

# Sportwetten im Internet

von

**Mag. Thomas Nikodem**

## Master Thesis

(überarbeitet<sup>1</sup>)

zur Erlangung des akademischen Grades

MASTER OF LAWS (LL. M.)

[INFORMATIONENRECHT

UND

RECHTSINFORMATION]

(Universitätslehrgang für Informationsrecht und  
Rechtsinformation der Universität Wien)

vorgelegt von

**MAG. THOMAS NIKODEM**

begutachtet von

**UNIV.-PROF. DR. NIKOLAUS FORGÓ**

---

<sup>1</sup> Diese Arbeit wurde im Jahr 2008 verfasst, im April 2010 überarbeitet und ist trotz weiterer Entscheidungen des EuGH und trotz Gesetzesänderungen auf dem aktuellen Stand.

## Vorwort

Das Internet hat schon längst den Weg in den Alltag der Menschen gefunden. Es wird sowohl privat als auch beruflich genutzt. Im Bereich des Berufslebens trägt das Internet dazu bei, Arbeitsabläufe schneller zu gestalten. Einige Arbeitsabläufe werden durch das Internet ermöglicht. Außerhalb der beruflichen Tätigkeit bietet das Internet eine Vielzahl von Möglichkeiten der Freizeitgestaltung. Das Freizeitangebot in der Welt des Internet reicht heute weit über Chat-Rooms hinaus. Applikationen wie Skype oder Facebook ermöglichen die Kontaktaufnahme und Kommunikation mit anderen, wobei die räumliche Entfernung keine Rolle spielt. Mittels Internet ist es weiters möglich, Warenkataloge diverser Unternehmen online einzusehen oder an Online-Versteigerungen teilzunehmen. Besonderer Beliebtheit erfreut sich – sowohl bei Unternehmen als auch bei Konsumenten – der Online-Handel. Unternehmen benötigen weniger Personal um Kunden vor Ort zu betreuen und können mit nur einem Standort eine höhere Anzahl potentieller Kunden erreichen, als im physischen Leben möglich ist. Konsumenten profitieren einerseits von niedrigeren Preisen und andererseits von der Tatsache, dass sie, um einkaufen zu können, keinen Schritt vor die Haustür zu setzen brauchen. Bereits seit einigen Jahren haben diverse in- und ausländische Glücksspielanbieter das Internet für sich entdeckt und bieten online an. Da ich mich seit geraumer Zeit mit dem klassischen Glücksspiel – wie es in Casinos angeboten wird – beschäftige, werde ich immer öfter mit der Frage konfrontiert, ob es sich bei Sportwetten um Glücksspiel handelt und wie die rechtliche Situation für Online-Sportwetten aussieht. Aufgrund des österreichischen Glücksspielmonopols – dem das Glücksspiel in Österreich unterliegt – und aufgrund zahlreicher Online-Anbieter, deren Sitz außerhalb des österreichischen Bundesgebiets liegt, hat die Antwort auf diese Frage weitreichende Konsequenzen. Aus obigem Grund soll in dieser Arbeit untersucht werden, wie der rechtliche Rahmen bezüglich Sportwetten in Österreich ausgestaltet ist.

Ich möchte mich an dieser Stelle bei allen Personen bedanken, die zum Entstehen dieser Master Thesis beigetragen haben. Mein Dank richtet sich besonders an meinen Betreuer, Univ.-Prof. Nikolaus Forgó, der mir durch seine fachliche Unterstützung und Geduld die Verfassung dieser Arbeit ermöglichte. Weiters Danke ich Mag. Markus Trummer und Mag. Michael Binder, die meine zahlreichen Fragen beantworteten und mich mit Rat und Anregungen unterstützten. Ebenso gilt mein Dank meiner Mutter Monika Nikodem und meiner Freundin Sabine Stammlinger, die mich mit Geduld und Verständnis bei der Erstellung dieser Master Thesis unterstützten.

**Inhaltsverzeichnis**

<b>Vorwort .....</b>	<b>2</b>
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>5</b>
<b>II. Glücksspiel und Sportwetten.....</b>	<b>6</b>
A. Der Österreichische Glücksspielbegriff .....	6
1. Nach dem GSpG .....	7
2. Nach dem ABGB.....	7
3. Nach dem StGB .....	8
B. Der Begriff Sportwette in Österreich.....	8
1. Was ist eine Wette rechtlich gesehen?.....	9
2. Arten von Wetten.....	10
3. Klagbarkeit von Wetten.....	10
C. Abgrenzung von „Glücksspiel“, „Sportwetten“ und „Wetten“ .....	12
D. Schrittweise Auslegung des Glücksspiels iSd § 1 Abs 1 GSpG .....	25
1. Wörtliche („grammatische“) Auslegung .....	25
2. Systematisch-logische Auslegung .....	27
3. Historische (subjektive) Auslegung.....	30
4. Objektiv-teleologische Auslegung.....	34
5. Ergebnis der Auslegung.....	36
<b>III. Die „Sportwettengesetze“ der Länder .....</b>	<b>37</b>
<b>IV. Die Vereinbarkeit der österreichischen Sportwettenregelung mit dem Europäischen Rechtsrahmen.....</b>	<b>40</b>
A. Der europäische Glücksspielbegriff.....	41
B. Wichtige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs im Zusammenhang mit Sportwetten.....	42
C. Grundsätze des EuGH .....	51

D. Konsequenzen für die österreichische Rechtslage bezüglich Sportwetten. ....	52
<b>V. Anwendbares Recht im Internet .....</b>	<b>58</b>
A. Verwaltungspraxis der Länder bezüglich Sportwetten .....	60
B. Zulässigkeit des Anbietens von Sportwetten via Internet aus dem Ausland .....	65
<b>VI. Zusammenfassung.....</b>	<b>66</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>67</b>

## **I. Einleitung**

Derzeit werden die Regelungen rund um das Glücksspiel in Österreich und der restlichen EU heftig diskutiert. Bisher wurden keine europarechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen gesetzt und die einzelnen Mitgliedstaaten weisen sehr unterschiedliche und teilweise konträre Regelungen auf. Solange die einzelnen Glücksspielanbieter nur in ihrem Sitzstaat anbieten, stellt dies kein Problem dar, da sie sich lediglich dem Recht dieses Staates unterwerfen müssen. Doch hat das räumlich auf einen Staat beschränkte Anbieten von Glücksspiel durch das Internet ein Ende gefunden. Das Angebot wird auf eine Vielzahl von Staaten erstreckt, was zu diversen rechtlichen Problemen führt. Einerseits ist die Frage, welches Recht welchen Staates zur Beurteilung der Zulässigkeit von Online-Glücksspiel heranzuziehen ist, zu beantworten. Andererseits muss der Frage nachgegangen werden, welches Recht auf die Verträge der Glücksspielanbieter mit ihren Kunden anzuwenden ist. Besonders häufig wird die europarechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Glücksspiels – insbesondere von Glücksspielmonopolen – diskutiert. Einen ebenso großen Markt wie klassische Online-Glücksspiele, stellen Online-Sportwetten dar. Im Folgenden wird untersucht, inwieweit Sportwetten Glücksspiel gleichzusetzen sind, wie die rechtliche Regelung in Österreich aussieht und wie es um ihre Europarechtskonformität bestellt ist, um dann der besonders wichtigen Frage welches Recht im Internet zu Anwendung kommt nachzugehen.

## II. Glücksspiel und Sportwetten

In Österreich existiert ein Glücksspielmonopol, das im Glücksspielgesetz 1989 (GSpG)<sup>2</sup> geregelt ist. Nach dem GSpG ist das Durchführen von Glücksspiel grundsätzlich dem Bund vorbehalten, wenn keine Ausnahme zur Anwendung kommt<sup>3</sup>. Bei Ausspielungen handelt es sich um „Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt“<sup>4</sup>. Der Bundesminister für Finanzen hat die Möglichkeit, Konzessionen für das Betreiben einer Spielbank (Casino) zu vergeben<sup>5</sup>. Derzeit ist die Casinos Austria AG im Besitz aller 12 Konzessionen, die jedoch zeitlich begrenzt sind<sup>6</sup>. Um die rechtliche Regelung von Sportwetten prüfen zu können, muss erst die Frage beantwortet werden ob Sportwetten unter den Glücksspielbegriff des § 1 GSpG zu subsumieren sind. Ist dies der Fall, ist das Durchführen von Sportwetten grundsätzlich dem Staat und aufgrund der vergebenen Konzessionen der Casinos Austria AG vorbehalten. Für alle anderen Unternehmen wäre damit das Anbieten von Sportwetten nach österreichischem Recht unzulässig. Aus eben genanntem Grund wird im Folgenden die Abgrenzung der Begriffe *Glücksspiel* und *Sportwetten* untersucht. Zu beachten ist, dass zwischen dem *österreichischen* und dem *europäischen Glücksspielbegriff* unterschieden werden muss, da sich diese nicht zwangsweise decken. Auf die *europäische* Abgrenzung wird aus systematischen Gründen erst im Kapitel *Die Vereinbarkeit der österreichischen Sportwettenregelung mit dem Europäischen Rechtsrahmen* eingegangen, da zuerst ein Verständnis für den Begriff Sportwette und dessen Regelung vermittelt werden soll, um dann dessen Vereinbarkeit mit dem Europarecht zu prüfen.

### A. Der Österreichische Glücksspielbegriff

Neben der Legaldefinition des Glücksspiel in § 1 Abs 1 GSpG existieren vereinzelt in anderen Gesetzen Bestimmungen zum Glücksspiel, die möglicherweise bei der Abgrenzung von Glücksspiel und Sportwetten helfen. Auch wenn vor allem der Glücksspielbegriff des GSpG relevant ist, wird im Sinne einer exakten Abgrenzung der Sportwette vom Glücksspiel auf Definitionen anderer Gesetze eingegangen.

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung, BGBl 620/1989 idF BGBl 145/2006.

<sup>3</sup> Vgl §§ 3 u 4 GSpG.

<sup>4</sup> Vgl § 2 Abs 1 GSpG.

<sup>5</sup> Vgl § 21 GSpG.

<sup>6</sup> Gemäß § 21 Abs 4 GSpG dürfen höchstens 12 Konzessionen für jeweils maximal 15 Jahre vergeben werden.

## 1. Nach dem GSpG

§ 1 Abs 1 GSpG besagt, es handelt sich bei Glücksspiel um „Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“. Diese Legaldefinition von Glücksspiel wurde erstmals im StG 1852 idF StGBI 286/1920 verwendet. Später wurde sie ins GSG 1962<sup>7</sup>, ins StGB 1975 und ins GSpG 1989 übernommen<sup>8</sup>. Der Bundesminister für Finanzen hat die Möglichkeit, bestimmte Spiele durch Verordnung als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG zu bezeichnen. Diese Verordnung ist zulässig, wenn es „aus Gründen der Rechtssicherheit entsprechend den ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen“ des GSpG erforderlich ist<sup>9</sup>. Obwohl es im Fall einiger Spiele<sup>10</sup> im Sinne der Rechtssicherheit wäre eine solche Verordnung zu erlassen, hat der BMF bisher keinen Gebrauch von seiner Ermächtigung gemacht. Der Erlass einer Verordnung gemäß § 1 Abs 1 GSpG würde dazu dienen, den „bundeseinheitlichen Vollzug“ zu gewährleisten<sup>11</sup>. Sollte eine entsprechende Verordnung in Zukunft erlassen werden, ist zu beachten, dass nicht jedes Spiel als Glücksspiel bezeichnet werden darf. Um dem Legalitätsprinzip gemäß Art 18 Abs 1 B-VG zu genügen, dürfen nur Spiele „bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“ in dieser Verordnung als Glücksspiel benannt werden. Spiele, bei denen Gewinn und Verlust nicht ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen mittels Verordnung gemäß § 1 Abs 1 GSpG als Glücksspiel zu benennen, würde eine formalgesetzliche Delegation voraussetzen. Eine solche liegt nicht vor und daher wäre die Verordnung verfassungswidrig<sup>12</sup>.

## 2. Nach dem ABGB

Der Begriff Glücksspiel wird im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>13</sup> nicht verwendet. Im 29. Hauptstück des ABGB werden Glücksverträge geregelt. Nach § 1267 handelt es sich bei Verträgen „wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteiles versprochen und angenommen wird“, um Glücksverträge. Glücksverträge sind unter anderem die Wette das Spiel und das Los<sup>14</sup>. Im ABGB genannt und näher konkretisiert<sup>15</sup> werden die Wette, das Spiel und das Los. Bei diesen drei Glücksverträgen handelt es sich um Glücksverträge im engeren Sinn. Werden mit dem Abschluss von Glücksverträgen außer dem Zweck, das Erlangen von Gewinn und Verlust mit einem gewissen Risiko zu verbinden noch andere Zwecke verfolgt, liegen Glücksverträge im weiteren Sinn vor. Glücksverträge im weiteren Sinn sind beispielsweise Versicherungsverträge bei denen einer Gefahr die einem

---

<sup>7</sup> Glücksspielgesetz 1962, BGBl 1962/169.

<sup>8</sup> Vgl *Kummer*, Zur rechtlichen Situation der Bagatellspielautomaten in Österreich, ÖJZ 1980, 346 und *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, 40.

<sup>9</sup> § 1 Abs 2 GSpG.

<sup>10</sup> Bei einigen Kartenspielen zum Beispiel, war es lange Zeit strittig ob sie dem § 1 Abs 1 GSpG unterliegen. Erst VwGH Entscheidungen wie VwGH, 2000/17/0201 vom 8.9.2005, haben für Klarheit gesorgt.

<sup>11</sup> *Schwartz/Wohlfahrt*, GlücksspielG samt den wichtigen Bedingungen, Wien 2006, 12 und 1067 BlgNR17.GP16.

<sup>12</sup> *Schwartz/Wohlfahrt*, GlücksspielG samt den wichtigen Bedingungen, Wien 2006, 12.

<sup>13</sup> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGBl 100/2008; kurz ABGB.

<sup>14</sup> § 1269 ABGB.

<sup>15</sup> §§1269 bis 1274 ABGB.

Vertragspartner droht, übernommen wird<sup>16</sup>. Die Definition des Spiels im ABGB fällt etwas dürftig aus und ist nicht mehr als ein Verweis auf die Wette und andere nicht näher definierte Gesetze: § 1272 „Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele. Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten; wie Personen, die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze“. Je nachdem was sich die Vertragsparteien versprechen sind Glücksverträge entgeltlich oder unentgeltlich. Unentgeltlich sind beispielsweise die Ausspielung und die einseitige Wette<sup>17</sup>.

### 3. Nach dem StGB

Das Strafgesetzbuch beinhaltet eine, dem § 1 Abs 1 GSpG gleichlautende, Legaldefinition des Glücksspiels. Nach § 168 Abs 1 ist unter gewissen Umständen zu bestrafen, wer Glücksspiele oder ausdrücklich verbotene Spiele veranstaltet oder Zusammenkünfte zur Abhaltung von Glücksspielen fördert. Ein Glücksspiel im Sinne des § 168 Abs 1 StGB ist ein Spiel, „bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“. Nach Abs 2 ist zu bestrafen, wer sich gewerbsmäßig an solchen Spielen beteiligt. Strafbar ist somit nicht nur das Veranstalten von illegalem Glücksspiel sondern auch gewerbsmäßiges Spielen.

## B. Der Begriff Sportwette in Österreich

Der Begriff *Sportwette* ist in keinem Österreichischen Gesetz zu finden, dennoch wird sie gesetzlich geregelt. Bevor mit der Erörterung der rechtlichen Grundlage von Sportwetten begonnen wird, ist zu bemerken, dass in der Literatur zwischen Sport- und Gesellschaftswetten<sup>18</sup> unterschieden wird. Die Wette ist ein Überbegriff, der diese beiden Wettformen umfasst. *Sportwetten* sind Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, bei allen anderen Wetten handelt es sich um Gesellschaftswetten. Sportwetten werden durch Landesgesetze geregelt, die auf einem ehemaligen Bundesgesetz, dem Gesetz vom 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens<sup>19</sup>, basieren. Hinsichtlich der Begründung, warum die Länder zur Erlassung solcher Gesetze zuständig sind herrscht Uneinigkeit. Im Bereich der Gesellschaftswetten herrscht Uneinigkeit, ob sie wie Sportwetten der Landesgesetzgebung und –vollziehung unterliegen oder ob der Bund diese Kompetenzen hat. Das Bundesministerium für Finanzen ist der Ansicht, dass Gesellschaftswetten nicht durch die Länder geregelt werden dürfen sondern dem

---

<sup>16</sup> Vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274 RZ 5f.

<sup>17</sup> Vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274, RZ 7.

<sup>18</sup> Eine Behandlung der strittigen Rechtslage im Bereich der Gesellschaftswette würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Daher gilt das für die Sportwette herausgearbeitete nur für diese.

<sup>19</sup> Gesetz v 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 1919/388 idF StGBI 1920/193; in der Folge kurz: TBWG.



GSpG unterliegen. Im Folgenden soll auf den Begriff *Wette* eingegangen werden, um dann die *Sportwette* zu definieren.

## 1. Was ist eine Wette rechtlich gesehen?

Um den Begriff *Wette* im rechtlichen Sinne verstehen zu können, ist eine Legaldefinition zu suchen. § 1270 ABGB erster Satz stellt klar, was rechtlich unter Wette zu verstehen ist: „Wenn über ein beiden Teilen noch unbekanntes Ereignis ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird: so entsteht eine Wette“. Wusste der Gewinner bereits bei Wettabschluss von dem Ausgang und hat er dies dem Wettpartner verheimlicht, ist die Wette ungültig. War der Ausgang dem Verlierer schon bei Wettabschluss bekannt, so handelt es sich bei der Wette um eine Schenkung zugunsten des Gewinners<sup>20</sup>. Wusste der Wettpartner jedoch nicht von seinem *Glück*, ist der Wettvertrag keine Schenkung, da dem Gewinnenden der notwendige Geschäftswille für eine Schenkung fehlt<sup>21</sup>. Weiß einer der Wettpartner vom Ausgang des Ereignisses auf das gewettet wird und teilt er dem anderen diesen Umstand nicht mit, so handelt er mit List, mit der Folge, dass der Wettvertrag anfechtbar ist<sup>22</sup>.

Redliche und erlaubte Wetten sind nur dann verbindlich, wenn der Wetteinsatz – im Gesetz der bedungene Preis – tatsächlich entrichtet oder hinterlegt wurde. Das bloße Versprechen, den Einsatz bei Verlust der Wette zu begleichen reicht nicht aus und es besteht keine Möglichkeit, den Gewinn gerichtlich durchzusetzen, wenn er nicht hinterlegt wurde<sup>23</sup>. Dies gilt – wie dargelegt – für redliche und erlaubte Wetten. Sind Wetten nicht redlich oder erlaubt, so sind sie gemäß § 879 ABGB nichtig und können daher daraus resultierende Gewinne keinesfalls gerichtlich geltend gemacht werden.

---

<sup>20</sup> Vgl § 1270 ABGB.

<sup>21</sup> Vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274, 2002, RZ 56.

<sup>22</sup> Vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274, 2002, RZ 12.

<sup>23</sup> § 1271 ABGB: Redliche und sonst erlaubte Wetten sind in so weit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden.

## 2. Arten von Wetten

Neben der Unterscheidung in Sport- und Gesellschaftswetten, wird zwischen folgenden Wettarten unterschieden:

- halbe Wette: Es wird vereinbart, dass einer der Wettpartner für den Fall, dass er verliert eine Leistung erbringen muss; verliert der andere, muss dieser keine Leistung erbringen.
- ungleiche Wette: Die Wettpartner wetten nicht um einen gleichwertigen Wetteinsatz oder einer der Wettparteien hat ein höheres Risiko zu verlieren.
- noble Wette: Bei dieser Art zu wetten, geben sich die Wettpartner nicht gegenseitig das Versprechen einer Leistung, sondern versprechen die Leistung an einen Dritten zu erbringen.
- vereitelte Wette: Bei einer vereitelten Wette gewinnt keiner der Wettpartner<sup>24</sup>.

Gewerbliche Sportwettenanbieter bieten ungleiche Wetten an, und profitieren von den Wettquoten. Gewinnt der Teilnehmer, so bekommt er eine gewisse, vom Buchmacher bestimmte<sup>25</sup>, Quote ausbezahlt. Verliert der Teilnehmer, dann verliert er den gesamten Einsatz.

## 3. Klagbarkeit von Wetten

Der Umstand, dass gemäß § 1271 ABGB Wettgewinne, die aus redlichen und sonst erlaubten Wetten resultieren nur verbindlich sind, „als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet, oder hinterlegt worden ist“<sup>26</sup> führt unweigerlich zu der Frage, ob durch die Landesregierungen genehmigte Wettanbieter die Gewinne ihrer Kunden ausbezahlen müssen oder ob diese keinen Rechtsanspruch auf Auszahlung haben. § 1271 letzter Satz ABGB, „Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden“<sup>27</sup>, macht diese Frage noch etwas brisanter. Zu lesen und verstehen ist § 1271 folgendermaßen: Wurde der Preis nicht entrichtet oder hinterlegt, kommt keine rechtlich verbindliche Wette zustande. Aber auch wenn eine rechtlich verbindliche Wette zustande kommt, ist der Preis nicht gerichtlich forderbar, also nicht klagbar. Das bedeutet, dass auch rechtmäßig zustande gekommene Wetten – egal ob Sportwetten oder Gesellschaftswetten – lediglich Naturalobligationen darstellen. Wird mit einem Buchmacher gewettet, so zahlt der Wettende einen gewissen Betrag an diesen. Gewinnt er, kommt es zu einer Auszahlung des Betrages multipliziert mit der Quote. Verliert der Buchmacher, muss er also den Gewinn des Wettenden auszahlen. Der Wettende muss den Einsatz schon vor dem Ereignis, auf das gewettet wird, leisten. Das Erfordernis des bereits entrichteten Preises ist somit

---

<sup>24</sup> Vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274, 2002, RZ 9; Schwartz/ Wohlfahrt, Glücksspielgesetz und die wichtigsten Bedingungen, Wien 2006, 4.

<sup>25</sup> Näheres zum Begriff Buchmacher auf Seite 39.

<sup>26</sup> § 1271 ABGB.

<sup>27</sup> Siehe Fußnote 22.

bei Buchmacherwetten gegeben. Es stellt sich somit die Frage, ob Wettende ihre Gewinne beim Buchmacher einklagen können, was nach § 1271 zu verneinen ist. Der Totalisateurlager poolt Wetteinsätze der Wetteteilnehmer um sie nach Ende des Ereignisses auf welches gewettet wird an die Gewinner auszuzahlen. Da er bis zur Auszahlung der Gewinne im Besitz der Einsätze ist um sie dann auszuzahlen, sind die Wetteinsätze bei ihm hinterlegt worden. Redliche und sonst erlaubte Totalisateurlagerwetten sind somit ebenfalls rechtlich verbindlich und stellen, wie Buchmacherwetten, eine Naturalobligation dar.

Der OGH hatte schon einige Male die Aufgabe über die Unklagbarkeit von Wettschulden eines Buchmachers zu entscheiden. Die sich aus diesen Entscheidungen ergebende Entscheidungspraxis des Gerichtshofs hat sich mit der Zeit gewandelt. Gegenstand dieser Verfahren war die Frage, ob es sich bei Buchmacherwetten, die durch die Landesregierung genehmigt wurden, um *Staatslotterien* gemäß § 1274 ABGB handelt. Staatslotterien sind „nach den jedes mal darüber kundgemachten Plänen, zu beurteilen“<sup>28</sup>. Gewinne, die gegenüber Staatslotterien erzielt werden sind einklagbar. Der OGH kam zu dem Schluss, dass Buchmachersportwetten zwar Wetten gemäß § 1270f ABGB seien, nicht jedoch Staatslotterien gemäß § 1274 ABGB. Laut dem OGH war der Gesetzgeber der Ansicht, Wetten im Sinne des § 1271 ABGB sollen Naturalobligationen sein, da diese den nützlichen Verkehr nicht fördern und deshalb nicht schützenswert sind. Außerdem sollte dem Leichtsinns und der Unbesonnenheit, die der Abschluss solcher Verträge beinhaltet, entgegengewirkt werden. Da dies auch für Buchmacherwetten gilt, war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, diese als Staatslotterien zu werten<sup>29</sup>. Eine analoge Anwendung des § 1274 ABGB auf Buchmacherwetten hat der OGH ausgeschlossen. Die Ansicht, Buchmacherwetten sind keine Staatslotterien, hat der OGH in einer darauf folgenden Entscheidung bestätigt<sup>30</sup>, um sie dann wenig später zu ändern. Mit der Entscheidung OGH 1 Ob 107/98m ging der Senat von der bisherigen Entscheidungspraxis des OGH ab und wertete Buchmacherwetten als Staatslotterien im Sinne des § 1274 ABGB. Seit damals sind laut dem Obersten Gerichtshof Buchmachersportwetten, die von einer Landesregierung bewilligt wurden, Staatslotterien im Sinne des § 1274 ABGB und jedenfalls klagbar, wenn der Einsatz entrichtet oder hinterlegt wurde.

Im Verfahren 7 Ob 137/07h hatte der OGH darüber zu entscheiden, ob gegenüber einem Totalisateurlager Wettgewinne klagbar sind. Das Erstgericht hat die Klage eines Wettenden gegen einen Totalisateurlager abgewiesen. Die Entscheidung OGH 1 Ob 107/08 sei auf Totalisateurlager nicht anwendbar, da der Ablauf von Buchmacher- und Totalisateurlagerwetten ein anderer sei und der Totalisateurlager nicht selbst Wettspartner werde. Diese Ansicht teilte der OGH nicht und entschied, dass der Leit- und Schutzgedanke bei Totalisateurlagerwetten derselbe ist wie bei Buchmacherwetten. Daher gilt für Gewinne aus Totalisateurlagerwetten dasselbe wie für Gewinne aus Buchmacherwetten: Gewinne sind jedenfalls dann klagbar, wenn der Vertragspartner des Buchmachers den Wettpreis entrichtet oder hinterlegt hat.

---

<sup>28</sup> § 1274 ABGB.

<sup>29</sup> OGH 10 Ob 504/95.

<sup>30</sup> OGH 5 Ob 2201/96d.

Es gilt somit: Von der jeweiligen Landesregierung genehmigte Buchmacher und Totalisatorwetten sind in der Regel<sup>31</sup> klagbar.

### **C. Abgrenzung von „Glücksspiel“, „Sportwetten“ und „Wetten“**

Vorweg nehmen möchte ich, dass davon ausgegangen wird, dass Sportwetten – d.h. Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen – nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes umfasst und somit in Gesetzgebung und Vollziehung Landesangelegenheit sind. Dies wird in der Praxis auch gelebt. Das Glücksspielmonopol wird auf der Grundlage des Art 10 Abs 4 B-VG – Monopolwesen – in § 3 GSpG geregelt: „Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol)“. Gemäß Art 15 Abs 1 B-VG verbleiben Angelegenheiten im selbstständigen Wirkungsbereich der Länder, sofern sie nicht durch die Bundesverfassung in Gesetzgebung oder Vollziehung dem Bund übertragen sind. Der einzige Kompetenztatbestand durch den Gesetzgebung und Vollziehung im Zusammenhang mit Sportwetten dem Bunde zugerechnet werden können, ist der des Monopolwesens. Fallen Sportwetten nicht unter den Kompetenztatbestand Monopolwesen, obliegen Gesetzgebung und Vollziehung den Ländern. Nicht unter das Monopolwesen fallen Sportwetten wenn es sich bei ihnen nicht um Glücksspiel im Sinne des GSpG handelt oder Sportwetten unter einen der Ausnahmetatbestände des GSpG fallen. Die Ausnahmetatbestände umfassen jedoch keine Sportwetten<sup>32</sup>. Um die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder zu rechtfertigen, müssen andere Gründe gefunden werden um Sportwetten vom Glücksspielmonopol auszunehmen. Sonst unterliegen sie, wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs 1 GSpG erfüllt sind dem Glücksspielmonopol.

In der Literatur wurden bereits zahlreiche Abgrenzungsversuche unternommen, die bis zu Aufzeichnungen über das gemeine Recht zurück reichen. Im *Corpus juris* sind

---

<sup>31</sup> In der Regel deshalb, weil zum Beispiel Gewinne nicht klagbar sind wenn der Wetteinsatz vom Buchmacher kreditiert wurde oder sonst aus irgendeinem Grund weder entrichtet noch hinterlegt wurde.

