

TE OGH 2012/3/15 6Ob250/11z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.03.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R***** M*****, Italien, vertreten durch Dr. Bernhard Guggenberger, Rechtsanwalt in Innsbruck, als Verfahrenshelfer, gegen die beklagte Partei C***** Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch LANSKY, GANZGER + partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 200.000 EUR sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 1. Juli 2009, GZ 4 R 129/09s-29, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 20. März 2009, GZ 13 Cg 3/08a-24, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 2.403,54 EUR (darin 400,59 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Der Kläger, ein italienischer Staatsangehöriger, begann, nachdem ihm aufgrund eines Unfalls von seiner Versicherung 300.000 EUR ausbezahlt worden waren, Anfang Jänner 2005, in den Casinobetrieben der Beklagten in Innsbruck und Seefeld Roulette zu spielen.

Ab März 2005 war der Kläger fast täglich Casinobesucher der Beklagten, wobei sich seine Einsätze letztlich auf bis zu 400 EUR steigerten und er an mehreren Roulettetischen gleichzeitig spielte. Im Jahr 2006 steigerten sich seine Einsätze noch weiter.

Aufgrund der Häufigkeit seiner Casinobesuche wurde er im August 2006 von einem Mitarbeiter der Beklagten darauf angesprochen, ob er sich das Ganze auch leisten könne. Der Kläger antwortete darauf, er habe von einer Versicherung sehr viel Geld aus einem Unfall bekommen. Der letzte Besuch des Klägers bei der Beklagten fand am 17. 8. 2006 statt.

Die Beklagte hat es unter anderem in den Jahren 2005 und 2006 so gehalten, dass sie nur Inländer den Beschränkungen des § 25 Abs 3 GSpG unterwarf. Der Kläger war in den Jahren 2005 und 2006 geschäftsfähig. Die Beklagte hat es unter anderem in den Jahren 2005 und 2006 so gehalten, dass sie nur Inländer den Beschränkungen des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG unterwarf. Der Kläger war in den Jahren 2005 und 2006 geschäftsfähig.

Der Kläger begehrt von der Beklagten unter Berufung auf § 25 Abs 3 GSpG aus dem Titel des Schadenersatzes 200.000 EUR; diesen Betrag habe er in den Jahren 2005 und 2006 in den Spielcasinos der Beklagten verloren. Der Kläger begehrt von der Beklagten unter Berufung auf Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aus dem Titel des Schadenersatzes 200.000 EUR; diesen Betrag habe er in den Jahren 2005 und 2006 in den Spielcasinos der Beklagten verloren.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass § 25 Abs 3 GSpG in diesen Jahren nur auf österreichische Staatsangehörige anzuwenden gewesen sei. Auf diese Rechtslage habe sie vertrauen dürfen; allfällige Gemeinschaftsrechtswidrigkeiten dieser Bestimmung könnten daher nicht zu ihren Lasten gehen. Im Übrigen bestritt die Beklagte die behaupteten Verluste des Klägers der Höhe nach. Die Beklagte hielt dem entgegen, dass Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in diesen Jahren nur auf österreichische Staatsangehörige anzuwenden gewesen sei. Auf diese Rechtslage habe sie vertrauen dürfen; allfällige Gemeinschaftsrechtswidrigkeiten dieser Bestimmung könnten daher nicht zu ihren Lasten gehen. Im Übrigen bestritt die Beklagte die behaupteten Verluste des Klägers der Höhe nach.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. § 25 Abs 3 GSpG sei in den Jahren 2005 und 2006 nicht auf Ausländer anzuwenden gewesen; dies sei auch nicht gemeinschaftsrechtswidrig gewesen. Im Übrigen könnten Spielverluste des Klägers lediglich in Höhe von 40.000 EUR festgestellt werden. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Paragraph 25, Absatz 3, GSpG sei in den Jahren 2005 und 2006 nicht auf Ausländer anzuwenden gewesen; dies sei auch nicht gemeinschaftsrechtswidrig gewesen. Im Übrigen könnten Spielverluste des Klägers lediglich in Höhe von 40.000 EUR festgestellt werden.

Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung durch das Erstgericht auf und ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu; es fehle an Rechtsprechung zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 12 EGV im Verhältnis zwischen einem Privaten und der ein Monopol ausübenden Beklagten ebenso wie zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung des Ersatzanspruchs nach § 25 Abs 3 GSpG auf das Existenzminimum. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung durch das Erstgericht auf und ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu; es fehle an Rechtsprechung zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Artikel 12, EGV im Verhältnis zwischen einem Privaten und der ein Monopol ausübenden Beklagten ebenso wie zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung des Ersatzanspruchs nach Paragraph 25, Absatz 3, GSpG auf das Existenzminimum.

In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, die Beschränkung des § 25 Abs 3 GSpG in den in den Jahren 2005 und 2006 geltenden Fassungen habe gegen das Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV verstoßen und sei daher unbeachtlich gewesen. Dies hätte auch die mit einem Monopol ausgestattete Beklagte, die damit als Unternehmen im Sinn des Art 86 EGV anzusehen sei, beachten müssen. Als Spielbankmonopolist hätte sich die Beklagte auch über die einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen informieren und dabei die unzulässige Diskriminierung erkennen müssen. Da sie dies nicht getan habe, hafte sie dem Kläger grundsätzlich nach § 25 Abs 3 GSpG aus dem Titel des Schadenersatzes, dies allerdings beschränkt mit dessen Existenzminimum, wobei das Berufungsgericht diese Beschränkung für verfassungskonform hielt. Hinsichtlich der Höhe der vom Kläger erlittenen Verluste trug das Berufungsgericht dem Erstgericht die Verbreiterung des Sachverhalts und sodann die Anwendung des § 273 Abs 1 ZPO auf. In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, die Beschränkung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in den in den Jahren 2005 und 2006 geltenden Fassungen habe gegen das Diskriminierungsverbot des Artikel 12, EGV verstoßen und sei daher unbeachtlich gewesen. Dies hätte auch die mit einem Monopol ausgestattete Beklagte, die damit als Unternehmen im Sinn des Artikel 86, EGV anzusehen sei, beachten müssen. Als Spielbankmonopolist hätte sich die Beklagte auch über die einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen informieren und dabei die unzulässige Diskriminierung erkennen müssen. Da sie dies nicht getan habe, hafte sie dem Kläger grundsätzlich nach Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aus dem Titel des Schadenersatzes, dies allerdings beschränkt mit dessen Existenzminimum, wobei das Berufungsgericht diese Beschränkung für verfassungskonform hielt. Hinsichtlich der Höhe der vom Kläger erlittenen Verluste trug das Berufungsgericht dem Erstgericht die Verbreiterung des Sachverhalts und sodann die Anwendung des Paragraph 273, Absatz eins, ZPO auf.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Beklagten ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig; er ist jedoch nicht berechtigt.

1. Die Vorinstanzen haben, ohne dass dies von den Parteien im Rekursverfahren beanstandet würde, österreichisches

Recht angewendet. Dies ist im Hinblick auf Art 4 Abs 1 und 2, Art 5 Abs 4 lit b, Art 10 Abs 1 lit c des Europäischen Vertragsstatut-Übereinkommens (EVÜ) auch zutreffend.¹ Die Vorinstanzen haben, ohne dass dies von den Parteien im Rekursverfahren beanstandet würde, österreichisches Recht angewendet. Dies ist im Hinblick auf Artikel 4, Absatz eins und 2, Artikel 5, Absatz 4, Litera b,, Artikel 10, Absatz eins, Litera c, des Europäischen Vertragsstatut-Übereinkommens (EVÜ) auch zutreffend.

2.1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) sind alle Glücksspiele als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinn von Art 2 EGV zu qualifizieren, erfüllen sie doch die beiden vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegten Kriterien, nämlich die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung gegen Entgelt und die Erwartung eines Gewinns in Geld. Dabei ist die Tätigkeit des Betriebs von Glücksspielautomaten unabhängig davon, ob sie sich von den die Herstellung, die Einfuhr und den Vertrieb derartiger Geräte betreffenden Tätigkeiten trennen lässt, als Dienstleistung im Sinn des Vertrags (EGV) zu qualifizieren (EuGH 11. 9. 2003, C-6/01 [Anomar]). Dass der Kläger nach den Feststellungen der Vorinstanzen im vorliegenden Fall nicht an Geldspielautomaten, sondern an Roulettetischen der Beklagten gespielt hat, führt zu keinem anderen rechtlichen Ergebnis.²1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) sind alle Glücksspiele als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinn von Artikel 2, EGV zu qualifizieren, erfüllen sie doch die beiden vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegten Kriterien, nämlich die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung gegen Entgelt und die Erwartung eines Gewinns in Geld. Dabei ist die Tätigkeit des Betriebs von Glücksspielautomaten unabhängig davon, ob sie sich von den die Herstellung, die Einfuhr und den Vertrieb derartiger Geräte betreffenden Tätigkeiten trennen lässt, als Dienstleistung im Sinn des Vertrags (EGV) zu qualifizieren (EuGH 11. 9. 2003, C-6/01 [Anomar]). Dass der Kläger nach den Feststellungen der Vorinstanzen im vorliegenden Fall nicht an Geldspielautomaten, sondern an Roulettetischen der Beklagten gespielt hat, führt zu keinem anderen rechtlichen Ergebnis.

2.2. Die Beklagte weist zwar zutreffend daraufhin, dass der EuGH erst jüngst entschieden hat, die Regelung der Glücksspiele gehöre zu jenen Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen; in Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft sei es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihren eigenen Wertordnungen zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben (EuGH 8. 9. 2009, C-42/07 [Liga Portuguesa] EuZW 2009, 689 [Winkelmüller]).

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann jedoch aus dieser Entscheidung nicht der Schluss gezogen werden, die Mitgliedstaaten wären im Bereich der Glücksspiele berechtigt, entgegen Art 12 EGV (nunmehr: Art 18 AEUV) Diskriminierungen aufgrund einer Staatsangehörigkeit zuzulassen (vgl zum eingeschränkten Anwendungsbereich der Entscheidung auch Winkelmüller, EuZW 2009, 689 [Entscheidungsanmerkung]). Der EuGH weist in dieser Entscheidung ja geradezu im Gegenteil im Zusammenhang mit dem Glücksspielbereich ausdrücklich darauf hin, dass die Dienstleistungsfreiheit sowohl zu Gunsten des Dienstleistenden als auch des Dienstleistungsempfängers gilt (ebenso bereits EuGH 31. 1. 1984, 286/82 und 26/83 [Luisi und Carbone] NJW 1984, 1288). Entgegen der Auffassung der Beklagten kann jedoch aus dieser Entscheidung nicht der Schluss gezogen werden, die Mitgliedstaaten wären im Bereich der Glücksspiele berechtigt, entgegen Artikel 12, EGV (nunmehr: Artikel 18, AEUV) Diskriminierungen aufgrund einer Staatsangehörigkeit zuzulassen vergleiche zum eingeschränkten Anwendungsbereich der Entscheidung auch Winkelmüller, EuZW 2009, 689 [Entscheidungsanmerkung]). Der EuGH weist in dieser Entscheidung ja geradezu im Gegenteil im Zusammenhang mit dem Glücksspielbereich ausdrücklich darauf hin, dass die Dienstleistungsfreiheit sowohl zu Gunsten des Dienstleistenden als auch des Dienstleistungsempfängers gilt (ebenso bereits EuGH 31. 1. 1984, 286/82 und 26/83 [Luisi und Carbone] NJW 1984, 1288).

