

# Glücksspiele und Europarecht

Ausgewählte mitgliedstaatliche Glücksspielregelungen  
unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH

Siegbert Alber

Vollständiger Abdruck der von der Fakultät für Staats- und Sozialwissenschaften der Universität der Bundeswehr München zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)

genehmigten Dissertation.

Gutachter:

1. Prof. Dr. Rupert Stettner
2. Prof. Dr. Daniel Erasmus Khan
3. Prof. Dr. Matthias Rossi

Die Dissertation wurde am 16. Juni 2016 bei der Universität der Bundeswehr München eingereicht und durch die Fakultät für Staats- und Sozialwissenschaften angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 5. April 2017 statt.



## Zusammenfassung

Der Schwerpunkt der Arbeit betrifft die Bewertung der Rechtsprechung zu Glücksspielen, insbesondere derjenigen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH). Sowohl das Veranstanen von Glücksspielen wie ebenso deren Vermittlung werden vom EuGH als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne des europäischen Binnenmarktes angesehen, wobei sie in ihrer praktischen Ausgestaltung überwiegend als Dienstleistungen einzustufen sind. Trotz des beachtlichen Umfangs des Glücksspielmarktes ist dieser jedoch nicht europarechtlich geregelt, vielmehr gelten insoweit nur mitgliedstaatliche Bestimmungen. Dabei gäbe es gem. Art. 59 AEUV bzw. Art. 50 im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit für das Europäische Parlament und den Rat die Möglichkeit, diese Tätigkeiten zu liberalisieren, also europarechtlich zu regeln. Da der Rat dies wegen der ablehnenden Haltung der Mitgliedsstaaten jedoch nicht will, ist auch die Kommission insoweit nicht initiativ geworden. Nur zu den Online-spielen hat sie insbesondere wegen der grenzüberschreitenden Auswirkungen und Verzerrungen ein Grünbuch vorgelegt und die daraus geschlossenen Folgerungen in einer Empfehlung an die Mitgliedsstaaten gerichtet, die jedoch gerichtlich angefochten worden ist.

Aufgrund dieser Ausgangslage ist es eigentlich der EuGH, der sich zur Auslegung europarechtlicher Bestimmungen im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Glücksspielregelungen äußert, zumal er insoweit mit zahlreichen Vorabentscheidungsersuchen befasst worden ist. Ihm kommt daher eine besondere Bedeutung im Glücksspielbereich zu, weshalb auch die Kommentierung dieser Rechtsprechung den Hauptteil der Dissertation bildet.

Die dargestellten über 50 EuGH-Judikate, die praktisch die gesamte EuGH-Rechtsprechung zu Glücksspielen umfassen, beeinflussen auch die nationalen Glücksspielregelungen, die laufend geändert bzw. ergänzt werden. Der Gerichtshof hält fest, dass es den Mitgliedsstaaten

## Abstract

The main focus of this work is on the evaluation of the jurisdiction on games of chance especially by the European Court of Justice (ECJ). Both the organizing as well as the brokerage of games of chance are considered by the ECJ to be commercial activities in terms of the European single market whereas, in the practical process, they predominantly are classified as services. Despite of the considerable size of the gambling market it is not yet defined under European law; rather only individual regulations and provisions by the Member States on their own are existing. Nevertheless, according to Art. 59 TFEU respectively Art. 50 with regard to the freedom of establishment, the European Parliament and the Council would be entitled to regulate these activities on a European level and thus liberalizing them. But since the Council is unwilling to do so because of the negative attitude of the Member States, also the Commission does not intend to take any initiative in this regard. Only concerning online gambling, the Commission has now adapted a Green Paper because of the transboundary effects and distortions and has directed the resulting conclusions with a recommendation to the Member States which was lodged a complaint.

Given this situation, the ECJ expresses its concern about European regulations in the context to regulations and provisions for gambling by the Member States themselves in particular in connection with the handling of preliminary rulings. Therefore, the ECJ plays an important role in the gambling field. This is why the comments on the jurisdiction make out the main part of the dissertation.

The more than 50 ECJ decisions presented herein and which practically include the entire ECJ jurisdiction also have an influence on the national gambling regulations which are constantly modified or supplemented. The Court accepts the full

freisteht, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen. Dies bedeutet, dass die Mitgliedsstaaten die volle Regelungsbefugnis auf dem Gebiet der Glücksspiele haben, d. h. dass sie die Spiele ganz verbieten oder völlig erlauben oder „Zwischenlösungen“ wählen können, wie z. B. Monopole oder die Vergabe von Konzessionen, wobei deren Limitierung auf 20 in Deutschland zu Gerichtsverfahren führte, gemäß denen diese Limitierung nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.

Innerhalb der nationalen Regelungen halten einige Länder noch an einem Monopol fest, das vor allen Dingen aus Gründen des Spielerschutzes nötig sei. In Deutschland gilt dieses Monopol für Lotterien, obwohl diese nachweislich im Gegensatz zu den Automaten spielen am wenigsten suchtfördernd sind.

Wenn die mitgliedstaatlichen Regulierungen zur Beschränkung einer Grundfreiheit des Binnenmarktes führen, müssen sie gerechtfertigt werden. Der Gerichtshof hat eine Reihe von Rechtfertigungsgründen anerkannt, wie z. B. die Bekämpfung der Spielsucht oder der Kriminalität respektive der Geldwäsche bzw. die Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Trotz des Ermessens der Mitgliedstaaten müssen die von ihnen vorgeschriebenen restriktiven Maßnahmen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen. Die Erzielung von Einnahmen stellt dagegen nur eine erfreuliche Nebenfolge dar und keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund für die übernommene restriktive Handhabungspolitik.

Sollte das Ziel der streitigen nationalen Regelung darin bestehen, die mit Glücksspielen zusammenhängende Kriminalität zu bekämpfen, indem Spieler auf erlaubte und geregelte Spiele gelenkt werden, kann eine Expansionspolitik, die u. a. durch eine Ausweitung des Glücksspielangebots und Werbung für Glücksspiele gekennzeichnet ist, nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten tatsächlich ein Problem

regulatory power of the Member States to set the objectives of their policy on betting and gaming and to define the level of protection sought. This means that these may totally prohibit or fully allow gambling or chose a kind of “interim solutions” such as e. g. monopolies or issuing concessions; whereas the limitation of concessions up to 20 pieces lead to legal proceedings in Germany with the effect that this kind of limitation could no longer be sustained.

Some countries still adhere to monopolies what is necessary concerning player protection. In Germany, this monopoly applies for lotteries even though, in contrast to slot machines, lotteries are considerably less addictive.

If the regulations of the Member States lead to a restriction of the fundamental freedom of the internal market, they have to be justified. The Court has accepted some justification reasons such as measures to combat gambling addiction or crime respectively money laundering or on the basis of overriding reasons in the public interest. In any event, despite the discretion accorded to the Member States in the gambling sector, the restrictive measures that they impose must satisfy the conditions laid down in the case law of the Court concerning their proportionality. The achievement of winnings on the other hand constitutes only an incidental beneficial consequence and not the real justification for the restrictive policy adopted.

Insofar, as to the combating of criminality related to gambling by channeling players into authorized circuits as being the objective pursued by the national legislation a policy of expansion characterized, *inter alia*, by the expansion of the supply of games of chance and by the advertising of those games, can only be regarded as consistent to the extent that there is actually a problem of criminal and fraudulent activi-

lem erheblichen Umfangs darstellen, dem eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten abhelfen könnte. Im Übrigen müssen die Ausweitung des Glücksspielangebots und die Werbung für diese Glücksspiele maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken.

Die tatsächliche Verfolgung der Rechtfertigungsziele ist für den EuGH unabdingbar, was in einer Prüfung zu erfolgen hat, die nicht von ungefähr „hypocrisy test“, also Scheinheiligkeitstest, genannt wird, weil mitunter der Eindruck entstehen könnte, dass es primär doch um Einnahmen geht. Im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen müsste auch gefragt werden, ob diese nur von staatlichen Organen oder Betreibern erfüllt und kontrolliert werden können, oder nicht auch von privaten Anbietern, sofern diese seriös und zuverlässig sind.

Von besonderer Bedeutung ist für den EuGH die Kohärenz der jeweiligen Regelung. Dabei sind die Restriktionen in ihrer Gesamtheit zu bewerten, die insgesamt stimmig sein muss, sodass nicht die Zielsetzung durch verschiedene Einzelregelungen unterlaufen wird. Nur eine „kohärente und systematische“ Regelung kann verhältnismäßig sein.

Der Gerichtshof stellt im Glücksspielbereich auch eine Reihe von Grundsätzen auf und hält an Grundaussagen fest, die er praktisch wortgleich in den meisten Entscheidungen wiederholt.

Wenn die Rechtsprechung des EuGH zu den Glücksspielen mitunter als zu zurückhaltend kritisiert wird, ist zu bedenken, dass es sich beim größten Teil der Rechtsachen nicht um Vertragsverletzungen oder sonstige Klagen handelt, sondern um Vorabentscheidungen, in denen der Gerichtshof nur die von den vorliegenden mitgliedstaatlichen Gerichten gestellten Fragen beantworten kann, zumal er von einem „obiter dictum“ insoweit nicht Gebrauch macht.

ties on a significant scale linked to gambling in the respective country which could be dealt with by the expansion of authorized and regulated activities. Moreover, the expansion of the supply of games of chance and the advertising of those games must remain measured and strictly limited to what is necessary in order to channel consumers towards controlled gaming networks.

For the ECJ, the persecution of the justification goals is indispensable. This is made by a so-called “hypocrisy test”, thus assuming that in the end and primarily, the main focus is on the earnings. In this respect, the question should come up whether the justification reasons can be fulfilled and controlled by governmental bodies or operators only or even by private providers, as long as those are trustworthy and reliable.

For the ECJ, the coherence of the respective regulation is of particular importance. Thereby, the restrictions must be considered as a whole which has to be consistent so that the goal cannot be undermined by various single regulations. Only a “consistent and systematic” regulation can be proportionate.

Concerning the gambling business, the Court establishes mandatory principles and adheres to basic statements which it re-iterates in most of its decisions in the same words.

In case that the ECJ jurisdiction concerning gambling is criticized as being cautious, it should be taken into consideration that a majority of these cases does not concern actions of failure to fulfill obligations or the like, but preliminary rulings where the Court can only answer the questions of referring courts of the Member States, given that it does not avail an “obiter dictum” in this respect.

Neben den ordnungspolitischen und binnenmarktrelevanten Aspekten der Glücksspielregelungen, die die meisten Glücksspielrechtssachen betreffen, befasst sich der EuGH auch mit steuer- und abgaberechtlichen Problemen der Glücksspielregelungen, die von der Bestimmung des Besteuerungsortes und der Bemessungsgrundlage über die Wirkungen der steuerlichen Neutralität bis zur Gleichbehandlung in- und ausländischer Gewinne und zu Fragen der Nichtdiskriminierung reichen.

Ebenso nimmt der Gerichtshof zu Gewinnmöglichkeiten, die nicht aus „klassischen“ Glücksspielen stammen, und zu im Zusammenhang mit Glücksspielen stehenden, aber nicht glücksspielrelevanten Rechtsfragen, wie z. B. Transparenzpflichten oder prozessualen Aspekten, Stellung.

Die dargestellte Judikatur des EuGH wird noch durch die Glücksspiel-Rechtsprechung verschiedener anderer europäischer und insbesondere deutscher Gerichte erweitert. Zudem wird sie ergänzt durch Ausführungen zur Geschichte der Glücksspiele, zu deren Arten und Definitionen und zu Ausblicken auf evtl. künftige Entwicklungen. Zu begrüßen wäre dabei eine europarechtliche Harmonisierung der Glücksspielregelung und eine Vereinheitlichung der Steuer- und Abgabensätze, um unliebsame Verzerrungen zu vermeiden. Nur so können auch die bestehenden und sogar noch wachsenden Schwarz- und Graumärkte beseitigt werden.

Apart from the relevant aspects of gambling regulations concerning regulative and domestic market referring to most of the gambling issues, the ECJ has to deal also with tax requirements concerning gambling regulations reaching from locating the place of taxation and assessment basis over the effects of fiscal neutrality up to equal treating of domestic and foreign winnings as well as concerning questions of non-discrimination.

Furthermore, the Court takes a position as to profit opportunities of non-classical lotteries and to legal issues in connection with lotteries which are not related to gaming as such, e. g. obligation of transparency or procedural aspects.

The mentioned judicature of the ECJ is extended through the jurisprudence of various other European and German courts. Besides, it is supplemented by further explanations concerning the history of lotteries including kind and definition as well as future development. A European harmonization of the gaming law regulation and a unification of taxes and duties would be welcome to avoid unpleasant distortions. Only this way, the existing and even still growing black and grey markets could be eliminated.

**Glücksspiele und Europarecht  
Kurzer Gesamtüberblick**

	<b>Seiten</b>
Detailliertes Inhaltsverzeichnis	VII–XIV
Literaturverzeichnis	XV–XXVI
Dokumentenverzeichnis	XXVII
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII–XXXI
Glücksspiele und Europarecht	1–454
Teil A – Fragestellungen und auszuwertende Rechtsprechung	
Teil B – Allgemeine Ausführungen zu den Glücksspielen, Begriffsbestimmungen, Glücksspielarten, Geschichte der Glücksspiele	
Teil C – Ausgewählte mitgliedstaatliche Glücksspielregelungen	
Teil D – Europarechtliche Aspekte, anwendbare Bestimmungen und Grundsätze	
Teil E – (Hauptteil) Die Rechtsprechung zu Glücksspielen	
Teil F – Eventuell künftige Entwicklungen	

# GLÜCKSSPIELE UND EUROPARECHT

## Ausgewählte mitgliedstaatliche Glücksspielregelungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH

### Inhaltsverzeichnis

<b>TEIL A: KURZÜBERSICHT ZU DEN GLÜCKSSPIELREGELUNGEN, PRÜFUNGSGEGENSTAND, FRAGESTELLUNGEN UND AUSZUWERTENDE RECHTSPRECHUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>I Einführende Kurzübersicht und Vorbemerkungen zu den Glücksspielregelungen</b> .....	<b>1</b>
<b>II Zu prüfende Fragen und Aufbau</b> .....	<b>2</b>
1 Einleitende Bemerkungen.....	2
2 Aufbau und Prüfungsabläufe .....	3
3 Fragestellungen und Prüfungsmaßstäbe .....	3
<b>III Die auszuwertende Rechtsprechung</b> .....	<b>6</b>
1 Vorbemerkungen zur Darstellung.....	6
2 Zusammenfassender Überblick über die zu besprechenden EuGH-Urteile und Schlussanträge – voller Namenswortlaut der Rechtssachen und Zitierweise.....	7
3 Die einzelnen Judikate und Schlussanträge .....	7
3.1 Die Rechtssachen der GRUPPE 1: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen unter ordnungspolitischen und binnenmarktrelevanten Aspekten.....	7
3.2 Die Rechtssachen der GRUPPE 2: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen mit steuer- bzw. abgaberechtlichen Bezügen .....	10
3.3 Die Rechtssachen der GRUPPE 3: Urteile und Schlussanträge i. Z. m. Glücksspielen, jedoch im Hinblick auf andere, nicht glücksspielspezifische Fragen wie z. B. Konzessionsvergaben, Ausschreibungen und Transparenz- oder Notifizierungspflichten.....	12
3.4 Die Rechtssache der GRUPPE 4: Urteil und Schlussanträge zu einem bloßen Unterhaltungsspiel ohne Geldgewinn (i. Z. m. der Verletzung der Menschenwürde) .....	12
3.5 Die Rechtssachen der GRUPPE 5: Urteile und Schlussanträge zu Gewinnmöglichkeiten (ohne Geldeinsatz) .....	12
3.6 Die Rechtssachen der GRUPPE 6: Entscheidungen und Schlussanträge sowie Einzelaspekte – z. T. aus bereits in den vorigen Gruppen genannten Urteilen – zu verschiedenen, aber i. Z. m. Glücksspielen stehenden, nicht glücksspielspezifischen Rechtsfragen .....	13
<b>TEIL B: VORBEMERKENDE UND ALLGEMEINE AUSFÜHRUNGEN ZU DEN GLÜCKSSPIELEN</b> .....	<b>14</b>
<b>I Begriffsbestimmungen – Definition eines Glücksspiels</b> .....	<b>14</b>
1 Keine Definition durch europäische Rechtsakte oder die EuGH- Rechtsprechung.....	14
2 Begriffsbestimmungen gem. deutschem Recht und deutscher Rechtsprechung .....	14
3 Definitionen anderer Stellen .....	15
4 Definition nach den Glücksspielstaatsverträgen von 2008 und 2012.....	15
<b>II Abgrenzungen der Glücksspiele von anderen Spielarten</b> .....	<b>16</b>
1 Gewinnmöglichkeiten ohne Geldeinsatz bzw. gegen ein nur geringes Entgelt.....	16
2 Geschicklichkeitsspiele.....	17
3 Unterhaltungsspiele .....	18

<b>III</b>	<b>Arten der Glücksspiele und deren Besonderheiten .....</b>	<b>18</b>
1	Glücksspielarten.....	18
1.1	Einteilung nach Generalanwalt Gulmann.....	18
1.2	Einteilung nach Generalanwalt Bot.....	19
1.3	Glücksspielarten nach dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung .....	19
1.4	Einteilung nach Wikipedia .....	19
1.5	Einteilung gemäß der italienischen Regelung.....	20
1.6	Die Einteilung in Deutschland .....	20
1.7	Ergänzende Bemerkungen zu den Wetten.....	20
1.8	Ergänzende Bemerkungen zu Hausverlosungen .....	20
2	Einzelheiten und Besonderheiten der Glücksspiele.....	21
<b>IV</b>	<b>Zusammenfassende und ergänzende Bemerkungen zu den Glücksspielarten und deren Abgrenzungen .....</b>	<b>24</b>
<b>V</b>	<b>Geschichte der Glücksspiele .....</b>	<b>25</b>
1	Allgemeine Ausführungen .....	25
2	Folgerungen aus der Geschichte .....	30
<b>VI</b>	<b>Zu den Glücksspielmärkten .....</b>	<b>31</b>
1	Allgemeine Anmerkungen .....	31
2	Der Glücksspielmarkt in Deutschland .....	32
<b>TEIL C: AUSGEWÄHLTE MITGLIEDSTAATLICHE REGELUNGEN DER GLÜCKSSPIELE.....</b>		<b>36</b>
<b>I</b>	<b>Die Regelungen der Glücksspiele in Deutschland.....</b>	<b>36</b>
1	Vorbemerkungen .....	36
1.1	Relevante EuGH-Entscheidungen.....	36
1.2	Das Recht zur Gesetzgebung in Deutschland.....	36
2	Bundesrechtliche Bestimmungen .....	37
2.1	Grundgesetz.....	37
2.2	Zivil- und strafrechtliche Bestimmungen.....	37
2.3	Das Rennwett- und Lotteriegesetz .....	38
2.4	Die Gewerbeordnung .....	38
2.5	Die Spielverordnung.....	39
2.6	Steuerrechtliche und abgabenrechtliche Regelungen.....	40
2.7	Anderes Bundesrecht.....	42
3	Zur Entwicklung der deutschen Rechtslage zu den Glücksspielen .....	42
3.1	Die Rechtslage bis zum GlüStV von 2008.....	42
3.2	Der GlüStV von 2008.....	43
3.3	Der GlüStV von 2012 (1.GlüÄndStV).....	43
4	Die wesentlichen Änderungen bzw. Neuerungen des GlüStV von 2012 .....	44
5	Zur (zweiten) Notifizierung des GlüStV von 2012 .....	46
6	Bewertung.....	46
7	Zu den Schwierigkeiten der Vergabe der Konzessionen für Sportwetten und zum Glücksspielkollegium .....	47
8	Dem 1. GlüStV nachfolgende Rechtsakte .....	49
8.1	Die Umsetzungsgesetze in Landesrecht .....	49
8.2	Die Spielhallengesetze .....	49
8.3	Der Evaluierungsbericht zum 1. GlüÄndStV.....	49
8.4	Die Werberichtlinie .....	49
9	Der Entwurf eines Staatsvertrags zur Gründung der Gemeinsamen Klassenlotterie .....	50
10	Weiteres gemeinsames Landesrecht – der Rundfunkstaatsvertrag.....	50

