

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

JÁN MAZÁK

vom 23. Februar 2010¹

I — Einleitung

1. Die vom Landesgericht Linz (Österreich) vorgelegten Fragen lenken ein weiteres Mal die Aufmerksamkeit des Gerichtshofs auf das Verhältnis zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Freiheiten und der Gesetzgebungspolitik auf dem Gebiet des Glücksspiels in den Mitgliedstaaten.

2. Im Rahmen einer bereits umfangreichen Rechtsprechung soll der Gerichtshof dieses Mal darüber entscheiden, ob mit den Art. 43 EG und 49 EG nationale Rechtsvorschriften vereinbar sind, nach denen der Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken Aktiengesellschaften vorbehalten ist, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats haben, die Dauer der Konzessionen auf fünfzehn Jahre beschränkt ist und den konzessionierten Veranstaltern erlaubt ist, Werbung zu treiben, die zur Teilnahme an den fraglichen Spielen ermuntert.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Das österreichische Glücksspielgesetz

3. Das Glücksspielwesen ist in Österreich durch das Glücksspielgesetz (GSpG) in der Fassung von 1989 geregelt².

1. Die Ziele des Glücksspielgesetzes

4. Keine Bestimmung des Glücksspielgesetzes enthält eine Aussage darüber, welche Ziele die Republik Österreich mit ihrer Regelung des Glücksspielwesens verfolgt. Die Vorarbeiten zu diesem Gesetz geben jedoch ein wenig Aufschluss, und ihnen entnehme ich, dass es sich dabei um Zielsetzungen ordnungspolitischer und fiskalischer Natur handelt.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — BGBl. 620/1989.

5. Zur ordnungspolitischen Zielsetzung heißt es dort, „dass idealerweise ein gänzlich Verbot von Glücksspielen die sinnvollste Regelung wäre. Angesichts des bekannten Umstandes, dass der Spieltrieb dem Menschen nun einmal immanent gegeben zu sein scheint ..., ist es aber wesentlich sinnvoller, diesen Spieltrieb im Interesse des Einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken. Dadurch wird zweierlei erreicht: Eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspieler in die Illegalität wird vermieden, gleichzeitig erhält sich der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen. Diese Überwachung muss als oberste Zielsetzung den Schutz des einzelnen Spielers vor Augen haben.“

2. Das staatliche Glücksspielmonopol

7. Gemäß § 1 GSpG sind Glücksspiele „Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen“.

8. § 3 GSpG begründet ein „staatliches Glücksspielmonopol“, indem er vorsieht, dass das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit im Glücksspielgesetz nichts anderes bestimmt wird, dem Staat vorbehalten ist.

3. Liberalisierte Spiele

9. Sportwetten, das „kleine“ Automaten spiel und Bagatellglücksspiele unterliegen diesem Monopol nicht.

6. Hinsichtlich der fiskalischen Zielsetzung wird in den Vorarbeiten „ein Interesse des Bundes [festgestellt], einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können. ... Bei der Regelung des Glücksspielwesens hat der Bund daher — unter Beachtung und Wahrung des ordnungspolitischen Zieles — eine Durchführung der Glücksspiele in der Richtung anzustreben, dass ihm ein möglichst hoher Ertrag aus dem Monopol verbleibt.“

10. Zum einen werden Sportwetten in Österreich nicht als Glücksspiele angesehen, da sie nicht rein zufallsbestimmt sind, sondern auch eine gewisse Geschicklichkeit und Kenntnisse des Spielers erfordern. Sie unterliegen der Regelungskompetenz der Länder und wurden liberalisiert. Wer die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf Erteilung einer Lizenz zur Durchführung von Sportwetten nach herkömmlichen Modalitäten oder im Internet.

11. Zum anderen sind nach § 4 GSpG Automaten, bei denen der maximale Einsatz pro Spiel 0,50 Euro und der mögliche Gewinn 20 Euro nicht übersteigen darf („kleine“ Automaten), sowie Bagatellglücksspiele, Tombolas und Warenausspielungen vom Glücksspielmonopol ausgenommen. Die Regelungskompetenz für die kleinen Automaten wurde den Ländern übertragen. Kleine Lotterien bedürfen ihrerseits der Genehmigung durch das Bundesministerium für Finanzen.

erteilt werden³. Der Konzessionär muss eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Österreich sein. Bei mehreren Konzessionswerbern ist jenem die Konzession zu erteilen, der für den Bund den besten Abgabenertrag erwarten lässt.

4. Das Konzessionssystem

12. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, das Recht zur Durchführung bzw. zum Betrieb von monopolisierten Glücksspielen durch Erteilung einer Konzession für die Durchführung von Ausspielungen und elektronischen Lotterien (§ 14 GSpG) sowie für den Betrieb von Spielbanken (§ 21 GSpG) zu übertragen.

14. Nach § 20 GSpG⁴ ist jährlich ein Betrag von 3% der Umsatzerlöse der Österreichischen Lotterien, der 40 Millionen Euro nicht überschreiten darf, für Zwecke der besonderen Sportförderung zur Verfügung zu stellen.

15. Die Voraussetzungen für den Betrieb einer Spielbank sind in § 21 GSpG festgelegt. Insgesamt dürfen höchstens zwölf Spielbankkonzessionen erteilt werden⁵. Für das Gebiet einer Gemeinde darf nur eine Konzession erteilt werden. In der Vorschrift heißt es, dass die Konzessionäre Aktiengesellschaften sein müssen, die über einen Aufsichtsrat verfügen und ihren Sitz in Österreich haben, dass sie über ein Grundkapital von mindestens 22 Millionen Euro verfügen müssen und dass sie aufgrund der Umstände erwarten lassen müssen, dass sie unter Beachtung der

13. § 14 GSpG legt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession für Ausspielungen und elektronische Lotterien fest. Es kann eine allumfassende Gesamtkonzession

3 — Derzeit gehalten von der Österreichische Lotterien GmbH (im Folgenden: ÖLG).

4 — Fassung dieses Gesetzes vom 10. Dezember 2004 (BGBl. I, 136/2004).

5 — Inhaberin aller Konzessionen ist derzeit die Casinos Austria AG. Sie wurden ihr ursprünglich durch Verwaltungsbeschluss vom 18. Dezember 1991 für eine Höchstdauer von fünfzehn Jahren erteilt. Die österreichische Regierung hat in ihrer schriftlichen Antwort auf Fragen des Gerichtshofs bestätigt, dass „[den] vom Gerichtshof angesprochenen Konzessionsvergaben ... keine öffentliche Interessensuche vorausgegangen“ sei, und sie hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass die Laufzeit der Konzessionen von 15 auf 22 Jahre verlängert worden sei, ohne dass ein Ausschreibungsverfahren oder eine vorherige Bekanntmachung erfolgt wären.

Vorschriften des § 14 GSpG über den Schutz der Spielteilnehmer für die Gebietskörperschaften den besten Abgabenertrag erzielen.

Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs dem Bundesminister für Finanzen vorzulegen.

16. Nach § 22 GSpG darf die Dauer einer Glücksspielkonzession fünfzehn Jahre nicht überschreiten.

17. Gemäß § 24 GSpG ist es dem Konzessionär untersagt, Filialbetriebe außerhalb Österreichs zu errichten. Nach § 24a GSpG ist eine Erweiterung eines bereits konzessionierten Geschäftsgegenstands zu bewilligen, wenn keine Beeinträchtigung des Spielbankaufkommens zu erwarten ist.