3. Nach Art 12 EGV ist, unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags, in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Diese Bestimmung bindet primär die Gemeinschaft selbst, aber insbesondere auch ihre Mitgliedstaaten (Kucsko-Stadlmayer in Mayer, EU- und EG-Vertrag [2005] Art 12 Rz 24 mwN; Holoubek in Schwarze, EU-Kommentar [2009], Art 12 EGV Rz 34 f). Dennoch beschränkte§ 25 Abs 3 GSpG in der im vorliegenden Fall (2005 und 2006) anzuwendenden Fassung vor BGBl I 126/2008 (in der Folge kurz: aF) die Schutzpflicht der Beklagten gegenüber ihren Casinobesuchern auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige.³ Nach Artikel 12, EGV ist, unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags, in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Diese Bestimmung bindet

primär die Gemeinschaft selbst, aber insbesondere auch ihre Mitgliedstaaten (Kucsko-Stadlmayer in Mayer, EU- und EG-Vertrag [2005] Artikel 12, Rz 24 mwN; Holoubek in Schwarze, EU-Kommentar [2009], Artikel 12, EGV Rz 34 f). Dennoch beschränkte Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in der im vorliegenden Fall (2005 und 2006) anzuwendenden Fassung vor Bundesgesetzblatt Teil eins, 126 aus 2008, (in der Folge kurz: aF) die Schutzpflicht der Beklagten gegenüber ihren Casinobesuchern auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige.

4. Die Beklagte vertritt in ihrem Rekurs in diesem Zusammenhang die Auffassung, § 25 Abs 3 GSpG aF habe Ausländern den Zugang zur Dienstleistung Glücksspiel gerade nicht erschwert und sei daher nicht diskriminierend. 4. Die Beklagte vertritt in ihrem Rekurs in diesem Zusammenhang die Auffassung, Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF habe Ausländern den Zugang zur Dienstleistung Glücksspiel gerade nicht erschwert und sei daher nicht diskriminierend.

4.1. Dies mag zwar insofern zutreffen, als die für Inländer geltende Zugangsbeschränkung des § 25 Abs 3 GSpG aF gegenüber EU-Ausländern (ihrem Wortlaut nach) nicht galt, diesen also einen leichteren Zugang zur Dienstleistung ermöglichte. Allerdings betrifft § 25 Abs 3 GSpG einen Aspekt der „Produktsicherheit“. Evidentermaßen ist die Spielsucht eine (in zahlreichen Mitgliedstaaten und auch von den EU-Organen wahrgenommene [vgl SA Trstenjak 3. 9. 2009, C-304/08 - Plus Warenhandelsgesellschaft - Rn 91]) Gefahr im Umgang mit der Dienstleistung Glücksspiel, die im Hinblick auf ihre Intensität mit einer Sucht nach harten Drogen durchaus vergleichbar ist (Weber, Glücksspiel und Spielsucht, in FS Wimmer [2008] 693 mwN). So wie eine gefährliche Eigenschaft einer Handelsware kann auch die Dienstleistung Glücksspiel sowohl die Gesundheit als auch das Vermögen des Dienstleistungsempfängers, der im Verhältnis zum Casinobetreiber regelmäßig als Verbraucher anzusehen ist, schädigen. 4.1. Dies mag zwar insofern zutreffen, als die für Inländer geltende Zugangsbeschränkung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF gegenüber EU-Ausländern (ihrem Wortlaut nach) nicht galt, diesen also einen leichteren Zugang zur Dienstleistung ermöglichte. Allerdings betrifft Paragraph 25, Absatz 3, GSpG einen Aspekt der „Produktsicherheit“. Evidentermaßen ist die Spielsucht eine (in zahlreichen Mitgliedstaaten und auch von den EU-Organen wahrgenommene [vgl SA Trstenjak 3. 9. 2009, C-304/08 - Plus Warenhandelsgesellschaft - Rn 91]) Gefahr im Umgang mit der Dienstleistung Glücksspiel, die im Hinblick auf ihre Intensität mit einer Sucht nach harten Drogen durchaus vergleichbar ist (Weber, Glücksspiel und Spielsucht, in FS Wimmer [2008] 693 mwN). So wie eine gefährliche Eigenschaft einer Handelsware kann auch die Dienstleistung Glücksspiel sowohl die Gesundheit als auch das Vermögen des Dienstleistungsempfängers, der im Verhältnis zum Casinobetreiber regelmäßig als Verbraucher anzusehen ist, schädigen.

4.2. Bei der Suchtbekämpfung handelt es sich um einen Aspekt des Verbraucherschutzes, der allgemein ein leitendes Ziel des Unionsrechts ist (Art 4 Abs 2 lit f, Art 12, 169 AEUV; Art 153 EGV; vgl auch EuGH 8. 9. 2009, C-42/07 [Liga Portuguesa] Rn 70), ist doch im Rahmen des Verbraucherschutzes auch der Schutz der Gesundheit des Verbrauchers ein wesentlicher Aspekt (vgl nur Art 169 Abs 1 AEUV), und zwar insbesondere auch dort, wo es um den Schutz des Verbrauchers beim „Umgang mit Produkten“ geht (Berg in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Art 153 EGV Rz 11 mwN). Nichts anderes kann aber beim Umgang mit gesundheitsgefährdenden Dienstleistungen gelten; der nur allzu leicht verfügbare süchtige (oder zumindest suchgefährdete) Verbraucher (vgl Weber aaO, der insbesondere auf den Krankheitscharakter der Spielsucht hinweist; vgl auch Dederer, Stürzt das deutsche Sportwettenmonopol über das Bwin-Urteil des EuGH?, NJW 2010, 198) soll gegenüber dem aus der Sucht unmittelbar Profit schlagenden Glücksspielanbieter geschützt werden. Dabei geht es nicht nur um die - freilich ebenso zu schützende - finanzielle (Berg aaO), sondern auch um die psychische (und damit gesundheitliche) Sphäre des Verbrauchers. 4.2. Bei der Suchtbekämpfung handelt es sich um einen Aspekt des Verbraucherschutzes, der allgemein ein leitendes Ziel des Unionsrechts ist (Artikel 4, Absatz 2, Litera f., Artikel 12, 169, AEUV; Artikel 153, EGV; vergleiche auch EuGH 8. 9. 2009, C-42/07 [Liga Portuguesa] Rn 70), ist doch im Rahmen des Verbraucherschutzes auch der Schutz der Gesundheit des Verbrauchers ein wesentlicher Aspekt vergleiche nur Artikel 169, Absatz eins, AEUV), und zwar insbesondere auch dort, wo es um den Schutz des Verbrauchers beim „Umgang mit Produkten“ geht (Berg in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Artikel 153, EGV Rz 11 mwN). Nichts anderes kann aber beim Umgang mit gesundheitsgefährdenden Dienstleistungen gelten; der nur allzu leicht verfügbare süchtige (oder zumindest suchgefährdete) Verbraucher vergleiche Weber aaO, der insbesondere auf den Krankheitscharakter der Spielsucht hinweist; vergleiche auch Dederer, Stürzt das deutsche Sportwettenmonopol über das Bwin-Urteil des EuGH?, NJW 2010, 198) soll gegenüber dem aus der Sucht unmittelbar

Profit schlagenden Glücksspielanbieter geschützt werden. Dabei geht es nicht nur um die - freilich ebenso zu schützende - finanzielle (Berg aaO), sondern auch um die psychische (und damit gesundheitliche) Sphäre des Verbrauchers.

4.3. Der EuGH fasst in ständiger Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots sehr weit auf und prüft regelmäßig, ob eine gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation vorliegt (Kucsko-Stadlmayer/Sporrer in Mayer, EU- und EG-Vertrag [2005] Art 12 Rz 45 mwN und zahlreichen Beispielen). Dass der Betrieb von Glücksspielautomaten und Roulettetischen die Grundfreiheit der Dienstleistung betrifft, wurde bereits ebenso dargestellt (2.1.) wie die Auffassung des EuGH, dass dies auch die passive Dienstleistungsfreiheit betrifft (2.2.). Im Übrigen haben die Einführung eines allgemeinen Rechts auf Freizügigkeit aller Unionsbürger und des Aufenthaltsrechts dazu geführt, dass der Anwendungsbereich des Art 12 EGV beträchtlich erweitert worden ist. Für denjenigen, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, indem er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt und sich dort rechtmäßig aufhält, eröffnet sich der Anwendungsbereich des Vertrags (EGV) und damit auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV. Personen, die von ihrem Recht, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu bewegen und dort aufzuhalten, Gebrauch machen, haben grundsätzlich einen Anspruch darauf, nicht gegenüber den Angehörigen dieses Staats ungleich behandelt zu werden. Im Hinblick auf dieses allgemeine Recht auf freien Verkehr ist es kaum mehr vorstellbar, dass eine mitgliedstaatliche Regelung nicht mehr in den Anwendungsbereich des Vertrags fällt (Holoubek in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Art 12 EGV Rz 16).

4.3. Der EuGH fasst in ständiger Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots sehr weit auf und prüft regelmäßig, ob eine gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation vorliegt (Kucsko-Stadlmayer/Sporrer in Mayer, EU- und EG-Vertrag [2005] Artikel 12, Rz 45 mwN und zahlreichen Beispielen). Dass der Betrieb von Glücksspielautomaten und Roulettetischen die Grundfreiheit der Dienstleistung betrifft, wurde bereits ebenso dargestellt (2.1.) wie die Auffassung des EuGH, dass dies auch die passive Dienstleistungsfreiheit betrifft (2.2.). Im Übrigen haben die Einführung eines allgemeinen Rechts auf Freizügigkeit aller Unionsbürger und des Aufenthaltsrechts dazu geführt, dass der Anwendungsbereich des Artikel 12, EGV beträchtlich erweitert worden ist. Für denjenigen, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, indem er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt und sich dort rechtmäßig aufhält, eröffnet sich der Anwendungsbereich des Vertrags (EGV) und damit auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikel 12, EGV. Personen, die von ihrem Recht, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu bewegen und dort aufzuhalten, Gebrauch machen, haben grundsätzlich einen Anspruch darauf, nicht gegenüber den Angehörigen dieses Staats ungleich behandelt zu werden. Im Hinblick auf dieses allgemeine Recht auf freien Verkehr ist es kaum mehr vorstellbar, dass eine mitgliedstaatliche Regelung nicht mehr in den Anwendungsbereich des Vertrags fällt (Holoubek in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Artikel 12, EGV Rz 16).

4.4. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann also nicht davon ausgegangen werden, § 25 Abs 3 GSpG aF sei aufgrund seiner inhaltlichen Regelungen gegenüber EU-/EWR-Ausländern nicht im Sinn des Art 12 EGV diskriminierend gewesen. Im Übrigen waren bereits vor Inkrafttreten des Glücksspielgesetzes 1989 von den die Spielbankenbetreiber treffenden Schutzpflichten nicht nur Inländer, sondern generell „Spieler“ erfasst (§ 24 Abs 3 GSpG 1962).

4.4. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann also nicht davon ausgegangen werden, Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF sei aufgrund seiner inhaltlichen Regelungen gegenüber EU-/EWR-Ausländern nicht im Sinn des Artikel 12, EGV diskriminierend gewesen. Im Übrigen waren bereits vor Inkrafttreten des Glücksspielgesetzes 1989 von den die Spielbankenbetreiber treffenden Schutzpflichten nicht nur Inländer, sondern generell „Spieler“ erfasst (Paragraph 24, Absatz 3, GSpG 1962).

5. Der Gesetzgeber hat mit Wirkung ab 1. 1. 2009 § 25 Abs 3 GSpG (wieder) dahin abgeändert, dass sich die Schutzpflicht der Beklagten gegenüber ihren Casinobesuchern nicht mehr nur auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige, sondern auf Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union erstreckt (BGBl I 126/2008). Strejcek/Bresich (GSpG 19891 [2009] § 25 Rz 56 ff) meinen, daraus sei „rechtslogisch“ nicht auf eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 25 Abs 3 GSpG aF zu schließen; rechtspolitisches Motiv könnte auch gewesen sein, dem Gemeinschaftsrecht „besser“ zu entsprechen, habe doch die Einbeziehung von EU-/EWR-Bürgern im Ermessen des Gesetzgebers gelegen.