<sup>32</sup> Vgl § 4. (1) Glücksspiele, die nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn kein Bankhalter mitwirkt oder der Einsatz 0,50 Euro nicht übersteigt. (2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn 1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 0,50 Euro nicht übersteigt und 2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 20 Euro nicht übersteigt. (3) Warenausspielungen mittels eines Glücksspielapparates unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn die vermögensrechtliche Leistung den Betrag oder den Gegenwert von 1 Euro nicht übersteigt und es sich um die Schaustellergeschäfte des „Fadenziehens“, „Stoppelziehens“, „Glücksrades“, „Blinkers“, „Fische- oder Entenangelns“, „Plattenangelns“, „Fische- oder Entenangelns mit Magneten“, „Plattenangelns mit Magneten“, „Zahlenkesselspiels“, „Zetteltopfspiels“ sowie um diesen ähnliche Spiele handelt. Eine Warenausspielung liegt nicht vor, wenn die Einlösung des Gewinns in Geld möglich ist. (4) Lebensversicherungsverträge, nach denen die in Ab- und Erlebensfall zu leistende Versicherungssumme für den Fall der Auslosung vorzeitig zu zahlen ist, unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol. (5) Glückshäfen, Juxausspielungen und Tombolaspiele unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, solange das zusammengerechnete Spielkapital solcher Ausspielungen desselben Veranstalters 4 000 Euro im Kalenderjahr nicht übersteigt und wenn mit der Ausspielung nicht persönliche Interessen der Veranstalter oder Erwerbszwecke verfolgt werden.

keine Definitionen von Spiel und Wette zu finden. Beim Spiel wurde zwischen jenen, bei denen der Ausgang von Gewandtheit und Geschicklichkeit des Körpers abhängt und jenen, die vom Zufall entschieden werden unterschieden. Außerdem wurde zwischen klagbaren und unklagbaren Spielen unterschieden. Nach *Arnheim* mache es den Anschein, als wären Spiel und Wette im Römischen Recht untrennbar gewesen, obwohl Spiele klagbar und Wetten unklagbar gewesen seien. Den Partikularrechten des Mittelalters sei ebenfalls keine Abgrenzung von Spiel und Wette zu entnehmen. Sie seien voneinander abgewichen und seien widersprüchlich gewesen. Demselben Werk von *Arnheim* ist zu entnehmen, dass aufgrund der großen Ähnlichkeit der Spiel- und Wettverträge eine große Zahl an Meinungen existiere, wie die begriffliche Abgrenzung von Spiel und Wette sei. *Keller* zum Beispiel definiert die Wette als ein wechselseitiges Versprechen für die Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit einer Behauptung. Das Spiel definiert er nicht, doch treffen auch dort regelmäßige gegensätzliche Meinungen aufeinander. Nämlich dann, wenn beide Vertragsparteien glauben, selbst zu gewinnen. Weiters kritisiert *Arnheim* all jene Argumentationen, nach denen die Wettparteien keinen Einfluss auf den Eintritt ihrer Behauptung haben würden, beim Spiel jedoch das Ergebnis beeinflusst werden könne. Es gäbe Spiele – als Beispiel nennt er so genannte Hasardspiele<sup>33</sup> – bei denen es den Teilnehmern des Spiels unmöglich sei, auf dessen Ausgang Einfluss zu nehmen. Meist komme es bei einer Wette nicht zu einem Tätig werden der Parteien und es werde von ihnen kein Einfluss auf das Ergebnis genommen. Werde auf ein bestimmtes Ereignis gewettet, an dem die Parteien nicht beteiligt seien, sei ein Tätig werden und eine Einflussnahme unmöglich. Es würden jedoch auch Wetten abgeschlossen, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust ausschließlich durch die Tätigkeit einer oder aller Vertragsparteien herbeigeführt werde. Als Beispiel führt *Arnheim* die Wette, eine Strecke in einer bestimmten Zeit zurückzulegen, an. *Bender* stellt auf einen Spielplan ab, der dem Spiel zugrunde zu legen sei. Jedoch ist ein Spielplan lediglich ein Vertragsbestandteil, der besagt, von welchen Umständen Gewinn und Verlust abhängen. Die Bedingungen, unter denen eine Vertragserfüllung zustande kommt, sind Bestandteil jedes Vertrages und können nicht Charakteristikum des Spiels sein. Auch bei der Wette gibt es Verhaltensweisen bzw. Abläufe, die im Vertrag festgelegt werden. *Arnheim* führt auch einen Abgrenzungsversuch an, der auf die Motive für Spiel und Wette abstellt: Ein Spiel werde durchgeführt um einen Gewinn zu erhalten, also aus Gewinnsucht. Gründe wie die Unterhaltung seien lediglich Nebenerscheinungen des Spiels. Gewettet werde aus dem Grund der *Rechthaberei* und der Wettpreis stelle ein Zeichen des Sieges dar. Folgt man dieser Ansicht, dürften Wetten nicht des Gewinnes willen abgeschlossen werden. Doch erstens werden Wetten häufig abgeschlossen, um einen Gewinn zu erhalten und zweitens werden häufig Spiele mit minimalen bzw. keinen Einsätzen oder ohne der Erwartung eines Gewinnes gespielt. Der allfällige Gewinn ist in diesem Fall nebensächlich und das Spiel dient ausschließlich der Unterhaltung. Das Abstellen auf das Motiv einen Gewinn erzielen zu wollen, würde dazu führen, dass eine Tätigkeit die gemein hin als Spiel verstanden wird, als Wette anzusehen wäre, wenn nicht um des Gewinnes willen gespielt wird. Eine Wette, die getätigt wird um einen Gewinn

---

<sup>33</sup> Bei Hasardspielen handelt es sich um Spiele bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Hasardspiele sind daher all jene Spiele die gemäß § 1 Abs 1 GSpG Glücksspiele sind. Vgl *Suchtmittel.de*, Hazardspiele, <<http://www.suchtmittel.de/seite/tags.php/hazardspiele.html>>, 5.9.2008; *gulli:lexikon*, alle Begriffe der Untergrund-Szene, Glücksspiele, <<http://lexikon.gulli.com/Gl%C3%BCcksspiel>>, 5.9.2008.

zu erhalten, müsste als Spiel angesehen werden. Dass die Abgrenzung, mittels Motiv einen Gewinn zu erzielen, nicht funktioniert, ist offensichtlich<sup>34</sup>.

*Arnheim* grenzt Spiel und Wette ab wie folgt: Er hat die wesentlichen Merkmale des Spiels dem Begriff Arbeit gegenübergestellt. Von beiden Begriffen – Spiel und Arbeit – werde der Begriff der Tätigkeit enthalten und Ruhe ausgeschlossen. Der Begriff Tätigkeit umfasse körperliche und geistige Beschäftigung. Trotz dieser Wesensmerkmale, die sowohl in Spiel und Arbeit enthalten seien, seien die beiden Begriffe zu trennen. Die Arbeit strenge den Menschen geistig oder körperlich an und bezwecke einen materiellen oder geistigen Erfolg. Spiele hingegen würden der Erholung und dem Zeitvertreib dienen. Das Ziel des Spiels werde entweder durch den ungewissen Ausgang desselben oder durch die Ausübung des Spiels selbst erreicht. Stelle der ungewisse Ausgang des Spiels dessen Schwerpunkt dar, beruhe die *Ergötzung* am Spiel auf dem Wagnis das eingegangen werde. Stelle das Spielen selbst den Schwerpunkt dar, liege die *Ergötzung* in der Ausübung des Spiels. Charakteristisch für das Spiel sei somit die Freude, ein gewisses Wagnis einzugehen oder die Freude an der Ausübung. Die Wette hingegen werde durch einen Meinungsstreit veranlasst und bei ihr werde nicht an Erholung und Zeitvertreib gedacht. Eine Wette sei eine Übereinkunft bei widersprechenden Behauptungen, dass der, dessen Behauptung falsch sei, so zu sagen als Strafe für seine falsche Behauptung den Einsatz verliere. Ein Meinungsstreit ist dieser Ansicht nach die Veranlassung und Grundlage der Wettverträge. Werden die Behauptungen ausschließlich aufgestellt um zu Wetten, stellt das vermeidliche Wetten einen Zeitvertreib dar und ist keine Wette. Für eine Wette ist daher unbedingt erforderlich, dass ihr ein Meinungsstreit voraus geht<sup>35</sup> - „es darf nicht gestritten werden, um zu wetten, sondern es muss gewettet sein, weil gestritten ist“<sup>36</sup>. Im selben Werk unterzieht *Arnheim* seine Behauptung einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit. Zu obig dargelegten gibt er weiter an, dass der Einsatz eine Bürgschaft dafür darstelle, dass sich die Wettenden beim Aufstellen ihrer Behauptungen nicht vom Leichtsinn oder Willkür leiten ließen. Daraus ergäbe sich, dass ein Wettvertrag nicht wegen des Wagnisses oder zum Zeitvertreib geschlossen werde, sondern wegen der Bewährung der Richtigkeit der Behauptungen der Vertragsparteien<sup>37</sup>. Verträge, die äußerlich einer Wette ähneln aber auf keinem Meinungsstreit basieren, würden „zwar die Maske eines Wettvertrages“ haben, seien „in Wahrheit aber Spielverträge“<sup>38</sup>. Selbstsicher stellt *Arnheim* fest: „Hiermit haben wir festgestellt, dass Spiel und Wette ihrer inneren Natur nach verschieden sind und dass sie durch die von uns gefundenen Unterscheidungsmerkmale von einander abgegrenzt werden“<sup>39</sup>.

Dagegen muss jedoch eingewandt werden, dass diese Argumentation zumindest auf Buchmacherwetten nicht anwendbar ist. Bei Buchmacherwetten kennen sich die Vertragsparteien nicht und haben keinen direkten Meinungsstreit. Der Buchmacher stellt *Behauptungen* auf, die sich in seinem Angebot und der Quote widerspiegeln. Es findet daher kein Meinungsstreit statt und die *Behauptungen* des Buchmachers werden lediglich aufgestellt um zu wetten. Der Wettende sucht sich aus ob er auf den einen Sportler oder die eine Mannschaft oder den bzw die andere wettet. Der

---

<sup>34</sup> Vgl *Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898, 11ff.

<sup>35</sup> Vgl *Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898, 8ff.

<sup>36</sup> *Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898, 10.

<sup>37</sup> Vgl *Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898, 22ff.

<sup>38</sup> *Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898, 25.

<sup>39</sup> *Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898, 26.

Buchmacher wettet so zu sagen auf den jeweils anderen Sportler bzw die jeweils andere Mannschaft. Somit hat der Wettende die Position des Buchmachers bei der jeweiligen Wette in der Hand. Bei ein und demselben sportlichen Ereignis wettet der Buchmacher sowohl auf den einen als auch auf den anderen Kontrahenten. Der Theorie von *Arnheim* zufolge würde es sich dabei somit nicht um eine Wette sondern um ein Spiel handeln. Diese Konsequenz entspricht in keiner Weise dem allgemeinen Sprachgebrauch und auch rechtlich ist kein Hinweis auf die Richtigkeit dieser Annahme zu finden. Außerdem hätte es zur Folge, dass einmal ein Vertrag eine Wette ist und ein anderes Mal nahezu der gleiche Vertrag ein Spiel. Wettet ein Buchmacher mit einem Kunden auf ein Fußballspiel, würde es sich um ein Spiel handeln. Wetten hingegen zwei Freunde auf dasselbe Fußballspiel, läge kein Spiel sondern eine Wette vor. Eine solche Unterscheidung ist weder zulässig noch wünschenswert. Für Totalisatorwetten gilt ähnliches wie für Buchmacherwetten. Die Teilnehmer an Totalisatorwetten haben noch weniger einen Meinungsstreit als Buchmacher mit ihren Kunden, da sie Wetten nur vermitteln und sich nicht daran beteiligen.

Anhand der Untersuchung *Arnheims* ist zu sehen, dass es schon vor über 100 Jahren überaus kontroverse Meinungen bezüglich der Abgrenzung von Spiel und Wette gab. Es wurden ebenso viele Behauptungen, wie sich die beiden Begriffe unterscheiden, aufgestellt wie widerlegt. Dieser Umstand lässt vermuten, dass auch heute noch erhebliche Streitigkeiten auf diesem Rechtsgebiet bestehen und die Rechtslage strittig ist.

Das Bundesministerium für Finanzen stellt zur Abgrenzung von Glücksspiel und Sportwette auf das Tatbestandselement Zufall des § 1 Abs 1 GSpG ab. Sportwetten seien deshalb kein Glücksspiel, weil sie weder ausschließlich noch überwiegend vom Zufall abhängen. Entscheidend für den Ausgang einer Wette sei vielmehr die Geschicklichkeit der Wetteteilnehmer. Wenn auf ein sportliches Ereignis gewettet werde, seien den Wettenden die Sportler bekannt auf die sie wetten. Da man die einzelnen Personen und Mannschaften kenne, könne man sich Kenntnis über gewisse Eigenschaften und Gegebenheiten verschaffen, die es erlauben, durch die eigene Geschicklichkeit auf den Gewinner zu setzen<sup>40</sup>.

Spielen zwei Fußballmannschaften gegeneinander, können bestimmte Informationen eruiert und in die Entscheidung, wer gewinnen wird, mit einbezogen werden. Diese sind unter anderen der Trainingszustand der Mitglieder der beiden Mannschaften, deren Gesundheitszustand, wie sie bei gewissen Wetterverhältnissen spielen, ob sie unter Druck stehen gewinnen zu müssen oder nicht und wie eingespielt die Mannschaft ist. Auf den ersten Blick scheint diese Begründung zu stimmen. Das BMF generalisiert die Annahme, dass das Ergebnis von Sportwetten von der Geschicklichkeit der Wetteteilnehmer abhängt, ohne auf das vielfältige Wettangebot einzugehen. Wird ein Wettkampf selbst ausschließlich oder zumindest vorwiegend vom Zufall entschieden, kann auch eine Wette darüber nur ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall entschieden werden. Es stellt sich somit die Frage, ob es Wettkämpfe gibt, die mehr vom Zufall als vom Können der Sportler abhängen. Grundsätzlich würde dies dem Gedanken eines sportlichen Wettkampfes widerstreben, da eben dort das Können der Sportler auf die Probe gestellt werden

---

<sup>40</sup> Vgl Bundesministerium für Finanzen, Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQS), <[https://www.bmf.gv.at/MeinFinanzamt/Fachinformation/Glcksspielmonopol/HufiggestellteFrage\\_752/\\_start.htm](https://www.bmf.gv.at/MeinFinanzamt/Fachinformation/Glcksspielmonopol/HufiggestellteFrage_752/_start.htm)>, 5.9.2008.

soll. Weiter gedacht, hätte ein Wettkampf, der vom Zufall entschieden wird, zur Folge, dass jeder – egal wie sportlich oder geschickt – daran teilnehmen und gewinnen könnte. Es ist mir keine Sportart bekannt, bei der Gewinn oder Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Diese hängen immer von Kondition oder Geschicklichkeit und/oder Teamfähigkeit ab. Daher scheidet dieser Kritikpunkt an der Ansicht des Bundesministeriums für Finanzen aus. Auf jeden Fall ist beachtenswert, dass das BMF offensichtlich nur auf *herkömmliche Wetten* abstellt. Mit *herkömmlichen Sportwetten* ist die Wette auf das Gesamtergebnis vom Zusammentreffen der Sportler gemeint. Bei ihr wird darauf gewettet, ob der eine oder der andere Spieler bzw. die eine oder andere Mannschaft gewinnt. Es spricht viel dafür, dass Gewinn und Verlust einer solchen Wette tatsächlich vorwiegend vom Geschick der Wettteilnehmer abhängen. Doch muss beachtet werden, dass das Wettangebot der Sportwettenanbieter mehr umfasst als nur *herkömmliche Sportwetten*. Gewettet wird auf exakte Ergebnisse (wer macht wie viele Punkte, Tore, usw.) und *Zwischenergebnisse* (nach Sätzen beim Tennis, Halbzeiten beim Fußball, Vierteln beim Basketball, usw.). Außerdem wird auf *Nebenereignisse* (wie viele Strafstoße gibt es während eines Spiels, wie viele Eckbälle, Fouls, usw.) gewettet. Dass der Ausgang solcher *spezielleren Wetten* vom Geschick der Wettenden nicht abhängt, steht außer Frage. Wird auf das exakte Ergebnis – also die Punkte, welche die einzelnen Teilnehmer erreichen – gewettet, so kann dies, ganz gleich welche Informationen dem Wettteilnehmer vorliegen, nie vom Geschick abhängen. Das gilt ebenso für *Zwischenergebnisse* und *Nebenereignisse*.

Die Argumentation des BMF, Gewinn und Verlust hängen bei Sportwetten nicht vom Zufall sondern von der Geschicklichkeit der Wettteilnehmer ab, ist nicht stichhaltig und hält einer genaueren Betrachtung nicht stand. Dass bei Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen das Geschick entscheidet, gilt nur für einen Teil des umfangreichen Sportwettenangebotes. Ein nicht unerheblicher Anteil der am Markt angebotenen Sportwetten wird vorwiegend vom Zufall entschieden. Um die herrschende Meinung, Sportwetten unterliegen nicht dem GSpG, zu untermauern, bedarf es anderer Argumente.

Aufgrund der obigen Widerlegung der Theorie des BMF, dass Glücksspiel und Sportwetten mithilfe des Zufalls abgegrenzt werden können, ist nach einer Kompetenzgrundlage zu Suchen die Gesetzgebung und Vollziehung durch die Länder rechtfertigt. Fielen Sportwetten in die Kompetenz des Bundes, wären die Landesgesetze betreffend Sportwetten verfassungswidrig. In der Literatur wurde bereits eine große Zahl von Abgrenzungsversuchen unternommen. Da weder im GSpG noch im StGB der Begriff Spiel definiert ist, jedoch für die Legaldefinition von Glücksspiel herangezogen wird, besteht das Problem, den Begriff Spiel auszulegen. Zu wissen, wie umfassend das Spiel verstanden werden muss, ist die Voraussetzung, um feststellen zu können was durch den Begriff Glücksspiel umfasst wird und somit dem GSpG unterliegt. Handelt es sich bei Sportwetten um kein Spiel, so können sie nach dem GSpG kein Glücksspiel sein. Es wäre irrelevant, ob Gewinn oder Verlust ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängen. Sie würden keinesfalls dem Glücksspielmonopol unterliegen und lägen somit tatsächlich in der Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder.

In der Literatur wird häufig auf die Regelung von Wette und Spiel im ABGB abgestellt, um Spiel im Sinne des GSpG zu verstehen. Es handelt sich jedoch beim



GSpG und dem ABGB um völlig unterschiedliche Gesetze. Vor einer Übernahme von Definitionen, muss erst geklärt werden, inwieweit dies zulässig ist.

Wie oben dargelegt<sup>41</sup>, wird in § 1272 ABGB die Definition von Spielen vorgenommen. Der erste Satz besagt, dass jedes Spiel eine Art von Wette ist. Für Spiele gelten die gleichen Rechte wie für Wetten. Bezüglich weiterer Bestimmungen (zum Beispiel verbotene Spiele und Strafen für Personen die verbotene Spiele betreiben) wird allgemein auf die politischen Gesetze verwiesen<sup>42</sup>.

Nach § 1272 ABGB ist jedes Spiel eine Art von Wette und daher eine Teilmenge der Wette. Jedes Spiel ist somit eine Wette. Da das Spiel eben nur eine Teilmenge der Wette ist, darf der Umkehrschluss – jedes Spiel ist eine Wette, daher ist auch jede Wette ein Spiel – nicht gezogen werden. Da für Spiele die gleichen Rechte gelten wie für Wetten, ist § 1270 ABGB<sup>43</sup> – in dem Wetten geregelt werden – auch für Spiele relevant. Aus diesem Paragraphen ergibt sich, dass ein unbekanntes Ereignis, ein vereinbarter Preis und eine Behauptung der Parteien Voraussetzungen für Spiele nach § 1272 ABGB sind. Wenn klassische Spiele wie *Tischtennis*, *Schach* oder *Mensch ärgere dich nicht* auf diese Elemente untersucht werden, ist deren Vorliegen nicht ganz einfach festzustellen. Eindeutig ist die Situation beim unbekanntem Ereignis. Dabei handelt es sich um den Ausgang des Spiels. Weiters haben die Spieler eine Behauptung aufzustellen die ein unbekanntes Ereignis betrifft. Dabei handelt es sich um die Behauptung, welcher Spieler gewinnen wird. Wenn um einen Preis gespielt wird, kann vorausgesetzt werden, dass jeder Spieler die Behauptung, er gewinne, aufstellt. Die Behauptung ist dem Spiel immanent. Zuletzt muss die Voraussetzung des vereinbarten Preises einer kritischen Betrachtung unterzogen werden. Ein Spiel entspricht dem § 1270 ABGB, wenn der Spielausgang ungewiss ist, jeder der Spieler behauptet, dass er gewinne und für den Gewinner ein Preis vereinbart wurde. Wird kein Preis vereinbart – Preis ist weit zu verstehen und muss nicht unbedingt eine materielle Leistung darstellen –, haben die Spielenden keinen Rechtsfolgewillen und bei dem Spiel handelt es sich um keinen Vertrag. Die Voraussetzungen des § 1270 ABGB sind nicht nur gesetzlich festgelegt sondern die logischen Voraussetzungen für ein Spiel bei dem um einen Preis gespielt wird.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Spieler beschließen, neben einem Spiel zusätzlich eine Wette abzuschließen<sup>44</sup>. Sie sind der Ansicht, einerseits zu spielen und andererseits zu wetten wer gewinnt. Für den Gewinner der Wette versprechen sie sich einen Preis. Für den Ausgang des Spiels hätten sie keinen Preis vereinbart, weshalb es keinerlei rechtliche Relevanz hätte. Es wäre nur ein Preis, und zwar für den Ausgang der Wette, vereinbart. Rechtlich gesehen stellen Spiel und Wette in diesem Fall eine Einheit dar. Die Vertragspartner wetten nicht um den Ausgang eines

---

<sup>41</sup> Unter 2. Nach dem ABGB, Seite 7f.

<sup>42</sup> Vgl § 1272. Jedes Spiel ist eine Art von Wette. Die für Wetten festgesetzten Rechte gelten auch für Spiele. Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten; wie Personen, die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze.

<sup>43</sup> § 1270 ABGB erster Satz: „Wenn über ein beyden Theilen noch unbekanntes Ereigniß ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird: so entsteht eine Wette.“

<sup>44</sup> Beispiel: Zwei Personen spielen Schach. Am Anfang der Partie sagt einer der beiden zum anderen: „Ich wette um € 3, dass ich dieses Spiel gewinne.“ Der andere sieht seine Chance zu gewinnen und steigt auf die Wette ein.

Spiels sondern Spielen um einen Preis. Es handelt sich in diesem Fall um ein Spiel im Sinne des § 1272 ABGB.

Laut *Schwarz* und *Wohlfahrt*, stellt § 1 Abs 1 GSpG auf den zivilrechtlichen Begriff des Spiels ab, da das Spiel in § 1272 ABGB Glücksvertrag genannt wird<sup>45</sup>. Ohne jeglichen Hinweis im Gesetz oder in den Materialien darf nicht angenommen werden, dass der zivilrechtliche Begriff Spiel Ausgangspunkt für die Glücksspielrechtliche Legaldefinition des Glücksspiels ist. Es müssten handfeste Hinweise gefunden werden, die diesen Schluss zulassen. Solche existieren jedoch nicht. Allgemeininterpretationstheoretische Überlegungen liefern entgegen *Schwarz* und *Wohlfahrt* keinen entsprechenden Hinweis. Mehr dazu unten<sup>46</sup>.

Wird das ABGB zur Definition von Wette und Spiel herangezogen, gilt folgendes. Da ein Glücksspiel ein Spiel ist, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen, sind Glücksspiele eine Teilmenge von Spielen. Da Spiele laut § 1272 ABGB eine Art von Wette sind wären Glücksspiele auch eine Teilmenge von Wetten. Dies würde weiters bedeuten, dass jedes Glücksspiel eine Wette, nicht aber jede Wette ein Glücksspiel ist. Demzufolge können Wetten in folgende drei Arten eingeteilt werden:

- 1) Die *gewöhnliche Wette*: Sie ist nur Wette, nicht auch Spiel.
- 2) Die Wette die zugleich Spiel ist.
- 3) Die Wette die zugleich Glücksspiel ist.

Bei obiger Dreiteilung von Wetten kommen zwei Argumentationsmöglichkeiten in Frage die dazu führen, dass Sportwetten vom Glücksspiel ausgenommen sind. Erstens, weil es sich bei Sportwetten um jene Wetten handelt, die nicht zugleich Spiel sind und zweitens weil sie zwar Spiel sind aber nicht ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Dass Sportwetten – zumindest ein Teil davon – sehr wohl vorwiegend vom Zufall abhängen, wurde bereits oben gezeigt<sup>47</sup>. Handelt es sich bei Sportwetten um kein Spiel, so können sie keinesfalls dem Glücksspielgesetz und dem Glücksspielmonopol unterliegen. In diesem Fall spielt es keine Rolle, ob Gewinn und Verlust ausschließlich vom Zufall abhängen. Der Zufall wäre damit kein Abgrenzungskriterium zwischen Glücksspiel und Sportwette. Gemäß Art 15 Abs 1 B-VG wären Sportwetten in Sachen Gesetzgebung und Vollziehung Landessache. Wenn Sportwetten kein Spiel – und somit niemals – Glücksspiel sind, so gilt dies auch für Gesellschaftswetten. Dieser Umstand bedeutet, dass nicht nur Sportwetten sondern auch Gesellschaftswetten möglicherweise nicht vom Glücksspielmonopol umfasst sind. Diese Wetten wären nicht gemäß Art 10 Abs 4 B-VG dem Bund in Gesetzgebung und Vollziehung im Bereich des Monopolwesens dem Bund zugeordnet.

Wird der Theorie – zur Auslegung des Begriffs Spiel sind die Definitionen des ABGB heranzuziehen – gefolgt, findet lediglich eine Verlagerung des Abgrenzungsproblems auf eine andere Ebene statt. Jedes Spiel wäre eine Wette, doch wie grenzt man jene Wetten die Spiele sind von denen ab die keine sind.

---

<sup>45</sup> *Schwarz/Wohlfahrt*, Rechtsfrage der Sportwette, ÖJZ 1998, 601.

<sup>46</sup> Siehe Seite 25ff.

<sup>47</sup> Vgl Seite 15f.

Um die Abgrenzung, die nicht nur im GSpG fehlt sondern auch im ABGB nicht vorgenommen wird, durchzuführen, wird in der Literatur oftmals das spielende Verhalten als Abgrenzungspunkt herangezogen. Die Autoren sind der Ansicht, dass das spielende Verhalten als weiteres charakteristisches Merkmal des Spiels neben den Definitionsmerkmalen der Wette erforderlich sei, damit es sich bei einer Wette um ein Spiel handle<sup>48</sup>. Bei einem Spiel sei der Ausgang vom spielenden Verhalten der Vertragsparteien abhängig. Die Vertragsparteien würden beim Spiel versuchen das unbekannte Ereignis durch aktives Verhalten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Anders bei einer Wette, wo der Ausgang vom spielenden Verhalten der Vertragsparteien unabhängig sei<sup>49</sup>.

*Schwartz* und *Wohlfahrt* zählen zu den obige Ansicht vertretenden Autoren. Sie sind Verfechter der Theorie: Bei Wetten hat ein spielendes Verhalten der Vertragsparteien keinen Einfluss auf das Ergebnis, beim Spiel jedoch schon: „Man spielt mit jemandem, wettet aber auf etwas“<sup>50</sup>. Sie bringen zwei Beispiele, mit denen bereits öfters versucht wurde diese Theorie zu stützen:

- 1) die Vertragsparteien schließen eine Wette ab, wer von ihnen schneller läuft.
- 2) die Vertragsparteien schließen eine Wette ab, wer von ihnen besser Schach spielt.

Laut ihnen gilt folgendes: Gehe es darum, wer von zwei Personen schneller laufen könne, so hänge der Ausgang dieser Auseinandersetzung nicht vom spielerischen Verhalten der Kontrahenten ab. Es handle sich tatsächlich um eine Wette die vom spielenden Verhalten der Vertragsparteien unabhängig sei. Der Wettausgang hänge nicht von einem spielenden Verhalten der Vertragsparteien ab, sondern von ihren läuferischen Fähigkeiten. Bei der *Wette* auf das Ergebnis eines Schachspiels handle es sich nicht um eine Wette. Vielmehr liege ein Spiel vor, bei dem das spielende Verhalten der Vertragsparteien den Spielausgang bestimme. Für die Vertragsparteien des Schachspiels gehe es nicht um einen Wett- sondern um einen Spieleinsatz. *Schwartz* und *Wohlfahrt* stellen die Annahme auf, Wetten auf Spiele seien als Spiele anzusehen.

*Krejci* ist anderer Ansicht und behauptet, der Ausgang dieser beiden Wetten könne sehr wohl vom Verhalten der Vertragsparteien beeinflusst werden. Es könne darauf gewettet werden, welcher Vertragspartner schneller laufen kann. Überhaupt sei die Abgrenzung von Wetten und Spiel nicht wichtig, da beide demselben Regime unterliegen<sup>51</sup>. *Schwartz* und *Wohlfahrt* wendeten ein, dass damit nicht der Nachweis gelinge obige Annahme zu widerlegen. Lediglich die nahe Verwandtschaft von Wette und Spiel werde aufgezeigt.

