

Staatshaftung bei allfälligen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht

I. Einleitung

Die nachstehenden Ausführungen befassen sich insb mit der Frage, inwiefern § 25 Abs 3 Glücksspielgesetz (GSpG) mit dem Gemeinschaftsprimärrecht vereinbar ist, wobei insbesondere das Allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art 12 EGV sowie die Grundfreiheit des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr nach Art 49 EGV einschlägig sind und worin die Konsequenzen einer allfälligen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit liegen könnten. Vorauszuschicken ist hierbei, dass § 25 Abs 3 GSpG in der vergangenen Zeit mehrfach novelliert worden ist (zuletzt mit BGBl I 2006/145), wobei tendenziell zu beachten ist, dass die Pflichten der Spielbank dem Spieler gegenüber ausgeweitet worden sind. Die Ausweitung dieser konkreten Schutzpflichten ist jedoch für nachstehende Ausführungen insofern unbeachtlich, als sämtliche Fassungen von § 25 Abs 3 GSpG ihrem Wortlaut nach die Schutzpflichten, die der Spielbank auferlegt sind, immer nur auf Inländer bezogen haben. Mithin ist die konkrete Ausgestaltung der entsprechenden Schutzpflichten sekundär.

Zwar kann aus dieser Differenzierung per se keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit österreichischer Glücksspielmonopole abgeleitet werden (wie dies *Schwarz/Wohlfahrt*, GSpG² § 25 Rz 8, tun), doch ist ein Abstellen auf die Staatsbürgerschaft bei der Einräumung von subjektiven Rechten in Bezug auf

die allgemeinen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts jedenfalls als nicht unbedenklich anzusehen.

II. Prüfung der Vereinbarkeit von § 25 Abs 3 GSpG mit dem Allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art 49 EGV)

Art 12 EGV bestimmt, dass unbeschadet der besonderen Bestimmungen des EGV im Anwendungsbereich des Vertrages (scil des EGV) jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Zur besseren Verständlichkeit seien die hier relevanten Tatbestandsmerkmale kurz dargestellt.

Das Tatbestandsmerkmal der „Unbeschadetheit besonderer Bestimmungen“ bringt grundsätzlich die Subsidiarität des allgemeinen Diskriminierungsverbotes gegenüber anderweitig im Vertrag festgelegten spezifischen Diskriminierungsverboten zum Ausdruck, auf die in weiterer Folge noch einzugehen sein wird. Auf Grund der Leitmotivfunktion von Art 12 EGV (*Epiney* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 12 EGV Rz 1) sowie des Umstandes, dass der EuGH bei der Prüfung von Diskriminierungen sowohl die besonderen Bestimmungen des EGV als auch das Allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV herangezogen hat, ist die einleitende Darstellung an Hand von Art 12 EGV jedenfalls zweckmäßig, insb da Art 49 EGV hier lediglich in seiner Ausprägung als spezifisches Diskriminierungsverbot, nicht aber als Beschränkungsverbot von Relevanz ist (vgl zu dieser Differenzierung *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art 49/50 EGV Rz 73 ff).

Der Anwendungsbereich des EGV, auf den in Art 12 abgestellt wird, ist weit gefasst (vgl etwa *v Bogdandy in Grabitz/Hilf*, Art 12 EGV Rz 33). Nachdem die gegenständliche Untersuchung jedenfalls ein hypothetisch grenzüberschreitender Sachverhalt zu Grunde liegt (andernfalls stellte sich die Frage einer Diskriminierung nicht), ist von einer Anwendbarkeit des Vertrags jedenfalls auszugehen.