18. Gemäß §§ 19 und 31 GSpG hat der Bundesminister für Finanzen ein allgemeines Aufsichtsrecht über die Konzessionäre. Zu diesem Zweck kann er in die Bücher der Konzessionäre Einsicht nehmen, und seine zur Ausübung des Aufsichtsrechts ermächtigten Vertreter dürfen die Geschäftsräume der Konzessionäre betreten. Außerdem entsendet er einen Staatskommissär in die Konzessionärgesellschaft. Schließlich ist der geprüfte Jahresabschluss binnen sechs

19. § 25 Abs. 3 GSpG in der Fassung von 1989 verpflichtete den Konzessionär, österreichischen Spielteilnehmern, denen die Mittel zur Teilnahme am Glücksspiel fehlten oder denen die Teilnahme an derartigen Spielen untersagt war, den Besuch der Spielbank zu untersagen oder einzuschränken. Auf der Grundlage dieser Vorschrift wurde der Konzessionär, die Gesellschaft Casinos Austria AG, in einigen von Spielteilnehmern angestregten Gerichtsverfahren zur Rückerstattung hoher Spielverluste verurteilt. Mit der Reform des Glücksspielgesetzes vom August 2005 wurde die Ersatzpflicht des Konzessionärs auf das konkrete Existenzminimum des Spielers beschränkt und die Haftung des Konzessionärs auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit beschränkt, so dass von ihr die Fälle nicht mehr erfasst sind, in denen der zuvor nach seiner Kapazität für die Teilnahme an Glücksspielen befragte Spielteilnehmer nur unvollständige Angaben gemacht hat. Zudem ist nun eine Präklusivfrist von sechs Monaten gesetzlich vorgesehen.

20. Seit der Änderung des Glücksspielgesetzes von 2008 bestimmt dessen § 56 Abs. 1, dass die Konzessionäre bei ihren Werbeaufträgen einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren haben und dies auch im Aufsichtswege überwacht wird.

B — *Das österreichische Strafgesetzbuch*

21. Nach § 168 des Strafgesetzbuchs (StGB) ist zu bestrafen, „[w]er ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden“.

III — Sachverhalt, Verfahren und Vorlagenfragen

22. Herr Engelmann, der deutscher Staatsbürger ist, betrieb in Österreich Spielcasinos, und zwar in der Zeit von Anfang 2004 bis 19. Juli 2006 in Linz und von April 2004 bis 14. April 2005 in Schärding. Er bot seinen Kunden verschiedene Spiele, u. a. das Spiel Observationsroulette sowie die Kartenspiele Poker und „Two Aces“ an. Er hatte sich bei den österreichischen Behörden weder um eine Konzession für das Veranstalten von Glücksspielen beworben, noch befand er sich im Besitz einer durch die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats erteilten Zulassung.

23. Mit Urteil vom 5. März 2007 erkannte das Bezirksgericht Linz Herrn Engelmann

schuldig, im Bundesgebiet der Republik Österreich illegal Glücksspiele veranstaltet zu haben, um sich daraus einen Vermögensvorteil zuzuwenden. In dem Urteil wird er schuldig erkannt, das Vergehen der Veranstaltung von Glücksspielen nach § 168 Abs. 1 StGB begangen zu haben, und zu einer Geldstrafe von 2 000 Euro verurteilt.

24. Gegen dieses Urteil legte Herr Engelmann beim Landesgericht Linz Berufung ein. Da das nationale Gericht Zweifel hat, dass die österreichischen Vorschriften über Glücksspiele mit dem freien Dienstleistungsverkehr und der Niederlassungsfreiheit der Gemeinschaft vereinbar sind, hat es dem Gerichtshof gemäß Art. 234 EG drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

25. Diese Zweifel gründen erstens darin, dass nach Kenntnis des vorlegenden Gerichts vor Erlass der gegenwärtig geltenden maßgeblichen Vorschriften des Glücksspielgesetzes keine Untersuchung über die mit der Spielsucht verbundenen Gefahren und die rechtlichen bzw. faktischen Möglichkeiten der Prävention stattgefunden habe, was im Widerspruch zum Urteil vom 13. November 2003, Lindman (C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Randnrn. 25 und 26), stehe.

26. Zweitens hat das vorlegende Gericht Zweifel an der Kohärenz und der Systematik der österreichischen Politik im Bereich des konzessionierten Glücksspiels. Von einer kohärenten und systematischen Begrenzung der Glücksspieltätigkeit könne nur dann gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber alle Sparten bzw. Sektoren von Glücksspielen bewertend in den Blick nehme und sodann nach

Maßgabe des jeweils ermittelten Gefährdungs- bzw. Suchtpotenzials auch einschreite. Dies sei in Österreich nicht der Fall. Auf der Grundlage des österreichischen Glücksspielmonopols dürfe nämlich in erheblichem Umfang werbend aufgetreten werden — insbesondere für das Fußballwettbewerb TOTO und die Ausspielungen des „Lotto-Jackpots“. Insofern werde in Österreich selbst eine aktive Aufforderung zur Teilnahme an Glücks- bzw. Wettspielen akzeptiert.

der Grundfreiheiten im Bereich des Glücksspiels dem Ziel dienen müssten, die Gelegenheiten zum Spiel tatsächlich zu vermindern, und nicht dazu, eine Finanzierungsquelle zu erschließen.

27. Das Landesgericht Linz hat drittens Bedenken, ob die Beschränkung der Konzessionsvergabe auf im Inland gelegene Aktiengesellschaften und die Rechtfertigung dieser Beschränkung mit den Zielen der Hinanhaltung von Wirtschaftskriminalität, Geldwäsche und der Spielsucht den Erfordernissen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit entspricht.

29. Angenommen, so das vorliegende Gericht, das Gemeinschaftsrecht erlaubte es, Herrn Engelman ohne Gründung oder Erwerb einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Österreich eine Zulassung zum Betrieb eines Glücksspiels zu gewähren, wäre diesem prinzipiell der Weg eröffnet, sich um eine Konzession zu bewerben. Im Falle der Erteilung einer Konzession entfielen auch der Tatbestand des unerlaubten Glücksspiels nach § 168 StGB.

30. Unter diesen Umständen hat das Landesgericht Linz beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

28. Schließlich führt das Landesgericht § 24a GSpG an, der ausdrücklich eine Beeinträchtigung des Spielbankabgabenaufkommens verhindern soll. Es fragt sich, ob darin nicht ein Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs liege, nach der Beschränkungen

„1. Ist Art. 43 EG dahin gehend auszulegen, dass er einer Vorschrift entgegensteht, welche für den Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Gesellschaften in der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft mit Sitz im Territorium dieses Mitgliedstaats, sohin die Gründung oder den Erwerb einer in diesem Mitgliedstaat gelegenen Kapitalgesellschaft, vorschreibt?

2. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahingehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele, wie z. B. Glücksspiele in Spielbanken, entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt, weil die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an Glücksspielen — wie staatlichen Sportwetten und Lotterien — ermuntern und hierfür werben (Fernsehen, Zeitungen, Zeitschriften), wobei die Werbung sogar dahin geht, dass zeitlich kurz vor der Lottoziehung eine Barablässe für einen Wettschein angeboten wird (‘TOI TOI TOI — Glaub’ ans Glück’)?

31. Vor dem Gerichtshof haben Herr Engelman, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften sowie die österreichische, die belgische, die griechische, die spanische und die portugiesische Regierung schriftliche Erklärungen abgegeben. In der mündlichen Verhandlung vom 14. Januar 2010 haben die Bevollmächtigten von Herrn Engelman, der Kommission sowie der österreichischen, der belgischen, der griechischen und der portugiesischen Regierung mündlich Stellung genommen.

IV — Rechtliche Würdigung

A — Vorfrage: Zulässigkeit der Vorlagefragen und etwaige Auswirkungen der Entscheidung des Gerichtshofs auf die Lage von Herrn Engelman

3. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahingehend auszulegen, dass sie einer Vorschrift entgegenstehen, wonach sämtliche der in einem nationalen Glücksspielrecht vorgesehenen Konzessionen für Glücksspiele und Spielbanken über einen Zeitraum von fünfzehn Jahren auf der Grundlage einer Regelung erteilt werden, welche (nicht diesem Mitgliedstaat angehörige) Mitbewerber des Gemeinschaftsraums von der Ausschreibung ausgeschlossen hat?“

32. In der vorliegenden Rechtssache stellt sich die Vorfrage nach der Zulässigkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen, da die Antwort, die der Gerichtshof auf sie geben müsste, möglicherweise keinerlei Auswirkungen auf die Situation von Herrn Engelman hätte, um die es im Ausgangsverfahren geht.

33. Selbst unterstellt, der Gerichtshof würde in Bezug auf die erste Vorlagefrage auf die Unvereinbarkeit des Erfordernisses des Sitzes

einer Gesellschaft in Österreich mit dem Vertrag erkennen, handelt es sich bei Herrn Engelmann tatsächlich um eine natürliche Person. Er wäre von der Antwort des Gerichtshofs nur dann betroffen, wenn er in der Lage gewesen wäre, entsprechend den österreichischen Rechtsvorschriften eine Gesellschaft zu gründen (Mindestkapital usw.). Die zweite Vorlagefrage betreffend die Werbung für Glücksspiele steht in keinem engeren Zusammenhang mit der Lage von Herrn Engelmann und dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens. In beiden Fällen jedoch lässt uns die Rechtsprechung auf das vorliegende Gericht vertrauen, dessen Sache es ist, sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen⁶.

34. Die Erheblichkeit der dritten Vorlagefrage betreffend die Dauer der Konzessionen wirft eindeutig weniger Zweifel auf und steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens. Dies geht aus Randnr. 63 des Urteils vom 6. März 2007, *Placanica*⁷, hervor, in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass „in Ermangelung eines Verfahrens der Konzessionsvergabe, das auch den bei der letzten Ausschreibung rechtswidrig von einem möglichen Konzessionserhalt ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmern offensteht, der Umstand, dass sie keine Konzession besitzen, nicht zum Anlass

für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden darf“⁸.

35. Wenn der Gerichtshof bestätigen sollte, dass eine Dauer von fünfzehn Jahren mit dem Vertrag nicht im Einklang steht, wäre das Urteil *Placanica* indirekt übertragbar.

36. Aufgrund dieser Rechtsprechung ist auch auf eine vom vorlegenden Gericht nicht gestellte, vor dem Gerichtshof aber aufgeworfene Frage zu antworten, die sich auf das Ergebnis des Ausgangsverfahrens auswirken könnte: Es geht um die Frage der mutmaßlich fehlenden Transparenz bei der Erneuerung von Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken.

6 — Vgl. Urteile vom 13. März 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38), vom 22. Mai 2003, *Korhonen u. a.* (C-18/01, Slg. 2003, I-5321, Randnr. 19), und vom 19. April 2007, *Asemfo* (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 30).

7 — C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Slg. 2007, I-1891).

8 — Im Urteil *Placanica* nahm der Gerichtshof auf die fehlende Transparenz bei der Vergabe von Konzessionen für die Durchführung von Sportwetten in einem Fall Bezug, in dem das Spiele veranstaltende Unternehmen diese Erteilung beantragt hatte. Das Urteil knüpft aber die gleiche Folge daran, dass dem Mittelsmann (Herrn *Placanica*), der keinen Antrag gestellt hatte, die von ihm benötigte polizeiliche Genehmigung fehlte. In Randnr. 67 hat der Gerichtshof ausgeführt, dass „[d]as Fehlen einer polizeilichen Genehmigung ... Personen wie den Beschuldigten der Ausgangsverfahren, die sich derartige Genehmigungen nicht hätten beschaffen können, weil deren Erteilung den Besitz einer Konzession voraussetzt, von deren Erhalt sie unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen worden waren, auf jeden Fall nicht zum Vorwurf gemacht werden [können]“. Die Untätigkeit des Betroffenen stellte auch in der Rechtssache *Gottwald* (Urteil vom 1. Oktober 2009, C-103/08, Slg. 2009, I-9117, Randnr. 18, vgl. auch meine Schlussanträge vom 30. April 2009 in dieser Rechtssache, Nr. 29) kein Hindernis dafür dar, die Zulässigkeit der vorgelegten Vorabentscheidungsfrage anzunehmen.

B — *Zur ersten Vorlagefrage*

37. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 43 EG Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegensteht, die den Betrieb von Spielbanken ausschließlich Gesellschaften in der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft mit Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats vorbehält, so dass diese Rechtsvorschriften mithin die Gründung oder den Erwerb einer in diesem Mitgliedstaat gelegenen Kapitalgesellschaft vorschreiben.

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

38. Sowohl die Kommission als auch Herr Engelmann sind der Ansicht, dass diese Frage zu bejahen sei. Die Kommission führt allerdings aus, dass ein zwingender Grund des Allgemeininteresses wie der Gläubigerschutz jedoch eventuell das Erfordernis einer Kapitalgesellschaft rechtfertigen könnte.

39. Die österreichische, die belgische, die griechische und die spanische Regierung sind demgegenüber der Ansicht, dass, selbst unterstellt, die österreichische Regelung bildete eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, diese durch einen Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sein könnte.

40. Die österreichische Regierung macht insbesondere geltend, dass die in den nationalen Rechtsvorschriften aufgestellten Anforderungen in Bezug auf den Ort des Sitzes der konzessionsnehmenden Gesellschaft und deren Rechtsform unerlässlich seien, um eine effektive Aufsicht über ihre Tätigkeit zu gewährleisten. Im Übrigen verlangten diese Rechtsvorschriften nicht, dass die Gesellschaft zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Bewerbung abgebe, und in der Zeit, in der diese Bewerbung geprüft werde, ihren Sitz im österreichischen Hoheitsgebiet habe.

41. Nach Ansicht der portugiesischen Regierung enthält der Vorlagebeschluss keine hinreichenden Angaben für eine Antwort auf die erste Vorlagefrage, so dass diese unzulässig sei.