11	Einzelne Landesrechte .....	50
11.1	Spielbankengesetze .....	50
11.2	Spielhallengesetze .....	51
11.3	Besondere Regelungen – DDR-Lizenzen.....	51
11.4	Das Glücksspielgesetz (GSpG) von Schleswig-Holstein.....	51
12	Kommunales Recht (i. V. m. Bundes- bzw. Landesrecht) .....	52
12.1	Vergnügungssteuer und Gewerbesteuer .....	52
12.2	Kommunale Rechtsfolgen aus der Baunutzungsverordnung .....	52
<b>II</b>	<b>Die österreichischen Regelungen .....</b>	<b>53</b>
1	Allgemeine Anmerkungen .....	53
2	Die Regelungen im Einzelnen .....	54
<b>III</b>	<b>Die italienischen Glücksspielregelungen.....</b>	<b>58</b>
1	Allgemeine Vorbemerkungen und historische Entwicklung.....	58
2	Zu den Konzessionen.....	59
3	Zu den polizeilichen Genehmigungen .....	59
4	Die strafrechtlichen Sanktionen.....	60
5	Die italienischen Regelungen in der Zusammenfassung .....	60
6	Bewertung der italienischen Glücksspielregeln.....	61
7	Besondere italienische Rechtsprechung.....	61
<b>IV</b>	<b>Hinweise auf weitere mitgliedstaatliche Regelungen.....</b>	<b>61</b>
<b>V</b>	<b>Zusammengefasste mitgliedstaatliche Glücksspielregelungen .....</b>	<b>61</b>
<b>VI</b>	<b>Zusammenfassende Bemerkungen zu den Sachstandsberichten .....</b>	<b>62</b>

## **TEIL D: EUROPARECHTLICHE ASPEKTE ZU DEN GLÜCKSSPIELEN – ANWENDBARE EUROPARECHTLICHE BESTIMMUNGEN UND**

<b>GRUNDSÄTZE .....</b>	<b>63</b>
<b>I Grundrechte als Prüfungsmaßstab .....</b>	<b>63</b>
1 Die europarechtliche Pflicht zur Beachtung der Grundrechte gemäß dem Vertrag über die Europäische Union (EUV).....	63
2 Zum Geltungsumfang der Rechte der Grundrechtecharta (GRCh) .....	63
2.1 Allgemeine Geltung .....	63
2.2 Zur freien Berufsausübung und zur unternehmerischen Freiheit.....	65
3 Zur Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und den nationalen Verfassungsüberlieferungen.....	66
3.1 Zur EMRK.....	66
3.2 Zu den gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen .....	66
<b>II Bestimmungen des AEUV und daraus abgeleitete Regelungen als Prüfungsmaßstäbe .....</b>	<b>66</b>
1 Fehlen eigener primärrechtlicher Regelungen speziell für Glücksspiele .....	66
2 Fehlen eigenen sektorspezifischen Sekundärrechts für Glücksspiele.....	67
3 Aus dem Primärrecht abgeleitete Grundsätze.....	67
4 Der Begriff des Binnenmarktes und seine Freizügigkeiten .....	67
5 Zur Abgrenzung der Grundfreiheiten .....	68
6 Die Normierung der einzelnen Freizügigkeiten des Binnenmarktes .....	69
7 Zum Wesensgehalt der Grundfreiheiten – Die Beschränkungsverbote.....	70
7.1 Zum Beschränkungsverbot der Warenverkehrsfreiheit.....	70
7.2 Zum Beschränkungsverbot der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.....	70
7.3 Zum Beschränkungsverbot des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs .....	71
7.4 Zu Ausnahmen von der Anwendung der Binnenmarktfreiheiten .....	71
8 Zu den primärrechtlichen Rechtfertigungsgründen für eine Beschränkung.....	71
9 Weitere, vom EuGH entwickelte Rechtfertigungsgründe .....	72

10	Weitere, auch auf Glücksspiele anwendbare AEUV-Bestimmungen .....	72
10.1	Die Wettbewerbsregeln .....	72
10.2	Die Regeln über die staatlichen Beihilfen .....	74
<b>III</b>	<b>Ausführungen zum auch Glücksspiele betreffenden Sekundärrecht .....</b>	<b>75</b>
1	Anwendung sektorübergreifender, sekundärrechtlicher Regelungen .....	75
1.1	Allgemeine Anmerkungen und relevante Rechtsakte .....	75
1.2	Die Sechste Richtlinie bzw. die RL 2006/112/EG .....	75
1.3	Die Notifizierungs-Richtlinie .....	76
1.4	Die Vergabe-Richtlinien.....	78
1.5	Weiteres, auch auf Glücksspiele anwendbares Sekundärrecht .....	79
2	Ausdrücklich genannte Nichtanwendung von Sekundärrechtsakten auf Glücksspiele.....	79
<b>IV</b>	<b>Anwendung weiterer, nicht normierter Grundsätze .....</b>	<b>80</b>
1	Die zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse.....	80
2	Der Grundsatz der Kohärenz .....	82
2.1	Allgemeine Anmerkungen .....	82
2.2	Unterarten der Kohärenz .....	83
2.3	Die Kohärenz in der Rechtsprechung.....	85
2.4	Die Kohärenz in Politik und Gesetzgebung .....	85
3	Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und dessen Nichtanwendung auf Glücksspiele.....	86
4	Der Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatz .....	88
5	Grundsätze zur Ermessensausübung.....	88
6	Der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Transparenz.....	89
7	Zur Wirksamkeit des europäischen Rechts.....	90
7.1	Der Grundsatz der Vorrangswirkung des europäischen Rechts .....	90
7.2	Die Bindungswirkung der EuGH-Urteile in Vorabentscheidungsverfahren .....	91
8	Der Grundsatz der Rechtssicherheit .....	91
9	Zur zeitlichen Wirkung eines Urteils.....	91
10	Die mitgliedstaatliche Haftung .....	92
	<b>TEIL E: DIE RECHTSPRECHUNG ZU GLÜCKSSPIELEN .....</b>	<b>94</b>
<b>I</b>	<b>EuGH-Urteile und Schlussanträge.....</b>	<b>94</b>
1	Vorbemerkungen .....	94
1.1	Zur Reihenfolge der Darstellung.....	94
1.2	Zur inhaltlichen Darstellung.....	94
1.3	Zur förmlichen Darstellung .....	95
2	Verfahrensrechtliche Anmerkungen .....	96
3	Die einzelnen Judikate und Schlussanträge .....	96
3.1	GRUPPE 1: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen unter ordnungspolitischen und binnenmarktrelevanten Aspekten.....	96
3.1.1	Die Rechtssache SCHINDLER (G1/1).....	96
3.1.2	Die Rechtssache LÄÄRÄ (CMS und TAS) (G1/2).....	114
3.1.3	Die Rechtssache ZENATTI (G1/3) .....	123
3.1.4	Die Rechtssache ANOMAR (G1/4).....	128
3.1.5	Die Rechtsache GAMBELLI u. a. (G1/5) .....	135
3.1.6	Die verb. Rechtssachen PLACANICA u. a. (G1/6).....	145
3.1.7	Die Rechtssachen D'ANTONIO u. a.; DI MAGGIO u. a.; DAMONTE; GALLO u. a. (G1/7) .....	156
3.1.8	Die Rechtssache LIGA PORTUGUESA (G1/8).....	158

3.1.9 Die Rechtssachen SPORTING EXCHANGE und LADBROKES (G1/9 a und b) .....	168
3.1.9a Die Rechtssache SPORTING EXCHANGE (G1/9a).....	170
3.1.9b Die Rechtssache LADBROKES (G1/9b).....	175
3.1.10 Die verb. Rechtssachen SJÖBERG und GERDIN (G1/10) .....	181
3.1.11 Die Rechtssache WINNER WETTEN (G1/11) .....	187
3.1.12 Die verb. Rechtssachen MARKUS STOß u. a. (G1/12) .....	198
3.1.13 Die Rechtssache CARMEN MEDIA (G1/13).....	213
3.1.14 Die Rechtssache ENGELMANN (G1/14) .....	224
3.1.15 Die Rechtssache ZETURF (G1/15).....	233
3.1.16 Die Rechtssache DICKINGER und ÖMER (G1/16) .....	241
3.1.17 Die verbundenen Rechtssachen COSTA und CIFONE (G1/17).....	258
3.1.18 – 3.1.25 Die verb. Rechtssachen FERAZOLLI u. a. (G1/18), SACCHI, MINESI, PULIGANI, RUSSO, RIZZO, ARRICHIELLO und VENERUSO (G1/19)–(G1/25) .....	269
3.1.26 Die Rechtssache HIT Hoteli und HIT LARIX (G1/26) .....	270
3.1.27 Die Rechtssache SIA GARKALNS (G1/27).....	273
3.1.28 Die Rechtssache STANLEYBET, HILL und SPORTINGBET (G1/28).....	275
3.1.29 Die verb. Rechtssachen BIASCI u. a. (G1/29).....	282
3.1.30 Die Rechtssache PFLEGER u. a. (G1/30).....	287
3.1.31 Die Rechtssache DIGIBET und ALBERS (G1/31) .....	294
3.1.32 Die Rechtssache INCE (G1/32) .....	297
3.1.33 Die Rechtssache LAEZZA (G1/33) .....	305
3.1.34 Die Rechtssachen ROSA, TOMASSI u. a., SANTORO, CONTI und TONATELLA (G1/34) .....	305
3.2 GRUPPE 2: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen mit steuerrechtlichen Bezügen.....	306
3.2.1 Die Rechtssache BERKHOLZ (G2/1) .....	306
3.2.2 Die Rechtssache BERGANDI (G2/2) .....	308
3.2.3 Die Rechtssache GLAWE (G2/3) .....	309
3.2.4 Die verb. Rechtssachen CAREDA, FEMARA und FACOMARE (G2/4).....	313
3.2.5 Die Rechtssache FISCHER (G2/5) .....	315
3.2.6 Die Rechtsache TOWN & COUNTY (G2/6).....	318
3.2.7 Die Rechtssache LINDMAN (G2/7).....	321
3.2.8 Die verb. Rechtssachen LINNEWEBER und ARKRITIDIS (G2/8) .....	325
3.2.9 Die Rechtssache RAL (G2/9).....	330
3.2.10 Die Rechtssache UNITED UTILITIES (G2/10).....	333
3.2.11 Die Rechtssache C-153/08 KOMMISSION/SPANIEN (G2/11).....	335
3.2.12 Die Rechtssache LEO-LIBERA (G2/12) .....	339
3.2.13 Die Rechtssache HENFLING (G2/13).....	342
3.2.14 Die verb. Rechtssachen THE RANK GROUP (G2/14).....	344
3.2.15 Die Rechtssache TEARC (G2/15).....	350
3.2.16 Die Rechtssache METROPOL (G2/16) .....	350
3.2.17 Die verb. Rechtssachen BLANCO und FABRETTI (G2/17) .....	351
3.2.18 Die Rechtssache BERLINGTON HUNGARY u. a. (G2/18) .....	351
3.3 GRUPPE 3: Urteile und Schlussanträge i. Z. m. Glücksspielen, jedoch im Hinblick auf andere, nicht glücksspielspezifische Fragen wie z. B. Konzessionsvergaben, Ausschreibungen und Transparenz- oder Notifizierungspflichten u. a. ....	352

3.3.1	Die Rechtsache C-272/91 (KOMMISSION vs. ITALIEN) (G3/1) .....	352
3.3.2	Die Rechtssache LINDBERG (G3/2) .....	357
3.3.3	Die Rechtssache C-65/05 (KOMMISSION/GRIECHENLAND) (G3/3) .....	362
3.3.4	Die Rechtssache UNIRE, C-260/04 (KOMMISSION/ITALIEN) (G3/4) .....	365
3.3.5	Die Rechtssachen FORTUNA u. a. (G3/5) .....	369
3.3.6	Die Rechtssache DANSK AUTOMAT BRANCHEFORENING (G3/6) .....	371
3.3.7	Die Rechtssache i-content Ltd. (G3/7) .....	373
3.4	GRUPPE 4: Urteil und Schlussanträge zu bloßen Unterhaltungsspielen ohne Geldgewinn (i. Z. m. der Verletzung von Grundrechten bes. der Menschenwürde) .....	373
3.4.1	Die Rechtssache OMEGA (G4/1) .....	374
3.5	GRUPPE 5: Urteile und Schlussanträge zu Gewinnmöglichkeiten (ohne eigenen Geldeinsatz) .....	379
3.5.1	Die Rechtssache FAMILIAPRESS (G5/1) .....	379
3.5.2	Die Rechtssache GINTEC (G5/2) .....	385
3.5.3	Die Rechtssache PLUS (G5/3) .....	388
3.5.4	Die Rechtssache MEDIAPRINT (G5/4) .....	392
3.5.5	Die Rechtssache PURELY CREATIVE u. a. (C-428/11) .....	396
3.6	GRUPPE 6: Urteile und Schlussanträge sowie Einzelaspekte – z. T. aus bereits in den vorigen Gruppen genannten Urteilen i. V. m. den Rechtssachen Santa Casa da Misericórdia (G6/1); Unibet (G6/2); De Nationale Loterij (G6/3); Kommission vs. Griechenland) (G6/4) verschiedenen, nicht glücksspielrelevanten, jedoch i. Z. m. Glücksspielen stehenden Rechtsfragen .....	397
3.6.1	Zur Zuständigkeit von Vorabentscheidungsersuchen in Glücksspielsachen .....	398
3.6.2	Zur Zulässigkeit einer Vorabentscheidung .....	398
(1)	Zur Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs .....	398
(2)	Zur Erheblichkeit einer Frage und der Erforderlichkeit einer Antwort .....	398
(3)	Zur Gegenstandslosigkeit einer Vorlagefrage .....	398
(4)	Zu einer bloß hypothetischen Frage .....	398
(5)	Zu den nötigen Angaben durch das Vorlagegericht .....	399
3.6.3	Zum effektiven und vorläufigen Rechtsschutz .....	400
3.6.4	Zur Entscheidung durch ein übergeordnetes nationales Gericht vor Abschluss des Vorabentscheidungsverfahrens .....	404
3.6.5	Zu Sanktionen in einem (zweiten) Vertragsverletzungsverfahren .....	405
3.6.6	Zur Antwort auf eine nicht gestellte Frage .....	406
3.6.7	Zur Zersplitterung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit .....	407
4	Zusammenfassende Bewertung der EuGH-Rechtsprechung zu den Glücksspielen – Fazit und Kritikpunkte .....	407
4.1	Einige, vom EuGH ständig wiederholte Formulierungen .....	407
4.2	Zum Aspekt der mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Glücksspielregelung .....	410
4.3	Allgemeine Anmerkungen zur mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Regelung der Glücksspiele .....	411
4.4	Mitgliedstaatliche Grundlagen für eine Gesetzgebungskompetenz generell .....	411
4.5	Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Kompetenz .....	414

4.6	Zur moralischen Bewertung .....	414
4.7	Zum gewählten Schutzniveau .....	415
4.8	Zu Monopolregelungen im Unionsrecht .....	415
4.9	Zur Schaffung und Erforderlichkeit eines Monopols für Glücksspiele .....	416
4.10	Zur Kontrolle und zur Errichtung eines normativen Rahmens .....	419
5	Zur Prüfung der Rechtfertigungsgründe im Glücksspielbereich und zu deren Gewichtung .....	419
6	Zur Bekämpfung der Spielsucht .....	420
7	Zur Bekämpfung der Begleitkriminalität.....	424
8	Zum Internetverbot .....	426
9	Zur Beweislast .....	427
10	Zur Einnahmenerzielung und zur Mittelverwendung .....	428
11	Abschließende Bemerkungen zur Bewertung der EuGH-Rechtsprechung .....	428
<b>II</b>	<b>Zu Vertragsverletzungsvorverfahren bei der EU-Kommission – Vertragsverletzungsverfahren statt Harmonisierung .....</b>	<b>428</b>
<b>III</b>	<b>Glücksspielrelevante Urteile des EFTA-Gerichtshofs.....</b>	<b>430</b>
1	Das Urteil EFTA-Überwachungsbehörde/Norwegen.....	430
2	Das Urteil Ladbrokes .....	430
<b>IV</b>	<b>Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte .....</b>	<b>431</b>
<b>V</b>	<b>Ausgewählte deutsche Rechtsprechung zu Glücksspielen .....</b>	<b>431</b>
1	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts .....	431
1.1	Das (Sportwetten-)Urteil des BVerfG v. 28.03.2006.....	431
1.1.1	Leitsatz des Urteils.....	432
1.1.2	Urteilstenor .....	432
1.1.3	Sachverhalt und rechtlicher Rahmen .....	432
1.1.4	Die materielle Prüfung .....	433
1.1.5	Zur zeitlichen Geltung des Urteils und zur inhaltlichen Neugestaltung .....	435
1.1.6	Nachtrag .....	435
1.2	Weitere, nachfolgende Entscheidungen des BVerfG .....	436
1.3	Bewertung der Rechtsprechung des BVerfG .....	436
2	Urteile des Bundesverwaltungsgerichts.....	437
2.1	Das Urteil v. 24.11.2010 .....	437
2.2	Die Urteile v. 01.06. und 11.07.2011 .....	438
3	Urteile des Bundesgerichtshofs .....	438
4	Rechtsprechung einzelner deutscher Gerichte .....	439
	<b>TEIL F: EVTL. KÜNFTIGE ENTWICKLUNGEN .....</b>	<b>442</b>
<b>I</b>	<b>Die Zukunft des Glücksspielrechts in Deutschland .....</b>	<b>442</b>
1	Zum Glücksspielstaatsvertrag.....	442
2	Zu strafrechtlichen Bestimmungen .....	442
<b>II</b>	<b>Europarechtliche Harmonisierung oder gar Liberalisierung des Glücksspielbereichs? .....</b>	<b>442</b>
1	Vorbemerkungen .....	442
2	Das Grünbuch der EU-Kommission zu Online-Glücksspielen im Binnenmarkt .....	442
2.1	Zu den Fragen an die Mitgliedstaaten und zu deren Antworten .....	442
2.2	Weitere Folgerungen .....	444
2.2.1	Aktivitäten des Europäischen Parlaments.....	444
2.2.2	Die Empfehlung der Kommission zu Online-Glücksspielen.....	444
2.2.3	Zum Inhalt der Empfehlung zu den Online-Glücksspielen .....	444
2.2.4	Reaktionen auf die Empfehlung – die Rs. Belgien vs. Kommission (T-721/14).....	445

	2.2.5 Anträge der Parteien und Klagegründe.....	445
	2.2.6 Beschluss des EuG und Begründung.....	445
	2.2.7 Bewertung und Weiterungen .....	446
3	Allgemeine Überlegungen zu einer europarechtlichen Harmonisierung.....	446
4	Zur Kompetenz für eine europarechtliche Harmonisierung des Glücksspielbereichs .....	447
	4.1 Die Ermächtigungsgrundlage .....	447
	4.2 Zum Subsidiaritätsprinzip .....	449
	4.3 Die Pflicht zur Achtung der nationalen Identität.....	450
	4.4 Die nötige Steueranpassung .....	451
<b>III</b>	<b>Abschließende Schlussbemerkungen .....</b>	<b>456</b>

## Literaturverzeichnis

- Adams, Michael Zur Notwendigkeit des Verbots von Internetglücksspielen, in: Fiedler, Ingo, ZfWG 2008, S. 232 ff.
- Adams, Michael/  
Rock, Jan-Philipp Sportwetten und Spielmanipulation, ZfWG 2010, S. 381 ff.
- Alber, Siegbert Mitgliedstaatliche Haftung bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts, in: Ninon Colneric (Hrsg.), Une Communauté de Droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez-Iglesias, Berlin 2003, S. 295 ff.
- ders. Die Rolle der deutschen Sprache im Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: W. Christian Lohse (Hrsg.), Die deutsche Sprache in der Europäischen Union, Baden-Baden 2004, S. 51 ff.
- ders. Freier Dienstleistungsverkehr auch für Glücksspiele?: Zur Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielbereich, ERA-Forum, Europäische Rechtsakademie Trier, Band 8 (2007), Nr. 3, S. 321 ff.
- ders. Grundprinzipien des europäischen Glücksspielrechts: freier Dienstleistungsverkehr auch für Glücksspiele?; Zur Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielbereich, in : Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung : Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel (Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3) 2009, S. 1 ff.
- ders. Anmerkungen zum Urteil in der Sache Liga Portuguesa, ZfWG 2009, S. 325 f.
- ders. Zwei neue EuGH-Urteile zu Glücksspielen, ZfWG 2010, S. 262 ff.
- ders. Glücksspielregelungen aus europarechtlicher Sicht, in: Werner Meng/Georg Röss/Torsten Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europainstituts 2011, S. 17 ff.
- ders. Koheränz aus europarechtlicher Sicht, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung (Hrsg. Tilman Becker), Bd. 10, (2010), S. 9-17
- ders. (Kurze) Anmerkungen zum Urteil Zeturf, Newsletter der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim v. 04.07. bzw. 14.07.2011
- Albers, Norman Struktur und ökonomische Beurteilung des Sportwettenmarktes in Deutschland, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 56 ff.
- Bauch, Stephanie Soziallotterien, Baden-Baden 2016
- Bartels, Klaus Veni vidi vici – Geflügelte Worte aus dem Griechischen und dem Lateinischen, 11. Auflage, Mainz am Rhein 2006

