

TE OGH 2016/6/28 2Ob92/15s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.06.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Veith und Dr. Musger, die Hofrätin Dr. E. Solé und den Hofrat Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** K*****, vertreten durch Greiml & Horwath Rechtsanwaltspartnerschaft in Graz, gegen die beklagten Parteien 1. b***** und 2. b*****, beide: P*****, Malta, beide vertreten durch Saxinger Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, wegen 950.000 EUR sA, über die Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 5. März 2015, GZ 3 R 23/15w-47, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 28. November 2014, GZ 1 Cg 190/11y-40, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Zum bisherigen Verfahren wird auf die Vorentscheidung2 Ob 243/12t SZ 2013/115 verwiesen. Daraus ist zusammengefasst hervorzuheben:

Der Kläger, ein Verbraucher im Sinne des KSchG, verspielte ab März 2010 über die Homepage der Beklagten den Klagsbetrag beim „Online-Roulette“. Er hatte dieses Geld bei seinem früheren Arbeitgeber veruntreut.

Die Beklagten sind Teil einer multinationalen Gruppe. Sie bieten über das Internet Glücksspiele und Sportwetten an, wobei die Zweitbeklagte für Online-Glücksspiele über eine aufrechte maltesische „Class I Remote Gaming License“ und die Erstbeklagte über eine für Online-Sportwetten aufrechte maltesische „Class II Remote Gaming License“ verfügt. Eine österreichische Lizenz nach dem Glücksspielgesetz besitzen die Beklagten nicht. Die Beklagten sind Teil einer multinationalen Gruppe. Sie bieten über das Internet Glücksspiele und Sportwetten an, wobei die Zweitbeklagte für Online-Glücksspiele über eine aufrechte maltesische „Class römisch eins Remote Gaming License“ und die Erstbeklagte über eine für Online-Sportwetten aufrechte maltesische „Class römisch zwei Remote Gaming License“ verfügt. Eine österreichische Lizenz nach dem Glücksspielgesetz besitzen die Beklagten nicht.

Über ihre Internetadresse werden insbesondere Glücksspiele wie Poker, Black Jack, aber auch Roulette und Glücksspiele an virtuellen Automaten angeboten. All diese können mit unbegrenzt hohem Einsatz gespielt werden. An dieser Onlineplattform kann man auch aus Österreich teilnehmen, die Seite ist in Österreich abrufbar und wird in mehreren Sprachen, darunter Deutsch, angeboten. Der Vertragsabschluss erfolgt direkt auf der Internetseite.

Der Kläger steht auf dem Standpunkt, dass die Beklagten in Österreich in verbotener Weise Glücksspiele angeboten hätten.

Die Beklagten wandten unter anderem die Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes ein.

Mit der Entscheidung 2 Ob 243/12t hob der erkennende Senat in Stattgebung der Revision der Beklagten die Entscheidungen der Vorinstanzen mit dem Auftrag auf, präzisere Feststellungen zu den Vorgaben des EuGH insbesondere in der Entscheidung Dickinger/Ömer zu treffen (C-347/09). In dieser Entscheidung hatte der EuGH als entscheidend erachtet, ob staatliche Kontrollen über die Tätigkeit des Monopolisten gewährleisteten, dass die mit dem Glücksspielmonopol verfolgten Ziele in kohärenter und systematischer Weise erreicht werden könnten. Das Gericht habe insbesondere zu untersuchen, ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem gewesen seien und diesem Problem hätte abgeholfen werden können. Jedenfalls müsse die vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt werden, was erforderlich sei, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Sie dürfe dagegen nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel anrege, indem sie das Spiel verharmlose oder ihm ein positives Image verleihe oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöhe, die verführerisch bedeutende Gewinne in Aussicht stellten. Der Senat verwies weiters auf die allgemeine Beweislastverteilung im Zivilprozess und darauf, dass nach der bereits vorhandenen Judikatur (1 Ob 71/13t) eine staatliche Stellungnahme zulässig sei.

