

sche Risikoverteilung umgesetzt wird und neben dem naturalen Leistungsaustausch Ware gegen Geld eine wirtschaftlich gleichwertige Form der Erfüllung etabliert wird.

E. Fazit

Die alles entscheidende Frage ist, ob sich der Nichterfüllungsschaden an dem vertraglichen Leistungs-

versprechen orientiert oder es bei der von der hM gepflegten Orthodoxie des deliktsrechtlichen Denkens bleiben sollte, das einseitig nur auf den Verkäufer schaut und den Käufer benachteiligt. Es ist Zeit, die Verbindung zwischen dem Vertragsversprechen und dem dieses Versprechen ersatzweise umsetzenden Leistungsstörungenrecht wieder zu etablieren.

→ In Kürze

Der Nichterfüllungsschaden nach § 921 Satz 1 ABGB ist entgegen der hM nicht nach der Handelsspanne, sondern nach einer Marktpreisdifferenz bzw dem Ansatz der Kosten eines konkret durchgeführten Deckungsgeschäfts zu bestimmen. Andernfalls wird der Käufer gegenüber dem Verkäufer benachteiligt. Denn der Verkäufer kann stets seine Gewinnspanne einfordern, während der Käufer nur die Kosten der Deckung geltend machen kann.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Johannes W. Flume ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht, Abteilung für Grundlagenforschung an der Johan-

nes-Kepler-Universität in Linz. Er ist Autor zahlreicher Fachpublikationen, insb auf den Gebieten des Leistungsstörungen-, Schadenersatzrechts sowie Unternehmens-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts. Er ist Mitherausgeber des 2022 erschienenen VGG-Kurzkommentars Flume/Kronthaler/Laumel. Kontaktadresse: Institut für Zivilrecht/Abteilung für Grundlagenforschung, Johannes-Kepler-Universität Linz, Altenberger Straße 69, 4040 Linz. Tel: +43 (0)732 2468 1802, E-Mail: johannes.flume@jku.at, Internet: <https://www.jku.at/institut-fuer-zivilrecht/ueber-uns/team/flume/>

Literatur:

Reischauer, Zum Differenzanspruch beim Rücktritt eines Händlers vom Vertrag, ÖJZ 2021, 765; Johannes W. Flume, Austauschverträge in volatilen Märkten, JBI 2020, 502; ders, Marktaustausch, Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs (2019).

EU-Notifizierungsbedürftigkeit mitgliedstaatlicher Änderungsgesetze

Eine Betrachtung am Beispiel des glücksspielrechtlichen Konzessionssystems

Gemäß der EU-Notifizierungsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten der EU verpflichtet, die Kommission über jeden Entwurf einer sogenannten technischen (auch online-spezifischen) Vorschrift im Voraus zu unterrichten. Dieser Beitrag untersucht die Tücken, die sich im Rahmen des Notifizierungsverfahrens im Zusammenhang mit mitgliedstaatlichen Änderungsgesetzen zu Erlaubnisvorbehalten ergeben, und stellt diese anlässlich einer aktuellen Entscheidung des OGH am Beispiel des glücksspielrechtlichen Konzessionssystems dar.

Von Christian Koenig und Krisztina Mezey^{*)}

Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
 - 1. Erlaubnisvorbehalte und hierauf bezogene Änderungsgesetze als notifizierungsbedürftige technische Vorschriften
 - 2. Aktuelle Entscheidung des OGH zur Notifizierungsbedürftigkeit eines Änderungsgesetzes zum glücksspielrechtlichen Konzessionssystem
- B. Die an mitgliedstaatliche Änderungsgesetze anzulegenden Maßstäbe des EU-Notifizierungsverfahrens
- C. Subsumtion am Beispiel des Änderungsgesetzes zur glücksspielrechtlichen Konzessionsregelung

- 1. Die durch das BudgetbegleitG 2011 an § 14 GSpG vorgenommenen, nicht notifizierten Änderungen
- 2. Der Begriff der technischen Vorschrift im Online-Glücksspielbereich
- 3. Die Notifizierungspflicht auslösende praktische Beschränkungswirkungen im Anwendungsbereich des § 14 Abs 3 Satz 3 GSpG
- D. Rechtsfolge der pflichtwidrigen Nichtnotifizierung: Vollumfängliche Unanwendbarkeit der technischen Vorschrift
- E. Fazit und Ausblick

^{*)} Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

ÖJZ 2022/80

RL

(EU) 2015/1535; § 14 GSpG

OGH 25. 11. 2021, 3 Ob 200/21 i

Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit;

EU-Notifizierungsverfahren; Online-Glücksspiel

A. Problemaufriss

1. Erlaubnisvorbehalte und hierauf bezogene Änderungsgesetze als notifizierungsbedürftige technische Vorschriften

Der EU-Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Stellt ein EU-Mitgliedstaat für den innerstaatlichen Be- bzw. Vertrieb eines Erzeugnisses oder die innerstaatliche Erbringung einer Dienstleistung ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auf, kann dies ein Hindernis für den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr begründen.