2. Würdigung

a) Vorbemerkung zur Berufung auf die Niederlassungsfreiheit

42. Das vorlegende Gericht hat Zweifel, ob § 21 GSpG, wonach die Konzessionäre von Spielbanken Aktiengesellschaften sein müssen, die über einen Aufsichtsrat verfügen und

ihren Sitz in Österreich haben, mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) vereinbar ist.

43. Eine erste Betrachtung dieser Frage könnte zu der Annahme verleiten, dass es hier eher um die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) geht, da die Unternehmen, die von der Vergabe derartiger Konzessionen ausgeschlossen sein könnten, die sind, die ihren Sitz nicht im Empfängerland der Dienstleistungen haben. Eine gründlichere Prüfung der Umstände des Falles aus der Sicht der Rechtsprechung lässt jedoch den Schluss zu, dass der Ansatz des Landesgerichts Linz richtig ist.

44. Die Rechtsprechung hat den jeweiligen Geltungsbereich dieser beiden Freiheiten klar abgegrenzt, wobei die Schlüsselfrage die ist, ob der Wirtschaftsteilnehmer seine Dienstleistungen „in stabiler und kontinuierlicher Weise“ von einem Berufsdomizil im Empfängermitgliedstaat oder von einem Berufsdomizil in einem anderen Mitgliedstaat aus anbietet. Im erstgenannten Fall fällt der Wirtschaftsteilnehmer in den Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit; im zweitgenannten ist er ein grenzüberschreitender Dienstleister, der unter die Dienstleistungsfreiheit fällt⁹.

45. Aus der Sicht des Art. 43 EG ist dieser Begriff „Berufsdomizil“ weit auszulegen, so dass er nicht nur den hauptsächlichlichen physischen Ausgangspunkt der Tätigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, sondern auch etwaige untergeordnete Ausgangspunkte umfasst. Wie der Gerichtshof im Urteil Gebhard ausdrücklich ausgeführt hat, „kann eine Person in mehr als einem Mitgliedstaat im Sinne des Vertrages niedergelassen sein, und zwar namentlich im Fall von Gesellschaften durch die Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften ... und, wie der Gerichtshof im Fall von Angehörigen der freien Berufe ausgeführt hat, durch die Einrichtung eines zweiten Berufsdomizils“ (Randnr. 24)¹⁰.

46. Kernbereich des Art. 43 EG ist demnach „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“¹¹.

47. Im vorliegenden Fall könnte das österreichische Glücksspielgesetz Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten dadurch an einer Niederlassung in Österreich hindern, dass es ihnen verbietet, zum Zweck des Betriebs einer Spielbank für die Dauer einer etwaigen Konzession eine feste Einrichtung zu eröffnen. Wie die Kommission in ihrem Streithilfeschriftsatz ausführt, fällt die Frage des vorlegenden Gerichts, da es sich bei ihr nur um „physische“ Spielbanken handele,

9 — Vgl. Urteile vom 4. Dezember 1986, Kommission/Deutschland (205/84, Slg. 1986, 3755, Randnr. 21), vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 22), und vom 29. April 2004, Kommission/Portugal (C-171/02, Slg. 2004, I-5645, Randnrn. 24 und 25).

10 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Juli 1984, Klopp (107/83, Slg. 1984, 2971, Randnr. 19), und vom 6. Juni 1996, Kommission/Italien (C-101/94, Slg. 1996, I-2691, Randnr. 12).

11 — Urteil vom 25. Juli 1991, Factortame u. a. (C-221/89, Slg. 1991, I-3905, Randnr. 20).

die zwangsläufig eine kommerzielle Präsenz in Österreich hätten, unter Art. 43 EG. Für nicht österreichische Gesellschaften gehe es um das Recht, sich in Österreich niederzulassen, indem sie dort ein zweites Berufsdomizil einrichteten.

48. Durch die Marktteilnehmern aus den anderen Mitgliedstaaten auferlegte Verpflichtung, ihre Hauptniederlassung in dem Staat zu haben, in dem sie ihre Dienstleistungen anbieten wollen, wird sicherlich „die Dienstleistungsfreiheit geradezu negiert“¹². Allerdings hat der Gerichtshof bereits darauf hingewiesen, „dass die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen gegenüber denen des Kapitels über das Niederlassungsrecht subsidiär sind“¹³.

49. Die erste Frage des Landesgerichts Linz betrifft zwei der Bedingungen, die § 21 GSpG den Gesellschaften vorschreibt, die sich um den Betrieb einer Spielbank bewerben möchten. Zum einen können die Konzessionen nur an eine Aktiengesellschaft vergeben werden; zum anderen muss die fragliche Aktiengesellschaft ihren Sitz in Österreich haben. Da diese beiden Anforderungen ihrer Art und Tragweite nach sehr unterschiedlich sind, scheint es besser zu sein, sie getrennt zu prüfen.

12 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Deutschland (Randnr. 52), Kommission/Italien (Randnr. 31) und vom 9. Juli 1997, Parodi (C-222/95, Slg. 1997, I-3899, Randnr. 31). Alle diese Urteile beziehen sich jedoch auf die Verpflichtung zur Eröffnung einer festen Einrichtung für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen, die, wie bestimmte Finanzdienstleistungen, dies nicht erfordern.

13 — Urteil Gebhard, Randnr. 22.

b) Das Erfordernis eines Sitzes in Österreich

50. Ich prüfe zunächst die an die Gesellschaften gestellte Anforderung, ihren Sitz in Österreich zu begründen.

51. Dieses Erfordernis führt dazu, dass in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaften von jeder Teilhabe am Glücksspielsektor in Österreich ausgeschlossen sind, wenn sie zu diesem Zweck in Österreich lediglich eine feste Einrichtung (sei es eine Agentur, Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung o. Ä.) gründen wollen. Eine ausländische Gesellschaft, die Konzessionärin einer Spielbank in Österreich werden möchte, muss dort eine weitere Gesellschaft gründen oder erwerben und kann sich nicht darauf beschränken, diese Spielbank grenzüberschreitend zu betreiben, indem sie die Spiele veranstaltende Einrichtung auf ein lediglich untergeordnetes Berufsdomizil beschränkt. Demnach und im Hinblick auf die oben geprüfte Rechtsprechung stellt ein solches Erfordernis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 43 EG dar.

52. Außerdem handelt es sich um ein eindeutiges Beispiel einer unmittelbaren Diskriminierung der Gesellschaften, deren Sitz sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet.

53. Nach ständiger Rechtsprechung enthält Art. 43 EG ein Verbot sämtlicher Beschränkungen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv machen, wobei diskriminierende Maßnahmen die schwersten Beschränkungen sind.

54. Nach Art. 48 EG ist mit der durch Art. 43 EG garantierten Niederlassungsfreiheit für die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, das Recht verbunden, ihre Tätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat durch eine Zweigniederlassung oder Agentur auszuüben. Der Sitz der Gesellschaften im vorgenannten Sinne dient mithin ebenso wie bei natürlichen Personen die Staatsangehörigkeit dazu, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Staates zu bestimmen. Könnte daher der Mitgliedstaat der Niederlassung nach seinem Belieben eine Ungleichbehandlung allein deshalb vornehmen, weil sich der Sitz einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet, würde diese Bestimmung ihres Sinnes entleert¹⁴.