Im zweiten Rechtsgang wurde eine Klagsänderung des Klägers in Richtung fehlender Geschäftsfähigkeit seinerseits – rechtskräftig – nicht zugelassen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren neuerlich ab und stellte ergänzend fest, dass die Ö***** GmbH in den Jahren 2009 bis 2011 einen jährlichen „Gesamtbruttowerbewert“ von rund 40 Mio EUR gehabt habe. Ihre Ausgaben für Werbung seien in diesen Jahren bei 37.121.055 EUR, 38.698.475 EUR bzw 42.438.813 EUR gelegen. Damit sei sie immer unter den Top 5 der in Österreich werbenden Unternehmen gewesen. Die Werbeausgaben der C***** AG hätten 2009 6.770.680 EUR und 2011 6.121.542 EUR betragen. Zwischen 2009 und 2011 hätten die Ö***** GmbH und die C***** AG insgesamt 2.352 Anzeigen in den österreichischen Printmedien, im Radio und im Fernsehen geschaltet. Die Werbung sei dadurch geprägt, dass sie sich explizit an neue Kunden für Glücksspiel richte bzw mit neuen Spielen werbe (zB „Im Casino auf w***** gibt’s immer etwas Neues“) oder speziell bestimmte Gruppen, beispielsweise Frauen, anspreche, mit Slogans wie „Der Damentag zieht alle an“, „Ein Abend so schön wie die Frauen – Mittwoch ist Damentag“ oder „Vorrang für Damen – am Donnerstag“ oder „Wünsch dir was! Jetzt beim Damentag“. Eine Printwerbung zeige unter dem Titel „Frauen haben nicht nur Glück im Spiel“ eine Frau beim Kartenspiel, umringt von mehreren Männern. Auch speziell junges Publikum werde gezielt mit Aktionen wie „Hörsaal Poker Series“ oder „Poker für Rookies“ angesprochen. Durch die Augestaltung der Werbung werde das beworbene Glücksspiel verharmlost und ihm ein positives Image verliehen, mit Slogans wie „Ein Gewinn für die Kultur!... Wir von C***** unterstützen wichtige Institutionen wie die B***** Festspiele“, „Ein Gewinn für Österreich ... C***** kauft im eigenen Land und sorgt damit für eine jährliche Wertschöpfung von fast 700 Mio EUR“, oder „Ein Gewinn für den Sport! ... und zugleich auch dem Nachwuchs eine Chance bietet“, „Ein Gewinn für die Gesellschaft! C***** unterstützt diese wichtige Einrichtung durch Spenden“, oder „Ein Gewinn für die Umwelt!... Wir als Ö***** unterstützen das Programm lebendige Flüsse des WWF Österreich ...“. Auch unter dem Werbeslogan „manches möglich machen ...“ hätten sich die Ö***** GmbH mit Tier-, Kultur-, Sport-, Sozial-, Naturschutz- und Selbstforschungsprojekten in Verbindung gebracht und als deren Partner beworben. Daneben seien in den Zeitungen Beiträge geschaltet worden, die einem Zeitungsbericht bewusst ähnelten, und inhaltlich über die Unterstützung von sozialen Projekten durch die Ö***** GmbH „berichteten“. Diese Artikel stünden unter Überschriften wie „Gipfelfürst für guten Zweck, C***** unterstützt die V***** Gala“, „L*****: Viel Freude und Begeisterung über ein Sozialprojekt“, „Ö***** unterstützen die Schmetterlingskinder“ usw. Weiters würden bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht gestellt und als „automatisch“ oder zumindest als „leicht“ angepriesen, mit Slogans wie „Automatisch Millionär werden mit dem neuen Automaten spiel von C*****“, „Ein leicht

zu knackender Tresor“, „Joker Fix – viermal 500.000 EUR garantiert“. Andere Slogans seien zB „Lotto sichert ihre Pension“, „Mit Kreuzerl ins Paradies“, „Weihnachtskasse wird aufgefettet“, „Auf zum Inselflussverkauf“, „One-Way-Ticket ins Paradies“.

Dagegen konnte das Erstgericht nicht feststellen, dass von 2009 bis 2012 kriminelle oder betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit Glücksspielen und Spielsucht in Österreich ein erhebliches Problem dargestellt hätten.

Es gelangte rechtlich zum Ergebnis, dass die Werbung der Ö***** GmbH und der C***** AG den Vorgaben der Judikatur des EuGH nicht gerecht würden. Sie rege aktiv zur Teilnahme am Spiel an, verharmlose dieses konsequent und spiele bewusst mit den Sehnsüchten der Spieler. Aufgrund der aggressiven Bewerbung der vom Monopolisten angebotenen Glücksspiele könne die mit dem Glücksspielmonopol einhergehende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht gerechtfertigt werden.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung wiederum (wie schon im ersten Rechtsgang) im klagsstattgebenden Sinne ab. Die bekämpfte Ausführung des Erstgerichts in den Feststellungen, wonach die von den Ö***** GmbH und der C***** AG betriebene Werbung nicht maßvoll gewesen sei und nicht ausschließlich dazu gedient habe, Verbraucher den kontrollierten Spielnetzwerken zuzuführen, sondern im Gegenteil darauf abgezielt habe, den natürlichen Spieltrieb der Menschen zu fördern, um sie damit zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, änderte das Berufungsgericht unter Hinweis darauf, dass sie auf mittelbarer Beweisaufnahme beruhe und daher ohne Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung überprüft werden könne, dahin ab, dass nicht festgestellt werden könne, dass die von der Ö***** GmbH und der C***** AG betriebene Werbung nicht ausschließlich dazu gedient hätte, Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Ebenso wenig könne festgestellt werden, dass die Werbung der genannten Konzessionärinnen über das für eine Kanalisierung zum legalen Spiel nötige Maß hinausgehend den natürlichen Spieltrieb der Menschen habe fördern sollen, um sie zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen.

Weiters fügte das Berufungsgericht hinzu, dass in den Jahren 2009 bis 2011 in Österreich ein im wesentlichen Umfang illegales Angebot an Casinospielen im Internet bestanden habe.

