

Prof. Dr. Rudolf Streinz
Waldsteinring 26
D-95448 Bayreuth

Dr. Walther Michl, LL.M.Eur.
Zennerstraße 17
D-81379 München

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Ludwig-Maximilians-Universität München

Gutachten

zur Vereinbarkeit der Werbestrategie der österreichischen Glücksspielmonopolisten mit dem
Recht der Europäischen Union

erstattet im Auftrag der

Österreichischen Vereinigung für Wetten und Glücksspiel (OVWG)
Seilerstätte 24/4
A-1010 Wien

„Gewinn für die Gesellschaft“ bzw. ein „Gewinn für die Kultur“ sei.⁹⁸ Damit besteht ein direkter Konflikt mit dem im zweiten Spiegelstrich wiedergegebenen Verbot.

E. Fazit

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die Werbestrategie der österreichischen Glücksspielmonopolisten die Vorgaben des EuGH für die Werbung in Monopolsystemen, die maßgeblich unter dem Gesichtspunkt des Kohärenzgebots entwickelt wurden, in vielfältiger Weise missachtet. Dies ist umso bemerkenswerter, als die klarste Aufzählung der einschlägigen Vorgaben im Urteil Dickinger und Ömer erfolgte, das auf ein Vorabentscheidungsersuchen des BG Linz zurückgeht und speziell die Situation in Österreich betraf. Diese wurde im Folgenden in der österreichischen Rechtspraxis, insbesondere in der Judikatur des Verwaltungs- und des Verfassungsgerichtshofs, nicht hinreichend berücksichtigt. Daher weisen die verschiedenen Werbestrategien der österreichischen Glücksspielmonopolisten, wie in der Referenzstudie herausgearbeitet, durchgehend persuasive Tendenzen auf, die nicht nur eine Kanalisierungswirkung im Hinblick auf regelmäßige Glücksspielteilnehmer entfalten, sondern darüber hinaus auch glücksspielabstinente Personen adressiert. Alle Werbetypen sind insoweit im Hinblick auf die EuGH-Vorgaben aus dem Urteil Dickinger und Ömer auf ihre spezifische Weise problematisch, wobei insbesondere Typus III (Glücksspiel macht reich) in eklatanter Weise unionsrechtswidrig ist.

F. Zusammenfassung in Thesen

1. Mangels sekundärrechtlicher Regelung sind Maßstab für zulässige Beschränkungen des Glücksspiels die Grundfreiheiten des Binnenmarktes, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) in der Interpretation durch die Rechtsprechung des EuGH.
2. Jede nationale Regelung, die ein Glücksspielangebot mit grenzüberschreitender Wirkung weniger attraktiv macht, bedarf der Rechtfertigung durch unionsrechtlich legitime Ziele. Dazu gehören – wie generell – nicht rein wirtschaftlich motivierte Ziele. Daher dürfen staatliche Einnahmen aus dem Glücksspiel nie der Zweck, sondern allenfalls ein erwünschter Nebenzweck sein.
3. Der EuGH konzidiert den Mitgliedstaaten im Bereich des Glücksspiels einen relativ weiten politischen Gestaltungsspielraum und wendet hier insbesondere nicht das Herkunftslandprinzip an. Allerdings müssen mitgliedstaatliche Beschränkungsmaßnahmen unionsrechtlich legitime Ziele kohärent und systematisch verfolgen, was der Kontrolle durch den EuGH dahingehend unterliegt, ob die Regelung insgesamt kohärent ist.

⁹⁸ Studie, S. 11.

4. Mitgliedstaaten dürfen für Glücksspiele auch ein Monopol errichten, unterliegen wegen der damit verbundenen Ausschlusswirkung hinsichtlich dessen Rechtfertigung aber einer strengeren Prüfung dahingehend, ob das damit vorgeblich verfolgte Ziel wirklich verfolgt wird (Binnenkohärenz). Der EuGH hat in seiner jüngsten Rechtsprechung insoweit die Darlegungslast für die Mitgliedstaaten verschärft.
5. Problematisch ist, dass – der allgemeinen Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) entsprechend – die tatsächliche Erfüllung der vom EuGH festgestellten unionsrechtlichen Vorgaben der Prüfung durch nationale Gerichte obliegt, was zu einer unterschiedlichen und auch defizitären Rezeption der Vorgaben des EuGH führen kann.
6. Während die Instanzgerichte in Österreich, insbesondere das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, angesichts der dem EuGH geschilderten Tatsachen und den Antworten des EuGH das österreichische Glücksspielmonopol insbesondere wegen der Werbung des Glücksspielmonopolisten für unionsrechtswidrig halten, sehen der österreichische Verwaltungsgerichtshof (VwGH) und der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) – dieser immerhin mit Zweifeln hinsichtlich einzelner Werbepraktiken – dieses bei einer „gesamthaften Würdigung der Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt“ als mit dem Unionsrecht vereinbar an. Dem beugte sich zuletzt auch der Oberste Gerichtshof (OGH), der an sich gegenteiliger Meinung war. Dies kann die österreichischen Instanzgerichte aber nicht daran hindern, durch erneute, entsprechend mit Fakten untermauerte konkrete Vorlagefragen den EuGH zu einer Präzisierung seiner Rechtsprechung im Hinblick auf die Umstände in Österreich zu veranlassen. Ein Ansatz dafür ist die Vorlage des LVwG Steiermark vom 6.7.2018 im Fall Fluctus und Fluentum.
7. Unabhängig davon, ob ihre tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich der Auswirkungen zutreffen, verkennen der VwGH und der VfGH, dass der EuGH neben seinem grundlegenden Ansatz, dass die Glücksspielwerbung nur von der Illegalität in die Legalität des Glücksspiels locken, nicht aber zum Glücksspiel verlocken darf, und zu dessen Präzisierung und Konkretisierung absolut verpönte, d.h. nicht zu rechtfertigende Werbemaßnahmen postuliert hat, nämlich die Verharmlosung des Glücksspiels, das Verleihen eines positiven Images und die verführerische Inaussichtstellung bedeutender Gewinne.
8. Misst man die Glücksspielwerbung in Österreich und ihre im Gutachten des Instituts für Publizistik und Kommunikationswissenschaft der Universität Wien festgestellten Wirkungen an diesem unionsrechtlich zwingenden Maßstab, so ergibt sich, dass die Werbemaßnahmen der österreichischen Glücksspielmonopolisten (Casino Austria AG und Österreichische Lotterien GmbH) gegen die vom EuGH postulierten Vorgaben des Unionsrechts verstoßen.

9. Wie in der Studie der Universität Wien belegt, zielen die Werbemaßnahmen der Monopolisten bereits nicht hinreichend auf den einzig legitimen Zweck ab, das Glücksspiel in legale Bahnen zu lenken. Vielmehr zielt die Werbung nachweislich darauf ab, auch Neukunden anzulocken, was auch gelingt.
10. Darüber hinaus verstoßen letztlich alle in der Studie untersuchten Werbungstypen, vor allem aber Typus III (Glücksspiel macht reich), gegen die vom EuGH als absolut verpönt herausgearbeiteten Elemente der Glücksspielwerbung, insbesondere gegen das Verharmlosungsverbot und das Verbot, in verführerischer Weise bedeutende Gewinne in Aussicht zu stellen.

München, den 15. Dezember 2018



Prof. Dr. Rudolf Streinz



Dr. Walther Michl, LL.M.Eur.