

Update „Glücksspiel-Monopol“

ALFRED GROF

Um die rasch fortschreitende Rsp zum sog Glücksspiel-Monopol – die in Wahrheit maßgebliche Strukturprobleme des österr Systems der Gerichtsbarkeit (va) des Öffentlichen Rechts tangiert – nicht aus dem Blick zu verlieren, mag es hilfreich erscheinen, deren jüngste Entwicklung und Eckpunkte schlagwortartig folgendermaßen zusammenzufassen:

- **EuGH** (als Ausgangspunkt): Eine mitgliedstaatliche Monopolregelung ist zulässig, wenn und soweit mit dieser Ziele verfolgt werden, die anerkanntermaßen im öffentlichen Interesse liegen; dazu zählen zB Suchtprävention, Spielerschutz, Kriminalitätsbekämpfung und/oder Hinlenkung zu legalen Spielmöglichkeiten, wobei damit im Zusammenhang stehende Staatseinnahmen ein solches System ebenso wenig als unionsrechtswidrig erscheinen lassen wie (maßvolle) Werbung der Konzessionäre, solange die beiden letzteren Aspekte jeweils nicht ein Hauptziel, sondern bloße Nebeneffekte bilden. Weiters muss sich die Monopolregelung in Permanenz sowohl als tatsächlich kohärent als auch als verhältnismäßig erweisen, was von jedem innerstaatlichen Gericht jeweils autonom, dh ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsauffassung anderer (allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter) Gerichte, zu beurteilen ist.¹⁾
- **VwGH** 16. 3. 2016, Ro 2015/17/0022: Diese Leitentscheidung mündete in die Feststellung, dass das GSpG-Monopol in kohärenter und systematischer Weise die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität und der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern verfolgt und sohin keinen unionsrechtlichen Bedenken begegnet.
- **OGH** 30. 3. 2016, 4 Ob 31/16 m: Nahezu zeitgleich gelangte der OGH in diesem Beschluss (mit dem Revisionsverfahren unterbrochen und gem Art 140 Abs 1 B-VG entsprechende Gesetzesprüfungsanträge an den VfGH gestellt wurden) zu der Auffassung, dass das GSpG-Monopol deshalb im Widerspruch zum Unionsrecht stehe, weil sich die Konzessionäre nicht bloß auf eine maßvolle Werbung beschränken, sondern diese überwiegend und gezielt dazu dient, vor allem bisher Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren; daraus resultiere auch eine verfassungswidrige Inländerdiskriminierung.
- **VfGH** 15. 10. 2016, G 103/2016: Mit diesem Beschluss wurden die vorerwähnten Gesetzesprüfungsanträge des OGH aus formalen Gründen (mangelhafte Präzisierung und zu weit reichender Anfechtungsumfang) zurückgewiesen.
- **VfGH** 15. 10. 2016, E 945/2016: Aus Anlass von mehreren hundert Beschwerden stellte der VfGH in einem auf § 86 a Abs 4 VfGG gegründeten, mit BGBl I 2016/91 verlautbarten Rechtssatz – unter Hinweis auf das VwGH-Erk 16. 3. 2016,

Ro 2015/17/0022 (bei gleichzeitiger Verwerfung der vom OGH in dessen B 30. 3. 2016, 4 Ob 31/16 m, vertretenen Rechtsmeinung) – (ebenfalls) die Unionsrechtskonformität des GSpG fest; davon ausgehend erfolgte eine Ablehnung der Beschwerden in allen übrigen Anlässen und deren Abtretung an den VwGH.

- **VwGH** 7. 11. 2016, Ra 2016/17/0086 (und viele andere): Vor diesem Hintergrund wies der VwGH alle vom VfGH abgetretenen Beschwerden (nunmehr: Revisionen) unter Hinweis auf die Erk 16. 3. 2016, Ro 2015/17/0022 (VwGH), und 15. 10. 2016, E 945/2016 (VfGH), mangels Klärungsbedürftigkeit einer grundsätzlichen Rechtsfrage zurück.
- **OGH** 22. 11. 2016, 4 Ob 31/16 m: In Fortsetzung der unterbrochenen Revisionsverfahren schloss sich auch der OGH der Rechtsansicht des VwGH (16. 3. 2016, Ro 2015/17/0022) und des VfGH (15. 10. 2016, E 945/2016) an und wies sämtliche Revisionen zurück.