Zur Würdigung dieses „geänderten Sachverhalts“ setzte sich das Berufungsgericht umfangreich mit den bereits vom Erstgericht herangezogenen und dort zitierten Urkunden über Werbekampagnen der Ö***** GmbH bzw C***** AG auseinander und meinte insgesamt, dass bei der vorliegenden Beweislage keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Werbung inkohärent zu den Zielen des Glücksspielgesetzes sei. Für den Zeitraum 2009 bis 2011 biete die Beweislage keinen tauglichen Anhaltspunkt dafür, dass die Konzessionärinnen eine Expansionspolitik verfolgt und dazu eine über das zur Erreichung eines Kanalisierungseffekts vom illegalen hin zum legalen Angebot nötige Maß hinausgehende Produktwerbung betrieben haben. Es sei zu den entsprechenden Behauptungen der Beklagten eine non-liquet-Situation anzunehmen. Im zu beurteilenden Zeitraum von 2009 bis 2011 habe ein wesentlicher Umfang illegalen Angebots an Casinospielen im Internet bestanden, womit unkontrolliertes Spielen ohne Weiteres möglich gewesen sei, das zu einer Begleitkriminalität führen könne. Dies zeige der hier vorliegende Fall der Veruntreuung des eingesetzten Geldes durch den Kläger. Das Glücksspielmonopol diene zweifellos dazu, derartige Kriminalität zu bekämpfen. Es bewirke ferner, dass die Gelegenheit zum Spiel verringert werde. Nur so könnten Mitbewerber, die in Österreich über keine Lizenz verfügten, als illegal qualifiziert und vom Glücksspielmarkt verdrängt werden. Außerdem wirke die Rückforderbarkeit der Spielverluste gegenüber illegalen Glücksspielbetreibern präventiv. Die Beklagte habe nicht nachweisen können, dass die Konzessionärinnen inkohärent werben würden, was zu ihren Lasten gehe. Es sei daher davon auszugehen, dass das Glücksspielmonopol unionsrechtskonform sei, weshalb die Beklagten dem Kläger seinen Spielverlust zurückzahlen hätten.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision zu, weil die Frage, ob die Konzessionärinnen das Glücksspielmonopol im Zeitraum 2009 bis 2011 unionskonform praktiziert hätten, eine solche von „grundsätzlicher Bedeutung“ sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der beklagten Parteien mit dem Abänderungsantrag, die erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt und überdies eine Vorlage an den EuGH angeregt.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die ordentliche Revision zurückzuweisen, in eventu, die zweitinstanzliche Entscheidung zu bestätigen.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grundzulässig; sie ist auch abermalsberechtigt im Sinne des gestellten Aufhebungsantrags.

I. Revisionsvorbringen:römisch eins. Revisionsvorbringen:

Die Revisionswerber meinen in ihrer Zulassungsrüge, dass das Berufungsgericht die Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts unrichtig anwende und zu Unrecht davon ausgehe, dass das österreichische Glücksspielmonopol gerechtfertigt sei. Das Berufungsgericht habe eine Beweiswiederholung ohne Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen und unter Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durchgeführt. Die Beweisrüge des Klägers in der Berufung sei nicht gesetzmäßig ausgeführt gewesen, weil sie sich gegen die zwar in den Feststellungen des Erstgerichts enthaltene, aber in Wahrheit eine rechtliche Beurteilung darstellende Äußerung gerichtet habe, dass die Werbung der Ö***** GmbH und der C***** AG nicht maßvoll gewesen sei und auch nicht ausschließlich dazu gedient habe, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern im Gegenteil darauf abgezielt habe, den natürlichen Spieltrieb der Menschen zu fördern, um sie damit zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen.

Neben Ausführungen zur Verwertbarkeit eines Privatgutachtens und zur Unterlassung der Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachbereich der Werbepsychologie meinen die Revisionswerber weiter, dass das Berufungsgericht unter Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und ohne Wiederholung sämtlicher im erstinstanzlichen Verfahren herangezogener Beweise nur den Inhalt einzelner Werbemaßnahmen festgestellt und es verabsäumt habe, den Umfang, Inhalt, die Wirkung und das Ziel aller vorgelegten Werbungen festzustellen, weshalb es auch keine umfassende rechtliche Beurteilung des Werbeverhaltens vornehmen habe können. Die Wirkung der Werbemaßnahmen sei keine Tatsachen-

sondern eine Rechtsfrage. Das Berufungsgericht habe keine Beweiswiederholung vorgenommen, aber dennoch abweichend vom Erstgericht festgestellt, dass in den Jahren 2009 bis 2011 in Österreich im wesentlichen Umfang illegales Angebot an Casinospiele im Internet bestanden habe. Das Berufungsgericht hätte gemäß § 473a ZPO vorgehen müssen, weil die Beklagten nicht gehalten gewesen seien, den durch die abweichende Entscheidung des Berufungsgerichts relevanten Verfahrensmangel des erstinstanzlichen Verfahrens in Bezug auf die unterlassene Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens zu rügen. Neben Ausführungen zur Verwertbarkeit eines Privatgutachtens und zur Unterlassung der Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachbereich der Werbepsychologie meinen die Revisionswerber weiter, dass das Berufungsgericht unter Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und ohne Wiederholung sämtlicher im erstinstanzlichen Verfahren herangezogener Beweise nur den Inhalt einzelner Werbemaßnahmen festgestellt und es verabsäumt habe, den Umfang, Inhalt, die Wirkung und das Ziel aller vorgelegten Werbungen festzustellen, weshalb es auch keine umfassende rechtliche Beurteilung des Werbeverhaltens vornehmen habe können. Die Wirkung der Werbemaßnahmen sei keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage. Das Berufungsgericht habe keine Beweiswiederholung vorgenommen, aber dennoch abweichend vom Erstgericht festgestellt, dass in den Jahren 2009 bis 2011 in Österreich im wesentlichen Umfang illegales Angebot an Casinospiele im Internet bestanden habe. Das Berufungsgericht hätte gemäß Paragraph 473 a, ZPO vorgehen müssen, weil die Beklagten nicht gehalten gewesen seien, den durch die abweichende Entscheidung des Berufungsgerichts relevanten Verfahrensmangel des erstinstanzlichen Verfahrens in Bezug auf die unterlassene Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens zu rügen.

