

Grundlegend wiederum EuGH, Rs 106/77, *Simmenthal*, Rn 21/23 und 24. Vgl dazu *Schroeder*, *Europarecht*³ (2013), 79; *Leidenmühler*, VfGH locuta, *causa finita?*, MR 2018, 35ff (41).

Es genügt demnach keineswegs, dass sich nationale Gerichte und Behörden künftig der Beantwortung der Frage nach der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielregelungen unter Hinweis auf die vermeintliche Klärung durch die Entscheidung des VfGH vom 15.10.2016 entziehen.

Insofern unzutreffend der 4. Senat des OGH, ua in OGH 22.11.2016, 4 Ob 31/16m, 7; 27.07.2017, 4 Ob 124/17i-2.

Vielmehr besteht eine **unionsrechtliche Pflicht eines jeden nationalen Gerichts**, „*alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass Wirtschaftsteilnehmer [...] das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr ausüben können*“ und „*erforderlichenfalls jede [...] entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet [zu lassen], ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste*“.

EuGH, Rs C-258/08, *Ladbroke*, Rn 49 und EuGH, Rs 106/77, *Simmenthal*, Rn 24; zuletzt deutlich EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 58.

Diese weiterhin bestehende **eigenständige Prüf- und allenfalls Vorlagepflicht** wurde zuletzt von GA *Wahl* in Schlussanträgen eindrücklich untermauert. Demnach hat „*die Tatsache, dass ein Verfassungsgericht eines Mitgliedstaats eine nationale Maßnahme für verfassungsmäßig erklärt hat, auch dann keine Auswirkungen auf die den letztinstanzlichen Gerichten nach Art 267 AEUV obliegende Pflicht, dem Gerichtshof eine Frage zur Auslegung des Unionsrechts vorzulegen, [...] wenn die nationalen Vorschriften, die die Grundlage für die verfassungsgerichtliche Beurteilung bilden, den einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen*“.

Schlussanträge GA *Wahl* zu EuGH, Rs C-322/16, *Global Starnet Ltd*, Rn 23; dem folgend EuGH, Rs C-322/16, Rn 21ff.

Und in der Rs *Filippi* hat der EuGH – nicht zum ersten mal – ganz un-
zweideutig ausgeführt, dass in dem Fall, in dem die Beurteilung eines

nationalen Gerichts nicht dem Unionsrecht entspreche, ein anderes nationales Gericht, das nach innerstaatlichem Recht an die Auslegung des Unionsrechts durch das erstgenannte Gericht gebunden sei, nach Unionsrecht verpflichtet sei, aus eigener Entscheidungsbefugnis die fragliche innerstaatliche Rechtsvorschrift zur Bindungswirkung unangewendet zu lassen.

Vgl EuGH, Rs C-589/16, *Filippi*, Rn 35f mwN.; dazu näher *Hilf/Umbach*, Neue EuGH-Rechtsprechung zum Glücksspielrecht, ZfWG 2020, 211ff (215).

Darüber hinaus kann „VfGH locuta – causa finita“ im Zusammenhang mit der Frage der Unionsrechtskonformität einer innerstaatlichen Regelung alleine schon deshalb niemals als *Maxime* gelten, da nach der mittlerweile stRsp des EuGH die **Kohärenz einer nationalen Bestimmung permanent auf dem Prüfstand** steht und mithin iSe dynamischen Betrachtung auch **laufend neu zu bewerten** ist, wie im Folgenden gezeigt wird.