---

<sup>48</sup> *Hasberger/ Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

<sup>49</sup> *Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien 1998, 95; *Schwartz/Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJZ 1998, 601 und *Koziol Helmut/ Welsler Rudolf*, Bürgerliches Recht Band 2, 2001, 253.

<sup>50</sup> *Schwartz/ Wohlfahrt*, Replik auf Im Auslegen seid frisch und munter, *ecolex* 2003, 797.

<sup>51</sup> Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274 ABGB, RZ 16.

Auch wenn diese Abgrenzung – der Ausgang eines Spiels ist vom spielenden Verhalten der Vertragsparteien abhängig, der Ausgang einer Wette nicht – dem umgangssprachlichen Verständnis nahe kommt, ist sie nicht geeignet, um dem ABGB zu entsprechen. Zur Wiederholung: Spiele sind eine Teilmenge der Wetten und damit ist jedes Spiel eine (Art) Wette. Es müsste heißen, bei all jenen Wetten, die zugleich Spiele sind hängt der Ausgang vom spielenden Verhalten der Vertragsparteien ab. Bei allen übrigen Wetten hängt der Ausgang nicht vom spielerischen Verhalten der Vertragsparteien ab. Auch wenn diese Abgrenzung auf den ersten Blick richtig erscheint, so ist auch diese nicht zulässig, wie später gezeigt wird.

Laut *Lehner* komme es bei der Abgrenzung von Wette und Spiel bzw. Glücksspiel nicht auf ein spielerisches Element des Spiels an. Er stellt die Behauptung auf, dass unter dem Glücksspielbegriff des GSpG „auch weite Bereiche der unter dem Begriff "Wette" subsumierbaren Tätigkeiten“ fallen würden. Weiters ist er der Ansicht, dass der Glücksspielbegriff nicht in einer Weise zu deuten sei, dass er eine spielerische Tätigkeit voraussetze. *Lehner* argumentiert mit § 4 Abs 4 GSpG<sup>52</sup> und meint, dort seien Lebensversicherungsverträge vom Anwendungsbereich des GSpG ausgenommen. Bei Lebensversicherungen handle es sich um Verträge die mit Sicherheit keinerlei spielerisches Element aufweisen würden. Nach *Lehner* bedeutet der Umstand – dass eine Ausnahmeregelung notwendig sei, um Verträge die absolut keine spielerischen Elemente aufweisen, vom Glücksspielbegriff auszunehmen – dass ein spielerisches Element für *Spiele* nicht gefordert werde. Wenn also grundsätzlich Verträge wie Lebensversicherungen vom Spiel und in weiterer Folge auch vom Glücksspiel umfasst seien, müsse sich § 1 Abs 1 GSpG genauso auf Wetten beziehen. *Lehner* ist folgender Meinung: „IS eines argumentum a minori ad maius liegt jedenfalls nahe, dass das GSpG keinesfalls einen engen "Spiel"-Begriff als Voraussetzung für ein Unterfallen unter den Anwendungsbereich des GSpG enthält. Damit ist aber auch klargestellt, dass es einer Definition der Wette im GSpG gar nicht bedarf: Die Wette stellt keine vom Glücksspiel trennbare Tätigkeit sui generis dar, ein Rückgriff auf die Definition des ABGB ist daher entbehrlich.“<sup>53</sup>

Auffallend ist, dass laut *Lehner* im GSpG zwischen Lebensversicherungen und anderen Versicherungen differenziert werde. Warum sollten Lebensversicherungen vom Anwendungsbereich des GSpG ausgenommen sein und andere Versicherungen nicht. Bedeutet dieser Umstand, dass alle anderen Versicherungen dem GSpG unterliegen? Bei allen Versicherungsverträgen wird ein Risiko versichert und wenn sich dieses verwirklicht eine gewisse Summe ausbezahlt. Wenn Lebensversicherungen dem GSpG unterliegen, muss dies für alle anderen Versicherungsverträge ebenfalls gelten. Damit diese Versicherungen nicht vom GSpG umfasst wären, bedürfe es ebenfalls einer Ausnahmeregelung. Zwar werden Versicherungen im ABGB als Glücksverträge benannt, doch liegt es außerhalb jedes Verständnis des allgemeinen Sprachgebrauchs Versicherungsverträge unter den Begriff Spiel und in weiterer Folge Glücksspiel zu subsumieren. Bei näherer Betrachtung des § 4 Abs 4 GSpG wird folgendes ersichtlich: „Lebensversicherungsverträge, nach denen die in Ab- und Erlebensfall zu leistende Versicherungssumme für den Fall der Auslösung vorzeitig zu zahlen ist, unterliegen

---

<sup>52</sup> Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol: § 4 Abs 4 GSpG: Lebensversicherungsverträge, nach denen die in Ab- und Erlebensfall zu leistende Versicherungssumme für den Fall der Auslösung vorzeitig zu zahlen ist, unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol.

<sup>53</sup> *Lehner*, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 337.

nicht dem Glücksspielmonopol.“ Die Ausnahme nach § 4 Abs 4 GSpG bezieht sich demnach nicht generell auf reine Lebensversicherungsverträge sondern auf jene, bei denen Auslosungen stattfinden und im Fall des Gewinns die Versicherungssumme vorzeitig ausbezahlt wird. Demnach sind Lebensversicherungen nicht generell dem Glücksspiel zuzuzählen sondern nur wenn sie mit dem Zusatz der vorzeitigen Auszahlung im Falle einer Auslosung ausgestaltet werden. Auslosungen unterliegen, je nachdem wie sie ausgestaltet sind, dem Glücksspielgesetz. Findet eine Auslosung statt, ohne dass die Teilnehmer einen Beitrag leisten müssen, unterliegt die Auslosung nicht dem Glücksspielgesetz<sup>54</sup>. Je nachdem wie eine Lebensversicherung mit einer Auslosung verbunden ist, kann es sich bei dem Vertragswerk um Glücksspiel handeln oder auch nicht. Damit es sich um Glücksspiel handelt, muss eine Gegenleistung für die Auslosung geleistet werden. Auf Grund der Ausnahme in § 4 Abs 1 GSpG sind mit Auslosungen verbundenen Lebensversicherungen keinesfalls Glücksspiele.

*Lehner* müsste, um sein Argument ins Treffen zu führen nachweisen, dass Auslosungen kein spielerisches Element aufweisen. Einen solchen Nachweis hat Lehner jedoch nicht erbracht. Aus § 4 Abs 4 GSpG darf nicht geschlossen werden, dass § 1 Abs 1 GSpG für Spiel und Glücksspiel kein spielerisches Element fordert. Mit den obig angeführten Argumenten, gelingt Lehner daher kein Nachweis, dass Wetten Spiele iSd. § 1 GSpG sind.

*Burgstaller* führt an, dass den Materialien zu § 1 Abs 1 GSpG zu entnehmen sei, dass es sich bei Spiel im Sinne des § 1 Abs 1 leg cit um einen „entgeltlichen Glücksvertrag im Sinne des § 1267 ABGB“<sup>55</sup> handle<sup>56</sup>. Den von *Burgstaller* zitierten Materialien ist zu entnehmen wie folgt: „Es muß sich um ein Spiel, dh. einen entgeltlichen Glücksvertrag im Sinne des § 1267 ABGB handeln, und das Ereignis, das über Gewinn und Verlust entscheidet, muß ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“. Für eine Abgrenzung von Spiel und Wette kann durch die erläuternden Bemerkungen jedoch nicht viel gewonnen werden. Aus § 1267 ABGB kann dahingehend nicht viel abgeleitet werden, da dort nur allgemein festgehalten wird, was ein Glücksvertrag ist: „Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteiles versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag. Er gehört, je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht, zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen“<sup>57</sup>. Da sowohl das Spiel als auch die Wette im Sinne des ABGB zu den Glücksverträgen zählen, ist der von *Burgstaller* angesprochenen Passage der Materialien nicht zu entnehmen, wie weitreichend das Spiel gemäß § 1 Abs 1 GSpG zu verstehen ist.

*Burgstaller* schließt sich im Strafrechtsbereich der Abgrenzung von *Kirchbacher* und *Presslauer* an. Da die Legaldefinition des Glücksspiels im GSpG aus dem Strafgesetzbuch übernommen worden sei, hätten sie den gleichen Bedeutungsgehalt und würde eine Abgrenzung im Strafrechtsbereich auch für das Glücksspielgesetz gelten: „Eine Wette ist nur dann nicht Spiel (und daher auch kein Glücksspiel), wenn damit punktuell eine Meinungsverschiedenheit ausgetragen wird. Verhaltensweisen, die der Befriedigung des Spieltriebs, der Unterhaltung oder dem Gewinnstreben dienen, sind auch dann Spiel, wenn sie in der äußeren Form von Wetten abgewickelt

---

<sup>54</sup> Vgl § 2 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 GSpG.

<sup>55</sup> EBRV in 1067 BlgNR 17. GP, 16.

<sup>56</sup> Vgl *Burgstaller*, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, RZ 2004, 214.

<sup>57</sup> § 1267 ABGB.

werden<sup>58</sup>. *Burgstaller, Kirchbacher* und *Presslauer* sind somit der Ansicht, dass Befriedigung des Spieltriebs, Unterhaltung und Gewinnstreben charakteristische Elemente des Spiels bzw Glücksspiels sind. Schließt man sich dieser Abgrenzung an, umfasst der Begriff Spiel Buchmacher- und Totalisateurwetten, da sie sowohl der *Unterhaltung* als auch dem *Gewinnstreben* der Wettteilnehmer dienen. Weder Buchmacherwetten noch Totalisateurwetten werden eingegangen, um eine Meinungsverschiedenheit auszutragen. Eine Abgrenzung zwischen Spiel und Wette kann also auch auf diese Weise nicht getroffen werden.

Beachtlich ist, dass einige Autoren der Abgrenzung von Spiel und Wette keine Bedeutung zusprechen. Begründet wird dies damit, dass sowohl für die eine als auch die andere Vertragsform, die gleichen Rechte gelten würden. Der VwGH<sup>59</sup> hat ebenfalls geäußert, es sei nicht notwendig Wette und Spiel voneinander abzugrenzen. Beide seien als *Glücksverträge* demselben Regime unterstellt. Dies trifft zu, solange auf die zivilrechtlichen Konsequenzen der Spiel- und Wettverträge abgestellt wird, die tatsächlich dieselben sind. Verwaltungsrechtlich macht es einen beträchtlichen Unterschied, ob eine Tätigkeit dem Spiel und damit unter Umständen dem Glücksspiel oder der Wette zugeordnet wird. Das Spiel unterliegt, wenn Gewinn oder Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen, dem Glücksspielgesetz. Eine Wette – falls zwischen Wette und Spiel aus Sicht des § 1 Abs 1 GSpG ein Unterschied besteht – würde nicht einmal dann dem GSpG unterliegen. Da, wie weiter unten gezeigt wird<sup>60</sup>, die Bestimmungen des ABGB nicht zur Abgrenzung im GSpG heranzuziehen sind, trifft obiges zu. Einer Abgrenzung von Spiel und Wette kommt bei Betrachtung der §§ 1267ff keine Bedeutung zu. Nur im Hinblick auf die verwaltungsrechtliche Zulässigkeit von Wetten und Glücksspiel ist eine Abgrenzung notwendig, die unmöglich mit dem Heranziehen zivilrechtlicher Vorschriften getroffen werden kann.

Wie gezeigt wurde, bestehen schon seit geraumer Zeit Abgrenzungsprobleme von Spiel inklusive Glücksspiel und Wette. Die große Anzahl an Abgrenzungsversuchen, ist nicht restlos überzeugend und immer wieder werden neue Fragen aufgeworfen. So auch durch die Abgrenzung mithilfe des spielerischen Elements beim Spiel, die zwar viele Anhänger<sup>61</sup> aber auch Gegner<sup>62</sup> hat. *Strejcek* und *Hoscher* bezeichnen den Abgrenzungsversuch mittels spielenden Verhaltens als „zirkulär und demgemäß unzweckmäßig“<sup>63</sup>. Sie stellen fest: Dieser Versuch sei so sinnvoll wie die Wette mit „wettendem“ Verhalten der Vertragsparteien zu definieren<sup>64</sup> und meinen, *Schwartz* und *Wohlfahrt* – Vertreter dieser Argumentation – seien sich dessen bewusst, da sie „versuchen, a priori der „Wette ieS“ im Gegensatz zum „Spiel“ die Möglichkeit abzusprechen, dass der Ausgang einer derartigen Wette, und damit der verbundene

---

<sup>58</sup> *Burgstaller*, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, Rz 2004, 214; von ihm unter Weglassung von Hervorhebungen zitiert: *Kirchbacher/Presslauer*, WK, 2. Auflage, § 168 Rz 2.

<sup>59</sup> Vgl *Krejci* in Rummel (Hrsg.), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, § 1274, RZ 16; VwSlgNF 6166/F; VwGH 27.9.1990, 89/16/0214.

<sup>60</sup> Siehe Seite 25ff.

<sup>61</sup> Vgl *Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601 und Hasberger Michael/ Busta Markus, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

<sup>62</sup> Vgl *Hoscher/ Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek*, Lotto und andere Glücksspiele, Wien 2003, 78ff und *Lehner Wilfried*, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 337.

<sup>63</sup> *Hoscher/ Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek*, Lotto und andere Glücksspiele, Wien 2003, 78.

<sup>64</sup> Sinngemäß wiedergegeben.

Gewinn und Verlust „ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“ (§ 1 GSpG)<sup>65</sup>. Dass auch Sportwetten ein aleatorisches Element enthalten wurde oben von mir dargestellt. Dieser Umstand ist auch *Strejcek* und *Hoscher* bekannt. Trotz alledem geben *Strejcek* und *Hoscher* zu, dass der Ansatz, Spiel und Wetten unterscheiden sich durch das Element des spielenden Verhaltens beim Spiel, nicht ganz von der Hand zu weisen sei. Nach *Strejcek* und *Hoscher* liege der öffentlich-rechtliche Unterschied von Spiel und Wette in der Vorhersehbarkeit. Relevant sei, ob der *Ausgang* eines Ereignisses durch Wissen und Kenntnis vorhergesehen werden könne oder ob die Vorhersehbarkeit zumindest erhöht werde, oder nicht. Da es bei Sportwetten möglich sei, trotz gewisser Unsicherheitsfaktoren wie Wetter, Gesundheitszustand der Sportler, etc. Prognosen zu treffen, könne „nicht von einem rein „zufälligen“ Ausgang gesprochen werden“<sup>66</sup>. Je mehr Wettkämpfe jedoch kombiniert würden, desto höher wiege die Zufallskomponente. Wenn *Strejcek* und *Hoscher* auf die Vorhersehbarkeit des Ausgangs eines Ereignisses abstellen, schließen sie sich der Ansicht des BMF an, deren Richtigkeit bereits oben widerlegt wurde.

Obwohl ich anfangs der Theorie über das spielende Verhalten nicht abgeneigt, ja diese sogar zustimmend wahrgenommen habe, hielt sich diese Zustimmung nicht lange. Die Vielzahl der Abgrenzungsversuche die bereits getätigt wurden und einer näheren Überprüfung nicht standhielten, weist auf die Komplexität der Abgrenzungsproblematik hin. Je tiefer eine Untersuchung der Unterschiede von Spiel und Wette geht, desto offensichtlicher wird, wie verworren diese Begriffe sind. Werden Spiele wie Schach oder diverse Kartenspiele betrachtet, kann ein spielerisches Verhalten der Teilnehmer, mit dem sie Einfluss auf den Ausgang nehmen, nicht geleugnet werden. Ebenfalls zutreffend ist, dass bei einem Großteil der Sportwetten, ja sogar Wetten überhaupt, kein Einfluss durch das Verhalten der Wettvertragspartner auf das Ergebnis genommen werden kann. Da es bei den Abgrenzungsversuchen überwiegend darum geht zu bestimmen, was alles unter Glücksspiel zu subsumieren ist, sollte untersucht werden, ob gerade Glücksspiele ein spielerisches Element aufweisen und das Ergebnis durch spielerisches Verhalten der Teilnehmer beeinflusst werden kann. Für Glücksspiel charakteristisch ist, dass der Ausgang vom Glück und daher vom Zufall abhängt (zumindest vorwiegend, wie es § 1 Abs 1 GSpG verlangt). Dem Glücksspielmonopol unterworfen sind unter anderen Roulette, Lotto, Toto, Glücksrad und Würfelspiele. Ein spielerisches Verhalten beim Würfeln kann nicht abgestritten werden. Würfel werden geworfen und je nachdem wie sie fallen gewinnt oder verliert der Würfelnde. Zwar hängt das Spiel vom spielerischen Verhalten des Würfelnden ab, aber Einfluss auf das Ergebnis kann mit dem Werfen der Würfel nicht genommen werden. Wird bei einem Buchmacher gewettet, ist ein Wettschein auszufüllen und wird auf diesem angegeben bzw. markiert, auf was gewettet wird und wie das sportliche Ereignis ausgeht. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich, wie der Ausdruck Buchmacherwette erwarten lässt, um eine Wette. Beim *Lotto 6 aus 45* werden aus einem Pool von 45 Zahlen 6 ausgewählt. In einer öffentlichen Ziehung werden 6 Zahlen gezogen. Ob der einzelne Teilnehmer gewinnt, hängt davon ab, ob die von ihm *getippten* Zahlen mit den gezogenen übereinstimmen, bzw. wie viele Übereinstimmungen es gibt. Der Gewinn wird auf mehrere Gewinnränge aufgeteilt. Alle Gewinne desselben Ranges sind

---

<sup>65</sup> *Hoscher/ Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek, Lotto und andere Glücksspiele*, Wien 2003, 79.

<sup>66</sup> Vgl *Hoscher/ Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek, Lotto und andere Glücksspiele*, Wien 2003, 79.

gleich hoch. Es hat somit den Anschein, ein *Lottospiel* ist nichts anderes als eine Wette und der Veranstalter ist ein Totalisateur, der die Einsätze poolt, eine *Verwaltungsgebühr* abzieht und nach der Ziehung die Gewinne auszahlt. Lotto ist als *Totalisateurwette* zu verstehen. Ein spielerisches Verhalten ist im gleichen Umfang Element des Lottos wie der Sportwette oder jeder anderen Wette. Das zum Lotto verdeutlichte gilt ebenfalls für Toto. Der Verdacht, dass es sich bei Lotto und Toto um Wetten handelt wird durch das Glücksspielgesetz verhärtet:

„Das Lotto ist eine Ausspielung, bei der ein Veranstalter Wetten über die Gewinnchance mehrerer Zahlen aus einer bestimmten Zahlenreihe annimmt und durchführt“<sup>67</sup>.

„Das Toto ist eine Ausspielung, bei der ein Veranstalter Wetten über den Ausgang mehrerer sportlicher Wettkämpfe (Kollektivwetten) annimmt und durchführt“<sup>68</sup>.

Unter der Annahme, dass Spiel bzw. Glücksspiel und Wetten etwas anderes sind, ist schon verwunderlich, dass im GSpG Wetten geregelt werden. Noch verwunderlicher ist, dass Lotto und Toto Wetten sind, die in Form von Ausspielungen angenommen und durchgeführt werden. Wird § 2 Abs 1 GSpG – in dem festgelegt wurde was Ausspielungen sind – betrachtet, fällt auf, dass Ausspielungen und somit auch Lotto und Toto Glücksspiele sind, bei denen ein Unternehmer für vermögensrechtliche Leistungen vermögensrechtliche Gegenleistungen in Aussicht stellt. Diese Bestimmungen sorgen nicht gerade für eine Auflösung der Verwirrung rund um die Begriffe Spiel und Wette und verdeutlichen die enge Verzahnung derselben.

Das wohl klassischste Glücksspiel ist Roulette. In jedem Casino sind Roulette-Tische zahlreich vorhanden und die Besucher scharen sich um diese, um Einsätze zu platzieren oder einen Blick auf das Geschehen zu werfen. Kaum ein Casinobesucher würde daran zweifeln, dass es sich bei Roulette um ein Spiel handelt und kaum jemand würde an eine Wette denken. Durch eine Analyse des Spielablaufs von Roulette wird ersichtlich, dass die Entscheidung bei einer Zuweisung zu Spiel oder Wette nicht bedenkenlos auf das Spiel fallen kann: Der Spieler entscheidet sich, auf welches Feld er seine Jetons setzt, um beim nächsten Durchgang teil zu nehmen. Der Croupier wirft die Kugel in den, sich drehenden, Zylinder, dann wird abgewartet auf welcher Zahl die Kugel liegen bleibt. Darüber ob bei diesen Tätigkeiten ein spielerisches Verhalten *im Spiel* ist kann gestritten werden. Meiner Ansicht nach liegt kein spielerisches Verhalten vor: Der Croupier verfolgt angestrengt und höchst konzentriert das Geschehen am Tisch, dreht den Zylinder, wirft die Kugel hinein und wartet ab, um im richtigen Moment weitere Einsätze zu verbieten. Ein spielerisches Verhalten ist für mich dabei nicht erkennbar. Der Croupier verfolgt vielmehr eine anspruchsvolle berufliche Tätigkeit. Der Teilnehmer gibt mit dem Setzen des oder der Jetons einen oder mehrere Tipps ab. Dieses Verhalten ist nicht spielerischer als das Ausfüllen eines Wertscheins. Das Setzen eines Jetons ist nichts anderes als das platzieren einer Wette. Das zum Roulette gesagte, gilt auch für das Glücksrad.

Wie gezeigt, gelingt es nicht mit Hilfe von Legaldefinitionen anderer Gesetze als dem GSpG eine Abgrenzung von Sportwetten bzw. Wetten und Glücksspiel zu treffen. Um eine Rechtfertigung für die Differenzierung und unterschiedliche

---

<sup>67</sup> § 7 GSpG erster Satz.

<sup>68</sup> § 8 GSpG erster Satz.



Regelung von Sportwetten und Glücksspiel zu finden oder zu verneinen ist gründliche, schrittweise Auslegungsarbeit notwendig.

## **D. Schrittweise Auslegung des Glücksspiels iSd § 1 Abs 1 GSpG**

Wie des Öfteren bereitet im Fall der Abgrenzung von Glücksspiel und Sportwetten die im Gesetz verwendete Sprache Schwierigkeiten. Begriffe derer sich der Gesetzgeber bedient, sind häufig in ihrem Umfang nicht genau festgelegt. Wer ein Gesetz auslegt, hat die erkennbare Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers und die von ihm getroffenen Wertentscheidungen zu berücksichtigen und darf sich nicht mit dem Mittel der Auslegung darüber hinwegsetzen. Einzig und allein wenn die Regelungsabsicht und die Wertentscheidung mit den gegenwärtigen Verfassungsbestimmungen oder anerkannten Rechtsprinzipien in Widerspruch stehen, ist das Abgehen von ihnen zulässig. In die Auslegung sind sowohl subjektive wie auch objektive Momente mit einzubeziehen. Die richtige Auslegung wird nicht durch individuelles, isoliertes Betrachten der Auslegungsmethoden erreicht, sondern durch gemeinsames Betrachten und Anwenden der zur Verfügung stehenden Methoden. Sie sind alle zu berücksichtigen. Nur so kann der Auslegende dem Anspruch auf richtige Auslegung gerecht werden<sup>69</sup>.

### **1. Wörtliche („grammatische“) Auslegung**

Vernünftigerweise beginnt die Auslegung einer Norm, wie bei jedem anderen Text, mit dem Wortsinn. Es ist anzunehmen, dass derjenige der etwas mitteilt die Worte gebraucht, wie sie dem gemeinen Verständnis entsprechen. Gesetze wenden sich an das Volk und sollen von diesem verstanden werden. Aus diesem Grund bedient sich der Gesetzgeber der allgemeinen Sprache, verwendet jedoch auch teilweise eine *juristische Kunstsprache*. Sie ermöglicht eine präzise Ausdrucksmöglichkeit ohne die Notwendigkeit umständlicher Erläuterungen. Recht wendet sich an alle und daher lehnt sich die *juristische Kunstsprache* an den allgemeinen Sprachgebrauch an, um ein Mindestmaß an Allgemeinverständlichkeit zu gewährleisten. Somit ist die Rechtssprache nicht von der allgemeinen losgelöst<sup>70</sup>. Ist ein präziser juristischer Sprachgebrauch klargestellt, darf von diesem nur abgegangen werden, wenn im Gesetz Hinweise zu finden sind, dass von ihm abgewichen werden soll<sup>71</sup>. Im GSpG ist der juristische Sprachgebrauch des Spiels nicht klargestellt. Die Auslegung des allgemeinen Sprachgebrauchs betreffend des Begriffs Spiel ist erforderlich. Er bildet den Rahmen in dem die richtige Bedeutung liegen muss. Auslegung außerhalb des allgemeinen Sprachgebrauchs wäre Umdeutung<sup>72</sup>. Nach *Meier* und *Hayoz* hat der Wortlaut eine besondere Bedeutung: „Er ist Ausgangspunkt für die richterliche

---

<sup>69</sup> Vgl *Larenz/ Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, 136ff.

<sup>70</sup> Vgl *Larenz/ Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, 141.

<sup>71</sup> Vgl *Larenz/ Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, 142.

<sup>72</sup> Vgl *Larenz/ Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, 142.

Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab<sup>73</sup>. Für die Wortauslegung muss zwischen *Begriffskern*, *Begriffshof* und „einem Bereich jenseits der möglichen Anwendung des Begriffs“ unterschieden werden<sup>74</sup>. Beim *Begriffskern* handelt es sich um jenen Bereich, den jeder Sprach- und Sachkundige als Anwendungsbereich des Begriffs versteht. *Begriffshof* ist der Bereich, auf den der Begriff in der Sprachgemeinschaft manchmal erstreckt wird und manchmal nicht. Gerade dort steht der Rechtsanwender dem Problem gegenüber, dass die Subsumtion des relevanten Sachverhaltes unter die Norm erst nach der Auslegung möglich ist. Der Wortlaut des Gesetzes reicht in diesem Fall nicht aus. Im Bereich der außerhalb der möglichen Anwendung des Begriffes liegt, ist eine Anwendung der jeweiligen auszulegenden Norm nicht mehr möglich, es sei denn eine Analogie ist vorzunehmen. Aber auch dann, wenn der *Begriffskern* der einzelnen Begriffe einer Norm einen Sachverhalt erfasst und somit die Norm auf diesen anwendbar erscheint, muss dies nicht unbedingt richtig sein. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen könnten wegen „Prinzip-, System- oder Sachwidrigkeit gegen die fundamentalen Grundsätze der Rechtsidee“ verstoßen<sup>75</sup>.

Eine korrekte Interpretation erfordert die Auseinandersetzung mit den sprachlich möglichen Bedeutungen eines Begriffes. Die erste Frage, die man sich im Rahmen der Auslegung des Begriffs Spiel mit der Intention Spiele von Wetten abzugrenzen stellen muss, ist, ob Wetten vom *Begriffskern* des Spiels umfasst sind. Im allgemeinen Sprachgebrauch sind die Begriffe Spiel und Wette grundsätzlich weder gleichbedeutend, noch überschneiden sie sich. Kaum jemand versteht unter Spiel und Wette die gleiche Tätigkeit. Im Internet sind Websites zu finden auf denen Listen zur Verfügung gestellt werden, die eine alphabetische Auflistung der Spiele beinhalten. In *Geschichte des Glücksspiels* ist eine Liste der Glücksspiele zu finden<sup>76</sup>. Zwar sind diese Listen mit Sicherheit nicht vollständig – denn wie soll es gelingen, weltweit jedes Spiel oder Glücksspiel zu erfassen und außerdem kommen laufend neue hinzu – doch enthalten sie alle gängigen und bekannten Spiele und falls existent, sogar mehrere Varianten dieser. Bei den Websites handelt es sich nicht um eine wissenschaftliche Seite, die zum fundierten, präzise, wissenschaftlichen Arbeiten geeignet ist. Hinter ihren Listen stehen keine wissenschaftlichen Studien. Auffällig ist, dass in den betrachteten Listen weder Sportwetten noch Gesellschaftswetten eingetragen sind<sup>77</sup>. Die Umstände, dass nahezu niemand an Wetten denkt wenn er zu Spielen befragt wird und dass in Listen mit denen versucht wird, sämtliche Spiele in Alphabetischer Reihenfolge festzuhalten, keine Wetten beinhalten, lässt darauf schließen, dass vom *Begriffskern* des Spiels Wetten nicht umfasst werden.

Der *Begriffshof* erfasst Bereiche, auf die sich der auszulegende Begriff manchmal bezieht, aber nicht immer. Als nächstes gilt zu prüfen, ob der Begriff Wette im *Begriffshof* des Spiels liegt. Trifft dies zu, besteht die Möglichkeit, dass § 1 Abs 1 GSpG auch Wetten umfasst. Oben wurde die Behauptung aufgestellt, dass Listen, in denen Spiele alphabetisch aufgelistet werden, keine Wetten enthalten. Dies ist nur insofern richtig, als dort zwar Wetten aufgelistet, jedoch als (Glücks-)Spiel

---

<sup>73</sup> Larenz/ Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, 142; Meier/ Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, 24; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff Wien 1991, 423.