In der ausführlichen Rechtsrüge legen die Revisionswerber unter Bezugnahme auf die Judikatur des EuGH und des Obersten Gerichtshofs dar, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Werbepraxis nicht ausreichend seien, um die Rechtssache abschließend rechtlich zu beurteilen. Das Berufungsgericht habe die EuGH-Judikatur über den Kanalisierungsauftrag weg vom illegalen hin zum legalen Glücksspiel unrichtig angewendet und insoweit die absoluten Schranken der Glücksspielwerbung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ignoriert. Auch im Bereich der Schaffung eines positiven Images für Glücksspiel sei die Entscheidung des Berufungsgerichts unrichtig, ebenso in Bezug auf die Verharmlosung des Spiels, die Anregung zur aktiven Teilnahme und das Ansprechen neuer Zielgruppen. Sekundäre Feststellungsmängel bestünden, weil die Beklagten umfassendes Vorbringen zum Werbeverhalten der Konzessionärin erstattet und diese mittels DVD, Beilage ./39, und einer Aufstellung, Beilage ./40, aufgelistet hätten. Das Berufungsgericht habe davon nur einen geringen Teil zum Gegenstand seiner Feststellungen gemacht. Auch gehe das Berufungsgericht unzulässigerweise von einer gelockerten Kohärenzprüfung für Onlineangebote aus. Insgesamt erfülle die Werbung der Konzessionsinhaber die Vorgaben des EuGH nicht.

Weiters verweisen die Revisionswerberinnen darauf, dass das Berufungsgericht keine im Sinne der Rechtsprechung des EuGH notwendige Untersuchung zur möglichen Kriminalitätsproblematik und zu einer allfälligen Abhilfe durch ein Monopolsystem mit kontrollierter Expansion durchgeführt habe. Es habe vielmehr zur diesbezüglichen Negativfeststellung des Erstgerichts ohne Beweiswiederholungsbeschluss und ohne jeglichen weiteren Nachweis auf den diesem Verfahren zugrunde liegenden Einzelfall der Veruntreuung des eingesetzten Geldes durch den Kläger verwiesen. Die Frage sei aber, ob allgemein kriminelle und betrügerische Aktivitäten im jeweils entscheidungserheblichen Zeitraum im Zusammenhang mit Spielen und Spielsucht ein erhebliches Problem gewesen seien. Eine Prüfung in diesem Umfang sei unterblieben.

Weiters habe das Berufungsgericht die Kohärenz der gesamten staatlichen Glücksspielpolitik im Sinne der Judikatur des EuGH nicht geprüft. Das Kohärenzerfordernis bestehe nicht nur für ein isoliert betrachtetes Glücksspielsegment (vertikale Kohärenz), sondern auch im Vergleich verschiedener Spielformen (horizontale Kohärenz). In Österreich sei sowohl die horizontale als auch die vertikale Kohärenz gemessen an der Judikatur des EuGH nicht gegeben. Die Normierung des Glücksspielsektors in Österreich weise ein erhebliches Maß an Inkohärenz insofern auf, weil Glücksspiele mit gleichartigem Gefahrenpotenzial, wie zB Sportwetten, völlig unterschiedlich reguliert seien. Auch das Onlineglücksspiel selbst sei im hohen Maß inkongruent geregelt. Weiters könnten unter bestimmten Voraussetzungen Sportwetten in Österreich auch über das Internet von jedermann ohne strenge Kontrolle angeboten werden. Überdies sei das Erfordernis der EuGH-Judikatur nach der Eignung der spezifischen Alleinkonzessionsregelung nicht geprüft worden. Eine Monopol- bzw Alleinkonzessionierungsregelung im Onlineglücksspiel sei grundsätzlich nicht geeignet, zur Zielerreichung des Spielerschutzes durch Begrenzung der Wettstätigkeiten beizutragen. Eine weitere Rechtsfrage in diesem Zusammenhang sei, ob der normative Aufsichtsrahmen für die Geschäfts- und Werbepolitik des Alleinkonzessionärs geeignet sei, zum Ziel des Spielerschutzes beizutragen. Selbst ein rechtlicher Rahmen, der eine Kontrolle ermögliche, reiche aber nach der Rechtsprechung des EuGH zur Bejahung der Kohärenz noch immer nicht hin, sondern müsse vielmehr weiter geprüft werden – und hätte das Berufungsgericht von Amts wegen prüfen müssen –, ob die Entwicklung des Glücksspielmarkts erkennen lasse, dass die Behörden die Expansion des Glücksspiels sowohl hinsichtlich des Umfangs der von den Inhabern einer ausschließlichen Erlaubnis durchgeführten Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele durch diese Veranstalter wirksam kontrollierten. Die Aufsichtsregelung des § 56 GSpG würde dem nicht gerecht, weil das an der Ö***** GmbH und der C***** AG unmittelbar beteiligte BMF ausschließliche Kontrollinstanz und eine Klagsmöglichkeit der Konsumentenschutzvereine ex lege ausgeschlossen sei. Dazu kämen Versuche des Gesetzgebers, Spielern den Ersatz der ihnen vom Konzessionsinhaber rechtswidrig und schuldhaft zugefügten Schäden vorzuenthalten, wie die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelung von § 25 GSpG durch den VfGH zeige. Es entspreche daher bereits der rechtliche Rahmen den Vorgaben des EuGH nicht.