- Barth, Dietmar Vergleich der Ausführungsgesetze der einzelnen Bundesländer – Teil II, in: Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, Frankfurt am Main 2009, S. 215 ff.
- Becker, Tilman Monopol, Lizenzlösung oder Liberalisierung aus ökonomischer Perspektive, in: Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, Frankfurt am Main 2009, S. 79 ff.
- ders. Glücksspielsucht in Deutschland, Frankfurt 2009
- ders. Wie weit geht der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Regulierung des Glücksspielmarktes?, ZfWG 2009, S. 1 ff.
- ders. Das Hohenheimer Konzept zur Regulierung des Glücksspielsektors, 2010
- ders. Überlegungen zur Zukunft des Glücksspielwesens in Deutschland, 2010
- ders. Schriftliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, 2011
- ders. Soziale Kosten des Glücksspiels in Deutschland, Frankfurt 2011
- Becker, Tilman/Baumann, Christine (Hrsg.) Glücksspiel im Umbruch, Beiträge zum Symposium 2006 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 2, Frankfurt am Main 2007
- Beckert, Jens/Lutter, Mark Die Verteilungswirkung des Lottos in Deutschland, ZfWG 2008, S. 315 ff.
- Bendixen, Peter Staatsmonopol vs. Liberalisierung des Glücksspielmarktes aus kulturökonomischer Sicht, in: Ilona Füchtenschnieder-Ottensmeier (Hrsg.), Pathologisches Glücksspielen, Geesthacht 2010, S. 7 ff.
- ders. Ökonomie des Glücksspiels, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 30 ff.
- Beuth, Peter Entwurf für einen neuen Staatsvertrag, Beiträge zum Glücksspielwesen – eine Fachreihe des Behördenspiegels, Ausgabe 2/2016, S. 12
- Birk, Dieter Sportwetten – Steuerliche Aspekte, in: ZfWG 2011, S. 229 ff.
- Bolay, Stefan Internet-Geschicklichkeitsspiele – Zulassungsfrei, durch den RStV beschränkt oder nach der GewO genehmigungspflichtig?, ZfWG 2010, S. 89 ff.
- ders. (Wieder-)Vereinigung des Glücksspielbegriffs – Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 16.10.2013, ZfWG 2014, S. 90 ff.

- ders. und Pfüze in: Streinz/Lisching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014
- Braun Mitgliedstaatliche Glücksspielmonopole vs. EG-Wettbewerbsrecht, ZEuS 2005, S. 228
- Brugger, Christina Die Erlaubnispflichtigkeit von Glücksspielen nach dem neuen Staatsvertrag, in: ZfWG 2008, S. 20 ff.
- dies. Vergleich der Ausführungsgesetze der einzelnen Bundesländer – Teil I, in: Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, Frankfurt am Main 2009, S. 205 ff.
- Buland, Rainer Geschichte der Lotterien im deutschen Sprachraum: „Ach Glück du Göttin sey mir günstig“, in: DAMALS (Das Magazin für Geschichte und Kultur), Heft 4, April 2008, S. 42 ff.
- Bumke, Christian Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung (Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle), Der Staat 2010, S. 77 ff.
- Buschle, Dirk Der Spieler – Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts, in: European Law Reporter, Dez. 2003, S. 467 ff.
- Ciszewski, Simon Glücksspielregulierung aus nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sicht: am Beispiel des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, Universitätsdissertation, Bonn 2009
- Dawes, Anthony/  
Struckmann, Kai Rien ne va plus? Mutual recognition and the free movement of services in the gambling sector after the Santa Casa judgement, European Law Review, Vol. 35, 2010, S. 236-262
- Deloitte und Touche Studie zu ausgewählten Aspekten des Deutschen GmbH Sportwettenmarktes, Düsseldorf, 11.Okt. 2006
- Dhom, Andreas Aktuelle Fragen des Glücksspielrechts – Wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielmarkts in Deutschland, ZfWG 2010, S. 394 ff.
- Dietlein, Johannes Anmerkungen zum Urteil des EuGH in Sachen Liga Portuguesa (Urteil v. 8. September 2009, Rs. C-42/07), ZfWG 2009, S. 327 ff.
- ders. Die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Spielhallenwesen – kompetenzielle und materielle Fragen des neuen Art. 74 I Nr. 11 (Teil I), ZfWG 2008, S. 12 ff.
- ders. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992
- ders. Ist der Bundesstaat kartellrechtswidrig? Das lotterierechtliche Regionalitätsprinzip vor dem Bundeskartellamt, ZfWG 2006, S. 197 ff.
- ders. Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Neuordnung

- des Glücksspiels (Glücksspielgesetz)“ der Fraktionen von CDU und FDP im Landtag des Landes Schleswig-Holstein (LT-Dr. 17/1100 v. 03.12.2010), Schleswig-Holsteinischer Landtag, Um-  
druck 17/2219
- ders. Zur Zukunft der Sportwettenregelung in Deutschland – Abschied von der „Gesamtkohärenz“: ein Freibrief für beliebige Teilliberalisierungen, ZfWG 2010, S. 159 ff.
- ders. Rechtsfragen des Gebots der Trennung von Sportwetten und Spielhallen nach § 21 Abs. 2 GlüStV 2012, ZfWG 2014, S. 357 ff.
- ders. Informationsrichtlinie
- Dietlein, Johannes/Hecker, Manfred/Ruttig, Markus Glücksspielrecht, Kommentar, 1. Auflage, München 2008, 2. Auflage, München 2013
- Dietlein, Johannes/  
Peters, Sascha Rechtsfragen des Gebots der Trennung von Sportwetten und Spielhallen nach § 21 Abs. 2 GlüStV 2012, ZfWG 2014, S. 357-366
- Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung Drogen- und Suchtbericht, Mai 2011, Teil 6. Pathologisches Glücksspiel (S. 75-84), [www.drogenbeauftragte.de](http://www.drogenbeauftragte.de)
- Doukas and Anderson Commercial Gambling without Frontiers: When the ECJ Throws, the Dice is Loaded (2008) Oxford Yearbook of European Law 237, 270
- Eichmann, Daniel/Sörup, Thorsten Das Telefongewinnspiel – Zwischen Strafbarkeit und Wettbewerbsverstoß, in: MMR 2002, S. 142 ff.
- Elicker, Michael Die „steuerrechtliche Kohärenz“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, in: IStR 2005, S. 89 ff.
- Ennuschat, Jörg (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele, Vier Rechtsgutachten, München 2008
- ders. Aktuelle Rechtsfragen des staatlichen Lotteriemonopols in Deutschland, in: ZfWG 2008, S. 83 ff.
- ders. Auswirkungen europäischer Rechtsprechung auf das deutsche Glücksspielrecht in: Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, Frankfurt am Main 2009, S. 37 ff.
- ders. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen für Glücksspiele, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 216 ff.
- ders. Glücksspielrecht und Gemeinwohlförderung, ZfWG 2006, S. 4 ff.
- ders. Glücksspielrechtliche Kohärenz und Werbung ZfWG 2011, 153 ff.
- ders. Poker – ein Glücksspiel – Anmerkungen zu BVerwG, Urteil v. 22.01.2014 – 8 C 26.12, ZfWG 2014, S. 177 ff.

- Ennuschat, Jörg/  
Brugger, Christina      Gesetzgebungskompetenzen im Spielhallenrecht nach der Föderalismusreform, ZfWG 2006, S. 292 ff.
- Ennuschat Jörg/  
Klestil Stephanie      Sperrverfügungen gegenüber dem Access- Provider als Instrument zur Bekämpfung des illegalen Online-Glücksspiels?, ZfWG 2009, 389 ff.
- Fischer, Jonas      Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, Frankfurt am Main 2009
- Forschungsstelle Glücksspiel  
der Universität Hohenheim      Prognose: Gewinnchance bei der FIFA-WM Schnellstudie der Forschungsstelle Glücksspiel, im Internet veröffentlicht unter <https://gluecksspiel.unihohenheim.de/uploads/media/WMSiegerNewsletter0807.pdf>
- Frenz, Walter      Handbuch Europarecht Band 2 (Europäisches Kartellrecht) 2. Aufl. Springer Verlag Berlin, Hamburg 2015; Band 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), Berlin, Heidelberg 2007 Band 4 (Europäische Grundrechte), Berlin, Heidelberg 2009
- ders.      Vorrang, Grenzen und Verstärkungseffekte der EU-Grundrechte – Folgerungen aus den Urteilen Åkerberg Fransson, Pflieger und Dano (Hartz IV), DVBl 12, 2015, S. 741 ff.
- ders.      Spielhallenzulassung auf der Basis von Europarecht, Gewerbe-archiv 12/2014, S. 465-470.
- ders.      Handbook of EU Competition Law, Springer Verlag, 2016
- Furtwängler, Martin      Die Galopprennen in Iffezheim: Wenn Pferde zu Stars werden, in: DAMALS (Das Magazin für Geschichte und Kultur), Heft 4, April 2008, S. 36 ff.
- Gebhardt, Ihno      Das bundesrechtliche Regelkonvolut zum Glücks- und Gewinnspiel, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 394 ff.
- ders.      Zivilrechtliche Grundlagen des Glücksspiels, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 133 ff.
- Gebhardt, Ihno/  
Gohrke, Thomas (Hrsg.)      Spielbankenrecht, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli, Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 464 ff.
- Gebhardt/Ihno/Postel, Dirk      Die Neuregelung des Glücksspielwesens in Deutschland, in Ihno/Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 421 ff.
- Geiger, Rudolf/  
Khan, Daniel Erasmus      Europarecht (Prüfe Dein Wissen Heft 27), München 1997
- Geiger, Rudolf/Khan, Daniel  
Erasmus/Kotzur, Markus      Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 5. Auflage, München 2010
- Goldhammer, Klaus/  
Lessig, Michael      Call Media – Mehrwertdienste in TV und Hörfunk: Studie im Auftrag der bayerischen Landeszentrale für neue Medien, BLM-Schriftenreihe Band 79, München 2005

- Goldmedia GmbH Glücksspielmarkt Deutschland 2015 – Situation und Prognose des Glücksspielmarktes in Deutschland, Berlin 2010
- Grabitz, Eberhard/  
Hilf, Meinhard Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1, Loseblatt (40. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2009), München 2009
- Grabitz, Eberhard/  
Hilf, Meinhard/  
Nettesheim, Martin Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1, Loseblatt (44. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2011), München 2011
- Gschwendtner, Marianne Glücksspielstaatsvertrag – Aktuelle Entwicklungen, in: Ilona Füchtenschnieder-Petry/Jörg Petry/Birgit Ottensmeier (Hrsg.), Pathologisches Glücksspielen, Geesthacht 2010, S. 38 ff.
- Haltern, Ulrich Lotteriemonopol und Öffnung des Sportwettenmarkts – Teil 1, ZfWG 2011, S. 13 ff.
- Hayer, Tobias Geldspielautomaten und Suchtgefahren – Wissenschaftliche Erkenntnisse und suchtpolitischer Handlungsbedarf, in: SuchtAktuell 2010, S. 47 ff.
- Hecker, Manfred Der Glücksspielstaatsvertrag: Erfolgsmodell oder Auslaufmodell?, ZfWG 2010, S. 167 ff.
- Hecker, Manfred/  
Ruttig, Markus „Versuchen Sie es noch einmal“ – Telefongewinnspiele im Rundfunk unter Einsatz von Mehrwertdienste Rufnummern und ihre Beurteilung nach StGB und neuem UWG, in: GRUR 2005, S. 393 ff.
- Heinze, Florian Alte Antworten auf neue Fragen und ein vorläufiger Schlusspunkt? Anm. zu EuGH, Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-440/12 – Metropol, ZfWG 2014, S. 7 ff.
- ders. Ein weiterer Mosaikstein der Rechtsprechung zur Vergnügungsteuer – Anm. zu BVerfG, Beschluss v. 12.02.2014 – 1 BvL 11/10, BvL 14/10 – ZfWG 2014, S. 174 ff.
- Henssler, Martin Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994
- Heseler, Frank Der Einfluss des Europarechts auf die mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung (Frankreich und Deutschland im Vergleich), Baden-Baden 2013 (zugl. Saarbrücken, Universitätsdissertation, 2012)
- Heusel, Wolfgang Glücksspiel im europäischen Recht, ERA Forum (2009) 10: 507-511
- Hilf, Juliane/Ploeckl,  
Barbara/Gindler, Michael Untersagung von Internetglücksspiel nach dem GlüStV, Kein Halt an Landesgrenzen?, ZfWG 2010, S. 1 ff.
- Hilf, Juliane/  
Ploeckl, Barbara Der Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 14.10.2008 (Az. 1 BvR 928/08) – Nur die Nichtannahme ist beschlossene Sache, ZfWG 2009, S. 8 ff.
- Horak, Erwin Die Umsetzung des Glücksspielstaatsvertrags durch die staatlichen Lotteriegesellschaften, in: Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, Frankfurt am Main 2009, S. 237 ff.

- Hübl, Lothar Der Markt für Spielbanken in Deutschland, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 93 ff.
- Hüsken, Felix B. Das Verhältnis zwischen glücksspielstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff gemäß § 3 Abs. 1 GlüStV und rundfunkstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff gemäß § 8 Abs. 1 RStV – Echte Konkurrenz oder kollisionsloser Gleichlauf?, ZfWG 2009, S. 153 ff.
- Jaksch-Ratajczek/  
Fakultas Stadler (Hrsg.) Aktuelle Rechtsfragen der Internetnutzung, Wien 2011, Verlag
- Jarass, Hans D. EU-Grundrechte, Ein Studien- und Handbuch, München 2005  
ders. Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta, EuGRZ 2011, S. 360 ff.
- Jaschinski, Martin Die Einengung des Glücksspielbegriffs und ihre Folgen – zugleich Anmerkungen zu den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) v. 16.10.2013 (8 C 21.12) und v. 22.01.2014 (8 C 26.12) – ZfWG 2014, S. 160 f.
- Jehne, Martin Der große Trend, der kleine Sachzwang und das handelnde Individuum: Caesars Entscheidungen, München 2009
- Jüstel, Peter Gutachten betreffend die Problematik der Geldwäsche i. Z. m. Online-Casinos und -sportwetten, 2007 (Lustenberger Glaus & Partner)
- Kahle, Holger Die steuerliche Behandlung von Glücksspielen – ein Überblick, ZfWG 2006, S. 45 ff.  
ders. Glücksspiele im Steuerrecht, DStZ 2011, S. 520 ff.
- Kalhamer, Stephan Gastbeitrag aus der Praxis: Poker im Kontinuum zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen, ZfWG 2011, S. 172ff.
- Keber, Tobias O. Die Internet-Verbote des Glücksspielstaatsvertrags und das unionsrechtliche Kohärenzgebot – Die Neujustierung des EuGH durch Rs. C-46/08 (Carmen Media) im Kontext und Folgen für §§ 4 Abs. 4, 5 Abs. 3 GlüStV, ZfWG 2011, S. 83 ff.
- Khan, Daniel Erasmus Wettbewerbsregeln – Staatliche Beihilfen, Beihilfeaufsicht, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV, AEUV, Kommentar 5. Auflage, München 2010
- Kicherer, Dagmar Die Spielbank in Baden-Baden: Die Sommerhauptstadt Europas, in: DAMALS (Das Magazin für Geschichte und Kultur), Heft 4, April 2008, S. 30 ff.
- Kirchhof, Gregor Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz, ZfWG 2015, S. 301
- Kirchhof, Paul Unveröffentlichtes Rechtsgutachten zur Frage einer gleichheitsgerechten Besteuerung von Glücksspielen, Heidelberg, Nov. 2009  
ders. Die verfassungsgeforderte Reform des Glücksspielwesens, NVwZ 2016, S. 124

- Kleinschmidt, Broder Interaktive Gewinnspielshows im TV – Eine illegale Glücksspielveranstaltung?, MMR 2004, S. 654 ff.
- Kment, Martin/  
Koenig, Christian/  
Bache, Volker Ein Monopol gerät unter Druck, NVwZ 2006, S. 617 ff. Zur Anwendbarkeit der vermittlerbezogenen Vorschriften und Auflagen gemäß dem deutschen Glücksspielrecht im Lichte der Urteile des Europäischen Gerichtshofs v. 08.09.2010, ZfWG 2011, S. 7 ff.
- Kolb, Florian Die Veranstaltung von Glücksspielen. Eine Bestandsaufnahme und Überprüfung der bestehenden Veranstaltungsbeschränkungen für Private in der Bundesrepublik Deutschland anhand verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Grundsätze, Baden-Baden 2009 (zugl. München, Universitätsdissertation, 2008)
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation, Volume I – III, Luxembourg (Office for Official Publications of the European Communities) 1991
- Kretschmer, Bernhard Poker – ein Glücksspiel?, ZfWG 2007, S. 93 ff.
- Kundlich, Hans/  
Berberich, Bernd Zur strafrechtlichen Bewertung von Online-Zweitlotterien, ZfWG 2016, S. 7–12
- Lau, Christoph Die Relativitätstheorie des Glücks: über das Leben von Lottomillionären, 2. Auflage, Freiburg 2010
- Lenz, Carl Otto/Borchardt,  
Klaus Dieter (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2006
- dies. EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. Auflage, Köln 2010
- Liesching, Marc 50 Cent-Games im Internet und im Rundfunk – Straf- und ordnungswidrige Glücksspiele oder zulässige Medien-Gewinnspiele? ZfWG 2009, S. 320 ff.
- ders. BVerwG bestätigt einheitlichen Glücksspielbegriff – eine überwiegend von Geschicklichkeit dominierte Entscheidung, ZfWG 2014, S. 180 ff.
- ders. Gestaltung und Bezeichnung von Spielhallen nach dem GlüStV und den Spielhallengesetzen, ZfWG 2014, S. 367 ff.
- Littler Regulatory Perspectives on the Future of Interactive Gambling in the Internal Market (2008) ELR 33/211
- Lutter, Marc Zur Erklärung von Diffusionsprozessen. Das Beispiel der Einführung staatlicher Lotterien in den USA, Zeitschrift für Soziologie 2010, S. 363 ff.
- Mailänder, Peter Glücksspiel im Kartellrecht, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 288 ff.
- ders. Sicherung des Lotteriewettbewerbs – Mythos ohne Notwendigkeit?, ZfWG 2008, S. 407 ff.