Vgl insb EuGH, Rs C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, Rn 27ff (insb Rn 36). Zum ganzen eingehend *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (41).

b. EuGH fordert laufende Überprüfung der Kohärenz

Dass jedes innerstaatliche Gericht unabhängig vom Erkenntnis des VfGH vom 15.10.2016 selbständig über die Frage der Unionsrechtskonformität des GSpG in seiner konkreten Anwendungspraxis zu befinden hat, ergibt sich aber nicht nur aus dem vom EuGH entwickelten **System der Selbstbeurteilung und der dezentralen Wahrnehmung des Vorrangs** des Unionsrechts, sondern auch und vor allem daraus, dass der EuGH den im Rahmen der Rechtfertigung von glücksspielrechtlichen Restriktionen besonders bedeutsamen **Kohärenztest als dynamisches, mithin laufend zu erfüllendes Kriterium** anlegt.

Vgl EuGH, Rs C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, Rn 36. Dazu eingehend *Hilf/Umbach*, Neue Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielrecht, ZfWG 2017, 353ff (356); *Leidenmühler*, VfGH locuta, causa finita?, MR 2018, 35ff (41).

Paradigmatisch dafür sind die Ausführungen des EuGH im Zusammenhang mit einer Vorlage des LG Wiener Neustadt in der Rs C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, wonach bei der von jedem Gericht selbständig vorzunehmenden Beantwortung der Frage der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielregelungen „*der Ansatz [...] nicht statisch sein darf, sondern dynamisch sein muss, so dass*

es die Entwicklung der Umstände nach dem Erlass der genannten Regelung berücksichtigen muss“.

EuGH, Rs C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, Rn 36; ebenso EuGH, Rs C-685/15, *Online Games Handels GmbH*, Rn 53.

Eine mitgliedstaatliche Regelung muss in ihren praktischen Auswirkungen eben **nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt**, etwa im Moment ihres Erlasses, **sondern auch danach** dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Vgl EuGH, Rs C-464/15, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, Rn 34.

Sollte demnach in zukünftigen Verfahren von Gerichten oder Behörden **als Faktengrundlage ein Wachstum des Marktes für Glücksspiel festgestellt** werden, so wäre jedenfalls in einer gesamthaften Würdigung eine **Neubewertung der Frage der Unionsrechtskonformität** vorzunehmen. Gleiches gilt natürlich auch für den VfGH.

Zuletzt wurde aber vom VfGH das Erkenntnis vom 15.10.2016 bestätigt (vgl VfGH 30.11.2017, E 3302/2017-8, 3., Rn 22), wobei dem VfGH auch in diesem Verfahren kein valides Zahlenmaterial zur Entwicklung des Glücksspielmarktes zugänglich war.

Diese Verpflichtung der innerstaatlichen Gerichte zu einer laufenden eigenständigen Bewertung der Kohärenz wurde vom EuGH ganz aktuell in seinem Beschluss in der Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, explizit betont: „Dies[e Pflicht] gilt umso mehr, als im Fall der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven Maßnahme im Bereich des Glücksspiels [...], der **Ansatz des nationalen Gerichts nicht statisch, sondern dynamisch sein muss, da dieses Gericht die Entwicklung der nach dem Erlass dieser Regelung eingetretenen Umstände berücksichtigen muss.**“

EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, Rn 59.

Es bleibt von der Warte der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts, wie sie vom EuGH gefordert wird, der Anspruch zu stellen, dass die österreichischen Höchstgerichte eine solche **dynamische Neubewertung**, wie sie vom EuGH in der Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*, gefordert wurde, vornehmen und der Dienstleistungsfreiheit von Wirtschaftsteilnehmern wie der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* zur Wirksamkeit verhelfen und damit **Rechtssicherheit** herstellen.

c. Vorlage an den EuGH geboten

Sollte ein (vorlageberechtigtes) Gericht mit dem in diesem Gutachten besprochenen Fall konfrontiert sein und die hier vertretene Position der Unionsrechtswidrigkeit und damit Unanwendbarkeit der österreichischen Glücksspielregelungen gegenüber einem Anbieter wie der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)*, der sich auf die Dienstleistungsfreiheit des Art 56 AEUV stützen kann, nicht teilen, so sollte eine Vorlage an den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vorgenommen werden. Die Notwendigkeit einer Vorlage erscheint umso dringender, als zuletzt vom EuGH festgestellt wurde, dass im Rahmen einer Gesamtwürdigung vieles für eine Unvereinbarkeit der österreichischen Glücksspielregelungen mit dem Unionsrecht spricht.

