

Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche

Können beim Online-Roulette erlittene Verluste zurückgefordert werden, obwohl der Veranstalter über eine in einem MS ausgestellte Lizenz verfügt? In einem derzeit anhängigen Verfahren hat die zweite Instanz diese Frage bejaht, weil es sich um ein verbotenes Spiel handle. Das erstinstanzliche Gericht hat sie hingegen mit einer interessanten Begründung verneint: Das Glücksspielmonopol sei in seiner derzeitigen Ausgestaltung unionsrechtswidrig.¹⁾

ANDREAS KLETÉČKA

A. Der Anlassfall

In dem der E des OLG Linz (3 R 99/12 t) zugrunde liegenden Fall hat der Kl in den Jahren 2010/11 auf der von den Bekl betriebenen Website beim Online-Roulette € 950.000,- verspielt. Mit der Begründung, die Bekl verfügten über keine österr Glücksspielkonzession, weshalb ein verbotenes Glücksspiel vorliege, verlangt der Kl die Rückzahlung dieses Betrags. Die Bekl beruft sich hingegen auf ihre maltesische Lizenz für Online-Glücksspiele und macht geltend, dass das Glücksspielmonopol gegen die Dienstleistungsfreiheit verstöße.

Das LG Linz (1 Cg 190/11 y) hat die Klage mit der Begründung abgewiesen. Die einzigen zwei Inhaber von österr Lizzenzen zur Durchführung von Wetten und Glücksspielen bewürben diese in allen dafür in Frage kommenden Medien, indem sie insb Luxus und hohe Gewinnerwartungen suggerierten, ohne auf die Gefahren des Glücksspiels hinzuweisen. Das Gericht habe daher keinen Zweifel, dass das Glücksspielmonopol in seiner derzeitigen Ausgestaltung unionsrechtswidrig sei.

B. Verbotenes Spiel und Rückforderungsanspruch

Ausgangspunkt für die E der Linzer Gerichte ist die Klage eines Spielers auf Rückzahlung seines verlorenen Einsatzes. Letztlich geht es in dem nun dem OGH zur E vorliegenden Fall aber um viel mehr, nämlich um die Frage, ob das Glücksspielmonopol (§ 3 GSpG) auf Grund der von den Lizenznehmern geübten Praktiken vom Unionsrecht bereits hinweggefegt wurde. Bevor auf diesen zentralen Punkt eingegangen wird, sollen kurz die zivilrechtlichen Vorfragen, welche Spiele verboten sind und ob die Teilnehmer an verbotenen Spielen einen Rückforderungsanspruch haben, behandelt werden.

Nach der Rsp²⁾ sind alle Spiele verboten, die den in § 168 StGB und § 1 Abs 1 GSpG angeführten Charakter haben, die also ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Das läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass jede Verletzung des Glücksspielmonopols das Spiel zu einem verbotenen macht.³⁾

Ob der bei der Teilnahme an einem verbotenen Spiel erlittene Verlust zurückgefordert werden kann, war in der alten Lehre durchaus strittig.⁴⁾ Die alte Rsp⁵⁾ lehnte den *Rückforderungsanspruch* ab, weil sich niemand zur Begründung eines Rechtsanspruchs auf eine strafbare Handlung berufen dürfe, an der er selbst vorsätzlich teilgenommen habe. In der jüngeren Rsp⁶⁾ wird der Anspruch des Spielers hingegen einhellig bejaht. Dies wird im Einklang mit der Lehre damit begründet, dass verbotene Spiele nach § 879 ABGB ungültig seien und deshalb nicht einmal eine Naturalobligation entstünde, weshalb auch § 1432 ABGB der Rückforderung nicht entgegenstehe. Da der Einsatz auch nicht zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung erbracht werde, scheitere der Anspruch auch nicht an § 1174 Abs 1 ABGB.⁷⁾

Gegen den Rückforderungsanspruch könnte vorgebracht werden, dass durch diesen der Spieler risikolos am verbotenen Glücksspiel teilnehmen kann. Wenn er gewinnt, behält er einfach den Gewinn, wenn er verliert, holt er sich bereicherungsrechtlich den Verlust zurück. Wenn es ihm gelingt, für das Spiel ein Darlehen zu erhalten, könnte er sogar doppelt gewinnen. Er hätte dann ja den Gewinn und müsste das Darlehen nicht zurückzahlen (§ 1174 Abs 2 ABGB).⁸⁾ Letzteres ließe sich tatsächlich nur dann vermeiden, wenn man mit der L den Anspruch des Darlehensgebers nur dann ausschließt, wenn der Spieler verloren hat und er seinen Einsatz auch nicht

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht an der Universität Salzburg.