Wenngleich der EuGH den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum zubilligt, muss ein nationales Erlaubnis- bzw. Konzessionssystem wegen der potentiellen Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten in kohärenter und systematischer Weise zur Verwirklichung eines legitimen Schutzziels geeignet sein und anhand einer Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.¹⁾

Um die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, eine auf nationaler Ebene getroffene Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Anforderungen zu überprüfen, sind die Mitgliedstaaten gemäß der **RL (EU) 2015/1535** über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft („NotifizierungsRL“) verpflichtet, die Kommission über jeden Entwurf einer **technischen Vorschrift** vor deren Erlass zu unterrichten.

Im Sinne einer effektiven Vorab-Kontrolle bezieht sich das Mitteilungsinteresse der Kommission und der anderen Mitgliedstaaten gleichermaßen auf den erstmaligen Erlass einer technischen Vorschrift wie auf Modifikationen an einer bestehenden technischen Vorschrift durch ein Änderungsgesetz.

Im Hinblick auf Erlaubnisvorbehalte judiziert der EuGH zwar in stRsp, dass nationale Vorschriften, „die **lediglich Voraussetzungen für die Errichtung von Unternehmen oder die Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen vorsehen, wie zB Vorschriften, in denen die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig gemacht wird,**“ keine technischen Vorschriften iS der NotifizierungsRL darstellen.²⁾

Bei konsequenter Anwendung dieser Rsp auch auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze liegt demnach keine notifizierungsbedürftige technische Vorschrift vor, wenn durch die Änderung bloß ein bestehender Erlaubnisvorbehalt aufrechterhalten wird oder lediglich die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit modifiziert werden.

Allerdings kann „**der in einem nationalen Gesetz erfolgte Übergang von einer Erlaubnispflicht zu einem Verbot**“ ein Umstand sein, der für die Notifizierungsbedürftigkeit von Bedeutung ist.³⁾ So bejahte der EuGH in seiner Entscheidung in der Rs *Ince* die Notifizie-

rungsbedürftigkeit von Verboten im Online-Glücksspielbereich. Das Urteil baute auf der Annahme, dass durch die nationalen Gerichte für unionsrechtswidrig befundene staatliche Monopol auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten in Deutschland habe faktisch fortbestanden.⁴⁾ Diejenigen Bestimmungen des verfahrensgegenständlichen deutschen Glücksspielstaatsvertrags 2008, durch die Verbote im Online-Glücksspielbereich begründet oder aufrechterhalten wurden, qualifizierte der EuGH als notifizierungsbedürftige (technische) „Vorschriften betreffend Dienste“:

„*Einige der Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags [können] als ‚Vorschriften betreffend Dienste‘ qualifiziert werden [...]. Zu diesen Bestimmungen gehören das in § 4 Abs 4 GlüStV vorgesehene Verbot des Anbietens von Glücksspielen im Internet, die in § 25 Abs 6 GlüStV aufgezählten Ausnahmen von diesem Verbot, die Beschränkungen der Möglichkeit, Sportwetten über Telekommunikationsmittel anzubieten nach § 21 Abs 2 GlüStV sowie das Verbot der Werbung für Glücksspiele im Internet oder über Telekommunikationsmittel gemäß § 5 Abs 3 GlüStV.*“⁵⁾

Diese Rsp führt der EuGH in der Rs *Sportingbet und Internet Opportunity Entertainment* fort. Demnach ist die NotifizierungsRL dahingehend auszulegen,

„*dass eine nationale Rechtsvorschrift, wonach das einer öffentlichen Einrichtung vorbehaltene ausschließliche Recht zum Betrieb bestimmter Glücksspiele für das gesamte nationale Hoheitsgebiet auch den Betrieb über das Internet umfasst,*“

eine technische Vorschrift darstellt.⁶⁾

Anders als Erlaubnisvorbehalte sind Verbote in Bezug auf die Erbringung von (auch online-spezifischen) Dienstleistungen daher – gleich ob de jure oder de facto aufgestellt – der Kommission als technische Vorschriften iS der NotifizierungsRL mitzuteilen.

2. Aktuelle Entscheidung des OGH zur Notifizierungsbedürftigkeit eines Änderungsgesetzes zum glücksspielrechtlichen Konzessionssystem

Dass mitgliedstaatliche Änderungsgesetze zu Erlaubnisvorbehalten schwierige Abgrenzungsfragen im Hinblick auf das EU-Notifizierungsverfahren aufwerfen, offenbart eine aktuelle Entscheidung des OGH vom 25. 11. 2021 im Glücksspielbereich.⁷⁾ →

1) EuGH 11. 6. 2015, C-98/14, *Berlington Hungary*, Rn 64.

2) EuGH 4. 2. 2016, C-336/14, *Ince*, Rn 76; 13. 10. 2016, C-303/15, *M. und S.*, Rn 23. Sämtliche Hervorhebungen in Urteilszitaten erfolgten durch die Verfasser.

3) EuGH 21. 4. 2015, C-267/03, *Lindberg*, Rn 95.

4) EuGH 4. 2. 2016, C-336/14, *Ince*, Rn 91.

5) EuGH 4. 2. 2016, C-336/14, *Ince*, Rn 75.

6) EuGH 22. 10. 2020, C-275/19, *Sportingbet und Internet Opportunity Entertainment*, Rn 56.

7) OGH 25. 11. 2021, 3 Ob 200/21 i EvBI-LS 2022/11.

