

Verwaltungsgerichtshof

Zlen. EU 2011/0002, 0003 - 1

(2010/17/0055 und 0059)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch, die Hofräte Dr. Holeschofsky und Dr. Köhler sowie die Hofrätinnen Dr. Zehetner und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, in den Beschwerdesachen 1. der "H" in N G, S (hg. Verfahren Zl. 2010/17/0055), und 2. der "H", in K G, S (hg. Verfahren Zl. 2010/17/0059), beide vertreten durch Grilc und Partner, Rechtsanwälte in 9020 Klagenfurt, Karfreitstraße 14/III, gegen die Bescheide des Bundesministers für Finanzen jeweils vom 14. Juli 2009, zu 1. Zl. BMF-180000/0030-VI/1/2009, und zu 2. Zl. BMF-180000/0037-VI/1/2009, jeweils betreffend Erteilung einer Bewilligung gemäß § 56 Abs. 2 Glücksspielgesetz, den

#### B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist eine Regelung eines Mitgliedstaates, die die Werbung für im Ausland gelegene Betriebsstätten von Spielbanken in diesem Mitgliedstaat nur dann erlaubt, wenn die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen an diesen Standorten den inländischen entsprechen, mit der Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren?

(28. März 2011)

B e g r ü n d u n g :

1. Sachverhalt:

Die vor dem Verwaltungsgerichtshof beschwerdeführenden Parteien sind nach ihrem Vorbringen Aktiengesellschaften mit dem Sitz in Slowenien.

Mit ihren vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheiden wies der Bundesminister für Finanzen (die belangte Behörde) Anträge der beschwerdeführenden Parteien auf Erteilung einer Bewilligung gemäß § 56 Abs. 2 des (österreichischen) Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. Nr. 126/2008, ab. Begründend führte der Bundesminister für Finanzen in den angefochtenen Bescheiden im Wesentlichen gleichlautend aus, die jeweils beschwerdeführende Partei verfüge laut einer Bestätigung des Finanzministeriums der Republik Slowenien als Aufsichtsbehörde für Glücksspielveranstalter über Konzessionen zur Veranstaltung von speziellen Glücksspielen. Die beschwerdeführenden Parteien betrieben auch Glücksspiele an näher angeführten Standorten in Slowenien.

Inhalt einer Bewilligung nach § 56 Glücksspielgesetz (in der Folge: GSpG) - so die belangte Behörde in der Begründung ihrer Bescheide jeweils weiter - sei es, in Österreich den physischen "Vor-Ort-Besuch" ausländischer Spielbankenbetriebsstätten in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes zur dortigen Spielteilnahme zu bewerben.

Eine Bewilligung nach § 56 Abs. 2 GSpG dürfe nur einem Antragswerber erteilt werden, der für die Spielbankenbetriebsstätte eine aufrechte Konzession des Standortstaates innehabe, die Konzession auch im Konzessionserteilungsland aktuell ausübe und diese Konzession einer Konzession nach § 21 GSpG entspreche; weitere Voraussetzung sei, dass die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen des Mitgliedstaates der EU oder dieses Staates des EWR den österreichischen entsprächen und schließlich der Antragswerber in seinen Werbeauftritten in Österreich einen verantwortungsvollen Maßstab zu beachten bereit sei.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (nunmehr Gerichtshofes der Europäischen Union, in der Folge weiterhin EuGH) obliege es dem Entscheidungs- und Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, den Umfang einer etwaigen oder vollständigen Beschränkung des Glückspiels sowie der Regelung der Kontrollformen festzulegen. Es stehe den Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der sich aus der Rechtsprechung ergebenden Anforderungen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und das angestrebte Schutzniveau selbst zu bestimmen. So sei ein nationales Konzessionssystem ein wirksamer Mechanismus, um die im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer mit dem Ziel zu kontrollieren, die Glücksspieltätigkeiten in überschaubare Rahmen zu lenken und der Ausnutzung zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Auch sei die Zulässigkeit der Einrichtung eines am Spielerschutz und der Kriminalitätsabwehr ausgerichteten und verhältnismäßig ausgestalteten nationalen Konzessionssystems ausdrücklich bekräftigt worden.