Weiters habe das Berufungsgericht die Kohärenz der gesamten staatlichen Glücksspielpolitik im Sinne der Judikatur des EuGH nicht geprüft. Das Kohärenzerfordernis bestehe nicht nur für ein isoliert betrachtetes Glücksspielsegment (vertikale Kohärenz), sondern auch im Vergleich verschiedener Spielformen (horizontale Kohärenz). In Österreich sei sowohl die horizontale als auch die vertikale Kohärenz gemessen an der Judikatur des EuGH nicht gegeben. Die Normierung des Glücksspielsektors in Österreich weise ein erhebliches Maß an Inkohärenz insofern auf, weil Glücksspiele mit gleichartigem Gefahrenpotenzial, wie zB Sportwetten, völlig unterschiedlich reguliert seien. Auch das Onlineglücksspiel selbst sei im hohen Maß inkongruent geregelt. Weiters könnten unter bestimmten Voraussetzungen Sportwetten in Österreich auch über das Internet von jedermann ohne strenge Kontrolle angeboten werden. Überdies sei das Erfordernis der EuGH-Judikatur nach der Eignung der spezifischen Alleinkonzessionsregelung nicht geprüft worden. Eine Monopol- bzw Alleinkonzessionierungsregelung im Onlineglücksspiel sei grundsätzlich nicht geeignet, zur Zielerreichung des Spielerschutzes durch Begrenzung der Wettstätigkeiten beizutragen. Eine weitere Rechtsfrage in diesem Zusammenhang sei, ob der normative Aufsichtsrahmen für die Geschäfts- und Werbepolitik des Alleinkonzessionärs geeignet sei, zum Ziel des Spielerschutzes beizutragen. Selbst ein rechtlicher Rahmen, der eine Kontrolle ermögliche, reiche aber nach der Rechtsprechung des EuGH zur Bejahung der Kohärenz noch immer nicht hin, sondern müsse vielmehr weiter geprüft werden – und hätte das Berufungsgericht von Amts wegen prüfen müssen –, ob die Entwicklung des Glücksspielmarkts erkennen lasse, dass die Behörden die Expansion des Glücksspiels sowohl hinsichtlich des Umfangs der von den Inhabern einer ausschließlichen Erlaubnis durchgeführten Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele durch diese Veranstalter wirksam kontrollierten. Die Aufsichtsregelung des Paragraph 56, GSpG würde dem nicht gerecht, weil das an der Ö***** GmbH und der C***** AG unmittelbar beteiligte BMF ausschließliche Kontrollinstanz und eine Klagsmöglichkeit der Konsumentenschutzvereine ex lege

ausgeschlossen sei. Dazu kämen Versuche des Gesetzgebers, Spielern den Ersatz der ihnen vom Konzessionsinhaber rechtswidrig und schuldhaft zugefügten Schäden vorzuenthalten, wie die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelung von Paragraph 25, GSpG durch den VfGH zeige. Es entspreche daher bereits der rechtliche Rahmen den Vorgaben des EuGH nicht.

Zuletzt regen die Revisionswerber ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH für den Fall an, dass der Oberste Gerichtshof Zweifel an der unionsrechtlich gebotenen und korrekten Vorgangsweise des Berufungsgerichts haben sollte, insbesondere was den von diesem angenommenen relativen Charakter der Werbebeschränkungen (abhängig vom jeweiligen Werbeverhalten der nichtkonzessionierten Betreiber) angehe.

II. Vorbringen in der Revisionsbeantwortung:römisch zwei. Vorbringen in der Revisionsbeantwortung:

Der Kläger erachtet seine Beweistrübe in der Berufung als gesetzmäßig ausgeführt. Selbst wenn nicht, könne aber diese Tatsache ebenso wie die Frage der Verwertbarkeit eines Privatgutachtens niemals dazu führen, dass eine Beweiswiederholung unzulässig wäre. Die von den Beklagten behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens sei nicht entscheidungserheblich und liege auch nicht vor. Überdies könnten Verfahrensmängel des Erstgerichts im Revisionsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden. Das beantragte Sachverständigengutachten der beklagten Parteien sei präkludiert, das Berufungsgericht habe keine Pflicht zur amtswegigen Beweisaufnahme getroffen.

Der Maßstab für die Bewertung des Umfangs der Werbetätigkeit der Konzessionärin sei zum überwiegenden Teil vom Auftreten der nicht kontrollierten Spielnetzwerke abhängig. Nach der Rechtsprechung des EuGH habe die Werbung maßvoll und auf das begrenzt zu bleiben, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Deshalb könne eine eng begrenzte Werbung als absolute Voraussetzung nur für den idealtypischen Fall, dass der Konzessionsinhaber auch tatsächlich der einzige Glücksspielanbieter sei, unterstellt werden. Es komme daher darauf an, in welchem Umfeld die Werbung erfolge. Weiters meint der Kläger, dass eine Beweislast, nach der der private Kläger die Vereinbarkeit der nationalen Norm mit dem Unionsrecht zu beweisen hätte, nicht bestehe, sondern wie in jedem Zivilprozess grundsätzlich österreichisches Recht anzuwenden sei. Der Beweis für Ausnahmen von diesem Grundsatz obliege jener Partei, die sich auf die Unanwendbarkeit der nationalen Regelung berufe. Dieser Beweis sei der Beklagten nicht gelungen. Im Übrigen könne das Verhalten privater Wirtschaftsteilnehmer wie der Ö***** GmbH oder der C***** AG, auch wenn sie die einzigen Konzessionsinhaberinnen in Österreich seien, niemals dazu führen, dass ein österreichisches Bundesgesetz, hier insb §§ 14 und 21 GspG, gegen die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit verstoße. Insgesamt sei das Anbieten von Glücksspielen ohne entsprechende Konzession in Österreich weiterhin unzulässig. Der Maßstab für die Bewertung des Umfangs der Werbetätigkeit der Konzessionärin sei zum überwiegenden Teil vom Auftreten der nicht kontrollierten Spielnetzwerke abhängig. Nach der Rechtsprechung des EuGH habe die Werbung maßvoll und auf das begrenzt zu bleiben, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Deshalb könne eine eng begrenzte Werbung als absolute Voraussetzung nur für den idealtypischen Fall, dass der Konzessionsinhaber auch tatsächlich der einzige Glücksspielanbieter sei, unterstellt werden. Es komme daher darauf an, in welchem Umfeld die Werbung erfolge. Weiters meint der Kläger, dass eine Beweislast, nach der der private Kläger die Vereinbarkeit der nationalen Norm mit dem Unionsrecht zu beweisen hätte, nicht bestehe, sondern wie in jedem Zivilprozess grundsätzlich österreichisches Recht anzuwenden sei. Der Beweis für Ausnahmen von diesem Grundsatz obliege jener Partei, die sich auf die Unanwendbarkeit der nationalen Regelung berufe. Dieser Beweis sei der Beklagten nicht gelungen. Im Übrigen könne das Verhalten privater Wirtschaftsteilnehmer wie der Ö***** GmbH oder der C***** AG, auch wenn sie die einzigen Konzessionsinhaberinnen in Österreich seien, niemals dazu führen, dass ein österreichisches Bundesgesetz, hier insb Paragraphen 14 und 21 GspG, gegen die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit verstoße. Insgesamt sei das Anbieten von Glücksspielen ohne entsprechende Konzession in Österreich weiterhin unzulässig.