Zu unterscheiden ist im Anwendungsbereich von Art 12 EGV zwischen formellen und materiellen Diskriminierungen (vgl *Epiney in Calliess/Ruffert*, Art 12 EGV Rz 11 f). Während materielle Diskriminierungen zwar nicht ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal abstellen, jedoch auf Grund der Definition gewisser personenbezogener Merkmale im Ergebnis eine Unterscheidung auf Grund der Staatsangehörigkeit bewirken, stellen formelle oder offene Diskriminierungen bereits ihrem Wortlaut nach auf die Staatsangehörigkeit des Regelungsunterworfenen ab. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass das Tatbestandsmerkmal des Inländers, auf das § 25 Abs 3 GSpG in der Umschreibung der Schutzpflichten des Spielbankbetreibers abstellt, als eine offene bzw formelle Unterscheidung auf Grund der Staatsangehörigkeit zu qualifizieren ist. Diese Unterscheidung ist in weiterer Folge bedeutsam für die Rechtfertigung allfälliger Eingriffe bzw Unterscheidungen auf Grund der Staatsangehörigkeit. Der EuGH lässt bei materiellen Diskriminierungen nämlich im Ergebnis grundsätzlich eine Rechtfertigung zu, während er es bei formellen Diskriminierungen unterlässt, das Vorliegen rechtfertigender objektiver Umstände eigens zu prüfen. Es ist jedoch nicht klar, ob der EuGH in seiner Rsp von einem allgemeinen Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit formeller Unterscheidungen ausgeht oder aber derartige Rechtfertigungsgründe in der entsprechenden Form in den angesprochenen Verfahren bloß nicht geltend gemacht wurden.

Nach der Literatur legen jedoch gewisse Formulierungen des EuGH die Annahme nahe, dass der EuGH eine Rechtfertigung bei formellen Diskriminierungen nicht a priori ausschließen möchte (*Epiney* in

Calliess/Ruffert, Art 12 EGV Rz 38). Die Judikatur ist in diesem Zusammenhang streng und möchte bei formellen Diskriminierungen keine Rechtfertigungsmöglichkeit zulassen (*Epiney in Calliess/Ruffert*, Art 12 EGV. Rz 39). Eine derartig strikte Differenzierung zwischen formeller und materieller Unterscheidung ist im Ergebnis nicht zutreffend, da nämlich die Rechtfertigung einer Diskriminierung auf Grund sachlicher Umstände, die eine Unterscheidung rechtfertigen können, zu prüfen ist. Die Rechtfertigbarkeit einer Unterscheidung kann jedoch nicht allein vom bloßen Wortlaut einer Bestimmung abhängen (vgl. *Epiney in Calliess/Ruffert*, Art 12 EGV Rz 49).

Zur sachlichen Rechtfertigung dieser Differenzierung lassen sich primär faktische Schwierigkeiten bei der Einholung entsprechender Bonitätseinkünfte oder anderer zur Ermittlung der jeweiligen Vermögenssituation des Spielers auftretende Schwierigkeiten anführen. So wird es für die Spielbankleitung verhältnismäßig schwierig sein, entsprechende Auskünfte von einem fremdsprachigen Spielteilnehmer zu erhalten oder aber auch entsprechende Bonitätsauskünfte von einer entsprechenden Stelle – die wohlgernekt unabhängig sein muss – aus dem Herkunftsstaat des Spielers zu erhalten, jedenfalls was die Beschaffung der entsprechenden Informationen innerhalb einer angemessenen Frist betrifft. Hierbei darf jedoch nicht auf die konkrete Möglichkeit zur Beschaffung allfälliger Informationen im Einzelfall abgestellt werden, zumal es beispielsweise für die Spielbankleitung auf Grund der nicht vorhandenen Sprachbarriere leichter sein wird, aus Deutschland entsprechende Informationen zu beschaffen als beispielsweise aus Bulgarien oder Estland. Würde man nämlich auf die sprachliche Verständlichkeit solcher Informationen im Einzelfall abstellen, bewirkte dies im Ergebnis wiederum Diskriminierungen, da dann nämlich Spielbankbesucher, die aus einem Mitgliedsstaat stammen, in dem Bonitätsinformationen weniger leicht zugänglich sind, ein niedrigeres Schutzniveau genießen würden als solche Unionsbürger, aus deren Heimatstaaten Informationen leichter zu beschaffen sind.

Neben diesen Aspekten darf auch nicht übersehen werden, dass innerhalb der europäischen Union nach wie vor ein nicht unbeachtliches Gefälle hinsichtlich der Einkommens- und Wohlstandssituation bezogen auf die verschiedenen Mitgliedsstaaten herrscht. Dies bedeutet, dass zur Beurteilung der Existenz- und Bonitätsgefährdung eines jeden Spielers immer noch das jeweilige im Herkunftsstaat des Spielers bestehende Existenzminimum respektive die dort herrschende Vermögens- und Wohlstandssituation zu berücksichtigen ist, um überhaupt zuverlässig beurteilen zu können, ob eine entsprechende Gefährdung vorliegt. Auch hier kann ein nicht unbeachtlicher faktischer Aufwand als Rechtfertigung ins Treffen geführt werden, der dem Spielbankbetreiber zur Last fallen würde. Eine gewisse Differenzierung im Hinblick auf diese Faktoren ist somit durchaus objektiv rechtfertigbar.

