URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

9. September 2010 *

In der Rechtssache C-64/08

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Landesgericht Linz (Österreich) mit Entscheidung vom 23. Januar 2008, beim Gerichtshof eingegangen am 19. Februar 2008, in dem Strafverfahren gegen

Ernst Engelmann erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J.-C. Bonichot, der Richterin C. Toader sowie der Richter K. Schiemann (Berichterstatter), P. Kūris und L. Bay Larsen,

Generalanwalt: J. Mazák,
Kanzler: K. Malacek, Verwaltungsrat,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2010,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— von E. Engelmann, vertreten durch die Rechtsanwälte P. Ruth und T. Talos und durch A. Stadler,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer als Bevollmächtigte,

— der belgischen Regierung, vertreten durch L. Van den Broeck als Bevollmächtigte im Beistand von P. Vlaemminck und A. Hubert, advocaten,

— der griechischen Regierung, vertreten durch A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou und E.-M. Mamouna als Bevollmächtigte,

— der spanischen Regierung, vertreten durch F. Díez Moreno als Bevollmächtigten,

— der portugiesischen Regierung, vertreten durch L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado und A. Barros als Bevollmächtigte,

— der Europäischen Kommission, zuerst vertreten durch P. Dejmek, dann durch E. Traversa und H. Krämer als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 23.Februar 2010

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 43 EG und 49 EG.

2 Es ergeht im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Herrn Engelmann wegen Verstoßes gegen die österreichischen Rechtsvorschriften über den Betrieb von Spielbanken.

Rechtlicher Rahmen

3 Das Glücksspielwesen ist in Österreich durch das Glücksspielgesetz in seiner im Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1989/620 veröffentlichten Fassung (im Folgenden: GSpG) geregelt.

4 Nach den parlamentarischen Materialien zum GSpG wird mit diesem Gesetz einerseits eine ordnungspolitische und andererseits eine fiskalische Zielsetzung verfolgt.

5 Hinsichtlich der ordnungspolitischen Zielsetzung wird im allgemeinen Teil der Erläuterungen zum GSpG ausgeführt, dass idealerweise ein gänzliches Verbot von Glücksspielen die sinnvollste Regelung wäre. Angesichts des bekannten Umstandes, dass der Spieltrieb dem Menschen nun einmal immanent gegeben zu sein scheine, sei es aber wesentlich sinnvoller, diesen Spieltrieb im Interesse des Einzelnen und der Gemeinschaft in geordnete Bahnen zu lenken. Dadurch werde zweierlei erreicht: Es werde eine in Staaten mit gänzlichem Glücksspielverbot zu beobachtende Abwanderung des Glücksspieles in die Illegalität vermieden, gleichzeitig erhalte sich der Staat die Möglichkeit, die nun auf legaler Basis betriebenen Glücksspiele zu überwachen, wobei diese Überwachung als oberste Zielsetzung den Schutz des Spielers vor Augen haben müsse.

6 In fiskalischer Hinsicht wird klargestellt, dass ein Interesse des Bundes gegeben sei, einen möglichst hohen Ertrag aus dem Glücksspielmonopol abschöpfen zu können. Bei der Regelung des Glücksspielwesens habe der Bund daher — unter Beachtung und Wahrung des ordnungspolitischen Ziels — eine Durchführung der Glücksspiele in der Richtung anzustreben, dass ihm ein möglichst hoher Ertrag aus diesem Monopol verbleibe.

7 § 3 GSpG begründet ein „staatliches Glücksspielmonopol“, indem er vorschreibt, dass das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit im GSpG nicht anderes bestimmt wird, dem Staat vorbehalten ist.

8 Nach § 21 Abs. 1 GSpG kann der Bundesminister für Finanzen das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch Erteilung einer Konzession übertragen. Insgesamt dürfen höchstens zwölf Konzessionen erteilt werden, und für das Gebiet einer Gemeinde darf nur eine Konzession erteilt werden.

9 Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer Spielbank sind in § 21 Abs. 2 GSpG festgelegt. Darin heißt es u. a., dass der Konzessionswerber eine Aktiengesellschaft sein muss, die ihren Sitz in Österreich hat und über ein Grundkapital von mindestens 22 Millionen Euro verfügt, und dass er aufgrund der Umstände erwarten lassen muss, dass er unter Beachtung der Vorschriften des GSpG über den Schutz der Spielteilnehmer für die Gebietskörperschaften den besten Abgabenertrag erzielt.