Rechtliche Beurteilung

III. Hiezu wurde erwogen:römisch drei. Hiezu wurde erwogen:

III.1. Zu den geltend gemachten Mangelhaftigkeiten:römisch drei.1. Zu den geltend gemachten Mangelhaftigkeiten:

Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens können nach der ständigen Rechtsprechung mit Revision nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden, soweit sie vom Berufungsgericht bereits verneint oder in der Berufung nicht geltend gemacht wurden (RIS-Jusitz RS0043111; RS0042963).

Will das Berufungsgericht von der Beweiswürdigung des Erstgerichts abgehen, ist es gehalten, sämtliche mit dem fraglichen Beweisthema in Zusammenhang stehende Beweise zu wiederholen (RIS-Justiz RS0043255); dies bedeutet aber nicht, dass in seiner Entscheidung sämtliche Beweismittel ausdrücklich angeführt und bewertet werden müssen. Es ist vielmehr ausreichend, wenn das Berufungsgericht die wesentlichen Grundlagen für seine Beweiswürdigung darlegt (RIS-Justiz RS0040180 [T1]; RS0040165 [T4]). Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts selbst ist nicht revisibel (RIS-Justiz RS0043371; 17 Ob 21/10b, SZ 2011/49), und zwar auch dann nicht, wenn das Berufungsgericht eigene Feststellungen trifft (17 Ob 21/10b).

Die Zuordnung einzelner Teile eines Urteils zu den Feststellungen hängt nicht vom Aufbau des Urteils ab (RIS-Justiz RS0043110). Die vom Berufungsgericht hier abgeänderten „Feststellungen“ zur Werbung sind aber in Wahrheit (nur) eine zusammenfassende Wertung der sonstigen vom Erstgericht unbekämpft zu diesem Themenbereich getroffenen Feststellungen und daher in Wahrheit eine – vom Berufungsgericht abweichend zum Erstgericht vorgenommene – Beurteilung einer der wesentlichen Rechtsfragen dieses Verfahrens.

Ein entscheidungserheblicher Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens in diesem Zusammenhang ist daher zu verneinen.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass im relevanten Zeitraum in Österreich illegales – also konzessionslosen – Angebot an Casinospielen im Internet bestand, ist offenkundig und wohl schon im Hinblick auf den hier vorliegenden Prozess unbestritten; ob dessen Umfang „wesentlich“ war, ist schon wegen der Unbestimmtheit dieser Angabe nicht entscheidungserheblich.

Letztlich ist auch die Prüfung, ob zur Gewinnung der erforderlichen Feststellungen noch weitere Beweise – zB wie hier moniert: Sachverständigengutachten – notwendig sind, ein Akt der irreversiblen Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0043414).

III.2. Zu den Aufträgen in der Vorentscheidung römisch drei.2. Zu den Aufträgen in der Vorentscheidung:

Der erkennende Senat hat in seiner Vorentscheidung 2 Ob 243/12t den Vorinstanzen aufgetragen, Feststellungen zu den Vorgaben des EuGH insbesondere in der Entscheidung Dickinger/Ömer (C-347/09) zu treffen. Dies sind nach Punkt IV.17. (S 27) vor allem 1. das Kriterium, ob staatliche Kontrollen über die Tätigkeit des Monopolisten gewährleisten können, dass dieser in der Lage ist, die geltend gemachten Ziele des Glücksspielmonopols in kohärenter und systematischer Weise verfolgen zu können; ob 2. im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten in Zusammenhang mit Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem waren und die Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeit diesem Problem hätte abhelfen können und, ob 3. die vom Inhaber des staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt war, was erforderlich war, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Der erkennende Senat hat in seiner Vorentscheidung 2 Ob 243/12t den Vorinstanzen aufgetragen, Feststellungen zu den Vorgaben des EuGH insbesondere in der Entscheidung Dickinger/Ömer (C-347/09) zu treffen. Dies sind nach Punkt römisch vier.17. (S 27) vor allem 1. das Kriterium, ob staatliche Kontrollen über die Tätigkeit des Monopolisten gewährleisten können, dass dieser in der Lage ist, die geltend gemachten Ziele des Glücksspielmonopols in kohärenter und systematischer Weise verfolgen zu können; ob 2. im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten in Zusammenhang mit Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem waren und die Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeit diesem Problem hätte abhelfen können und, ob 3. die vom Inhaber des staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt war, was erforderlich war, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken.