1) Der Untersuchung liegt eine Anfrage aus der Praxis zugrunde.

2) OGH 8 Ob 680/89 JBl 1991, 524 (*Honsell*); 7 Ob 579/95 RdW 1996, 309; 5 Ob 506/96 JBl 1997, 37. Dazu *Nowotny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 879 Rz 45.

3) *Binder*, Privatrechtliche Aspekte der Spielsucht, ÖJZ 1998, 179. Vgl zur Fragwürdigkeit des Versuchs einer Ableitung von § 168 StGB: *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 45.

4) Dafür *Wolff* in *Klang* III 908; *Ehrenzweig*, System² RSchV 616 f. Dagegen *Swoboda* in *Klang* III 447 f.

5) OGH SZ 19/184.

6) OGH 7 Ob 579/95; 5 Ob 506/96; 10 Ob 2429/96 w; 3 Ob 244/09 t.

7) *Koziol/Wesler*, Bürgerliches Recht II¹³ 271; *Karner* in KBB³ §§ 1267 – 1274 Rz 9; *Nowotny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 879 Rz 45.

8) *Ehrenzweig*, System² RSchV 616 f.

kondizieren kann.⁹⁾ Dass der Spieler letztlich auf Risiko des Veranstalters spielt, lässt sich aber auch dadurch nicht vermeiden. Dazu müsste man auch den Rückforderungsanspruch des Veranstalters auf ausbezahlt Gewinne bejahen.

Die Kondizierbarkeit einer auf Grund eines verbotenen Geschäfts erbrachten Leistung ist zwar die Regel, es kann sich aber aus dem Verbotszweck auch der Ausschluss der Rückforderung ergeben.¹⁰⁾ Sieht man den *Normzweck* nur darin, durch das Spiel bewirkte Vermögensnachteile der Spieler zu verhindern,¹¹⁾ führt dies dazu, dass nur der Spieler, nicht aber der Veranstalter des verbotenen Spiels einen Rückforderungsanspruch hat. Mit den Strafbestimmungen wendet sich der Gesetzgeber aber mE gegen das verbotene Glücksspiel als solches und bezieht nicht nur die Vermeidung von Verlusten durch die Teilnehmer. Auch dieser globalere Verbotszweck spricht aber für die Bejahung des *Konditionsanspruchs des Spielers*, weil damit der Veranstalter um seinen Gewinn fürchten muss, was viele von der Durchführung von Glücksspielen abhalten wird. Es sollte dann aber auch für den Spieler, für den die Teilnahme am Spiel idR nicht verboten ist, der Anreiz, an einem verbotenen Spiel teilzunehmen, möglichst gering gehalten werden. Aus diesem Grund steht mE auch dem *Veranstalter* die *Kondition* auf die ausbezahlt Gewinne zu. Ist der Gewinn noch nicht ausbezahlt, kann mangels wirksamen Vertrags auch kein Anspruch des Spielers auf den Gewinn bestehen. Genteiliges könnte wohl nur mit einer relativen Nich-

tigkeit begründet werden, die den ordnungspolitischen Zielen des Verbots aber nicht gerecht würde. Die hier vertretene Ansicht macht das verbotene Glücksspiel für beide Seiten gleichermaßen unattraktiv und entspricht daher am besten dem Zweck des Verbots.

C. Unionsrechtliche Werbebeschränkungen

1. Horizontale Wirkung des Unionsrechts

Der EuGH hat wiederholt Glücksspielmonopole auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht hin geprüft. Bedenken bestanden in Bezug auf die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit. Zur Dienstleistungsfreiheit judiziert der EuGH, dass Tätigkeiten, die den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Geldspiel ermöglichen, *Dienstleistungen* iSd Art 56 AEUV (Art 49 EGV) sind.¹²⁾

Nationale Bestimmungen, die gegen Freizügigkeitsrechte verstößen, sind nicht anzuwenden; das Unionsrecht entfaltet hier auch eine *horizontale Wirkung*.¹³⁾ Dies ist der Grund dafür, dass im Anlassverfahren von den Gerichten geprüft wurde, ob das Glücksspielmonopol mit der Dienstleistungsfreiheit in Einklang zu bringen ist. Das LG Linz hat dies verneint, das OLG Linz hingegen bejaht.