Die Sicherstellung von hohen Spielerschutzstandards sei eines der zentralen Anliegen des österreichischen Glücksspielgesetzes und in mehreren Bestimmungen desselben gesetzlich verankert worden. So würden Konzessionen nur nach einer strengen Zuverlässigkeitsprüfung vergeben. Das mit einer Konzessionsvergabe einhergehende strenge Prüfungsverfahren diene insbesondere der Geldwäsche- und Betrugsverbeugung, der allgemeinen Kriminalitätsabwehr, der Sicherstellung einer ausreichenden Abwicklungssicherheit für Spielgewinne sowie der Überprüfung eines verantwortungsvollen Maßstabes im Umgang mit Glücksspiel. Auch nach erfolgter Konzessionsvergabe bestünden zahlreiche Aufsichtsmittel und Genehmigungserfordernisse sowie eine laufende strenge Aufsicht über die Einhaltung der glücksspielrechtlichen Bestimmungen durch die Konzessionäre.

Bei der Regelung des § 56 GSpG sei davon ausgegangen worden, dass die Spielteilnahme vom Inland aus der nationalen Regelungshoheit der Mitgliedstaaten unterliege, denen dabei im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ein

materiell-rechtlicher Ermessensspielraum zukomme. Darüber hinaus sei davon ausgegangen worden, dass jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union bzw. im Europäischen Wirtschaftsraum seine besondere gesellschaftliche Verantwortung im Glücksspielbereich auch dadurch wahrnehme, dass er für Glücksspiele, bei denen die Teilnahme vom Inland aus erfolge, auch die Verantwortung für eine effektive eigene staatliche Aufsicht trage.

Für eine Spielteilnahme vom Ausland aus stelle sich dies anders dar. Reise eine in Österreich ansässige Person in andere Mitgliedstaaten, so müsse ihr bewusst sein, dass sie sich damit in die Verantwortung der staatlichen Glücksspielaufsicht eines anderen Mitgliedstaates begeben. Werde daher der physische Besuch einer ausländischen Spielbank eines anderen Mitgliedstaates beworben, so sei eine eigene nationale Aufsichtsverantwortung Österreichs nicht mehr gegeben.

Die österreichische Verantwortung zum Schutz der Verbraucher sei allerdings auch in diesen Fällen nicht völlig aufgehoben: Österreich müsse aus einer gesellschaftlichen und sozialpolitischen Verantwortung für seine Gebietsansässigen heraus auch in diesen Fällen sicherstellen können, dass eine inländische Bewerbung für derartige ausländische Angebote nur dann erfolgen dürfe, wenn vergleichbare gesetzliche Mindeststandards betreffend Spielerschutz wie in Österreich gelten würden. Die Werbung in Österreich für Spielbanken in Mitgliedstaaten mit deutlich niedrigeren Spielerschutzstandards und die dadurch ausgelösten Spielbankenbesuche in anderen Mitgliedstaaten könnten nämlich "sittlich" und "finanziell" schädliche Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft mit sich bringen und damit in Österreich ansässige Personen, Familien und die "öffentliche Gesundheit" in Österreich ernstlich gefährden. Auch der EuGH habe den Schutz der Sozialordnung vor sittlich und finanziell schädlichen Folgen im Zusammenhang mit etwa der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt. Ein strenges Nationalsystem könnte aber unterlaufen werden, wenn eine Werbeerlaubnis für ausländische Anbieter nicht vergleichbare ausländische Spielschutzstandards zur

Voraussetzung habe. Wenn Österreich nämlich aus wohlüberlegten ordnungspolitischen Gründen Glücksspielangebote mit niedrigen Spielschutzstandards nicht erlaube, so wäre es inkonsequent, für derartige ausländische Angebote in Österreich Werbung zuzulassen. Die gesellschaftspolitischen Bedenken gegenüber derartigen Angeboten würden ja für diese Angebote gleichermaßen gelten. Insofern sei die Vergleichbarkeitsprüfung auch Ausfluss des gemeinschaftsrechtlichen Kohärenzgebotes. Ein "Spierschutzdumping über Werbung für Standorte mit niedrigem Schutzniveau" solle damit nicht erfolgen können.