Zum glücksspielrechtlichen Hintergrund der Entscheidung: § 3 GSpG begründet – vorbehaltlich der Ausnahmen nach § 4 GSpG – ein staatliches Glücksspielmonopol, indem das Recht zur Durchführung von Glücksspielen iSd § 1 GSpG dem Bund vorbehalten wird. Der BMF kann das Recht zur Durchführung der Ausspielungen auf Grundlage von § 14 Abs 1 GSpG durch Erteilung einer Konzession übertragen. Die drei österr Höchstgerichte (VfGH, VwGH, OGH) haben die Unionsrechtskonformität des österr Glücksspielmonopols und Konzessionssystems in ihrer Judikatur bereits mehrfach angenommen.⁸⁾

Auf dieser Grundlage wurde die Exklusiv-„Konzession zur Durchführung der Ausspielungen nach den §§ 6 bis 12b GSpG“ (Lotterienkonzession) für den Zeitraum vom 1. 10. 2012 bis 30. 9. 2027 der Österreichischen Lotterien GmbH als einziger Konzessionärin erteilt.⁹⁾

Das Glücksspielangebot durch einen anderen, insoweit konzessionslosen Glücksspielanbieter sei demgegenüber wegen Verstoßes gegen das unionsrechtskonforme Glücksspielmonopol und Konzessionssystem nach Auffassung der Gerichte illegal. Die Glücksspielverträge zwischen dem Glücksspielanbieter und seinen Kunden seien nach § 879 Abs 1 ABGB zivilrechtlich nichtig, sodass Rückzahlung der geleisteten Spieleinsätze verlangt werden könne. Dementsprechend hat der OGH in seinem aktuellen Beschluss die ao Revision einer auf Rückzahlung verklagten Glücksspielanbieterin ohne österr Lotterienkonzession zurückgewiesen.

Das Fehlen einer solchen Lotterienkonzession vermag indes die zivilrechtliche Nichtigkeit der Online-Glücksspielverträge dann nicht zu begründen, wenn sich die Konzessionsvorschrift des § 14 GSpG wegen Verstoßes gegen das Notifizierungsverfahren nach dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts als unanwendbar erweist.

Die Frage nach einem möglichen Verstoß gegen das EU-Notifizierungsregime stellt sich vor dem Hintergrund, dass im Zuge der dritten GSpG-Novelle durch Art 80 BudgetbegleitG 2011¹⁰⁾ die Bestimmungen betreffend die Voraussetzungen für die Erteilung der Lotterienkonzession nach § 14 GSpG, insb die Anforderungen an das Konzessionsvergabeverfahren, neu geregelt wurden.¹¹⁾ Diese Änderungen sind der Kommission laut TRIS-Datenbank¹²⁾ nicht mitgeteilt worden.

Dieser Beitrag stellt zunächst die allgemeinen Parameter, unter denen mitgliedstaatliche Änderungsgesetze dem Notifizierungsverfahren unterliegen, dar (B.). Anlässlich der aktuellen Entscheidung des OGH werden diese Maßstäbe am Beispiel des durch Art 80 BudgetbegleitG 2011 neu gefassten § 14 GSpG subsumiert (C.) und die Rechtsfolgen einer pflichtwidrigen Nichtnotifizierung dargelegt (D.). Im Fazit (E.) werden anhand der aus der glücksspielrechtlichen Betrachtung gewonnenen Erkenntnisse allgemeingültige Prüfungsleitlinien formuliert und die sich im Hinblick auf ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH stellenden Fragen adressiert.

B. Die an mitgliedstaatliche Änderungsgesetze anzulegenden Maßstäbe des EU-Notifizierungsverfahrens

Vorbehaltlich einer Ausnahme nach Art 7 Abs 1¹³⁾ übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission gem Art 5 Abs 1 UAbs 1 bis 3 NotifizierungsRL unverzüglich

- jeden Entwurf einer technischen Vorschrift, sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm handelt;
- die Gründe, die die Festlegung einer derartigen technischen Vorschrift erforderlich machen, es sei denn, die Gründe gehen bereits aus dem Entwurf hervor;
- wesentliche Änderungen an dem Entwurf einer technischen Vorschrift, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen.

Ab dem Datum der Notifizierung läuft nach Art 6 Abs 1 NotifizierungsRL eine dreimonatige Stillhaltefrist, im Laufe derer der notifizierende Mitgliedstaat die technische Vorschrift nicht annehmen darf und die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, den mitgeteilten Wortlaut zu prüfen und angemessen zu reagieren.

Ein mitgliedstaatliches Änderungsgesetz muss demnach eines der folgenden Szenarien erfüllen, um den Mitteilungsmechanismus der Art 5 und 6 auszulösen:

Erstes Szenario: Gem Art 5 Abs 1 UAbs 3 unterliegt jede von dem nationalen Gesetzgeber *ratione materiae/personae/temporis* getroffene Änderung einer technischen Vorschrift, die in ihren praktischen Beschränkungswirkungen im Vergleich zu den notifizierten Vorschriften ein „Add-on“ darstellt, – gleich auf welchem rechtstechnischen oder rechtsfaktischen Weg bewerkstelligt – dem Notifizierungsverfahren.