Der erkennende Senat hat überdies ausdrücklich darauf verwiesen, dass nicht jede Werbemaßnahme für sich nach Sektoren, sondern die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionärinnen zu betrachten sei und letztlich darauf, dass zwar von den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung im Zivilprozess auszugehen sei, dies staatliche Stellungnahmen im Sinne der Entscheidung 1 Ob 71/13t aber nicht ausschließe.

III.3. Zur Behauptungs- und Beweislast römisch drei.3. Zur Behauptungs- und Beweislast:

III.3.1. Diesen letzten Aspekt hat der 4. Senat in 4 Ob 200/14m unter dem Blickwinkel der Behauptungs- und Beweislast dahingehend weiterentwickelt, dass grundsätzlich die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen sei. Könnten aber bei Regelungen, bei denen sowohl der Wortlaut als auch die

erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers gegen die Annahme eines Verstoßes gegen Unionsrecht sprächen, ausnahmsweise tatsächliche Umstände zu einem anderen Ergebnis führen, habe sich diese Prüfung grundsätzlich an den diesbezüglichen Parteienbehauptungen zu orientieren. Dabei treffe den Beklagten die Behauptungspflicht, weil es sich beim Einwand der Unionsrechtswidrigkeit um einen anspruchsvernichtenden handle (vgl auch RIS-Justiz RS0106638; RS0109287). Da allerdings die Geltung oder Anwendbarkeit eines Gesetzes letztlich nicht von Behauptungen oder Beweisanboten einer Partei abhängen könne, werde das Erstgericht dann, wenn es aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechts haben sollte, auch von Amts wegen entsprechende Beweise aufnehmen und Feststellungen zu treffen haben. Verblieben letztendlich Zweifel über die zu prüfenden Tatsachen, liege also ein non-liquet vor, gehe das zu Lasten der damit beweisbelastenden Partei (RIS-Justiz RS0037797). Da nach der Rechtsprechung des EuGH die Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes auch von tatsächlichen Umständen abhängen (C-390/12p Pfleger; 4 Ob 145/14y; VwGH Ro 2014/17/0120), und danach die einschlägigen Regelungen in ihrer Gesamtheit dazu führen müssten, dass die Gelegenheit zum Spiel verringert und die damit verbundene Kriminalität bekämpft werde, und diese Bedingung etwa dann nicht erfüllt wäre, wenn es trotz der vordergründig restriktiven Ausgestaltung des Glücksspielrechts – auch unter Bedachtnahme auf die Landesausspielungen und die konkrete Geschäftstätigkeit von Konzessionären – zu einer Ausweitung der Spielsucht gekommen wäre, müssten zwar einerseits die Parteien in erster Instanz ein konkretes, mit Beweisanboten belegtes Vorbringen erstatten, sei aber andererseits auch dem Bund Gelegenheit zu geben, sich dazu in Form einer gutachterlichen Stellungnahme zu äußern (vgl auch 4 Ob 55/15i, 1 Ob 71/13t).

römisch drei.3.1. Diesen letzten Aspekt hat der 4. Senat in 4 Ob 200/14m unter dem Blickwinkel der Behauptungs- und Beweislast dahingehend weiterentwickelt, dass grundsätzlich die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen sei. Könnten aber bei Regelungen, bei denen sowohl der Wortlaut als auch die erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers gegen die Annahme eines Verstoßes gegen Unionsrecht sprächen, ausnahmsweise tatsächliche Umstände zu einem anderen Ergebnis führen, habe sich diese Prüfung grundsätzlich an den diesbezüglichen Parteienbehauptungen zu orientieren. Dabei treffe den Beklagten die Behauptungspflicht, weil es sich beim Einwand der Unionsrechtswidrigkeit um einen anspruchsvernichtenden handle vergleiche auch RIS-Justiz RS0106638; RS0109287). Da allerdings die Geltung oder Anwendbarkeit eines Gesetzes letztlich nicht von Behauptungen oder Beweisanboten einer Partei abhängen könne, werde das Erstgericht dann, wenn es aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechts haben sollte, auch von Amts wegen entsprechende Beweise aufnehmen und Feststellungen zu treffen haben. Verblieben letztendlich Zweifel über die zu prüfenden Tatsachen, liege also ein non-liquet vor, gehe das zu Lasten der damit beweisbelastenden Partei (RIS-Justiz RS0037797). Da nach der Rechtsprechung des EuGH die Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes auch von tatsächlichen Umständen abhängen (C-390/12p Pfleger; 4 Ob 145/14y; VwGH Ro 2014/17/0120), und danach die einschlägigen Regelungen in ihrer Gesamtheit dazu führen müssten, dass die Gelegenheit zum Spiel verringert und die damit verbundene Kriminalität bekämpft werde, und diese Bedingung etwa dann nicht erfüllt wäre, wenn es trotz der vordergründig restriktiven Ausgestaltung des Glücksspielrechts – auch unter Bedachtnahme auf die Landesausspielungen und die konkrete Geschäftstätigkeit von Konzessionären – zu einer Ausweitung der Spielsucht gekommen wäre, müssten zwar einerseits die Parteien in erster Instanz ein konkretes, mit Beweisanboten belegtes Vorbringen erstatten, sei aber andererseits auch dem Bund Gelegenheit zu geben, sich dazu in Form einer gutachterlichen Stellungnahme zu äußern vergleiche auch 4 Ob 55/15i, 1 Ob 71/13t).