<sup>74</sup> Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 14.

<sup>75</sup> Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 14f.

<sup>76</sup> Vgl Zollinger, Geschichte des Glücksspiels, Wien 1997, 291ff.

<sup>77</sup> Vgl Wikipedia, Alphabetische Liste der Spiele, <[http://de.wikipedia.org/wiki/Liste\\_der\\_Spiele](http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Spiele)>, 26.8.2008.

verstanden werden. Lotto und Roulette werden als (Glücks-)Spiele in die Listen aufgenommen, obwohl sie, wie oben dargelegt, Wetten darstellen. Der *Begriffshof* des Spiels umfasst daher Wetten und somit können diese vom Spiel gemäß § 1 Abs 1 GSpG umfasst sein.

Da der Versuch Spiel und Wette mittels spielerischen Verhaltens abzugrenzen fehlschlägt, jedoch dem Ziel sehr nahe kommt, könnten Wette und Spiel wie folgt voneinander abgegrenzt werden: ***Der Unterschied zwischen Spiel und Wette ist der, dass das Ereignis, auf das gewettet wird, typischer Weise von dem Verhalten der Wettenden unabhängig ist. Auch dann, wenn sich die Vertragsparteien nicht kennen und niemals eine Wette abschließen würden, tritt dieses Ereignis ein. Beim Spiel hingegen wird das Spiel, also das Ereignis, durch das Verhalten der Parteien – oder auch nur einer Partei – erst möglich. Ob beim Spiel ein spielerisches Verhalten von den Vertragsparteien gesetzt wird oder nicht, ist irrelevant. Jedes Verhalten, dass das verlangte Ereignis herbeiführt ist ausreichend um ein Spiel zu begründen.***

Auch wenn hier ein Vorschlag für die Abgrenzung von Spiel und Wette gegeben wird, heißt dies nicht, dass der Gesetzgeber des Glücksspielgesetzes keine andere Abgrenzung für Spiel und Wette gemäß § 1 Abs 1 GSpG zugrunde gelegt hat und dass Wetten nicht dem GSpG unterliegen.

## 2. Systematisch-logische Auslegung

Die Bedeutung von Begriffen ergibt sich für gewöhnlich aus dem Zusammenhang in dem sie stehen. Der Bedeutungszusammenhang eines Gesetzes bestimmt die Bedeutung von Wörtern und Sätzen. Einzelne Paragraphen dürfen häufig nicht alleine gelesen und angewandt werden. Der Kontext in dem sie stehen, muss mit einbezogen werden<sup>78</sup>. Nach der systematisch-logischen Auslegung, wird zur Auslegung einer Norm der Inhalt einer anderen Norm des gleichen oder eines anderen Gesetzes herangezogen. Es sind Normen heranzuziehen, die mit der auszulegenden Norm in systematischem Zusammenhang stehen, wenn sie Aufschluss über das zu behandelnde Problem geben. Der systematische Zusammenhang kann sich aus der äußerlichen Aufeinanderfolge der Normen ergeben. Er kann auch gegeben sein, wenn sich die Normen auf den gleichen Sachverhalt beziehen.

Die Wortinterpretation alleine führt bei der Abgrenzung von Sportwetten, Wetten und Glücksspiel, zu keiner eindeutigen Lösung. Da Wetten im *Begriffshof* des Spiels liegen, ist denkbar, dass sie vom Spiel umfasst sind bzw. Überschneidungen dieser Begriffe existieren. Das GSpG beinhaltet keine Abgrenzung und auch keine Legaldefinition des Spiels, aus der geschlossen werden könnte, ob auch Sportwetten und Gesellschaftswetten vom Begriff Spiel und gegebenenfalls vom Glücksspiel umfasst sind. Zieht man – wie ebenfalls oben erörtert wurde<sup>79</sup> und unten noch untermauert wird<sup>80</sup> – unzulässiger Weise die Begriffe Spiel und Wette des ABGB zur Auslegung heran, so bleibt immer noch offen, welche Wetten zugleich Spiel sind und somit überhaupt Glücksspiel sein können.

---

<sup>78</sup> Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, 145ff.

<sup>79</sup> Siehe Seite 25f.

<sup>80</sup> Siehe Seite 30ff.

Systematisch gibt es zwischen dem ABGB und dem GSpG keinen Zusammenhang. Das ABGB ist dem Zivilrecht zuzuordnen und regelt privatrechtliche Angelegenheiten. Das GSpG hingegen ist öffentliches Recht, aus dem sich ergibt wann und in welcher Form Glücksspiel angeboten werden darf. Somit sind beide Gesetze einer anderen Rechtsmaterie zuzuordnen und die enthaltenen Regelungen haben verschiedene Zwecke. Ein systematischer Zusammenhang kann daher ausgeschlossen werden. Das ABGB besagt, wie Glücksverträge rechtswirksam zustande kommen und welche zivilrechtlichen Rechtsfolgen sich daraus ergeben; auch zwischen Verbrauchern. Das GSpG bezieht sich auf das unternehmerische Anbieten und Veranstalten von Glücksspielen. Das ABGB kann daher für eine Auslegung des „Spiels“ im GSpG nicht herangezogen werden.

*Strejcek* und *Hoscher* sind ebenfalls der Ansicht, dass zivilrechtliche Bestimmungen im ABGB nicht heranzuziehen seien, um die kompetenzrechtliche Grundlage von Spiel und Wette zu erörtern: „Die kompetenzrechtliche Interpretation muss aber evidentermaßen woanders ansetzen, weil es hier um Vorgänge, wie z.B. Konzessionierung von Unternehmen geht, die traditionell in den Bereich „politischer Vorschriften“ fallen“<sup>81</sup>. Dem Gesetzgeber des ABGB im Bereich von Spiel und Wette sei es „offensichtlich nur um einige (zivilrechtliche), keinesfalls um alle normativen und schon gar nicht um kompetenzrechtliche Regelungsaspekte“ gegangen<sup>82</sup>.

Nach einer anderen Ansicht dürfe dem Gesetzgeber aus interpretationstheoretischen Überlegungen nicht unterstellt werden, dass er in den §§ 1 Abs 1 GSpG und 168 Abs 1 StGB einen anderen Spielbegriff als den damals bereits existenten des ABGB verwenden habe wollen<sup>83</sup>. Da aber das ABGB, das StGB und das GSpG drei Gesetze sind, die einerseits Privatrecht und andererseits öffentliches Recht betreffen, und deren Entstehung in verschiedenen Zeiträumen stattfand, darf vielmehr nicht unterstellt werden, dass *Spiel* in jedem dieser Gesetze ein und dieselbe Bedeutung hat. Das gleiche gilt auch für das Verhältnis anderer Rechtsvorschriften zueinander, wie das folgende Beispiel zeigt: § 16 Abs 1 ECG<sup>84</sup> besagt:

„Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert, ist für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

1. von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder,
2. sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.“

---

<sup>81</sup> *Hoscher/ Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek, Lotto und andere Glücksspiele*, Wien 2003, 81.

<sup>82</sup> *Hoscher/ Strejcek*, Was ist Wette, was ist Spiel? in *Strejcek, Lotto und andere Glücksspiele*, Wien 2003, 81.

<sup>83</sup> Vgl. *Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, *Öjz* 1998, 601.

<sup>84</sup> Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz - ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden, BGBl 152/2001.

Unter Auftrag wird generell der *Bevollmächtigungsvertrag* gemäß § 1002 ABGB, daher rechtsgeschäftliches Tätigwerden für jemand anderen – den Auftraggeber – verstanden. Der Auftragnehmer besorgt die Geschäfte des Auftraggebers, auf dessen Rechnung:

„Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag“<sup>85</sup>.

Die *Aufträge* des ABGB und des ECG sind nicht deckungsgleich, dürfen somit nicht gleich verstanden werden. Wenn § 16 Abs 1 ECG besagt, dass ein Diensteanbieter unter bestimmten Voraussetzungen „für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich“ ist, darf darunter nicht rechtsgeschäftliches Tätigwerden für einen anderen verstanden werden.

Das Speichern fremder Inhalte ist kein rechtsgeschäftliches Tätigwerden für den Auftraggeber. Unter Auftrag gemäß § 16 Abs 1 ECG ist im Allgemeinen ein Werkvertrag gemäß §§ 1165ff ABGB zu verstehen. Häufig ist die Erteilung des Auftrages nicht einmal ein Werkvertrag; nämlich dann, wenn den Host-Provider keine Pflicht trifft die Informationen des Nutzers zu speichern. Oft befinden sich Gästebücher und Foren im *Netz*, die unentgeltlich und ohne jegliche vertragliche Pflichten und Rechte genutzt werden können. Der Auftrag wird in solchen Fällen durch das faktische Nutzen der bereitgestellten Dienste erteilt und löst keine vertraglichen Verpflichtungen zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer aus<sup>86</sup>.

Wenn also im Verhältnis der §§ 1002 ABGB und 16 Abs 1 ECG der Auftrag nicht die gleiche Bedeutung hat und nicht zur Auslegung herangezogen werden darf, warum soll dann im Verhältnis der §§ 1271ff und 1 Abs 1 GSpG das Heranziehen zur Auslegung zwingend sein. Wenn Gesetze in ihrer Systematik zusammen gehören, aufeinander aufbauend sind oder aufeinander abstellen und den gleichen Regelungsgegenstand haben, ist es zulässig, Legaldefinitionen des einen zur Interpretation des anderen heranzuziehen. Für das ABGB einerseits und das StGB und das GSpG andererseits gilt dies nicht. Das *Spiel* des ABGB darf nicht zur Interpretation des *Spiels* im GSpG bzw. im StGB herangezogen werden. Außerdem würde diese Vorgehensweise nicht weiterführen. Die einzige zu gewinnende Erkenntnis, jedes Spiel ist eine Art von Wette, bringt nichts, so lange offen bleibt, welche Wetten kein Spiel sind.

Da für die systematisch-logische Auslegung auch und besonders die Bestimmungen innerhalb eines Gesetzes relevant sind, darf § 1 Abs 1 GSpG nicht isoliert von anderen Paragraphen des GSpG betrachtet werden. § 1 Abs 1 ist zusammen mit §§ 2 Abs 1, 6 und 7 GSpG zu lesen. Diese Kombination ergibt, dass zwischen Spiel bzw. Glücksspiel im Sinne des GSpG und Wette ein gewisser Zusammenhang bestehen muss. Die erwähnten Paragraphen definieren Glücksspiel, Ausspielungen, Lotto und Toto und weisen – wie bereits oben dargelegt<sup>87</sup> – auf einen gewissen Zusammenhang zwischen Spiel und Wette hin.

---

<sup>85</sup> § 1002 ABGB.

<sup>86</sup> Vgl *Zankl*, Vertragsrecht Schadenersatz (Skriptum des Universitätslehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation), idF des Jahrganges 2007/2008, 51f.

<sup>87</sup> Siehe Seite 23ff.

Zusammenfassend muss zur systematisch-logischen Interpretation gesagt werden, dass es nicht zulässig ist, die bürgerlichrechtlichen Bestimmungen zu Spiel und Wette zur Auslegung des glücksspielrechtlichen Spiels heran zu ziehen. Systematisch-logische Interpretation des GSpG ergibt, dass Spiel und Wette nicht völlig getrennt voneinander betrachtet werden und Begriffsüberschneidungen vorhanden sind.

### 3. Historische (subjektive) Auslegung

Zur historischen Auslegung können all jene Mittel herangezogen werden, welche es ermöglichen in Erfahrung zu bringen, was der historische Gesetzgeber – also jener, der die auszulegende Norm erlassen hat – in Bezug auf das jeweilige Problem wollte. In Bezug auf das gegenständliche Problem, d.h. die Abgrenzung von Sportwetten und Glücksspiel stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber, der das GSpG 1989 erlassen hat, wollte, dass Wetten bzw Sportwetten unter den Begriff Spiel zu subsumieren sind und daher, wenn Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen dem Glücksspielmonopol unterliegen. Da bei der historischen Auslegung auf den Willen des Gesetzgebers abgestellt wird, der die auszulegende Norm erlassen hat, stellt sich die Frage, was unter dem Gesetzgeber zu verstehen ist. Gesetzgeber sind nicht nur die gesetzgebenden Organe, also Nationalrat und Bundesrat. Unter Gesetzgeber, im Zusammenhang mit der historischen Auslegung, werden alle Personen, die informell und formell an der Erlassung der entsprechenden Norm beteiligt waren, verstanden. Genauer gesagt ist der Wille des Gesetzgebers der Wille jener Personen die sich im Normsetzungsprozess in der für das jeweilige Problem relevanten Frage durchgesetzt haben. An der Erlassung von Normen sind regelmäßig Personen beteiligt, die unterschiedliche Auffassungen haben, wie die zu schaffende Norm lauten soll. Der Wille des Gesetzgebers ist meist ein Kompromiss zwischen verschiedenen Ansichten. Es ist fraglich, ob private Personen, die durch beratende Funktionen an Normen mitwirken, zum Gesetzgeber im Sinne der historischen Interpretation gehören und ob der Wille dieser Privatleute neben dem Willen des formellen Gesetzgebers beachtet werden muss. Wenn jemand maßgeblich an einer Norm mitwirkt und Ideen einbringt, ist besonders dessen Wille entscheidend, um in Erfahrung zu bringen, was gemeint und gewollt wurde. Um das Miteinbeziehen des Willens von Privatpersonen zu rechtfertigen, wurde die *Paktentheorie* entwickelt. Diese Theorie besagt, dass die formellen Gesetzgebungsorgane die Übernahme von Entwurfstext und Hintergrund paktieren, wenn sie nichts Gegenteiliges erkennen lassen<sup>88</sup>.

Nach elf Novellen des Glücksspielgesetzes 1962 wurde die Regierungsvorlage betreffend ein Bundesgesetz zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG) über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung eingebracht<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 24ff; Bydlinski Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1991, 275 und 432.

<sup>89</sup> Regierungsvorlage vom 27.11.1989 betreffend ein Bundesgesetz zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung eingebracht, 1067 d. B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates GP. XVII.

Der Entwurf wurde mit dem Gedanken eingebracht, das Glücksspielgesetz vom 27. Juni 1962 zu ersetzen. In den erläuternden Bemerkungen wurde darauf hingewiesen, dass die Berechtigung des Bundes, das Glücksspielwesen als Monopol auf der Verfassungsgrundlage des Art. 10 Abs 4 B-VG zu regeln, in Lehre und Rechtsprechung unumstritten gewesen sei. Die Ziele, die mit dem Entwurf des neuen GSpG verfolgt wurden, waren ordnungs- und fiskalpolitischer Natur. Weiters wurde angeführt, dass ordnungspolitisch ein gänzlich Verbot des Glücksspiels ideal wäre. Sinnvoller sei es jedoch, den Spielbetrieb im Interesse der Gemeinschaft und des Einzelnen in geordnete Bahnen zu lenken. Dadurch würde ein Abwandern in die Illegalität vermieden und dem Staat ermöglicht, legales Glücksspiel zu überwachen. Oberstes Ziel der Überwachung müsse der Spielerschutz sein. Aus fiskalischer Sicht solle der Staat möglichst hohe Einnahmen aus dem Glücksspielmonopol erlangen<sup>90</sup>.

In den erläuternden Bemerkungen zu § 1 GSpG 1989 wurde festgehalten, dass zwei Merkmale für den Begriff des Glücksspiels wesentlich seien: „Es muss sich um ein Spiel, d.h. einen entgeltlichen Glücksvertrag im Sinne des § 1267 ABGB handeln und das Ereignis, das über Gewinn und Verlust entscheidet, muss ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“<sup>91</sup>. Eine Abgrenzung zwischen Spiel und Wette wird mit diesen Kriterien, wie in dieser Arbeit mehrmals dargelegt, nicht getroffen.

Zu § 6 – Lotto – wird in den erläuternden Bemerkungen nur betont: „Entspricht der bisherigen Definition“<sup>92</sup>. Auf den Umstand der Bezeichnung von Lotto als eine Ausspielung „bei der ein Veranstalter Wetten über die Gewinnchance mehrerer Zahlen aus einer bestimmten Zahlenreihe annimmt und durchführt“, wird nicht eingegangen. Es wird lediglich allgemein auf die Bestimmungen des GSp-Gesetzes 1962 verwiesen. Auch in den Materialien zum GSp-Gesetz 1962 sind keine entsprechenden Bemerkungen vorhanden. Zu § 7 des GSpG-Entwurfes wird bemerkt: „Die Definition des Sporttotos nimmt auf die Möglichkeit der Einbeziehung von Pferderennen in die Wettprogramme des Sporttotos oder auch die Durchführung eines eigenen Pferdetotos durch den Konzessionär Bedacht, weil dies unter Umständen betriebswirtschaftlich und fiskalisch sinnvoll sein könnte“<sup>93</sup>. Wieso der Begriff Wette im Glücksspielgesetz aufgenommen wurde, wurde in den Materialien nicht begründet. In den Lesungen, Berichten und Anfragen gibt es keine Stellungnahmen zur Wette. Es wurde ausschließlich berichtet und gestritten ob Glücksspiel gänzlich zu verbieten sei, wie die fiskalischen Maßnahmen zu beurteilen seien und ob dem Spielerschutz mit dem Entwurf genüge getan werde. Warum also Tätigkeiten, die als Wetten bezeichnet werden, im GSpG geregelt werden, bleibt offen. Zwei Schlüsse könnten jedoch daraus gezogen werden:

- 1) Der historische Gesetzgeber hat Wetten als vom Spiel umfasst verstanden.
- 2) Der historische Gesetzgeber war sich des Problems, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Spiel und Wette kommen

---

<sup>90</sup> Vgl Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage vom 27.11.1989, 1067 d. B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates GP. XVII, 15.

<sup>91</sup> Vgl Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage vom 27.11.1989, 1067 d. B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates GP. XVII, 16.

<sup>92</sup> Vgl Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage vom 27.11.1989, 1067 d. B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates GP. XVII, 17.

<sup>93</sup> Vgl Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage vom 27.11.1989, 1067 d. B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates GP. XVII, 17.

werde nicht bewusst und er hat den Begriff Wette ins GSpG übernommen, ohne eine Abgrenzung vornehmen zu wollen.

Die historische Auslegung des Willens des Gesetzgebers, der das aktuelle Glücksspielgesetz – GSpG 1989 – erlassen hat, gibt keinen Aufschluss darüber, ob die kompetenzrechtliche Trennung von Glücksspiel und Sportwetten zulässig ist. Glücksspiele und Sportwetten werden jedoch nicht erst seit 1989 getrennt geregelt. Dies geschieht schon seit einem beträchtlich früheren Zeitpunkt. Im Wege der historischen Auslegung gilt es daher noch weiter in die Vergangenheit zurück zu gehen:

Die derzeitige Legaldefinition des Glücksspielbegriffs ist seit einer 1920 erfolgten Novelle zum Strafgesetzbuch in Geltung<sup>94</sup>. Eine Legaldefinition des *Spiels* als Grundlage des Glücksspiels und zur Abgrenzung von Sportwetten erfolgte schon damals nicht. Ab 1919 war das *Gesetz betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens*<sup>95</sup> in Geltung. Es handelte sich dabei nicht um ein Landes- sondern um ein Bundesgesetz. Nach dem Inkrafttreten des B-VG 1920 am 1.20.1920 und der Kompetenzbestimmungen von Art 10-15 B-VG am 1.10.1925 galten die bestehenden Normen aufgrund § 1 des Übergangsgesetzes 1920 weiterhin, außer sie standen mit dem B-VG in Widerspruch. Ob es sich bei den übergeleiteten Gesetzen und Verordnungen um solche des Bundes oder der Länder handelte hing von ihrem Regelungsgegenstand ab. Er wurde mit den Kompetenzbestimmungen der Art 10-15 B-VG verglichen und je nachdem, ob der Bund oder die Länder zuständig waren, wurden sie als Normen des Bundes oder der Länder betrachtet<sup>96</sup>. 1932 entschied der Verfassungsgerichtshof, dass das *Gesetz betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens*, mit Ausnahme allfälliger abgaberechtlicher Vorschriften, gemäß dem Verfassungs-Übergangsgesetz 1920 ab dem 1.10.1925 im Sinne des Art 15 B-VG als Landesgesetz zu gelten hatte<sup>97</sup>. Schon damals waren somit die gewerbsmäßige Vermittlung und der gewerbsmäßige Abschluss von Sportwetten nur mit einer Bewilligung der jeweiligen Landesregierung zulässig. Daher ist die Kompetenzgrundlage dieses Gesetzes zu prüfen.

Die Kompetenzbestimmungen des B-VG sind dahingehend zu überprüfen, ob Sportwetten vom Kompetenztatbestand gemäß Art 15 Abs 1 B-VG umfasst sind. Bei dieser Auslegung ist auf die wichtigste Auslegungsregel im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Kompetenztatbeständen zu achten – der *Versteinerungstheorie*. Gemäß der besagten Theorie haben die in den Kompetenztatbeständen gebrauchten Termini dieselbe „Bedeutung, die ihnen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung (insbes. der einfachen Gesetze) im Zeitpunkt ihrer Schaffung zugekommen ist“<sup>98</sup>. Diese Auslegungsvariante wird objektiv-historische Interpretation genannt. Sie hat zur Folge, dass sich der Umfang

<sup>94</sup> Vgl Staatsgesetzblatt Nr 286/1920.

<sup>95</sup> Gesetz v 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919. 1919; vgl auch die nahezu wortgleiche Kaiserliche V vom 29. 8. 1916 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, RGBI 282/1916.

<sup>96</sup> Vgl *Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfrage der Sportwette, ÖJZ 1998, 601; Wojnar in Strejcek (Hrsg.), Glücksspiele, Wetten und Internet, Wien 2006, 26.

<sup>97</sup> VfGH vom 19.11.1932, Slg 1477.

<sup>98</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Wien 2005, 132.



der Kompetenztatbestände nach dem Inhalt der ihnen zum Zeitpunkt ihrer Erlassung – dem *Versteinerungszeitpunkt* – zugeordneten Rechtsgebiete bestimmt. Die Artikel, in welchen die Kompetenzen festgelegt sind, müssen daher auf der Grundlage der Rechtsordnung vom 1.10.1925 ausgelegt werden. Dabei kommt es auf den typischen Inhalt der unterverfassungsrechtlichen Regelungen an. Versteinert „ist das **abstrakte Begriffsbild des jeweiligen Kompetenztatbestandes**“<sup>99</sup>.

Die Anwendung des *Versteinerungsprinzips* auf den Kompetenztatbestand Monopolwesen wird jedoch von der herrschenden Lehre abgelehnt<sup>100</sup>. Überwiegend<sup>101</sup> wird angenommen, dass Art. 10 Abs 1 Z 5 als Kompetenz-Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers zu verstehen ist und einen sachlich offenen Kompetenztatbestand darstellt. Dies hat zur Folge, dass der einfache Gesetzgeber auf jedem Sachgebiet Monopole einrichten und deren Umfang festlegen kann. Eingeschränkt ist diese Kompetenz lediglich in der Hinsicht, dass durch den einfachen Gesetzgeber nur Staatsmonopole mit echten Monopolstrukturen errichtet werden dürfen. Alle vom Monopolinhaber verschiedenen Personen müssen vom *Wirtschaften* im Monopolbereich ausgeschlossen sein. Rechtlicher Monopolinhaber muss der Staat sein. Die Zuständigkeit jener Rechtsbereiche, die nicht vom Monopol umfasst sind, richtet sich nach den allgemeinen Kompetenzbestimmungen<sup>102</sup>. Auf dieser Grundlage stand es dem Bund frei ein Glücksspielmonopol zu schaffen und dies hat er mit dem Glücksspielgesetz getan.

Für die Zuständigkeitsbegründung im Bereich der Sportwette kommen die Veranstaltungskompetenzen der Länder<sup>103</sup> oder die Bundeskompetenz Angelegenheiten des Gewerbes<sup>104</sup>, in Frage; jedoch nur, wenn das GSpG Sportwetten nicht umfasst. Bereits seit dem in Kraft treten des B-VG ist die Abgrenzung von Angelegenheiten des Gewerbes und dem Veranstaltungswesen umstritten. Umfang und Inhalt der Bundeskompetenz in Angelegenheiten des Gewerbes werden nach dem *Versteinerungsprinzip* bestimmt, da das *Versteinerungsprinzip* – wie oben dargelegt – generell bei der Auslegung von Bundeskompetenzen gilt (aber nicht beim Monopolwesen). Bei der Auslegung des Art 15 Abs 1 B-VG, kommt das *Versteinerungsprinzip* hingegen nicht zur Anwendung. Art 15 Abs 1 B-VG ist eine Generalklausel, mit der für eine lückenlose Kompetenzverteilung gesorgt wurde, der das *Versteinerungsprinzip* nicht genügen

<sup>99</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht, Wien 2005, 132.

<sup>100</sup> Würde das Versteinerungsprinzip auch auf das Monopolwesen angewandt, wäre das Glücksspielmonopol im heutigen Umfang nicht zulässig, da es zum „Versteinerungszeitraum“ nur ein Monopol im Bereich der Lotterien gab und andere Glücksspiele verboten waren.

<sup>101</sup> Einwand von Schwartz in Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien 1998, 22.

<sup>102</sup> So unter anderen Mayer, Staatsmonopole, Wien 1976, 11 ff; Wojnar in Strejcek (Hrsg.), Glücksspiele, Wetten und Internet, Wien 2006, 23; Bresich/ Klingenbrunner, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59; Eder/ Hoscher, Rahmenbedingungen des Glücksspiels in Österreich, in Strejcek/ Hoscher/ Eder (Hrsg.), Glücksspiel in der EU und in Österreich, Wien 2001, 14 und Casati, Vom Glücksspielmonopol erfasste Ausspielungen, in Strejcek/ Hoscher/ Eder (Hrsg.), Glücksspiel in der EU und in Österreich, Wien 2001, 91. Anderer Ansicht ist Raschauer, der zwar ebenfalls das „Versteinerungsprinzip“ nicht auf Art 10 Abs 1 Z 4 angewandt wissen will, jedoch dürfen laut ihm nur Monopole aus zumindest fiskalischem Zweck durch den einfachen Bundesgesetzgeber errichtet werden (Raschauer, Monopolunternehmen – Zugleich ein Beitrag zum Recht der öffentlichen Unternehmung, ZfV 1987, 1). Sollte Raschauer recht haben, würde dies für die Erlassung des GSpG keinen Unterschied machen, da diese in hohem Maße fiskalischen Zwecken dient.

<sup>103</sup> Art 15 Abs 3 B-VG.

<sup>104</sup> Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG.

kann. Zur Zeit der Erlassung der Kompetenzbestimmungen war das *Kundmachungspatent zur Gewerbeordnung 1859* in Geltung, das unter anderem öffentliche Belustigungen und Schaustellungen vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1858 ausgenommen hat. Außerdem war zur selben Zeit – zum *Versteinerungszeitpunkt* – das *Gesetz vom 28.7.1919 betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung. Aus diesen Gründen können Sportwetten nicht von der GewO in der jeweils geltenden Fassung erfasst sein. In der heute geltenden GewO 1994<sup>105</sup> wird sogar festgehalten, dass diese nicht auf „die Vermittlung und den Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen (Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher)“ anzuwenden ist<sup>106</sup>. Auch der VfGH hat in der Entscheidung VfSlg 1477 von 1932 geäußert, dass aufgrund der großen Ähnlichkeit von Totalisateur- und Buchmacherwetten mit der öffentlichen Belustigung und Schaustellungen aller Art – die gemäß Art 15 Abs 3 B-VG Angelegenheiten des selbstständigen Wirkungsbereiches der Länder sind – Sportwetten in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache sind.

Dafür, dass Sportwetten keine Spiele im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG sind, können im Rahmen der historischen Auslegung keine Beweise gefunden werden. Es ist jedoch zu vermuten, dass Sportwetten vom GSpG nicht umfasst sein sollen. Seit dem ersten Glücksspielgesetz, in dem Spiele als ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängig bezeichnet wurden<sup>107</sup>, gab es keine Maßnahmen oder Beanstandungen gegen die landesgesetzlichen Regelungen. Die mangelnde Sicherheit, die die historische Auslegung liefert, zeigt, wie wichtig die Kombination der Auslegungsmethoden ist.