Dem gegenüber gelangte das **LVwG OÖ** einerseits zB mit Erk v 22. 12. 2016, LVwG-411653,²⁾ (neuerlich) zur Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG-Monopols. Begründet wurde dies mit der Inkohärenz der Monopolregelung, weil mit dieser in Wahrheit nicht die Ziele „Spielerschutz“ und/oder „Sucht- sowie Kriminalitätsprävention“, sondern vielmehr jene der „Erhöhung der Staatseinnahmen“ und der „Verleitung bisher Unbeteiligter zum Glücksspiel“ verfolgt würden; außerdem erweise sich diese im Hinblick auf massive, keinem Richtervorbehalt unterliegende exekutivbehördliche Eingriffsbefugnisse sowie hinsichtlich ihrer Limitierung der Konzessionsberechtigungen auf eine fixe, minimale Anzahl als unverhältnismäßig. Außerdem unterliege das LVwG OÖ in dieser Frage vor allem deshalb keiner Bindung an die entgegengesetzten Erk des VwGH (16. 3. 2016, Ro 2015/17/0022) und des VfGH (15. 10. 2016, E 945/2016), weil Letztere jeweils auf einem nicht in allen Belangen dem Fairnessgebot des Art 6 Abs 1 EMRK entsprechenden Verfahren beruhen.³⁾

Andererseits wurde der **EuGH** vom LVwG OÖ zuletzt – in Ergänzung zu den bereits anhängigen, zu C-685/15 (betreffend die Frage der inquisitorischen gerichtlichen Ermittlungspflicht) bzw C-589/16 (betreffend das „overruling“ in einem nicht EMRK-konformen Verfahren) protokollierten Vorabentscheidungsanträgen – mit Beschluss v 7. 2. 2017,

Dr. Alfred Grof ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich in Linz.

1) Vgl dazu (als Gesamtkontext) EuGH 30. 4. 2014, C-390/12; 15. 10. 2015, C-581/14, und 30. 6. 2016, C-464/15.

2) Abrufbar unter www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm

3) Gegen diese sowie weitere gleichlautende E des LVwG OÖ wurde mittlerweile vom BMF jeweils eine Amtsrevision an den VwGH erhoben.

LVwG-411712, um Klärung ersucht,⁴⁾ ob das GSpG-Monopol dann als kohärent iSd Art 56 ff AEUV anzusehen ist, wenn in einem präsumtiv dem Fairnessgrundsatz des Art 6 Abs 1 EMRK entsprechenden gerichtlichen Verfahren als wesentliche Eckpunkte festgestellt wurden, dass 1. die Spielsucht tatsächlich kein gesellschaftsrelevantes Problem darstellt, 2. verbotenes Glücksspiel nicht als kriminelle Handlung, sondern lediglich als verwaltungspolizeiliche Ordnungsstörung in Erscheinung tritt, 3. die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich mehr als 500 Mio Euro (= 0,4% des gesamtstaatlichen Jahresbudgets) betragen und 4. die Werbemaßnahmen der Konzessionäre maßgeblich auch darauf abzielen, bisher Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren.⁵⁾ Auf andere als auf diese Weise scheint sich nämlich weder die Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols klären noch – insb für den Fall, dass diese vom hierfür letztkompetent entscheidungsbefugten EuGH verneint wird – die dement-

sprechend faktische Effektivität des Unionsrechts in Österreich sicherstellen zu lassen.

Als interessante Details seien in diesem Zusammenhang noch angemerkt, dass der EGMR in stRsp davon ausgeht, dass eine uneinheitliche Judikatur zwischen HöchstG untereinander bzw innerhalb ein und desselben HöchstG eine Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK darstellt,⁶⁾ und die Zurückweisung eines Gesetzesprüfungsantrags keine rechtskräftige Erledigung der Sache bedeutet, sondern das Gericht dazu verhält, neuerlich einen (entsprechend berichtigten) Antrag einzubringen, solange es weiterhin bloß Bedenken gegen die angegriffene Norm hegt⁷⁾ (also nicht von deren Verfassungswidrigkeit überzeugt sein muss).