Zweites Szenario: Gem Art 5 Abs 1 UAbs 1 unterliegt jeder in dem Änderungsgesetz enthaltene neue Entwurf einer technischen Vorschrift (sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm handelt) dem Notifizierungsverfahren.

8) VfGH 15. 10. 2016, E 945/2016; VwGH 16. 3. 2016, Ro 2015/17/0022, Rn 122ff; zum OGH vgl statt vieler OGH 24. 6. 2021, 9 Ob 20/21 p, Pkt 5.

9) Bundesministerium für Finanzen, Glücksspiel Bericht 2010–2013, 20.

10) BGBl I 2010/111.

11) Bundesministerium für Finanzen, Glücksspiel Bericht 2010–2013, 5.

12) <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/search/> (zuletzt abgerufen am 20. 1. 2021).

13) Die Notifizierungspflicht entfällt demnach ua, wenn lediglich ein Urteil des EuGH umgesetzt wird.

Die NotifizierungsRL definiert die „technische Vorschrift“ in Art 1 Abs 1 lit f als

„*technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto für das Inverkehrbringen, die Erbringung des Dienstes, die Niederlassung eines Erbringers von Diensten oder die Verwendung in einem Mitgliedstaat oder in einem großen Teil dieses Staates verbindlich ist, sowie – vorbehaltlich der in Artikel 7 genannten Bestimmungen – die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, mit denen Herstellung, Einfuhr, Inverkehrbringen oder Verwendung eines Erzeugnisses oder Erbringung oder Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verboten werden.*“

Während die „technische Spezifikation“ „*Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt*“ (Art 1 Abs 1 lit c), betrifft eine „sonstige Vorschrift“ „*den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen*“ (Art 1 Abs 1 lit d).

Nach der Rsp des EuGH sind nationale Bestimmungen zu Erzeugnissen dann als technische Vorschriften zu qualifizieren, wenn sie „*die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen können*“.¹⁴⁾

In Bezug auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze genügt es dabei nicht, dass eine bestehende technische Vorschrift „*wiederholt oder ersetzt*“ wird, „*ohne technische Spezifikationen oder sonstige neue oder ergänzende Vorschriften hinzuzufügen*“.¹⁵⁾ Entscheidend kommt es daher darauf an, ob durch die Änderung eigene, im Vergleich zu den bestehenden Vorschriften neue Rechtswirkungen erzeugt werden, und zwar durch **alle** denkbaren Effekte auf die Gestaltung oder die Vermarktung eines Erzeugnisses.

C. Subsumtion am Beispiel des Änderungsgesetzes zur glücksspielrechtlichen Konzessionsregelung

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe gelangen die Verfasser im Hinblick auf die Frage, ob die durch Art 80 BudgetbegleitG 2011 vorgenommenen Änderungen an der Konzessionsvorschrift des § 14 GSpG der Kommission hätten mitgeteilt werden müssen, zu einer von dem aktuellen OGH-Beschluss abweichenden Einschätzung.

Vorbemerkung: Die aktuelle NotifizierungsRL (EU) 2015/1535 ist am 29. 9. 2015 und damit erst Jahre nach Erlass des BudgetbegleitG 2011 in Kraft getreten. Die im Zuge der dritten Glücksspielgesetz-Novelle vorgenommenen Änderungen an dem GSpG unterliegen deshalb vorbehaltlich ihrer Notifizierungsbedürftigkeit noch der alten NotifizierungsRL 98/34/EG unter Berücksichtigung der durch die RL 98/48/EG vorgenommenen Änderungen („NotifizierungsRL 1998“), ohne dass sich hieraus inhaltliche Unterschiede ergeben.¹⁶⁾

1. Die durch das BudgetbegleitG 2011 an § 14 GSpG vorgenommenen, nicht notifizierten Änderungen

Durch den der Kommission nicht im Voraus mitgeteilten Art 80 BudgetbegleitG 2011 wurden zunächst die gesetzlichen Anforderungen an die Interessentensuche (§ 14 Abs 1 GSpG) und die inhaltlichen Kriterien der Konzessionserteilung (§ 14 Abs 2 Z 1 bis 7 GSpG) modifiziert.¹⁷⁾

Ferner wurden die Konzessionsbewerbungsvoraussetzungen des § 14 Abs 3 GSpG um ein alternatives Niederlassungserfordernis erweitert: Während zur Ausübung der Konzession bislang die Errichtung einer inländischen Kapitalgesellschaft erforderlich war, ist nach dem gänzlich neu gefassten § 14 Abs 3 Satz 3 GSpG als Alternative ausreichend, dass die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat **über eine vergleichbare Lotterienkonzession verfügt und einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht unterliegt**. Unter diesen Voraussetzungen ist die Ausübung der Konzession durch eine bloße Niederlassung in Österreich zulässig.

Die folgende Analyse der Notifizierungsbedürftigkeit der durch das BudgetbegleitG 2011 vorgenommenen Änderungen soll sich auf dieses alternative Niederlassungserfordernis und seine praktischen Auswirkungen auf das Online-Glücksspielangebot in Österreich durch Glücksspielanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat fokussieren.