Die belangte Behörde legte in der Begründung des jeweils angefochtenen Bescheides weiter dar, warum ihrer Ansicht nach die beschwerdeführende Partei die Voraussetzungen des § 56 Abs. 2 GSpG nicht erfülle.

Kernstück der Werbebestimmung des § 56 Abs. 2 GSpG - so die belangte Behörde in der Begründung ihrer Bescheide weiter - sei ein mit der österreichischen Rechtslage vergleichbares Spierschutzniveau. Die Sicherstellung von hohen Spierschutzstandards sei eine der zentralen Zielsetzungen des österreichischen Glücksspielgesetzes. Dabei würden die Konzessionäre insbesondere zu einer umfassenden Warn- und Sperrpflicht verhalten und Spielbankenbesuchern eine unmittelbare zivilrechtliche Klagemöglichkeit eingeräumt. Aus den übermittelten Unterlagen ergäben sich keine Hinweise auf gesetzliche Warn- und Sperrpflichten der Spielbankleitung, somit keine Hinweise auf ein der österreichischen Rechtslage vergleichbares Monitoring-System, zu dem die beschwerdeführenden Parteien gesetzlich verpflichtet wären. Auch aus den übermittelten Auszügen des slowenischen Glücksspielgesetzes seien für Spielsalons keine näheren Regelungen zum Jugendschutz zu entnehmen. So enthalte Art. 83 dieser Bestimmung eine gesetzliche Verpflichtung, Personen erst ab einem Mindestalter von 18 Jahren den Zutritt zum Spielcasino zu gestatten. Für Spielsalons sei dem übermittelten Gesetzestext keine ausdrückliche Jugendschutzregelung zu entnehmen.

Auch sei den übermittelten Unterlagen keine gesetzliche unmittelbare zivilrechtliche Klagemöglichkeit für Spielbankbesucher bei Fehlverhalten des Konzessionärs zu entnehmen. Bei der in § 25 Abs. 3 (ö) GSpG niedergelegten Regelung handle es sich um ein grundlegendes und tragendes Element der Spielerschutzarchitektur. Das effektive österreichische Warn- und Sperrsystem des Glücksspielgesetzes könnte unterlaufen werden, wenn andere Staaten keine Sperren und keinen Schadenersatz böten. Die Verweigerung von Schadenersatzansprüchen in anderen Staaten würde zudem dem österreichischen Sozialsystem die Nachteile einer ungenügenden Warn- und Sperrpflicht aufbürden. Vor diesem Hintergrund müsse an einer Schadenersatzmöglichkeit als Voraussetzung der inländischen Bewerbung ausländischer Standorte festgehalten werden, um ein Unterlaufen des österreichischen Standards zu unterbinden. Eine kohärente Ausgestaltung der Werbung für Glücksspiele in Österreich erfordere auch, dass nur Angebote beworben werden dürften, die die gesetzlichen Spielerschutzstandards hinsichtlich verantwortungsbewussten Glücksspiels erfüllten. Insofern sei die Prüfung der Vergleichbarkeit der Spielerschutzbestimmungen für eine Werbewilligung auch Ausfluss des gemeinschaftsrechtlichen Kohärenzgebotes. Werbung für ausländische physische Spielbankenstandorte könne demnach nur dann erlaubt werden, wenn an diesen Standorten vergleichbar strenge Spielschutzstandards wie in Österreich herrschten. Unter Würdigung der übermittelten Unterlagen ergebe sich jedoch kein der österreichischen Rechtslage vergleichbares gesetzliches Spielschutzniveau. Auch deshalb habe der Antrag mangels Vorliegens vergleichbarer Spielerschutzstandards nicht positiv erledigt werden können.