- ders. Haus im Glück – Hausgewinne bei Internetspielen – wenn überhaupt, dann nur mit Geschick!, ZfWG 2009, S. 395 ff.
- ders. Das wettbewerbslose Binnenverhältnis zwischen den staatlichen Lotteriegesellschaften, ZfWG 2015, S. 330
- Makswit, Jesko-Aleksander Unionsrechtliches Kohärenzgebot und das deutsche Glücksspielrecht – Ein (un)lösbarer Widerspruch? ZfWG 2014, S. 169 ff.
- ders. Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 1298 (2015)
- Meier, Frank Das Spiel im Mittelalter: Der Teufel schuf das Würfelspiel, in: DAMALS (Das Magazin für Geschichte und Kultur), Heft 4, April 2008, S. 20 ff.
- Meyer, Gerhard Glücksspiel – Zahlen und Fakten, Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.), Jahrbücher Sucht 2005, 2006, 2011
- ders. Sechste Novelle der Spielverordnung: Eine kritische Analyse aus der Perspektive der Suchtprävention, ZfWG 2014, S. 1 f.
- Meyer, Gerhard/  
Bachmann, Meinolf Glücksspiel, Berlin, Heidelberg 1993
- Meyer, Joseph (Hrsg.) Meyers Konversationslexikon, Band 7, 5. Auflage, Leipzig und Wien 1879, Band 11, 5. Auflage, Leipzig und Wien 1897
- Mintas, Laila Die Strafbarkeit bei Hausverlosungen im Internet, ZfWG 2009, S. 82 ff.
- dies. Glücksspiele im Internet – Insbesondere Sportwetten mit festen Gewinnquoten (ODDSET-Wetten) unter strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und europarechtlichen Gesichtspunkten; Schriften zum Strafrecht Band 204, Berlin 2009
- Möschel, Wernhard Glücksspiel und europäischer Binnenmarkt
- Mosbacher, Andreas Die Strafbarkeit von Glücksspiel, insbesondere der Sportwetten, unter Berücksichtigung des Europarechts, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 137 ff.
- Moser, Martin K. Steuerrechtliche Aspekte der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Glücksspiels, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008, S. 237 ff.
- von Mutius, Dietrich Zu den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben sowie der verwaltungs- und abgabenrechtlichen Ausgestaltung einer rechtsnormativ begrenzten und gesteuerten Teilliberalisierung des Sportwettenmarktes, Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Buchmacherverbandes e.V., Kiel 11.06.2007
- Nave, Ingo TV-Gewinnspiele als Glücksspiel?, in: Tilman Becker (Hrsg.), Glücksspiel im Internet, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 6, Frankfurt am Main 2011, S. 113 ff.
- Nettesheim, Martin Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV), NVwZ 1996, S. 342 ff.

- Nino, Michele The Regulation of Gambling and Games of Chance in the European Union: Problems and Perspectives, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2012, S. 749 ff.
- Norwich, John Julius Byzanz – Der Aufstieg des Oströmischen Reiches, Band 1, Düsseldorf 1993
- Odenthal, Hans-Jörg Das gewerbliche Spielrecht, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), *Glücksspiel in Deutschland*, Berlin 2008, S. 399 ff.
- Ohlmann, Wolfgang Lotterien und Glücksspiele in Deutschland. Schlaglichter der rechtshistorischen Entwicklung vom 18. bis zum 20. Jahrhundert, in: *ZfWG* 2007, S. 101 ff.
- Peters, Frank Das Spiel an Geldspielgeräten der Spielhallen, *ZfWG* 2011, S. 1 ff.
- Planzer, Simon Gambling Law in The Handbook of the EEA Law (Hrsg. Carl Baudenbacher), S. 687–702.
- Postel, Dirk Glücksspielrechtliche Konsequenzen des tatsächlichen Inhalts der nach dem DDR-Gewerbegesetz erteilten Erlaubnisse, Teil 1, *ZfWG* 2007, S. 181 ff. und Teil 2, *ZfWG* 2007, S. 328 ff.
- Reeckmann, Martin Gewerbliches Automatenenspiel am Scheideweg – Zur Inkompatibilität von Glücksspiel und Gewerbefreiheit, *ZfWG* 2010, S. 229 ff.
- Reeckmann, Martin/  
Walter, Knut Die Spielersperre nach dem Glücksspielstaatsvertrag im Lichte des Verbraucherschutzes, *ZfWG* 2014, S. 383 ff.
- Riestelhuber/Schmitt Kartellrechtliche Grundlagen, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, *Glücksspielrecht, Kommentar*, 1. Auflage 2008, S. 411 ff.
- Rombach, Gerhard Zur Lotterieggeschichte, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), *Glücksspiel in Deutschland*, Berlin 2008, S. 11 ff.
- ders. Klassenlotterien gestern, heute, morgen?, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), *Glücksspiel in Deutschland*, Berlin 2008, S. 501 ff.
- Ruttig, Markus Staatshaftung im Widerruf glücksspielrechtlicher Genehmigungen?, *ZfWG* 2015, S. 347.
- Schäfers, Beatrice Das Meinungsspektrum zum „Hoyzer-Fall“ – Eine Bestandsaufnahme, *ZfWG* 2008, S. 236 ff.
- Schild, Wolfgang Strafbarer Wettbetrug? Zum Fall Sapina/Hoyzer, *ZfWG* 2006, S. 213 ff.
- Scholz, Rupert/  
Weidemann, Clemens Das Staatsmonopol für Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten und anderen Glücksspielen – Zur Verfassungswidrigkeit des Entwurfs für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen, *WiVerw* 2007/Heft 3, S. 105 ff.
- dies. Die bundesweite Tatbestandswirkung von DDR-Sportwettenerlaubnissen und ihre Konsequenzen für den geplanten Glücksspielstaatsvertrag – Zur Kritik des BVerwG-Urteils v. 21.06.2006, *ZfWG* 2007, S. 83 ff.

- Schütze, Christian/  
Kalke, Jens Die Spielverordnung – die rechtliche, suchtmedizinische und politische Diskussion über die Geldspielautomaten, ZfWG 2009, S. 235 ff.
- Schwarze, Jürgen EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009
- Sedemund, Jan Die Bedeutung des Prinzips der steuerlichen Kohärenz als Rechtfertigungsaspekt für Eingriffe in die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: IStR 2001, S. 190 ff.
- Siems, Kirsten Das Kohärenzgebot in der Europäischen Union und seine Justitizabilität, Baden-Baden 1999
- Sonnabend, Holger Spiele bei Griechen und Römern: Das Würfeltisch nicht kalt werden lassen, in: DAMALS (Das Magazin für Geschichte und Kultur), Heft 4, April 2008, S. 14 ff.
- Stadler/Aquino Monopolisierung im Internet – Oesterreichisches Internet und Glücksspielmonopol im Lichte des unionsrechtlichen Kohärenzgebots
- Steggmann, Matthias Die aktuelle rechtliche Situation zur Umsetzung des Glücksspielstaatsvertrages, in: Tilman Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, Frankfurt am Main 2009, S. 189 ff.
- Stein, Torsten Die Entwicklung der europäischen Glücksspielrechtsprechung und deren Auswirkungen auf den deutschen Lotteriemarkt, EWS 2002, S. 416 ff.
- ders. Die Notifizierung des Glücksspielstaatsvertrages Notwendig? Nicht erforderlich? Missbraucht? ZfWG 2007, S. 397 ff.
- ders. „Wo laufen sie denn?“ „Last Call“ des EuGH für das Sportwettenmonopol?, ZfWG 2010, S. 353 ff.
- Stein, Torsten/  
von Buttler, Christian Europarechtliche Konsequenzen eines begrenzten Lizenzierungsmodells für die (private) Veranstaltung von Sportwetten, ZfWG 2006, S. 273 ff.
- Stettner, Rupert Die Öffnung des Rundfunks für Private durch das Bayerische Medien- und -entwicklungsgesetz, ZUM 1989, S. 559 ff.
- ders. Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983
- Streinz, Rudolf/Herrmann,  
Christoph/Kruis, Tobias Die Notifizierung des Glücksspielstaatsvertrages und der Ausführungsgesetze der Länder gemäß der Richtlinie Nr. 98/34/EG (Informationsrichtlinie), ZfWG 2007, S. 402 ff.
- Strejcek, Gerhard Die Auswirkungen des Engelmann-Urteils auf das Glücksspielrecht in Österreich, ZfWG 2010, S. 421 ff.
- Strejcek, Gerhard/  
Satzinger, Lisa-Maria/  
Sautner, Julia Entwicklung des Glücksspielrechts in Österreich in den Jahren 2010-2014, ZfWG 2015, S. 15 ff.

- Terhechte, Jörg Philipp Mehr Wettbewerb im Lotteriewesen? Anmerkungen zum Beschluss des Bundeskartellamtes v. 23.08.2006; B 10-92713 – KC – 148/05, ZfWG 2006, S. 203 ff.
- Ukrow, Jörg Aktuelle Entwicklungen an der Schnittstelle von Medien- und Glücksspielrecht, ZfWG 2016, S. 31
- Vieweg Wirtschaftsentwicklung Unterhaltungsautomaten 2010 und Ausblick 2011, Gutachten im Auftrag des Arbeitsausschusses Münzautomaten (AMA)
- Voßkuhle, Andreas Glücksspiel zwischen Staat und Markt – Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben, VerwArchiv Band 87 (1996), S. 395 ff.
- Wägenbaur, Bertrand EuGH VerfO, Satzung und Verfahrensordnungen EuGH/EuG, Kommentar, München 2008
- Wilcke, Ann Christin/  
Fiedler, Ingo Zur Aussagekraft der Online-Glücksspiel-Studien der Harvard Medical School, ZfWG 2011, 316 ff.
- Wortmann, Winfried/  
Vlaemminck, Philippe Europäische Aspekte zur Lage des Glücksspiels, in: Ihno Gebhardt/Sabine Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), in Deutschland, Berlin 2008, S. 192 ff.
- Zollinger, Manfred „Corriger la fortune“, in: DAMALS (Das Magazin für Geschichte und Kultur), Heft 4, April 2008, S. 26 ff.

## Dokumentenverzeichnis

1. Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Coopers & Lybrand (für die EU-Kommission) Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation, 1991.
2. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/D 121/02).
3. Deloitte & Touche GmbH, Studie zu ausgewählten Aspekten des Deutschen Sportwettenmarktes, 2006.
4. Study of Gambling services in the Internal Market of the European Union – Final Report ISDG – Dorigny – Lausanne 2006 (Studie des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung).
5. Cyber-criminality in Online Gaming, Weißbuch von CEPI – LEXSI (Laboratoire d' Expertise en Sécurité informatique, 2006).
6. Sachstandsbericht „Rechtsrahmen und Politik im Bereich Glücksspiele und Wetten in den Mitgliedstaaten“, Ratsdokument 16022/08.
7. Ratsdokumente 16022/08, 9495/10, DS 1265/10 (Spanish Residency Report).
8. Europäische Kommission, Grünbuch zum Online-Glücksspiel im Binnenmarkt, 2011.
9. Commission Staff Working Document – Online gambling in the Internal Market – SWD (2012) 596 final.
10. Empfehlung der Kommission vom 14.07.2014 mit Grundsätzen für den Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspieldienstleistungen und für den Ausschluss Minderjähriger von Online-Glücksspielen (2014/478/EU).
11. Goldmedia-Studie, International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, 2014.
12. PKS (Polizeiliche Kriminalstatistik), 2014.
13. PKS (Polizeiliche Kriminalstatistik), 2015.
14. Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), Glücksspielverhalten und Glücksspielmarkt in Deutschland – Ergebnisbericht 2016.

## Verzeichnis der gerichtlichen Entscheidungen

Die Liste der zitierten und besprochenen Urteile sowie der Schlussanträge ergibt sich aus der Zusammenfassung der Judikate im Inhaltsverzeichnis Teil A, III, 3.

## Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen, die nur einmal benutzt werden, werden bei ihrer Zitierung erläutert.

a. A./a. M.	anderer Ansicht/anderer Meinung
AAMS	Aministrazione Autonome die Monopoli di Stato (italienische) Autonome Staatsmonopolverwaltung
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl. C	Europäisches Amtsblatt „Mitteilung“ (C = Communication)
ABl. L	Europäisches Amtsblatt „Gesetzgebung“ (L = Législation)
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGCOM	Autorita per le garanzie nelle comunicazioni (italienische Regulierungsbehörde)
amtl.	amtlich(e)
Anm.	Anmerkung(en)
APA	American Psychopatological Association
ARJEL	Autorité de Régulation de Jeux en Ligne
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Bd.	Band
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BLM	Bayerische Landeszentrale für neue Medien
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C	Cour (= Europäischer Gerichtshof □ in Aktenzeichen)
CDS	Credit Default Swaps
CGR	Cross Garmin Revenues (Bruttospieleinkünfte)
CONI	Comitato Olimpico Nazionale Italiano (italienisches Nationales Olympisches Komitee)
ders.	Derselbe
Dez.	Dezember
dgl.	dergleichen
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DLTB	Deutscher Lotto- und Totoblock
DR oder Drs.	Drucksache(n)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
DÜZ	(italienisches) Datenübertragungszentrum
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Ebd.	Ebenda
ECLI	European Case Law Identifier

ECOFIN-Rat	Rat der Finanzminister der EU-Mitgliedstaaten
ECU	European Currency Unit (Vorgänger des EURO)
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera (usw.)
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht (vormals Gericht erster Instanz)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union (vormals der Europäischen Gemeinschaft)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Euro	Währung der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDJ	Française des Jeux (Französischer Betreiber der Sportwetten)
FG	Fachgericht(e)
Fn(n)	Fußnote(n)
GA/GAin	Generalanwalt/Generalanwältin
gem.	gemäß
gen.	genannt(e)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKL	Gemeinsame Klassenlotterie
1. GlüÄndStV	Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag (von 2012)
GlSpGSH	Glücksspielgesetz von Schleswig-Holstein
GlüStV	Glücksspielstaatsvertrag (von 2008)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europ. Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GSpG	(Österreichisches) Glücksspielgesetz
GURI	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (italienisches Amtsblatt)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
Hrsg.	Herausgeber
h. M.	herrschende Meinung
ICD	International statistical Classification of Diseases
i. d. F.	in der Fassung (von bzw. vom...)
i. d. R.	in der Regel
i. F.	im Folgenden
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen

i. V. m.	in Verbindung mit
i. Z. m.	im Zusammenhang mit
JMBINW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JORF	Journal officiel de la République Française (franz. Amtsblatt)
LG	Landgericht
Ltd.	Limited (britische Gesellschaft mit beschränkter Haftung) (Der Begriff Ltd. wird vom EuGH mitunter auch für die franz. Société gebraucht.)
MABEZ	Massenverkehr zu bestimmten Zeiten (im Rundfunk und Fernsehen)
m. E.	meines Erachtens
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
Mon.	Monat(e)
NGO	Non Governmental Organisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
P	Pourvoi (= Rechtsmittel in Aktenzeichen)
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
PMU	Pari Mutuel Urbain (französische) Organisation zur Veranstaltung von Pferderennen und Pferdewetten
pp.	Pages
PPU	procédure préjudicielle d'urgence (Az in Eilverfahren bei Vorabentscheidungen)
PTB	Physikalisch Technische Bundesanstalt
R	Référé (= einstweiliger Rechtsschutz in Az)
rd.	rund
rel.	relevant(e)
resp.	respektiv(e)
RGSt.	Reichsgericht (Strafsachen)
RIS	Rechtsinformationssystem (österr. – entspricht juris)
RL	Richtlinie
Rn./Rnn.	Randnummer/Randnummern
Rs./Rsn.	Rechtssache/Rechtssachen
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
Rz./Rzn.	Randziffer/Randziffern
s./s. u./s. o.	siehe/siehe unten/siehe oben
S.	Seite(n)
Slg.	(amtliche) Sammlung des EuGH
Slg. I	Sammlung des Gerichtshofs
Slg. II	Sammlung des EuG
SNAI	Sindacato Nazionale Agenzie Ippice
sog.	sogenannt(e)
SpielV	Spielverordnung
StGB	Strafgesetzbuch
T	Tribunal (=EuG in Aktenzeichen)
TULPS	Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (italienische Gesetze über die öffentliche Sicherheit)
u.	unten
u. a.	unter anderem bzw. in Aktenzeichen bei Parteiennamen: und andere
u. a. m.	und anderes mehr

UAbs.	Unterabsatz
UNIRE	Unione Nazionale per l'incremento delle Razze Equine (Italienisches Nationalverband zur Verbesserung der Pferderassen)
USt	Umsatzsteuer
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von oder vom
verb.	verbunden(e)
Verf.	Verfahren oder Verfasser
VerfO	Verfahrensordnung
VerwArchiv	Verwaltungsarchiv, auch als VArchiv abgekürzt, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
v. H.	von Hundert
VLT	Video Lotterie Terminal(s)
VO	Verordnung
Vol.	Volume (Band)
v bzw. vs.	versus (gegen)
WHO	World Health Organisation
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
Z bzw. Ziff.	Ziffer
z. B.	Zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europäische Studien (Hrsg. Europainstitut der Universität des Saarlandes)
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
z. Zt.	zurzeit

# GLÜCKSSPIELE UND EUROPARECHT

## Ausgewählte mitgliedstaatliche Glücksspielregelungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH

### TEIL A:

### KURZÜBERSICHT ZU DEN GLÜCKSSPIELREGELUNGEN, PRÜFUNGS- STAND, FRAGESTELLUNGEN UND AUSZUWERTENDE RECHTSPRECHUNG

#### I Einführende Kurzübersicht und Vorbemerkungen zu den Glücksspielregelungen

Der Glücksspielbereich ist (noch) nicht europarechtlich geregelt. Lediglich zu den Internetspielen hat die EU-Kommission ein Grünbuch veröffentlicht und danach eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten gerichtet.<sup>1</sup> Zuständig für die Regelung des Betriebes und Vermitteln von Glücksspielen sowie der Teilnahme an ihnen sind also die Mitgliedstaaten.<sup>2</sup> Diese sind jedoch gehalten, bei der Regelung aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionrechts die relevanten Bestimmungen des EU-Vertragsrechts und die allgemeinen Grundsätze des Europarechts zu beachten. Zu beachten sind dabei konkret insbesondere die Freiheiten des Binnenmarktes, fallbezogen vor allem die des freien Dienstleistungsverkehrs, aber auch einschlägige Bestimmungen der Europäischen Grundrechtecharta. Im Rahmen seiner Rspr. prüft der EuGH insbesondere in Vorabentscheidungsverfahren, ob Europarecht den mitgliedstaatlichen Regelungen entgegensteht. Die Darstellung und Bewertung dieser Rspr. macht demzufolge nachfolgend den Hauptteil der Arbeit aus. Dabei geht es besonders um die Frage der Beschränkungen der Grundfreiheiten und um die Kohärenz, also um die konsequente Orientierung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit an den Rechtfertigungsgründen vor allem der Bekämpfung der Spielsucht bzw. der Bekämpfung der Begleitkriminalität.

Wenn auch eigene europäische ordnungsrechtliche Regelungen fehlen, so gibt es doch europäische Rechtsakte, die auch auf Glücksspiele – allerdings nicht nur auf diese – Anwendung finden. Es sind dies beispielsweise die Mehrwertsteuerrichtlinie oder die Notifizierungs-RL, auf die nachfolgend einzugehen sein wird, wie auch auf Fragen des Wettbewerbsrechts oder des Beihilferechts.

Wie eben erwähnt, werden die Glücksspiele durch nationales Recht geregelt. In der Bundesrepublik gilt hierfür vor allem als gemeinsames Landesrecht der Glücksspielstaatsvertrag von 2012 (GlüStV 2012) und davon abgeleitete Rechtsakte wie z. B. die Umsetzungsgesetze des GlüStV 2012, die Werberichtlinie oder die ländereigenen Spielbanken- und Spielhallengesetze. Daneben gelten zudem bundesrechtliche Bestimmungen, wie z. B. solche des Rennwett- und Lotteriegesetzes, der Gewerbeordnung und – für Spielhallen – der Spielverordnung. Auch kommunale Rechtsakte kommen in Frage (wie z. B. für kommunale Abgaben oder zur Baugestaltung für Spielhallen).

Das Glücksspielrecht der einzelnen Mitgliedstaaten ist ständig „im Fluss“. Laufend kommen Änderungen oder Ergänzungen hinzu. Auch gibt es im Hinblick auf die Besteuerung der Glücksspiele große Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten, was auch die Respektierung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung erschwert oder gar verhindert. In Anbetracht der divergierenden Rechtslage der nationalen Regelungen wäre eine unionsrechtliche Harmonisierung sicherlich zu begrüßen.

---

<sup>1</sup> S. dazu Teil F, II, 2.

<sup>2</sup> In Deutschland gilt an sich noch der Glücksspielstaatsvertrag von 2012 (i. F.: GlüStV 2012), auch Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag genannt (i. F.: 1. GlüÄndStV).

