

# „Denn Sie wissen nicht was Sie tun“

\*\_Ein Artikel von Rechtsanwalt Dr. Fabian Maschke\_\*

\*Die Umsetzung der bisherigen Judikatur des EuGH in Österreich im Lichte des jüngsten Beschlusses in der Rechtssache C-79/17\*

„Und als sie kamen an die Stätte, die da heißt Schädelstätte, kreuzigten sie ihn daselbst und die Übeltäter mit ihm, einen zur Rechten und einen zur Linken. Jesus aber sprach: Vater, vergib ihnen sie wissen nicht, was sie tun! Und sie teilten seine Kleider und warfen das Los darum.“

Es scheint fraglich ob Lukas damals bereits wusste, dass diese Worte nicht nur als die letzten sieben Worte in die Geschichte eingehen würden, sondern auch im Jahr 2018 aktueller den je auch auf die Umsetzung der EuGH Judikatur von Höchstgerichten in Österreich anzuwenden sein werden. Fast schon skurril erscheint auch die Aktualität, wenn es im letzten Satz heißt: und sie warfen das Los darum. Schließlich geht es um Glückspiel. Ein Gebiet im Rechtssystem Österreichs in welchem gerne um die letzten Kleider der Wirtschaftsteilnehmer durch die Gerichte das Los geworfen wird. Drakonische Geldstrafen und am Ende die Ersatzfreiheitsstrafe, welche wohl mit Fug und Recht zumindest einer gesellschaftlichen Kreuzigung der vermeintlichen Übeltäter gleichzusetzen ist. Dabei scheint die Situation eigentlich bereits seit dem 30.04.2014 in der RS Pflieger zu C-390/12 klar. In diesem Urteil hat der Gerichtshof darauf erkannt, dass

- a. (RZ 55) Sollte das vorlegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.
- b. (RZ 56) Nach alledem auf die erste Frage zu antworten

ist, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Doch es kam wie es kommen musste und das Los wurde um die Kleider von Herrn Pflieger und Herrn Zehetner geworfen. Zwar blieb das vorlegende Gericht nach diesem Urteil des EuGH bei seiner Auffassung (siehe RZ 55 oben) und erkannte, dass eine Bestrafung wegen bestehender Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht nicht möglich sei, doch die Übeltäter konnten damit nicht der Kreuzigung entgehen. Mit Urteil vom 16.03.2016 zur Zahl Ra 2015/17/0022 entschied der Verwaltungsgerichtshof als eines der 3 österreichischen Höchstgerichte, dass die auf dem Urteil Pflieger basierende Entscheidung des LvWG OÖ unrichtig sei.

Zusammengefasst mit nachstehender Begründung:

(RZ 119) Der Verwaltungsgerichtshof gelangt bei Durchführung der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung ausgehend von den vom Verwaltungsgericht (teilweise auch in der rechtlichen Beurteilung) getroffenen und im Revisionsverfahren nicht bekämpften Feststellungen zu dem Ergebnis, dass durch die im GSpG vorgesehenen Bestimmungen eines – sich in der Realität des Glücksspielmarktes nicht auswirkenden – Glücksspielmonopols des Bundes kombiniert mit einem Konzessionssystem unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen betreffend Lotterien und Spielbanken sowie eines (reinen) Bewilligungssystems unter Beschränkung der Anzahl der zu vergebenden Bewilligungen betreffend Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten sowie der Bestimmungen zur Hintanhaltung von illegalem Glücksspiel (§

52f GSpG), die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden.

Um es klar auszudrücken: Im Rahmen der Gesamtwürdigung und ausgehend von den im Revisionsverfahren nicht bekämpften Feststellungen des LVwG Oberösterreich welche auch auf dem Urteil Pfleger basieren kommt der Verwaltungsgerichtshof zu einem anderen Erkenntnis....

Um es noch klarer ausdrücken: Die unbekämpften Feststellungen welche auch laut EuGH nur zur Unanwendbarkeit der Regelungen führen können reichen dem Verwaltungsgerichtshof zur Begründung des genauen Gegenteils.

\*Zu diesem Zeitpunkt stellte sich zum ersten Mal die Frage: Wissen Sie was Sie tun?\* Und diese Frage stellte sich nicht nur einmal bei dieser Entscheidung, welche seither als Rechtfertigung für das österreichische Monopol verwendet wird. Es kam in dieser Entscheidung ebenfalls zur nachfolgenden Feststellung durch den Verwaltungsgerichtshof:

(RZ 115) Aufgrund der zahlreichen Möglichkeiten in Österreich an (auch illegalen) Glücksspielen teilzunehmen, die auch äußerst offensiv beworben wurden, \*muss die Vorgehensweise des Gesetzgebers bzw der Konzessionäre\* unter weiterer Beschränkung bestimmter, auch besonders suchtgeneigter Glücksspiele in maßvoller Weise \*neue und attraktive Spiele einzuführen und auch massive Werbung\* insbesondere für weniger suchtgeneigte Glücksspiele \*zu machen\*, als geeignet angesehen werden, die Spieler von den illegalen Spielmöglichkeiten zu den legalen hinzuleiten. Insbesondere war die Einrichtung einer online Spieleplattform (1998) notwendig, um auch im Bereich dieser modernen Technologie ein legales Spielangebot bereitzustellen. \*Die teilweise auch expansionistische Geschäftspolitik\* kann daher unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen einer Gesamtwürdigung nicht

als unionsrechtswidrig angesehen werden.“

Expansionistische Geschäftspolitik und massive Werbung. Feststellungen welche geeigneter nicht sein hätten können um Pfleger und Zehetner vom sprichwörtlichen Kreuz zu holen und doch wurde um ihr ebenfalls sprichwörtliches Hemd, ja um ihre finanzielle Kleidung das bereits erwähnte Los geworfen. Erinnerungen werden wach an die Entscheidung des BVerwG zu 8 C 14.12 ua vom 16.05.2013. Statt Sportwetten geht es jetzt um Glückspiel. Hier bekommt man kein Recht, hier bekommt man ein Urteil und immer wieder die einzige Frage: \*Wissen Sie was Sie tun?\*