## 2. Die österreichische Rechtslage:

Die Werbung für das Glücksspiel ist im Glücksspielgesetz in § 56 wie folgt geregelt:

### "Zulässige Werbung

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

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

1. die für den Betrieb der Spielbank erteilte Konzession § 21 entspricht und im Konzessionserteilungsland, das ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist, ausgeübt wird, und
2. die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen dieses Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes den inländischen zumindest entsprechen.

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

Der hier in § 56 Abs. 2 Z. 1 bezogene § 21 GSpG lautet wie folgt  
(auszugsweise):

#### "Spielbanken Konzession

§ 21. (1) Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch Erteilung einer Konzession übertragen. Die Konzessionserteilung erfolgt nach vorheriger öffentlicher und transparenter Interessentensuche durch den Bundesminister für Finanzen.

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

1. eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat ist, deren Sitz zur Sicherstellung einer ordnungspolitischen Aufsicht nach diesem Bundesgesetz über die Organbeschlüsse im Inland liegt und dem Betrieb zur Sicherstellung einer ordnungspolitischen Aufsicht nach diesem Bundesgesetz vom Inland aus abwickelt;

2. keine Aktionäre hat, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen und durch deren Einfluss eine Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht nicht gewährleistet ist,

3. über ein eingezahltes Grundkapital von mindestens 22 Millionen € wobei die rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachzuweisen ist,

4. Geschäftsleiter bestellt, die auf Grund entsprechender Vorbildung, fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und gegen die kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1973, BGBl. Nr. 20/1974, vorliegt und

5. auf Grund der Umstände (insbesondere Erfahrungen, Kenntnisse und Eigenmittel) erwarten lässt, dass er unter Beachtung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes über den Schutz der Spielteilnehmer und über die Geldwäschevorbeugung die Konzession am besten ausübt sowie

6. bei dem die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindert.

(3) ..."

Es erscheint zweckmäßig, im gegebenen Zusammenhang auf § 25 GSpG in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung durch BGBl. I Nr. 54/2010 hinzuweisen. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung ist der Besuch der Spielbank nur volljährigen Personen gestattet, die ihre Identität durch Vorlage eines näher umschriebenen amtlichen Lichtbildausweises nachgewiesen haben. Der Konzessionär hat die Identität des Besuchers und die Daten des amtlichen Lichtbildausweises, mit dem diese Identität nachgewiesen wurde, festzuhalten und diese Aufzeichnungen mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

Nach § 25 Abs. 2 leg. cit. kann die Spielbankleitung Personen ohne Angaben von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Die Spielbankleitung hat ihre Mitarbeiter in Zusammenarbeit mit zumindest einer Spielerschutzeinrichtung im Umgang mit Spielsucht zu schulen.

Von besonderer Bedeutung erscheint § 25 Abs. 3 GSpG:

"(3) Entsteht bei einem Staatsbürger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes die begründete Annahme, dass Häufigkeit und Intensität seiner Teilnahme am Spiel für den

Zeitraum, in welchem er mit dieser Intensität und Häufigkeit spielt, das Existenzminimum gefährden, hat die Spielbankleitung wie folgt vorzugehen:

1. Es sind Auskünfte bei einer unabhängigen Einrichtung einzuholen, die Bonitätsauskünfte erteilt (unabhängige Bonitätsauskünfte).