5. Der Gesetzgeber hat mit Wirkung ab 1. 1. 2009 Paragraph 25, Absatz 3, GSpG (wieder) dahin abgeändert, dass sich die Schutzpflicht der Beklagten gegenüber ihren Casinobesuchern nicht mehr nur auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige, sondern auf Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union erstreckt (Bundesgesetzblatt Teil eins, 126 aus 2008,). Strejcek/Bresich (GSpG 19891 [2009] Paragraph 25,

Rz 56 ff) meinen, daraus sei „rechtslogisch“ nicht auf eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF zu schließen; rechtspolitisches Motiv könnte auch gewesen sein, dem Gemeinschaftsrecht „besser“ zu entsprechen, habe doch die Einbeziehung von EU-/EWR-Bürgern im Ermessen des Gesetzgebers gelegen.

Diesen Ausführungen vermag sich der erkennende Senat aufgrund der zu 4. dargelegten Rechtslage nicht anzuschließen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber zwar mit BGBl I 126/2008 die 3. Geldwäsche-Richtlinie umsetzen wollen (vgl Bericht des Finanzausschusses zum Initiativantrag 837/A); zu diesem Zeitpunkt lag jedoch bereits die Regierungsvorlage zur GSpG-Novelle 2007 vor, die ebenfalls eine (inhaltsgleiche) Ausdehnung des Schutzes auf Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Staats des Europäischen Wirtschaftsraums in § 25 Abs 3 GSpG enthielt. In dieser Regierungsvorlage wird dazu ausdrücklich ausgeführt: „Das österreichische Glücksspielgesetz wurde im Zuge des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2005/4906 und 2006/4265 von der Europäischen Kommission einer Überprüfung unterzogen. Dabei hat Österreich im Sinne der Rechtssache Placanica die grundsätzliche Konsistenz seines Glücksspielrechts im Hinblick auf Spielerschutz und Verhältnismäßigkeit ausführlich begründen und darlegen können. Aus dem Verfahren ergeben sich lediglich zwei 'Anpassungserfordernisse': die bislang auf Inländer beschränkte Spielerschutzbestimmung des § 25 Abs 3 und das Werbeverbot für ausländische Spielbanken.“ Diesen Ausführungen vermag sich der erkennende Senat aufgrund der zu 4. dargelegten Rechtslage nicht anzuschließen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber zwar mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 126 aus 2008, die 3. Geldwäsche-Richtlinie umsetzen wollen vergleiche Bericht des Finanzausschusses zum Initiativantrag 837/A); zu diesem Zeitpunkt lag jedoch bereits die Regierungsvorlage zur GSpG-Novelle 2007 vor, die ebenfalls eine (inhaltsgleiche) Ausdehnung des Schutzes auf Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Staats des Europäischen Wirtschaftsraums in Paragraph 25, Absatz 3, GSpG enthielt. In dieser Regierungsvorlage wird dazu ausdrücklich ausgeführt: „Das österreichische Glücksspielgesetz wurde im Zuge des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2005/4906 und 2006/4265 von der Europäischen Kommission einer Überprüfung unterzogen. Dabei hat Österreich im Sinne der Rechtssache Placanica die grundsätzliche Konsistenz seines Glücksspielrechts im Hinblick auf Spielerschutz und Verhältnismäßigkeit ausführlich begründen und darlegen können. Aus dem Verfahren ergeben sich lediglich zwei 'Anpassungserfordernisse': die bislang auf Inländer beschränkte Spielerschutzbestimmung des Paragraph 25, Absatz 3 und das Werbeverbot für ausländische Spielbanken.“

Da mit BGBl I 126/2008, ohne das dessen Materialien dazu auch nur ein Wort verlieren würden, genau diese „Anpassungserfordernisse“ im Spielerschutz vorgenommen wurden, ist es evident, dass der Gesetzgeber den Spielerschutz nicht nach „Ermessen“ auf EU-/EWR-Bürger ausdehnte, sondern weil § 25 Abs 3 GSpG aF (auch) von ihm als gemeinschaftsrechtswidrig erkannt wurde (zuvor bereits etwa Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² [2006] § 25 Rz 8; vgl auch die Anfragebeantwortung des Bundesministers für Finanzen vom Dezember 2007, 1604/AB XXIII. GP, an die Präsidentin des Nationalrats, worin von „bestehende[n] Zweifel[n] an der Gemeinschaftsrechtskonformität punktueller Vorschriften des österreichischen Glücksspielgesetzes die Rede ist, unter anderem auch hinsichtlich der bisher nur für Inländer geltenden gesetzlichen Spielerschutzstandards“). Da mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 126 aus 2008, „ohne das dessen Materialien dazu auch nur ein Wort verlieren würden, genau diese „Anpassungserfordernisse“ im Spielerschutz vorgenommen wurden, ist es evident, dass der Gesetzgeber den Spielerschutz nicht nach „Ermessen“ auf EU-/EWR-Bürger ausdehnte, sondern weil Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF (auch) von ihm als gemeinschaftsrechtswidrig erkannt wurde (zuvor bereits etwa Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² [2006] Paragraph 25, Rz 8; vergleiche auch die Anfragebeantwortung des Bundesministers für Finanzen vom Dezember 2007, 1604/AB römisch 23 . GP, an die Präsidentin des Nationalrats, worin von „bestehende[n] Zweifel[n] an der Gemeinschaftsrechtskonformität punktueller Vorschriften des österreichischen Glücksspielgesetzes die Rede ist, unter anderem auch hinsichtlich der bisher nur für Inländer geltenden gesetzlichen Spielerschutzstandards“).

Auch Strejcek/Bresich halten nunmehr in der 2011 erschienenen 2. Auflage ihres Kommentars zum GSpG 1989 (§ 25 Rz 61 ff) die Rechtslage nach § 25 Abs 3 GSpG aF offensichtlich für „allenfalls nicht unionsrechtskonform“ Auch Strejcek/Bresich halten nunmehr in der 2011 erschienenen 2. Auflage ihres Kommentars zum GSpG 1989 (Paragraph 25, Rz 61 ff) die Rechtslage nach Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF offensichtlich für „allenfalls nicht unionsrechtskonform“.

6. Der Kläger wendet sich im vorliegenden Verfahren nicht aus dem Titel des Schadenersatzes (Staatshaftung) gegen die Republik Österreich (vgl dazu etwa EuGH 19. 11. 1991, C-6/90 [Francovich]; EuGH 5. 3. 1996, C-46/93 [Brasserie du pêcheur und Factortame]), sondern nimmt die Beklagte unter Bezugnahme auf § 25 Abs 3 GSpG in Anspruch. Dies

setzt allerdings zunächst grundsätzlich voraus, dass Art 12 EGV in den Jahren 2005 und 2006 (auch) auf die Beklagte unmittelbar anwendbar war.⁶ Der Kläger wendet sich im vorliegenden Verfahren nicht aus dem Titel des Schadenersatzes (Staatshaftung) gegen die Republik Österreich vergleiche dazu etwa EuGH 19. 11. 1991, C-6/90 [Francovich]; EuGH 5. 3. 1996, C-46/93 [Brasserie du pêcheur und Factortame]], sondern nimmt die Beklagte unter Bezugnahme auf Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in Anspruch. Dies setzt allerdings zunächst grundsätzlich voraus, dass Artikel 12, EGV in den Jahren 2005 und 2006 (auch) auf die Beklagte unmittelbar anwendbar war.

6.1. Neben der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten verpflichtet Art 12 EGV auch jene natürlichen und juristischen Personen, „deren Handeln den Staaten zugerechnet wird“. Dies betrifft insbesondere beliehene und indienstgenommene Rechtsträger (vgl etwa Grömmner/Oberhofer, „Arbeitsunfall“ bei Beschäftigung von Strafgefangenen durch private Auftraggeber, RdA 1995, 276 mwN). Die Zurechnungskriterien sind dabei dieselben wie für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien (Ruffert in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Art 249 EGV Rz 83 ff mwN), die Abgrenzung des Adressatenkreises des Vertrags (EGV) als solchen und für das Eingreifen der Staatshaftung (Kucsko-Stadlmayer in Mayer, EUV/EGV [2005] Art 12 EGV Rz 24 mwN).
6.1. Neben der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten verpflichtet Artikel 12, EGV auch jene natürlichen und juristischen Personen, „deren Handeln den Staaten zugerechnet wird“. Dies betrifft insbesondere beliehene und indienstgenommene Rechtsträger vergleiche etwa Grömmner/Oberhofer, „Arbeitsunfall“ bei Beschäftigung von Strafgefangenen durch private Auftraggeber, RdA 1995, 276 mwN). Die Zurechnungskriterien sind dabei dieselben wie für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien (Ruffert in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Artikel 249, EGV Rz 83 ff mwN), die Abgrenzung des Adressatenkreises des Vertrags (EGV) als solchen und für das Eingreifen der Staatshaftung (Kucsko-Stadlmayer in Mayer, EUV/EGV [2005] Artikel 12, EGV Rz 24 mwN).

Diese Zurechnungskriterien beziehen sich im Wesentlichen auf jene in Art 86 EGV (nunmehr Art 106 AEUV) bezeichneten Rechtssubjekte (Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Art 86 EGV Rz 11 ff mwN; Lewisch in Mayer, EUV/EGV [2007] Art 86 EGV Rz 15 ff; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG4 [2007], B. Art. 86 im System des EG-Vertrages Rz 56; Pernice/Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union [2009] Art 86 EGV Rz 14 ff; Voet von Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Art 86 EGV Rz 10 ff mwN; Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165, 170 mwN), also jene, die sich wegen ihrer besonderen Befugnisse und ihrer spezifischen Beziehung zum Mitgliedstaat von Privatpersonen unterscheiden und bei denen staatlichen Organen gewisse Ingerenzrechte zustehen (Kucsko-Stadlmayer aaO mwN; Holoubek in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Art 12 EGV Rz 32 f mwN; Lewisch in Mayer EUV/EGV, Art 86 EGV Rz 21; Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165, 168). Die Bindung des Mitgliedstaats darf nicht von der Form abhängen, in der er seine Tätigkeit entfaltet.
Diese Zurechnungskriterien beziehen sich im Wesentlichen auf jene in Artikel 86, EGV (nunmehr Artikel 106, AEUV) bezeichneten Rechtssubjekte (Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Artikel 86, EGV Rz 11 ff mwN; Lewisch in Mayer, EUV/EGV [2007] Artikel 86, EGV Rz 15 ff; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG4 [2007], B. Artikel 86, im System des EG-Vertrages Rz 56; Pernice/Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union [2009] Artikel 86, EGV Rz 14 ff; Voet von Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Artikel 86, EGV Rz 10 ff mwN; Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165, 170 mwN), also jene, die sich wegen ihrer besonderen Befugnisse und ihrer spezifischen Beziehung zum Mitgliedstaat von Privatpersonen unterscheiden und bei denen staatlichen Organen gewisse Ingerenzrechte zustehen (Kucsko-Stadlmayer aaO mwN; Holoubek in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Artikel 12, EGV Rz 32 f mwN; Lewisch in Mayer EUV/EGV, Artikel 86, EGV Rz 21; Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165, 168). Die Bindung des Mitgliedstaats darf nicht von der Form abhängen, in der er seine Tätigkeit entfaltet.