Der Verwaltungsgerichtshof hat mehrmals bestätigt, dass es in Österreich massive Werbung der Konzessionäre gibt. Der VfGH hat sich dieser Rechtsmeinung angeschlossen (E 945/2016-24 vom 15.10.2016). Wie bekannt, deckt auch der OGH diese Rechtsmeinung zur Inkohärenz der Glückspielwerbung der Konzessionäre (4 Ob 31/16 m vom 30.03.2016). Damit ist aber auch die Inkohärenz der Monopolregelungen in somit der GSpG bewiesen und durch die österreichischen Höchstgerichte bestätigt.

RZ 56 in der Entscheidung Pfleger besagt: Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Man beachte hier die bewusste Verwendung der Worte und sowie oder des EuGH. Vereinfacht gesagt: Die Unionsrechtswidrigkeit liegt vor, wenn eine Regelung wie die Monopolregelung nicht wirklich deshalb eingeführt wurde um das Ziel des Spielerschutzes zu verfolgen und nicht tatsächlich dem

Anliegen entspricht in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern.

Werbung die dazu dient neue Spielegruppen also Unbeteiligte zum Spiel zu animieren und das Spiel verharmlost bzw. seine Anziehungskraft erhöht kann niemals den oben angeführten Zweck des Monopols rechtfertigen und genügt auch nicht den Kriterien des EuGH. Dass es derartige Werbung gibt, haben alle 3 Höchstgerichte festgestellt. Auch das VGW Wien hat bereits derartige Feststellungen getroffen (siehe zB VGW-002/032/1310/2016). Diese Feststellungen wurden vom VwGH ebenfalls nicht verworfen (siehe Ra 2017/17/0052 vom 11.06.2018). Daran ändert auch die Gesamtbetrachtung nichts denn der EuGH versteht die Werbebeschränkungen im Sinne eines Handlungsunrechts. Es genügt, dass die Werbung die oben angeführten Kriterien erfüllt um eine Inkohärenz zu verwirklichen (so zB in C-347/09; C-316/07; C-358/07; C-409/07; C-410/07).

3 Jahre nach der Entscheidung Pfleger und 1 Jahr nachdem das Los um die Kleider von Pfleger und Zehetner geworfen wurde steht ein neuer Loswurf an. Die sich am Kreuz befindlichen Übeltäter: Online Games Handels GmbH, Herr Breuer, Frau Enter und Frau Walden. Der EuGH wohl wissend um die ewige Frage versucht entgegen zu wirken und entscheidet in C-685/17 am 14.06.2017:

Die Art. 49 und 56 AEUV, wie sie insbesondere im Urteil vom 30. April 2014, Pfleger u. a. (C-390/12, EU:C:2014:281), ausgelegt wurden, sind im Licht des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Verfahrensregelung, nach der in Verwaltungsstrafverfahren das Gericht, das darüber zu entscheiden hat, ob eine die Ausübung einer Grundfreiheit der Europäischen Union wie der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union beschränkende Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist, bei der Prüfung des Vorliegens von

Verwaltungsübertretungen die Umstände der bei ihm anhängigen Rechtssache von Amts wegen zu ermitteln hat, nicht entgegenstehen, sofern diese Regelung nicht zur Folge hat, dass das Gericht an die Stelle der zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats zu treten hat, denen es obliegt, die Beweise vorzulegen, die erforderlich sind, damit das Gericht prüfen kann, ob die Beschränkung gerechtfertigt ist.

Der Rest ist Geschichte. Im Sommer diesen Jahres erneut die Bestätigung durch den Verwaltungsgerichtshof. Erneut die Feststellungen betreffend Werbung. Erneut der Verweis auf Ra 2015/17/0022 vom 16.3.2016. Auch 2018 hat sich nichts geändert. Die diffamierten Übeltäter immer noch am Kreuz auf der Schädelhöhe der Justiz und dann der 6.9.2018, C-79/17. Der EuGH entscheidet diesmal mit Beschluss. Eine Verhandlung ist bei bereits beantworteten Fragen nicht notwendig. Dennoch die neuerliche Bestätigung mit Erklärung in der RZ 28, dass die Übeltäter nicht zu bestrafen sind: Die Werbung darf nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, Rn. 68). Alles Tatsachen, welche in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte Deckung finden und auch so festgestellt wurden. Expansionistische Geschäftspolitik und massive Werbung (VwGH Ra 2015/17/0022 vom 16.3.2016 RZ 115 ff). Das Los wird dennoch nach wie vor um die Kleider der Rechtsuchenden geworfen.

Auch die Frage scheint im Licht der österreichischen Rechtsprechung nun beantwortet: \*Denn sie wissen eben nicht was sie tun.\*

\*Kontakt:\*

Dr. Fabian Maschke  
Rechtsanwalt

Dominikanerbastei 17/11

1010 Wien

Telefon: +43 (0) 1 336 99 99

E-Mail: „fm@maschke.at“:mailto:fm@maschke.at