III. Auswirkungen eines eventuellen Verstoßes

Es stellt sich ferner die Frage, inwiefern der Spielbankbetreiber auf Grund des Primärrechtes selbst verpflichtet ist, all die oben stehenden Erwägungen zu treffen und nach diesen Erwägungen im Einzelfall zu handeln. Diese allgemeine Frage kulminiert im Wesentlichen in der Rechtsfrage, ob Art 12 EGV und Art 49 EGV dahingehend zu verstehen sind, dass die gemeinschaftsrechtliche Bedenklichkeit von § 25 Abs 3 GSpG dem Betreiber der Spielbank zuzurechnen ist. Wäre dies der Fall, könnte die Unterlassung einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung durch den Spielbankbetreiber tatsächlich zu einer direkten Schadenersatzforderung eines ausländischen Spielers gegen die Spielbank, sofern sie ihre Schutzpflichten verletzt hat führen.

Bislang wurde die Frage, ob Art 12 Abs 1 EGV unmittelbare horizontale Wirkung entfaltet, vom EuGH noch nicht judiziert (*Epiney in Calliess/Ruffert*, Art

12 EGV Rz 19). Im Großteil der Fälle, in denen der EuGH zu dem Ergebnis gekommen ist, dass von Privaten gesetzte Rechtsakte mit dem EGV in Konflikt standen, waren Verbandsbefugnisse und deren Vereinbarkeit mit der Freizügigkeit nach Art 39 EGV streitgegenständlich (EuGH Rs *Walrave* 36/74, Rs *Bosman* C-415/93). Diese Verbände hatten das Recht, für gewisse Sparten generell Recht zu setzen, etwa im Wege von Kollektivverträgen (*Kucsko-Stadlmayer* in Mayer, EUV/EGV, Art 12 EGV Rz 26; *Lenz* in *Lenz/Borchardt*, Art 12 EGV Rz 10, spricht davon, dass solche Verbände „Macht ausüben“ müssen, um das Diskriminierungsverbot gegen sich gelten lassen zu müssen). Eine darüber hinaus gehende Bindungswirkung der Grundfreiheiten, insb der Dienstleistungsfreiheit, auf sonstige Subjekte des Privatrechts wird von der Literatur einhellig abgelehnt (Vgl *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, Art 49, 50 EGV Rz 43 ff). Diese Kritik ist bereits in Bezug auf die kollektive Rechtsetzungsbefugnis insoweit zu teilen, als bei anderen Grundfreiheiten (etwa der Warenverkehrsfreiheit) eine ähnlich weit gehende Wirkung verneint wurde (siehe etwa EuGH Rs *Basset* 402/85 zur Einhebung von Werknutzungsgebühren).

Im Fall *Angonese* (Rs C-281/98) hat der EuGH eine unmittelbare Wirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 39 EGV gegen einen Arbeitgeber angenommen, der die Absolvierung eines die Sprachkenntnisse nachweisenden Tests im Inland als Aufnahmevoraussetzung definierte, um zu verhindern, dass Arbeitgeber kraft der ihnen zukommenden Autonomie Arbeitnehmer diskriminieren. Auch in diesem Fall führte die quasi-autonome Rechtsetzungsbefugnis im Dienstvertragsbereich des Unternehmens zur Annahme einer unmittelbaren Bindung an die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Wesentliches Kriterium einer unmittelbaren Bindung ist somit, dass der vermeintlich gebundene Akteur nach dem Recht „seines“ Mitgliedstaates die Dispositionsfreiheit hat, eine der Grundfreiheit widersprechende vertragliche Regelung überhaupt zu treffen (vgl auch EuGH Rs *Defrenne II* 43/75).

Diese Überlegung kann ohne weiteres auf Art 12 EGV übertragen werden, wobei bei der Frage der Ausdehnung der Drittwirkung dieser Bestimmung überdies davon auszugehen ist, dass Art 12 bloß ein Diskriminierungsverbot, darüber hinaus jedoch kein Beschränkungsverbot enthält (*Epiney in Calliess/Ruffert*, Art 12 EGV Rz 4). Damit ist bei der Frage nach der Bindung Dritter größere Zurückhaltung angebracht als bei den Grundfreiheiten.