## II Zu prüfende Fragen und Aufbau

### 1 Einleitende Bemerkungen

Obwohl Glücksspiele seit dem Altertum betrieben werden, befassen sich die Rechtsliteratur und die Rechtsprechung noch nicht allzu lange intensiver mit den damit verbundenen Problemen. So schreibt auch Stephanie Bauch:<sup>3</sup> „*Gab es in den 1990er Jahren nur vereinzelt Schriften zum Glücksspielrecht, sind die Publikationen heute kaum mehr zählbar.*“ Das Gleiche gilt für die mitgliedstaatliche Rspr. zu Glücksspielfragen, deren Entscheidungen ebenfalls kaum noch zählbar sind.<sup>4</sup> Dies gilt inzwischen auch für die mit Glücksspielen verbundenen europarechtlichen Fragen. So erging das erste „glücksspielrelevante“, binnenmarktbezogene Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (i. F.: EuGH oder auch nur Gerichtshof) – das unten näher zu besprechende Urteil Schindler (G1/1)<sup>5</sup> – erst im Jahr 1994.<sup>6</sup> Seit damals wurden aber auch auf mitgliedstaatlicher Ebene die Europabezüge mancher Glücksspielaspekte „entdeckt“, jedoch nicht immer aus europäischer „Begeisterung“. Wortmann/Vlaemminck schreiben: „*In der glücksspielpolitischen Auseinandersetzung ist ‚Europa‘ zur argumentativen Keule geworden, die von vielen Seiten geschwungen wird [...]*“.<sup>7</sup>

Besonders in Deutschland haben die EuGH-Urteile vom 08.09.2010 in den Rechtssachen Markus Stoß u. a. (G1/12) sowie Carmen Media (G1/13) die Diskussion verstärkt angefacht mit der (zutreffenden) Begründung, aus diesen Judikaten lasse sich ableiten, der Gerichtshof habe Bedenken gegen die „nicht kohärente und systematische“ Ausgestaltung und Handhabung der deutschen Monopolregelung für Glücksspiele geltend gemacht.

Der eigentliche Anlass für das nunmehr vorhandene Interesse an dieser Materie dürfte aber wohl das Faktum sein, dass inzwischen immer mehr private Anbieter an diesem mitgliedstaatlich restriktiv geregelten und vielfach von öffentlichen Betreibern oder gar von staatlichen Monopolen beherrschten Markt teilhaben wollen. Das Anbieten, die Vermittlung sowie die Durchführung und Erbringung von Glücksspielen sind inzwischen europaweit zu einem lukrativen Geschäft geworden.<sup>8</sup> Im Grünbuch der EU-Kommission zu Online-Glücksspielen wird festgehalten, dass die Glücksspielindustrie innerhalb der EU im Jahr 2008 nach Abzug der ausgeschütteten Gewinne 75,9 Mrd. € erzielt hat.<sup>9</sup> In Wirklichkeit geht es demzufolge in der Praxis auch weniger um die mit Glücksspielen verbundenen Rechtsfragen als darum, ob bzw. inwieweit Glücksspiele auch von privaten (seriösen) Betreibern angeboten werden dürfen.

Der Glücksspielbereich ist wie erwähnt europarechtlich (noch) nicht geregelt. Mehrere Anläufe für eine Harmonisierung oder gar eine Liberalisierung sind bislang gescheitert bzw. von den Mit-

<sup>3</sup> Stephanie A. Bauch, Soziallotterien, 2016, S. 39.

<sup>4</sup> Im Jahr 2012 waren bei *juris* unter dem Stichwort „Glücksspiel“ bereits über 6.500 Einträge – davon über 2.500 die Rechtsprechung betreffend – und unter dem Stichwort „Glücksspielrecht“ über 600 Einträge, davon fast 400 zur Rechtsprechung, abrufbar. Inzwischen gibt es bei *juris* über 14.000 Einträge. Hinzu kommen zwei eigene Zeitschriften zu Glücksspielrechtsfragen, nämlich die Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG), die 2016 bereits im 11. Jahr erscheint. Seit 2015 gibt es eine weitere Fachzeitschrift mit dem Namen „*Beiträge zum Glücksspielwesen – Eine Fachreihe des Behörden-Spiegels*“. Aufgrund der Vielzahl der relevanten Veröffentlichungen und auch der einschlägigen nationalen Gerichtsentscheidungen war es dem Verf. nicht möglich, diese auch nur annähernd vollständig zu zitieren, weshalb er sich auf eine repräsentative Auswahl beschränkt.

<sup>5</sup> Die Zusätze in den Klammern betreffen die Fundstellen und Gruppeneinteilungen im Rahmen der Arbeit.

<sup>6</sup> Einige im Zusammenhang mit Glücksspielen zeitlich schon vor 1994 ergangene EuGH-Urteile betrafen zwar nicht Glücksspiele als solche, sondern lediglich Steuerfragen, allerdings im Zusammenhang mit Glücksspielen.

<sup>7</sup> Wortmann/Vlaemminck, Europäische Aspekte zur Lage des Glücksspiels, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 192 ff. (193).

<sup>8</sup> S. hierzu Becker/Baumann (Hrsg.), Glücksspiel im Umbruch, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 2, und Ennuschat, Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele.

<sup>9</sup> Europäische Kommission, Grünbuch v. 24.03.2011, Online-Glücksspiele im Binnenmarkt, COM (2011) 128 final {SEK (2011) 321}. Näheres zu diesem Grünbuch s. u. Teil F, II, 2.

gliedstaaten – und hierbei konkret vom Europäischen Rat – gar nicht gewollt worden.<sup>10</sup> Auch eine künftige Harmonisierung ist nicht in Sicht.

Für Glücksspiele gelten also bislang ausschließlich nationale Regelungen. In praktisch allen 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union gelten entsprechende, den Spielbetrieb einschränkende Bestimmungen. In keinem dieser Staaten können Glücksspiele, die öffentlich zugänglich sind oder öffentlich durchgeführt werden, weder völlig frei veranstaltet werden, noch ist eine Teilnahme an ihnen unbeschränkt möglich. Dabei weichen die nationalen Regelungen zum Teil voneinander ab, wobei sich in Folge laufender Gesetzesänderungen inzwischen aber doch gewisse Annäherungen (Diffusionen) ergeben haben. Am weitestgehend liberalisiert ist der Glücksspielmarkt in Italien. Einige Länder behalten sich dagegen eine Monopol-Lösung zugunsten eines staatlichen Betreibers oder eines von der öffentlichen Hand ausgewählten Anbieters vor. Um es gleich vorwegzunehmen: Der EuGH hielt wiederholt fest, dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, ihren Glücksspielbereich selbst zu regeln. Sie können demzufolge das Schutzniveau im Glücksspielbereich autonom festlegen. Möglich wären also einerseits ein totales Verbot der Glücksspiele, oder aber eine Monopollösung bzw. die Vergabe eines Ausschließlichkeitsrechts, aber auch Konzessionsmodelle oder eine Liberalisierung bei Beachtung mehr oder weniger strenger Auflagen, ja sogar eine völlige Freigabe wäre zulässig. Überspitzt formuliert könnte man sagen, der EuGH bzw. die Union halten sich aus der Regelungsfrage heraus, soweit bei den nationalen Regelungen nicht Europarecht auszulegen ist bzw. soweit nicht Grundregeln und Grundsätze des Europarechts zu beachten sind.

Gleich vorab sei festgehalten, dass eine völlige Liberalisierung der Glücksspiele m.E. nicht erstrebenswert wäre. Es geht also vielmehr um die Festlegung eines alle Seiten zufriedenstellenden, ordnungspolitischen restriktiven Rahmens. Losgelöst von emotionalen oder vorgeschobenen Denkweisen sollten vom nationalen Gesetzgeber die gesellschaftspolitischen Aspekte und die rechtlichen Lösungsmöglichkeiten miteinander in Einklang gebracht werden.

## **2 Aufbau und Prüfungsabläufe**

Nach Teil A, in dem die zu prüfenden Fragen und vor allem die Namen der vom EuGH entschiedenen, glücksspielbezogenen Rechtssachen (zugleich in Form eines Rechtsprechungslinks) aufgelistet werden, sollen zur Einführung in die Materie im Teil B Ausführungen gemacht werden zur Definition der Glücksspiele, zu ihren Arten und Besonderheiten sowie zum Glücksspielmarkt. Auch zur Geschichte der Glücksspiele sollen zur Abrundung der Materie einige Ausführungen gemacht und der Frage nachgegangen werden, ob daraus Folgerungen auf die jetzige Situation gezogen werden können. Im Teil C erfolgt dann ein Überblick über ausgewählte mitgliedstaatliche Regelungen der Glücksspiele. Die europarechtlichen Aspekte der Glücksspiele und die entsprechenden Rechtsgrundlagen werden im Teil D erörtert, bevor dann im (Haupt-) Teil E auf die einzelnen, glücksspielrelevanten Rechtssachen inhaltlich eingegangen wird – aber auch auf bloße Unterhaltungs- und Gewinnspiele –, die vom EuGH und anderen Gerichten entschieden worden sind. In Teil F werden abschließend Fragen und Möglichkeiten eventueller künftiger glücksspielrechtlicher Regelungen auf nationaler und europäischer Ebene angesprochen.

## **3 Fragestellungen und Prüfungsmaßstäbe**

Wegen des Fehlens eigener primärrechtlicher Regelungen und infolge der fehlenden Harmonisierung der Glücksspiele durch europäisches Sekundärrecht sind die Mitgliedstaaten befugt, den Glücksspielbereich selbst und frei zu regeln. Dennoch ist dabei zu fragen, wie weit das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihres Glücksspielrechts gehen kann.

<sup>10</sup> S. Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Edinburgh v. 11. und 12.12.1992, Teil A der Anlage 2: Subsidiarität (Bulletin der Europ. Gemeinschaften 1992 Nr. 12 S. 18). In diesen Schlussfolgerungen heißt es unter Teil A der Anlage 2, Subsidiarität: „So verzichtet sie [gemeint war die Kommission – Anmerk. des Verf.] z. B.: ... auf die Reglementierung der Glücksspiele“.

Im Rahmen der Prüfung der in Frage kommenden Rechtsgrundlagen und Rechtsakte – sowie deren Abgrenzungen voneinander – wird zu untersuchen sein, welche Grundsätze des Unionsrechts, die beachtet werden müssen, fallbezogen jeweils in Betracht kommen. Dabei geht es zunächst um die Frage, welche europarechtlichen Normen einschlägig sein können. Was die normativen Regelungen anbelangt, so könnten Bestimmungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union herangezogen werden, wie z. B. deren Art. 15 und 16, die die Berufsfreiheit bzw. die unternehmerische Freiheit betreffen.<sup>11</sup> Zu beachten sind ferner Regelungen der Grundfreiheiten bzw. Freizügigkeiten des Binnenmarktes. Dabei geht es zunächst um die Vorfrage, ob Glücksspiele überhaupt binnenmarktrelevant sind, sowie – bejahendenfalls –, unter welche der Grundfreiheiten des Binnenmarkts sie fallen können und wie weit dann deren Geltung reicht. Schwerpunktmäßig wird es die Dienstleistungsfreiheit sein, obwohl alle Freizügigkeiten des Binnenmarktes einschlägig sein können.

Ob private Anbieter am milliardenschweren und expandierenden Glücksspielmarkt teilhaben bzw. inwieweit sie dies (vor allem grenzüberschreitend) aus europarechtlicher Sicht tun können, wird einer der Hauptpunkte der nachfolgenden Prüfung sein. Andererseits wollen auch Spieler an Glücksspielen teilnehmen, die aus oder in anderen Mitgliedstaaten, ja sogar aus Drittstaaten, angeboten werden, was die Wohnsitzstaaten der Spieler wiederum zu verhindern suchen. Ob sie dies europarechtskonform tun können, wird ebenfalls zu prüfen sein. Auf die Probleme der Monopol-Regelungen, ihre Voraussetzungen und Folgen sowie vor allem auf deren Rechtfertigungsgründe wird besonders einzugehen sein, denn letztlich geht es (in der Praxis) um das Spannungsverhältnis Monopolregelung vs. Liberalisierung. Im Hinblick auf grenzüberschreitende Bezüge geht es bei einer Nichtzulassung privater Anbieter zugleich um die Frage, ob eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegt.

Bei Vorliegen einer Beschränkung ist sodann auf eventuell mögliche Rechtfertigungsgründe einzugehen, die entweder aus dem Primärrecht abgeleitet werden können oder sich aus den vom EuGH entwickelten „zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses“ ergeben. Diese können insbesondere von der Eindämmung der Spielsucht, über den Schutz der Verbraucher, die Bekämpfung der (Begleit-)Kriminalität, die Verhinderung der Geldwäsche bis zu weiteren Gründen reichen. Es gibt insoweit keine abgeschlossene Liste. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf die Geeignetheit der Beschränkungsmaßnahmen und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Erforderlichkeit der zur Erreichung der Rechtfertigungsziele gewählten Maßnahmen zu legen. Es ist also zu fragen, ob es zur Zielerreichung nicht auch „mildere Mittel“ gibt als die gewählte (nationale) Maßnahme. Dabei ist als eine weitere Prüfungsfrage zu untersuchen, ob nicht auch private (seriöse) Anbieter in der Lage sind, den Anforderungen der Rechtfertigungsgründe und der damit verbundenen Kontrollen der Spiele, der Spielbetreiber und der teilnehmenden Spieler zu entsprechen.

Inwieweit die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe jeweils tatsächlich vorliegen, vor allem ob die angestrebten Ziele kohärent und systematisch verfolgt werden, wird anhand von Einzelfällen zu erörtern sein. Gerade die Fragen der Kohärenz und der Schlüssigkeit der Regelung der verschiedenen Spielarten – besonders die vertikale und horizontale Kohärenz<sup>12</sup> – spielen in der neueren Rechtsprechung des EuGH eine große Rolle, worauf näher einzugehen sein wird, wie auch auf den Aspekt der Gesamtschau der Rechtfertigungsgründe. Der EuGH betont nämlich, dass die Rechtfertigungsziele in der Praxis auch tatsächlich verfolgt werden müssen, was vor allem im Hinblick auf den meist geltend gemachten Hauptgrund, auf die von den Mitgliedstaaten gewollte Bekämpfung der Spielsucht – besonders i. Z. m. der Werbung für Glücksspiele einerseits und der Ausweitung der Spielangebote andererseits – zu überprüfen sein wird. Gerade Fra-

<sup>11</sup> Im deutschen Recht geht es in Glücksspielfällen meist um Art. 12 GG, die Berufsfreiheit betreffend. Dieser Bestimmung entspricht Art. 15 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (i. F.: GRCh).

<sup>12</sup> S. dazu *Alber*, Kohärenz aus europarechtlicher Sicht, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung, (Hrsg. Tilman Becker) Bd. 10, 2010, S. 9–17.

gen der Werbung spielen in der Abgrenzung zur bloßen (erlaubten) Information eine besondere Rolle, was verstärkt zu berücksichtigen sein wird.

Auch auf die finanziellen Aspekte – insbesondere der Spielabgaben bzw. der Besteuerung – ist einzugehen, wobei durch die ständige Rechtsprechung des EuGH feststeht, dass die Erzielung von Einnahmen, wenn die Bekämpfung der Spielsucht als Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Glücksspielangebote geltend gemacht wird, kein alleiniger Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung einer Binnenmarktfreiheit sein kann, da die Einnahmen in solchen Fällen nur „eine erfreuliche Nebenfolge“ der Beschränkungsmaßnahme sein dürfen. In diesem Sinne argumentieren zwar auch die betroffenen Mitgliedstaaten, doch könnten aufgrund ihrer mit dem Glücksspielbereich eng verbundenen fiskalischen Interessen – und im Hinblick auf die Besetzung bestimmter Gesellschaftsorgane der Spielbetreiber auch personeller Interessen – doch Zweifel an der Wahrhaftigkeit dieser Argumentation bestehen.

In diesem Zusammenhang ist zugleich auch die Verwendung der erzielten Einnahmen – überwiegend für kulturelle, karitative oder sportliche Zwecke – zu erörtern bzw., falls diese Abgaben durch Steuern ersetzt werden sollten, ist auf die Problematik einer eventuellen Besteuerung sowohl der Spielanbieter wie auch der Gewinner einzugehen.

Im Rahmen des freien Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten ist ferner der vom EuGH entwickelte Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung anzusprechen und zu fragen, ob – und bejahendenfalls, wie weit – geltende und rechtlich nicht zu beanstandende aber abweichende Regelungen anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen sind. Es geht dabei um zweierlei: Einmal darum, ob Mitgliedstaaten es erlauben müssen, dass ausländische (private) Anbieter, die in ihrem Sitzstaat über eine legale Zulassung verfügen, ihre Dienste auch in ihrem Staatsgebiet anbieten. Zum anderen ist zu prüfen, ob Spieler auch von ihrem Heimatstaat aus an solchen, im Ausland legal stattfindenden Spielen teilnehmen dürfen.

Schließlich werden außer den Binnenmarktaspekten auch etwaige Wettbewerbs- und Beihilfe-probleme zu erwähnen sein. Dabei geht es zugleich um die Frage, wenn bei einer Konzessions- bzw. Lizenzvergabe Ausschließlichkeitsrechte vergeben worden sind, welche Auswirkungen dies insbesondere im Hinblick auf etwaige Ausschreibungs- und Transparenzpflichten hat.

Besonderes Augenmerk ist auf die neue Problematik der Spiele im Internet zu legen. Gerade durch Internetangebote kommt es zu einer rasanten Zunahme der Online-Spiele, was mit zusätzlichen Problemen verbunden ist, da möglicherweise der erleichterte Zugang zu diesen Spielen mit größeren Gefahren der Spielsucht, der Geldwäsche oder der Begleitkriminalität verbunden sein könnten. Ob die deshalb vorgesehenen Internetverbote für Glücksspiele aus europarechtlicher Sicht Bestand haben können, wird genauso zu prüfen sein wie die Wirksamkeit von Internetsperren oder Löschungen bzw. die Möglichkeit und Gefahr ihrer Umgehung. Neben den technischen Möglichkeiten geht es – vor allem bei grenzüberschreitenden Internetangeboten – zugleich um Fragen der tatsächlichen Durchsetzungsmöglichkeit der Online-Verbote etwa auch durch einen Zugriff auf den Online-Betreiber bei der Vermittlung der Spiele – also auf den Access-Provider – oder etwa auf Banken bei einer Blockierung der Finanzströme.

Die Prüfung der aufgelisteten Fragen soll insbesondere anhand der relevanten Urteile des EuGH erfolgen, die im Hauptteil der Arbeit (Teil E) besprochen und kommentiert werden.

Nach der Prüfung der Probleme, die mit der bestehenden Rechts- und Faktenlage verbunden sind, soll (im Teil F) auf Aspekte der aktuellen und evtl. künftigen Entwicklung des Glücksspielbereichs eingegangen werden und dabei besonders darauf, ob der Glücksspielbereich künftig nicht doch besser auf europäischer Ebene harmonisiert werden sollte.

Als Vorfrage zu einer eventuellen (künftigen) Harmonisierung wird zu prüfen sein, ob die Europäische Union überhaupt eine Kompetenz zur Regelung des Glücksspielsektors hätte. Dabei ist auch zu untersuchen, inwieweit im Fall einer eventuellen EU-Zuständigkeit das Subsidiaritäts-

prinzip zum Tragen kommt. Auch ist zu fragen, ob die Pflicht der Union zur Achtung der mitgliedstaatlichen Identität einschränkende Auswirkungen hätte. Eine europaeinheitliche Regelung würde natürlich zudem eine harmonisierte Lösung der steuerlichen und finanziellen Aspekte voraussetzen, worauf ebenfalls eingegangen werden soll.

### III Die auszuwertende Rechtsprechung

#### 1 Vorbemerkungen zur Darstellung

Bei der späteren ausführlichen Darstellung und Besprechung der bislang ergangenen relevanten Judikate des EuGH im Einzelnen soll untersucht werden, ob bzw. inwieweit in der Rechtsprechung diese soeben im Fragenkatalog genannten Probleme erörtert worden sind. Die glücksspielrelevanten Urteile des Gerichtshofs und die betreffenden Schlussanträge der Generalanwälte, die sich mit der Problematik der Glücksspiele aus europarechtlicher Sicht befassen und aus denen überwiegend zitiert werden wird, sollen vorab – im Teil A – zunächst nur zusammenfassend und mit dem Urteilsdatum, dem Aktenzeichen und mit der (vollen) namentlichen Bezeichnung (i. d. R. dem Namen einer der Parteien) sowie der amtlichen Fundstelle bzw. der Abrufungspositionen aufgelistet werden.<sup>13</sup>

Im Einzelnen werden diese Rechtssachen in Teil E ausführlich besprochen. Die Fälle sollen dabei zur besseren Übersicht nach inhaltlichen Schwerpunkten klassifiziert und in sechs Gruppen eingeteilt sowie in dieser Reihenfolge unten im Teil E auch (chronologisch) dargestellt werden.