55. Ferner verbieten nach der Rechtsprechung die Vorschriften über die Gleichbehandlung nicht nur offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder, bei Gesellschaften, aufgrund des Sitzes, sondern auch alle verdeckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen¹⁵.

56. Im vorliegenden Fall führen die österreichischen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Glücksspielwesens dadurch eine unmittelbare Diskriminierung ein, dass sie Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat verwehren, Inhaber einer Konzession für den Betrieb einer Spielbank zu sein.

57. Die Qualifizierung als „unmittelbare Diskriminierung“ ist natürlich nicht neutral: Bekanntlich können diskriminierende Maßnahmen nur durch eine der in den Art. 45 EG und 46 EG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen gerechtfertigt werden, während nicht diskriminierende Beschränkungen und solche, die eine mittelbare Diskriminierung enthalten, auch durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“, einen sicherlich weiter gefassten Begriff, gerechtfertigt werden können¹⁶.

58. Von den in den Art. 45 EG und 46 EG vorgesehenen Ausnahmen könnten im vorliegenden Fall gegebenenfalls lediglich die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Art. 46 EG herangezogen werden.

59. Wie alle Ausnahmeregelungen hat der Gerichtshof Art. 46 EG stets eng ausgelegt. Dieser Rechtfertigungsgrund setzt nämlich voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt,

14 — Vgl. Urteile vom 28. Januar 1986, Kommission/Frankreich (270/83, Slg. 1986, 273, Randnr. 18), und vom 13. Juli 1993, Commerzbank (C-330/91, Slg. 1993, I-4017, Randnr. 13).

15 — Urteile Commerzbank (Randnr. 14) und vom 12. April 1994, Halliburton Services (C-1/93, Slg. 1994, I-1137, Randnr. 15).

16 — Vgl. Urteile vom 29. Mai 2001, Kommission/Italien (C-263/99, Slg. 2001, I-4195, Randnr. 15), vom 17. Oktober 2002, Payroll u. a. (C-79/01, Slg. 2002, I-8923, Randnr. 28), und vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnrn. 36 und 37).

die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt¹⁷.

dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben“¹⁹. Diesem tatsächlich bestehenden Ermessen sind jedoch Schranken gesetzt. Die erste ist gerade, dass diskriminierende Maßnahmen verboten sind. Das Argument der österreichischen Regierung ist daher im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

60. Im Gegensatz zur Ansicht der österreichischen Regierung lässt sich für diese Gefährdung jedoch nicht als Begründung anführen, dass die österreichischen Behörden die von einem Spiele veranstaltenden Unternehmen mit Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübten Tätigkeiten ohne die fragliche Vorschrift nicht wirksam kontrollieren könnten. Jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen kann nämlich unabhängig vom Wohnsitz seiner Führungskräfte kontrolliert und zudem Sanktionen unterworfen werden. Außerdem kann die Zahlung einer etwaigen Geldstrafe durch die vorherige Stellung einer Sicherheit abgesichert werden¹⁸.

61. Die österreichische Regierung beruft sich auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Glücksspiele „ein ausreichendes Ermessen“ belasse, nach ihrer eigenen Werteskala „festzulegen, welche Erfordernisse sich aus

62. Die österreichische Regierung macht schließlich geltend, § 21 GSpG verlange von der sich um eine Konzession bewerbenden Gesellschaft nicht, dass sie während der Phase der Prüfung ihrer Bewerbung ihren Sitz im Inland habe, und das fragliche Erfordernis gelte nur für den ausgewählten Bewerber und für die Dauer der Konzession. Es handele sich somit um eine verhältnismäßige Maßnahme. Dieses Vorbringen ist jedoch unbegründet. Denn zunächst sind diese Rechtsvorschriften geeignet, Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten wegen der Kosten der Niederlassung und der Einrichtung in Österreich, die sie im Falle ihrer erfolgreichen Bewerbung zu tragen hätten, von einer Bewerbung abzuschrecken. Zudem und auf jeden Fall nähme die Diskriminierung ausländischer Unternehmen vom Augenblick der Konzessionsvergabe an tatsächlich Gestalt an, und daran ändert eine etwaige „Verhältnismäßigkeit“ der diskriminierenden Maßnahme nichts.

17 — Vgl. Urteile vom 27. Oktober 1977, Bouchereau (30/77, Slg. 1977, 1999, Randnr. 35), und vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien (C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Randnr. 46).

18 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Spanien (Randnr. 47).

19 — Vgl. Urteile vom 24. März 1994, Schindler (C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Randnrn. 32 und 61), vom 21. September 1999, Läärä (C-124/97, Slg. 1999, I-6067, Randnr. 14), vom 21. Oktober 1999, Zenatti (C-67/98, Slg. 1999, I-7289, Randnr. 15), vom 6. November 2003, Gambelli (C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Randnr. 63), Placanica (Randnr. 47) und vom 8. September 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International (C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Randnr. 57).

c) Erfordernis einer Aktiengesellschaft

darstellt, durch am Allgemeininteresse ausgerichtete Ziele gerechtfertigt werden.

63. Das vorliegende Gericht möchte vom Gerichtshof ferner wissen, ob das dem Konzessionär einer Spielbank auferlegte Erfordernis, die Rechtsform einer Aktiengesellschaft zu haben, mit Art. 43 EG vereinbar ist.

64. Diese Bedingung ist geeignet, die — österreichischen oder sonstigen — Wirtschaftsteilnehmer in der Gemeinschaft, die natürliche Personen sind, daran zu hindern, eine Zweigniederlassung mit dieser Zielsetzung in Österreich zu gründen. Es handelt sich daher um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit²⁰.

65. Gleichwohl hat das Erfordernis einer bestimmten Rechtsform, anders als das vorstehend geprüfte Staatsangehörigkeitserfordernis, keinen diskriminierenden Charakter, da es unterschiedslos für österreichische Staatsangehörige wie für solche anderer Mitgliedstaaten gilt. Folglich kann es, obwohl es eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

66. Ganz konkret können diese Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist. Auf jeden Fall müssen sie, wie bereits gesagt, in nicht diskriminierender Weise angewandt werden²¹.

67. Zu den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“, deren Eignung, eine dieser Beschränkungen zu rechtfertigen, der Gerichtshof anerkannt hat, zählen der Verbraucherschutz, die Betrugsvermeidung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spiel. Die österreichische Regierung beruft sich insoweit auf das „Ziel einer effektiven staatlichen Kontrolle“ eines sensiblen Sektors wie desjenigen des Glücksspiels. Sie wird vor dem vorlegenden Gericht dartun müssen, dass das Erfordernis, wonach der Konzessionär einer Spielbank eine Aktiengesellschaft sein muss, zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist, dass es sich um eine angemessene Maßnahme handelt und dass sich das fragliche Ziel nicht auch dann erreichen lässt, wenn der Konzessionär eine andere Rechtsform wählt.

20 — Vgl. in diesem Sinne hinsichtlich der Ausübung der Tätigkeit privater Sicherheitsdienste die Urteile *Kommission/Portugal* (Randnr. 42) und vom 26. Januar 2006, *Kommission/Spanien* (C-514/03, Slg. 2006, I-963, Randnr. 31). Für den Glücksspielsektor vgl. Urteil *Gambelli*, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, dass der Ausschluss der Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert sind, Konzessionen zu erhalten, „auf den ersten Blick eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar[stellt], und zwar auch dann, wenn diese Beschränkung unterschiedslos allen Kapitalgesellschaften mit Sitz in Italien oder in einem anderen Mitgliedstaat auferlegt ist, die ein Interesse an diesen Konzessionen haben könnten“ (Randnr. 48).