#### 4. Objektiv-teleologische Auslegung

Zuletzt soll noch auf die objektiv-teleologische Auslegung eingegangen werden. Bei der Auslegung von Normen muss davon ausgegangen werden, dass diese nicht willkürlich-zufällig geschaffen werden. Es ist vorauszusetzen, dass vernünftige und rekonstruierbare Zwecke verfolgt werden. Diese Zwecke sollen ermittelt und die Normen sollen entsprechend angewandt werden. Die Ermittlung des Zwecks hat objektiv zu erfolgen. Es ist jener Zweck zu suchen, der vernünftiger Weise der wahrscheinlichste und der allgemeinen Auffassung zufolge besser geeignet ist, um dem jeweiligen Institut zu dienen<sup>108</sup>. Zur Frage, welche Variante dem gegenständlichen Institut besser dient, hält *Bydlinski* fest, dass sich „das befriedigende Funktionieren“ „dem faktischen Verhalten der Beteiligten in den Anwendungsfällen des Instituts entnehmen“ lasse, „die von den beteiligten Menschen als normal oder mindestens als nicht zerrüttet oder gestört empfunden werden“<sup>109</sup>. Es solle jene Auslegungsvariante herangezogen werden, die „das

---

<sup>105</sup> Gewerbeordnung 1994 – GewO 1004, BGBl 194/1994 idF BGBl 168/2008.

<sup>106</sup> § 2 Abs 1 Z 22 GewO 1994.

<sup>107</sup> Bundesgesetz vom 18. Mai 1960 zur Regelung von Angelegenheiten der Glücksspiele (Glücksspielgesetz), BGBl 111/1960; § 2 Abs 1: Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen ein ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängiges Ereignis über Gewinn und Verlust entscheidet.

<sup>108</sup> Vgl *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 26ff.

<sup>109</sup> *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 34.

befriedigende Funktionieren eines rechtlich anerkannten typischen Lebensverhältnisses am besten fördert oder doch am wenigsten gefährdet<sup>110</sup>.

Eine Rechtsordnung sollte mit dem (überwiegenden) Rechtsbewusstsein der (Rechts-) Gemeinschaft übereinstimmen. Darauf ist auch bei der Auslegung abzustellen und vor allem, wenn mehrere Auslegungsweisen zulässig erscheinen, sollte die Entscheidung, welche die richtige ist nach dem überwiegenden Rechtsbewusstsein getroffen werden. Lehnen fast alle vernünftig urteilenden Menschen der Rechtsgemeinschaft eine bestimmte Auslegung einer Norm ab, ohne dabei von ihrer allgemeinen ideologischen Einstellung getrieben zu werden, ist diese nicht anzuwenden. Dies gilt nur solange diese Menschen grundsätzlich die Rechtsordnung bejahen und die Ablehnung nicht überwiegend auf einen Informationsmangel oder Medienmanipulation zurückzuführen ist. Die Berechtigung dieser Vorgehensweise liegt darin, dass eine Auslegung überraschend und unvorhersehbar ist, wenn sie abgelehnt wird und gegen das Rechtsverständnis der Rechtsgemeinschaft steht. Außerdem würde das allgemeine Rechtsbewusstsein untergraben werden, wenn eine solche Auslegung zum Einsatz kommt. Kann sich die Rechtsgemeinschaft mit einer Vorschrift nicht identifizieren, ja schlimmer noch, lehnt sie sie kategorisch ab, so ist auch deren faktische Wirksamkeit sehr eingeschränkt. Die Vorschrift wäre ad absurdum geführt. Wird bei der objektiv-teleologischen Auslegung das allgemeine Rechtsbewusstsein miteinbezogen, dient dies in entscheidendem Ausmaß der Rechtssicherheit.

Beim Auslegen einer Norm ist darauf zu achten, dass diese mit entsprechenden formal höherrangigen Normen vereinbar ist. Dies ist sogar vom historischen Willen des Gesetzgebers unabhängig, da – ganz egal wie der Wille des Gesetzgebers war – Normen formell niedrigeren Ranges Normen formell höheren Ranges nicht widersprechen dürfen. Widersprechen sich eine über- und eine untergeordnete Norm und ist eine Auslegung möglich die diesen Widerspruch beseitigt, so ist diese Auslegung den sonstigen Konsequenzen, wie Nichtigkeit oder Aufhebung, vorzuziehen. Dies dient dadurch der Rechtssicherheit, dass Situationen vermieden werden, in denen Normen, die für anwendbar gehalten werden plötzlich wegfallen. Wenn zwei gleichrangige Normen widersprüchlich sind und keine entsprechenden Vorrangregeln existieren, stellt sich ein ähnliches Problem. Lässt es die Auslegung zu, so sind diese ebenfalls in einer nicht widersprüchlichen Weise auszulegen. Sollte eine, die Widersprüche beseitigende, Auslegung nicht möglich sein und können sie auch nicht mittels allgemeiner Auslegungsregeln reduziert werden, so sind die Normen nicht anwendbar<sup>111</sup>.

Die Gefahren, die von Glücksspiel und Sportwetten ausgehen, sind aufgrund deren Ähnlichkeit – wenn davon ausgegangen wird, dass überhaupt Unterschiede bestehen – die selben: das vermehrte Entstehen von illegalen Angeboten im Fall vom generellen Verbot, Geldwäsche, Ausbeutung der Teilnehmer, Spiel-/Wettsucht, usw. Die objektiven Zwecke des Glücksspielgesetzes sind im fiskal- und ordnungspolitischen Bereich angesiedelt. Einerseits soll dem Staat eine möglichst hohe steuerliche Einnahme zukommen, was durch den progressiven Steuersatz am ehesten durch ein Monopol erreicht werden kann. Andererseits soll für Spielerschutz gesorgt und der Kriminalität vorgebeugt werden. Die landesgesetzlichen Bestimmungen ermöglichen, dass eine große Anzahl von Unternehmen Sportwetten

<sup>110</sup> Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 34.

<sup>111</sup> Vgl. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 36ff.

in Österreich anbietet, was bei einem progressiven Steuersatz die Steuereinnahmen des Staates geringer ausfallen lassen könnte, als wenn nur ein Anbieter vorhanden wäre. Für Spielerschutz ist im Fall von Sportwetten in der Hinsicht gesorgt, dass von Buchmachern und Totalisateuren Bestätigungen, die eine gewisse finanzielle Lage belegen, vorgelegt werden müssen. Außerdem sind in Landesgesetzen Bestimmungen zum Wettreglement enthalten, die der besseren Transparenz und damit ebenfalls dem Spielerschutz dienen. Die Straf- und Aufsichtsbestimmungen in den Sportwettengesetzen dienen der Verhinderung und Bekämpfung von Kriminalität und der Umstand, dass das Anbieten von Sportwetten erlaubt ist, dient dem Hintanhalten von illegalen Sportwettenangeboten. Die Verfolgung der Ziele des GSpG durch Landesgesetze in Bezug auf Sportwetten ist somit nicht unbedingt – es kommt auf das jeweilige Landesgesetz an – schlechter möglich als mit einem Bundesgesetz. Die objektiv-teleologische Auslegung deutet nicht darauf hin, dass Spiel im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG Sportwetten umfasst.

## 5. Ergebnis der Auslegung

Keine der vier Auslegungsmethoden liefert alleine ein eindeutiges und unwiderlegbares Ergebnis. Die Wortinterpretation zeigt, dass Spiel und Wette sehr ähnliche Tätigkeiten sind, sich – wenn meine Abgrenzung von Spiel und Wette herangezogen wird – jedoch nicht überschneiden. Dass im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG ebenfalls keine Überschneidung gewollt wurde, beweist dies jedoch nicht. Durch die systematisch-logische Auslegung wird ersichtlich, dass die zivilrechtlichen Bestimmungen nicht zur Auslegung der verwaltungsrechtlichen herangezogen werden dürfen. Innerhalb des GSpG wird nicht nur der Begriff Spiel sondern auch Wette verwendet, was Unklarheiten bezüglich ihrer Trennung aufwirft, die mithilfe der Materialien nicht beseitigt werden können. Die Anwendung der historischen Auslegungsmethode steigert die Vermutung, dass der historische Gesetzgeber Sportwetten nicht als vom Glücksspielmonopol umfasst verstanden haben wollte. Aus der teleologisch-objektiven Sicht spricht ebenfalls nichts dafür, dass Sportwetten vom Glücksspielmonopol umfasst sind.

Wie bereits gezeigt wurde, umfasst das Spiel im Sinne des GSpG auch Wetten wie Lotto und Toto. Roulette ist zwar aus umgangssprachlicher Sicht ein Spiel, genauer betrachtet ähnelt es jedoch sehr stark einer Wette. Bei der Verwendung meines Abgrenzungsversuchs ist Roulette hingegen dem Spiel zuzuordnen.

Werden alle Auslegungsmethoden herangezogen, wird somit ersichtlich, dass der Gesetzgeber des GSpG Wetten als vom Spiel umfasst sah. Aus systematischen und historischen Überlegungen ergibt sich jedoch, dass er Sportwetten, bis auf Toto, vom Anwendungsbereich des GSpG ausgenommen hat<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> *Lehner* begründet die Ausnahme von Sportwetten aus dem GSpG folgendermaßen: „Die gleichzeitige Geltung von GSpG und Regelungen über die gewerbsmäßige Sportwette (Totalisator- und Buchmacherwette) lässt darauf schließen, dass die Regelung bezüglich der gewerbsmäßigen Sportwette, als analoge Ausnahmebestimmung zum "kleinen Glücksspiel" (ebenfalls landesgesetzlich zu regeln) und daher als nicht dem Glücksspielmonopol unterliegend beurteilt werden kann“ (*Lehner*, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 338).

### III. Die „Sportwettengesetze“ der Länder

Wie gezeigt wurde, unterliegen Sportwetten nicht dem Glücksspielmonopol. Gemäß Art 15 Abs 1 B-VG sind ausschließlich die Länder für deren Regelung zuständig. Wörtlich sind Sportwetten in den entsprechenden Landesgesetzen zwar nicht zu finden, doch beziehen sich die entsprechenden Gesetze<sup>113</sup> auf Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, worunter Sportwetten zu verstehen sind. Da die Regelung von Sportwetten in neun Landesgesetzen wahrgenommen wird, sind Unterschiede der Regelungen die logische Konsequenz. Trotzdem sind sie überwiegend sehr ähnlich ausgestaltet, da die Grundlage der Landesgesetze das *Gesetz betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* ist. Das Kärntner Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz stellt eine sehr umfassende Regelung dar, während Sportwetten im Burgenland und in Wien nur sehr oberflächlich normiert sind. In allen neun Ländern bedürfen die Vermittlung und der Abschluss von Sportwetten einer Bewilligung der jeweiligen Landesregierung. In all diesen Regelungen werden die Begriffe Buchmacher und Totalisateur verwendet.

**Buchmacherwetten:** Bei Buchmacherwetten stehen bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Gewinnquoten fest. Der Buchmacher schließt Wetten gewerbsmäßig, in seinem Namen und auf seine Rechnung ab<sup>114</sup>. Er trägt also selbst das Risiko des Verlustes und wettet mit seinen Kunden. Die Quoten werden *odds* genannt und von den Buchmachern nach Erfahrungswerten festgesetzt<sup>115</sup>.

**Totalisateurwetten:** Bei Totalisateurwetten werden zwischen den Teilnehmern Wetten vermittelt. Der Vermittler wird als Totalisateur bezeichnet. Mit dem Totalisateur selbst kommt kein Wettvertrag zustande, er nimmt auch selbst nicht als Wettpartner teil. Somit trägt er – im Gegensatz zum Buchmacher – das Wettisiko nicht. Für seine Vermittler Tätigkeit verrechnet der Totalisateur eine Gebühr, aus der er seine Einnahmen lukriert. Bei Pferdewetten werden Totalisateurwetten abgehalten wie folgt: Der Wetteteilnehmer gibt seinen Tipp ab. Dabei stehen ihm mehrere Möglichkeiten zur Auswahl. Dies sind unter anderen: Siegwette, Platzwette, Einlaufwette, Dreierwette. Der Totalisateur zieht von den einbezahlten Beträgen die

---

<sup>113</sup> **Burgenland**; Gesetz vom 28. Juli 1919, betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919 idF LGBl 13/1993; **Kärnten**, Gesetz vom 13. Juni 1996 über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher (Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz – K-TBWG), LGBl 68/1996 idF LGBl 63/2001; **Niederösterreich**, Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher, LGBl 210/78 idF LGBl 111/06; **Oberösterreich**, Landesgesetz, mit dem das Aufstellen und der Betrieb von Spielapparaten sowie der gewerbsmäßige Abschluss und das Vermitteln von Wetten geregelt wird (Oö. Spielapparate- und Wettgesetz), LGBl 106/2007; **Salzburg**, Gesetz vom 15. Dezember 1994 über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure, LGBl 17/1995 idF LGBl 46/2001; **Steiermark**, Gesetz vom 1. Juli 2003 über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten im Land Steiermark (Steiermärkisches Wettgesetz), LGBl 79/2003 idF LGBl 56/2006; **Tirol**, Gesetz vom 20. März 2002 über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure (Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz), LGBl 58/2002 idF 53/2008; **Vorarlberg**, Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten (Wettengesetz), LGBl 18/2003 idF 1/2008; **Wien**, Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens, StGBI 388/1919 idF LGBl 24/2001.

<sup>114</sup> Vgl *Hasberger/ Busta*, Top die Wette gilt, Internetsportwetten nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49, Wien.

<sup>115</sup> Vgl *Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601.

Vermittlungsgebühr, ab und poolt den Restbetrag. Am Ende des Rennens werden die Gewinnbeträge an jene Teilnehmer ausbezahlt, deren Tipps mit dem Rennergebnis übereinstimmen<sup>116</sup>.

Beim Toto, das in § 7 GSpG<sup>117</sup> geregelt wird, handelt es sich um eine Sportwette – eine so genannte Kollektivwette – bei der auf mehrere sportliche Ereignisse gewettet wird. Der Veranstalter nimmt Wetten an und führt sie durch. Diese Wetten haben den Ausgang mehrerer sportlicher Wettkämpfe zum Gegenstand. Die Gewinnsumme wird auf Gewinnränge, mit unterschiedlichen Gewinnhöhen, aufgeteilt, wobei alle Gewinne eines Gewinnranges gleich hoch sind. Entfallen Wettkämpfe, finden sie nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt statt oder wird ihr Wettkampfcharakter geändert, so ist das Ergebnis durch eine öffentliche Ziehung zu ersetzen. Toto ist dem Bund vorbehalten. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, die Durchführung von Toto mittels Konzession zu übertragen<sup>118</sup>. Da sich sowohl § 7 GSpG als auch die Sportwettengesetze auf Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen beziehen, wird die Verfassungskonformität in der Literatur teilweise angezweifelt<sup>119</sup>. Laut dem BMF sei es erlaubt, bei Sportwetten einzelne Ergebnisse zu kombinieren. Die Zahl der einzelnen Ergebnisse dürfe nicht eine Höhe erreichen, die eine Sport-Toto-Konzession gemäß § 7 GSpG erforderlich mache. Diese Höhe sei nach dem BMF bei über zehn Einzelergebnissen erreicht. Zur Begründung stellt das Ministerium wieder auf die Geschicklichkeit ab. Mit dem Ansteigen der Anzahl von Einzelergebnissen steige auch der Zufallsanteil an Gewinn und Verlust. Ab über zehn Einzelergebnissen liege keine Sportwette sondern Glücksspiel vor<sup>120</sup>. Wie bereits oben dargestellt, hängen Gewinn und Verlust bei einer großen Zahl von Sportwetten ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall ab. Dabei kommt es oft nicht darauf an, wie viele Wetten kombiniert werden, was folgendes Beispiel zeigt:

### Freiburg - Hansa Rostock (GER 2)

Bitte beantworten Sie die folgenden Fragen mit Ja oder Nein!

Fällt das erste Tor für Freiburg?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>	Fällt in den ersten 25 Minuten mindestens 1 Tor?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>
Fallen genau 2 oder 3 Tore?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>	Fallen in der 2. Halbzeit mehr Tore als in der 1. Halbzeit?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>
Gibt es mehr als 10 Eckbälle?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>	Gibt es mehr als 4 Gelbe Karten?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>
Wechseln beide Mannschaften je 3 Spieler aus?	Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/>		

<sup>116</sup> Vgl. *Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, ÖJz 1998, 601.

<sup>117</sup> § 7 GSpG: § 7. Das Toto ist eine Ausspielung, bei der ein Veranstalter Wetten über den Ausgang mehrerer sportlicher Wettkämpfe (Kollektivwetten) annimmt und durchführt. Die Gewinnsumme wird auf mehrere Gewinnränge aufgeteilt; alle Gewinne desselben Gewinnranges sind gleich hoch. Das Ergebnis von Wettkämpfen, die entfallen, nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt stattfinden oder ihren Wettkampfcharakter geändert haben, ist durch eine öffentliche Ziehung zu ersetzen (Ersatzziehung).

<sup>118</sup> § 14 GSpG.

<sup>119</sup> Vgl. *Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfrage der Sportwette, ÖJZ 1998, 601.

<sup>120</sup> *Hasberger/ Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

Die Wette gilt als gewonnen, wenn alle 7 Fragen richtig beantwortet werden<sup>121</sup>.

Es kommt bei Sportwetten nicht darauf an, ob sie ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen, da sie wie oben gezeigt gänzlich vom GSpG ausgenommen sind. Wenn Gewinn und Verlust bei einer Sportwette ausschließlich vom Zufall abhängen, unterliegen diese trotzdem den Landesgesetzen. Das Selbe gilt für Kollektivwetten. Die Zuordnung zu den Landesgesetzen hängt nicht davon ab, wie viele Sportwetten kombiniert werden. Mit der Regelung von Toto im § 7 GSpG, monopolisierte der Gesetzgeber kollektive Totalisatorwetten über den Ausgang mehrerer sportlicher Wettkämpfe, bei denen die Gewinnsumme auf mehrere Gewinnränge aufgeteilt und im Falle des Ausfalls des Wettkampfes oder der Änderung dessen Charakter eine Ersatzziehung vorgenommen wird. Für alle anderen Sportwetten gilt gesagtes<sup>122</sup>.

§ 1 Abs 1 des *Wiener Gesetz betreffend Gebühren von Totalisator- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* ist bezeichnend für die landesgesetzlichen Regelungen: „Die gewerbsmäßige Vermittlung und der gewerbsmäßige Abschluß von Wetten aus Anlaß sportlicher Veranstaltungen (Rennen, Regatten usw.) ist nur mit Bewilligung der Landesregierung zulässig.“ Das *burgenländische Gesetz vom 28. Juli 1919, betreffend Gebühren von Totalisator- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwesens* beispielsweise verfügt über einen gleichlautenden § 1 Abs 1, was daraus resultiert, dass sie unverändert aus dem ehemaligen Bundesgesetz übernommen wurden. Die entsprechenden Paragraphen der meisten anderen Landesgesetze lauten ähnlich und führen zum selben Anwendungsbereich. Das Steiermärkische Wettengesetz und das Vorarlberger Wettengesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten hingegen, schränken die Tätigkeiten des Buchmachers und des Totalisators nicht auf Wetten im Zusammenhang mit sportlichen Ereignissen ein. Von diesen Gesetzen sind daher Gesellschaftswetten umfasst und wird das Abschließen und Vermitteln von diesen mit einer entsprechenden Bewilligung der Landesregierung gestattet. Dies ist ein krasser Unterschied zu den übrigen Landesgesetzen und zum ehemaligen Bundesgesetz *Gesetz v 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisator- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens*. Die Landesgesetze der Steiermark und Vorarlbergs, ermöglichen Buchmachern und Totalisatoren den Abschluss und das Vermitteln von Gesellschaftswetten. Da Gesellschaftswetten – also alle Wetten außer Sportwetten –, wie oben gezeigt wurde<sup>123</sup>, vom GSpG umfasst sind, ist diese Vorgehensweise verfassungswidrig.

---

<sup>121</sup> tipp3, tipp3 hit <<http://www.tipp3.at/betting/hitprogram.jsp?sessionID=1d8283d5-1401-583d148-13b8-a200f176586d>>, 1.9.2008.

<sup>122</sup> Die Ansicht, dass es keine Rolle spielt wie viele Einzelergebnisse bei Sportwetten zusammengefasst werden vertreten auch *Schwartz und Wohlfahrt (Schwartz/ Wohlfahrt, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601)* ebenso wie *Hasberger und Busta (Hasberger/ Busta, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175)* doch führen sie andere Begründungen ins treffen.

<sup>123</sup> Seite 36.

## IV. Die Vereinbarkeit der österreichischen Sportwettenregelung mit dem Europäischen Rechtsrahmen

Weder im europäischen Primärrecht noch im Sekundärrecht sind Regelungen zu finden deren Anwendungsbereich sich unmittelbar auf das Anbieten von Glücksspiel und Sportwetten bezieht. Dementsprechend groß ist der Unterschied der Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten bezüglich dieser Rechtsbereiche. Das Sekundärrecht nimmt nur spärlich auf Glücksspiel Bezug. Geschieht dies, dann nur zur Klarstellung, dass die jeweilige Regelung nicht für Glücksspiel gelten soll. So in der RL 75/368/EWG über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Das Glücksspiel ist weitgehend vom Anwendungsbereich dieser RL ausgenommen<sup>124</sup>. Die 6. Mehrwertsteuerrichtlinie beinhaltet unter Sonstige Steuerbefreiungen<sup>125</sup> eine Ausnahme für Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele<sup>126</sup>. Die RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, kurz E-Commerce-Richtlinie<sup>127</sup> hat in Art. 1 die Festlegung ihres Anwendungsbereichs. In Art 1 Abs 5 lit d 3. Spiegelstrich ist vorgesehen, dass „Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten“ von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind.

Die Europäische Kommission erkannte schon Anfang der 90er Jahre die wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspiels und wollte dieses harmonisieren<sup>128</sup>. Die ablehnende Haltung der Mitgliedstaaten führte dazu, dass die Kommission ihr Vorhaben nicht in die Tat umsetzen konnte<sup>129</sup>. Bis heute ist das Glücksspielrecht nicht harmonisiert. Da der Glücksspiel- bzw. Wettmarkt große Absatzmöglichkeiten bietet, hat eine große Anzahl von Unternehmen Interesse daran, in mehreren Mitgliedstaaten ihr Angebot auf den Markt zu bringen. Dem stehen die unterschiedlichen nationalen Bestimmungen im Weg. Trotz des Umstandes, dass bereits diverse Rechtsstreite im Bereich des Glücksspiels beim EuGH anhängig gemacht wurden, gibt es keine Anzeichen für baldige Harmonisierungsmaßnahmen. Dennoch bedeutet das Fehlen expliziter Regelungen des Glücksspiels nicht, dass die nationalen Regelungen vom Gemeinschaftsrecht nicht betroffen sind. Grundsätzliche gemeinschaftsrechtliche Prinzipien wie die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit können gravierende Auswirkungen auf nationale

---

<sup>124</sup> Richtlinie 75/368/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für einige Tätigkeiten (aus ISIC-Hauptgruppe 01 bis ISIC-Hauptgruppe 85), insbesondere Übergangsmaßnahmen für diese Tätigkeiten, *ABl. L 167 vom 30.6.1975, S. 22–28*.

<sup>125</sup> Vgl Art 13 B f der RL 75/368/EWG.

<sup>126</sup> Richtlinie [77/388/EWG](#) des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, *ABl L 167/22 v 3. 6. 1975*.

<sup>127</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), *ABl L178 vom 17.7.2000, 1-16*.

<sup>128</sup> Vgl Europäische Kommission, *Gambling in the single market* (1991).

<sup>129</sup> Vgl *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, *MR 1999, 360*.



Bestimmungen haben. Daher ist zu überprüfen, ob die österreichische Rechtslage bezüglich Sportwetten in Hinblick auf den europäischen Rechtsrahmen zulässig ist.

## A. Der europäische Glücksspielbegriff

Wie oben dargestellt, betrifft das GSpG die Sportwette, bis auf Toto, nicht. Glücksspiel im eigentlichen Sinn und Sportwetten werden eigens geregelt und es bestehen teilweise erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Gesetzen. Um die Vereinbarkeit der österreichischen Sportwettenregelungen mit dem europäischen Rechtsrahmen zu prüfen, ist die Kenntnis über den Umfang des europäischen Glücksspielbegriffs von großer Bedeutung. Wenn in Österreich bei der gesetzlichen Regelung zwischen Glücksspiel und Sportwetten differenziert wird, bedeutet dies nicht, dass in anderen Rechtsordnungen ebenso vorgegangen wird. Wenn die *österreichische Sportwette* unter das *europäische Glücksspiel* zu subsumieren ist, gelten die vom EuGH geschaffenen Grundsätze im Bereich des Glücksspiels auch für die *Sportwettengesetze* der österreichischen Länder. In einigen der Entscheidungen des EuGH in Sachen Glücksspiel waren Sportwetten Gegenstand der Verhandlung. Besondere Bedeutung für die Abgrenzung von Glücksspiel und Sportwetten auf Europaebene hat der Fall Zenatti, da der EuGH auf das Verhältnis von Glücksspiel und Sportwetten eingegangen ist. Nach dem EuGH können Wetten auf den Ausgang sportlicher Ereignisse nicht mit Glücksspielen gleichgesetzt werden, doch sind die Höhe der möglichen Einnahmen und Gewinne ähnlich wie bei Lotterien. Daher müssen sie als Glücksspiele betrachtet werden<sup>130</sup>. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht gibt es somit Glücksspiel im engeren Sinn und Glücksspiel im weiteren Sinn. Zwar sind Sportwetten nicht vom engen Glücksspielbegriff, wohl aber vom weiteren umfasst. Es gelten für Sportwetten die gleichen Rechte wie für Lotterien und andere Glücksspiele.

---

<sup>130</sup> Streit, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360.

## **B. Wichtige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs im Zusammenhang mit Sportwetten**

Der EuGH hatte seit Anfang der 90er Jahre die Gelegenheit bzw. Aufgabe, sich mit dem Thema Glücksspiel in diversen Verfahren auseinander zu setzen. All diese Entscheidungen waren schon Kernpunkte in zahlreichen Aufsätzen und anderen Werken. Wie oben dargelegt, setzt der EuGH Glücksspiel und Sportwetten gleich und daher ist trotzdem auf die relevanten Fälle vor dem Gerichtshof einzugehen.

Die erste Entscheidung auf die hier eingegangen wird, ist das Verfahren Schindler<sup>131</sup>. Laut dem EuGH handelt es sich um eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, wenn die nationalen Vorschriften eines Mitgliedstaates die Durchführung von Lotterien auf seinem Gebiet verbieten und so verhindert wird, dass Lotterieveranstalter aus anderen Mitgliedstaaten Lotterien in diesem betreiben. Dies gilt auch, wenn diese nationalen Normen unterschiedslos, daher ohne Unterscheidung der Staatsangehörigkeit der Anbieter zur Anwendung kommen. Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs dieser Art sind zulässig, wenn dadurch keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit stattfindet und sie im Sinne des Verbraucherschutzes und zum Schutz der Sozialordnung gerechtfertigt sind. Im Anlassfall haben die Brüder Gerhart und Jörg Schindler Werbematerial und Anmeldeformulare einer Lotterie, die in Deutschland veranstaltet wurde nach Großbritannien versandt, was nach dem dortigen Recht verboten war. Die Regierungen von Belgien, Deutschland, Irland, Luxemburg und Portugal brachten vor, dass Lotterieveranstaltungen nicht zum *Wirtschaftsleben* gemäß dem EG-Vertrag gehören würden. In den meisten Mitgliedstaaten seien sie verboten oder würden im Sinne des Allgemeininteresses vom Staat oder zumindest unter seiner Kontrolle veranstaltet. Begründet wurde das Fehlen der Zugehörigkeit zum *Wirtschaftsleben* mit dem Zufall der bei Lotterien mitspielen. Dieser führe dazu, dass Lotterien kein wirtschaftliches Leistungsverhältnis zugrunde liege und Lotterien Erholung oder Spiel seien. Spaniens Regierung, die französische und die von Großbritannien haben, so wie die Kommission, vorgebracht, dass das Veranstalten von Lotterien eine Dienstleistung im Sinne des Art 60 EGV (jetzt Art 50 EG) sei. Es handle sich um Leistungen, die gegen Entgelt erbracht würden und den Vorschriften des freien Warenverkehrs nicht unterlägen. Der EuGH schloss sich dieser Ansicht an. Die Gegenleistung bei Lotterien hängt zwar vom Zufall ab, doch nimmt ihr dieser nicht den wirtschaftlichen Charakter. Auch das spielerische Element, das das Veranstalten von Lotterien aufweist, hat keine die Eigenschaft Dienstleistung zu seien beeinträchtigenden Folgen. Im Zusammenhang mit der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Beschränkungen wie sie Großbritannien und viele weitere Mitgliedstaaten vorgesehen haben, wurde angeführt, sie seien zulässig, da sie unterschiedslos gelten würden. Bereits in der Entscheidung *Säger*, C-76/90 vom 25.7.1991 hielt der EuGH fest, dass auch unterschiedslos geltende Bestimmungen gemäß Art 59 EGV (jetzt 49 EG) verboten sein können. Voraussetzung dafür ist, dass sie geeignet sein müssen, Erbringern von Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten das Erbringen im Staat der diese Vorschrift in seinem Rechtsbestand hält zu unterbinden oder zu behindern. Im gegenständlichen Verfahren stellte der

---

<sup>131</sup> EuGH, *Schindler*, C-275/92 vom 24.03.1994.