6.2. Nach Art 86 Abs 1 EGV werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Die darin angesprochenen öffentlichen Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten sind demnach unter anderem zur unmittelbaren Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots angehalten (Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG4 (2007), B. Art 86 im System des EG-Vertrages Rz 56; Pernice/Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union [2009] Art 86 EGV Rz 52; Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165, 170 mwN; EuGH 30. 4. 1974, Rs 155/73 [Sacchi]; EuGH 6. 7. 1982, verb Rs 188-190/80, [Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission] Rz 12; nicht ganz eindeutig Lewisch in

Mayer, EUV/EGV, Art 86 Rz 6; Bindung strikt auf die Bereiche einschränkend, in denen auch tatsächliche Einflussnahmemöglichkeit besteht Eilmansberger/Vonkilch, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113, 119 ff); auf die Rechtsform kommt es jedenfalls nicht an.6.2. Nach Artikel 86, Absatz eins, EGV werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Die darin angesprochenen öffentlichen Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten sind demnach unter anderem zur unmittelbaren Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots angehalten (Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG4 (2007), B. Artikel 86, im System des EG-Vertrages Rz 56; Pernice/Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union [2009] Artikel 86, EGV Rz 52; Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165, 170 mwN; EuGH 30. 4. 1974, Rs 155/73 [Sacchi]; EuGH 6. 7. 1982, verb Rs 188-190/80, [Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission] Rz 12; nicht ganz eindeutig Lewisch in Mayer, EUV/EGV, Artikel 86, Rz 6; Bindung strikt auf die Bereiche einschränkend, in denen auch tatsächliche Einflussnahmemöglichkeit besteht Eilmansberger/Vonkilch, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113, 119 ff); auf die Rechtsform kommt es jedenfalls nicht an.

6.2.1. Aus dem Begriff „Unternehmen“, der auch im Rahmen des Art 86 Abs 1 EGV im Sinn des allgemeinen wettbewerbsrechtlichen funktionalen Unternehmensbegriffs verstanden wird (Lewisch in Mayer, EUV/EGV, Art 86 Rz 15), ergibt sich zunächst das Kriterium der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ (Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Art 86 EGV Rz 11 ff mwN; Lewisch in Mayer, EUV/EGV [2007] Art 86 EGV Rz 15 ff; Pernice/Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union [2009] Art 86 EGV Rz 14 ff; Voet von Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV² [2009] Art 86 EGV Rz 10 ff mwN). Eine solche ist bei der das Glücksspiel betreibenden Beklagten unzweifelhaft gegeben.6.2.1. Aus dem Begriff „Unternehmen“, der auch im Rahmen des Artikel 86, Absatz eins, EGV im Sinn des allgemeinen wettbewerbsrechtlichen funktionalen Unternehmensbegriffs verstanden wird (Lewisch in Mayer, EUV/EGV, Artikel 86, Rz 15), ergibt sich zunächst das Kriterium der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ (Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Artikel 86, EGV Rz 11 ff mwN; Lewisch in Mayer, EUV/EGV [2007] Artikel 86, EGV Rz 15 ff; Pernice/Wernicke in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union [2009] Artikel 86, EGV Rz 14 ff; Voet von Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV² [2009] Artikel 86, EGV Rz 10 ff mwN). Eine solche ist bei der das Glücksspiel betreibenden Beklagten unzweifelhaft gegeben.

6.2.2. Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, sind in Art 86 Abs 1 EGV den öffentlichen Unternehmen gleichgestellt. Wegen dieser Gleichstellung liegt das wesentliche Qualifikationsmerkmal sowohl der ausschließlichen als auch der besonderen Rechte darin, dass diese die begünstigten Unternehmen in eine ähnliche Abhängigkeit zum Staat bringen wie öffentliche Unternehmen (Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Art 86 EGV Rz 11 ff mwN). Der EuGH sieht das Wesensmerkmal dieser Unternehmen in ihrer besonderen Rechtsbeziehung zum Staat, die sich von der Rechtsposition sonstiger privater Unternehmen deutlich unterscheidet. Dabei muss es sich um Privilegien für individuell bestimmte Unternehmen handeln. Nicht ausreichend sind Rechte, die von vornherein für eine unbestimmte Vielzahl von Begünstigten geschaffen wurden und jedem zustehen, der die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt (sog unechte Konzessionen; vgl auch Voet von Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV² [2009] Art 86 EGV Rz 21 mwN; Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007], Art 86 EGV Rz 15).6.2.2. Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, sind in Artikel 86, Absatz eins, EGV den öffentlichen Unternehmen gleichgestellt. Wegen dieser Gleichstellung liegt das wesentliche Qualifikationsmerkmal sowohl der ausschließlichen als auch der besonderen Rechte darin, dass diese die begünstigten Unternehmen in eine ähnliche Abhängigkeit zum Staat bringen wie öffentliche Unternehmen (Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007] Artikel 86, EGV Rz 11 ff mwN). Der EuGH sieht das Wesensmerkmal dieser Unternehmen in ihrer besonderen Rechtsbeziehung zum Staat, die sich von der Rechtsposition sonstiger privater Unternehmen deutlich unterscheidet. Dabei muss es sich um Privilegien für individuell bestimmte Unternehmen handeln. Nicht ausreichend sind Rechte, die von vornherein für eine unbestimmte Vielzahl von Begünstigten geschaffen wurden und jedem zustehen, der die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt (sog unechte Konzessionen; vergleiche auch Voet von Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV² [2009] Artikel 86, EGV Rz 21 mwN; Jung in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union³ [2007], Artikel 86, EGV Rz 15).

Besondere und ausschließliche Rechte im Sinn von Art 86 Abs 1 EGV sind daher Regelungen, welche individuell bestimmte Unternehmen privilegieren, eine Sonderbeziehung mit einem Hoheitsträger begründen und gleichzeitig diese Unternehmen in eine Abhängigkeit zu dem Hoheitsträger bringen, die für sonstige private Unternehmen nicht besteht und dem Hoheitsträger einen bestimmenden Einfluss auf deren Geschäftstätigkeit eröffnet (Wernicke in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art 106 AEUV Rz 35; Voet van Vormizeele in Schwarze, EU-Kommentar, Art 86 EGV Rz 20 mit Nachweisen aus der Rsp; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, C. Art 86 Abs 1 Rz 40). Ausschließliche Rechte liegen vor, wenn wirtschaftliche Tätigkeitsbereiche einem Unternehmen unter Ausschluss von Wettbewerbern vorbehalten bleiben. Beispiele hierfür sind staatlich verliehene Monopole, die öffentliche Beleihung von Unternehmen oder ausschließliche Lizenzen für das Angebot bestimmter Leistungen. Besondere Rechte dagegen bestehen in der Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf mehrere Unternehmen ohne Ausschließlichkeitsposition, wodurch diese gegenüber ihren Wettbewerbern begünstigt werden (Jung aaO). Besondere und ausschließliche Rechte im Sinn von Artikel 86, Absatz eins, EGV sind daher Regelungen, welche individuell bestimmte Unternehmen privilegieren, eine Sonderbeziehung mit einem Hoheitsträger begründen und gleichzeitig diese Unternehmen in eine Abhängigkeit zu dem Hoheitsträger bringen, die für sonstige private Unternehmen nicht besteht und dem Hoheitsträger einen bestimmenden Einfluss auf deren Geschäftstätigkeit eröffnet (Wernicke in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Artikel 106, AEUV Rz 35; Voet van Vormizeele in Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 86, EGV Rz 20 mit Nachweisen aus der Rsp; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, C. Artikel 86, Absatz eins, Rz 40). Ausschließliche Rechte liegen vor, wenn wirtschaftliche Tätigkeitsbereiche einem Unternehmen unter Ausschluss von Wettbewerbern vorbehalten bleiben. Beispiele hierfür sind staatlich verliehene Monopole, die öffentliche Beleihung von Unternehmen oder ausschließliche Lizenzen für das Angebot bestimmter Leistungen. Besondere Rechte dagegen bestehen in der Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf mehrere Unternehmen ohne Ausschließlichkeitsposition, wodurch diese gegenüber ihren Wettbewerbern begünstigt werden (Jung aaO).

6.2.3. Die Beklagte erfüllt diese Kriterien (vgl die Beispiele bei Voet van Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Art 86 EGV Rz 24 mwN; ebenso 2 Ob 252/09m ecolx 2010, 556 [Wilhelm]), weil nach § 21 Abs 4 GSpG zwar für Spielbanken (also für Casinos) alle Konzessionen vergeben werden durften (durch BGBl I 73/2010 auf 15 erhöht), derzeit jedoch alle 12 Konzessionen an die Beklagte vergeben sind. Dazu kommt die im Vergleich zum gewöhnlichen Wirtschaftstreibenden stark ausgeprägte Aufsicht durch den Bundesminister für Finanzen (§ 26 Abs 2 GSpG [Bewilligung der Besuchs- und Spielordnung]; § 31 Abs 2 GSpG [Bestellung eines Staatskommissärs]) sowie der Umstand, dass alle wesentlichen Betriebsabläufe (etwa auch der Preis der Eintrittskarten und im Besonderen die Art der Kontrollpflicht für Besucher gemäß § 25 GSpG aF) ausdrücklich im Konzessionsbescheid vorgegeben werden (Strejcek/Bresich, GSpG² [2011] § 25 Rz 67; Klingenbrunner/Bresich, Staatshaftung bei allfälligen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht, <http://zfg.univie.ac.at/2/Texte/staatshaftung.pdf>). 6.2.3. Die Beklagte erfüllt diese Kriterien vergleiche , die Beispiele bei Voet van Vormizeele in Schwarze, EUV/EGV2 [2009] Artikel 86, EGV Rz 24 mwN; ebenso 2 Ob 252/09m ecolx 2010, 556 [Wilhelm]), weil nach Paragraph 21, Absatz 4, GSpG zwar für Spielbanken (also für Casinos) alle Konzessionen vergeben werden durften (durch Bundesgesetzblatt Teil eins, 73 aus 2010, auf 15 erhöht), derzeit jedoch alle 12 Konzessionen an die Beklagte vergeben sind. Dazu kommt die im Vergleich zum gewöhnlichen Wirtschaftstreibenden stark ausgeprägte Aufsicht durch den Bundesminister für Finanzen (Paragraph 26, Absatz 2, GSpG [Bewilligung der Besuchs- und Spielordnung]; Paragraph 31, Absatz 2, GSpG [Bestellung eines Staatskommissärs]) sowie der Umstand, dass alle wesentlichen Betriebsabläufe (etwa auch der Preis der Eintrittskarten und im Besonderen die Art der Kontrollpflicht für Besucher gemäß Paragraph 25, GSpG aF) ausdrücklich im Konzessionsbescheid vorgegeben werden (Strejcek/Bresich, GSpG² [2011] Paragraph 25, Rz 67; Klingenbrunner/Bresich, Staatshaftung bei allfälligen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht, <http://zfg.univie.ac.at/2/Texte/staatshaftung.pdf>).