a) Wird durch diese Auskünfte die begründete Annahme, dass die fortgesetzte und unveränderte Teilnahme am Spiel das konkrete Existenzminimum dieses Spielers gefährdet, bestätigt, hat die Spielbank durch besonders geschulte Mitarbeiter mit dem Spielteilnehmer ein Beratungsgespräch zu führen, in welchem der Spielteilnehmer auf die Gefahren der Spielteilnahme und der möglichen Gefährdung des Existenzminimums hingewiesen wird und sind dem Spielteilnehmer Informationen über Beratungseinrichtungen anzubieten.

b) Nimmt der Spielteilnehmer trotz dieses Beratungsgesprächs unverändert häufig und intensiv am Spiel teil oder verweigert er dieses Beratungsgespräch, ist die Spielbankleitung verpflichtet, ihm den Besuch der Spielbank dauernd oder auf eine bestimmte Zeit zu untersagen oder die Anzahl der Besuche einzuschränken.

2. Ist die Einholung unabhängiger Bonitätsauskünfte nicht möglich oder sind diese nicht aussagekräftig, so hat die Spielbank

a) durch besonders geschulte Mitarbeiter mit dem Spielteilnehmer ein Beratungsgespräch zu führen, in welchem der Spielteilnehmer auf die Gefahren der Spielteilnahme und der möglichen Gefährdung des Existenzminimums hingewiesen wird und sind dem Spielteilnehmer Informationen über Beratungseinrichtungen anzubieten.

b) Im Anschluss daran ist der Spielteilnehmer zu befragen, ob seine Einkommens- und Vermögenssituation derart ist, dass durch seine Teilnahme am Spiel sein konkretes Existenzminimum gefährdet ist.

c) Wird durch das Beratungsgespräch und die Befragung des Spielteilnehmers über eine allfällige Gefährdung seines Existenzminimums die begründete Annahme bestätigt, dass die fortgesetzte und nach Häufigkeit und Intensität unveränderte Teilnahme am Spiel sein konkretes Existenzminimum gefährden würde, oder verweigert der Spielteilnehmer das Beratungsgespräch oder die Auskunft, ob eine Gefährdung seines Existenzminimums vorliegt, ist die Spielbankleitung verpflichtet, ihm den Besuch der Spielbank dauernd oder auf eine bestimmte Zeit zu untersagen oder die Anzahl der Besuche einzuschränken.

Eine über die Einholung der unabhängigen Bonitätsauskünfte, das Beratungsgespräch oder die Befragung des Spielteilnehmers hinausgehende Überprüfungs- und Nachforschungspflicht der Spielbankleitung besteht nicht.

Verletzt die Spielbankleitung die nach Z. 1 und 2 vorgeschriebenen Pflichten und beeinträchtigt der Spielteilnehmer durch die deshalb unveränderte Teilnahme am Spiel sein konkretes Existenzminimum, haftet die Spielbankleitung für die dadurch während der unveränderten Teilnahme am Spiel eintretenden Verluste. Die Haftung

der Spielbankleitung ist der Höhe nach mit der Differenz zwischen dem nach Verlusten das Existenzminimum unterschreitenden Nettoeinkommen des Spielers unter Berücksichtigung seines liquidierbaren Vermögens einerseits und dem Existenzminimum andererseits abschließend beschränkt, höchstens beträgt der Ersatz das konkrete Existenzminimum. Das Existenzminimum ist nach der Exekutionsordnung in der jeweils geltenden Fassung (allgemeiner monatlicher Grundbetrag) zu ermitteln.

Die Haftung ist innerhalb von drei Jahren nach dem jeweiligen Verlust gerichtlich geltend zu machen. Die Spielbankleitung haftet nicht, sofern der Spielteilnehmer bei seiner Befragung nicht offensichtlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder wenn ihr bei der Erfüllung ihrer Pflichten nur leichte Fahrlässigkeit vorwerfbar ist.

Dieser Absatz regelt abschließend alle Ansprüche des Spielteilnehmers gegen die Spielbankleitung im Zusammenhang mit der Gültigkeit des Spielvertrages oder mit Verlusten aus dem Spiel."