EuGH fest, dass die betreffenden Bestimmungen Großbritanniens eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen.

Aus sittlichen, religiösen und kulturellen Erwägungen, haben sich viele Mitgliedstaaten dazu entschlossen, die Ausübung von Glücksspiel auf ihrem Territorium zu beschränken oder sogar zu verbieten bzw. zu verhindern, dass sie den persönlichen Gewinn Privater fördern. Die Höhe der Beträge, die an Glücksspielveranstalter geleistet werden und die Höhe der, an die Spielteilnehmer auszuzahlenden, Gewinne erhöhen die Gefahr diverser Straftaten, darunter Betrug. Das Angebot der Veranstalter verleitet zu Ausgaben mit möglichen schädlichen persönlichen und sozialen Folgen. Außerdem dienen die Einnahmen von Lotterien in einem beträchtlichen Ausmaß zur Finanzierung uneigennütziger und solcher Tätigkeiten, die im Allgemeininteresse liegen. Der Punkt bezüglich der Finanzierung alleine gilt nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen des Glücksspiels. Obige Gegebenheiten rechtfertigen ein gewisses Ermessen der Mitgliedstaaten bezüglich der Regelung der Erlaubtheit des Veranstaltens von Lotterien, der Regelung der Einsätze, des Spielerschutzes und weiterer Gegebenheiten im Zusammenhang mit Lotterien. Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darf durch etwaige Beschränkungen nicht erfolgen. Unter Umständen kann es sogar zulässig sein, das Veranstalten von Lotterien zu Gänze zu verbieten. Bezüglich der britischen Beschränkungen hat der EuGH festgestellt, dass diese zulässig waren<sup>132</sup>.

Der EuGH hat mit der Entscheidung *Schindler* klargestellt, dass ihnen der Unterhaltungswert, das spielerische Element, die Zufallsabhängigkeit und die spezielle Zweckwidmung der Gewinne aus dem Veranstalten von Lotterien, nicht den Charakter einer Dienstleistung nimmt. Daraus ergibt sich, dass das Veranstalten von Glücksspielen als wirtschaftliche Tätigkeit und Dienstleistung angesehen werden muss und demnach dem EGV unterliegt<sup>133</sup>.

1999 hat der EuGH gleich zwei Mal über Vorlagefragen mitgliedstaatlicher Gerichte entschieden<sup>134</sup>. Das finnische Rechtssystem sah Glücksspielbeschränkungen vor, nach denen Glücksspiele nur veranstaltet werden durften, wenn eine entsprechende behördliche Erlaubnis vorlag. Eine weitere Voraussetzung war, dass sie mit dem Ziel, Gewinne aus dem Veranstalten von Glücksspielen für wohltätige und andere gemeinnützige Zwecke zu verwenden, veranstaltet werden. Die behördliche Erlaubnis konnte nur an eine öffentliche Institution erteilt werden. Ein finnisches Unternehmen hat rechtswidrig Geldspielautomaten betrieben. Daraufhin wurde ein Strafverfahren gegen den Geschäftsführer *Läärä*, eingeleitet. Gegen das Urteil des Strafgerichts hat *Läärä* ein Rechtsmittel ergriffen. Das dafür zuständige Gericht hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die entsprechenden finnischen Bestimmungen mit dem europäischen Rechtsrahmen vereinbar seien<sup>135</sup>. Laut dem EuGH war die finnische Gesetzeslage derart gestaltet, dass die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigt wurde. Bezüglich der Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung verwies der Gerichtshof auf die Entscheidung C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* vom 25.7.1991. Laut diesem Urteil sind unterschiedslose nationale Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des

---

<sup>132</sup> EuGH, *Schindler*, C-275/92 vom 24.03.1994, RZ 63.

<sup>133</sup> *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360.

<sup>134</sup> *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360.

<sup>135</sup> EuGH, *Zenatti*, C-124/97, 21.9.1999.

Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, geeignet sind um das angestrebte Ziel zu verwirklichen und nicht über das zur Erreichung des Ziels erforderliche hinausgehen. Nach Abwägen der Rechtfertigungsgründe im Verfahren *Läärä* hat der EuGH entschieden, die Dienstleistungsfreiheit steht nationalen Bestimmungen, wie denen Finnlands, aufgrund der an allgemeinen Interessen ausgerichteten Ziele nicht entgegen<sup>136</sup>.

Bei der zweiten Angelegenheit ging es um einen Italiener namens *Zenatti*, welcher für einen britischen Buchmacher Wetteinsätze von italienischen Kunden nach Großbritannien weiterleitete. Nach italienischem Recht war diese Vorgehensweise unzulässig. Die Annahme von Wetten war grundsätzlich verboten und lediglich bestimmten Einrichtungen vorbehalten. Gegenüber *Zenatti* wurde per Verfügung untersagt, weiterhin dieser Tätigkeit nachzugehen. *Zenatti* erhob darauf hin Anfechtungsklage beim zuständigen Gericht. Das Verfahren ging bis zum Consiglio di Stato, dessen Entscheidungen nicht anfechtbar sind. Der Consiglio di Stato war sich über die Vereinbarkeit der gegenständlichen italienischen Normen mit dem europäischen Recht nicht sicher und legte die Frage danach dem EuGH vor. *Zenatti* war der Ansicht, seine Angelegenheit sei mit dem Fall *Schindler* nicht vergleichbar und die italienischen Vorschriften seien europarechtswidrig. Lotterien seien Glücksspiele und mit Wetten nicht vergleichbar. Bei Glücksspielen hänge der Ausgang vom Glück ab, bei Wetten hingegen von der Geschicklichkeit des Wettenden. *Zenatti* vertrat damit die gleiche Ansicht, die das österreichische Bundesministerium für Finanzen vertritt<sup>137</sup>. Der EuGH gab *Zenatti* insofern Recht, als Sportwetten nicht mit Lotterien gleichgestellt werden können. Doch wird bei Sportwetten wie bei Lotterien gegen einen Einsatz eine Chance auf einen Geldgewinn geboten. Auf Grund der möglichen Einnahmehöhe von Sportwettenanbietern und der möglichen Gewinne der Wettenden, sind Sportwetten mit denselben Gefahren von Straftaten, besonders Betrug, verbunden und können die selben schädlichen persönlichen und sozialen Folgen haben. Daher müssen Sportwetten als Glücksspiele angesehen werden, „die den im Urteil *Schindler* behandelten Lotterien vergleichbar sind“<sup>138</sup>. Die Ziele der für die gegenständliche Rechtssache relevanten Vorschriften ergaben sich aus dem Vorlagebeschluss und den Erklärungen der italienischen Regierung. Es sollte verhindert werden, dass Wetten zu einer Quelle persönlicher Bereicherung werden. Die Gefahr von Betrug und anderen Straftaten sollte verhindert werden. Außerdem sollten schädliche persönliche und soziale Folgen durch den von Wettangeboten ausgeübten Anreiz zu Ausgaben verhindert werden. Schlussendlich sollten Wetten ausschließlich zugelassen werden sofern sie von gesellschaftlichem Nutzen für die zweckentsprechende Durchführung von Sportwettkämpfen waren<sup>139</sup>. Wie in der Entscheidung *Schindler*<sup>140</sup> wurden diese Gründe als zwingende Gründe des Allgemeinwohls angesehen. Abermals bestätigte der Gerichtshof, die national gesetzten Maßnahmen müssen geeignet sein, „die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Zieles zu gewährleisten und nicht über das hierfür Erforderliche hinausgehen“<sup>141</sup>. Ebenfalls bestätigte der EuGH seine im Fall *Schindler* aufgestellte und in *Läärä* wiederholte Ansicht, es steht im Ermessen

<sup>136</sup> EuGH, *Läärä*, C-124/97, 21.9.1999.

<sup>137</sup> Vgl Bundesministerium für Finanzen, Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQS), <[https://www.bmf.gv.at/MeinFinanzamt/Fachinformation/Glcksspielmonopol/HufiggestellteFrage\\_752/start.htm](https://www.bmf.gv.at/MeinFinanzamt/Fachinformation/Glcksspielmonopol/HufiggestellteFrage_752/start.htm)>, 5.9.2008.

<sup>138</sup> Vgl EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 18f.

<sup>139</sup> Vgl EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 30.

<sup>140</sup> EuGH, *Schindler*, C-275/92 vom 24.03.1994, Rz 58.

<sup>141</sup> EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 31.

der Mitgliedstaaten in welchem Ausmaß im Bereich des Glücksspiels Schutz zu gewähren ist. Die zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten haben zu beurteilen, inwiefern es zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist, Glücksspiel zu beschränken oder ganz oder teilweise zu verbieten oder bestimmte Kontrollen zu installieren<sup>142</sup>. Normen betreffend das Glücksspiel sind, wie bereits dargelegt, in der EG sehr unterschiedlich ausgestaltet. Regelungen sind unter Berücksichtigung der vom jeweiligen Mitgliedstaat verfolgten Ziele und dem beabsichtigten Schutzniveau zu beurteilen<sup>143</sup>. Daher können verschieden ausgestaltete Beschränkungen der einzelnen Mitgliedstaaten notwendig und verhältnismäßig sein. Wie auch im Fall *Schindler* äußerte sich der EuGH zur Rechtfertigung Italiens, dass mit den Einnahmen aus Lotterien und anderen Glücksspielen gemeinnützige oder im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten finanziert werden. Zwar ist dieser Umstand keinesfalls unbeachtlich, doch für sich alleine betrachtet keine ausreichende sachliche Rechtfertigung dafür, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken<sup>144</sup>. Schlussendlich hat der EuGH auf die Vorlagefrage folgend geantwortet: „Nach alledem ist auf die Vorabentscheidungsfrage zu antworten, dass die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit nationalen Rechtsvorschriften wie den italienischen, die bestimmten Einrichtungen das Recht zur Annahme von Wetten über Sportereignisse vorbehalten, nicht entgegenstehen, wenn diese Rechtsvorschriften tatsächlich durch Ziele der Sozialpolitik, nämlich die Beschränkung der schädlichen Wirkungen solcher Aktivitäten, gerechtfertigt sind, und wenn die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen“<sup>145</sup>.

Zur Wiederholung: Sowohl in der Entscheidung *Läärä* als auch in *Zenatti* hat der EuGH seine Rechtsprechung aus dem Fall *Schindler* bestätigt: Wird die Möglichkeit geboten gegen Leistung eines Entgelts an Glücksspielen teilzunehmen, findet auf diese Tätigkeit der EG-Vertrag Anwendung. Solches Anbieten von Glücksspiel liegt im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG<sup>146</sup>

Vier Jahre nach *Zenatti* entschied der Gerichtshof erneut in einer Angelegenheit in der es um Sportwetten ging. Wieder ging es um eine Vorlagefrage eines italienischen Gerichtes, dem Tribunale di Ascoli Piceno. Im Strafverfahren gegen *Piergiorgio Gambelli* und 137 weitere Beschuldigte, stellte sich dem Gericht die Frage nach der Auslegung der Artikel 43 und 49 EG. Den Beschuldigten wurde vorgeworfen, sie hätten widerrechtlich heimliche Sportwetten organisiert, Daten über solche Wetten gesammelt und einem ausländischen Buchmacher<sup>147</sup> übermittelt. Dadurch wurde in Italien der Tatbestand des Betruges zu Lasten des Staates erfüllt. Die Frage die sich stellte war, ob das italienische Recht, welches die vorgeworfenen Handlungen unter Strafe stellte, europarechtskonform war. Aus dem Königlichen Dekret Nr. 773, Testo Unico der Gesetze auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit vom 18. Juni 1931, dem Finanzgesetz Nr. 388 vom 23. Dezember 2000 und dem Gesetze Nr. 401 über Interventionen auf dem Gebiet des heimlichen Spiels und der heimlichen Wetten und zum Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs sportlicher Wettkämpfe vom 13.

---

<sup>142</sup> Vgl. EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 33.

<sup>143</sup> Vgl. EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 34.

<sup>144</sup> Vgl. EuGH, *Schindler*, C-275/92 vom 24.03.1994, RZ 60; EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 38.

<sup>145</sup> EuGH, *Zenatti*, C-67/98, 21.10.1999, RZ 38.

<sup>146</sup> *Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360.

<sup>147</sup> Stanley International Betting Ltd. in Großbritannien.

September 1989 in der Fassung des Gesetzes Nr. 388/00, welches Verstöße unter anderem mit Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu drei Jahren bedrohte, hat sich ergeben, dass die Handlungen der Beschuldigten verboten waren. Es war ausländischen Sportwettenanbietern verboten, sich in Italien zum Zwecke des Anbietens dieser Wetten niederzulassen, vom Ausland aus Sportwetten anzubieten und von Dritten in Italien anbieten zu lassen. Das Tribunale Ascoli Piceno war der Auffassung, dass der gegenständliche Sachverhalt nicht gänzlich dem des Falls *Zenatti* entsprach. Außerdem wurde das Gesetz Nr. 401/89<sup>148</sup> novelliert, was eine Prüfung durch den EuGH notwendig machte. Parlamentarische Arbeiten zur Novellierung des Gesetzes Nr. 401/89 geben Aufschluss darüber, dass es der primäre Zweck der Novelle war, eine Gruppe privater Unternehmer<sup>149</sup> zu schützen. Eine Besorgnis, dass ohne die neuen Beschränkungen die öffentliche Ordnung gefährdet sein könnte lässt sich den parlamentarischen Arbeiten nicht entnehmen. Den bisherigen Entscheidungen des EuGH nach lag die damalige Vermutung des italienischen Gerichtes nahe, dass die Novellierung des Gesetzes Nr. 401/89 europarechtswidrig war. Zulässige Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit dienen immer dem Allgemeinwohl. Novelliert wurde obiges Gesetz jedoch um private Unternehmer zu unterstützen. Die Vorlagefrage an den EuGH war daher unbedingt zu stellen. Besonders bedenklich erscheint, dass italienische Unternehmer gefördert wurden, hingegen jene aus anderen EG-Mitgliedstaaten praktisch keine Möglichkeit hatten in Italien Sportwetten legal anzubieten. Richtiger Weise hatte das vorlegende Gericht weitere Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der in diesem Fall gegenständlichen Gesetze. Entgegen den bisherigen Fällen, in denen die Vorlagegerichte keine Fragen nach der Zulässigkeit des innerstaatlichen Rechts im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit gestellt haben, wurde im Fall *Gambelli* eine solche Frage gestellt. Wie zu erwarten, verwies die italienische Regierung auf die Entscheidungen *Schindler*, *Läärä* und *Zenatti*, um die Gesetze Italiens zu rechtfertigen. Unterstützt wurde sie von den Regierungen Belgiens, Griechenlands, Spaniens, Frankreichs, Luxemburgs, Portugals, Finnlands und Schwedens. Die belgische Regierung brachte vor, ein gemeinsamer Markt im Glücksspielsektor würde Verbraucher dazu verleiten, mehr Vermögen in Glücksspiel zu stecken. Durch das Gesetz Nr. 401/89 würde dem entgegengewirkt. Der EuGH stellte fest: „Soweit eine Gesellschaft wie Stanley mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Tätigkeit des Sammelns von Wetten durch Vermittlung einer Organisation von Agenturen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat wie denen der Beschuldigten des Ausgangsverfahrens nachgeht, stellen die diesen Agenturen auferlegten Beschränkungen ihrer Tätigkeit Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit dar“<sup>150</sup>. Die Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates der Gemeinschaft ist nach Art. 43 EG verboten. Gleichgesetzt ist die Beschränkung der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften<sup>151</sup>. Neben einer allfälligen

---

<sup>148</sup> Gesetz Nr. 401 über Interventionen auf dem Gebiet des heimlichen Spiels und der heimlichen Wetten und zum Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs sportlicher Wettkämpfe vom 13. September 1989 in der Fassung des Gesetzes Nr. 388/00.

<sup>149</sup> Die „Sport-Totoannehmer“.

<sup>150</sup> EuGH, *Gambelli*, C-243/01 vom 06.11.2003, 06.11.2003, 46.

<sup>151</sup> Art 43 EG: Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr

Beschränkung der Niederlassungsfreiheit war auch zu prüfen, ob die Dienstleistungsfreiheit beschränkt wurde. Auf eine Anfrage des EuGH an die italienische Regierung bezüglich der Dienstleistungsfreiheit stellte sich heraus, dass es gemäß Art 4 des Gesetzes Nr. 401/89 strafbar war, wenn in Italien über das Internet mit Buchmachern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten gewettet und die Kreditkarte als Zahlungsmittel verwendet wurde. Dies stellte nur eine der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusammenhang mit Glücksspiel durch das italienische Recht dar. Der Gerichtshof wies auf seine bis damals bestehende Rechtsprechung hin. Er wiederholte, dass sittliche, religiöse oder kulturelle Besonderheiten und sittlich finanziell schädliche Folgen Beschränkungen rechtfertigen können. Die entsprechenden staatlichen Stellen können aus eigenem Ermessen Bestimmungen erlassen wie sie sich aus dem Erfordernis des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung ergeben. Um gerechtfertigte Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit vorzunehmen, ist erforderlich, jene Voraussetzungen zu erfüllen, die sich aus den Entscheidungen EuGH, *Kraus*<sup>152</sup> und *Gebhard*<sup>153</sup> ergeben. Danach sind zwingende Gründe des Allgemeininteresses notwendig, die nicht diskriminierend sind. Diese Gründe müssen geeignet sein, um das verfolgte Ziel zu verwirklichen und dürfen nicht über das zu dessen Erreichung Notwendige hinausgehen.

Der EuGH traf keine Entscheidung darüber ob die italienische Rechtslage europarechtskonform war, sondern trug dem nationalen Gericht auf, darüber zu entscheiden. Um eine europarechtlich zulässige Entscheidung des zuständigen Gerichts zu gewährleisten, führte der EuGH Punkte an, die zu berücksichtigen waren. Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird nicht auf jeden dieser Gesichtspunkte näher eingegangen. Lediglich jene Gesichtspunkte, die für die österreichischen *Sportwettengesetze* relevant sind werden behandelt. In seiner bis damals getätigten Rechtsprechung zum Glücksspiel hat der EuGH Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses wie Verbraucherschutz, Betrugsvermeidung und Vermeidung von Anreizen zu überhöhten Ausgaben der Bürger für Glücksspiele als unter Umständen geeignete Rechtfertigung angesehen. Weiters müssen die Beschränkungen im Stande sein „die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“<sup>154</sup>.

Ermuntern die Behörden eines Mitgliedsstaates einerseits die Bevölkerung an Lotterien, Glücksspielen und Wetten teilzunehmen um Staatseinnahmen zu lukrieren, können andererseits keine Bestimmungen erlassen und auf die Rechtfertigung gestützt werden, die Spielgelegenheit aus Gründen, welche die Sozialordnung betreffen, mindern zu wollen. Im Ausgangsverfahren traf jedoch genau dies zu. Der EuGH hat die Verhältnismäßigkeit einiger italienischer Bestimmungen angezweifelt und den Auftrag erteilt, diese zu prüfen.

Die letzte Aufsehen erregende „Glücksspiel-Entscheidung“ stammt vom 6.3.2007. Auch diesmal waren Gegenstand des Verfahrens Vorlagefragen italienischer

---

umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

<sup>152</sup> EuGH, *Kraus*, C-12/92 vom 31.03.1993, RZ 32.

<sup>153</sup> EuGH *Gebhard*, C-55/94 vom 30.11.1995, RZ 37.

<sup>154</sup> Vgl EuGH, *Gambelli*, C-243/01, RZ 67.

Gerichte. Schon im dritten von vier wichtigen Vorabentscheidungsverfahren wurden Fragen vorgelegt, die sich nicht auf Glücksspiel im engeren Sinn oder Lotterien sondern auf Wetten bezogen. Erneut sollte der EuGH die Artikel 43 und 49 EG auslegen. Nach Italienischem Recht wurde eine polizeiliche Genehmigung für das Sammeln von Wetten verlangt. Bis 2002 oblag die Konzessionsvergabe für die Veranstaltung von Wetten auf Sportereignisse dem Italienischen Nationalen Olympischen Komitee (CONI)<sup>155</sup> und dem Nationalverband zur Verbesserung der Pferderassen (UNIRE)<sup>156</sup>. Das CONI und der UNIRE waren berechtigt Sportwetten zu veranstalten. Diese Sportwetten wurden unter ihrer Kontrolle durchgeführt<sup>157</sup>. 2002 wurden die Ermächtigungen der CONI und der UNIRE bezüglich *Sportwetten* auf die „Autonome Verwaltung der Staatsmonopole“<sup>158</sup> übertragen. Diese Einrichtung untersteht dem italienischen Wirtschafts- und Finanzministerium<sup>159</sup>. Seit 2002 war es allen Kapitalgesellschaften möglich, sich bei Ausschreibungen für die Konzessionsvergabe zu beteiligen.

Die oben erwähnten Polizeigenehmigungen wurden nur an Konzessionäre oder an jene, die von einem Ministerium oder einer Einrichtung, die zur Veranstaltung oder Organisation von Wetten berechtigt ist, eine Konzession oder Erlaubnis bekamen, vergeben<sup>160</sup>. Eine polizeiliche Genehmigung konnte all jenen die zu bestimmten Straftaten oder wegen bestimmten Zuwiderhandlungen<sup>161</sup> verurteilt wurden nicht erteilt werden. Im italienischen Recht waren auch einige strafrechtliche Sanktionen im Zusammenhang mit Sportwetten vorgesehen. Die corte suprema di cassazione hatte 2004 die italienischen Rechtsvorschriften zum Glücksspiel zu überprüfen und traf die Entscheidung Gesualdi Nr 111/04 vom 26.04.2004. Es sollte feststellen, ob die Vorschriften mit Art 43 und 49 EG vereinbar waren und entschied, dass dem so sei<sup>162</sup>. Die corte suprema di cassazione stellte fest, der italienische Gesetzgeber verfolge seit Jahren das Ziel, die Staatseinnahmen zu erhöhen. Außerdem sei das Ziel, kriminelle Ausbeutung zu verhindern verfolgt worden. Diese Zwecke seien nach dem Corte suprema di cassazione ausreichend um die Beeinträchtigung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen. Die italienischen Vorschriften seien nicht durch Verbraucherschutz, Einschränkung der Spielleidenschaft oder Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt worden. Eine Diskriminierung habe laut dem Corte suprema di cassazione nicht stattgefunden.

Die britische Stanley International Betting Ltd betrieb in Italien über 200 Datenübertragungszentren, von denen aus, mittels Datenübertragung nach Großbritannien, gewettet werden konnte. Konzessionen lagen für diese Tätigkeit

---

<sup>155</sup> Comitato Olimpico Nazionale Italiano. Die Konzessionsvergabe beruhte auf dem Dekret Nr. 174 des Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerium für Wirtschaft und Finanzen) vom 2. Juni 1998.

<sup>156</sup> Unione nazionale per l'incremento delle razze equine. Die Konzessionsvergabe beruhte auf dem Dekret Nr. 169 des Präsidenten der Republik vom 8. April 1998.

<sup>157</sup> Rechtsgrundlagen dafür waren das Decreto legislativo Nr. 496 vom 14. April 1948, Art 3 Abs 229 des Gesetzes Nr. 549 vom 28. Dezember 1995, Supplemento ordinario) und Art 3 Abs 78 des Gesetzes Nr. 662 vom 23. Dezember 1996.

<sup>158</sup> Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

<sup>159</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze.

<sup>160</sup> Vgl Art 88 des Regio Decreto Nr. 773, Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (Königliches Dekret Nr. 773, Testo Unico der Gesetze auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit), vom 18. Juni 1931 in der Fassung des Art 37 Abs 4 des Gesetzes Nr. 388 vom 23. Dezember 2000.

<sup>161</sup> Beispielsweise sind dies Vorschriften die den öffentlichen Anstand und die Guten Sitten wahren sollen oder solche die das Glücksspiel regeln.

<sup>162</sup> Urteil Gesualdi Nr. 111/04 vom 26.04.2004.



keine vor. Die Betreiber der Datenübertragungszentren waren zwar grundsätzlich von der Stanley International Betting Ltd unabhängig, doch vertraglich an diese gebunden. *Placanica*, *Palazzese* und *Sorricchio* betrieben solche Zentren. Wegen des Fehlens der erforderlichen Genehmigungen hat die Staatsanwaltschaft beim Tribunale di Larino ein Strafverfahren gegen *Placanica* eingeleitet. Er habe ohne Inhaber einer polizeilichen Genehmigung zu sein ein Datenübertragungszentrum betrieben und auf Rechnung der Stanley International Betting Ltd Wetten gesammelt. Das Tribunale di Larino glaubte nicht an die Richtigkeit der Entscheidung Gesualdi und stellte ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.

Auch *Palazzese* und *Sorricchio* besaßen keine polizeiliche Genehmigung für das Sammeln und Übermitteln von Wetten. Die entsprechenden Räumlichkeiten und Geräte von *Palazzese* und *Sorricchio* wurden beschlagnahmt und die Beschlagnahme von der Staatsanwaltschaft bestätigt. Gegen die Beschlagnahme ihrer Räumlichkeiten und Geräte brachten *Palazzese* und *Sorricchio* Klage beim Tribunale di Teramo ein. 1999 fand eine Ausschreibung für Konzessionen statt. Mit dem Erwerb einer solchen Konzession war es dem Erwerber erlaubt, Wetten zu veranstalten. Die italienische Gesetzeslage führte dazu, dass Kapitalgesellschaften, die an reglementierten Märkten wie der Börse notierten, vom Erwerb einer Konzession ausgeschlossen waren. Um ein solches Unternehmen handelt es sich bei der Stanley International Betting Ltd. Die Bestimmungen, auf denen die Konzessionsvergabe von 1999 beruhte, waren nicht europarechtskonform und wurden geändert. Dennoch wurden die Konzessionen nicht neu vergeben. Das Tribunale di Teramo zweifelte an der Europarechtmäßigkeit dieser Bestimmungen und an dem Urteil Gesualdi und brachte eine Vorlagefrage beim EuGH ein.

Die Verfahren – *Placanica*, *Palazzese* und *Sorricchio* – wurden vom EuGH zu einem verbunden. Bezüglich der Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit behielt der EuGH seine bisherige Rechtsprechung bei<sup>163</sup>. Hinsichtlich des Erfordernisses einer Konzession als Voraussetzung des Anbietens von Glücksspiel äußerte der Gerichtshof, dass zwei Ziele diese Gesetzeslage zu rechtfertigen im Stande sind. Das erstgenannte Ziel ist die Gelegenheit zum Spiel zu vermindern. In diesem Fall muss die Gelegenheit zum Spiel tatsächlich vermindert werden. Weiters ist erforderlich, die Tätigkeit des Anbietens von Sportwetten kohärent und systematisch zu begrenzen. Dem EuGH war bekannt, dass die Italiener mit ihrer rechtlichen Gestaltung die Staatseinnahmen erhöhen wollten. Das zweite Ziel ist die Vorbeugung von Straftaten, indem die Sportwettenanbieter einer Kontrolle unterliegen, die mittels Konzessionen bewirkt werden sollte. Eines der Vorhaben zu dessen Erfüllung die strittigen Gesetze geschaffen wurden, war, Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken. Damit sollte kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorgebeugt werden. Mit einer kontrollierten Anzahl an Sportwettenanbietern kann erreicht werden, dass Kunden von illegalen Glücksspielanbietern legale Angebote wahrnehmen. Die Anbieter müssten eine verlässliche und attraktive Alternative zum verbotenen Glücksspiel darstellen. Die italienische Regierung hat eine Untersuchung des ständigen Ausschusses für Finanzen und Schatzwesen vorgelegt, welche die obige Annahme untermauerte. Der Gerichtshof anerkannte diese Gründe als grundsätzliche Rechtfertigung, doch konnte er nicht entscheiden, ob die Anzahl der ausgegebenen Konzessionen die richtige

---

<sup>163</sup> Vgl in diesem Sinne Urteile vom 24. März 1994, *Schindler*, C-275/92, Slg 1994, I-1039, RZ 57 bis 60, vom 21. September 1999, *Läärä* u. a., C-124/97, Slg 1999, I-6067, RZ 32 und 33, *Zenatti*, RZ 30 und 31, und *Gambelli*, RZ 67.