4) Beim EuGH protokolliert zu C-79/17.

5) Zum genauen Wortlaut dieser Vorabentscheidungsersuchen vgl *Grof*, Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ, SPRW 2017, 25 ff.

6) ZB 29. 11. 2016, 76943/11.

7) ZB VfGH 13. 12. 2012, G 137/11.

Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte

AGNES BALTHASAR-WACH

A. Konformitätsprüfung von Medizinprodukten – Brustimplantate

In dem **Urteil v 16. 2. 2017, C-219/15, Schmitt**, befasst sich der EuGH auf Vorlage des BGH (Deutschland) mit den Aufgaben und Verpflichtungen der *benannten Stellen*, die iR des Qualitätssicherungssystems für Medizinprodukte tätig werden.

Der Ausgangssachverhalt handelt von Frau Schmitt, die sich im Jahr 2008 in Frankreich hergestellte Brustimplantate in Deutschland einsetzen ließ. Diese ließ sie sich im Jahr 2012 entfernen, nachdem französische Behörden festgestellt hatten, dass der Hersteller *nicht* den geltenden *Qualitätsstandards* entsprechendes *Industriesilikon* verwendet hatte. Der inzwischen zahlungsunfähig gewordene Hersteller hatte den TÜV Rheinland mit der Überprüfung seines Qualitätssicherungssystems beauftragt. Nun verlangt Frau Schmitt von dem TÜV Rheinland Schmerzensgeld und begehrt die Feststellung dessen Ersatzpflicht für künftig entstehende materielle Schäden. Ihrer Ansicht nach kam der TÜV Rheinland seinen Verpflichtungen nicht hinreichend nach.

Fraglich war erstens, ob einer benannten Stelle wie dem TÜV Rheinland gem RL 93/42/EWG¹⁾ die generelle oder zumindest anlassbezogene Pflicht obliegt, unangemeldete Inspektionen durchzuführen, Produkte zu prüfen und/oder Geschäftsunterlagen des Herstellers zu sichten.

Eine generelle Pflicht verneint der EuGH. Allerdings geht für den EuGH aus Anhang II, Art 11 Abs 1, Art 10 und 16 RL 93/42/EWG hervor, dass eine benannte Stelle bei Hinweisen darauf, dass ein Medizinprodukt die Anforderungen der RL möglicherweise nicht erfüllt, alle erforderlichen Maßnahmen (zB eine

unangemeldete Inspektion) ergreifen muss, um ihren Verpflichtungen aus der RL nachzukommen.

Fraglich war zweitens, ob eine schuldhaftes Pflichtverletzung der benannten Stelle in Bezug auf das Tätigwerden iRd Verfahrens der EG-Konformitätserklärung deren Haftung gegenüber den Endempfängern begründet.

Hier stellt der EuGH klar, dass für die Voraussetzungen einer Haftung der benannten Stelle gegenüber den Endempfängern das nationale Recht maßgeblich ist.

B. Vergleichende Werbung – Preise – Irreführung

In dem **Urteil v 8. 2. 2017, C-562/15, Carrefour Hypermarchés**, prüft der EuGH auf Vorlage des Cour d'appel de Paris (Frankreich), ob Werbung, in der Preise verglichen werden, die in Geschäften unterschiedlicher Größe oder Art verlangt werden, mit Art 4 lit a und c RL 2006/114/EG²⁾ in Einklang steht.

Der Ausgangssachverhalt handelt von einer Fernsehwerbekampagne unter dem Titel „Tiefstpreisgarantie Carrefour“, die die in den Carrefour-Geschäften verlangten Preise für 500 Waren großer Marken mit Preisen der Geschäfte konkurrierender Handels-

Mag. Agnes Balthasar-Wach ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung (Abteilung für Europarecht, Lehrstuhl Prof. *Trstenjak*) der Universität Wien.

Kontakt: agnes.balthasar@univie.ac.at

1) RL 93/42/EWG v 14. 6. 1993 über Medizinprodukte, ABl L 1993/169, 1, geändert durch VO (EG) 1882/2003 v 29. 9. 2003, ABl L 2003/284, 1.

2) RL 2006/114/EG v 12. 12. 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl L 2006/376, 21.