Das OLG Linz sah es dabei allerdings als eine erhebliche, die ordentliche Revision rechtfertigende Frage an, ob nicht selbst dann, wenn das Monopol unionsrechtswidrig wäre, das Online-Roulette verboten und ungültig wäre, weil das Gesetz das Spiel nur in den engen Grenzen des Monopols erlaube. Diese Überlegung liefe offenbar darauf hinaus, dass die Dienstleistungsfreiheit zwar das Monopol beseitigen, sich aber nicht selbst zum Durchbruch verhelfen könne. Die Dienstleistung wäre dann nämlich nicht jedem Anbieter zugänglich, sondern allen verboten. Dies scheint das OLG Linz an anderer Stelle aus einem von ihm angenommenen *Regel-Ausnahme-Mechanismus* des österr Rechts abzuleiten: Ein vom Zufall abhängiges Spiel sei nur dann zivilrechtlich erlaubt, wenn die politischen Gesetze dies bestimmten. Dass das Verbot von Glücksspielen die Regel sein soll, die wieder flächendeckend gilt, wenn die Ausnahmen in den politischen Gesetzen (das Monopol) beseitigt sind, ist schon dem § 1272 ABGB nicht zu entnehmen. Selbst wenn dem so wäre, widerspräche es aber ohnedies dem effekt utile, die Dienstleistungsfreiheit von der Regelungstechnik des nationalen Gesetzes abhängig zu machen.¹⁴⁾

The image shows the front cover of the book 'AZR Abkürzungs- und Zitierregeln'. The title is at the top, followed by '7. Auflage 2012. X, 254 Seiten. Br. EUR 19,80 ISBN 978-3-214-06199-9'. Below the title, there's a summary in German: 'Die Neuauflage der bewährten Zitierregeln samt umfassendem Abkürzungsverzeichnis! • 90 Zitierregeln • mit Klarstellungen und Änderungen, zB der Zitierung europarechtlicher Rechtsquellen • mit neugefasstem Abschnitt für das Zitieren elektronischer Veröffentlichungen • aktualisiertes Abkürzungsverzeichnis (Stand 31.7.2012)'.

AZR
Abkürzungs- und Zitierregeln
• Österreichische Rechtsprache
• Europarechtliche Rechtsquellen
• Abkürzungsverzeichnis
7. Auflage
In Auftrag des Österreichischen Juristentages MANZ

Dax · Hopf
AZR Abkürzungs- und Zitierregeln 7. Auflage
der österreichischen Rechtsprache und europarechtlicher Rechtsquellen

Die Neuauflage der bewährten Zitierregeln samt umfassendem Abkürzungsverzeichnis!
• 90 Zitierregeln
• mit Klarstellungen und Änderungen, zB der Zitierung europarechtlicher Rechtsquellen
• mit neugefasstem Abschnitt für das Zitieren elektronischer Veröffentlichungen
• aktualisiertes Abkürzungsverzeichnis (Stand 31.7.2012)

Herausgegeben im Auftrag des Österreichischen Juristentages.

MANZ

9) Rummel in Rummel³ § 1174 Rz 6; Rebhahn in Schwimann³ § 1174 Rz 14; Koziol in KBB³ § 1174 Rz 6; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} § 1174 Rz 8.

10) Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,00} § 879 Rz 235 ff; vgl. auch Krejci in Rummel³ § 879 Rz 258.

11) Vgl. Koziol/Wesler, Bürgerliches Recht II¹³ 271.

12) EuGH C-275/92, Schindler Rn 25; C-67/98, Zenatti Rn 24; C-409/06, Winner Wetten Rn 43.

13) EuGH C-409/06, Winner Wetten Rn 53 ff.

14) Dabei stellt sich die Frage, ob die Ansicht des OLG Linz nicht dazu führen müsste, dass auch die Teilnehmer an den in Wahrheit verbotenen Spielen der Konzessionäre ihre Einsätze zurückverlangen könnten.