2. Der Begriff der technischen Vorschrift im Online-Glücksspielbereich

Aus dem umfassenden Verweis des § 14 Abs 1 Satz 1 GSpG auch auf § 12a GSpG folgt, dass die in § 14 Abs 3 GSpG neu gefassten Konzessionsbewerbungsvoraussetzungen auf den Be- und Vertrieb von Glücksspieldienstleistungen über das Internet (elektronische Lotterien, insb Online-Glücksspiel) Anwendung finden.

Die für Online-Dienstleistungen relevante „Vorschrift betreffend Dienste“ definiert Art 1 Abs 1 lit e NotifizierungsRL als

„*eine allgemein gehaltene Vorschrift über den Zugang zu den Aktivitäten der unter Buchstabe b genannten Dienste und über deren Betreibung, insbesondere Bestimmungen über den Erbringer von Diensten, die Dienste und den Empfänger von Diensten, unter Ausschluss von Regelungen, die nicht speziell auf die unter dieser Nummer definierten Dienste abzielen.*“

Nach der Rsp des EuGH stellen Glücksspielangebote eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ iSv Art 1 Abs 1 lit b NotifizierungsRL dar, soweit sie ua auf elektronischem Wege (online) getätigt werden.

14) EuGH 19. 7. 2012, C-213/11 und C-217/11, *Fortuna ua*, Rn 25.

15) EuGH 21. 5. 2005, C-267/03, *Lindberg*, Rn 82.

16) Insb ist der Begriff der „technischen Vorschrift“ deckungsgleich. Das Notifizierungsverfahren ist in der alten RL in den Art 8 bis 10 normiert.

17) Nach der Begründung des BM für Finanzen soll hierdurch der Entscheidung des EuGH in der Rs *Engelmann* und den dortigen Anforderungen an eine ausreichende Vorhersehbarkeit der behördlichen Entscheidungsgrundlagen Rechnung getragen werden.

Bestimmungen in mitgliedstaatlichen (Änderungs-) Gesetzen betreffend den Online-Glücksspielbereich können daher als „Vorschriften betreffend Dienste“ eingestuft werden.¹⁸⁾

Gleichwohl lehnt der OGH in seinem Beschluss vom 25. 11. 2021 das Vorliegen einer technischen Vorschrift ab:

„§ 14 GSpG ist weder nach dem Wortlaut noch nach den Gesetzesmaterialien [...] eine Norm, die gerade für Online-Glücksspiele (zB Online-Lotterien) erlassen wurde; diese Norm ist daher auch keine Vorschrift iSd Art 1 Nr 5 der [NotifizierungsRL 1998].“¹⁹⁾

Dabei kommt nach der Rsp des EuGH dem Umstand, dass eine Vorschrift ihrem Wortlaut nach keine Unterscheidung zwischen Offline- und Online-Dienstleistungen trifft, keine entscheidende Bedeutung zu.²⁰⁾ **Maßgeblich sind vielmehr die praktischen Effekte auf die Gestaltung bzw Vermarktung (auch) der Online-Dienstleistung, welche den Marktzugang zu beeinflussen geeignet sind.**

Etwaige von dem Konzessionsvorbehalt in der Fassung des BudgetbegleitG 2011 ausgehende praktische Beschränkungswirkungen auf das Online-Glücksspielangebot in Österreich durch Glücksspielanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat bleiben in der gerichtlichen Betrachtung gänzlich unberücksichtigt. Der OGH belässt es bei dem Hinweis, dass das Erfordernis einer vergleichbaren Berechtigung und Kontrolle „für die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen nicht untypisch“ und der unbestimmte Rechtsbegriff der Vergleichbarkeit einer unionsrechtskonformen Interpretation zugänglich sei.²¹⁾

Im Folgenden wird argumentiert, dass die Notifizierungsbedürftigkeit der durch Art 80 BudgetbegleitG 2011 vorgenommenen Änderungen an § 14 GSpG gerade auf diese praktischen Beschränkungswirkungen zurückzuführen ist.

3. Die Notifizierungspflicht auslösende praktische Beschränkungswirkungen im Anwendungsbereich des § 14 Abs 3 Satz 3 GSpG

Der nach § 14 Abs 3 Satz 3 GSpG in der Fassung des BudgetbegleitG 2011 geforderte Nachweis einer „vergleichbaren Lotterienkonzession“ kann in Bezug auf Online-Glücksspiele EU-weit aufgrund der Besonderheit der österr Gesetzeslage gar nicht erst erbracht werden, weil das GSpG das terrestrische Lotterieangebot und das Online-Glücksspielangebot EU-weit einmalig in einer einzigen Lizenz zusammenfasst.