10 Nach § 22 GSpG darf die Dauer einer Konzession 15 Jahre nicht überschreiten.

11 Gemäß § 31 Abs. 1 GSpG hat der Bundesminister für Finanzen ein allgemeines Aufsichtsrecht über den Konzessionär. Zu diesem Zweck kann er in dessen Bücher Einsicht nehmen, und zur Ausübung des Aufsichtsrechts dürfen seine Mitarbeiter auch die Geschäftsräume des Konzessionärs betreten. Außerdem entsendet er nach § 31 Abs. 2 GSpG einen Staatskommissär in die Konzessionärsgesellschaft. Zudem ist ihm nach § 31 Abs. 3 GSpG der geprüfte Jahresabschluss binnen sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres vorzulegen.

12 Die Veranstaltung von Glücksspielen durch eine Person, die keine Konzession hierfür besitzt, und die gewerbsmäßige Teilnahme an unter solchen Bedingungen veranstalteten Spielen werden strafrechtlich verfolgt. Nach § 168 des österreichischen 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".

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

13 Inhaberin der zwölf in § 21 GSpG vorgesehenen Spielbankkonzessionen ist derzeit die Casinos Austria AG.

14 Diese Konzessionen wurden ihr ursprünglich durch Verwaltungsbeschluss vom 18. Dezember 1991 für die Höchstdauer von 15 Jahren erteilt.

15 Die Konzessionen für die sechs Spielbanken in Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburg und Wien wurden mit Wirkung vom 1. Januar 1998 vorzeitig für 15 Jahre neu vergeben, so dass sie am 31. Dezember 2012 enden. Die Konzessionen für die sechs Spielbanken in Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld und Velden wurden mit Wirkung vom 1. Januar 2001 ebenfalls für 15 Jahre neu vergeben und enden somit am 31. Dezember 2015.

16 Auf eine Frage des Gerichtshofs hat die österreichische Regierung bestätigt, dass sämtliche Konzessionen ohne vorherige öffentliche Ausschreibung vergeben wurden.

17 Herr Engelmann, der deutscher Staatsbürger ist, betrieb in Österreich Spielcasinos von Anfang 2004 bis 19. Juli 2006 in Linz und von April 2004 bis 14. April 2005 in Schärding. Er bot seinen Kunden dort 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 die Veranstaltung von Glücksspielen beworben, noch besaß er eine in einem anderen Mitgliedstaat erteilte rechtmäßige Erlaubnis hierfür.

18 Mit Urteil vom 5. März 2007 erkannte das Bezirksgericht Linz Herrn Engelmann schuldig, im Bundesgebiet der Republik Österreich Glücksspiele veranstaltet zu haben, um sich daraus einen Vermögensvorteil zuzuwenden. Er habe hierdurch das Vergehen der Veranstaltung unerlaubter Glücksspiele nach § 168 Abs. 1 StGB begangen. Deswegen wurde er zu einer Geldstrafe von 2 000 Euro verurteilt.

19 Gegen dieses Urteil legte Herr Engelmann beim Landesgericht Linz Berufung ein. Dieses hat Zweifel an der Vereinbarkeit der Bestimmungen des StGB in Verbindung mit den österreichischen Vorschriften über Glücksspiele mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Art. 43 EG und 49 EG.

20 Diese Zweifel gründen erstens darin, dass nach Kenntnis des vorlegenden Gerichts vor Erlass der einschlägigen Vorschriften des GSpG keine Untersuchung über die mit der Spielsucht verbundenen Gefahren und die rechtlichen bzw. faktischen Möglichkeiten der Prävention stattgefunden haben. Diese Vorschriften, so das Gericht, stünden im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der die Gründe, die von einem Mitgliedstaat zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit geltend gemacht werden könnten, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit

und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahmen begleitet werden müssten.

21 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, und insofern werde selbst eine aktive Aufforderung zur Teilnahme an Glücks- bzw. Wettspielen akzeptiert.

22 Drittens hat das Landesgericht Linz Bedenken, ob die Beschränkung der Konzessionsvergabe auf Aktiengesellschaften mit Sitz im Inland und die Rechtfertigung dieser Beschränkung mit den Zielen der Hintanhaltung von Wirtschaftskriminalität, Geldwäsche und der Spielsucht den Erfordernissen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit entspricht.