Weiters ist die Beklagte bei einer allfälligen Entscheidung zur Erweiterung des Geschäftsbetriebs nicht frei. Gemäß § 24a GSpG bedarf die Erweiterung des Geschäftsbetriebs der Bewilligung des BMF, wenngleich diese zu erteilen ist, wenn keine Beeinträchtigung des Spielaufkommens zu befürchten ist. Gemäß § 30 Abs 1 GSpG bedarf jede unmittelbare Verfügung über Anteile an der Beklagten der vorherigen Genehmigung durch den BMF. Dies soll sicherstellen, dass sich die Beteiligungsverhältnisse, die bereits bei der Erteilung der Konzession gemäß § 21 Abs 2 Z 4 GSpG von Bedeutung sind, nicht nachträglich beliebig ändern. § 30 Abs 2 GSpG vervollständigt diese Zielsetzung, indem er dem BMF die Befugnis zuspricht, die Stimmrechte derjenigen Leute mittels Bescheid auszusetzen, die den

Anforderungen nach § 21 Abs 2 Z 4 GSpG nicht mehr entsprechen. Und schließlich besteht im Spielbankenbereich eine Betriebspflicht „für Lebendspiele“ (§ 22 Z 6 GSpG; etwa Roulette, Black Jack udgl [siehe nur Bresich/Klingenbrunner, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59]), die im Konzessionsbescheid festzuschreiben ist; bei Lebendspielen wirkt das Personal der Beklagten an der Spielabwicklung mit (vgl 5 Ob 112/04p). Weiters ist die Beklagte bei einer allfälligen Entscheidung zur Erweiterung des Geschäftsbetriebs nicht frei. Gemäß Paragraph 24 a, GSpG bedarf die Erweiterung des Geschäftsbetriebs der Bewilligung des BMF, wenngleich diese zu erteilen ist, wenn keine Beeinträchtigung des Spielaufkommens zu befürchten ist. Gemäß Paragraph 30, Absatz eins, GSpG bedarf jede unmittelbare Verfügung über Anteile an der Beklagten der vorherigen Genehmigung durch den BMF. Dies soll sicherstellen, dass sich die Beteiligungsverhältnisse, die bereits bei der Erteilung der Konzession gemäß Paragraph 21, Absatz 2, Ziffer 4, GSpG von Bedeutung sind, nicht nachträglich beliebig ändern. Paragraph 30, Absatz 2, GSpG vervollständigt diese Zielsetzung, indem er dem BMF die Befugnis zuspricht, die Stimmrechte derjenigen Leute mittels Bescheid auszusetzen, die den Anforderungen nach Paragraph 21, Absatz 2, Ziffer 4, GSpG nicht mehr entsprechen. Und schließlich besteht im Spielbankenbereich eine Betriebspflicht „für Lebendspiele“ (Paragraph 22, Ziffer 6, GSpG; etwa Roulette, Black Jack udgl [siehe nur Bresich/Klingenbrunner, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59]), die im Konzessionsbescheid festzuschreiben ist; bei Lebendspielen wirkt das Personal der Beklagten an der Spielabwicklung mit (vergleiche 5 Ob 112/04p).

Dies alles bedeutet eine Sonderstellung der Beklagten als Glücksspielanbieterin im Vergleich zu einem gewöhnlichen Wirtschaftstreibenden. Darüber hinaus verfügt die Republik Österreich über das Glücksspielmonopol bezüglich der Spielbanken, wobei die Beklagte einziger Konzessionär ist und damit ausschließlich „Lizenzen“ für das Angebot dieser Leistungen innehat. In zwei Entscheidungen hat der EuGH außerdem ausgesprochen, dass die Betrauung mit ausschließlichen Lizenzen/Befugnissen zur Stellung eines Unternehmens mit ausschließlichen Rechten führt (EuGH 4. 5. 1988, Rs 30/87, *Pompes Funèbres des régions libérées*, Rn 33; EuGH 11. 4. 1989, Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Rn 50).

6.3. Die Beklagte hält eine unmittelbare Anwendung des Art 12 EGV auf sich unter Berufung auf Strejcek/Bresich (GSpG [2009] § 25 Rz 70) für nicht gegeben, komme ihr doch keine quasi-autonome Rechtssetzungsbefugnis zu. Damit verkennt sie aber, dass diese Rechtssetzungsbefugnis nach dem Verständnis des EuGH (vgl etwa Entscheidung vom 30. 4. 1974, Rs 155/73 [Sacchi]) nur bei „echten“ Privaten eine Rolle spielt, die Beklagte jedoch ein Unternehmen im Sinn des Art 86 Abs 1 EGV ist. Dass die Voraussetzungen des Art 86 Abs 1 EGV auch auf die Beklagte zutreffen, wurde bereits klargestellt (6.3.).

6.3. Die Beklagte hält eine unmittelbare Anwendung des Artikel 12, EGV auf sich unter Berufung auf Strejcek/Bresich (GSpG [2009] Paragraph 25, Rz 70) für nicht gegeben, komme ihr doch keine quasi-autonome Rechtssetzungsbefugnis zu. Damit verkennt sie aber, dass diese Rechtssetzungsbefugnis nach dem Verständnis des EuGH (vergleiche etwa Entscheidung vom 30. 4. 1974, Rs 155/73 [Sacchi]) nur bei „echten“ Privaten eine Rolle spielt, die Beklagte jedoch ein Unternehmen im Sinn des Artikel 86, Absatz eins, EGV ist. Dass die Voraussetzungen des Artikel 86, Absatz eins, EGV auch auf die Beklagte zutreffen, wurde bereits klargestellt (6.3.).

6.4. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Beklagte selbst in ihrem Rekurs (Seite 18 f) meint, sie sei ein Unternehmen im Sinn des Art 86 Abs 2 EGV, also ein Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist (zum Vorbringen der Beklagten, eine Anwendung des § 25 Abs 3 GSpG aF [Bonitätsprüfung auch bei Ausländern] hätte die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, vgl 7.2.).

6.4. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Beklagte selbst in ihrem Rekurs (Seite 18 f) meint, sie sei ein Unternehmen im Sinn des Artikel 86, Absatz 2, EGV, also ein Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist (zum Vorbringen der Beklagten, eine Anwendung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF [Bonitätsprüfung auch bei Ausländern] hätte die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, vergleiche 7 Punkt 2.,).

7.1. Weitere Voraussetzung für einen unmittelbaren Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten ist, dass diese den Kläger trotz seiner nichtösterreichischen Staatsangehörigkeit und entgegen dem Wortlaut des § 25 Abs 3 GSpG aF in dessen Sinn schützen hätte müssen. Dazu hat bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dass Art 12 EGV unmittelbar anwendbar ist (EuGH 24. 11. 1998, C-274 [Bickel und Franz]; EuGH 23. 4. 2002, C-234 [Nygard]), ihm daher Anwendungsvorrang gegenüber innerstaatlichem Recht zukommt und nationale Vorschriften, die Inländer gegenüber anderen Unionsbürgern unsachlich bevorzugen, unanwendbar sind (VfGH VfSlg 14.886). Art 12 EGV räumt den Unionsbürgern ein subjektives Recht ein, das vor den innerstaatlichen Gerichten durchsetzbar ist (EuGH 2. 2. 1989, C-

186/87 [Cowan]; 2 Ob 252/09m; ebenso VfGH G 34/10). 7.1. Weitere Voraussetzung für einen unmittelbaren Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten ist, dass diese den Kläger trotz seiner nichtösterreichischen Staatsangehörigkeit und entgegen dem Wortlaut des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF in dessen Sinn schützen hätte müssen. Dazu hat bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dass Artikel 12, EGV unmittelbar anwendbar ist (EuGH 24. 11. 1998, C-274 [Bickel und Franz]; EuGH 23. 4. 2002, C-234 [Nygard]), ihm daher Anwendungsvorrang gegenüber innerstaatlichem Recht zukommt und nationale Vorschriften, die Inländer gegenüber anderen Unionsbürgern unsachlich bevorzugen, unanwendbar sind (VfGH VfSlg 14.886). Artikel 12, EGV räumt den Unionsbürgern ein subjektives Recht ein, das vor den innerstaatlichen Gerichten durchsetzbar ist (EuGH 2. 2. 1989, C-186/87 [Cowan]; 2 Ob 252/09m; ebenso VfGH G 34/10).

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des EuGH vom 19. 1. 2010, C-555/07 (Kücükdeveci) zu verweisen, wonach das Diskriminierungsverbot aufgrund „des Alters ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, da es eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt“ und daher das nationale Gericht, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, erforderlichenfalls Bestimmungen des nationalen Rechts, die diesen Grundsätzen entgegen stehen, unangewendet lassen muss, und zwar auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten (vgl dazu Lehofer, ÖJZ aktuell - EuGH: Allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts verdrängt nationales Recht - auch zwischen Privaten, ÖJZ 2010, 97; Pacic, Rs Kücükdeveci: Der EuGH an der Grenze zur Willkür. Zur Horizontalwirkung von Diskriminierungsverboten, ZAS 2012/4, 19, 22; Reissner, Der ältere Arbeitnehmer - Altersbezogene Schutzbestimmungen im Lichte des Antidiskriminierungsrechts, DRdA 2010, 24, 27; Eilmansberger/Vonkilch, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113, 122). In diesem Fall wird zwar eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit geltend gemacht. Dieses Diskriminierungsverbot wurde jedoch vom EuGH ebenfalls als spezifischer Ausdruck des Gleichheitssatzes identifiziert (EuGH 19. 3. 2002, Rs C-224/00, Kommission/Italien, Rz 14); es wird als einer der zentralen Grundsätze (Kucsko-Stadlmayer in Mayer, EUV/EGV, Art 12 Rz 1) und als Leitmotiv der Verträge bezeichnet (Von Bogdandy in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art 18 AEUV Rz 1). Somit können die Aussagen zum Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters auch auf jenes aufgrund der Staatsangehörigkeit übertragen werden. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des EuGH vom 19. 1. 2010, C-555/07 (Kücükdeveci) zu verweisen, wonach das Diskriminierungsverbot aufgrund „des Alters ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, da es eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt“ und daher das nationale Gericht, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, erforderlichenfalls Bestimmungen des nationalen Rechts, die diesen Grundsätzen entgegen stehen, unangewendet lassen muss, und zwar auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten vergleiche dazu Lehofer, ÖJZ aktuell - EuGH: Allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts verdrängt nationales Recht - auch zwischen Privaten, ÖJZ 2010, 97; Pacic, Rs Kücükdeveci: Der EuGH an der Grenze zur Willkür. Zur Horizontalwirkung von Diskriminierungsverboten, ZAS 2012/4, 19, 22; Reissner, Der ältere Arbeitnehmer - Altersbezogene Schutzbestimmungen im Lichte des Antidiskriminierungsrechts, DRdA 2010, 24, 27; Eilmansberger/Vonkilch, Wer haftet für den unionsrechtswidrig diskriminierenden Gehalt der Haftungsregeln des Glücksspielgesetzes aF?, wbl 2011, 113, 122). In diesem Fall wird zwar eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit geltend gemacht. Dieses Diskriminierungsverbot wurde jedoch vom EuGH ebenfalls als spezifischer Ausdruck des Gleichheitssatzes identifiziert (EuGH 19. 3. 2002, Rs C-224/00, Kommission/Italien, Rz 14); es wird als einer der zentralen Grundsätze (Kucsko-Stadlmayer in Mayer, EUV/EGV, Artikel 12, Rz 1) und als Leitmotiv der Verträge bezeichnet (Von Bogdandy in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Artikel 18, AEUV Rz 1). Somit können die Aussagen zum Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters auch auf jenes aufgrund der Staatsangehörigkeit übertragen werden.

7.2. Die Beklagte hält dem entgegen, sie wäre mit einer Bonitätsprüfung von Ausländern, die eine Berücksichtigung sämtlicher Existenzminimumsregelungen der Mitgliedstaaten erfordert hätte, einer realitätsfremden Verpflichtung unterzogen worden; es existiere auch keine gemeinschaftsweite Auflistung jener Einrichtungen, bei denen um unabhängige und verlässliche Bonitätsauskünfte ersucht werden kann (Seite 17 des Rekurses). Eine Überprüfung aller ausländischen Spieler hätte die Ressourcen der Beklagten im Hinblick auf den Verwaltungsaufwand überspannt; dadurch wären ein ordnungsgemäßer Spielbankbetrieb und ein adäquater Spielerschutz unmöglich gewesen (Seite 18 f des Rekurses).