Vgl EuGH, Rs C-79/17, *Gmalieva*, Rn 24, 26 und 28.

V. Ergebnisse

- Durch mehrfache Gesetzesänderungen der letzten Jahre wurde das Kartenspiel des Poker vom österreichischen Gesetzgeber dem Regime des Glücksspielgesetzes unterworfen. Da auch die zwischenzeitig vorgesehene Ausschreibung von Konzessionen zum Betrieb von (zuerst einem, dann drei) Pokersalons vom Gesetzgeber wieder beseitigt wurde, kann nach der derzeitigen innerstaatlichen Rechtslage das Kartenspiel des Poker in Form einer Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG ausschließlich vom Inhaber einer Spielbankenkonzession gem § 21 GSpG angeboten werden. Damit ist das Kartenspiel des Poker nunmehr faktisch monopolisiert und nur noch in Spielbanken zulässig. Online-Poker ist wiederum nur noch im Rahmen der ebenso monopolisierten elektronischen Lotterien möglich.
- Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein Betreiber von Pokerspielsalons wie die *Concord Card Casino Gruppe (CCC)*, welche bis zum Ablauf einer Übergangsfrist mit 01.01.2020 auf Rechtsgrundlage einer freien Gewerbeberechtigung agierte, nunmehr daran gehindert ist, das Kartenspiel des Poker in Form einer Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG anzubieten, oder ob sich ein Anbieter wie die *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* auf den freien Dienstleistungsverkehr gem Art 56 AEUV zu stützen vermag.
- Art 56 AEUV ermöglicht den Erbringern von Dienstleistungen, ihre Leistungen innerhalb der Europäischen Union anzubieten. Wie der EuGH in stRsp feststellt, erfüllt das Anbieten eines Glücksspiels – als welches das Kartenspiel des Poker nach der Legaldefinition des österreichischen Gesetzgebers einzuordnen ist – den Begriff der Dienstleistung iSv Art 57 AEUV. Allerdings begünstigt die Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV nur jene Anbieter, die „*die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind*“. Die Anwendbarkeit der Grundfreiheit setzt mithin einen sog grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus, welcher aber nach der stRsp des EuGH auf verschiedene Weisen gegeben sein kann.
- Vom EuGH wird regelmäßig bestätigt, dass es ausreicht, damit sich ein Dienstleistungsanbieter gegenüber seinem Sitzstaat auf die Grundfreiheit des Art 56 AEUV berufen kann, wenn er Kundinnen und Kunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten hat. Da nachweislich ein guter Teil der Kundinnen und Kunden der Pokerspielsalons der *Concord Card Casino*

Gruppe (CCC) Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten sind, welche durch die Inanspruchnahme der Leistungen von ihrer – unionsrechtlich geschützten – passiven Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, erfüllt das Angebot der Pokerspielsalons der *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* das Kriterium des zwischenstaatlichen Sachverhalts.