21 — Vgl. u. a. Urteil *Gambelli*, Randnr. 65.

68. Ich beschränke mich auf den Hinweis, dass ich insoweit die Ansicht der Kommission teile, dass „das im Gesellschaftsrecht [der Gemeinschaft] enthaltene Erfordernis eines Mindestkapitals für Aktiengesellschaften gegebenenfalls einen sozialen Schutzzweck erfüllen [könnte], indem es eine gewisse Seriositätsschwelle für die Aufnahme von gewerblichen Tätigkeiten darstellt und einen gewissen Gläubigerschutz bei dieser Tätigkeitsaufnahme gewährleistet“. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob diese im Ausgangsverfahren fragliche, durch das österreichische Gesetz eingeführte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit den genannten Voraussetzungen genügt.

Glücksspielen — wie staatlichen Sportwetten und Lotterien — ermuntern und hierfür werben (Fernsehen, Zeitungen, Zeitschriften)“.

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

C — Zur zweiten Vorlagefrage

69. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die Art. 43 EG und 49 EG einem innerstaatlichen Monopol für bestimmte Glücksspiele, wie z. B. Glücksspiele in Spielbanken, entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt. Seiner Auffassung nach ist die fehlende Kohärenz darauf zurückzuführen, dass „die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an

70. Herr Engelmann trägt vor, der österreichischen Glücksspielpolitik fehle es an Kohärenz, wofür er als Nachweis eine stete Ausweitung des Glücksspielangebots der Monopolisten und eine stete Steigerung ihrer Werbeausgaben in den letzten Jahren anführt. Nach Ansicht der österreichischen Regierung entspricht diese Steigerung demgegenüber einem Willen zu „kontrollierter Expansion“, um eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den verbotenen Tätigkeiten bereitzustellen; die österreichische Regierung macht ferner geltend, dass eine einzelne ungeeignete Werbemaßnahme (auf die das vorlegende Gericht abzustellen scheint) die Kohärenz eines Konzessionssystems nicht in Frage stellen könne.

71. Die belgische, die griechische und die portugiesische Regierung tragen unter Berufung auf das Urteil Placanica vor, das bloße Vorhandensein einer bestimmten Form von Werbung für Dienstleistungen im Glücksspielwesen bedeute noch nicht, dass die entsprechende nationale Politik inkohärent im Sinne der Art. 43 EG und 49 EG sei.

72. Auch die Kommission führt aus, dass bei der Bewertung der Kohärenz und Systematik der Spielpolitik u. a. auf die Produkt- und Werbungsstrategie des Monopolinhabers sowie auf die bestehenden Kontrollmaßnahmen zu achten sei.

76. In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob die etwaige, sich aus der von den Lotteriekonzessionären betriebenen Werbung ergebende Inkohärenz die Kohärenz der Entscheidung, andere Spiele, wie die in den Spielbanken betriebenen, einer Monopolregelung zu unterwerfen, und damit die Vereinbarkeit dieser Entscheidung mit dem Vertrag in Frage stellen kann — dies ist die Frage der sektoriellen Analyse.

2. Würdigung

a) Die Frage der Werbung

73. Ausgangspunkt der vom vorlegenden Gericht gestellten Frage ist eine Bewertung der umfassenden Kohärenz der Glücksspielpolitik in einem Mitgliedstaat. Das vorliegende Gericht gibt zu verstehen, dass das staatliche Monopol bei Spielbanken deshalb nicht mit dem Vertrag zu vereinbaren sei, weil die Inhaber von Konzessionen für andere, gleichfalls monopolisierte Spiele (wie Lotterien) Werbung für ihre Produkte betrieben.

77. Ich prüfe zunächst, ob es unter Beachtung der Verträge ein Nebeneinander von Werbung und Monopol geben kann.

78. Bei der Prüfung der Kohärenz und der Verhältnismäßigkeit einer beschränkenden Maßnahme wie des Glücksspielmonopols handelt es sich erkennbar um eine weitreichende Frage, die zunächst die Feststellung voraussetzt, welche Ziele mit der beschränkenden Regelung verfolgt werden.

74. Die Antwort setzt eine Argumentation in zwei Schritten voraus.

75. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, inwieweit es möglich ist, für einer Monopolregelung unterliegende Spiele Werbung zu treiben, ohne die Kohärenz der Glücksspielpolitik zu beeinträchtigen — dies ist die Frage der Werbung.

79. Im vorliegenden Fall verfügen wir nur über Hinweise auf diese Ziele. Die Vorarbeiten zum Glücksspielgesetz lassen erkennen, dass der Gesetzgeber das doppelte Ziel verfolgte, das Glücksspiel in legale Bahnen zu lenken und so zu verhindern, dass die Spielteilnehmer in Versuchung geraten, illegale Glücksspiele auszuprobieren, und gleichzeitig die Glücksspielpraxis zu überwachen und die Spielteilnehmer zu schützen.

80. Die Vorarbeiten zeigen, dass der Gesetzgeber über dieses doppelte Ziel hinaus auch eine fiskalische Zielsetzung verfolgte. Nach Ansicht von Herrn Engelmann fehlt es der österreichischen Glücksspielpolitik deshalb an Kohärenz, weil das Monopol primär diese fiskalische Zielsetzung der Erzielung von Einnahmen des Staates verfolge. Da uns das vorlegende Gericht jedoch keine ausdrückliche auf diesen Punkt abzielende Frage vorgelegt hat, beschränke ich mich auf den Hinweis, dass nach der Rechtsprechung ein solches Ziel „nur eine nützliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik“ sein darf²². Das vorlegende Gericht wird zu prüfen haben, welche Tragweite die §§ 14 und 21 GSpG haben, indem sie bei der Konzessionsvergabe dem Bewerber den Vorzug geben, der den besten Abgabenertrag erwarten lässt. Erweise sich diese fiskalische Zielsetzung als hauptsächliche Zielsetzung, verstieße die Monopolregelung, mit oder ohne Werbung, gegen das Gemeinschaftsrecht.

81. Gehen wir also von dem Ziel der „Lenkung in geordnete Bahnen“ aus, das die Vorarbeiten zu dem österreichischen Gesetz vorrangig nennen. Es geht darum, Betrug und Kriminalität in diesem Sektor dadurch zu bekämpfen, dass die Nachfrage nach Glücksspielen auf ein staatlich kontrolliertes und überwachtetes Angebot hingelenkt wird.

82. Der Gerichtshof hat sich zur Vereinbarkeit dieses Ziels der „Lenkung“ der Nachfrage

nach Glücksspielen „in geordnete Bahnen“ mit einer gewissen Werbetätigkeit bereits geäußert. Im Urteil Placanica hat er entschieden, dass „[e]ine Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor ... ohne weiteres mit dem Ziel in Einklang stehen [kann], Spieler, die als solchen verbotenen Tätigkeiten geheimer Spiele oder Wetten nachgehen, dazu zu veranlassen, zu erlauben und geregelten Tätigkeiten überzugehen. ... [Z]ur Erreichung dieses Ziels [ist es] erforderlich, dass die zugelassenen Betreiber eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit bereitstellen, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken mit sich bringen kann“ (Randnr. 55).