23 Viertens weist das Gericht auf das aktive Streben der nationalen Behörden nach Einnahmen aus dem Spielbankabgabeaufkommen hin. Dies stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der Beschränkungen der Grundfreiheiten im Bereich des Glücksspiels effektiv dem Ziel dienen müssten, die Gelegenheiten zum Spiel tatsächlich zu vermindern, und nicht dazu, eine Finanzierungsquelle zu erschließen.

24 Angenommen, so das vorlegende Gericht, das Unionsrecht erlaubte es, Herrn Engelmann 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. Würde ihm eine solche Konzession erteilt, entfiele auch der Tatbestand des unerlaubten Glücksspiels nach § 168 StGB.

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

„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 dahin gehend 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 Barablöse für einen Wettschein angeboten wird (TOI TOI TOI — Glaub' ans Glück)?

3. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend 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?“

Zu den Vorlagefragen

26 Herr Engelmann, der nicht bestreitet, keine Konzession für den Betrieb einer Spielbank in Österreich beantragt zu haben, konnte eine solche Konzession jedenfalls nicht erhalten, da er zum einen die nach den fraglichen nationalen Rechtsvorschriften verlangten Voraussetzungen, nämlich die Gründung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Österreich, nicht erfüllte und zum anderen sämtliche nach den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Konzessionen bereits an eine österreichische Gesellschaft vergeben worden waren. Dem vorlegenden Gericht zufolge hängt es von der Zulässigkeit dieses Ausschlusses ab, ob Herr Engelmann den Tatbestand der ihm zur Last gelegten Straftat verwirklicht hat. Daher sind zuerst die erste und die dritte Frage zu prüfen.

Zur ersten Frage

27 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 43 EG zwei Bedingungen entgegensteht, die die Inhaber von Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken nach den nationalen Rechtsvorschriften erfüllen müssen, nämlich dass sie die Rechtsform einer Aktiengesellschaft aufweisen und ihren Sitz im Inland haben.

Zur Verpflichtung der Konzessionäre, in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft aufzutreten

28 Die Bedingung, dass Wirtschaftsteilnehmer, die eine Spielbank betreiben wollen, in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft auftreten, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 43 EG dar. Sie hindert insbesondere Wirtschaftsteilnehmer, die natürliche Personen sind, und Unternehmen, die in ihrem Niederlassungsstaat eine andere Gesellschaftsform gewählt haben, daran, in Österreich eine Zweigniederlassung zu gründen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Juli 1984, Klopp, 107/83, Slg. 1984, 2971, Randnr. 19, vom 7. Juli 1988, Stanton und L'Étoile 1905, 143/87, Slg. 1988, 3877, Randnr. 11, und vom 29. April 2004, Kommission/Portugal, C-171/02, Slg. 2004, I-5645, Randnr. 42).

29 Zu prüfen ist, ob eine solche Beschränkung dennoch im Rahmen der Ausnahmeregelungen, die nach dem EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehen sind, zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Art. 46 Abs. 1 EG lässt Beschränkungen zu, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses herausgestellt, die diese Beschränkungen ebenfalls rechtfertigen können, wie insbesondere die Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsvorbeugung, der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen.

30 Wie die Europäische Kommission in ihrem Schriftsatz und der Generalanwalt in Nr. 68 seiner Schlussanträge ausgeführt haben, können es bestimmte Ziele möglicherweise rechtfertigen, einem Wirtschaftsteilnehmer eine bestimmte Rechtsform vorzuschreiben. Die Verpflichtungen, denen Aktiengesellschaften u. a. in Bezug auf ihre innere Organisation, ihre Buchführung, die Kontrollen, denen sie unterzogen werden können, und ihre Beziehungen zu Dritten unterliegen, können ein solches

Rechtsformerfordernis in Anbetracht der Besonderheiten des Glücksspielsektors und der mit diesem verbundenen Gefahren rechtfertigen.

31 Die Frage, ob im vorliegenden Fall mit dem Erfordernis, dass der Wirtschaftsteilnehmer in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft auftritt, tatsächlich derartige Ziele verfolgt werden und ob diese eine Rechtfertigung im Rahmen einer im EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelung oder eines von der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten zwingenden Grundes des Allgemeininteresses darstellen können sowie gegebenenfalls, ob dieses Erfordernis den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt, kann mangels zusätzlicher Angaben nicht beurteilt werden. Unter diesen Umständen ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, diese Beurteilung vorzunehmen.