### 3. Die Voraussetzungen für die Vorlage nach Art. 267 AEUV:

a) Die beschwerdeführenden Parteien machen vor dem Verwaltungsgerichtshof vor allem geltend, die auf § 56 Abs. 2 GSpG gestützte Entscheidung der belangten Behörde verletze sie in ihrem unionsrechtlich garantierten Recht auf Dienstleistungsfreiheit.

b) Die belangte Behörde hält dem vor dem Verwaltungsgerichtshof zusammenfassend (nochmals) entgegen, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH den Mitgliedstaaten freistehe, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele ihrer eigenen Wertordnung entsprechend festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen. Die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen müssten jedoch den sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Anforderungen, insbesondere an ihrer Verhältnismäßigkeit, entsprechen. Im Einzelnen müssten die Beschränkungen, die sich auf die Gründe wie die Sicherstellung von hohen Spielerschutzstandards stützen, geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele (Verbraucherschutz, Betrugsbekämpfung, Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen) zu gewährleisten. Die

belangte Behörde habe ausführlich dargestellt, inwiefern die in § 56 GSpG enthaltenen Beschränkungen zur Erlangung einer Werbebewilligung geeignet seien, die verfolgten Ziele, nämlich die Gewährleistung eines hohen Spielerschutzstandards und daher die Bewahrung der Sozialordnung vor sittlich und finanziell schädlichen Folgen zu erreichen. Die diesbezüglichen Begründungselemente des (jeweils) angefochtenen Bescheides seien nach Ansicht der belangten Behörde geeignet, aufzuzeigen, warum die gegenständlichen Voraussetzungen zur Erlangung einer Werbebewilligung mit dem Gemeinschaftsrecht (Unionsrecht) vereinbar seien.

c) Nach der Rechtsprechung des EuGH (nunmehr Gerichtshof der Europäischen Union, in der Folge weiter der Einfachheit halber: EuGH) sind Tätigkeiten, die darin bestehen, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Geldspiel zu ermöglichen, Dienstleistungen im Sinne von Art. 49 EG (nunmehr Art. 56 AEUV). Gleiches gilt für die Werbung für Geldspiele und ihre Vermittlung (vgl. das Urteil des EuGH [Große Kammer] vom 8. September 2010, Rs C-409/06, *Winner Wetten* Randnr. 43, mwN).

Die unionsrechtliche Regelung des freien Dienstleistungsverkehrs verlangt weiter die Aufhebung jeder Beschränkung desselben - selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende, wie für solche aus den anderen Mitgliedstaaten gilt -, sofern sie geeignet ist, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, in dem er rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. das Urteil des EuGH vom 3. Juni 2010, Rs C-258/08, *Ladbrokes*, Randnr. 15, mwN).

Der vorliegende Verwaltungsgerichtshof geht daher davon aus, dass die Regelung des § 56 Abs. 2 GSpG (und damit der auf diese Bestimmung gestützte jeweils angefochtene Bescheid) die je beschwerdeführende Partei in ihrem unionsrechtlich garantierten Recht auf Dienstleistungsfreiheit - grundsätzlich - beeinträchtigt.

Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit wie die vorliegende könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH zu den gegebenenfalls zulässigen Rechtfertigungen innerstaatlicher Maßnahmen, mit denen der freie Dienstleistungsverkehr eingeschränkt wird, wiederholt dargelegt hat, dass sich die Ziele, die mit den im Spiel- und Wettbereich erlassenen nationalen Rechtsvorschriften verfolgt werden, bei einer Gesamtbetrachtung auf den Schutz der Empfänger der jeweiligen Dienstleistungen und allgemeiner der Verbraucher sowie auf den Schutz der Sozialordnung beziehen. Der Gerichtshof hat ferner hervorgehoben, dass solche Ziele zu den zwingenden Gründen des allgemeinen Interesses gehören, die Eingriffe in den freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen können.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es demnach Sache jedes Mitgliedstaates, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen, wobei die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahmen allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und das von den betreffenden nationalen Stellen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen sind (vgl. zu allem nur das Urteil des EuGH [Große Kammer] vom 8. September 2010, Rs C-46/08, *Carmen Media Group*, Randnrn. 45 f, mwN).