III.3.2. Im vorliegenden Fall hat nun das Erstgericht im 2. Rechtsgang den Parteien Gelegenheit zur Erstattung von solchem Vorbringen gegeben, das von diesen auch umfassend, teils in Form von Rechtsausführungen, teils durch Tatsachenvorbringen samt Beweisvorlagen und -anboten, genutzt wurde.

römisch drei.3.2. Im vorliegenden Fall hat nun das Erstgericht im 2. Rechtsgang den Parteien Gelegenheit zur Erstattung von solchem Vorbringen gegeben, das von diesen auch umfassend, teils in Form von Rechtsausführungen, teils durch Tatsachenvorbringen samt Beweisvorlagen und -anboten, genutzt wurde.

Das Erstgericht hat davon aber nur die Urkundenbeweise berücksichtigt, weitere sonstige Beweise nicht aufgenommen und auch keine Stellungnahme des Bundes zu den wesentlichen Verfahrensthemen, insbesondere der Frage der Überwachungstätigkeit des Monopolinhabers und zur Kohärenz der Regelung des Glücksspielmonopols, eingeholt und in der Folge umfangreiche Feststellungen zum Werbeverhalten der Konzessionärinnen, cursorische negative Feststellungen zur Kriminalitätsproblematik und keinerlei Feststellungen zur behördlichen Überwachung des Glücksspielmonopols und zur Kohärenz seiner Regelung und Anwendung getroffen.

Damit ist aber eine umfassende Gesamtbeurteilung der Kriterien der Vereinbarkeit eines nationalen Glücksspielmonopols mit Unionsrecht noch immer nicht möglich.

Wenn auch, wie dargelegt, die Vereinbarkeit von nationalem Recht und Unionsrecht als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen ist, sodass sich Fragen der Darlegungspflicht (Behauptungslast) nicht stellen (RIS-Justiz RS0129945), hat der EuGH die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von den tatsächlichen Wirkungen der Regelungen abhängig gemacht. Demnach hat der Staat dem Gericht alle Umstände darzulegen, anhand deren das Gericht sich vergewissern kann, dass diese Bedingungen erfüllt sind. Die Vorlage einer empirischen Untersuchung ist dabei nicht zwingend erforderlich (EuGH C-390/12 Pfleger; 4 Ob 145/14y).

Der erkennende Senat schließt sich der bereits zitierten Rechtsprechung zur Beweislast und der in diesem Zusammenhang notwendigen allfälligen amtswegigen Beweisaufnahme, zumindest aber der Notwendigkeit der Einräumung einer Gelegenheit zur Stellungnahme an den Bund (4 Ob 200/14m, 1 Ob 71/13t), an.

Dies soll dem Bund als Monopolinhaber die Möglichkeit eröffnen, zu den gesamten relevanten Fragen eines allfälligen Verstoßes des österreichischen Glücksspielmonopols gegen Unionsrecht Stellung zu nehmen, insbesondere der faktisch durchgeführten Überwachungstätigkeit der Behörde in Bezug auf die Werbetätigkeit der Konzessionsinhaberinnen und die Frage, ob eine expansive Geschäftspolitik nach der Faktenlage bzw allenfalls auch der Einschätzungen der Behörde zur Eindämmung bestehender (bzw potenzieller?) Kriminalität und von Spielsucht und Spielanreizen notwendig war und mit welchem Ergebnis in welcher Zeit behördliche Interventionen stattfanden oder aufgrund welcher Überlegungen/Datenlage/Einschätzungen solche unterlassen wurden. Aber auch die Frage, aufgrund welcher Überlegungen und empirischer Daten die Kohärenz der Regelung des Glücksspielmonopols in Österreich erreicht und gewährleistet werden sollte und wurde, kann auf diesem Weg geklärt werden.

Diese Stellungnahmemöglichkeit erscheint rechtstaatlich geboten, auch wenn die unlängst vom 4. Senat in seinen Anträgen an den Verfassungsgerichtshof in 4 Ob 31/16m ua vertretene Ansicht, dass diese Werbung im Ergebnis nicht ausschließlich dazu diene, Verbraucher den kontrollierten Spielnetzwerken zuzuführen, sodass insgesamt keine maßvolle Werbung im Sinne der Judikatur des EuGH vorliege, viel für sich hat, vor allem auch, wenn man weiters bedenkt, dass nach den Feststellungen im Verfahren 1 Ob 125/09b aufgrund eines zwischen der Ö***** GmbH und dem dort beklagten Verband, der die herausgeberischen und verlegerischen Interessen der österreichischen Zeitungen zu vertreten hat, die Ö***** GmbH an die dortige beklagte Partei einen Geldbetrag für die positive Berichterstattung über die von ihr durchgeführten Glücksspiele zu zahlen bereit war – im Jahr 2007 zB in Höhe von 3.680.000 EUR –, und dass die Ö***** GmbH mit namentlich nicht genannten anderen Vertragspartnern ähnliche Verträge abgeschlossen hat.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 zweiter Satz ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, zweiter Satz ZPO.

Schlagworte

Europarecht

Textnummer

E115813

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:0020OB00092.155.0628.000

Im RIS seit

14.10.2016

Zuletzt aktualisiert am

14.10.2016

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at