Zur Verpflichtung der Inhaber von Spielbankkonzessionen, ihren Sitz im Inland zu haben

32 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 51 und 52 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, stellt die Verpflichtung der Inhaber von Spielbankkonzessionen, ihren Sitz im Inland zu haben, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 EG dar, weil sie Gesellschaften diskriminiert, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, und diese daran hindert, über eine Agentur, Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung Spielbanken in Österreich zu betreiben.

33 Diese Feststellung wird keineswegs durch den von der österreichischen Regierung angeführten Umstand in Frage gestellt, dass die Wirtschaftsteilnehmer dieser Verpflichtung erst ab dem Zeitpunkt, in dem sie ausgewählt worden seien, und nur für die Dauer der Konzession unterlägen. Wie der Generalanwalt in Nr. 62 seiner

Schlussanträge ausgeführt hat, kann eine solche Verpflichtung Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten wegen der Kosten der Niederlassung und der Einrichtung in Österreich, die sie im Fall ihrer erfolgreichen Bewerbung zu tragen hätten, von einer Bewerbung abhalten. Diese Regelung kann außerdem nicht vermeiden, dass eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat daran gehindert wird, in Österreich über eine Agentur, Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung eine Spielbank zu betreiben.

34 Hierzu ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass eine Beschränkung wie die hier festgestellte, soweit sie eine Diskriminierung darstellt, nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn sie einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung wie Art. 46 EG zugeordnet werden kann, d. h. der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Urteile vom 16. Januar 2003, Kommission/Italien, C-388/01, Slg. 2003, I-721, Randnr. 19, und vom 6. Oktober 2009, Kommission/Spanien, C-153/08, Slg. 2009, I-9735, Randnr. 37).

35 Außerdem muss eine solche Beschränkung den Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben, und kann nur dann als geeignet angesehen werden, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. September 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Randnrn. 59 bis 61).

36 Der österreichischen Regierung zufolge wird mit der Verpflichtung der Inhaber von Konzessionen, ihren Sitz im Inland zu haben, das Ziel verfolgt, eine effiziente Kontrolle der im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer zu ermöglichen, um der Ausnutzung der Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Insbesondere erlaube diese Verpflichtung eine gewisse Überwachung der Beschlüsse der Gesellschaftsorgane, da Vertreter des Staates in Organen wie dem Aufsichtsrat vertreten seien.

37 Ohne dass bestimmt zu werden bräuchte, ob dieses Ziel dem Begriff „öffentliche Ordnung“ zugeordnet werden kann, genügt hierzu die Feststellung, dass der kategorische Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, als unverhältnismäßig anzusehen ist, da er über das hinausgeht, was zur Bekämpfung der Kriminalität erforderlich ist. Es gibt nämlich mehrere Mittel, die Tätigkeit und die Konten dieser Wirtschaftsteilnehmer zu kontrollieren (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. November 2003, Gambelli u. a., C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Randnr. 74, vom 6. März 2007, Placanica u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Randnr. 62, und Kommission/Spanien, Randnr. 39).

38 So bestehen beispielsweise die Möglichkeit, für jede Spielbank eines Betreibers eine getrennte Buchführung zu verlangen, die von einem externen Buchprüfer überprüft wird, die Möglichkeit, gezielt über die Entscheidungen der Organe der Konzessionäre unterrichtet zu werden, und die Möglichkeit, Auskünfte über deren Führungskräfte oder Hauptaktionäre einzuholen. Außerdem kann, wie der Generalanwalt in Nr. 60 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen unabhängig vom Wohnsitz seiner Führungskräfte kontrolliert und Sanktionen unterworfen werden.

39 Im Übrigen steht im Hinblick auf die in Rede stehende Tätigkeit, d. h. den Betrieb von Spielbanken in Österreich, nichts einer Überprüfung in den Räumlichkeiten dieser Spielbanken entgegen, um u. a. betrügerischen Handlungen der Betreiber zum Nachteil der Verbraucher vorzubeugen.

40 Folglich ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 43 EG dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die den Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Wirtschaftsteilnehmern mit Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats vorbehält.

Zur dritten Frage

41 Auch wenn sich die dritte Frage ihrem Wortlaut nach auf die diskriminierenden Bedingungen bezieht, die nach nationalem Recht auf die Ausschreibung für die Vergabe von Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken in Österreich Anwendung fanden, steht angesichts der von der österreichischen Regierung erhaltenen Informationen fest, dass keine Ausschreibung erfolgt ist und im Hinblick auf die Vergabe der zwölf zur Zeit des Geschehens des Ausgangsverfahrens bestehenden Konzessionen mit Wirkung vom 1. Januar 1998 bzw. 1. Januar 2001 an die Casinos Austria AG nicht für Transparenz gesorgt worden war. Diese zwölf Konzessionen stellten im Übrigen die Gesamtheit der nach nationalem Recht vorgesehenen Konzessionen dar.