In der ersten Gruppe werden die Urteile aufgelistet, in denen es schwerpunktmäßig um ordnungspolitische und binnenmarktrelevante Aspekte ging.

In einer zweiten Gruppe geht es um Urteile, bei denen abgabe- und steuerrechtliche Bezüge im Vordergrund standen und zwar schwerpunktmäßig solche der Mehrwertsteuer, da fallbezogen nur diese Steuerart europarechtlich geregelt worden ist.

Als eine dritte Gruppe von Urteilen sollen die Rsn. vorgestellt werden, in denen es zwar nicht primär um Glücksspiele als solche ging, aber doch um mittelbar damit zusammenhängende Fragen wie Ausschreibungen, Konzessionsvergaben, Notifizierungspflichten usw.

In der vierten Gruppe geht es um reine Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeiten. Hierbei ging es vor allem im Hinblick auf den Inhalt und die Ausgestaltung der „Unterhaltungsspiele“ um den Schutz sittlicher und moralischer Werte und insbesondere um die Menschenwürde.

In einer fünften Gruppe sollen die Rechtssachen vorgestellt werden, die bloße Gewinnmöglichkeiten betrafen, bei denen es also nicht primär um einen geldlichen Einsatz ging. In diesen Fällen ging es mehr um den (lauteren) Wettbewerb oder den Schutz der Medienvielfalt u. a. Zwar gehören die Rechtssachen dieser Gruppe nicht direkt zum Glücksspielbereich im engeren Sinn. Der Vollständigkeit halber empfiehlt es sich aber doch, auch auf diesen „benachbarten“ Sektor einzugehen.

In der sechsten Gruppe geht es um Judikate, die zwar i. Z. m. Glücksspielen ergingen (sodass zumindest einige von ihnen auch in die erste Gruppe hätten einbezogen werden können), bei denen aber fallbezogen, zusätzlich andere nicht glücksspielrelevante Rechtsfragen im Vordergrund standen. Um bei der Darstellung der Urteile die ganze Breite der Rechtsprechung i. V. m. Glücksspielen aufzuzeigen, sollen auch über Glücksspiele hinausgehende Rechtsfragen (wie z. B. Zulässigkeits Einwände, Sanktionen bei Vertragsverletzungen oder Rechtsschutzprobleme) wenigstens kurz gestreift werden.

<sup>13</sup> Die Zitierweise hat sich seit 2012 geändert, zumal die Fälle nicht mehr in der amtl. Slg. veröffentlicht werden. Auch der EuGH verwendet seither – auch rückwirkend für die vorangegangenen Fälle – nur noch den vom Rat initiierten ECLI (= Akronym aus European Case Law Identifier; ABl. 2011, C 127, S. 1), wobei er auch die vor Errichtung des EuG entschiedenen Fälle mit einem C (für Cour) versieht. Soweit es die amtl. Slg. noch gab, sollen bei den nachfolgenden Rsn. noch beide Fundstellen angegeben werden.

Innerhalb der einzelnen Gruppen werden die Rechtssachen in der chronologischen Reihenfolge des Urteilerlasses aufgelistet. Zwar hätte auch eine Einteilung anhand der verschiedenen Glücksspielarten und Glücksspielbetreibern erfolgen können – also z. B. getrennt nach Lotterien, Wettten, Kasinospiele, Automaten Spiele, usw. –, doch wäre eine solche Aufgliederung mitunter insoweit problematisch, als es mitunter um mehrere Spielarten und neben der Spielart oftmals noch um andere Rechtsfragen, die Glücksspiele betreffend, oder um Überschneidungen geht. Zudem wäre es schwieriger, zu ermitteln, ob der Gerichtshof in der chronologischen Reihenfolge seiner Entscheidungen seine Einstellung geändert hat oder nicht.

## **2 Zusammenfassender Überblick über die zu besprechenden EuGH-Urteile und Schlussanträge – voller Namenswortlaut der Rechtssachen und Zitierweise**

Zunächst sollen die Urteile des Gerichtshofs (nur) dem Namen nach aufgelistet werden. Namentlich genannt werden auch die fallrelevant zuständig gewesenen Generalanwälte und das Datum ihrer Schlussanträge.<sup>14</sup> Eingegangen wird auch auf Urteile des EFTA-Gerichtshofs sowie auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (i. F.: EGMR) und auf Urteile verschiedener deutscher Gerichte, insbesondere auf Urteile des Bundesverfassungsgerichts (i. F.: BVerfG) und des Bundesverwaltungsgerichts (i. F.: BVerwG).

Die vorgezogene zusammenfassende Auflistung der vollen (Namens-)Kennzeichnung der Rechtssachen – gewissermaßen in Form eines Judikaturverzeichnisses – dient der Erleichterung der späteren und wiederholten Zitierung, bei der dann nicht mehr der volle Wortlaut der Rechtsache, sondern nur noch verkürzt der – in der nachfolgenden Aufzählung vom Verfasser fett hervorgehobene „gebräuchliche“ – (Zitier-)Name der Rechtsache erwähnt werden wird. Zur Möglichkeit eines vereinfachten Auffindens der Rsn. innerhalb der Arbeit werden zur bloßen Nennung der Rsn. hinzukommend nur noch die Gruppe der Einteilung – verkürzt mit G bezeichnet – und die jeweilige Nr. der Rs. innerhalb der Gruppe hinzugefügt.<sup>15</sup> Zusammenfassend handelt es sich um folgende Rechtssachen:

### **3 Die einzelnen Judikate und Schlussanträge**

#### **3.1 Die Rechtssachen der GRUPPE 1: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen unter ordnungspolitischen und binnenmarktrelevanten Aspekten**

- (1) Schlussanträge des GA Gulmann v. 16.12.1993, ECLI:EU:C:1993:944 und Urteil v. 24.03.1994 in der Rs. C-275/92 (Her Majesty's Customs and Excise vs. Gerhart Schindler und Joerg Schindler, Slg. 1994, I-1039), ECLI:EU:C:1994:119, i. F.: **Schindler** (G1/1);
- (2) Schlussanträge des GA La Pergola v. 04.03.1999, ECLI:EU:C:1999:117 und Urteil v. 21.09.1999 in der Rs. C-124/97 (Marku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd. [CMS] und Oy Transatlantic Software Ltd. [TAS] vs. Kihlakunnan syyttäjä –Jyväskylä =Bezirksstaatsanwaltschaft– und Suomen valtio = finnischer Staat–, Slg. 1999, I-6067), ECLI:EU:C:1999:435, i. F.: **Läärä** (G1/2);
- (3) Schlussanträge des GA Fennelly v. 20.05.1999, ECLI:EU:C:1999:261 und Urteil v. 21.10.1999 in der Rs. C-67/98 (Questore di Verona vs. Diego Zenatti, Slg. 1999, I-7289), ECLI:EU:C:1999:514, i. F.: **Zenatti** (G1/3);

<sup>14</sup> Alle Absätze der Urteile und der Schlussanträge der Generalanwälte werden im Originaltext des EuGH mit Ziffern versehen, die bei Urteilen als Randnummer (i. F.: Rn. bzw. in der Pluralform Rnn.) und in Schlussanträgen nur als Nummer (i. F.: Nr. bzw. in der Pluralform Nrn.) bezeichnet werden. Diese Zitierweise des EuGH soll auch hier übernommen werden.

<sup>15</sup> Wird also z. B. das Urteil Zenatti (G1/3) zitiert, beziehen sich die Angaben G1 in der Klammer sowohl auf die Gruppe 1 des Teils A, III, 3.3.1 (3) der Ausarbeitung, in dem die Rs. mit vollem Namen aufgelistet wird, sowie zugleich auf die Gruppe 1 des Teils E, I, 3, 3.1, in dem die Rs. inhaltlich dargestellt wird, sodass diese beiden Fundstellen deshalb nicht mehr jedes Mal eigens genannt zu werden brauchen.

- (4) Schlussanträge des GA Tizzano v. 11.02.2003, ECLI:EU:C:2003:86 und Urteil v. 11.09.2003 in der Rs. C-6/01 (Anomar u. a. [= Akronym aus Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas] vs. den portugiesischen Staat, Slg. 2003, I-8621), ECLI:EU:C:2003:446, i. F.: **Anomar** (G1/4);
- (5) Schlussanträge des GA Alber v. 13.03.2003, ECLI:EU:C:2003:156 und Urteil v. 08.11.2003 in der Rs. C-243/01 (Strafverfahren gegen Piergiorgio Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13031), EU:C:2003:597, i. F.: **Gambelli** (G1/5);
- (6) Schlussanträge des GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 16.05.2006, ECLI:EU:C:2006:324 und Urteil v. 06.03.2007 in den verbundenen (i. F.: verb.) Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Procuratore della Repubblica vs. Massimiliano Placanica, Christian Palazzese und Angelo Sorricchio, Slg. 2007, I-1891), ECLI:EU:C:2007:133, i. F.: **Placanica u. a.** (G1/6);
- (7) Beschlüsse<sup>16</sup> v. 06.03.2007 (G1/7) in den Rsn.
- a) C-395/05 (Strafverfahren gegen Antonello D’Antonio, Alessandro D’Antonio und Rodolfo Ramieri), ECLI:EU:C:2007:134; i. F.: **D’Antonio u. a.** (G1/7)
  - b) C-397/05 (Strafverfahren gegen Maria Gracia **Di Maggio** und Salvatore Buccola), ECLI:EU:C:2007:135;
  - c) C-466/05 (Strafverfahren gegen Gianluca **Damonte**), ECLI:EU:C:2007:136 und
  - d) C-191/06 (Strafverfahren gegen Aniello **Gallo** u. a.), ECLI:EU:C:2007:141;
- (8) Schlussanträge des GA Bot v. 14.10.2008, ECLI:EU:C:2008:560 und Urteil v. 08.09.2009 in der Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd. vs. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Slg. 2009, I-7633), ECLI:EU:C:2009:519, i. F.: **Liga Portuguesa** (G1/8);
- (9) Schlussanträge des GA Bot v. 17.12.2009 ECLI:EU:C:2009:791 und Urteile v. 03.06.2010 in den (nicht verbundenen) Rsn. C-203/08 (The Sporting Exchange Ltd./Minister van Justitie (G1/9a) und C-258/08 (Ladbrokes Betting and Gaming Ltd., Ladbrokes International Ltd. vs. Stichting de Nationale Sporttotalisator) (G1/9b) Slg. 2010, I-4695 bzw. I-4761), ECLI:EU:C:2010:307, i. F.: **Sporting Exchange und Ladbrokes** (G1/9);
- (10) Schlussanträge des GA Bot v. 23.02.2010, ECLI:EU:C:2010:82 und Urteil v. 08.07.2010 in den verb. Rsn. C-447/08 und C-448/08 (Otto Sjöberg und Anders Gerdin vs. Åklagaren, Slg. 2010, I-6921), ECLI:EU:C:2010:415, i. F.: **Sjöberg und Gerdin** (G1/10);
- (11) Schlussanträge des GA Bot v. 26.01.2010 ECLI:EU:C:2010:38 und Urteil v. 08.09.2010 in der Rs. C-409/06 (Winner Wetten GmbH vs. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, Slg. 2010, I-8015), ECLI:EU:C:2010:503, i. F.: **Winner Wetten** (G1/11);
- (12) Schlussanträge des GA Mengozzi v. 04.03.2010, ECLI:EU:C:2010:109 und Urteil v. 08.09.2010, ECLI:EU:C:2010:504 in den verb. Rsn. C-316/07 (Markus Stoß vs. Wetteraukreis), C-358/07 (Kulpa AutomatenService Asperg GmbH vs. Land Baden-Württemberg), ECLI:EU:C:2007:602 auch die nachfolgenden Urteile, C-359/07 (SOBO Sport & Entertainment GmbH vs. Land Baden-Württemberg), C-360/07 (Andreas Kunert vs. Land Baden-Württemberg), C-409/07 (Avalon Service Online-Dienste GmbH vs. Wetteraukreis), C-410/07 (Olaf Amadeus Wilhelm Happel vs. Wetteraukreis), Slg. 2010, I-8069, i. F.: **Markus Stoß u. a.** (G1/12);
- (13) Schlussanträge des GA Mengozzi v. 04.03.2010, ECLI:EU:C:2010:110 und Urteil v. 08.09.2010 in der Rs. C-46/08 (Carmen Media Group Ltd. vs. Land Schleswig-Holstein,

<sup>16</sup> Durch (kürzeren) Beschluss statt durch (längeres) Urteil wird i. d. R. ein Vorabentscheidungsersuchen entschieden, wenn die Voraussetzungen des Art. 99 VerfO (vormals Art. 104 § 3 VerfO) vorliegen, wenn es sich also um eine praktisch schon beantwortete oder eine vergleichbare Frage handelt.

- Innenminister des Landes Schleswig-Holstein, Slg. 2010, I-8149), ECLI:EU:C:2010:505, i. F.: **Carmen Media** (G1/13);
- (14) Schlussanträge des GA Mažak v. 23.02.2010, ECLI:EU:C:2010:79 und Urteil v. 09.09.2010 in der Rs. C-64/08 (Staatsanwaltschaft Linz vs. Ernst Engelmann, Slg. 2010, I-8219), ECLI:EU:C:2010:506, i. F.: **Engelmann** (G1/14);
- (15) Urteil v. 30.06.2011 in der Rs. C-212/08 (Société Zeturf Ltd. vs. Premier Ministre, Ministre de l’Agriculture et de la Pêche, Ministre de l’Interieur [u. weit. Minister], Slg. 2011, I-05633, ECLI:EU:C:2011:437, i. F.: **Zeturf** (G1/15),. Das Urteil erging ohne Schlussanträge;
- (16) Schlussanträge des GA Bot v. 31.03.2011 ECLI:EU:C:2011:195 und Urteil v. 15.09.2011 in der Rs. C-347/09 (Strafverfahren gegen Jochen Dickinger und Franz Ömer, Slg. 2011, I-08185), ECLI:EU:C:2011:582, i. F.: **Dickinger und Ömer** (G1/16).
- (17) Schlussanträge des GA Cruz Villalón v. 27.10.2011, ECLI:EU:C:2011:699 und Urteil v. 16.02.2012 in den verb. Rsn. C-72/10 (Strafverfahren gegen Marcello Costa) und C-77/10 (Strafverfahren gegen Ugo Cifone), ECLI:EU:C:2012:80, i. F.: **Costa und Cifone** (G1/17);
- (18) – (25) Beschlüsse v. 16.02.2012
- (18) in den verb. Rsn. alle ECLI:EU:C:2010:298
- |                                   |                                    |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| a) C-164/10 (Emanuele Ferazzoli), | b) C-165/10 (Cosima Barberio),     |
| c) C-166/10 (Patrizia Banchetti), | d) C-167/10 (Andrea Palomba),      |
| e) C-168/10 (Michele Fanelli),    | f) C-169/10 (Sandra Castronovo),   |
| g) C-170/10 (Mirko De Filippo),   | h) C-171/10 (Andrea Sacripanti),   |
| i) C-172/10 (Emiliano Orru’),     | j) C-173/10 (Fabrizio Cariulo),    |
| k) C-174/10 (Paola Tonachella),   | l) C-175/10 (Pietro Calogero), und |
| m) C-176/10 (Danilo Spina         |                                    |
- alle gegen Ministero dell’ Interno), i. F.: **Ferazzoli u. a.** (G1/18a-m);
- (19) in der Rs. C-255/10 (Strafverfahren gegen Alessandro **Sacchi**), ECLI:EU:C:2012:83, (G1/19);
- (20) in der Rs. C-279/10 (Strafverfahren gegen Mateo **Minesi**), ECLI:EU:C:2012:84, (G1/20);
- (21) in der Rs.C-413/10 (Strafverfahren gegen Michela Pulignani, A. Picariello, B. Cilla, A. Moretti, M. Bianconi, P. Gori, E. Duranti, C. Zungri, i. F.: **Pulignani u. a.**), ECLI:EU:C:2012:87, (G1/21);
- (22) in der Rs. C-501/10 (Strafverfahren gegen Raffaele **Russo**), ECLI:EU:C:2012:89, (G1/22);
- (23) in der Rs. C-107/11 (Ministero dell’Interno, Questura di Caltanissetta vs. Massimiliano **Rizzo**), ECLI:EU:C:2012:96, (G1/23);
- (24) in der Rs. C-368/11 (Strafverfahren gegen Raffaele **Arrichiello**), ECLI:EU:C:2012:99, (G1/24);
- (25) in der Rs. C-612/11 (**Veneruso**), ECLI:EU:C:2012:100, (G1/25);
- (26) Schlussanträge des GA Mazák v. 17.04.2012, ECLI:EU:C:2012:208 und Urteil v. 12.07.2012 in der Rs. C-176/11 (HIT hoteli, igralnice, turizem d. d. Nova Gorica und HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na sreco in turizem d. d. vs. den österreichischen Bundesminister für Finanzen), ECLI:EU:C:2012:454, i. F.: **HIT hoteli und HIT LARIX** (G1/26);
- (27) Urteil v. 19.07.2012 in der Rs. C-470/11 (SIA Garkalns vs. Rigas Dome), ECLI:EU:C:2012:505, i. F.: **SIA Garkalns** (G1/27). Das Urteil erging ohne Schlussanträge;

- (28) Schlussanträge des GA Mazák v. 20.09.2012, ECLI:EU:C:2012:582 und Urteil v. 24.01.2013, ECLI:EU:C:2013:33, in den verb. Rsn.
- a) C-186/11 (Stanleybet International LTD, William **Hill** Organization Ltd und William Hill Plc) und
  - b) C-209/11 (Sportingbet Plc), i. F.: **Stanleybet, Hill und Sportingbet** (G1/28);  
beide vs. Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon/Ypourgos Politismou.
- (29) Urteil v. 12.09.2013 in den verb. Rsn. C-660/11 (Daniele Biaschi, Alessandro Pasquini, Andrea Milianti, Gabriele Maggini, Elena Secenti, Gabriele Livi vs. Ministero dell' Interno Questura di Livorno), und C-8/12 (Cristian Rainone, Orentino Viviani, Miriam Befani vs. Ministero dell' Interno Questura di Prato et di Firenze) ECLI:EU:C:2013:550, i. F.: **Biaschi u. a.** (G1/29). Das Urteil erging ohne Schlussanträge;
- (30) Schlussanträge der GA in Sharpston v. 14.11.2013, ECLI:EU:C:2013:747 und Urteil v. 30.04.2014 in der Rs. C-390/12 (Robert Pfleger, Autoart as Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner), ECLI:EU:C:2014:281, i. F.: **Pfleger u. a.** (G1/30);
- (31) Urteil v. 12.06.2014 in der Rs. C-156/13 (Digibet Ltd., Gert Albers vs. Westdeutsche Lotteriede GmbH & Co. OHG), ECLI:EU:C:2014:1756, i. F.: **Digibet und Albers** (G1/31). Das Urteil erging ohne Schlussanträge;
- (32) Schlussanträge des GA Szpunar v. 22.10.2015, ECLI:EU:C:2015:724 und Urteil v. 04.02.2016 in der Rs. C-336/14 (Sebat Ince), ECLI:EU:C:2016:72, i. F.: **Ince** (G1/32).
- (33) Schlussanträge des GA Wahl v. 26.11.2015, ECLI:EU:C:2015:788 und Urteil v. 28.01.2016 in der Rs. C-375/14, (Rosanna Laezza), ECLI:EU:C:2016:60, i. F.: **Laezza** (G1/33)
- (34) Beschlüsse v. 07.04.2016 in den Rsn. **Rosa** (C-433/14) ECLI:EU:C:2016:233, **Tomassi u. a.** (C-210/14–214/14) ECLI:EU:C:2016:245, **Santoro** (C-65/15) ECLI:EU:C:2016:242, **Conti** (C-504/15) ECLI:EU:C:2016:243 und **Tonatella** (C-8/16) ECLI:EU:C:2016:244 (G1/34)

### 3.2 Die Rechtssachen der GRUPPE 2: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen mit steuer- bzw. abgaberechtlichen Bezügen