2. Abhängigkeit des Monopols von maßvoller Werbung

Da mit dem Monopol in die Dienstleistungsfreiheit eingegriffen wird, bedarf dies der besonderen Rechtfertigung. Diese kann sich aus den Ausnahmeregelungen der Art 51 f AEUV (Art 45 f EGV) iVm Art 62 AEUV (Art 55 EGV) ergeben, wofür allerdings *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* erforderlich sind. Für das Glücksspiel können sich diese insb aus dem Schutz der Empfänger der jeweiligen Dienstleistung, allgemeiner der Verbraucher, und aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben.¹⁵⁾ Es geht dabei also um den Spielerschutz und die Kriminalitätsbekämpfung. Da es sich bei der Errichtung eines Monopols um einen der massivsten Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit handelt, sind vom MS alle Umstände darzulegen, aus denen sich ergibt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde.¹⁶⁾ Der rechtliche Rahmen muss so ausgestaltet sein, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage ist, das festgelegte Ziel, nämlich die Begrenzung der Wetttätigkeit, mit einem Angebot, das nach Maßgabe des Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in *kohärenter und systematischer Weise* zu verfolgen.¹⁷⁾ Es ist gesondert für jede nationale Beschränkung des Glücksspiels zu prüfen, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung der Ziele zu gewährleisten, die von dem MS geltend gemacht werden, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist.¹⁸⁾

Aus diesen Gründen hat der EuGH hinsichtlich der *Werbung für Glücksspiele* folgende Grundsätze aufgestellt: Die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung müsse *maßvoll* und *eng auf das begrenzt bleiben*, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Sie dürfe nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu *aktiver Teilnahme am Spiel angeregt* werden, etwa indem das *Spiel verharmlost*, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im *Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image* verliehen oder seine Anziehungskraft durch *zugkräftige Werbebotschaften* erhöht wird, die *bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen*.¹⁹⁾ Es ist zwischen einer restriktiven Geschäftspolitik, die nur den vorhandenen Markt für den Monopolinhaber gewinnen soll, und einer expansionistischen Geschäftspolitik zu unterscheiden, die auf das *Wachstum des gesamten Marktes* für Spieltätigkeiten abzielt.²⁰⁾ Eine *kontrollierte Expansion* von Glücksspieltätigkeiten ist nur dann zulässig, wenn sie Spielern, die verbotenen Spieltätigkeiten nachgehen, einen Anreiz gibt, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen.²¹⁾

Ob im jeweiligen MS diese Grundsätze beachtet werden und daher der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt ist, ist von den *nationalen Gerichten* zu beurteilen.²²⁾ Da die Errichtung eines Monopols eine äußerst restriktive Maßnahme darstellt, muss dieses auf die Gewährleistung eines *besonders hohen Verbraucherschutzniveaus* abzielen.²³⁾

3. Anwendung dieser Grundsätze auf das österr Monopol

Ob in Österreich ein besonders hoher Verbraucherschutz angestrebt wird, der das Monopol rechtfertigen könnte, erscheint mehr als zweifelhaft. Optimistischer könnte man nur dann sein, wenn die Beurteilung nach der Selbsteinschätzung zu erfolgen hätte. Wird doch für das österr Recht selbstbewusst die Spaltenposition im europäischen Spielerschutz reklamiert.²⁴⁾ Dazu stehen allerdings schon die *verfassungs- oder unionswidrigen Versuche des Gesetzgebers*, Spielern den Ersatz der ihnen vom Inhaber der Spielbankenlizenz rechtswidrig und schuldhaft zugefügten Schäden vorzuhalten, in einem krassen Widerspruch. Schon zwei Mal musste der VfGH eingreifen und die Verfassungsrechtswidrigkeit von Regelungen des § 25 GSpG feststellen, mit denen versucht wurde, die Verjährungsfrist für Ersatzansprüche auf sechs Monate herabzusetzen²⁵⁾ und den Ersatz mit dem Existenzminimum zu begrenzen.²⁶⁾ Auch der OGH musste gegen ein spielerfeindliches und diskriminierendes Gesetz vorgehen: § 25 Abs 3 GSpG aF, der ausländischen Spielern Schadenersatz verweigert hatte, wurde wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht zu Recht schlicht nicht angewendet.²⁷⁾

Auch nach diesen höchstgerichtlichen Korrekturen und den dadurch induzierten Novellen enthält das GSpG noch immer Bestimmungen, die unter der Prämisse, dass es dem Gesetzgeber eigentlich nur um den Spielerschutz und die Kriminalitätsbekämpfung geht, die mit dem Glücksspiel lukrierten Einnahmen also lediglich einen angenehmen Nebeneffekt²⁸⁾ darstellen, völlig unverständlich sind. Am deutlichsten zeigt sich das an der gesetzlichen *Werbebeschränkung des § 56 Abs 1 GSpG*. Danach haben Konzessionäre bei ihren Werbeauftritten „einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren“. Dass im nächsten Satz Klagen nach UWG und Schadenersatzklagen ausgeschlossen und die Überwachung der Werbebeschränkung ausschließlich der Aufsichtsbehörde vorbehalten

15) EuGH C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 44.