Ausgehend von diesem Grundsatz, wonach jeder Staat (unter anderem) das Spielerschutzniveau selbstständig bestimmt, erscheint dem vorlegenden Verwaltungsgerichtshof nicht ausreichend klar, ob eine Regelung, die auf das Spielerschutzniveau eines anderen Mitgliedstaates im Zusammenhang mit Dienstleistungen abstellt, die von einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen erbracht werden, mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Die dargestellte österreichische Rechtslage lässt nämlich die Werbung für das in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach den dortigen Gesetzen legal stattfindende Glücksspiel nur bei Einhaltung des österreichischen

Spielerschutzstandards zu. Damit aber wird das Anbieten der Dienstleistung in Österreich davon abhängig gemacht, welche Spielerschutzstandards der Gesetzgeber des jeweiligen Mitgliedstaates für seinen Bereich als angebracht ansieht; das ist (in der Regel) ein Bereich, auf den das anbietende Unternehmen keinen Einfluss hat.

Die belangte Behörde hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf verwiesen, dass der österreichische Gesetzgeber im Zusammenhang mit der hier gegenständlichen Werbewilligung grundsätzlich davon ausgegangen ist, dass derjenige, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, auch davon ausgehen muss, nunmehr den Spielerschutzbestimmungen dieses Mitgliedstaates unterworfen zu sein. Danach wäre aber die hier vorliegende Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit mangels Erforderlichkeit auch - die Ansicht des österreichischen Gesetzgebers weitergedacht - mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren, solange etwa nur in der Werbung für ausländisches Glücksspiel der Auslandsbezug hinreichend deutlich erkennbar ist.

Darüber hinaus scheint in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht geklärt, ob der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten das Spielerschutzniveau selbständig bestimmen, es einem Mitgliedstaat ermöglicht, die Werbung für Spielbanken mit dem Sitz in anderen Mitgliedstaaten auf seinem eigenen Staatsgebiet nur zuzulassen, wenn im Sitzstaat der Spielbank (annähernd) dieselben Spielerschutzstandards angewendet werden, oder ob dies nicht gerade bei Anwendung des Grundsatzes, dass die Staaten das Spielerschutzniveau selbst bestimmen, wegen der Kollision mit diesem Grundsatz auch im Lichte der Dienstleistungsfreiheit dem Spielbankenbetreiber gegenüber eine unzulässige Einschränkung seiner Dienstleistungsfreiheit ist.

Nach Auffassung des vorlegenden Verwaltungsgerichtshofes wäre eine derartige Werbebeschränkung noch keine Beeinträchtigung des genannten Grundsatzes, weil sie das Recht des Sitzstaates, den Spielerschutz nach eigenem Ermessen zu regeln, nicht beeinträchtigt. Sofern unterschiedliche Standards für die Erbringung von Dienstleistungen in verschiedenen Mitgliedstaaten zum Anlass für

Werbebeschränkungen in anderen Mitgliedstaaten genommen werden, kommen grundsätzlich folgende Möglichkeiten zur Auflösung des sich daraus ergebenden Spannungsverhältnisses zwischen der Dienstleistungsfreiheit und der daraus folgenden Freiheit, für die Dienstleistung auch zu werben, und dem in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten öffentlichen Interesse des Staates, in dem geworben werden soll, die sich aus dem Spiel ergebenden Gefahren möglichst gering zu halten, in Betracht:

Zum einen könnte die Auffassung vertreten werden, dass Unionsrecht - auch dann, wenn die betreffende Tätigkeit nicht vollständig harmonisiert ist - (grundsätzlich) einer Werbebeschränkung entgegen steht, die den Werbenden dazu zwingen würde, entweder freiwillig höhere Standards einzuhalten, sofern dies überhaupt möglich ist (im Falle von zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen stellte sich etwa die Frage, ob die Anwendbarkeit des Rechts des Leistungsempfängers vereinbart werden könnte), oder aber gänzlich auf die Werbung im anderen Land verzichten zu müssen,

zum anderen könnte im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielrecht davon ausgegangen werden, dass die für eine Reglementierung des Glücksspielrechts sprechenden Argumente (die zur Zulässigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet der Glücksspiele gegebenenfalls auch als im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führen) auch eine sachliche Rechtfertigung für Werbebeschränkungen abgeben, wenn sie nur verhältnismäßig sind.

Die konkrete Frage bei der Beurteilung einer die Werbung für Glücksspiele einschränkenden Regelung wie in den vorliegenden Ausgangsfällen dürfte sein, ob sich die Normierung des Erfordernisses des Bestehens derselben konsumentenschützenden Vorschriften im Sitzstaat als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Werbung noch im Rahmen der den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung zum Glücksspielrecht (zuletzt etwa EuGH 8. Oktober 2010, Rs C-46/08, *Carmen Media Group*, Randnr. 58) offen stehenden

Dispositionsbefugnis bewegt. Sofern dies der Fall ist, wäre es Sache des nationalen Richters, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Eignung und die Erforderlichkeit zur Erreichung der Ziele, die mit der nationalen Glücksspielgesetzgebung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH verfolgt werden, zu prüfen. Andernfalls (wenn ein solches Kriterium per se gegen Unionsrecht verstößt) käme dem nationalen Richter eine solche Prüfungsbefugnis von Haus aus nicht zu.

Es stellt sich auch die Frage, ob allenfalls wettbewerbsrechtliche Überlegungen bei der Klärung der vorliegenden Frage einzubeziehen sind, insbesondere, ob die Anerkennung eines Spielraums für die Mitgliedstaaten zur Regelung nicht voll harmonisierter Verwaltungsbereiche sich mit dem Gedanken einer derart weit verstandenen Dienstleistungsfreiheit verträgt, die dazu führt, dass auf Grund der Werbung für weniger reglementierte Produkte oder Dienstleistungen, die in einem anderen Mitgliedstaat bezogen werden können, die im öffentlichen Interesse erlassenen Regelungen eines Mitgliedstaates konterkariert werden und darüber hinaus die durch unterschiedliche Regelungen in verschiedenen Mitgliedstaaten schon bestehende Wettbewerbssituation umso schärfer zum Tragen kommt.

Die belangte Behörde hat - wie dargestellt - auf die Motivation des österreichischen Gesetzgebers verwiesen, unerwünschte Anreize zum Spiel im Ausland wegen der damit gesehenen Gefahren für den inländischen Spieler dann zu unterbinden, wenn der Spielerschutzstandard im Vergleich zum österreichischen (wesentlich) geringer ist.

Dem vorlegenden Gericht erscheint dieser vom österreichischen Gesetzgeber herangezogene Gedanke als Rechtfertigung für die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit im hier gegebenen Zusammenhang jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Dies gilt unabhängig davon, wie man den in Österreich verankerten Spielerschutz - insbesondere die nur eingeschränkten Möglichkeiten der zivilrechtlichen Klagsführung - im Lichte der vom Gesetzgeber verfolgten rechtspolitischen Zielsetzungen bewerten muss. Die belangte Behörde geht in ihrem Vergleich davon aus, dass das Spielerschutzniveau im Sitzstaat der beschwerdeführenden Parteien jedenfalls geringer ist als in Österreich.

Aus den dargelegten Erwägungen sieht sich der Verwaltungsgerichtshof zur Vorlage der eingangs gestellten Frage veranlasst.

W i e n , am 28. März 2011