- (1) Schlussanträge des GA Mancini v. 06.06.1985, ECLI:EU:C:1985:244 und Urteil v. 04.07.1985 in der Rs. C-168/84, ECLI:EU:C:1985:299, (Gunter **Berkholz** vs. Finanzamt Hamburg-Mitte-Altstadt, Slg. 1985, 2251), (G2/1);
- (2) Schlussanträge des GA Mancini v. 15.12.1987, ECLI:EU:C:1987:555 und Urteil v. 03.03.1988 in der Rs. C-252/86 (Gabriel **Bergandi**/Directeur Général des Impôts, Slg. 1988, 1343), ECLI:EU:C:1988:112, (G2/2);
- (3) Schlussanträge des GA Jacobs v. 03.03.1994, ECLI:EU:C:1994:81 und Urteil v. 05.05.1994 in der Rs. C-38/93 (H. J. **Glawe** Spiel- und Unterhaltungsgeräte Aufstellungsgesellschaft mbH & Co. KG vs. Finanzamt Hamburg-Barmbek-Uhlenhorst, Slg. 1994, I-1679), ECLI:EU:C:1994:188, (G2/3);
- (4) Schlussanträge des GA Léger v. 27.02.1997, ECLI:EU:C:1997:96 und Urteil v. 26.06.1997 in den verb. Rsn. C-370/95, (**Careda SA**), C-371/95, (Femara = Federacion nacional des operadores de máquinas recreativas y de azar) und C-372/95 (Facomare = Asociación espaniola de impresarios de máquinas recreativas) jeweils vs. Administración General del Estado, Slg. 1997, I-3721), ECLI:EU:C:1997:327, (G2/4);

- (5) Schlussanträge des GA Tesouro v. 13.03.1997, ECLI:EU:C:1997:167 und Urteil v. 11.06.1998 in der Rs. C-283/95 (Karlheinz **Fischer** vs. Finanzamt Donaueschingen, Slg. 1998, I-3369), ECLI:EU:C:1998:276, (G2/5);
- (6) Schlussanträge der GA in Stix-Hackl v. 27.09.2001, ECLI:EU:C:2001:494 und Urteil v. 17.09.2002 in der Rs. C-498/99 (**Town & County** Factors Ltd. vs. Commissioners of Customs & Excise, Slg. 2002, I-7173), ECLI:EU:C:2002:494, (G2/6);
- (7) Schlussanträge der GA in Stix-Hackl v. 10.04.2003, ECLI:EU:C:2003:234 und Urteil v. 13.11.2003 in der Rs. C-42/02 (Diana Elisabeth **Lindman** vs. Skätterättelsen ämde [= finnischer Beschwerdeausschuss in Steuersachen], Slg. 2003, I-13519), ECLI:EU:C:2003:613, (G2/7);
- (8) Schlussanträge der GA in Stix-Hackl v. 08.07.2004, ECLI:EU:C:2004:417 und Urteil v. 17.02.2005 in den verb. Rsn. C-453/02 und C-462/02 (Finanzamt Gladbeck vs. Edith Linneweber und Finanzamt Herne-West/Savvas Akritidis, [i. F.: **Linneweber und Akritidis**] Slg. 2005, I-1131), ECLI:EU:C:2005:92, (G2/8);
- (9) Schlussanträge des GA Poirares Maduro v. 27.01.2005, ECLI:EU:C:2005:65 und Urteil v. 12.05.2005 in der Rs. C-452/03 (**RAL** – Channel Islands – Ltd., RAL Ltd., RAL Service Ltd., RAL Machines Ltd. vs. Commissioners of Customs & Excise, Slg. 2005, I-3947), ECLI:EU:C:2005:289, (G2/9);
- (10) Urteil v. 13.07.2006 in der Rs. C-89/05 (**United Utilities** plc. vs. Commissioners of Customs & Excise, Slg. 2006, I-6815), ECLI:EU:C:2006:469, (G2/10). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.
- (11) Schlussanträge des GA Mengozzi v. 16.07.2009, ECLI:EU:C:2009:472 und Urteil v. 06.10.2009 in der Rs. C-153/08 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften vs. Königreich Spanien – i. F.: **C-153/08 Kommission vs. Spanien** – Slg. 2009, I-9735), ECLI:EU:C:2009:618, (G2/11);
- (12) Schlussanträge des GA Bot v. 11.03.2010, ECLI:EU:C:2010:139 und Urteil v. 10.06.2010 in der Rs. C-58/09 (**Leo-Libera** GmbH vs. Finanzamt Buchholz in der Nordheide, Slg. 2010, I-5191), ECLI:EU:C:2010:333, (G2/12);
- (13) Urteil v. 14.07.2011 in der Rs. C-464/10 (État belge vs. Pierre **Henfling**, Raphaël Davin und Koenraad Tanghe, Slg. 2011, I-6219), ECLI:EU:C:2011:489, (G2/13). Das Urteil erging ohne Schussanträge.
- (14) Urteil v. 10.11.2011 in den verb. Rsn. C-259/10 und C-260/10 (Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs vs. The **Rank Group** plc, Slg. 2011, I-10947), ECLI:EU:C: 2011:719, (G2/14). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.
- (15) Urteil v. 19.07.2012 in der Rs. C-377/11 (International Bingo Technology S.A. – **TEARC** – Akronym aus Tribunal Económico Administrativo Regional de Catalunya), ECLI:EU:C: 2012:503, (G2/15). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.
- (16) Urteil v. 24.10.2013 in der Rs. C-440/12 (Metropol Spielstätten Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt) vs. Finanzamt Hamburg-Bergedorf), ECLI:EU:C:2013:687, i. F.: **Metropol** (G2/16). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.
- (17) Urteil v. 22.10.2014 in den verb. Rsn. C-344/13 und C-367/13 (Cristiano Blanco und Pier Paolo Fabretti vs. Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale I di Roma – Ufficio Controlli), ECLI:EU:C:2014:2311, i. F.: **Blanco und Fabretti** (G2/17).
- (18) Urteil v. 11.06.2015 in der Rs. C-98/14 (Berlington Hungary Tanácsaeó és Fzolgátató kft, Lixus Szerencsejáték Szervező kft, Lixus Projekt Szerencsejáték kft, Lixus Invest Szerencsejáték Szervező kft, Megapolis Terminal Szoldáltató kft vs. Magyar Álom, E-

CLI:EU:C:2015:386, i. F.: **Berlington Hungary**, (G2/18). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.

### 3.3 Die Rechtssachen der GRUPPE 3: Urteile und Schlussanträge i. Z. m. Glücksspielen, jedoch im Hinblick auf andere, nicht glücksspielspezifische Fragen wie z. B. Konzessionsvergaben, Ausschreibungen und Transparenz- oder Notifizierungspflichten.

- (1) Schlussanträge des GA Gulmann v. 14.07.1993, ECLI:EU:C:1993:310 und Urteil v. 26.04.1994 in der Rs. C-272/91 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik – i. F.: Rs. **C-272/91 Kommission vs. Italien**, Slg. 1994, I-1409, Slg. 1992, I-437), ECLI:EU:C:1994:167, (G3/1);
- (2) Schlussanträge des GA Jacobs v. 16.12.2004, ECLI:EU:C:2004:819 und Urteil v. 21.04.2005 in der Rs. C-267/03 (Lars Erik Steffan **Lindberg** vs. Riksåklagaren [= Rechtsanwalt], Slg. 2005, I -3247), ECLI:EU:C:2005:246, (G3/2);
- (3) Urteil (ohne Schlussanträge) v. 26.10.2006 in der Rs. C-65/05 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften vs. Hellenische Republik – i. F.: **C-65/05 Kommission vs. Griechenland**, Slg. 2006, I-10341), ECLI:EU:C:2006:673, (G3/3).
- (4) Schlussanträge der GAin Sharpston v. 29.03.2007, ECLI:EU:C:2007:193 und Urteil v. 13.09.2007 in der Rs. C-260/04 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften vs. Italienische Republik – auch **UNIRE** genannt, Slg. 2007, I-7083), ECLI:EU:C:2007:508, (G3/4).
- (5) Urteil v. 19.07.2012 in den verb. Rsn. C-213/11, C-214/11 und C-217/11 (Fortuna sp. z o.o – C-213/11, Grand sp. z o.o – C-214/11, Forta sp. z o.o – C-217/11 – vs. Dyrektor Izby Celnej w Gdyni) i. F.: **Fortuna u. a.** (G3/5), ECLI:EU:C:2012:495, (G3/5). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.
- (6) Urteil des EuG v. 26.09.2014 in der Rs. T-601/11 (**Dansk Automat** Trancheforening vs. Europäische Kommission) u. a., ECLI:EU:T:2014:839, (G3/6).
- (7) Urteil des EuG v. 06.07.2011 in der Rs. T-258/09 (i-content Ltd. Zweigniederlassung Deutschland vs. Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) i. F.: **i-content** (G3/7), ECLI:EU:T:2011:329.

### 3.4 Die Rechtssache der GRUPPE 4: Urteil und Schlussanträge zu einem bloßen Unterhaltungsspiel ohne Geldgewinn (i. Z. m. der Verletzung der Menschenwürde)

- (1) Schlussanträge der GAin Stix-Hackl v. 18.03.2004, ECLI:EU:C:2004:162 und Urteil v. 14.10.2004 in der Rs. C-36/02 (**Omega** Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Stadt Bonn, Slg. 2004, I-9609), ECLI:EU:C:2004:614, (G4/1).

### 3.5 Die Rechtssachen der GRUPPE 5: Urteile und Schlussanträge zu Gewinnmöglichkeiten (ohne Geldeinsatz)

- (1) Schlussanträge des GA Tesauo v. 13.03.1997, ECLI:EU:C:1997:150 und Urteil v. 26.06.1997 in der Rs. C-368/95 (Vereinigte **Familiapress** Zeitungsverlags- und Vertriebs GmbH vs. Heinrich Bauer Verlag, Slg. 1997, I-3689), ECLI:EU:C:1997:325, (G5/1);
- (2) Schlussanträge des GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 13.02.2007, ECLI:EU:C:2007:93 und Urteil v. 08.11.2007 in der Rs. C-374/05 (**Gintec** International Import/Export GmbH vs. Verband sozialer Wettbewerb e. V., Slg. 2007, I-9520), ECLI:EU:C:2007:654, (G5/2);
- (3) Schlussanträge der GAin Trstenjak v. 03.09.2009, ECLI:EU:C:2009:511 und Urteil v. 14.01.2010 in der Rs. C-304/08 (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. vs. **Plus** Warenhandelsgesellschaft mbH, Slg. 2010, I-217), ECLI:EU:C:2010:12, (G5/3);

- (4) Schlussanträge der GA in *Trstenjak v.* 24.03.2010, ECLI:EU:C:2010:161 und Urteil v. 09.11.2010 in der Rs. C-540/08 (**Mediaprint** Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG vs. „Österreich“-Zeitungsv. GmbH, Slg. 2010, I-10909), ECLI:EU:C:2010:660, (G5/4).
- (5) Urteil v. 18.10.2012 in der Rs. C-428/11 (*Puerly Creative Ltd., Strike Lucky Games Ltd., Winners Club Ltd., McIntyre & Dodd Marketing Ltd., Dodd Marketing Ltd., Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henry vs. Office of Fair Trading – i. F.: Purely Creative u. a.*), ECLI:EU:C:2012:651, (G5/5). Das Urteil erging ohne Schlussanträge.

### 3.6 Die Rechtssachen der GRUPPE 6: Entscheidungen und Schlussanträge sowie Einzelaspekte – z. T. aus bereits in den vorigen Gruppen genannten Urteilen – zu verschiedenen, aber i. Z. m. Glücksspielen stehenden, nicht Glücksspielspezifischen Rechtsfragen

In der Reihenfolge ihrer nachfolgenden Erwähnung sind dies:

- (1) Beschluss v. 25.02.2010 in der Rs. C-55/08 (**Santa Casa da Misericórdia** de Lisboa vs. Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd. und Betandwin.Com Interactive Entertainment), ECLI:EU:C:2010:86, (G6/1);
- (2) Schlussanträge der GA in *Sharpston v.* 30.11.2006, ECLI:EU:C:2006:755 und Urteil v. 13.03.2007 in der Rs. C-432/05 (**Unibet** (London) Ltd, Unibet (International) Ltd. vs. Justizminister, Slg. 2007, I-2271), ECLI:EU:C:2007:163, (G6/2);
- (3) Beschluss v. 24.03.2009 in der Rs. C-525/06 (**De Nationale Loterij** NV vs. Customer Service Agency BVBA) (G6/3). ECLI:EU:C:2009:179.
- (4) Schlussanträge des GA Bot v. 12.03.2009, ECLI:EU:C:2009:151 und Urteil v. 04.06.2009, ECLI:EU:C:2009:346, Slg. 2009, I-4657, in der Rs. C-09/08 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften vs. Hellenische Republik – i. F.: **C-109/08 Kommission vs. Griechenland**) (G6/4);
- (5) In Verbindung mit Aussagen des EuGH zu nachfolgenden Einzelaspekten:
- zur Zuständigkeit für eine Vorabentscheidung,
  - zur Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens,
  - zum effektiven und vorläufigen Rechtsschutz,
  - zur Entscheidung durch ein übergeordnetes Gericht vor Abschluss des Vorabentscheidungsverfahrens,
  - zu Sanktionen in einem zweiten Vertragsverletzungsverfahren,
  - zur Antwort auf eine nicht gestellte Frage sowie zur Zersplitterung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit.

## TEIL B: VORBEMERKENDE UND ALLGEMEINE AUSFÜHRUNGEN ZU DEN GLÜCKSSPIELEN

Bevor auf die einleitend pauschal aufgezeigten Probleme anhand der Rspr. des EuGH näher eingegangen wird, seien noch einige zweckdienliche Erläuterungen gemacht, wie etwa Ausführungen zur Definition der Glücksspiele, zu ihren Arten und deren Abgrenzungen. Diese Punkte interessieren den EuGH zwar nicht unbedingt, sie runden aber den Sachbereich besser ab.

Bei dem eingebürgerten (Ober-)Begriff „Glücksspiele“ soll es bleiben, obwohl Bendixen eigentlich recht hat, wenn er sagt: „Statistisch gesehen handelt es sich um Pechspiele, denn die Fehlversuche sind der Normalfall“.<sup>17</sup> Bei einer Wahrscheinlichkeit von 1:136 Mio. einen Lotto-Sechser zu gewinnen,<sup>18</sup> ist diese Aussage nachvollziehbar.<sup>19</sup> Diese Wahrscheinlichkeitsquote wurde in einem Leserbrief allerdings auf 1:13,98 Mio. herunterkorrigiert.

### I Begriffsbestimmungen – Definition eines Glücksspiels

#### 1 Keine Definition durch europäische Rechtsakte oder die EuGH-Rechtsprechung

Da der Glücksspielbereich bislang europarechtlich nicht normiert bzw. harmonisiert ist, fehlt es naturgemäß auch an einer europarechtlichen Definition des Begriffs Glücksspiel. Auch der EuGH hat sich bislang einer genauen Definition enthalten. Dies war für ihn im Rahmen der Vorabentscheidungsverfahren auch nicht notwendig. Bei seinen Prüfungen konnte er davon ausgehen, dass die entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen tatsächlich Glücksspiele betrafen, die der (nationalen) Definition entsprachen.

#### 2 Begriffsbestimmungen gem. deutschem Recht und deutscher Rechtsprechung

Auch im deutschen Recht gab es für die Glücksspiele lange keine exakte Begriffsbestimmung. Eigentlich stammt die (erste) Definition des Glücksspiels aus dem Lotteriestaatsvertrag.<sup>20</sup> Wohl gab es und gibt es in den §§ 762 und 763 BGB Regelungen zur Wirksamkeit von Spielvereinbarungen und in den §§ 284 ff. StGB Bestimmungen zur Strafbarkeit von Glücksspielen, aus denen allerdings direkt keine Definition ableitbar ist. Erst die Rechtsprechung<sup>21</sup> machte Erläuterungen zu den Glücksspielen, ohne allerdings eine umfassende Definition aufzustellen. Aus mehreren Urteilen des Reichsgerichts (i. F.: RG) zur Strafbarkeit der Glücksspiele ergeben sich jedoch eine Reihe von Kriterien, die zu einer Definition zusammengefasst werden können. So wurde in RG St 6/74 gesagt:

*„[...] Glücksspiel im weiteren Sinn des Wortes ist jedes Spiel, dessen Ausgang für alle oder für einzelne Beteiligte wesentlich vom Zufall abhängt. Im engeren Sinn [...] wird [...] außerdem vorausgesetzt, daß<sup>22</sup> der Gegenstand des Spiels einen Vermögenswert habe. Nur bei dieser Art des Glücksspiels treten die schädlichen Folgen für die Sittlichkeit der Beteiligten und ihre wirtschaftliche Lage hervor, welche den Gesetzgeber bewogen haben, dem Glücksspiel innerhalb gewisser Grenzen Schranken zu setzen [...]. Gleichgültig ist dagegen die Vermögenslage des einzelnen Spielers, insbesondere, ob er den Verlust des Einsatzes ohne nachteilige Folgen für seine Vermögensverhältnisse ertragen kann, und ob sich für ihn der Verlust des Einsatzes als empfindlicher Nachteil gestaltet [...].“*

<sup>17</sup> Bendixen, Staatsmonopol vs. Liberalisierung des Glücksspielmarktes aus kulturökonomischer Sicht, in: *Füchtenschnieder/Petry u. a.* (Hrsg.), *Pathologisches Glücksspielen*, S. 7 ff. (13).

<sup>18</sup> So *Schirmacher* in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* (i. F.: FAZ) v. 28.03.2011, S. 27.

<sup>19</sup> Leserbrief *Eichmann* „Lottochance“, in FAZ v. 12.04.2011, S. 8.

<sup>20</sup> Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland v. 01.07.2004, § 3 Abs. 1 Satz 2. S. dazu das (bayrische) Gesetz zur Ausführung dieses Staatsvertrags v. 23.11.2004, GVBl. 2004, S. 442.

<sup>21</sup> So erstmals RG St 6/70 (74) und später RG St. 7/21 (26 f.), RG St. 18/1 (6), RG St. 18/342 (343), RG St. 61/12 (15). S. auch BGH NJW 1987, 851 (852) u. BVerfG NJW 2006 18/126.

<sup>22</sup> Bei wörtlichen Zitierungen wird an der originalen Schreibweise festgehalten, also ggf. an derjenigen vor der Rechtschreibreform.

### 3 Definitionen anderer Stellen

Schon in Meyers Konversationslexikon von 1897<sup>23</sup> heißt es, Glücksspiele seien „im Gegensatz zu Kunstspielen alle diejenigen Spiele mit Karten, Würfeln, Kugeln, Losen, Nummern etc., bei welchen Gewinn oder Verlust allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängen und nicht die größere oder geringere Geschicklichkeit oder Berechnung des Spielenden den Ausschlag gibt“.

### 4 Definition nach den Glücksspielstaatsverträgen von 2008 und 2012

Wie schon in § 3 des Glücksspielstaatsvertrags von 2008<sup>24</sup> heißt es in § 3 Abs. 1 des GlüStV von 2012 (alle Hervorhebungen durch den Verf.):

„(1) Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels **für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt**. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom **Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich** ist. Auch Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder den Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele. [...]“

Aus dem eben Gesagten kann m. E. zusammenfassend gefolgert werden, dass fallrelevant zumindest 3 Kriterien konstitutiv sind, die zudem kumulativ gegeben sein müssen:

1. Der Spieler muss eine geldwerte Leistung erbringen, die vermehrt, behalten oder verloren werden kann.
2. Der mögliche Gewinn muss von einem zukünftigen Ereignis oder von einem späteren Ergebnis abhängen, auf das der Spieler setzt, das er aber nicht beeinflussen kann, weil es für ihn vom Zufall abhängt.
3. Das Glücksspiel muss öffentlich veranstaltet werden, wobei sich die Öffentlichkeit nicht auf den Veranstaltungsort bezieht, sondern auf die allgemeine Zugänglichkeit, also darauf, ob die Spiele allgemein zugänglich sind oder nicht.