83. Die Rechtsprechung hat somit den Grundsatz bereits aufgestellt²³. Das vorlegende Gericht wird festzustellen haben, ob das von den Inhabern einer innerstaatlichen Konzession bereitgestellte Glücksspielangebot und die von ihnen betriebene Werbung dem Umfang nach so angemessen sind, dass sie eine „attraktive“ Alternative zu den verbotenen Spielen darstellen, ohne jedoch die Nachfrage nach Glücksspielen übermäßig zu beleben, was dem in den Vorarbeiten zum Gesetz ebenfalls genannten Ziel des Schutzes des einzelnen Spielteilnehmers zuwiderliefe. Die Werbung und die Ausweitung des

22 — Urteile Zenatti (Randnr. 36) und Gambelli (Randnr. 62).

23 — Anders wäre es, wenn das Ziel der streitigen Beschränkung darin bestünde, Gelegenheiten zu Spielen zu verringern, wobei dieses Ziel bisher noch nicht der Werbung gegenübergestellt wurde. Der Gerichtshof wird jedoch in der bei ihm anhängigen Rechtssache Stoß u. a. (C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07) in naher Zukunft zu einer Entscheidung über diesen Punkt veranlasst sein. Im Fall der österreichischen Rechtsvorschriften scheint dies nicht der Fall zu sein, da sich die Vorarbeiten darauf beschränken, allgemein die Überwachung der legalen Spiele anzuführen, mit dem Hauptziel, den einzelnen Spielteilnehmer zu schützen.

Glücksspiels müssen daher letztlich in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Monopol berühren, zu dessen Gunsten eine solche übermäßige und inkongruente Werbetätigkeit entfaltet würde.

84. Ich schließe mich in diesem Punkt der Meinung an, die die Kommission in ihren Schriftsätzen wie folgt zum Ausdruck gebracht hat: „Was die Werbung angeht, muss das nationale Gericht ferner prüfen, inwieweit die relevanten Strategien des faktischen Monopolinhabers den potenziellen Kunden nur über die Existenz der Produkte informieren und dazu dienen, den Kunden einen regulierten Zugang zu Glücksspielen zu sichern, oder ob sie die Kunden zu einer aktiven Teilnahme an Glücksspielen einladen und auffordern.“

87. Zwar steht es, wie in ständiger Rechtsprechung betont wird, „den Mitgliedstaaten ... frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen“²⁴, doch ist die Vereinbarkeit der von ihnen auferlegten Freiheitsbeschränkungen individuell und ohne Interferenzen zwischen den einzelnen Spielen zu prüfen.

85. Die österreichische Regierung hat in ihrem Schriftsatz gleichwohl darauf hingewiesen, dass „eine einzelne Werbemaßnahme selbst dann nicht die Rechtmäßigkeit eines nationalen Schutzsystems gefährden [kann], wenn sie als solche überschießend gewesen sein sollte“. Meiner Meinung nach wird das vorliegende Gericht die Kohärenz der streitigen Beschränkung anhand der Werbestrategie der Konzessionäre, aber auch unter Berücksichtigung der Effektivität der vom Staat ausgeübten Kontrolle dieser Wirtschaftstätigkeit zu prüfen haben.

88. Im Urteil Placanica hat der Gerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Kohärenz- und die Verhältnismäßigkeitsprüfung „gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung“ zu prüfen sei²⁵. Dies würde die gemeinsame Prüfung des Monopols für zwei unterschiedliche Glücksspiele, wie es die Lotterien auf der einen und die in den Spielbanken stattfindenden Spiele auf der anderen Seite sind, ausschließen.

b) Die Frage der sektoriellen Analyse

89. Darüber hinaus unterscheidet sich jedes Spiel von den anderen. Der eine Glücksspielsektor kann eher die Entwicklung betrügerischer oder krimineller Handlungen begünstigen, der andere eine größere Suchtgefahr aufweisen. Diese unterschiedlichen Sektoren können daher nicht gleichbehandelt werden, und es ist

86. Auf jeden Fall würde dieser etwaige Mangel an Kohärenz meines Erachtens nicht das

24 — Urteil Placanica (Randnr. 48).

25 — Urteil Placanica (Randnr. 49).

Sache des Mitgliedstaats, seine Entscheidung zu begründen.

90. Einem Mitgliedstaat steht es mithin frei, zwei Glücksspielmonopole unterschiedlich zu behandeln, wie es ihm auch freisteht, die Fernsehwerbung für bestimmte alkoholische Getränke zu verbieten, für andere aber nicht²⁶.

91. Mit dieser sektoriellen Analyse ist das von der österreichischen Regierung in der mündlichen Verhandlung geltend gemachte Vorbringen nicht zu vereinbaren, dass eine umfangreichere Werbung für Spiele mit weniger Gefährdungspotenzial wie Lotterien dem Ziel diene, die Spielteilnehmer zu diesen Spielen hin- und sie von anderen Spielen mit größerer Suchtgefahr, wie sie in den Spielbanken stattfänden, abzulenken.

Konzessionen für einen Zeitraum von fünfzehn Jahren als auch der Ausschluss dem Mitgliedstaat nicht angehöriger Mitbewerber von der Ausschreibung gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstoße. In Bezug auf die Dauer der Konzessionen stellt er auf die überwiegend fiskalische Zielsetzung ab, die mit der österreichischen Regelung verfolgt werde, insbesondere auf die §§ 14 Abs. 5 und 21 Abs. 4 und 5 GSpG, in denen es heiße, dass bei gleichzeitigem Auftreten mehrerer Konzessionswerber jenem die Konzession erteilt werde, der den besten Abgabenertrag erwarten lasse.

93. Die belgische und die österreichische Regierung sowie die Kommission schlagen eine differenziertere Antwort auf diese dritte Vorlagefrage dahin vor, zwischen dem etwaigen Ausschluss Gebietsfremder von der Ausschreibung auf der einen und der Dauer der Konzessionen auf der anderen Seite zu unterscheiden.

D — Zur dritten Vorlagefrage

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

92. Zur dritten Vorlagefrage trägt Herr Engemann vor, dass sowohl die Erteilung der

94. Was zunächst den Ausschluss der dem Mitgliedstaat nicht angehörigen Bewerber betrifft, tragen sowohl die Kommission als auch die belgische Regierung vor, eine solche diskriminierende Bestimmung verstoße gegen die Art. 43 EG und 49 EG. Die österreichische Regierung macht geltend, die österreichische Regelung schließe die potenziellen Bewerber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nicht vom Verfahren der Konzessionsvergabe aus, da die Anforderungen hinsichtlich der Rechtsform und des Sitzes des Bewerbers im Stadium der Abgabe der Bewerbungen um die Erlangung einer Konzession nicht erfüllt sein müssten. Die portugiesische Regierung

26 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Juli 2004, Kommission/Frankreich (C-262/02, Slg. 2004, I-6569).

trägt demgegenüber vor, dass der EG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zwar Diskriminierungen verbiete, aber keine Verpflichtung enthalte, den ausländischen Dienstleistern eine günstigere Behandlung zuteil werden zu lassen als den Angehörigen des Mitgliedstaats, in dem die Dienstleistungen erbracht würden.