7.2.1. Zunächst verwundert diese Argumentation der Beklagten insofern, als diese ja jedenfalls seit 1. 1. 2009

ausdrücklich Schutzpflichten auch gegenüber EU-/EWR-Bürgern treffen. Inhaltlich haben sich ihre Verpflichtungen jedoch gegenüber der Rechtslage seit § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl I 105/2005 nicht verändert. Auch die bis 31. 12. 2005 geltende Formulierung des § 25 Abs 3 GSpG ist substantiell (mit Ausnahme der Existenzminimumsregelung) nicht wesentlich anders gelagert gewesen. 7.2.1. Zunächst verwundert diese Argumentation der Beklagten insofern, als diese ja jedenfalls seit 1. 1. 2009 ausdrücklich Schutzpflichten auch gegenüber EU-/EWR-Bürgern treffen. Inhaltlich haben sich ihre Verpflichtungen jedoch gegenüber der Rechtslage seit Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 105 aus 2005, nicht verändert. Auch die bis 31. 12. 2005 geltende Formulierung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG ist substantiell (mit Ausnahme der Existenzminimumsregelung) nicht wesentlich anders gelagert gewesen.

7.2.2. Nach Strejcek/Bresich (GSpG1 [2009] § 25 Rz 56 ff) soll zwar eine Differenzierung nach der Staatsbürgerschaft in § 25 Abs 3 GSpG aF deshalb sachgerecht gewesen sein, weil eine Informationseinholung im Hinblick auf Ausländer nicht durchführbar sei (anders hingegen nunmehr GSpG² [2011] § 25 Rz 66). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: 7.2.2. Nach Strejcek/Bresich (GSpG1 [2009] Paragraph 25, Rz 56 ff) soll zwar eine Differenzierung nach der Staatsbürgerschaft in Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF deshalb sachgerecht gewesen sein, weil eine Informationseinholung im Hinblick auf Ausländer nicht durchführbar sei (anders hingegen nunmehr GSpG² [2011] Paragraph 25, Rz 66). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden:

Vielmehr ist die Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft im Hinblick auf den Informationszugang grundsätzlich als untaugliches Instrument anzusehen (Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² [2006] § 25 Rz 8; vgl zur Entstehungsgeschichte des § 25 Abs 3 GSpG auch Vonkilch, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem „Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz“ - Rien ne va plus?, ÖJZ 2006/30, und Weber, Glücksspiel und Spielsucht, in FS Wimmer [2008] 693). Tatsächlich stehen der Beklagten die für die Erkennung einer Spielsucht relevanten Informationen bei in Österreich wohnenden Ausländern im Wesentlichen im gleichen Ausmaß zur Verfügung, wie dies bei in Österreich ansässigen Inländern der Fall ist. Umgekehrt erhöht die Staatsbürgerschaft eines Auslandsösterreichers nicht den Informationsstand im Hinblick auf suchtrelevante Themen (etwa Überblick über Casinobesuche, Bankinformationen, allenfalls ärztliche [insb psychologische/psychiatrische] Patientendaten udgl). Die Staatsbürgerschaft ist somit in einem Raum der Freizügigkeit des Personenverkehrs kein taugliches Anknüpfungskriterium. Vielmehr ist die Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft im Hinblick auf den Informationszugang grundsätzlich als untaugliches Instrument anzusehen (Schwartz/Wohlfahrt, Glücksspielgesetz² [2006] Paragraph 25, Rz 8; vergleiche zur Entstehungsgeschichte des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG auch Vonkilch, Rückforderung von Glücksspielverlusten nach dem „Ausspielungsbesteuerungsänderungsgesetz“ - Rien ne va plus?, ÖJZ 2006/30, und Weber, Glücksspiel und Spielsucht, in FS Wimmer [2008] 693). Tatsächlich stehen der Beklagten die für die Erkennung einer Spielsucht relevanten Informationen bei in Österreich wohnenden Ausländern im Wesentlichen im gleichen Ausmaß zur Verfügung, wie dies bei in Österreich ansässigen Inländern der Fall ist. Umgekehrt erhöht die Staatsbürgerschaft eines Auslandsösterreichers nicht den Informationsstand im Hinblick auf suchtrelevante Themen (etwa Überblick über Casinobesuche, Bankinformationen, allenfalls ärztliche [insb psychologische/psychiatrische] Patientendaten udgl). Die Staatsbürgerschaft ist somit in einem Raum der Freizügigkeit des Personenverkehrs kein taugliches Anknüpfungskriterium.

7.2.3. Nach § 25 Abs 2 GSpG konnte (und kann) die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs besteht zwar dennoch ein dahin gehender Kontrahierungszwang der Beklagten, dass der Ausschluss eines Spielers vom Spiel nicht willkürlich erfolgen darf; Willkür ist aber nur bei denkbaren oder ausschließlich subjektiven, gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßenden Gründen anzunehmen (6 Ob 48/01d ecolex 2002/193). Bei Bedenken im Hinblick auf eine existenzgefährdende Spielsucht (auch wenn diese nicht durch konkrete Bonitätsauskünfte untermauert ist) ist demnach eine Zutrittsverweigerung nach § 25 Abs 2 GSpG durchaus gedeckt (vgl RIS-JustizRS0110237, wonach maßgeblich die Nachvollziehbarkeit der angegebenen Gründe ist; in diesem Sinn insbesondere auch 1 Ob 175/02w SZ 2002/125). Die Beklagte müsste in einem solchen Fall nach § 25 Abs 3 GSpG nur von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen, den Besucher im Rahmen eines persönlichen Gesprächs zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu befragen; sie ist also nicht ausschließlich auf Bonitätsauskünfte angewiesen. Hätte die Beklagte bei einem EU-/EWR-Ausländer nach einem solchen Gespräch Bedenken im Hinblick auf dessen Spielsucht und verweigerte sie ihm deshalb den Zutritt, wäre im Hinblick auf § 25 Abs 2 GSpG ein Rechtsbruch durch Verstoß gegen

den Kontrahierungszwang auszuschließen. 7.2.3. Nach Paragraph 25, Absatz 2, GSpG konnte (und kann) die Spielbankleitung Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs besteht zwar dennoch ein dahin gehender Kontrahierungszwang der Beklagten, dass der Ausschluss eines Spielers vom Spiel nicht willkürlich erfolgen darf; Willkür ist aber nur bei denkunmöglichen oder ausschließlich subjektiven, gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßenden Gründen anzunehmen (6 Ob 48/01d ecolex 2002/193). Bei Bedenken im Hinblick auf eine existenzgefährdende Spielsucht (auch wenn diese nicht durch konkrete Bonitätsauskünfte untermauert ist) ist demnach eine Zutrittsverweigerung nach Paragraph 25, Absatz 2, GSpG durchaus gedeckt vergleiche RIS-Justiz RS0110237, wonach maßgeblich die Nachvollziehbarkeit der angegebenen Gründe ist; in diesem Sinn insbesondere auch 1 Ob 175/02w SZ 2002/125). Die Beklagte müsste in einem solchen Fall nach Paragraph 25, Absatz 3, GSpG nur von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen, den Besucher im Rahmen eines persönlichen Gesprächs zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu befragen; sie ist also nicht ausschließlich auf Bonitätsauskünfte angewiesen. Hätte die Beklagte bei einem EU-/EWR-Ausländer nach einem solchen Gespräch Bedenken im Hinblick auf dessen Spielsucht und verweigerte sie ihm deshalb den Zutritt, wäre im Hinblick auf Paragraph 25, Absatz 2, GSpG ein Rechtsbruch durch Verstoß gegen den Kontrahierungszwang auszuschließen.

Im Übrigen sah (und sieht) § 25 Abs 3 GSpG ausdrücklich die Möglichkeit vor, bei Unmöglichkeit der Einholung der erforderlichen Auskünfte oder deren Ergebnislosigkeit den Spielteilnehmer gegebenenfalls zu sperren. Im Übrigen sah (und sieht) Paragraph 25, Absatz 3, GSpG ausdrücklich die Möglichkeit vor, bei Unmöglichkeit der Einholung der erforderlichen Auskünfte oder deren Ergebnislosigkeit den Spielteilnehmer gegebenenfalls zu sperren.

7.2.4. Schließlich ist auch nicht erkennbar, weshalb die Durchführung der Bonitätsprüfung bei Ausländern den alltäglichen Betrieb der Beklagten überfordern würde, ist die Prüfung doch nicht bei jedem Besucher, der das Casino betritt, erforderlich, sondern nur bei begründeter Annahme, dass „Häufigkeit und Intensität seiner Teilnahme am Spiel für den Zeitraum, in welchem er mit dieser Intensität und Häufigkeit spielt, das Existenzminimum gefährden“.

8. Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Beschränkung des § 25 Abs 3 GSpG aF auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige, gemeinschaftsrechtswidrig war und die Beklagte die Diskriminierung von EU-/EWR-Ausländern hätte unterlassen, das heißt ihre Schutzpflichten auch diesen Personen gegenüber unter den in § 25 Abs 3 GSpG aF genannten Voraussetzungen wahrnehmen müssen. 8. Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Beschränkung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige, gemeinschaftsrechtswidrig war und die Beklagte die Diskriminierung von EU-/EWR-Ausländern hätte unterlassen, das heißt ihre Schutzpflichten auch diesen Personen gegenüber unter den in Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF genannten Voraussetzungen wahrnehmen müssen.

9. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bezweckt § 25 Abs 3 GSpG nicht bloß den Schutz öffentlicher Interessen, sondern zumindest auch den Schutz der Vermögensinteressen des einzelnen Spielers (RIS-Justiz RS0111940). Eine Verletzung dieser Norm kann daher - neben erforderlichen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde - auch einen Schadenersatzanspruch des Spielers zur Folge haben (1 Ob 175/02w; 3 Ob 37/04v; 5 Ob 112/04p ecolex 2005/82 [M. Leitner]), wobei § 25 Abs 3 GSpG als Schutzgesetz im Sinn des § 1311 ABGB zugunsten des Spielbankbesuchers anzusehen ist (RIS-Justiz RS0117007, bereits zuvor 1 Ob 214/98x ecolex 1999/186 [Spunda] mwN). 9. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bezweckt Paragraph 25, Absatz 3, GSpG nicht bloß den Schutz öffentlicher Interessen, sondern zumindest auch den Schutz der Vermögensinteressen des einzelnen Spielers (RIS-Justiz RS0111940). Eine Verletzung dieser Norm kann daher - neben erforderlichen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde - auch einen Schadenersatzanspruch des Spielers zur Folge haben (1 Ob 175/02w; 3 Ob 37/04v; 5 Ob 112/04p ecolex 2005/82 [M. Leitner]), wobei Paragraph 25, Absatz 3, GSpG als Schutzgesetz im Sinn des Paragraph 1311, ABGB zugunsten des Spielbankbesuchers anzusehen ist (RIS-Justiz RS0117007, bereits zuvor 1 Ob 214/98x ecolex 1999/186 [Spunda] mwN).

9.1. Bei Verletzung einer Schutznorm hat der Geschädigte nach ständiger Rechtsprechung nur den Eintritt des Schadens, dessen Höhe und die Normverletzung zu beweisen, es bedarf hingegen von seiner Seite keines strikten Nachweises des Kausalzusammenhangs, weil die Pflichtwidrigkeit vermutet wird. Steht die Übertretung des Schutzgesetzes fest, kann sich der Schädiger von seiner Haftung nur dadurch befreien, dass er mangelndes Verschulden seiner Leute nachweist oder die Kausalität der Pflichtwidrigkeit ernstlich zweifelhaft macht. Besteht die festgestellte Schadensursache - wie im vorliegenden Fall - in einer Unterlassung, hat die Spielbank zu beweisen, dass

ihre Leute die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung des Schadens getroffen haben (1 Ob 214/98x).