Von diesen allgemeinen Überlegungen ausgehend stellt sich nunmehr die Frage, ob eine unmittelbare Wirkung der Art 12 bzw 49 EGV dergestalt anzunehmen ist, dass ein nach dem GSpG konzessionierter Spielbankbetreiber diese Bestimmungen des Primärrechts unmittelbar anzuwenden hätte und dem entsprechend die gemeinschaftsrechtlich bedenklichen Passagen von § 25 Abs 3 GSpG unangewendet zu lassen hätte. § 25 Abs 3 GSpG ermächtigt nämlich zu keinerlei Form autonomer Rechtsetzung durch den Konzessionär. Die Verleihung einer Konzession überträgt dem Konzessionär nämlich keine wie auch immer gearteten Befugnisse zur Rechtsetzung oder Machtausübung, sondern zieht im Gegenteil die Pflicht nach sich, die Bestimmungen des GSpG genauestens einzuhalten.

§ 22 GSpG idGF bestimmt die Inhalte des Konzessionsbescheides, in welchem insb die Dauer der Konzession, die Höhe der Sicherstellung, die Bezeichnung und die Art der Durchführung der Glücksspiele in Spielbanken, die Art und Kontrolle der Besucher gem § 25 GSpG, der Preis der Eintrittskarten und die Betriebspflicht für Lebendspiele schon von Gesetzes wegen festgesetzt werden müssen. Dem Konzessionär iSd GSpG sind sohin alle wesentlichen Betriebsabläufe, vom Preis der Eintrittskarten bis hin zur Betriebspflicht der vom Konzessionsgeber strikt vorgegebenen Lebendspiele (die der Konzessionär selbst dann anbieten muss, wenn sie für ihn nicht rentabel sind) und im Besonderen auch die Art der Kontrollpflicht für Besucher gem § 25 GSpG idGF ausdrücklich im Konzessionsbescheid vorgegeben. Die Verleihung einer Konzession überträgt dem Konzessionär keine wie auch immer gearteten

Befugnisse zur Rechtsetzung oder Machtausübung, sondern zieht im Gegenteil die Pflicht nach sich, die Bestimmungen des GSpG und des Konzessionsbescheides einzuhalten, widrigenfalls der Bundesminister für Finanzen neben anderen gesetzlich vorgesehenen Sanktionen gem § 23 GSpG idgF als *ultima ratio* die Konzession zurückzunehmen (und sohin zu entziehen) hat, wenn andere Maßnahmen nach dem GSpG die Einhaltung dieses Bundesgesetzes nicht sicherstellen können. Eine verbandsähnliche kollektive Rechtsetzungsbefugnis des Konzessionärs iSd § 25 Abs 3 GSpG idgF besteht somit (anders als in den EuGH Urteilen Rs *Walrave* 36/74; Rs *Bosman* C-415/93 und Rs *Angonese* C-281/98) keinesfalls, genauso wenig besteht eine individuelle Dispositionsfreiheit, womit eine Drittwirkung aus diesem Rechtsgrund ausgeschlossen werden kann. Auch aus dem staatlichen Glücksspielmonopol lässt sich eine derartige Zurechnung nicht ableiten, da nämlich das Monopol als solches in den durch §§ 3 und 4 GSpG definierten Grenzen nicht als solches übertragen wird, sondern lediglich einzelne Konzessionen.

Ginge man darüber hinaus davon aus, dass ein dem Staat vorbehaltenes Recht, Konzessionen für eine bestimmte wirtschaftliche Betätigung zu vergeben, bereits die Zurechenbarkeit von einer gemeinschaftsrechtlich bedenklichen Rechtslage an den Konzessionär bewirken würde, wäre im Ergebnis jeder konzessionspflichtige Wirtschaftstreibende horizontal unmittelbar an die Grundfreiheiten gebunden. Damit könnte sich der Staat der Verantwortung für eine gemeinschaftsrechtswidrige nationale Rechtslage, die er selbst geschaffen hat, vorläufig entziehen. Diesfalls hätte nämlich der Unternehmer gegenüber Dritten allfällige Schäden zu bedecken und könnte sich erst danach im Wege der Staatshaftung regressieren.