95. Zur Dauer der Konzessionen vertreten sowohl die Kommission als auch die österreichische Regierung die Ansicht, dass deren Begrenzung auf einen Zeitraum von fünfzehn Jahren in Anbetracht der Höhe der Investitionen, die die Konzessionäre zu leisten hätten, vernünftig und angemessen sei. Eine solche Bestimmung könne daher eine im Hinblick auf die Art. 43 EG und 49 EG gerechtfertigte Beschränkung darstellen.

2. Würdigung

96. Mit seiner dritten und letzten Vorlagefrage möchte das vorliegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob nationale Rechtsvorschriften, wonach die Dauer sämtlicher Konzessionen für Glücksspiele und Spielbanken auf einen Zeitraum von fünfzehn Jahren festgelegt ist und nicht diesem Mitgliedstaat angehörige Mitbewerber des Gemeinschafts

raums von der Ausschreibung ausgeschlossen sind, mit dem Vertrag vereinbar sind.

97. Aus meiner Sicht spricht erstens nichts dagegen, die Dauer der Glücksspielkonzessionen auf fünfzehn Jahre festzulegen. Eine Begrenzung der Laufzeit der Konzessionen ist unerlässlich, um mittelfristig eine gewisse Öffnung für den Wettbewerb zu gewährleisten. Zugleich erscheint ein Zeitraum von fünfzehn Jahren in Anbetracht des Umfangs der mit einer derartigen Tätigkeit im Allgemeinen verbundenen Investitionen nicht übermäßig lang. Ein zu kurzer Zeitraum würde die Konzessionäre dazu zwingen, eine aggressive Geschäftspolitik zu betreiben, die mit den im öffentlichen Interesse liegenden Zielen nicht zu vereinbaren wäre. Es handelt sich daher um eine nicht diskriminierende, kohärente und angemessene Beschränkung.

98. Im Rahmen dieser Frage hat Herr Engelmann weiter vorgetragen, dass die Glücksspielkonzessionen in Österreich „unter Ausschluss der Öffentlichkeit an CASAG und ÖLG vergeben“ worden seien, und gibt damit zu verstehen, dass die österreichischen Behörden die Laufzeit dieser Konzessionen vor dem Ablaufzeitpunkt erneuert hätten, um das Ausschreibungsverfahren zu umgehen und damit die Möglichkeit zu vereiteln, dass andere Wirtschaftsteilnehmer eine Konzession erlangten.

99. Die in der mündlichen Verhandlung hierzu befragte österreichische Regierung hat dies nicht in Abrede gestellt, sondern bestätigt, dass die Laufzeit der Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken ohne vorherige Bekanntmachung auf 22 Jahre verlängert worden sei.

100. Nach ständiger Rechtsprechung ist der allgemeine Transparenzgrundsatz mit der Verpflichtung verbunden, dass „zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“²⁷.

102. Zweitens wiederholt das vorliegende Gericht seine Bedenken hinsichtlich der etwaigen diskriminierenden Wirkung der Vorschriften über die Vergabe der Glücksspielkonzessionen. Das Landesgericht Linz nimmt hier Bezug auf einen vermeintlichen Ausschluss Gebietsfremder zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens (den die österreichische Regierung bestreitet), während die erste Vorlagefrage den Ausschluss von der sich aus diesen Konzessionen ergebenden Tätigkeit des Betriebs betrifft.

101. Sollte sich herausstellen, dass die Verlängerung der Laufzeit der in Rede stehenden Konzessionen erfolgte, ohne dass sie bekannt gemacht oder dem Wettbewerb geöffnet worden wäre, könnten die österreichischen Behörden dieses Vorgehen daher nur unter Berufung auf eine der Ausnahmeregelungen der Art. 45 EG und 46 EG oder auf einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses rechtfertigen, sofern im letztgenannten Fall die fehlende Transparenz eine zur Erreichung des fraglichen im Allgemeininteresse liegenden Ziels angemessene Maßnahme darstellt und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist²⁸.

27 — Urteile vom 7. Dezember 2000, Teleaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 61 und 62), und vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 49).

28 — Das Urteil vom 13. September 2007, Kommission/Italien (C-260/04, Slg. 2007, I-70083), könnte, auch wenn es eine Vertragsverletzungsklage und einen anderen Sachverhalt betrifft, dem vorlegenden Gericht als Leitlinie dienen. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof die Erneuerung von 329 Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten ohne Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens für mit den Art. 43 EG und 49 EG unvereinbar angesehen. Er hat ausgeführt, dass diese Erneuerung nicht mit der Notwendigkeit habe begründet werden können, eine Tendenz zum Ausweichen auf heimliche Aktivitäten der Annahme und der Zuteilung von Wetten zu verhindern, da sie nicht geeignet sei, die Erreichung dieses Ziels sicherzustellen, und über das hinausgehe, was erforderlich sei, um zu verhindern, dass die im Pferdewettensektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Aktivitäten verwickelt würden (Randnr. 34).

103. Trotz dieser Nuance bin ich der Meinung, dass diese Frage genauso zu beantworten ist, wie ich es für die erste Vorlagefrage vorgeschlagen habe, da sich die vorstehenden Erwägungen ohne Weiteres auf eine etwaige Einschränkung von Art. 49 EG übertragen lassen. Das den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auferlegte Verbot der Teilnahme an Ausschreibungen wäre somit eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (da die bloße Teilnahme am Verfahren keine Zweigniederlassung in dem fraglichen Land erfordert), und es handelt sich um eine diskriminierende Beschränkung, die im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt werden könnte.

V — Ergebnis

104. Ich schlage daher vor, die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

- „1. Art. 43 EG ist dahin gehend auszulegen, dass er einer Vorschrift entgegensteht, welche für den Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Gesellschaften in der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft mit Sitz im Territorium dieses Mitgliedstaats vorschreibt.

2. Der Umstand, dass die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an Glücksspielen ermuntern und hierfür werben, bedeutet nicht zwangsläufig, dass es der innerstaatlichen Politik zur Beschränkung von Glücksspielen an Kohärenz im Sinne der Rechtsprechung mangelt. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Werbung mit dem Ziel im Einklang steht, eine ‚attraktive‘ Alternative zu den verbotenen Spielen zu sein, ohne jedoch die Nachfrage nach Glücksspielen übermäßig zu beleben. Auf jeden Fall würde dieser etwaige Mangel an Kohärenz ausschließlich das Monopol berühren, das diese übermäßige und inkohärente Werbetätigkeit entfaltetete.

3. Die Art. 43 EG und 49 EG stehen einer Vorschrift entgegen, wonach sämtliche Konzessionen für Glücksspiele und Spielbanken auf der Grundlage einer Regelung erteilt werden, welche nicht diesem Mitgliedstaat angehörige Mitbewerber des Gemeinschaftsraums von der Ausschreibung ausgeschlossen hat.

Die Art. 43 EG und 49 EG stehen einer Laufzeitbegrenzung der Konzessionen auf fünfzehn Jahre nicht entgegen.“