Selbst wenn ein Bewerber über eine sonstige Lotterienkonzession in einem anderen Mitgliedstaat verfügt, ergeben sich im Zusammenhang mit dem Nachweis der Vergleichbarkeit dieser Konzession praktisch kaum überwindbare, die Dienstleistungsfreiheit spürbar beeinträchtigende Hürden. Nach dem Gesetzeswortlaut („Können diese Voraussetzungen nachgewiesen werden [...]“) ist es die Pflicht der Bewerber(!), den Nachweis der Vergleichbarkeit sowie eine Erklärung der ausländischen Glücksspielaufsichtsbehörde über ihre Bereitschaft zur Verwaltungszusammenarbeit mit den österr Behörden zu erbringen. Selbst mit

einem Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat muss eine vergleichbare Lizenz in diesem Mitgliedstaat nachgewiesen und eine Konformitätserklärung der dortigen Behörde beigebracht werden, während ein österr Bewerber keines von beidem vorweisen muss. Die Belastung der Online-Glücksspielanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat wird dadurch verschärft, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der „Vergleichbarkeit“ der Aufsicht und Kontrolle in dem anderen Mitgliedstaat der österr Behörde einen sehr weiten Beurteilungsspielraum eröffnet.²²⁾

In dieser Ausgestaltung zeitigt der Konzessionsvorbehalt spürbare Effekte insb auf das binnen-grenzüberschreitende Angebot von Online-Glücksspiel, durch die eigene, im Vergleich zu den bestehenden Vorschriften neue Rechtswirkungen erzeugt werden:

Wegen der praktischen Unmöglichkeit für EU-ausländische Glücksspielanbieter, eine „vergleichbare“ ausländische Konzession im Online-Glücksspielbereich zu erlangen, und den völlig undurchsichtigen – lediglich einseitig den EU-ausländischen Glücksspielanbietern auferlegten – erhöhten Nachweisanforderungen an eine „vergleichbare“ Aufsicht im Sitzstaat erweist sich der Erlaubnisvorbehalt als praktisch nicht erfüllbar und damit ins Leere laufend.

Mangels praktisch realisierbarer Chance auf eine österr Online-Glücksspiellizenz besteht die Möglichkeit der Marktöffnung ausschließlich in der Theorie. Damit unterliegt das Online-Glücksspielangebot durch einen Glücksspielanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat in Österreich entgegen der Auffassung des OGH einem **De-facto-Verbot**.

In der Substanz folgt aus § 14 Abs 1 Satz 1, Abs 3 GSpG idF des BudgetbegleitG 2011 eine faktische Aufrechterhaltung des in der Rs *Engelmann*²³⁾ in der konkreten Ausgestaltung für unionsrechtswidrig befundenen Glücksspielmonopols. Durch die **legislativ verschleierte Monopolerhaltungsregelung** werden EU-ausländische Glücksspielanbieter faktisch vom Markt ausgeschlossen.

In Anbetracht der evidenten praktischen Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit verbietet sich eine ausschließlich am Wortlaut der Vorschrift orientierte Qualifikation als eine nach der eingangs (unter A.1.) zitierten Rsp nicht notifizierungsbedürftige reine Konzessionsregelung. Der Notifizierungsbedürftigkeit der Änderung des § 14 GSpG durch das BudgetbegleitG 2011 kann gerade nicht iS des EuGH-Urteils *Ince* (Rn 76) entgegengehalten werden, dass es sich um eine reine Konzessionsvorschrift handle, „die ledig-

18) EuGH 20. 12. 2017, C-255/16, *Falbert*, Rn 29.

19) OGH 25. 11. 2021, 3 Ob 200/21 i, Rn 14.

20) EuGH 20. 12. 2017, C-255/16, *Falbert*, Rn 33, 35.

21) OGH 25. 11. 2021, 3 Ob 200/21 i, Rn 14.

22) *Brandl & Talos Rechtsanwälte, Dr. Arthur Stadler und Nicholas Aquilina*, Time Law News 5/2010, <https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/31752.html?print=print> (zuletzt abgerufen am 20. 1. 2022).

23) EuGH 10. 9. 2010, C-64/08, *Engelmann*.

lich Voraussetzungen für die Niederlassung oder die Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen“ aufstelle. Denn nach einer solchen reinen Konzessionsvorschrift müssen deren Voraussetzungen auch praktisch durch EU-ausländische Glücksspielanbieter erfüllbar sein. Hier aber erweisen sich die Konzessionsvoraussetzungen offensichtlich als praktisch nicht erfüllbar, so dass der Konzessionsvorbehalt in der Fassung des BudgetbegleitG 2011 ein De-facto-Verbot von Online-Glücksspielen, zumindest aber praktisch unüberwindbare Markt Zugangshürden iS der EuGH-Urteile *Ince* (Rn 75) und *Sportingbet und Internet Opportunity Entertainment* (Rn 56) aufstellt.

Die Änderung des § 14 GSpG im Zuge der dritten GSpG-Novelle hätte der Kommission daher als technische Vorschrift notifiziert werden müssen.

D. Rechtsfolge der pflichtwidrigen Nichtnotifizierung: Vollumfängliche Unanwendbarkeit der technischen Vorschrift

Nach stRsp des EuGH seit seinem Urteil in der Rs *CIA Security* führt ein Verstoß gegen die formalen Mitteilungsvorgaben der NotifizierungsRL

„zur **Unanwendbarkeit der betreffenden technischen Vorschriften** [...], so dass sie einzelnen nicht entgegengehalten werden können“.²⁴⁾

Die Unanwendbarkeit einer technischen Vorschrift, die nicht gemäß dem EU-Notifizierungsverfahren mitgeteilt worden ist, kann daher in Rechtsstreitigkeiten zwischen Einzelnen über vertragliche Rechte und Pflichten – wie denjenigen zwischen den Online-Glücksspielanbietern ohne österr Konzession und ihren Kunden – geltend gemacht werden. Nationale Gerichte sind verpflichtet, mitgliedstaatliche Vorschriften, die pflichtwidrig nicht notifiziert worden sind, für unanwendbar zu erklären,