Da die Beklagte davon ausgeht, die in § 25 Abs 3 GSpG aF normierten Schutzpflichten seien von ihr in den Jahren 2005 und 2006 ausländischen Spielern gegenüber gar nicht wahrzunehmen gewesen, ist dem Kläger (mit Ausnahme der von ihm erlittenen Schadenshöhe) der von ihm verlangte Beweis gelungen. Da die Beklagte davon ausgeht, die in Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF normierten Schutzpflichten seien von ihr in den Jahren 2005 und 2006 ausländischen Spielern gegenüber gar nicht wahrzunehmen gewesen, ist dem Kläger (mit Ausnahme der von ihm erlittenen Schadenshöhe) der von ihm verlangte Beweis gelungen.

Im Übrigen wurde der Kläger nach den Feststellungen des Erstgerichts erst im August 2006 (also gegen Ende des hier maßgeblichen Schadenszeitraums) von einem Mitarbeiter der Beklagten dahin angesprochen, ob er sich das Ganze leisten könne; daraufhin antwortete der Kläger, er habe sehr viel Geld von einer Versicherung aus einem Unfall bekommen. Dies kann aber im Hinblick auf die festgestellten zahlreichen Besuche des Klägers im Zeitraum zwischen Jänner 2005 und Mitte August 2006 nicht als ausreichend angesehen werden (vgl 1 Ob 175/02w). Im Übrigen wurde der Kläger nach den Feststellungen des Erstgerichts erst im August 2006 (also gegen Ende des hier maßgeblichen Schadenszeitraums) von einem Mitarbeiter der Beklagten dahin angesprochen, ob er sich das Ganze leisten könne; daraufhin antwortete der Kläger, er habe sehr viel Geld von einer Versicherung aus einem Unfall bekommen. Dies kann aber im Hinblick auf die festgestellten zahlreichen Besuche des Klägers im Zeitraum zwischen Jänner 2005 und Mitte August 2006 nicht als ausreichend angesehen werden vergleiche 1 Ob 175/02w).

Soweit die Beklagte im Hinblick auf die von den Vorinstanzen erörterten Spielverluste des Klägers meint, selbst bei Einhaltung ihrer Schutzpflichten hätte sie den Kläger nicht gesperrt und auch nicht sperren müssen, kann dazu noch nicht abschließend Stellung genommen werden. Das Berufungsgericht hat dem Erstgericht - insoweit für den Obersten Gerichtshof unüberprüfbar - ergänzende Beweisaufnahmen und Feststellungen zu diesen Verlusten aufgetragen. Ohne deren genaue Kenntnis kann jedoch nicht beantwortet werden, inwieweit diese Verluste den Kläger in seiner Existenz gefährdeten.

9.2. Die Beklagte meint weiters, da sie lediglich aus dem Titel des Schadenersatzes hafte, könne sie sich in subjektiver Hinsicht auch darauf berufen, dass § 25 Abs 3 GSpG aF im maßgeblichen Zeitraum lediglich auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige anzuwenden gewesen sei und dass auch die Republik Österreich und das Bundesministerium für Finanzen im „Vertragsverletzungsverfahren“ der EU-Kommission im Jahr 2006 den Rechtsstandpunkt vertreten hätten, diese Regelung sei gemeinschaftsrechtskonform. Jedenfalls stehe der Beklagten die Berufung auf eine „vertretbare Rechtsansicht“ zu, wie dies auch für Angehörige der rechtsberatenden Berufe und die Behörden gelte. 9.2. Die Beklagte meint weiters, da sie lediglich aus dem Titel des Schadenersatzes hafte, könne sie sich in subjektiver Hinsicht auch darauf berufen, dass Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF im maßgeblichen Zeitraum lediglich auf Inländer, also österreichische Staatsangehörige anzuwenden gewesen sei und dass auch die Republik Österreich und das Bundesministerium für Finanzen im „Vertragsverletzungsverfahren“ der EU-Kommission im Jahr 2006 den Rechtsstandpunkt vertreten hätten, diese Regelung sei gemeinschaftsrechtskonform. Jedenfalls stehe der Beklagten die Berufung auf eine „vertretbare Rechtsansicht“ zu, wie dies auch für Angehörige der rechtsberatenden Berufe und die Behörden gelte.

9.2.1. Nach Strejcek/Bresich (GSpG² [2011] § 25 Rz 65 ff) muss sich der Staat für eine von ihm gesetzte, allenfalls nicht gemeinschaftsrechtskonforme Bestimmung verantworten; Schadenersatzansprüche eines ausländischen Spielers seien damit gegen die Republik Österreich zu richten. Dem Spielbankkonzessionär könne eine derartige Rechtslage jedoch nicht derart zugerechnet werden, dass ihn eine Schadenersatzpflicht deshalb trifft, weil er sich gerade an die Vorgaben dieser nationalen Rechtslage gehalten habe. 9.2.1. Nach Strejcek/Bresich (GSpG² [2011] Paragraph 25, Rz 65 ff) muss sich der Staat für eine von ihm gesetzte, allenfalls nicht gemeinschaftsrechtskonforme Bestimmung verantworten; Schadenersatzansprüche eines ausländischen Spielers seien damit gegen die Republik Österreich zu richten. Dem Spielbankkonzessionär könne eine derartige Rechtslage jedoch nicht derart zugerechnet werden, dass ihn eine Schadenersatzpflicht deshalb trifft, weil er sich gerade an die Vorgaben dieser nationalen Rechtslage gehalten habe.

Diesen Überlegungen vermag sich der erkennende Senat allein schon deshalb nicht anzuschließen, weil - wie ausführlich dargelegt wurde - die Beklagte § 25 Abs 3 GSpG aF infolge Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV insoweit nicht hätte anwenden dürfen, als die Bestimmung (auch) EU-/EWR-Ausländer von ihrer

Anwendung ausschloss (7.1.). Art 12 EGV kam Anwendungsvorrang gegenüber § 25 Abs 3 GSpG aF zu, nationale Vorschriften, die Inländer gegenüber anderen Unionsbürgern unsachlich bevorzugen, sind unanwendbar. Die Geltung eines Gesetzes (beziehungsweise in diesem Fall dessen Nichtgeltung gegenüber der Beklagten als Unternehmen im Sinn des Art 86 Abs 1 EGV) ist aber allein von objektiven Kriterien abhängig; seine Anwendung beziehungsweise Nichtanwendung hängt daher auch nicht von der Kenntnis des Gesetzesinhalts durch den Normadressaten, also die Beklagte, ab (P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ [2010] § 2 Rz 2 unter Hinweis auf Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs). Diesen Überlegungen vermag sich der erkennende Senat allein schon deshalb nicht anzuschließen, weil - wie ausführlich dargelegt wurde - die Beklagte Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF infolge Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Artikel 12, EGV insoweit nicht hätte anwenden dürfen, als die Bestimmung (auch) EU-/EWR-Ausländer von ihrer Anwendung ausschloss (7.1.). Artikel 12, EGV kam Anwendungsvorrang gegenüber Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF zu, nationale Vorschriften, die Inländer gegenüber anderen Unionsbürgern unsachlich bevorzugen, sind unanwendbar. Die Geltung eines Gesetzes (beziehungsweise in diesem Fall dessen Nichtgeltung gegenüber der Beklagten als Unternehmen im Sinn des Artikel 86, Absatz eins, EGV) ist aber allein von objektiven Kriterien abhängig; seine Anwendung beziehungsweise Nichtanwendung hängt daher auch nicht von der Kenntnis des Gesetzesinhalts durch den Normadressaten, also die Beklagte, ab (P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ [2010] Paragraph 2, Rz 2 unter Hinweis auf Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs).

Auf den Umstand, dass es nicht darauf ankommt, ob die Beklagte auch wusste oder hätte wissen müssen, dass sie (neben der Republik Österreich) allenfalls unmittelbar aus dem Titel des Schadenersatzes in Anspruch genommen werden kann, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen.

9.2.2. Nach herrschender Auffassung (vgl die Nachweise bei P. Bydlinski aaO Rz 1, 3 f) sind bei der Beurteilung der Konsequenzen einer Gesetzesunkenntnis die Fragen der Verbindlichkeit des Gesetzes einerseits und der Vorwerfbarkeit der Rechtsunkenntnis andererseits auseinander zu halten. Das Gesetz ist zwar verbindlich, bei der Verschuldensfrage ist jedoch zu prüfen, ob der betreffenden Person (ausreichende) Rechtskenntnis bei gehöriger Aufmerksamkeit möglich gewesen wäre und ob es sich um Regeln handelt, um deren Kenntnis sich die Person aufgrund ihrer Aktivitäten hätte kümmern müssen (vgl dazu auch Posch in Schwimann, ABGB4 [2011] § 2 Rz 4 bis 6). In all diesen Fällen schadet dem Normunterworfenen grundsätzlich bereits leichte Fahrlässigkeit (P. Bydlinski aaO; Posch aaO Rz 5) und ist ein strenger Maßstab anzulegen (Posch aaO). 9.2.2. Nach herrschender Auffassung vergleiche die Nachweise bei P. Bydlinski aaO Rz 1, 3 f) sind bei der Beurteilung der Konsequenzen einer Gesetzesunkenntnis die Fragen der Verbindlichkeit des Gesetzes einerseits und der Vorwerfbarkeit der Rechtsunkenntnis andererseits auseinander zu halten. Das Gesetz ist zwar verbindlich, bei der Verschuldensfrage ist jedoch zu prüfen, ob der betreffenden Person (ausreichende) Rechtskenntnis bei gehöriger Aufmerksamkeit möglich gewesen wäre und ob es sich um Regeln handelt, um deren Kenntnis sich die Person aufgrund ihrer Aktivitäten hätte kümmern müssen vergleiche dazu auch Posch in Schwimann, ABGB4 [2011] Paragraph 2, Rz 4 bis 6). In all diesen Fällen schadet dem Normunterworfenen grundsätzlich bereits leichte Fahrlässigkeit (P. Bydlinski aaO; Posch aaO Rz 5) und ist ein strenger Maßstab anzulegen (Posch aaO).

Angesichts der (gerichtsnotorischen) Größe des Unternehmens der Beklagten, ihrer „Monopol“stellung, ihrer Möglichkeiten, sich juristischen Sachverstand zu erwerben und ihres (ausschließlichen) Tätigkeitsbereichs auf dem Glücksspielsektor kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagten ausreichende Rechtskenntnis bei gehöriger Aufmerksamkeit möglich gewesen wäre und dass sie sich aufgrund ihrer Aktivitäten auch um diese Kenntnis hätte kümmern müssen.

9.2.3. Posch (in Schwimann, ABGB4 [2011] § 2 Rz 3) weist im Zusammenhang mit der Frage der Rechtsunkenntnis insbesondere auf die Problematik der Kenntnis des europäischen Gemeinschaftsrechts hin, das grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht beanspruchen könne und zu einem wesentlichen Teil, soweit es das primäre Gemeinschaftsrecht, Verordnungen und vertikale Richtlinien betrifft, unmittelbar gelte beziehungsweise wirksam sei. P. Bydlinski (in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ [2010] § 2 Rz 4 mwN) wiederum erwähnt das Problem der unklaren Rechtslage; eine solche wird wohl insbesondere dann gegeben sein, wenn eine unstreitig in Kraft stehende nationale Bestimmung infolge Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht unanwendbar ist. In einem solchen Fall kommt es auf die Vertretbarkeit der Rechtsansicht an, welche einen Verschuldensvorwurf nicht rechtfertigt (P. Bydlinski aaO); liegt hingegen - wenn auch lediglich leicht fahrlässig begründete - Unvertretbarkeit der Rechtsansicht vor, löst dies eine

Haftung aus (Posch aaO Rz 9).9.2.3. Posch (in Schwimann, ABGB4 [2011] Paragraph 2, Rz 3) weist im Zusammenhang mit der Frage der Rechtsunkenntnis insbesondere auf die Problematik der Kenntnis des europäischen Gemeinschaftsrechts hin, das grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht beanspruchen könne und zu einem wesentlichen Teil, soweit es das primäre Gemeinschaftsrecht, Verordnungen und vertikale Richtlinien betrifft, unmittelbar gelte beziehungsweise wirksam sei. P. Bydlinski (in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ [2010] Paragraph 2, Rz 4 mwN) wiederum erwähnt das Problem der unklaren Rechtslage; eine solche wird wohl insbesondere dann gegeben sein, wenn eine unstreitig in Kraft stehende nationale Bestimmung infolge Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht unanwendbar ist. In einem solchen Fall kommt es auf die Vertretbarkeit der Rechtsansicht an, welche einen Verschuldensvorwurf nicht rechtfertigt (P. Bydlinski aaO); liegt hingegen - wenn auch lediglich leicht fahrlässig begründete - Unvertretbarkeit der Rechtsansicht vor, löst dies eine Haftung aus (Posch aaO Rz 9).