- Das österreichische Glücksspielmonopol im Allgemeinen und – im gegebenen Fall von besonderem Interesse – die Beschränkung des Angebots des Kartenspiels des Poker in Form einer Ausspielung ausschließlich auf Inhaber einer Spielbankenkonzession im Besonderen stellt dann, wenn wie im gegebenen Fall der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, einen Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr (Art 56 AEUV) dar. Eine solche Beschränkung einer unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheit ist einem Mitgliedstaat nur dann ausnahmsweise gestattet, wenn der Eingriff aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann und den vom EuGH entwickelten Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung (insb auch dem Kohärenzkriterium) genügt.
- Im gegebenen Fall unterliegen die einschlägigen monopolisierenden Bestimmungen des GSpG als besonders gravierender Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit strengen Voraussetzungen, ua was das Verhalten der Konzessionsinhaber und deren Überwachung durch die nationalen Behörden betrifft. Der EuGH erachtet dabei in mittlerweile stRsp eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Glücksspiels durch eine mitgliedstaatliche Monopol- oder Konzessionsregel nur dann als zulässig, wenn vom Mitgliedstaat der Nachweis geführt wird, dass die Geschäftspolitik des Konzessionsinhabers – und insbesondere seine Werbeaktivitäten – maßvoll und begrenzt sind und das Gesamtsystem der innerstaatlichen Glücksspielregelungen vor dem Hintergrund seiner konkreten Anwendungspraxis kohärent ist.
- Den umfangmäßig enormen, regelmäßig und mit System praktizierten Werbemaßnahmen der Konzessionsinhaber, die zur aktiven Teilnahme am Spiel anregen und auf eine Marktausdehnung abzielen, ist gemeinsam, dass es sich nicht um Einzelfälle, sondern um Werbestrategien handelt, die regelmäßig und über einen erheblichen Zeitraum praktiziert werden. Da nach der stRsp des EuGH schon Praktiken des Konzessionsinhabers, die „darauf abzielen“, den Markt zu erweitern, zur Unzulässigkeit einer beschränkenden Regelung führen und die vom EuGH

gesetzten Werbegrenzen überschritten wurden, obwohl keine umfangreiche und aggressive Werbung Privater dies zu Lenkungszwecken erfordern würde, widersprechen die einschlägigen österreichischen Glücksspielregelungen entgegen der vom VfGH vertretenen Auffassung alleine deshalb dem Unionsrecht und sind daher gegenüber Anbietern, die so wie die *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* von ihrer Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV Gebrauch machen, nicht anwendbar.

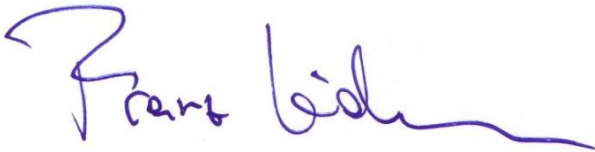
- Zudem ist auf valider und belastbarer Datenbasis belegt, dass der Markt für Glücksspiel in Österreich seit 2010 kontinuierlich gewachsen ist. Somit führt auch eine vom VfGH eingeforderte „gesamthafte Würdigung“ zum Ergebnis, dass die Werbung der Konzessionsinhaber, welche versucht, die Anziehungskraft des Glücksspiels durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen, sich auch in ihrer praktischen Auswirkung nicht darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken und daher die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes beeinträchtigt (hat). Unter Zugrundelegung dieser Datenbasis hätte der VfGH eigentlich zum Ergebnis der Unionsrechtswidrigkeit der aktuellen Glücksspielregelungen gelangen müssen.
- Dass der VfGH von einer gegenteiligen Entwicklung ausgegangen ist, liegt daran, dass ihm im entsprechenden Verfahren keine objektive Datenbasis zur Verfügung gestanden ist, die auf einer den Anforderungen des EuGH genügenden ökonomisch *lege artis* durchgeführten Marktentwicklungsanalyse beruht. Vielmehr wurden nicht repräsentative, bloß aus Telefoninterviews gewonnene Daten verwendet, die jeglicher faktischen Verifizierbarkeit widersprechen und auch nicht den Vorgaben des EuGH an valide, belastbare Daten genügen.
- Der VfGH erschließt 2016 die Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielrechts in einer „gesamthafte Würdigung“ ausschließlich aus der Tatsache, dass der Markt für Glücksspiel nicht wachse, und daher die Regelung kohärent sei. Dies entspricht nicht (mehr) den aktuellen Gegebenheiten: Der Markt für Glücksspiele in Österreich wächst beständig (laut „Branchenradar“ im Jahr 2018 um 5,2%). Diese Tatsache entzieht der gesamten Argumentation des VfGH die Grundlage.
- Neue EuGH-Urteile verschärfen zudem die Anforderungen an die Rechtfertigungsvoraussetzungen, insb an die Beweisführung für die Zulässigkeit eines Eingriffs: Für die Rechtfertigung einer Regelung, die in eine

Grundfreiheit eingreift, muss das Gericht bzw die Behörde Gewissheit über das Vorliegen aller Voraussetzungen erlangen, wobei diese mittels statistischer Daten oder anderer Mittel nachgewiesen werden müssen.