„wobei sich die Frage, welche Folgerungen aus der Unanwendbarkeit dieser Bestimmung zu ziehen sind, ob ein Vertrag etwa als Sanktion nichtig oder unanwendbar ist, nach nationalem Recht beantwortet“.²⁵⁾

Die Nichtbelastbarkeit eines Erlaubnisvorbehalts wegen Missachtung der formalen Mitteilungsvorgaben der NotifizierungsRL ist in materiell-rechtlicher Hinsicht auf das Gebot der effektiven Anwendung und Durchsetzung des Unionsrechts, hier zur Verwirklichung der Ziele des EU-Notifizierungsregimes, zurückzuführen. Zu diesen führt der EuGH in seinem *Ince*-Urteil aus:

„Die [NotifizierungsRL 1998] soll, wie sich insbesondere aus ihren Erwägungsgründen 5 und 6 ergibt, **erstens eine vorbeugende Kontrolle der von einem Mitgliedstaat beabsichtigten technischen Vorschriften sicherstellen**, indem der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten ermöglicht wird, von diesen Vorschriften vor ihrem Erlass Kenntnis zu nehmen. Zweitens soll diese Richtlinie ausweislich ihres siebten Erwägungsgrundes **eine bessere Nutzung der Vorteile des Binnenmarkts durch die Wirtschaftsteilnehmer ermögli-**

chen, indem die regelmäßige Veröffentlichung der von den Mitgliedstaaten geplanten technischen Vorschriften sichergestellt wird und die Wirtschaftsteilnehmer damit in die Lage versetzt werden, zu diesen Vorschriften Stellung zu nehmen.“²⁶⁾

Das Notifizierungsverfahren soll also durch eine dem Gebot der Transparenz entsprechende Vorabkontrolle von Einschränkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten auf die effektive Verwirklichung des Binnenmarktziels gem Art 26 AEUV hinwirken. Nur die Unanwendbarkeitsfolge vermag dem EU-Notifizierungsregime diese Wirkungskraft zu verleihen.

Die **vollumfängliche** Unanwendbarkeit einer richtlinienwidrig nicht mitgeteilten technischen Vorschrift folgt dabei unmittelbar aus dem primärrechtlich in Art 4 Abs 3 EUV verankerten Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*), „wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein wenn auch nur vorübergehendes Hindernis für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bilden“.²⁷⁾

In Bezug auf das alte Glücksspielmonopol und Konzessionssystem stützte der OGH selbst die vollumfängliche Unanwendbarkeit der Bestimmungen des GSpG aF, die das Monopol normierten und seine Umsetzung regelten, unmittelbar auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz:

„Die europarechtliche Zulässigkeit des Monopols unterliegt aber als **besonders gravierender Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit** [...] **strengen Voraussetzungen**, sowohl was die Modalitäten der Vergabe der das Monopol nutzenden Berechtigungen bzw Konzessionen als auch das Verhalten der Berechtigten bzw des Konzessionärs selbst und deren/dessen Überwachung durch die nationalen Behörden betrifft. Werden diese Vorgaben nicht eingehalten, ist das Monopol **gemeinschaftsrechtswidrig und sind die Monopolvorschriften aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar**. Im Sinne einer **effektiven Umsetzung des EU-Rechts** („*effet utile*“) muss sich in einem solchen Fall die Unanwendbarkeit auf **alle Bestimmungen des GSpG beziehen, die das Monopol normieren und seine Umsetzung regeln**.“²⁸⁾

In Bezug auf die glücksspielrechtliche Konzessionsregelung hat die vollumfängliche Unanwendbarkeit des § 14 GSpG nicht bloß zur Folge, dass die derzeitige Konzessionärin ihre Leistungen in Österreich ohne belastbare Konzession anbietet, sondern bedeutet auch, dass die Online-Glücksspielanbieter mit Sitz und glücksspielrechtlicher Zulassung in einem anderen Mitgliedstaat der EU ihre Leistungen ihren österr Kunden durchweg rechtmäßig angeboten haben und weiterhin anbieten dürfen, ohne gegen Rechtsvorschriften zu verstoßen. Das Fehlen einer Konzession kann gerade nicht

24) EuGH 30. 4. 1996, C-194/94, *CIA Security*, Rn 54.

25) EuGH 6. 6. 2002, C-159/00, *Sapod Audic*, Rn 50, 53.

26) EuGH 4. 2. 2016, C-336/14, *Ince*, Rn 82.

27) EuGH 19. 6. 1990, C 213/89, *Factortame I*, Rn 20.

28) OGH 27. 11. 2013, 2 Ob 243/12t, VI.2.

zur Begründung der zivilrechtlichen Nichtigkeit der Online-Glücksspielverträge herangezogen werden. Eine gegenteilige Auffassung widerspricht dem nach stRsp des EuGH auf unionsrechtswidrige Bestimmungen anzuwendenden Effektivitätsgrundsatz.