Höhe hatte. Um dies zu entscheiden, fehlten ihm die notwendigen Informationen. Dem Vorlagegericht wurde aufgetragen zu prüfen, ob die durch Gesetz festgelegte Anzahl der ausgegebenen Konzessionen dem obigen Ziel diene. Weiters hatte es die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Aufgrund der Ausgestaltung der italienischen Ausschreibungsregelungen war es praktisch ausgeschlossen, dass nicht italienische Unternehmen an Ausschreibungen teilnehmen konnten. Daher wurde durch diese Regelungen die Niederlassungsfreiheit beschränkt, auch wenn sie gleichermaßen auf inländische wie auch ausländische Unternehmen angewandt wurden. Unternehmen, deren Anteile an reglementierten Märkten notierten, waren gänzlich von den Ausschreibungen ausgeschlossen um die Transparenz der Eigentümerstruktur zu wahren. Maßgebliche ausländische Unternehmen, die im Glücksspielsektor zum damaligen Zeitpunkt tätig gewesen sind, waren börsennotierte Kapitalgesellschaften. Diese Unternehmen konnten sich nicht um Konzessionen bewerben, wodurch eine mittelbare Diskriminierung stattfand. Für die 1999 erteilten Konzessionen wurde eine Laufzeit von sechs bis zwölf Jahren vorgesehen. 2002 wurde die europarechtswidrige Bestimmung aufgehoben, doch blieben die erteilten Konzessionen in Kraft und wurden keine neuerlichen Ausschreibungen durchgeführt. Die mittelbare Diskriminierung hatte weiterhin Bestand. Ausländische Unternehmer, die ohne eine entsprechende Konzession keine notwendige polizeiliche Genehmigung bekommen konnten, wurden im Falle des Anbietens von Sportwetten jedoch ordnungs- und strafrechtlich verfolgt. Das Ziel dieser Maßnahme kann auch erreicht werden, ohne die Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit zu beschränken, argumentierte der EuGH. Diese Regelung war daher nicht zulässig. Die polizeilichen Genehmigungsverfahren erachtete der EuGH unter dem Hinblick auf eine Kontrolle zur Vermeidung von kriminellen und betrügerischen Tätigkeiten als verhältnismäßige Maßnahme. Die Beschuldigten *Palazzese* und *Sorricchio* suchten um eine solche polizeiliche Genehmigung an, doch wurde diese verweigert, da beide die erforderlichen Konzessionen nicht vorweisen konnten. Somit konnte ihnen das Fehlen der polizeilichen Genehmigung nicht vorgeworfen werden: Wenn Verwaltungsformalitäten von Mitgliedstaaten durch einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht für gewisse Personen unerfüllbar sind, dürfen keine strafrechtlichen Sanktionen gegen diese Personen verhängt werden<sup>164</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH legt das EG-Recht den Mitgliedsstaaten gewisse Beschränkungen im Strafrecht auf, obwohl für strafrechtliche Maßnahmen grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig sind. Die Mitgliedstaaten dürfen durch ihr Strafrecht nicht beschränkend in die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft eingreifen<sup>165</sup>. Da unter Verletzung des Gemeinschaftsrechts verhindert wurde, dass die Angeklagten die notwendigen Konzessionen und in weiterer Folge polizeiliche Genehmigungen bekommen konnten, waren die gegenständlichen strafrechtlichen Sanktionen unzulässig.

---

<sup>164</sup> Dabei handelt es sich um ständige Rechtsprechung des EuGH: Urteil vom 15. Dezember 1983, *Rienks*, 5/83, Slg. 1983, 4233, RZ 10 und 11.

<sup>165</sup> Vgl. EuGH, *Calfa*, C-348/96 vom 19.1.1999, RZ 17.

## C. Grundsätze des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH bezüglich Glücksspiel wurde im Laufe der Jahre immer wieder bestätigt. Es steht außer Zweifel, dass Beschränkungen von Sportwettenangeboten Eingriffe in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit darstellen. Unter Umständen können solche Eingriffe durch gewisse Ziele, die mit ihnen verfolgt werden, gerechtfertigt sein. Zwar habe ich diese oben bereits dargelegt, aufgrund der Wichtigkeit in Anbetracht einer Überprüfung der Europarechtskonformität der österreichischen Gesetzeslandschaft im Zusammenhang mit Sportwetten allgemein und Internetsportwetten, möchte ich die Rechtfertigungsgründe isoliert darstellen:

Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Diese zwingenden Gründe sind der Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen. Ein zwingender Grund des Allgemeininteresses kann auch die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen sein. Entscheiden sich die zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten das Anbieten von Glücksspielen einzuschränken, so haben die dafür vorgesehenen Normen verhältnismäßig und nicht diskriminierend zu sein. Außerdem müssen die Maßnahmen geeignet sein um obige Ziele zu erreichen. Soll die Spielleidenschaft durch die Begrenzung der Anbieter eingedämmt werden, muss die Möglichkeit zu Spielen wirklich gemindert und die Tätigkeit kohärent und systematisch begrenzt werden<sup>166</sup>. Die „sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gemeinschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen,“ können „ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen,“ „festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben“<sup>167</sup>. Die Besonderheiten des Glücksspiels rechtfertigen ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen, um zu bestimmen, welche Erfordernisse sich bezüglich der Art und Weise der Veranstaltung von Glücksspielen, der Einsatzhöhe und der Art der Verwendung von Einnahmen zum Schutz der Spieler und je nach den soziokulturellen Besonderheiten des jeweiligen Mitgliedstaates zum Schutz der Sozialordnung ergeben<sup>168</sup>. Welche Maßnahmen von den einzelnen Mitgliedstaaten gesetzt werden, richtet sich somit nach deren Besonderheiten, doch müssen sie den obigen Bedingungen<sup>169</sup> gerecht werden.

---

<sup>166</sup> EuGH, *Placanica*, C-338/04 vom 6.3.2007, RZ 53; vgl in diesem Sinne Urteile *Zenatti*, RZ 35 und 36, und *Gambelli* RZ 62 und 67.

<sup>167</sup> EuGH, *Schindler*, C-275/92 vom 24.3.1994, RZ 60; *Läärä*, C-124/97 vom 21.9.1999, RZ 13; *Zenatti*, C-124/97 vom 21.9.1999, RZ 14; *Gambelli*, C-243/01 vom 6.11.2003, RZ 63 und *Placanica*, C-338/04 vom 6.3.2007, RZ 63.

<sup>168</sup> EuGH, *Schindler*, C-275/92 vom 24.3.1994, RZ 61; *Läärä*, C-124/97 vom 21.9.1999, RZ 14; *Zenatti*, C-124/97 vom 21.9.1999, RZ 17. Vgl EuGH, *Gambelli*, C-243/01 vom 6.11.2003, RZ 35 und *Placanica*, C-338/04 vom 6.3.2007, RZ 35.

<sup>169</sup> Die Maßnahmen müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (Verbraucherschutz, Betrugsverbeugung, Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen) gerechtfertigt sein. Sie müssen außerdem geeignet sein um die Ziele zu erreichen, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sein.

## **D. Konsequenzen für die österreichische Rechtslage bezüglich Sportwetten.**

Da in Österreich das gewerbsmäßige Vermitteln und der gewerbsmäßige Abschluss von Sportwetten gewissen Beschränkungen unterworfen und an bestimmte Voraussetzungen gebunden sind, wird durch die landesgesetzlichen Regelungen eindeutig in die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit eingegriffen. Es ist zu prüfen, inwieweit die Rechtfertigungsgründe des EuGH Anwendung auf die Landesgesetze finden.

Um die Europarechtmäßigkeit der österreichischen Landesgesetze zu überprüfen, sind die einzelnen Beschränkungen zu analysieren. Weiters müssen die Gründe der Landesregierungen, diese Gesetze zu erlassen und die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, den genannten Rechtfertigungsgründen des EuGH entsprechen. Im Folgenden werden die Voraussetzungen für den Erhalt einer Bewilligung der jeweiligen Landesregierung erörtert. Um den Umfang dieser Erörterung zu beschränken, wird lediglich auf jene Voraussetzungen eingegangen, die eine Europarechtmäßigkeit bestätigen oder verneinen können. Die einzelnen Landesgesetze überschneiden sich zum Teil stark. Es wird als erstes auf das *Kärntner Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz - K-TBWG* eingegangen und im Übrigen nur auf die Unterschiede der übrigen Landesgesetze:

In Kärnten muss der Bewilligungswerber eigenberechtigt und österreichischer Staatsbürger sein. Ist er nicht im Besitz einer österreichischen Staatsbürgerschaft genügt die Staatsangehörigkeit eines EG/EWR Mitgliedstaates. Erforderlich ist außerdem, dass der Bewilligungswerber die für das Anbieten oder Vermitteln von Sportwetten erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Es ist eine Bankbestätigung, dass für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr über einen Kreditvertrag in bestimmter Höhe verfügt werden kann, zu erbringen<sup>170</sup>. Die Bewilligung erlischt mit dem Auslaufen der Bestätigung der Kreditwürdigkeit, außer sie wurde vorher um wenigstens ein Jahr erneuert<sup>171</sup> und der Landesregierung vorgelegt<sup>172</sup>. Der Bewilligungswerber muss die notwendige fachliche Befähigung aufweisen. Die fachliche Befähigung kann beispielsweise durch Zeugnisse über den erfolgreichen Besuch einer wirtschaftswissenschaftlichen Studienrichtung an einer inländischen Universität, einer Handelsakademie, über die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung in einem dem Handelsgewerbe entsprechenden Lehrberuf und eine mindestens einjährige fachliche Tätigkeit oder über die erfolgreich abgelegte Unternehmerprüfung gemäß § 23 der Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr. 194, und eine mindestens einjährige fachliche Tätigkeit nachgewiesen werden. Ausbildungen und Prüfungen, die in EG- oder EWR-Mitgliedstaaten erfolgreich absolviert wurden sind von der Landesregierung als gleichwertig anzuerkennen, sofern sie den geforderten entsprechen. Entsprechen die Ausbildungen und Prüfungen nicht dem Verlangten, ist mittels Bescheid eine Ergänzungsprüfung oder eine ergänzende berufliche Tätigkeit vorzuschreiben<sup>173</sup>. Wird die Bewilligung durch juristische

---

<sup>170</sup> Gemäß § 5 Abs 1 Kärntner Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz - K-TBWG hat die Höhe bei einem Antrag aus Anlass einer bestimmten Veranstaltung oder Veranstaltungsreihe mindestens € 7260 und bei einem Antrag für einen festen Standort mindestens € 72.600 zu übersteigen.

<sup>171</sup> Das Selbe gilt für die Folgejahre.

<sup>172</sup> Vgl § 5 Abs 2 K-TBWG.

<sup>173</sup> Vgl § 6 Abs 1 u. 3 K-TBWG.

Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts oder eingetragene Erwerbsgesellschaften beantragt, muss deren Sitz oder Niederlassung im österreichischen Bundesgebiet liegen. Ein Gesellschafter oder Pächter muss bestellt sein und eine Bankbestätigung, dass für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr über einen Kredit in bestimmter Höhe verfügt werden kann, ist vorzulegen<sup>174</sup>. Für Gesellschafter und Pächter gelten dieselben Voraussetzungen wie für natürliche Personen<sup>175</sup>. Für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts<sup>176</sup> und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts<sup>177</sup> gelten zusätzliche Voraussetzungen, wenn sie ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem EG/EWR-Mitgliedstaat haben. Sie müssen nach den Rechtsvorschriften eines dieser Staaten gegründet worden sein. Ihre Gesellschafter oder Pächter benötigen weder eine österreichische Staatsbürgerschaft, noch die eines EG- oder EWR-Mitgliedstaates. Hat die jeweilige Gesellschaft nur den satzungsmäßigen Sitz in einem EG/EWR-Mitgliedstaat, hat die Tätigkeit die sie ausübt in dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines der Staaten der EG oder des EWR zu stehen<sup>178</sup>. Wann die Zuverlässigkeit des Bewilligungswerbers vorliegt, wird nicht positiv festgehalten. Es wird nur bestimmt wann sie nicht vorliegt. Zuverlässigkeit ist nicht gegeben, wenn nach § 13 Abs 1 bis 6 Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr. 194, ein Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes gegeben ist oder unbeschadet der Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung eines Gewerbes Tatsachen vorliegen, die es zweifelhaft machen, ob der Bewerber die notwendige Zuverlässigkeit besitzt. Ein die Zuverlässigkeit verneinender Grund ist weiters der Umstand, dass der Bewilligungswerber in den letzten fünf Jahren mehr als zweimal auf Grund des K-TBWG, eines vergleichbaren Landesgesetzes anderer Bundesländer oder eines Bewilligungsbescheides bestraft wurde. Hatte der Bewilligungswerber in den letzten fünf Jahren vor der Antragsstellung seinen Hauptwohnsitz im Ausland, ist eine Bescheinigung zu erbringen, die besagt, dass die Ausschlussgründe des § 13 Abs 2 oder 3 GewO 1994, BGBl Nr. 194 nicht im Ausland verwirklicht wurden. Bewerben sich juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts und eingetragenen Erwerbsgesellschaften, gelten die Kriterien der Zuverlässigkeit für natürliche Personen, mit maßgeblichem Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte<sup>179</sup>.

Deutlich geringere Anforderungen werden in Niederösterreich an den Bewilligungswerber gestellt. Eine Bewilligung ist durch die Landesregierung zu erteilen, wenn der Bewerber verlässlich und eigenberechtigt ist. Bei juristischen Personen müssen diese Eigenschaften auf den vorgesehenen Geschäftsführer zutreffen. Vor Erteilung der Bewilligung müssen die Kammer der gewerblichen Wirtschaft für Niederösterreich und die Gemeinde am potentiellen Standort die Gelegenheit zur Äußerung bekommen<sup>180</sup>. Wird eine Bewilligung zum Anbieten oder Vermitteln von Sportwetten erteilt, ist diese persönlich auszuüben<sup>181</sup>. Bewilligungen dürfen verpachtet werden. Hierfür ist eine Genehmigung durch die Landesregierung erforderlich. Selbiges gilt für die Bestellung eines Geschäftsführers. Pächter und Geschäftsführer müssen verlässlich und eigenberechtigt sein. Bewilligungsinhaber,

<sup>174</sup> Für diese Bankbestätigung gilt dasselbe wie für jene die natürliche Personen benötigen.

<sup>175</sup> § 7 Abs 2 K-TBWG.

<sup>176</sup> Einschließlich der Genossenschaften.

<sup>177</sup> Ausgenommen sind jene die keinen Erwerbzweck verfolgen.

<sup>178</sup> § 3 Abs 1 u. 2 K-TBWG.

<sup>179</sup> § 4 K-TBWG.

<sup>180</sup> § 2 Abs 1 u. 3 Niederösterreichisches Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.

<sup>181</sup> § 5 Niederösterreichisches Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.

bei denen es sich um juristische Personen handelt, benötigen einen Geschäftsführer<sup>182</sup>.

Um in Oberösterreich zu einer Bewilligung zu gelangen, ist eine Sicherheitsleistung in Höhe von € 200.000 in Form einer Bankgarantie für jedes Wettbüro nachzuweisen<sup>183</sup>. Außerdem ist für jedes vorgesehene Wettbüro ein Standortnachweis in Oberösterreich zu erbringen<sup>184</sup>.

In der Steiermark benötigt der Bewilligungswerber ebenfalls eine Staatsbürgerschaft eines EG-Mitgliedstaates oder EWR-Vertragsstaates, wenn es sich um eine natürliche Person handelt. Auch muss sie zuverlässig sein. Eine Bankgarantie ist nicht unbedingt zu erbringen. Es genügt nachzuweisen, dass eine gewisse finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben ist. Die Höhe dieser Leistungsfähigkeit beträgt € 180.000<sup>185</sup>.

Nach dem Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure sind einige Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 auf Buchmacher und Totalisateure anzuwenden<sup>186</sup>. Diese gewerberechtlichen Bestimmungen entsprechen den Bestimmungen der übrigen Sportwettengesetze zu den Regelungspunkten wie die persönlichen Voraussetzungen der Bewilligungswerber, Voraussetzungen für Personen mit leitenden Aufgaben in juristischen Personen, Verlust der Berechtigung, Ausübung der Berechtigung und den Betrieb von Automaten.

In Vorarlberg bedarf die Verlegung oder Hinzunahme eines Standortes einer Anzeige an die Landesregierung.<sup>187</sup> In Vorarlberg ist ebenfalls eine Bankgarantie über € 75.000 zu erbringen. Anstelle einer Bankgarantie kann ein gleichwertiger Bonitätsnachweis erbracht werden. Ab fünfzig Standorten erhöht sich der Betrag auf € 125.000 und für jeweils weitere fünfzig Standorte um € 50.000. Die Garantie muss eine Gültigkeit von mindestens einem Jahr nach dem Erlöschen der Bewilligung aufweisen<sup>188</sup>. In Tirol wird eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes verlangt<sup>189</sup>.

Vorarlberg hat das modernste Landesgesetz bezüglich Sportwetten. Es bezieht sich auf elektronische Medien, schreibt die Pflicht, ein Wettbuch zu führen und eine Identifikationspflicht vor. Das Wettbuch hat elektronisch geführt zu werden und alle Wettvorgänge in zeitlich fortlaufender Reihenfolge festzuhalten und muss ein Jahr lang zugänglich sein. Die Identität ist im Fall von Wetteinsätzen, die pro Wettabschluss € 1.000 übersteigen, festzuhalten und muss drei Jahre lang zugänglich sein<sup>190</sup>.

---

<sup>182</sup> § 6 Niederösterreichisches Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.

<sup>183</sup> § 7 Abs 2 Z 3 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz.

<sup>184</sup> §§ 7 Abs 2 Z 2 u 3 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz.

<sup>185</sup> § 4 Abs 1 Z 4 Steiermärkisches Wettgesetz.

<sup>186</sup> Vgl § 6 Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure; §§ 8 bis 14, 29, 32, 38 bis 52, 63 bis 67, 85 bis 93 und 338 der Gewerbeordnung 1994

<sup>187</sup> § 2 Abs 4 Vorarlberger Wettengesetz.

<sup>188</sup> § 6 Abs 1 Vorarlberger Wettengesetz.

<sup>189</sup> § 5 Abs 1 lit. e Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz.

<sup>190</sup> § 9 Abs 1 u. 2 Vorarlberger Wettengesetz.

In den meisten Bundesländern ist vorgesehen, dass vom Bewilligungswerber die Wettbedingungen zu hinterlegen sind<sup>191</sup>. Die Erteilung einer Bewilligung kann von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden<sup>192</sup>.

Neben den Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch die Erfordernisse, welche für Bewilligungen verlangt werden, existieren auch Strafbestimmungen der Länder. Es sind Strafen für das Tätigwerden als Buchmacher oder Totalisateur, ohne im Besitz einer Bewilligung zu sein, das Verstoßen gegen Bedingungen oder Auflagen der Bewilligung und weitere Missachtungen der *Sportwettengesetze*. Im Burgenland sind Arrest bis zu sechs Monaten und Geldstrafen vorgesehen<sup>193</sup>. In Kärnten können Geldstrafen bis € 7.260, jedoch keine Freiheitsstrafen verhängt werden. Bei Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe darf keine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt werden<sup>194</sup>. Niederösterreichische Bezirksverwaltungsbehörden können Rechtswidrigkeiten mit maximal € 4.400 ahnden<sup>195</sup>. In Oberösterreich können Bezirksverwaltungsbehörden, oder im Wirkungsbereich von Bundespolizeidirektionen diese, bei Verwaltungsübertretungen Geldstrafen bis € 20.000 verhängen. Auch Verfallsstrafen und Verfallersatzstrafen sind vorgesehen<sup>196</sup>. In Salzburg sind ausschließlich Geldstrafen bis € 7.300 möglich<sup>197</sup>. Das Selbe gilt für die Steiermark und Tirol, jedoch beträgt die maximale Höhe € 7.000<sup>198</sup>. Die höchsten Geldstrafen sind in Vorarlberg mit € 25.000 möglich<sup>199</sup>. Freiheitsstrafen gibt es dort nicht. In Wien sind Geld- und Arreststrafen möglich. Geldstrafen betragen höchstens € 280 und Arrest kann bis zu sechs Monate verhängt werden. Verfallsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen sind auch vorgesehen<sup>200</sup>.

Die in diesem Kapitel angeführten Vorschriften der Länder gelten für alle potentiellen Sportwettenanbieter bzw. Bewilligungswerber gleichermaßen. Es liegt somit keine Diskriminierung von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft vor. Grundsätzlich können somit die Beschränkungen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit durch die neun Landesgesetze europarechtskonform sein, wenn ihre Gründe den im Kapitel „C. Grundsätze des EuGH“ angeführten und vom EuGH ausgearbeiteten Grundsätzen entsprechen.

<sup>191</sup> § 8 Abs 2 K-TBWG ; § 7 Abs 2 Z 4 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz; § 5 Abs 2 Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure; § 4 Abs 1 Z 5 Steiermärkisches Wettgesetz; § 8 Abs 2 Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz, ; § 3 Abs 1 lit. f Vorarlberger Wettengesetz.

<sup>192</sup> § 1 Abs 4 Burgenländisches Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens; § 10 K-TBWG; § 7 Abs 6 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz; § 4 Abs 1 Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure § 5 Abs 4 Steiermärkisches Wettgesetz; § 6 Abs 1 Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz; § 3 Abs 5 Vorarlberger Wettengesetz.

<sup>193</sup> § 2 Abs 1 Burgenländisches Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens.

<sup>194</sup> § 12 K-TBWG.

<sup>195</sup> § 10 Abs 1 lit. f Niederösterreichisches Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.

<sup>196</sup> § 15 Abs 2 u. 3 Oö. Spielapparate- und Wettgesetz.

<sup>197</sup> § 7 Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure.

<sup>198</sup> § 17 Abs 1 Steiermärkisches Wettgesetz; § 13 Abs 1 lit g Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz.

<sup>199</sup> § 15 Abs 2 Vorarlberger Wettengesetz.

<sup>200</sup> § 2 Abs Wiener Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens.

Es muss betont werden, dass die österreichischen Beschränkungen von Sportwetten im Gegensatz zu jenen, die Gegenstand der im Kapitel *B. Wichtige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs im Zusammenhang mit Sportwetten* angeführten Verfahren waren, viel weniger beschränkend sind. Ein Teil der Beschränkungen sind Bestimmungen der Gewerbeordnung nachempfunden. Bestimmungen, die das Erbringen von Bankgarantien, das Erstellen von Wettreglement, welches sichtbar anzubringen und bei der jeweiligen Landesregierung zu hinterlegen ist und eigene Strafbestimmungen deuten deutlich darauf hin, dass Ziel der landesgesetzlichen Regelungen zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wie Verbraucherschutz und Betrugsverbeugung sind. Der Umstand, dass jedes Unternehmen Sportwetten anbieten darf, wenn es die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt, ist kein Anzeichen dafür, dass Anreize für die Bürger zu überhöhten Ausgaben vermieden werden sollen. Der österreichische Sportwettenmarkt steht für jeden Sportwettenanbieter aus dem EU-/EWR-Raum unter gewissen Voraussetzungen offen und es gibt keine Beschränkungen der Anzahl von Sportwettenanbietern. Der Rechtfertigungsgrund, Anreize zu überhöhten Ausgaben zu senken ist daher nicht notwendig, um die österreichische Rechtslage gegenüber dem europäischen Rechtsrahmen zu rechtfertigen.

Schon die Materialien zum Gesetz v 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens weisen darauf hin, dass die landesgesetzlichen Bestimmungen den vom EuGH verlangten Zielen dienen sollen. Primär hatte es den Zweck, die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten im Zusammenhang mit sportlichen Veranstaltungen zu regeln und diene damit vor allem fiskalischen Zwecken: Laut den Materialien, haben der Abgeordnete Schiegl und Genossen den Antrag auf Erlassung eines *Gesetzes betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* gestellt, um die *kaiserliche Verordnung vom 29. August 1916 betreffend Gebühren v. Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwesens*<sup>201</sup> zu ersetzen. Die Antragsteller waren der Ansicht, dass nicht alle Maßnahmen zur Ausschöpfung der steuerlichen Möglichkeiten in der kaiserlichen Verordnung ausgeschöpft wurden. Der Entwurf würde dem Staat im Fall der Umsetzung Mehreinnahmen in Höhe von 20 Millionen Kronen zuführen<sup>202</sup>. Im Bericht des Finanz- und Budgetausschusses wurde aber auch auf vermehrten Schwindel auf Rennbahnen und dass dagegen vorgegangen werden müsse, hingewiesen<sup>203</sup>.

Dem Motivenbericht<sup>204</sup> der Niederösterreichischen Landesregierung ist zu entnehmen, dass § 9 geschaffen wurde, um Kinder und Jugendliche vor unüberlegten Geldausgaben zu bewahren. Mehr über den Zweck des Landesgesetzes in

---

<sup>201</sup> R G Bl 282/1916.

<sup>202</sup> Vgl Antrag des Abgeordneten Schiegl und Genossen auf Erlassung eines Gesetzes, betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens vom 31. Mai 1919, 269 der Beilagen der stenographischen Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung, 1f.

<sup>203</sup> Vgl Bericht des Finanz- und Budgetausschusses über den Antrag des Abgeordneten Schiegl und Genossen auf Erlassung eines Gesetzes, betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens vom 31. Mai 1919, 327 der Beilagen, 3.

<sup>204</sup> Motivenbericht betreffend den Entwurf eines niederösterreichischen Gesetzes über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.



Zusammenhang mit der europarechtlichen Rechtfertigung desselben, lässt sich dem Motivenbericht nicht entnehmen.

Die Stellungnahmen der Länder zu ihren Buchmacher- und Totalisateurgesetzen nehmen generell kaum Bezug auf die Gründe aus denen sie erlassen wurden. Es wird der Anschein erweckt, dass sie vor allem erlassen wurden, weil das *Gesetz vom 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateur- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* als veraltet angesehen wurde und an neue Umstände angepasst werden sollte.

Die gesuchten und vom EuGH verlangten Motive für das Erlassen von Bestimmungen durch welche die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit beschränkt werden, können nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden. Trotz des Umstandes, dass die Landesgesetze betreffend Buchmacher- und Totalisateurwetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen, vergleichsweise geringe Beschränkungen darstellen und dass die einzelnen Landesgesetze darauf hindeuten, dass sie die vom EuGH verlangten Ziele verwirklichen sollen, können europarechtlich gesehen Probleme auftreten. Ein europarechtliches Problem im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit stellt das Erfordernis einen Standort im jeweiligen Land zu errichten dar, wie es in einigen Ländern vorgesehen ist. Wenn ein Standort im jeweiligen Land die Voraussetzung für legales Anbieten von Sportwetten ist, müsste ein Sportwettenanbieter aus dem Ausland, der via Internet Sportwetten in Österreich anbieten möchte, erst einen entsprechenden Standort aufbauen. Der Vorteil, des Internet, den der Unternehmer ausnützen möchte – Sportwetten anbieten, ohne physisch präsent sein zu müssen – wäre geschmälert bzw überhaupt vereitelt. Im Falle der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, würden die Bestimmungen nach denen der Standort im jeweiligen Land verlangt wird unangewandt bleiben<sup>205</sup>. In weiterer Folge wird untersucht, welches Recht auf Sportwetten im Internet anzuwenden ist und wie die Anwendung in der Praxis erfolgt.

---

<sup>205</sup> Vgl. Hasberger/ Busta, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175 und Öhlinger, Verfassungsrecht, 2005, 89.

## V. Anwendbares Recht im Internet

Möchte ein ausländisches Unternehmen in Österreich Sportwetten anbieten, so hat es im jeweiligen Bundesland bei dessen Landesregierung um eine Genehmigung anzusuchen. Unter physisch Anwesenden ist die Rechtslage klar, eindeutig und unumstritten. Anders, wenn die beteiligten Unternehmen nicht physisch in Österreich anwesend sind, sondern ihr Angebot über das Internet zugänglich ist. Es ist die Frage zu klären, inwieweit österreichisches Recht auf Online-Angebote anwendbar ist oder ob diese Angebote überhaupt einer Rechtsordnung unterliegen. Es war lange Zeit umstritten, ob das Internet ein rechtsfreier Raum ist oder nicht. Das Recht ist medienneutral und gilt auch im Internet; doch muss geklärt werden, auf welche Sachverhalte welche Rechtsordnung anwendbar ist. Dass die Auswirkungen des anwendbaren Rechts auf jene Unternehmen, die im Internet Sportwetten anbieten gravierend sind, muss nicht besonders betont werden. Kommen die österreichischen Landesgesetze zur Anwendung, ist zu prüfen, in welchen Ländern Sportwettenanbieter die über das Internet in Österreich Sportwetten anbieten wollen, Genehmigungen benötigen. Bei der Suche nach der anwendbaren Rechtsordnung muss zwischen zwei Bereichen unterschieden werden. Erstens, nach welchem Recht richten sich die Bewilligungen die Sportwettenanbieter einholen müssen. Zweitens, welche Bestimmungen werden auf die Verträge zwischen den Anbietern und ihren Kunden angewandt. Da der Zweck dieser Arbeit die Prüfung der Zulässigkeit von Internetsportwetten in Österreich ist, wird der Bereich bezüglich der Verträge außen vor gelassen. Es sei nur soviel gesagt, dass sich die anzuwendende Rechtsnorm aus dem EVÜ<sup>206</sup> ergibt. Wird nach der anzuwendenden Rechtsordnung gesucht, liegt es nahe das E-Commerce-Gesetz (ECG)<sup>207</sup> auf dessen Anwendbarkeit zu prüfen. Das ECG „regelt einen rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs“. Gegenstand des ECG ist die Regelung von „Diensten der Informationsgesellschaft“. Diese Dienste werden „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers“ bereitgestellt<sup>208</sup>. Unter anderem sind die Zulassung von Diensteanbietern und das Herkunftslandprinzip Regelungsgegenstand des ECG<sup>209</sup>. Somit scheint die Quelle gefunden<sup>210</sup>, die Aufschluss über die anwendbare Rechtsordnung gibt. Das ECG besagt, „die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Diensteanbieters bedürfen keiner gesonderten behördlichen Zulassung, Bewilligung, Genehmigung oder Konzession oder sonstigen Anforderung gleicher Wirkung“<sup>211</sup>. Sonstige Vorschriften über die Zulässigkeit der Aufnahme oder Ausübung bleiben unberührt, wenn sie nicht besonders und ausschließlich für Dienste der Informationsgesellschaft

---

<sup>206</sup> Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht laut Kundmachung der Ratifikation BGBl III 166/1998 idF BGBl III 208/1998.