- Insgesamt wird die restriktive Linie gegenüber mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielsektor in der rezenten Rsp des EuGH bestätigt bzw vertieft. So wurde speziell zu Österreich zuletzt vom EuGH festgestellt, dass im Rahmen einer Gesamtwürdigung vieles für eine Unvereinbarkeit der österreichischen Glücksspielregelungen mit dem Unionsrecht spricht (EuGH, Rs C-79/17 vom 06.09.2018, *Gmalieva*, Rn 24, 26 und 28).
- Vor diesem Hintergrund ist das österreichische Glücksspielmonopol in seiner derzeitigen Ausgestaltung unionsrechtswidrig, wodurch die monopolisierenden Bestimmungen verdrängt werden und kein Verbot von Glücksspielen in „politischen Gesetzen“ mehr besteht. Dies hat zur Konsequenz, dass jene Anbieter, die so wie die *Concord Card Casino Gruppe (CCC)* von ihrer Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV Gebrauch machen, in Österreich ihre Glücksspieldienstleistungen straffrei anbieten dürfen. Dies hat weiter zur Konsequenz, dass auch an die Monopolisierung anknüpfende steuerliche Bestimmungen (Glücksspielabgabe; §§ 57ff GSpG), die im Übrigen aufgrund ihres beschränkenden Charakters ohnehin eigenständige Hemmnisse der Dienstleistungsfreiheit darstellen, nicht zur Anwendung gelangen dürfen.
- Da keinem Gericht – und sei es auch durch ein nationales Verfassungsgericht – die Kompetenz abgesprochen werden darf, „*alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bilden*“, besteht nach der stRsp des EuGH kein zentralisiertes Normverwerfungsmonopol in den Mitgliedstaaten mehr. Dieser Befund gilt umso mehr, als dem VfGH bei der Vornahme seiner „gesamthaftern Würdigung“ im betreffenden Verfahren kein valides, belastbares Datenmaterial zur Entwicklung des Glücksspielmarktes vorgelegen hatte und die Gerichte eine dynamische Bewertung der Kohärenzfrage (EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*) vorzunehmen haben.
- Im Ergebnis hat daher ungeachtet höchstgerichtlicher Judikatur – die, wie dargelegt wurde, zudem auf einem unzulänglichen Faktensubstrat basiert – jedes Gericht bzw jede Behörde nach stRsp des EuGH die unionsrechtliche Pflicht, aus eigener Entscheidungsbefugnis für die volle

Wirksamkeit der Dienstleistungsfreiheit Sorge zu tragen, indem es bzw sie jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt, selbst wenn in einem verfassungsrechtlichen Verfahren deren Unionsrechtskonformität bestätigt wurde (EuGH, Rs C-920/19, *Fluctus und Fluentum*). Abgesehen davon hat der VfGH ohnedies für den Fall, dass er mit einem entsprechenden Faktensubstrat hinsichtlich des Wachstums des Glücksspielmarktes konfrontiert ist, iSe dynamischen Verständnisses des Kohärenztests auch selbst eine Neubewertung der Frage der Unionsrechtskonformität vorzunehmen.

Linz, am 17. Juni 2021



(Univ.-Prof. Dr. Franz Leidenmühler)

Zum Verfasser:

Univ.-Prof. Dr. Franz Leidenmühler ist Vorstand des Instituts für Europarecht an der Johannes Kepler Universität Linz.