16) EuGH C-316/07, *Stoß* Rn 71 und 83.

17) EuGH C-243/01, *Gambelli* Rn 67; C-316/07, *Stoß* Rn 83; C-258/08, *Ladbrokes* Rn 21.

18) EuGH C-338/04, *Placanica* Rn 49; C-42/07, *Liga Portuguesa* Rn 60; C-316/07, *Stoß* Rn 93.

19) EuGH C-316/07, *Stoß* Rn 103; C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 68.

20) EuGH C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 69.

21) EuGH C-316/07, *Stoß* Rn 101 f; C-258/08, *Ladbrokes* Rn 25, 30; C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 69.

22) EuGH C-212/08, *Zeturf* Rn 47; C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 50, 54, 72.

23) EuGH C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 71.

24) *Strejcek/Bresich*, Kommentar zum GSpG² 47 f; OLG Linz 3 R 99/12 t.

25) VfGH G 162/07 VfSlg 18.546/2008.

26) VfGH G 34/10 VfSlg 19.508/2011. Siehe dazu auch *Wilhelm*, Casino Royale, ecolex 2006, 877; ders, Casino Royale vs Commission (oder umgekehrt), ecolex 2007, 313; ders, Zur culpa in contrahendo der Spielbank beim Glücksspiel, ecolex 2008, 1111; ders, Casino Royal – OGH schlägt zurück, ecolex 2010, 421.

27) OGH 6 Ob 250/11 z ecolex 2012/171 (*Wilhelm*).

28) EuGH C-243/01, *Gambelli* Rn 62; C-347/09, *Dickinger und Ömer* Rn 61.

werden, macht klar, dass die gesetzgeberische Sorge zuallererst dem Konzessionär und nicht dem Spieler gilt. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Anlass dieser Regelung das Verbot aggressiver Werbung in § 1 a UWG gewesen sein dürfte, gegen das der Konzessionär immunisiert werden sollte.²⁹⁾

Dass die vom EuGH vorgegebenen Werbebeschränkungen in der Praxis tatsächlich nicht eingehalten werden, erkennt jeder, der die flächendeckenden Werbeeinschaltungen aufmerksam beobachtet: Hier werden „*bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht*“ gestellt (zB „Mega Millionen Jackpot: € 1.167.000“³⁰⁾), „10 Millionen Euro an einem Tag“³¹⁾), durch Hinweis auf die „*Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen*“ (zB „Ein Gewinn für die Kultur“, „Gut für Österreich“³²⁾) und die „*Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht*“ („Lotto sichert Ihre Pension“³³⁾), „Geniale Preise und Ruhm für die Ewigkeit“, „Gewinne die Familienbeihilfe für ein Semester“³⁴⁾). Dies ließe sich fast beliebig verlängern. So werden zB Fotos mit eindeutig erotischer Konnotation in der Bewerbung der Casinos verwendet („Sex sells“). Manche Werbeeinschaltungen dienen eindeutig einer expansionistischen Geschäftspolitik, indem die weniger dem Glücksspiel zuneigenden Frauen umworben werden und gleichzeitig eine Frequenzsteigerung an umsatzschwachen Tagen angestrebt wird (Casino: „Mittwoch ist Damentag“, Casino: „Die Überraschung zum Muttertag“³⁵⁾).