42 Daher ist die dritte Frage so zu verstehen, dass geklärt werden soll, ob Art. 43 EG und 49 EG einer Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats für eine Dauer von 15 Jahren, die ohne Ausschreibung erfolgt, entgegenstehen.

43 In diesem Zusammenhang lassen sich drei verschiedene Beschränkungen feststellen, erstens die Begrenzung der Zahl der Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken, zweitens die Vergabe der Konzessionen für eine Dauer von 15 Jahren und drittens die Tatsache, dass die Vergabe ohne jede Transparenz erfolgt ist. Für jede dieser Beschränkungen ist gesondert insbesondere zu prüfen, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemachten Ziels oder der von ihm geltend gemachten Ziele zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich ist (Urteile Placanica u. a., Randnr. 49, und vom 8. September 2010, Carmen Media Group, C-46/08, Slg. 2010, I-8145, Randnr. 60).

44 Was erstens die begrenzte Zahl von Spielbankkonzessionen betrifft, ergeben sich aus dieser Begrenzung Hemmnisse für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr (Urteil Placanica u. a., Randnrn. 50 und 51).

45 Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht ergibt sich jedoch, dass eine Begrenzung der Zahl der Konzessionen und damit der Spielbanken auf zwölf — was nach den Angaben der österreichischen Regierung einer Spielbank auf 750 000 Einwohner entspricht — im betroffenen Sektor bereits ihrem Wesen nach ermöglicht, die Gelegenheiten zum Spiel einzuschränken und damit ein Ziel des Allgemeininteresses zu erreichen, das durch das Unionsrecht anerkannt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile Gambelli u. a., Randnrn. 62 und 67; Placanica u. a., Randnr. 53, und Carmen Media Group, Randnr. 84). Da die Verbraucher sich an einen anderen Ort begeben müssen, um in einer Spielbank an den fraglichen Glücksspielen teilnehmen zu können, verstärkt eine Begrenzung der Zahl der Spielbanken die Hindernisse für die Teilnahme an derartigen Spielen.

46 Was zweitens die Dauer der Konzessionen betrifft, kann die Vergabe von Konzessionen für eine Dauer von bis zu 15 Jahren nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Ausübung der durch die Art. 43 EG und 49 EG gewährleisteten Freiheiten durch Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten behindern und sogar unmöglich machen und stellt daher eine Beschränkung der Ausübung dieser Freiheiten dar (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. März 2006, Kommission/Spanien, C-323/03, Slg. 2006, I-2161, Randnr. 44).

47 Was die Beurteilung der Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit dem Unionsrecht angeht, so können die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit als fundamentale Grundsätze des Vertrags nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten. Ferner ist die fragliche nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über

das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Urteil vom 9. März 2006, Kommission/Spanien, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

48 Dies scheint hier der Fall zu sein, da die Vergabe von Konzessionen für eine Dauer von bis zu 15 Jahren — vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht — insbesondere im Hinblick darauf als gerechtfertigt angesehen werden kann, dass der Konzessionär ausreichend Zeit benötigt, um die für die Gründung einer Spielbank erforderlichen Investitionen zu amortisieren.

49 Was drittens das Verfahren der Vergabe der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Konzessionen betrifft, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Dienstleistungskonzessionen beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts zwar von keiner der Richtlinien erfasst werden, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt hat, die öffentlichen Stellen, die solche Konzessionen vergeben, jedoch die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art. 43 EG und 49 EG und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten haben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress, C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 60 und 61, vom 21. Juli 2005, Coname, C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 16 bis 19, vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnrn. 46 bis 48, vom 13. April 2010, Wall, C-91/08, Slg. 2010, I-2815, Randnr. 33, und vom 3. Juni 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Slg. 2010, I-4695, Randnr. 39).