<sup>207</sup> Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG) Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz - ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden (NR: GP XXI RV 817 AB 853 S. 83. BR: AB 6499 S. 682.) [CELEX-Nr.: 300L0031] StF: BGBl. I Nr. 152/2001.

<sup>208</sup> § 3 Z 1 ECG.

<sup>209</sup> Vgl §1 Abs 1 ECG.

<sup>210</sup> Glücksspiele und Wetten die online angeboten werden, sind „Dienste der Informationsgesellschaft“, da Voraussetzungen eines solchen Dienstes auf sie zutreffen. Außerdem werden in Art 1 Abs 5 lit. d der E-Commerce-Richtlinie Glücksspiele als „Dienst der Informationsgesellschaft“ geführt.

<sup>211</sup> § 4 Abs 1 ECG.

oder Anbieter dieser Dienste gelten<sup>212</sup>. Das ECG stellt somit klar, dass außer jenen Zulassungsvoraussetzungen die physisch anwesende Sportwettenanbieter erbringen müssen, von Internetanbietern keine weiteren zu erbringen sind. Über die anwendbare Rechtsordnung gibt § 20, in dem das *Herkunftslandprinzip* normiert ist Aufschluss: „Im koordinierten Bereich (§ 3 Z 8) richten sich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter nach dem Recht dieses Staats“<sup>213</sup>. „Der freie Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat darf vorbehaltlich der §§ 21 bis 23 nicht auf Grund inländischer Rechtsvorschriften eingeschränkt werden, die in den koordinierten Bereich fallen“<sup>214</sup>. Im ECG ist somit für Dienste der Informationsgesellschaft das *Herkunftslandprinzip* vorgesehen. Demnach muss ein Anbieter im EG/EWR<sup>215</sup> Raum nur jene Zulassungen einholen die er in seinem Niederlassungsstaat benötigt und darf dann im ganzen EG/EWR-Raum anbieten. Für ausländische Unternehmen, die in einem EG/EWR Mitgliedstaat niedergelassen sind, hätte die Anwendbarkeit des *Herkunftslandprinzips* die Folge, dass österreichische Zulassungsvorschriften nicht auf sie angewandt werden. Die Frage nach der anwendbaren Rechtsordnung wäre gelöst, gäbe es nicht § 21 Abs 11 ECG. In § 21 leg cit befinden sich die Ausnahmen vom *Herkunftslandprinzip*; unter ihnen „Gewinn- und Glücksspiele, bei denen ein Einsatz, der einen Geldwert darstellt, zu leisten ist, einschließlich von Lotterien und Wetten“<sup>216</sup>. Somit sind alle drei Bereiche, die der EuGH unter seinen weiten Glücksspielbegriff subsumiert – Glücksspiel im engeren Sinn, Lotterien und Wetten – vom *Herkunftslandprinzip* ausgenommen. Glücksspiele, einschließlich Lotterien und Wetten, sind von der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)<sup>217</sup> sogar gänzlich ausgenommen, wenn der Einsatz einen Geldwert darstellt<sup>218</sup>. Es wäre daher zulässig, würden die Mitgliedstaat Glücksspiele, einschließlich Lotterien und Wetten, sofern ein geldwerter Einsatz zu leisten ist, von ihren Umsetzungen der ECRL gänzlich ausnehmen. Warum Glücksspiel und Wettanbieter zum Beispiel von den allgemeinen und den vertraglichen Informationspflichten der ECRL ausgenommen sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Zwar unterscheiden sich die Vorschriften im Glücksspielbereich in den einzelnen Mitgliedstaaten stark und will die EG diese nicht harmonisieren, doch wäre eine Ausnahme vom *Herkunftslandprinzip* ausreichend. Gerade Verträge im Bereich Glücksspiele, Lotterien und Wetten im Internet abzuschließen stellt ein zumindest gleich hohes Risiko dar wie Kaufverträge und ähnliches, die online geschlossen werden. Der österreichische Gesetzgeber hat dies erkannt und Glücksspiel, einschließlich Lotterien und Wetten nur vom *Herkunftslandprinzip* ausgenommen.

Der Umstand, dass neun unterschiedliche Landesgesetze zu Sportwetten existieren, die Bewilligungen durch die jeweilige Landesregierung verlangen, macht es für die

---

<sup>212</sup> § 4 Abs 2 ECG.

<sup>213</sup> § 20 Abs 1 ECG.

<sup>214</sup> § 20 Abs 2 ECG.

<sup>215</sup> § 1 Abs 2 ECG: „Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes über das Herkunftslandprinzip (§§ 20 bis 23) und die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten (§ 25) sind nur auf den Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums anzuwenden“.

<sup>216</sup> § 21 Abs 11 ECG.

<sup>217</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABl L178 vom 17.7.2000, 1-16.

<sup>218</sup> Vgl Erwägungsgrund 16 und Art 1 Abs 5 lit. d ECRL.

Frage nach der anwendbaren Rechtsordnung interessant, einen Blick auf die Verwaltungspraxis der Länder zu werfen.

## A. Verwaltungspraxis der Länder bezüglich Sportwetten

Die Grundlage der *Sportwettengesetze*<sup>219</sup> stammt aus einer Zeit, in der an Sportwettenabschlüsse über das Internet noch nicht zu denken war. An eine Technologie wie das Internet konnte damals nicht gedacht werden. Außer in Vorarlberg wurde in keinem anderen Land eine Regelung getroffen, mit der auf Sportwettenangebote aus dem Internet eingegangen wird. Dennoch kamen die Landesregierungen in die Situation, darüber entscheiden zu müssen, ob ausländische Online-Sportwettenanbieter eine Bewilligung benötigen, wenn sie im jeweiligen Land Sportwetten über das Internet anbieten wollen. *Hasberger* und *Busta*<sup>220</sup> haben einen Sachverhalt untersucht in dem ein ausländischer Totalisateurland über das Internet die Vermittlung von Sportwetten anbietet. Der Totalisateurland hat in Österreich keine Niederlassung und stellt sein Angebot über einen Server im Ausland bereit. Im Folgenden werden die Ergebnisse der Untersuchung in alphabetischer Reihenfolge der Länder dargestellt und dazu Stellung bezogen. Was für den ausländischen Totalisateurland gilt, gilt auch für ausländische Buchmacher:

**Burgenland:** Die Burgenländische Landesregierung vertritt die Ansicht, eine Bewilligungspflicht liege nicht vor. Laut dem *Burgenländischen Gesetz betreffend Gebühren von Totalisateurland- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens*<sup>221</sup> richte sich die örtliche Zuständigkeit der Landesregierung nach dem Ort an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt werde. Der Totalisateurland übe seine Tätigkeit im Ausland aus und habe in Österreich keine Niederlassung. Daraus ergäbe sich die Unzuständigkeit der Burgenländischen Landesregierung. Keinesfalls betreibt der Sportwettenanbieter der im Ausland niedergelassen ist, keine Zweigstelle in Österreich hat und Sportwetten ausschließlich via Internet in Österreich anbietet, ein Unternehmen in Österreich. Dass er auch keine Tätigkeit in Österreich ausübt, nur weil er online anbietet, darf so nicht hingenommen werden und ist einer Prüfung zu unterziehen, die im nächsten Kapitel folgt.

**Kärnten:** In Kärnten wurden Bewilligungspflicht und Bewilligungsfähigkeit verneint. Nach dem *Kärntner Totalisateurland- und Buchmacherwettengesetz* sind Bewilligungen der Landesregierung für die Vermittlung von Wetten an Veranstaltungsorten in Kärnten oder Vermittlungsorten in Kärnten notwendig. Laut der Kärntner Landesregierung fallen Sportwetten im Internet unter das Herkunftslandprinzip des ECG. Damit unterliegen sie der Rechtsordnung des Niederlassungsstaates. Mit dieser Rechtsansicht liegt die Kärntner Landesregierung

---

<sup>219</sup> Das Gesetz v 28. 7. 1919 betreffend die Gebühren von Totalisateurland- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens.

<sup>220</sup> *Hasberger/ Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

<sup>221</sup> Gesetz vom 28. 7. 1919, StGBI 388, betreffend Gebühren von Totalisateurland- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens idF LGBl 1993/13.

völlig falsch. Sportwetten sind – wie oben dargelegt<sup>222</sup> – vom *Herkunftslandprinzip* ausgenommen. Zur Entscheidung darüber, ob eine Bewilligung der Kärntner Landesregierung erforderlich ist, ist das *Kärntner Totalisateur- und Buchmacherwettengesetz* heranzuziehen. Gemäß § 2 K-TBWG kann eine Bewilligung „für den Abschluß oder die Vermittlung von Wetten aus Anlass einer bestimmten Veranstaltung oder Veranstaltungsreihe an einem Veranstaltungsort“ oder „für den Abschluß oder die Vermittlung von Wetten an einem festen Standort unabhängig vom Veranstaltungsort“<sup>223</sup> erteilt werden. Abschluss und Vermittlung von Sportwetten in Kärnten können somit bewilligt werden, wenn sie an einen in Kärnten gelegenen Veranstaltungsort anknüpfen oder an einem festen Standort in Kärnten stattfinden. Sportwettenanbieter, die aus dem Ausland via Internet vorgehen möchten, könnten somit keine Bewilligung erhalten. Wie bereits oben festgestellt, liegt die Europarechtswidrigkeit dieser Regelung nahe. In diesem Fall, muss diese Regelung unangewandt bleiben.

**Niederösterreich:** Die Niederösterreichische Landesregierung hält eine Bewilligung der Tätigkeit eines Totalisateurs über das Internet für ausgeschlossen. Notwendig wäre eine Bewilligung jedoch, um in Niederösterreich Sportwetten anbieten oder vermitteln zu dürfen. Begründet wird diese Ansicht mit § 5 NÖ-TBWG. Gemäß diesem Paragraphen sind Totalisateurbewilligungen persönlich auszuüben<sup>224</sup>. Über das Internet sei eine persönliche Ausübung nicht möglich. Der Standpunkt, wonach ein persönliches Ausüben der Bewilligung via Internet nicht möglich sei, ist besonders problematisch. Eine solche Auslegung macht das legale Abschließen von Sportwetten als Buchmacher und das Vermitteln als Totalisateur per Internet in Niederösterreich undenkbar. Kein Anbieter von Sportwetten hat einen Einmannbetrieb und ist permanent anwesend, um die Bewilligung tatsächlich persönlich auszuüben. Er hat Angestellte, die als *verlängerter Arm* für ihn tätig werden, so dass er die Bewilligung persönlich ausübt. Lässt ein Unternehmer in seinem Auftrag, auf seine Rechnung und sein Risiko einen elektronischen Wettdienst einrichten, der via Internet zugänglich ist, so liegt eine persönliche Ausübung sehr wohl vor. Er *verlängert* seinen Arm mithilfe des Internet. Die durch die Regierung des Landes Niederösterreich vorgenommene Auslegung ist diskriminierend, daher europarechtswidrig und mit den Rechtfertigungsgründen des EuGH nicht zu rechtfertigen. Die Auslegungsweise der Landesregierung ist unzulässig und zu vermeiden.

Gemäß § 3 NÖ-TBWG kann eine Bewilligung „für den Abschluß oder die Vermittlung von Wetten aus Anlaß einer bestimmten Veranstaltung oder Veranstaltungsreihe am Veranstaltungsort“ oder „für den Abschluß oder die Vermittlung von Wetten in einem festen Standort außerhalb der Veranstaltungsorte“<sup>225</sup> erteilt werden. Wie § 2 K-TBWG, liegt auch hier die Europarechtswidrigkeit nahe und hat auch diese Bestimmung unangewandt zu bleiben.

---

<sup>222</sup> Vgl Seite 58f.

<sup>223</sup> § 2 lit a K-TBWG.

<sup>224</sup> § 5 Niederösterreichisches Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher: Ausübung der Bewilligung: Totalisateur- und Buchmacherbewilligungen sind unbeschadet der Bestimmungen der §§ 6 und 7 persönlich auszuüben.

<sup>225</sup> § 3 Niederösterreichisches Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher.

**Oberösterreich:** Laut der Oberösterreichischen Landesregierung bedarf der Totalisator im gegenständlichen Sachverhalt keiner Bewilligung. Der Abschluss der Sportwetten fände im Ausland statt, wodurch nach dem Oberösterreichischen Veranstaltungsgesetz 1992<sup>226</sup> keine Bewilligung notwendig sei. Es komme darauf an, wo der Wettabschluss durch den Akzeptierenden der Wette zustande komme und in obigem Sachverhalt sei dies im Ausland. Somit sei das Oberösterreichische Veranstaltungsgesetz 1992 nicht anwendbar. Für die Annahme, dass die Tätigkeit im Ausland ausgeübt werde gilt das zur Verwaltungspraxis im Burgenland festgehaltene. Im Zeitpunkt dieser Festlegung der Oberösterreichischen Landesregierung, wurden Sportwetten im Oberösterreichischen Veranstaltungsgesetz 1992 geregelt. Aufgrund der Ähnlichkeit der entsprechenden Bestimmungen des Oberösterreichischen Veranstaltungsgesetzes 1992 und des Oberösterreichischen Spielapparate- und Wettgesetzes, ist anzunehmen, dass die Oberösterreichische Landesregierung heute auf dem gleichen Standpunkt steht.

**Salzburg:** Die Salzburger Landesregierung sieht in der Tätigkeit des ausländischen Totalisators keine Bewilligungspflicht begründet. Zwar falle die in Rede stehende Tätigkeit unter die des Totalisators im Sinne des *Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher*, doch verlange dieses einen festen Standort in Salzburg<sup>227</sup>. Ein solcher läge nicht vor. Der Totalisator benötige daher keine Bewilligung. § 2 Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Buchmacher und Totalisateure hat denselben Wortlaut wie § 2 K-TBWG. Die Salzburger Landesregierung führte an, dass eine die Bewilligung gemäß § 2 lit c leg cit weder erforderlich noch rechtlich zulässig sei.

**Steiermark:** Der Antrag auf Erteilung einer Bewilligung durch die Landesregierung wurde in der Steiermark zurückgewiesen. Der antragstellende Totalisator betreibe in der Steiermark keinen Standort und daher liege gemäß § 3 AVG<sup>228</sup> keine örtliche Zuständigkeit vor. § 3 AVG – auf den die Steiermärkische Landesregierung verweist – lautet wie folgt: § 3 AVG „Soweit die in § 1 erwähnten Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit nichts bestimmen, richtet sich diese

1. in Sachen, die sich auf ein unbewegliches Gut beziehen: nach der Lage des Gutes;
2. in Sachen, die sich auf den Betrieb einer Unternehmung oder sonstigen dauernden Tätigkeit beziehen: nach dem Ort, an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt wird oder werden soll;
3. in sonstigen Sachen: zunächst nach dem Hauptwohnsitz (Sitz) des Beteiligten, und zwar im Zweifelsfall des belangten oder verpflichteten Teiles, dann nach seinem Aufenthalt, dann nach seinem letzten Hauptwohnsitz (Sitz) im Inland, schließlich nach seinem letzten Aufenthalt im Inland, wenn aber keiner dieser Zuständigkeitsgründe in Betracht kommen kann oder Gefahr im Verzug ist, nach dem Anlaß zum Einschreiten; kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so ist die sachlich in Betracht kommende oberste Behörde zuständig.“

---

<sup>226</sup> Oö. Veranstaltungsgesetz 1992, LGBl.Nr. 75/1992 idF LGBl.Nr. 84/2001.

<sup>227</sup> Vgl § 2 lit b Salzburger Gesetz über die Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher: Die Bewilligung kann erteilt werden b) für den Abschluss oder die Vermittlung von Wetten an einem festen Standort unabhängig vom Veranstaltungsort.

<sup>228</sup> Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl 51/1991 idF BGBl 5/2008.

Dem Inhalt der obigen Bestimmung ist zu entnehmen, dass sich die Steiermärkische Landesregierung auf § 3 Z 2 leg cit bezieht. Da die Unternehmung von ausländischen Unternehmen die in Österreich online Sportwetten anbieten möchten, im Ausland liegt, kann ein Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit Österreichs nur in der ausgeübten Tätigkeit bestehen. Auch hier gilt, ohne hinreichende Begründung sollte das Steiermärkische Wettgesetz nicht ohne guten Rechtfertigungsgrund in die Richtung ausgelegt werden, dass das Anbieten via Internet aus dem Ausland keine Tätigkeit in Österreich darstellt.

**Tirol:** Bezüglich der Lage in Tirol, führen *Hasberger* und *Busta* an, dass eine Bewilligungspflicht unter ähnlicher Argumentation wie in Salzburg verneint worden sei. Gemäß § 4 Abs 1 Tiroler Buchmacher- und Totalisateurgesetz bedarf die Tätigkeit als Buchmacher oder Totalisator an einem festen Standort oder an wechselnden Veranstaltungsorten einer Bewilligung der Landesregierung. Das zu Kärnten Festgehaltene gilt auch hier.

**Vorarlberg:** Gemäß § 2 Abs 1 Vorarlberger Wettengesetz bedarf das Vermitteln von Sportwetten an einem Standort in Vorarlberg einer Bewilligung der Landesregierung. Gemäß § 2 Abs 3 Vorarlberger Wettengesetz ist bei der Vermittlung von Sportwetten über ein elektronisches Medium jener Ort als Standort zu sehen, von dem aus die Daten bereitgestellt werden<sup>229</sup>. Der Vorarlberger Landesgesetzgeber hat im Vorarlberger Wettengesetz eine dem Herkunftslandprinzip entsprechende Bestimmung für Sportwetten vorgesehen. Einerseits trägt diese Vorgehensweise der Einfachheit bei, doch können die Ziele des Landesgesetzes leicht vereitelt werden. Dank des § 2 Abs 3 ist Vorarlberg das einzige Land, in dem die Frage nach der Bewilligungspflicht ganz einfach aus dem Gesetz heraus beantwortet werden kann. Es besteht keine Pflicht, eine Bewilligung der Vorarlberger Landesregierung einzuholen. Lediglich eine Bewilligung am Standort des Sportwettenanbieters wird benötigt.

**Wien:** In Wien wurde eine Bewilligungspflicht nach dem *Gesetz betreffend Gebühren von Totalisator- und Buchmacherwetten sowie Maßnahmen zur Unterdrückung des Winkelwettwesens* angenommen. Begründet wurde diese Annahme damit, dass die Wettangebote des ausländischen Totalisators auch von Wien aus angenommen werden konnten. Die Bewilligung wurde erteilt.

Alle Länder außer Vorarlberg müssen zur Beurteilung eines Sachverhalts wie dem dargestellten mit den herkömmlichen Vorschriften auskommen. Die Länder verneinten überwiegend eine Bewilligungsfähigkeit bzw Bewilligungspflicht, weil der Totalisator keinen Standort im jeweiligen Land habe bzw. die vermittelnde Tätigkeit nicht im jeweiligen Land stattgefunden habe. *Hasberger* und *Busta* beanstandeten diese Ansichten und bemängelten, „dass den dem Medium Internet innewohnenden Besonderheiten nicht Rechnung getragen wird und insofern die gebotene Anpassung und Fortentwicklung bisheriger Denkweisen auf neue Sachverhalte nur bedingt gelingt“<sup>230</sup>. Dem kann ich mich nur anschließen. Rein aus

---

<sup>229</sup> § 2 Abs 3 Vorarlberger Wettengesetz: Im Falle einer Ausübung der Tätigkeit über ein elektronisches Medium gilt als Standort jener Ort, von dem aus der Buchmacher oder Totalisator die Daten für das Medium bereitstellt. Im Falle einer Ausübung der Tätigkeit über Wettautomaten gilt jedoch der Aufstellungsort als Standort.

<sup>230</sup> *Hasberger/ Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

der Begründung, der Vermittler von Sportwetten habe keinen Standort im jeweiligen Land oder die vermittelnde Tätigkeit wird nicht dort ausgeübt, keine Bewilligung zu verlangen, wird den neuen Anforderungen die das Internet an Gesetzgebung und Vollziehung stellt, nicht gerecht. Wie schon zum *Herkunftslandprinzip* in Vorarlberg angemerkt, werden dadurch die Ziele der *Sportwettengesetze* vereitelt. Es könnten nicht nur aus jenem EG- oder EWR-Mitgliedstaat mit den geringsten rechtlichen Beschränkungen Sportwetten angeboten werden, sondern aus jedem anderen Staat der Welt, der unter Umständen gar keine Anforderungen an die Anbieter von Sportwetten stellt. In der Praxis lassen sich Sportwettenanbieter zum Teil in Staaten nieder, die geringe bis keine Anforderungen an sie stellen, um das Recht jener Staaten in denen ihr Angebot erfolgt, zu umgehen. Nach der österreichischen Verwaltungspraxis besteht, ganz abgesehen von der rechtlichen Durchsetzung österreichischen Rechts, von einigen Landesregierungen nicht einmal ein rechtlicher Einwand. Andererseits entspricht es nicht dem gegenwärtigen Zeitgeist Online-Sportwettenangebote, ohne festen Standort des Anbieters im jeweiligen Land, generell zu verbieten.



## **B. Zulässigkeit des Anbietens von Sportwetten via Internet aus dem Ausland**

Oben wurde von mir sowohl die Ansicht, dass bei Internetsportwettenanbietern aus dem Ausland keine Tätigkeit in Österreich erfolgt, als auch die Ansicht, dass das Argument des fehlenden festen Standortes im jeweiligen Land ins Treffen geführt werden darf, bemängelt. Wenn die Verwaltungspraxis der Länder außer Wien und Vorarlberg<sup>231</sup> nicht zulässig ist, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht bezüglich der verwaltungsrechtlichen Zulässigkeit von ausländischen Sportwettenangeboten via Internet in Österreich.

In Literatur und Rechtsprechung wird die Meinung vertreten, dass aus aufsichts- und wettbewerbsrechtlicher Sicht das so genannte *Auswirkungsprinzip* zur Anwendung kommt. Die in einem Staat erteilte Genehmigung Sportwetten im Internet anzubieten, ersetzt nicht die in einem Staat aus dem die angebotenen Sportwetten abgeschlossen werden können geforderte Bewilligung. Nach dem *Auswirkungsprinzip* haben daher Sportwettenanbieter, die im Internet tätig werden, die Zulassungserfordernisse in allen Staaten einzuhalten, in denen sie ihre Dienste anbieten. Da Sportwetten von der E-Commerce-Richtlinie überhaupt und im E-Commerce-Gesetz vom *Herkunftslandprinzip* ausgenommen sind, trifft dies auch im EG- bzw. EWR-Raum zu. Das *Auswirkungsprinzip* gilt nicht nur für Online-Sportwettenanbieter außerhalb Österreichs. Es gilt auch für jene, die innerhalb des Bundesgebiets in einem Land niedergelassen sind und online im gesamten Bundesgebiet tätig werden möchten. Sie müssen dann in jedem Land eine Bewilligung einholen, in dem dies gefordert wird<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> Die Verwaltungspraxis von Vorarlberg ist zulässig, da dort das Herkunftslandprinzip landesgesetzlich vorgesehen ist.

<sup>232</sup> Vgl. *Zib*, Internet-Glücksspiel und UWG in Strejek/ Hoscher/ Eder (Hrsg.), Glücksspiel in der EU und in Österreich, Wien 2001, 76ff; *Hasberger/ Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175 und *Wojnar*, Internet, Wetten und Glücksspiel in Strejcek Gerhard (Hrsg.), Glücksspiele, Wetten und Internet, Wien 2006, 18.

## **VI. Zusammenfassung**

In Österreich sind Sportwetten nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes umfasst und fallen sowohl in Gesetzgebung als auch Vollziehung in den Zuständigkeitsbereich der Länder. In allen neun Ländern ist eine Bewilligung der jeweiligen Landesregierung notwendig, um Sportwetten anbieten zu dürfen. Bis auf jenes in Vorarlberg sind die Landesgesetze bezüglich Sportwetten stark veraltet und werden den rechtlichen Anforderungen, die sich durch das Internet ergeben, nicht gerecht. Weiters stellen die Regelungen der Länder eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der EG dar. Besonders die Dienstleistungsfreiheit beschränkend ist der Umstand, dass einige Länder einen festen Standort in ihrem Gebiet für die Erteilung einer Bewilligung für das Anbieten oder Vermitteln von Sportwetten voraussetzen. Es ist davon auszugehen, dass diese Regelungsweise – niemand kann genau voraussagen wie der EuGH in einem Verfahren entscheiden würde, doch sprechen einige Gründe dafür – europarechtswidrig ist und nicht angewendet werden darf. Bezüglich des Anbietens von Sportwetten via Internet von außerhalb eines Landes gilt das Auswirkungsprinzip, welches besagt, dass die Zulassungserfordernisse jenes Landes eingehalten werden müssen, in dem das Angebot erfolgt.

## Literaturverzeichnis

*Arnheim*, Über Spiel und Wette, 1898

*Bresich/ Klingenbrunner*, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, AnwBl 2008, 59

*BMF*, Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQs), <[https://www.bmf.gv.at/Steuern/Fachinformation/Gluecksspielmonopol/HufiggestellteFrage\\_752/\\_start.htm](https://www.bmf.gv.at/Steuern/Fachinformation/Gluecksspielmonopol/HufiggestellteFrage_752/_start.htm)>, 11.5.2008

*Burgstaller*, Grundfragen des Glücksspielstrafrechts, Rz 2004, 214

*Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005

*Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1991

*Hasberger/ Busta*, Internetwettplattformen und Verwaltungspraxis, Erfordernis von landesgesetzlichen Bewilligungen für Internetsportwetten im Lichte der Verwaltungspraxis, MR 2006, 175.

*Hasberger/ Busta*, Top die Wette gilt, Internetsportwetten nach österreichischem und europäischem Recht, MR-Int 2005, 49, Wien

*König*, Glücksspiel im Internet (Dissertation), Wien 2003

*Koziol/ Welser*, Bürgerliches Recht Band 2, Wien 2001

*Kummer*, Zur rechtlichen Situation der Bagatellspielautomaten in Österreich, ÖJZ 1980, 346

*Lehner*, Wette, Sportwette und Glücksspiel, taxlex 2007, 337

*Larenz/ Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995

*Mayer*, Staatsmonopole, Wien 1976, 11

*Öhlinger*, Verfassungsrecht, Wien 2005

*Raschauer*, Monopolunternehmen – Zugleich ein Beitrag zum Recht der öffentlichen Unternehmung, ZfV 1987, 1

*Rummel (Hrsg)*, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000

*Schwartz/ Wohlfahrt*, Rechtsfragen der Sportwette, Öjz 1998, 601

*Schwartz/ Wohlfahrt*, Glücksspielgesetz und die wichtigsten Spielbedingungen, Wien 2006.

*Schwartz/ Wohlfahrt*, Replik auf Im Auslegen seid frisch und munter, ecolex 2003, 797

*Schwartz*, Strukturfragen und ausgewählte Probleme des österreichischen Glücksspielrechts, Wien 1998.

*Streit*, Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360

*Strejcek/ Hoscher/ Eder (Hrsg.)*, Glücksspiel in der EU und in Österreich, Wien 2001

*Strejcek (Hrsg.)*, Glücksspiele, Wetten und Internet, Wien 2006

*Strejcek (Hrsg.)*, Lotto und andere Glücksspiele, Wien 2003

*Wikipedia*, Alphabetische Liste der Spiele,  
<[http://de.wikipedia.org/wiki/Liste\\_der\\_Spiele](http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Spiele)>, 26.8.2008

*Zankl*, Vertragsrecht Schadenersatz (Skriptum des Universitätslehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation), idF des Jahrganges 2007/2008

*Zollinger*, Geschichte des Glücksspiels, Wien 1997