Dass das OLG Linz dennoch zur Ansicht gelangt ist, die Werbepolitik der Konzessionäre sei mit dem Unionsrecht vereinbar und das Monopol damit gerechtfertigt, liegt wohl schlicht daran, dass das Gericht eine Aussage des EuGH missverstanden hat. Nach dem EuGH ist nämlich *jede nationale Beschränkung gesondert zu prüfen*.³⁶⁾ Daraus hat das OLG Linz³⁷⁾ den Schluss gezogen, dass nur Werbeeinschaltungen zum Roulette der Prüfung zu unterziehen seien. Weiters hat es nur Annoncen berücksichtigt, die in dem Zeitraum eingeschaltet wurden, in dem der Kl gespielt hatte. Dies widerspricht der Rsp des EuGH: Gerade in den E, in denen der EuGH die gesonderte Prüfung jeder Beschränkung ausspricht, bringt er klar zum Ausdruck, dass auch die Werbung für nicht verfahrensgegenständliche Glücksspiele in die Beurteilung einzubeziehen ist. Es bestehe berechtigter Anlass, an der Rechtmäßigkeit des Monopols zu zweifeln, weil „die zuständigen Behörden in Bezug auf andere Glücksspiele als die, die dem in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Monopol unterliegen, eine Politik betreiben oder dulden, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern“.³⁸⁾ Er verweist dabei gerade auf die vom nationalen Gericht zu den Werbemaßnahmen für andere Glücksspiele getroffenen Feststellungen.³⁹⁾ Die Ansicht des EuGH ist völlig überzeugend, weil es ja darum geht, ob hinsichtlich des Glücksspiels insgesamt ein so hohes Verbraucherschutzniveau angestrebt wird, dass die Schaffung eines Monopols ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Dies verbietet es, die Werbepraxis auf das verfahrensgegenständliche Spiel oder auf den

Klagszeitraum einzuschränken. Aus diesem Grund hätte das OLG Linz die gesamte Werbepraxis der Konzessionäre seiner E zugrunde legen müssen. Dabei ist mE ein längerer Betrachtungszeitraum zu wählen, weil aus dem kurzfristigen Aussetzen offensiver Werbung nicht auf eine konsequente Förderung eines besonders hohen Verbraucherschutzes geschlossen werden kann.⁴⁰⁾ Schon die dem Autor zugänglichen Werbeeinschaltungen lassen eine Unionsrechtskonformität als ausgeschlossen erscheinen.

-
- 29) *Wilhelm*, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücks Spiele, ecolex 2012, 1.
- 30) Werbung Casinos Austria AG, „Kronen Zeitung“ 30. 12. 2009.
- 31) Werbung Österreichische Lotterien GmbH, Zeitung „Österreich“ 9. 10. 2009.
- 32) Werbung Österreichische Lotterien GmbH, Burgtheatermagazin Dez 2010/Jän 2011.
- 33) Werbung Österreichische Lotterien GmbH, Zeitung „Österreich“ 9. 10. 2009. Vgl auch *Strejcek/Bresich*, Kommentar zum GSpG² 374 (zu § 56 GSpG), nach welchen das Glücksspiel nicht als Ausweg aus finanziellen Schwierigkeiten dargestellt werden darf.
- 34) „Hörsaalpoker“ im „Win2day Pokerroom“ auf www.hoersaal-poker.at v 7. 12. 2010. Dazu auch *Wilhelm*, ecolex 2012, 1.
- 35) Werbeeinschaltungen der Casinos Austria AG, abgedruckt im Urteil des OLG Linz 3 R 99/12 t.
- 36) EuGH C-338/04, *Placanica* Rn 49; C-316/07, *Stoß* Rn 93; C-46/08, *Carmen Media* Rn 60.
- 37) OLG Linz 3 R 99/12 t S 14 f.
- 38) EuGH C-316/07, *Stoß* Rn 106; C-46/08, *Carmen Media* Rn 60 (fast wortgleich).
- 39) EuGH C-316/07, *Stoß* Rn 106, Verweis auf Rn 100.
- 40) Vgl auch EuGH C-72/10, *Costa* und *Cifone* Rn 62.

SCHLUSSSTRICH

- Mit der hA ist beim verbotenen Glücksspiel der Rückforderungsanspruch des Spielers zu bejahen. ME hat auch der Veranstalter einer verbotenen Auspielung eine Kondition auf die ausgezahlten Gewinne.
- Das Glücksspielmonopol erscheint vor allem wegen der von den österreichischen Behörden geduldeten Werbepraxis der Glücksspielkonzessionäre als unionsrechtswidrig. Wegen der horizontalen Drittwwirkung des Unionsrechts scheiden damit auch Rückforderungsansprüche aus.
- Als post scriptum eine Prophetie Wilhelms, deren Zeit gekommen scheint: „Ein Raubritter, der seinem Konzessionär (sich selbst) die Kette spannt! Tauet Himmel den Konkurrenten, der, darauf den Finger legend, zum Gerechten wird!“ (*Wilhelm*, ecolex 2007, 313).