50 Auch wenn das Transparenzgebot, das gilt, wenn die betreffende Dienstleistungskonzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist, nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (Urteil Sporting Exchange, Randnrn. 40 und 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 Die ohne jede Transparenz erfolgende Vergabe einer Konzession an einen Wirtschaftsteilnehmer, der in dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, dem der öffentliche Auftraggeber zugehört, stellt eine Ungleichbehandlung zum Nachteil von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern dar, die keine reale Möglichkeit haben, ihr Interesse an der fraglichen Konzession zu bekunden. Eine derartige Ungleichbehandlung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar, die nach den Art. 43 EG und 49 EG verboten ist, sofern sie nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile Coname, Randnr. 19, Parking Brixen, Randnr. 50, und vom 17. Juli 2008, ASM Brescia, C-347/06, Slg. 2008, I-5641, Randnrn. 59 und 60).

52 Dass die Erteilung von Genehmigungen für den Betrieb von Spielbanken nicht mit Dienstleistungskonzessionsverträgen gleichzustellen ist, kann für sich allein nicht rechtfertigen, dass die Erfordernisse, die sich aus Art. 49 EG ergeben, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, nicht beachtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil Sporting Exchange, Randnr. 46).

53 Das Transparenzgebot ist nämlich eine zwingende Vorbedingung des Rechts eines Mitgliedstaats, Genehmigungen für den Betrieb von Spielbanken zu erteilen, unabhängig davon, wie die Betreiber ausgewählt werden, weil die Auswirkungen einer Erteilung derartiger Genehmigungen auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen, die möglicherweise an dieser Tätigkeit interessiert sind, die gleichen sind wie im Falle eines Konzessionsvertrags.

54 Besteht in einem Mitgliedstaat eine Regelung über die Erteilung von Genehmigungen, mit der rechtmäßige, von der Rechtsprechung anerkannte Zwecke verfolgt werden, kann eine solche Regelung keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die geeignet ist, den Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere wenn sie Grundfreiheiten wie die im Ausgangsverfahren fraglichen betreffen, ihre

praktische Wirksamkeit zu nehmen (vgl. u. a. Urteile Sporting Exchange, Randnr. 49, und Carmen Media Group, Randnr. 86).

55 Nach ständiger Rechtsprechung muss ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung nämlich, damit es trotz des Eingriffs in solche Grundfreiheiten gerechtfertigt ist, auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt werden. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein wirkungsvoller Rechtsweg offen stehen (vgl. Urteile Sporting Exchange, Randnr. 50, und Carmen Media Group, Randnr. 87).

56 Im Ausgangsverfahren steht das völlige Fehlen von Transparenz bei der Vergabe der Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken mit Wirkung vom 1. Januar 1998 und 1. Januar 2001 nicht mit den Art. 43 EG und 49 EG im Einklang.

57 Die österreichische Regierung hat sich in diesem Zusammenhang darauf beschränkt, auszuführen, dass das Verfahren der Vergabe der Konzessionen mit dem damals geltenden nationalen Recht im Einklang gestanden habe, und geltend zu machen, dass der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur damaligen Zeit kein Transparenzerfordernis zu entnehmen gewesen sei. Ferner hätten sich die Wirtschaftsteilnehmer, die die nach dem geltenden Recht vorgesehenen Voraussetzungen erfüllten, unaufgefordert um eine Konzession bewerben können. Keiner dieser Umstände stellt jedoch eine Rechtfertigung im Rahmen einer vom Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelung oder eines durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten zwingenden Grundes des Allgemeininteresses dar, die die ohne jede Transparenz erfolgte Erteilung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Konzessionen zu rechtfertigen vermag.

58 Nach alledem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass das Transparenzgebot, das sich aus den Art. 43 EG und 49 EG sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergibt, einer Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, die ohne Ausschreibung erfolgt, entgegensteht.

Zur zweiten Frage

59 Angesichts der Antworten auf die erste und die dritte Frage sowie der Verbindung, die das vorlegende Gericht, wie in Randnr. 26 des vorliegenden Urteils ausgeführt, zwischen dem Tatbestand der Herrn Engelmann vorgeworfenen Straftat und der Frage sieht, ob dieser rechtmäßig von der Möglichkeit ausgeschlossen wurde, eine Konzession zu erhalten, braucht die zweite Frage nicht beantwortet zu werden.

Kosten

60 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Art. 43 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die den Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Wirtschaftsteilnehmern mit Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats vorbehält.**

2. **Das Transparenzgebot, das sich aus den Art. 43 EG und 49 EG sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergibt, steht einer Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, die ohne Ausschreibung erfolgt, entgegen.**

Unterschriften