E. Fazit und Ausblick

Aus der Glücksspielsektor-spezifischen Betrachtung am Beispiel der Neuregelung des § 14 GSpG durch das BudgetbegleitG 2011 lassen sich bereichsübergreifend Postulate als allgemeine Prüfungsleitlinien für die Anwendung der NotifizierungsRL auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze ableiten:

- Für das Vorliegen einer technischen Vorschrift kommt es entscheidend darauf an, ob eigene, im Vergleich zu den bestehenden Vorschriften neue Rechtswirkungen erzeugt werden, und zwar durch alle denkbaren Effekte auf die Gestaltung oder die Vermarktung eines Erzeugnisses bzw die Erbringung einer Dienstleistung.
- Die Identifikation des notifizierungsrelevanten „Add-ons“ erfordert eine umfassende Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen.
- In Bezug auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze zu Erlaubnisvorbehalten können die mit der Änderung einhergehenden praktischen Beschränkungswirkungen auf den Be- bzw Vertrieb des Erzeugnisses oder die Erbringung der Dienstleistung durch einen EU-ausländischen Anbieter den Übergang von einem reinen Erlaubnisvorbehalt zu einem – nach der Rsp des EuGH notifizierungsbedürftigen – faktischen Verbot begründen und sich daher für die Anwendung des Notifizierungsverfahrens als ausschlaggebend erweisen.

Vor diesem Hintergrund kann sich die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen der NotifizierungsRL im Hinblick auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze

zu Erlaubnisvorbehalten als besonders diffizil gestalten. Gleichwohl unterstellt der OGH in seinem Beschluss vom 25. 11. 2021, dass „die unionsrechtlichen Rechtsgrundsätze geklärt sind“,²⁹⁾ und sieht von einer Vorlage der entscheidungserheblichen Fragen zur Vorabentscheidung durch den EuGH gem Art 267 AEUV ab. Augenscheinlich legt das Gericht hier die grundlegende Entscheidung des EuGH in der Sache *C. I. L. F. I. T.* zugrunde, wonach die Vorlagepflicht nach Art 267 Abs 3 AEUV für ein einzelstaatliches Gericht, dessen Entscheidung selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, entfällt, wenn zu der sich stellenden Auslegungsfrage bereits eine gesicherte unionsgerichtliche Rsp, insb aus einer in einem gleichgelagerten Fall ergangenen Vorabentscheidung vorliegt (*Acte-éclairé-Doktrin*).³⁰⁾

Wegen der nach der österr Gesetzeslage EU-weit einmaligen Zusammenfassung des terrestrischen Lotterietarifsangebots und des Online-Glücksspielangebots in einer einzigen Lizenz ist indes davon auszugehen, dass der EuGH die entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung der NotifizierungsRL in einer mit § 14 GSpG vergleichbaren Konstellation bisher noch nicht beantwortet hat. Nach Auffassung der Verfasser wäre daher eine Vorlage an den EuGH angezeigt gewesen.

Bezogen auf den konkreten Streitgegenstand steht die materielle Rechtskraft der OGH-Entscheidung einer neuen Verhandlung und Entscheidung zwar entgegen. Perspektivisch würde es zur Rechtssicherheit und -klarheit aber erheblich beitragen, wenn die noch offenen Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung der NotifizierungsRL in Bezug auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze in einem anderen Verfahren einer Klärung durch den EuGH zugeführt würden.

29) OGH 25. 11. 2021, 3 Ob 200/211, Rn 16.

30) EuGH 6. 10. 1982, 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Rn 14; *Callies/Ruffert/Wegener*⁶ (2022) AEUV Art 267 Rn 33.

→ In Kürze

Die Verfasser untersuchen die EU-Notifizierungsbedürftigkeit mitgliedstaatlicher Änderungsgesetze am Beispiel des glücksspielrechtlichen Konzessionssystems und vertreten dabei die Auffassung, dass die Neuregelung des § 14 GSpG durch das BudgetbegleitG 2011 der Kommission hätte mitgeteilt werden müssen. Aus der Glücksspielsektor-spezifischen Betrachtung werden bereichsübergreifend Postulate als allgemeine Prüfungsleitlinien für die Anwendung der NotifizierungsRL auf mitgliedstaatliche Änderungsgesetze abgeleitet.

→ Zum Thema

Über die Autor:innen:

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL. M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. E-Mail: profkoenig@gmx.de

Krisztina Mezey studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bonn und ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am ZEI. E-Mail: k.mezey@gmx.de

Von denselben Autor:innen erschienen:

Koenig/Mezey, EU-rechtliche Einordnung des BGH-Urteils zur Strafbarkeit eines Spielhallenbetreibers nach § 284 StGB im Hinblick auf Online-Casinoangebote, ZfWG 2020, 406; *Koenig*, Geht der neue Glücksspiel-Staatsvertrag 2021 regulatorisch wirklich online? K&R 2020, 578;

Koenig, Besteuerung der Spieleinsätze bei Online-Casinoangeboten im Vergleich zu einer auf den Bruttospielertrag bezogenen Besteuerung terrestrischer Glücksspiele – EU-beihilferechtliche Fallstricke, ZfWG 2021, 230.

Links:

<https://www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-koenig>
<https://www.zei.uni-bonn.de>