Es ist daher vorerst davon auszugehen, dass dem Inhaber einer Spielbankkonzession nach dem GSpG keine Pflicht obliegt, die bedenklichen Passagen in § 25 Abs 3 GSpG selbst so auszulegen, dass auch Unionsbürgern

ein adäquater Spielerschutz zu Gute kommt. Mithin stellt sich allerdings die Frage, wer für allfällige Schäden haftet, die ein Unionsbürger erleidet, weil ihm kein entsprechender Spielerschutz zukommt. Da, wie bereits dargestellt, eine unmittelbare Haftung des Konzessionärs dem Spieler gegenüber nicht in Frage kommt, kann ein entsprechender Anspruch des Spielers lediglich aus dem Titel der Staatshaftung gegen den Staat selbst erhoben werden.

Der EuGH hat in seiner Rsp zur Staatshaftung (EuGH Rs *Francovich* C-6 u 9/90; Rs *Faccini Dori* C-91/92) ausgeführt, dass diese aus dem allgemeinen Grundsatz der Gemeinschaftstreue erfolgt. Sie ist gleichsam Ergänzung zu den vom EuGH entwickelten Grundsätzen unmittelbarer vertikaler Wirkung für jene Fälle, in denen eine Kompensation staatlicher Verfehlungen im Wege der Umsetzung von gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen auf Grund der Unzumutbarkeit unter Privaten nicht durch die unmittelbare Wirkung von gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten kompensiert werden kann. Der EuGH sprach aus, dass die Unterlassung der fristgerechten Umsetzung der diesbezüglichen Richtlinie die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt, eine unmittelbare Wirkung dieser Richtlinie inter privatos jedoch eine durch das Gemeinschaftsrecht angeordnete Belastung eines Bürgers zu Lasten eines anderen Bürgers bewirken würde. Der Gerichtshof führte folglich aus, dass kein Bürger sich auf eine nicht fristgerecht umgesetzte Richtlinie stützen kann, um daraus Ansprüche gegen einen anderen Bürger abzuleiten. Kompensatorisch steht dem Bürger, dem aus der mangelhaften oder unterlassenen Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben ein Schaden erwachsen ist, ein Schadenersatzanspruch gegen den Staat zu. Gleiches hat für Ansprüche wegen Verstößen gegen das Primärrecht zu gelten.

Folglich muss jedem Unionsbürger, dem auf Grund der Formulierung von § 25 Abs 3 GSpG ein Schaden erwachsen ist, ein auf den Titel des „legislativen Unrechts“ gegründeter Anspruch gegen die Republik Österreich offen stehen. Dem Spielbankkonzessionär kann eine gemeinschaftsrechtlich bedenkliche

Rechtslage jedoch nicht derart zugerechnet werden, dass ihn eine Schadenersatzpflicht deshalb trifft, weil er sich an die Vorgaben dieser nationalen Rechtslage gehalten hat. Aus dem gleichen Grund kann auch nicht angenommen werden, dass entsprechende Ansprüche zuerst gegen den Spielbankbetreiber geltend zu machen wären, der sich schließlich am Bund zu regressieren hätte. Dies würde nämlich im Ergebnis eine unzulässige Belastung des Betreibers (Vorleistungspflicht, Zinsverlust, Verfahrenskosten) bewirken, die aus einem gemeinschaftsrechtswidrigen Gesetz resultiert, was nicht zumutbar wäre.

IV. Resümee

Hinsichtlich des Spielerschutzes in Spielbanken sind gewisse Differenzierungen gerechtfertigt, die faktischen Schwierigkeiten bei der Gewährleistung eines möglichst hohen Spielerschutzniveaus für Unionsbürger begegnen. Die Pflicht zur entsprechenden Ausgestaltung dieses Schutzes trifft den Gesetzgeber, so lange keine entsprechende Regelung existiert, kann dem Inhaber einer Spielbankkonzession kein Vorwurf daraus gemacht werden, dem Wortsinn der ihn treffenden gesetzlichen Verpflichtungen entsprechend zu handeln. Entsprechend muss sich der Staat für eine von ihm gesetzte gemeinschaftsrechtswidrige Bestimmung verantworten, allfällige Schadenersatzansprüche eines Spielers wären somit gegen die Republik Österreich (den Bund) geltend zu machen.

Mag. Alexander Klingenbrunner

Mag. Dr. Ronald Bresich, LL.M.

Zentrum für Glücksspielforschung
bei der Universität Wien