9.2.4. Die Beklagte hält ihre Rechtsansicht, das Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV sei im hier in Rede stehenden Zusammenhang nicht anwendbar gewesen, unter Hinweis auf die ausdrückliche Formulierung des § 25 Abs 3 GSpG für vertretbar; allein darauf kann es aber schon deshalb nicht ankommen, weil ja dann praktisch nie eine Haftung bei Divergenzen zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht denkbar wäre.9.2.4. Die Beklagte hält ihre Rechtsansicht, das Diskriminierungsverbot des Artikel 12, EGV sei im hier in Rede stehenden Zusammenhang nicht anwendbar gewesen, unter Hinweis auf die ausdrückliche Formulierung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG für vertretbar; allein darauf kann es aber schon deshalb nicht ankommen, weil ja dann praktisch nie eine Haftung bei Divergenzen zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht denkbar wäre.

Dass - nach Darstellung der Beklagten - auch die Republik Österreich und das Bundesministerium für Finanzen im „Vertragsverletzungsverfahren“ der EU-Kommission im Jahr 2006 (vgl dazu Strejcek/Bresich (GSpG [2009] § 25 Rz 74) Gemeinschaftsrechtskonformität des § 25 Abs 3 GSpG argumentiert haben, kann die Beklagte ebenfalls nicht entlasten, handelte es sich dabei doch um den - durchaus nachvollziehbaren - Standpunkt einer Partei in einem Verfahren, welches auch mit einer Verurteilung der Republik Österreich enden hätte können. Im Übrigen besuchte der Kläger die Casinos der Beklagten (auch) bereits vor Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens.Dass - nach Darstellung der Beklagten - auch die Republik Österreich und das Bundesministerium für Finanzen im „Vertragsverletzungsverfahren“ der EU-Kommission im Jahr 2006 vergleiche dazu Strejcek/Bresich (GSpG [2009] Paragraph 25, Rz 74) Gemeinschaftsrechtskonformität des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG argumentiert haben, kann die Beklagte ebenfalls nicht entlasten, handelte es sich dabei doch um den - durchaus nachvollziehbaren - Standpunkt einer Partei in einem Verfahren, welches auch mit einer Verurteilung der Republik Österreich enden hätte können. Im Übrigen besuchte der Kläger die Casinos der Beklagten (auch) bereits vor Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens.

9.2.5. Angesichts des Umstands, dass zwischen dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Jahr 1995 und dem hier in Rede stehenden Zeitraum bereits mehr als zehn Jahre vergangen waren und das Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV zu den ganz zentralen Errungenschaften des gemeinsamen Markts gehört, hält der erkennende Senat die von der Beklagten damals (möglicherweise) vertretene Rechtsansicht, § 25 Abs 3 GSpG aF sei gemeinschaftsrechtskonform, für nicht vertretbar. Es wäre jedenfalls an der Beklagten gelegen, sich diesbezüglich Klarheit durch ausdrückliche Stellungnahmen etwa des Bundesministeriums für Finanzen oder des Verfassungsdienstes zu verschaffen.9.2.5. Angesichts des Umstands, dass zwischen dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Jahr 1995 und dem hier in Rede stehenden Zeitraum bereits mehr als zehn Jahre vergangen waren und das Diskriminierungsverbot des Artikel 12, EGV zu den ganz zentralen Errungenschaften des gemeinsamen Markts gehört, hält der erkennende Senat die von der Beklagten damals (möglicherweise) vertretene Rechtsansicht, Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF sei gemeinschaftsrechtskonform, für nicht vertretbar. Es wäre jedenfalls an der Beklagten gelegen, sich diesbezüglich Klarheit durch ausdrückliche Stellungnahmen etwa des Bundesministeriums für Finanzen oder des Verfassungsdienstes zu verschaffen.

9.2.6. Zum Einwand der Beklagten, § 25 Abs 3 GSpG aF habe eine Haftung ausgeschlossen, wenn die Beklagte lediglich leicht fahrlässig gehandelt habe, ist auf die Ausführungen zum Kenntnis- und Wissensstand der Beklagten aufgrund ihrer Stellung als Monopolist zu verweisen; vor diesem Hintergrund kann zumindest grobe Fahrlässigkeit der Beklagten im Sinn des § 25 Abs 3 GSpG aF nicht zweifelhaft sein.9.2.6. Zum Einwand der Beklagten, Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF habe eine Haftung ausgeschlossen, wenn die Beklagte lediglich leicht fahrlässig gehandelt habe, ist auf die

Ausführungen zum Kenntnis- und Wissensstand der Beklagten aufgrund ihrer Stellung als Monopolist zu verweisen; vor diesem Hintergrund kann zumindest grobe Fahrlässigkeit der Beklagten im Sinn des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF nicht zweifelhaft sein.

9.2.7. Bei dieser Beurteilung kann schließlich nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, dass es der Beklagten aufgrund der Beschränkung des § 25 Abs 3 GSpG aF auf Inländer nicht verwehrt gewesen wäre, die darin enthaltenen Schutzmaßnahmen auch auf „auffällige“ Ausländer jedenfalls insoweit anzuwenden, dass mit diesen das Gespräch gesucht, sie um Darstellung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse ersucht und bei einem Scheitern dieser Maßnahmen eine Sperre ausgesprochen wird. Daran dürfte jedoch kein allzu großes Interesse der Beklagten bestanden haben, suchten (und suchen) doch erfahrungsgemäß zahlreiche Nichtösterreicher die Casinos der Beklagten auf, die auch mit diesen Besuchern erhebliche Einnahmen erwirtschaftet.9.2.7. Bei dieser Beurteilung kann schließlich nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, dass es der Beklagten aufgrund der Beschränkung des Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF auf Inländer nicht verwehrt gewesen wäre, die darin enthaltenen Schutzmaßnahmen auch auf „auffällige“ Ausländer jedenfalls insoweit anzuwenden, dass mit diesen das Gespräch gesucht, sie um Darstellung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse ersucht und bei einem Scheitern dieser Maßnahmen eine Sperre ausgesprochen wird. Daran dürfte jedoch kein allzu großes Interesse der Beklagten bestanden haben, suchten (und suchen) doch erfahrungsgemäß zahlreiche Nichtösterreicher die Casinos der Beklagten auf, die auch mit diesen Besuchern erhebliche Einnahmen erwirtschaftet.

Mit diesen Überlegungen ist auch dem Einwand der Beklagten zu begegnen, sie habe sich als Konzessionärin in einer „verschuldensausschließenden Pflichtenkollision“ befunden, ist doch nicht ersichtlich, inwiefern sie bei Wahrnehmung eines erhöhten oder erweiterten Spielerschutzes pflichtwidrig gehandelt hätte. § 25 Abs 3 GSpG aF sah ja kein Verbot vor, den dort normierten Spielerschutz auf Nichtinländer anzuwenden. Mit diesen Überlegungen ist auch dem Einwand der Beklagten zu begegnen, sie habe sich als Konzessionärin in einer „verschuldensausschließenden Pflichtenkollision“ befunden, ist doch nicht ersichtlich, inwiefern sie bei Wahrnehmung eines erhöhten oder erweiterten Spielerschutzes pflichtwidrig gehandelt hätte. Paragraph 25, Absatz 3, GSpG aF sah ja kein Verbot vor, den dort normierten Spielerschutz auf Nichtinländer anzuwenden.

9.3. Soweit die Beklagte in ihrem Rekurs meint, es müssten auf sie auch jene Haftungskriterien angewendet werden, die für die Staatshaftung entwickelt wurden, könne sie doch insofern nicht schlechter gestellt werden als der sich gemeinschaftsrechtswidrig verhaltende Mitgliedstaat, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden. Die Beklagte legt nämlich nicht dar, aus welchen Gründen ihrer Auffassung nach ein Schadenersatzanspruch des Klägers gegen die Republik Österreich gescheitert wäre, worin also im konkreten Fall die behauptete „Ungleichbehandlung von Privaten gegenüber den Mitgliedstaaten“ gesehen werden müsste.

9.4. Damit hat aber die Beklagte grundsätzlich für den vom Kläger erlittenen Schaden einzustehen, sollte sich herausstellen, dass er diesen bei Anwendung der Schutzpflichten der Beklagten nach § 25 Abs 3 GSpG in der 2005 und 2006 jeweils geltenden Fassung nicht erlitten hätte.9.4. Damit hat aber die Beklagte grundsätzlich für den vom Kläger erlittenen Schaden einzustehen, sollte sich herausstellen, dass er diesen bei Anwendung der Schutzpflichten der Beklagten nach Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in der 2005 und 2006 jeweils geltenden Fassung nicht erlitten hätte.

Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und dem Erstgericht die Anwendung des § 273 ZPO aufgetragen. Insoweit kann die Entscheidung des Berufungsgerichts einer Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof nicht unterzogen werden (vgl RIS-Justiz RS0040282). Dass erst nach Feststellung der konkreten Verluste des Klägers im maßgeblichen Zeitraum beurteilt werden kann, ob die Beklagte gegen die sie nach § 25 Abs 3 GSpG in der jeweils anzuwendenden Fassung treffenden Schutzpflichten gegenüber dem Kläger tatsächlich verletzt hat, wurde bereits unter 9.1. klargestellt. Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und dem Erstgericht die Anwendung des Paragraph 273, ZPO aufgetragen. Insoweit kann die Entscheidung des Berufungsgerichts einer Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof nicht unterzogen werden vergleiche RIS-Justiz RS0040282). Dass erst nach Feststellung der konkreten Verluste des Klägers im maßgeblichen Zeitraum beurteilt werden kann, ob die Beklagte gegen die sie nach Paragraph 25, Absatz 3, GSpG in der jeweils anzuwendenden Fassung treffenden Schutzpflichten gegenüber dem Kläger tatsächlich verletzt hat, wurde bereits unter 9.1. klargestellt.

10. Sollte das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren nunmehr zu einer Verurteilung der Beklagten gelangen, wird es bei Ermittlung der Höhe des dem Beklagten zustehenden Anspruchs das Erkenntnis des VfGH vom 27. 9. 2011

(G 34/10) zu beachten haben, mit welchem § 25 Abs 3 GSpG teilweise aufgehoben wurde.¹⁰ Sollte das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren nunmehr zu einer Verurteilung der Beklagten gelangen, wird es bei Ermittlung der Höhe des dem Beklagten zustehenden Anspruchs das Erkenntnis des VfGH vom 27. 9. 2011 (G 34/10) zu beachten haben, mit welchem Paragraph 25, Absatz 3, GSpG teilweise aufgehoben wurde.

11. Dem Rekurs war damit der Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekurses gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Rekurses gründet sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E100305

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0060OB00250.11Z.0315.000

Im RIS seit

04.04.2012

Zuletzt aktualisiert am

07.08.2013

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