Das Kriterium, die Zufälligkeit des Ergebnisses – nicht generell, wie meist angenommen, sondern für einen ordnungsgemäß Spielenden – hätte allerdings präzisiert werden sollen, weil für Spieler, die durch Betrug oder anderweitig Spiele manipulieren (z. B. durch Schiedsrichter- oder Spielerbestechung) der Ausgang eines Spiels meistens nicht mehr zufällig ist. Wird also nur auf die Zufälligkeit als solche abgestellt und nicht auch auf die Ordnungsgemäßheit des Spieles, würde dies einer umfassenden Definition nicht gerecht. Deshalb würde der Verf. in einer eigenen Definition zwar weitgehend der Begriffsbestimmung des § 3 GlüStV von 2012 folgen, aber doch einige Ergänzungen vornehmen. So sollte § 3 lauten: Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn nicht von der Geschicklichkeit des Spielers, sondern ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt und die Zufälligkeit nicht vom Spieler beeinflusst worden ist.

Was den Entgelt-Begriff anbelangt, so taten sich viele damit zunächst schwer. Das Entgelt wird eigentlich für zwei verschiedene Leistungen entrichtet. Es wird einmal für die (bloß technische) Teilnahmemöglichkeit an einem Spiel geleistet – z. B. für die Benutzung von Apparaten usw. –, was vom Geldwert her gesehen jedoch nur einen relativ geringen Teil der Gegenleistung ausmachen dürfte. Die Einordnung des zweiten Leistungsteils für die potentielle Erzielung eines Gewinns, ist dagegen schwieriger. Im Fall eines Gewinns übersteigt dieser wohl das Entgelt, sodass die erhaltene Gegenleistung eigentlich größer ist. Im Fall eines Verlustes gilt das Umgekehrte, sodass insoweit außer der bloßen Teilnahmemöglichkeit am Spiel gar keine tatsächliche Gegen-

<sup>23</sup> Meyers Konversationslexikon Band 7, 5. Aufl. 1897, S. 682 (Stichwort „Glücksspiele“).

<sup>24</sup> Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV – Bekanntmachung v. 05.12.2007, GVBl. 2007, 906 ff.) sowie abrufbar unter <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/staatsvertrag.html>; Der Wortlaut des 1. GlüÄndStV ist abrufbar unter [www.gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/Erster-Gluecksspielaenderungsstaatsvertrag](http://www.gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/Erster-Gluecksspielaenderungsstaatsvertrag); s. auch: Bayerischer Landtag (16. Wahlperiode), berichtigte Drucksache 16/11995 v. 26.03.2012.

leistung für das Entgelt erhalten wird. Der Gerichtshof umgeht aber richtigerweise diese „Relativverzerrung“ dadurch, dass er als Gegenleistung für das Entgelt nur auf den Erwerb einer (potentiellen) Gewinnchance abhebt,<sup>25</sup> wie dies in § 3 Abs. 1 GlüStV zum Ausdruck kommt.

## II Abgrenzungen der Glücksspiele von anderen Spielarten

### 1 Gewinnmöglichkeiten ohne Geldeinsatz bzw. gegen ein nur geringes Entgelt

Ausgehend von dem (konstitutiven) Glücksspielkriterium „Entgelt“ ist festzuhalten, dass es sich in Fällen, in denen kein (eigentliches) Entgelt für die Gewinnchance geleistet wird, nicht um ein Glücksspiel handelt. Dabei sind eigentlich zwei Fälle zu unterscheiden. Zum einen geht es etwa um Preisrätsel in Medien u. dgl. Das Entgelt wird hier gewissermaßen schon in Form des Kaufs der Zeitschrift erbracht, also im Rahmen eines anderen, privatrechtlichen Vertrages, der die möglichen Gewinne als Zusatz- oder Nebenleistung beinhaltet, und die dem Gewinnausschüttenden eher zur Kaufförderung seines eigentlichen Produkts dienen.<sup>26</sup>

Allerdings gibt es hierbei im Hinblick auf das Entgelt bedenkliche Grenzfälle. Erfolgen diese „Gewinnspiele“ nämlich im (Privat-)Fernsehen (oder im Rundfunk), wird oftmals auf eine Anrufmöglichkeit unter einer bestimmten Telefonnummer verwiesen. Da nicht jeder Anrufer „durchkommt“ – selbst wenn die Moderatorin beschwörend fragt, „Warum ruft denn keiner an?“ –, können dem Anrufer, obwohl offiziell kein Entgelt verlangt wird, indirekt doch Kosten entstehen, die dem Betreiber der Spiele als Einnahmen zufließen. Deshalb kann leicht der Verdacht entstehen, dass es bei diesen „Anrufspielen“ nicht mit „rechten Dingen“ zugeht. Die bislang mit solchen Medienangeboten befassten (deutschen) Gerichte konnten aber keine strafbaren Handlungen feststellen.<sup>27</sup> In Einzelfällen müsste aber doch geprüft werden, ob z. B. die Anrufe nicht dadurch manipuliert werden, dass (bevorzugt) „Zuschauer“ durchkommen, die bewusst falsche Antworten geben, wodurch solche, die richtige Antworten hätten, nicht zum Zuge kommen. Möglich wäre auch eine Manipulation des Besetztzeichens, wenn die Gebühr bereits bei einem Besetztzeichen fällig würde. Gleiches gilt für eine Inrechnungstellung der Telefonkosten, wenn man nicht durchkommt.

Da der EuGH mit solchen Offerten, die zivilrechtlich als Auslobungen gelten, noch nicht befasst worden ist (und dafür wohl auch nicht zuständig wäre), soll auf solche Fälle hier nicht näher eingegangen werden. Nur zum allgemeinen Verständnis so viel: Bei solchen kostenpflichtigen „Telefonmehrwertdiensten“ – die über eine MABEZ-Gasse<sup>28</sup> erfolgen –, können bis zu 100.000 Anrufe pro Minute abgewickelt werden.

Davon zu unterscheiden sind Spiele, für die von vornherein ein festgelegtes Entgelt gefordert wird. Pro Teilnahme bzw. pro Anruf wird eine (Teilnahme-)Gebühr von 0,49 € verlangt, die – weil unter 0,50 € bleibend – als unerheblich gewertet wird, sodass die Veranstaltung als nicht verboten gilt<sup>29</sup>. Rechtlich problematisch wird es, wenn solche Spiele mehrfach hintereinander

<sup>25</sup> In Rn. 30 des Urteils Henfling (G2/13) wird unter Bezugnahme auf die Rn. 26 der Rs. United Utilities (G2/10) der Begriff der Gewinnchance insofern ergänzt, als dort gesagt wird, dass Wettumsätze „durch die Einräumung einer Gewinnchance an die Wettteilnehmer und im Gegenzug [durch] die Hinnahme des Risikos [des Anbieters], diese Gewinne auszahlen zu müssen, gekennzeichnet“ seien.

<sup>26</sup> S. dazu z. B. Urteile der Gruppe 5.

<sup>27</sup> S. zu dem Komplex der Telefonmehrwertdienste u. a. OLG Hamm, JMBINW 1957, S. 251; LG Freiburg, Urteil v. 12.05.2005 – AZ: 3S308/04; OLG München, MMR 2005, S. 774 und BGH, MMR 2002, S. 92 f. sowie *Goldhammer/Lessig*, Call Media – Mehrwertdienste in TV und Hörfunk: Studie im Auftrag der bayerischen Landeszentrale für neue Medien, BLM Schriftenreihe Band 79, München 2005; *Eichmann/Sörup*, Das Telefongewinnspiel – Zwischen Strafbarkeit und Wettbewerbsverstoß, MMR 2002, S. 142 ff.; *Hecker/Ruttig*, „Versuchen Sie es noch einmal“ – Telefongewinnspiele im Rundfunk unter Einsatz von Mehrwertdienste-Rufnummern und ihre Beurteilung nach StGB und neuem UWG, GRUR 2005, S. 393 ff.; *Kleinschmidt*, Interaktive Gewinnspielshows im TV – Eine illegale Glücksspielveranstaltung?, MMR 2004, S. 654 ff.

<sup>28</sup> Akronym aus „Massenverkehr zu bestimmten Zeiten“.

<sup>29</sup> Hierzu sagt z. B. § 8a Rundfunkstaatsvertrag (RStV) in seinem ersten Absatz: „Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele sind zulässig. Sie unterliegen dem Gebot der Transparenz und des Teilnehmerschutzes. Sie dürfen nicht irreführen und den

wiederholt werden, sodass sich die Frage stellt, ob man dann nicht mehr von einem nur geringfügigen Entgelt sprechen kann. Der EuGH selbst ist mit dieser Problematik ebenfalls noch nicht befasst worden, sodass dieser Aspekt auch hier übergangen werden kann. Zur Erläuterung nur so viel: Natürlich ist die Frage von der Gerichtsbarkeit in Deutschland nicht eindeutig entschieden worden. Ingo Nave<sup>30</sup> zitiert das OLG München,<sup>31</sup> das ausgeführt habe, dass es sich dann nicht um ein Glücksspiel handle, „wenn nicht zur Mehrfachteilnahme aufgefordert wird“. Das LG Köln<sup>32</sup> und das VG Düsseldorf<sup>33</sup> hätten dagegen bei Internetspielen das mehrfache Klicken zusammengerechnet und als einen kumulativen Einsatz bewertet, während die Wahlwiederholung am Telefon jeweils eine neue autonome Entscheidung voraussetze. Dazu sagt Nave: „Diese Differenzierung zwischen Internet und Telefon erscheint allerdings sehr konstruiert [...]“.<sup>34</sup>

Weitere Grenzfälle sind sog. Ratespiele, wie sie vor allem im Fernsehen stattfinden. Der in der Sendung anwesende Ratende zahlt keine Teilnahmegebühr, sodass insoweit das Entgelt entfällt. Rät er in der ersten Runde richtig, erhält er aber einen Gewinn, den er, wenn er weitermacht, in der nächsten Runde verdoppeln bzw. vermehren oder aber auch wieder verlieren kann usw. Macht er weiter, ist zu fragen, ob dann der bisherige Gewinn zum Einsatz, also zum Entgelt, und demzufolge das Ratespiel zum Glücksspiel wird. Wenn man von der klassischen Definition ausgeht, könnte man in der Tat sagen, dass sich mit dem Einsatz des Gewinns, statt ihn zu behalten, das bloße Ratespiel in ein Glücksspiel umwandelt. Geht man allerdings davon aus, dass die strikte Regelung oder gar das Verbot eines Glücksspiels dadurch bedingt ist, dass die Spielsucht bekämpft und dadurch verhindert werden soll, dass der Spielende in Armut verfällt, könnte man anders argumentieren, denn der Ratende verliert beim Weitermachen ja kein ursprünglich vorhandenes Kapital, sondern lediglich solches, das er gewissermaßen nur „transitorisch“ besessen hat. Diese Fragen bedürfen noch der rechtlichen Klärung. Weil diese Thematik jedoch keinen direkten Bezug zum Europarecht hat, kann sie hier übergangen werden.

## 2 Geschicklichkeitsspiele

Bei wieder anderen Spielen kann dagegen anstelle des Entgelts das Kriterium des Zufalls in Frage stehen, sodass sie nicht Glücksspielen gleichzustellen sind. Dies ist z. B. der Fall bei (kostenpflichtigen) Geschicklichkeitsspielen.<sup>35</sup> Unter diesem Begriff können verschiedene Spielarten zusammengefasst werden, bei denen also nicht das Glücksspielkriterium „Zufall“ bestimmend ist, sondern die „Geschicklichkeit“ und zwar (alternativ) in einem doppelten Sinn. Zunächst kann es sich um Spiele handeln, bei denen (nur) die „bewusste“ oder „überlegte“ (meist technische) Geschicklichkeit des Spielenden im Vordergrund steht. Bei anderen geht es dagegen um besondere Kenntnisse oder um ein bestimmtes Wissen. Beide Aspekte können unter einen erweiterten Geschicklichkeitsbegriff subsumiert werden. Ob bei gewissen Automaten spielen die Geschicklichkeit des Spielers im Vordergrund steht, sodass sie nicht als Glücksspiele einzustufen sind, dürfte davon abhängen, inwieweit z. B. das Stoppen rotierender Symbole von eigenen rationalen Überlegungen oder einer praktischen Geschicklichkeit abhängt. Hat der Spielende dagegen auf den Stopp des Automaten keinen (großen) Einfluss, weil dieser vorprogrammiert ist, liegt eindeutig kein bloßes Geschicklichkeitsspiel, sondern ein echtes Glücksspiel vor. Bei der Abgren-

---

*Interessen der Teilnehmer nicht schaden. Insbesondere ist im Programm über die Kosten der Teilnahme, die Teilnahmeberechtigung, die Spielgestaltung sowie über die Auflösung der gestellten Aufgabe zu informieren. Die Belange des Jugendschutzes sind zu wahren. Für die Teilnahme darf nur ein Entgelt bis zu 0,50 € verlangt werden; [...]“.*

<sup>30</sup> Nave, TV-Gewinnspiele als Glücksspiel?, in: Becker (Hrsg.), Glücksspiel im Internet, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 6, S. 113 ff. (120 f.).

<sup>31</sup> Beschl. v. 22.12.2005, 6 W 2181/05.

<sup>32</sup> Urteil v. 07.04.2009, 33 O 45/09.

<sup>33</sup> Beschl. v. 15.07.2009, 27 L 415/09.

<sup>34</sup> Zum Rundfunkstaatsvertrag und den dort genannten Gewinnspielen s. Teil C, I, 10.

<sup>35</sup> Stadler und Aquilina unterscheiden diese Spiele als „Games of Skill“ von den „Games of Chance“ als den eigentlichen Glücksspielen (Stadler/Aquilina, Monopolisierung im Internet – Österreichisches Internet- Glücksspielmonopol im Lichte des unionsrechtlichen Kohärenzgebots, S. 451 ff.).

zung der Zufallselemente von denen der Geschicklichkeit ist entscheidend, welches Kriterium konkret bedeutsamer ist.

Manche zählen auch Pokern<sup>36</sup> und gewisse Kartenspiele u. a., bei denen der Zufall gleichfalls gegenüber subjektiven Merkmalen wie Kenntnissen, Mimik, bestimmten Gesten, Bluffen, guten Nerven usw. zurücktritt, nicht zu den Glücksspielen im engeren Sinn. Die herrschende Meinung ist insoweit jedoch eine andere.<sup>37</sup> Kretschmer<sup>38</sup> sieht es ebenso. Er unterscheidet allerdings zwischen Cash Game-Poker, das er als ein Glücksspiel wertet, und Turnier-Poker, das für ihn – ebenso wie Skat oder Schafkopf – als ein Geschicklichkeitsspiel anzusehen ist, weil in einem Turnier „der Sieger erst nach einer größeren Zahl gespielter Hände feststeht“. Allerdings handle es sich auch bei Turnier-Poker um Spiele mit Gewinnmöglichkeiten, die einer behördlichen Erlaubnis bedürften.<sup>39</sup> Wenn man jedoch bedenkt, dass vor Kurzem 4 Berufspokerspieler gegen einen Spielroboter verloren haben, dürfte sich die Frage des Zufalls bzw. der Kenntnisse neu stellen.

### 3 Unterhaltungsspiele

Nicht zu den Glücksspielen zählen auch bloße Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeiten, an denen durch die Zahlung einer Gebühr teilgenommen werden kann. Der EuGH war mit einem solchen Unterhaltungsspiel bislang nur einmal befasst worden und zwar unter dem Gesichtspunkt der Beachtung der Grundrechte, konkret: der Achtung der Würde des Menschen<sup>40</sup>, in der es um gespieltes Schießen auf Figuren in Menschengestalt ging.

## III Arten der Glücksspiele und deren Besonderheiten

Zwar sind die Arten und Besonderheiten der Glücksspiele für den EuGH – wie auch die Definition – allenfalls von untergeordneter Bedeutung. Lediglich die Generalanwälte Gulmann und Bot gingen in den Rechtssachen Schindler (G1/1) bzw. Liga Portuguesa (G1/8) ausführlich auf die Glücksspielarten ein. Im Hinblick auf die öffentliche Einstellung zu den Glücksspielen – und deren Wandlung im Wechsel der Zeit – sowie i. Z. m. deren Vielgestaltigkeit als Regelungsproblem können diese Punkte aber dennoch von einigem Interesse sein, sodass es zum besseren Verständnis und zur sachgerechteren Einordnung der Materie doch zweckmäßig erscheint, die verschiedenen Arten zu klassifizieren und ihre Besonderheiten darzustellen.

### 1 Glücksspielarten

Je nach Einteilung sind fast ein Dutzend verschiedene Glücksspielarten möglich.

#### 1.1 Einteilung nach Generalanwalt Gulmann

Schon GA Gulmann hatte in Nr. 6 seiner Schlussanträge in der Rs. Schindler (G1/1) die Glücksspiele – allerdings i. Z. m. ihrer prozentualen Verteilung – in folgende Gruppen eingeteilt: Staatslotterien und ähnliche Tätigkeiten, Rennwetten und ähnliche Tätigkeiten, Spielbanken (also Casinos), Spielautomaten und Bingo.

<sup>36</sup> *Ennuschat*, Poker – Ein Glücksspiel – Anmerkungen zu BVerwG, Urteil v. 22.01.2014, ZfWG 2014, S. 177 ff.; *Kalhamer* (Poker im Kontinuum zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen) bezeichnet Poker als ein Spiel mit der eigenen Persönlichkeit und der des Gegenübers (in ZfWG 2011, 172 ff.). Zu Pokerspielen s. auch Hüsken, „Zur Zulässigkeit von Pokerturnierveranstaltungen nach dem Glücksspielstaatsvertrag und dem gewerblichen Spielrecht“, ZfWG 2009, 77 ff.

<sup>37</sup> S. dazu u. a. Beschluss des VG Ansbach v. 15.06.2010 (unten Teil E, V, 4).

<sup>38</sup> *Kretschmer*, Poker – ein Glücksspiel?, ZfWG 2007, S. 93 ff. Nach Kretschmer ist Poker vom französischen „poque“ = pochen abgeleitet.

<sup>39</sup> Dass auch bei Poker Gewinne in Millionenhöhe erzielbar sind, zeigt das Beispiel des Deutschen Pius Heinz, der bei der Poker-Weltmeisterschaft 2011 6,3 Mio. € an Preisgeld gewonnen hat (s. Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 13.11.2011, S. 39).

<sup>40</sup> S. u. die Rs. Omega, G4/1.

## 1.2 Einteilung nach Generalanwalt Bot

GA Bot teilte in seinen Schlussanträgen zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8) die Glücksspiele in vier große Kategorien ein, nämlich in Lotterien, Wetten, Casinospiele und Automatenspiele. Was die Lotterien anbelangt, so zählte GA Bot auch die Bingospiele, die er nicht wie andere Autoren als ein eigenständiges Glücksspiel einstufte. Allerdings nannte er die bekannteste Lotterieart, das Zahlenlotto nicht gesondert. In Nr. 20 erwähnte GA Bot noch die seit 2004 bestehende (Mehrländer-)Lotterie unter der Bezeichnung „Euromillions“, die von mehreren Staaten gemeinsam eingerichtet wurde, deren Namen er in seiner Fn. 9 nennt. Außerdem nannte GA Bot in Nr. 21 noch die Rubbel-Lotterien, „*bei denen dem Spieler zu niedrigen Preisen ein Los angeboten wird, auf dem das Ergebnis unter einer mit dem Fingernagel oder einer Münze abzuschabenden Filmschicht aufgedruckt ist.*“

Die zweite große Kategorie von Glücks- und Geldspielen sind für GA Bot die **Wetten**, von einer der bekanntesten die **Pferdewette** sei. Die bekannteste Wettart, das Toto, nannte er jedoch nicht.

An dritter Stelle nannte GA Bot die **Casinos**,<sup>41</sup> wobei er auf die einzelnen Arten der Casinospiele nicht einging.

Als vierte Kategorie nannte GA Bot die **Geldspielautomaten**.<sup>42</sup> Zu den Automatenspielen in Deutschland sagt Reeckmann.<sup>43</sup>

*„[...] es begann ab 1947 mit dem Flipper [...]. Dieser war ein reines Geschicklichkeitsspiel ohne Gewinnmöglichkeit, der zum Standard der Spielautomaten wurde.“*

## 1.3 Glücksspielarten nach dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung

In der am 14.06.2006 vorgelegten – mit der Zusammenfassung über 1.600-seitigen – Studie des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung,<sup>44</sup> die für die Europäische Kommission ausgearbeitet worden war, wurden die Arten der Glücksspiele breiter gefächert. So heißt es dort auf Seite V des „Executive Summary“, es gebe folgende „market sectors“:

- *„**Betting services** (including horse and dog racing, event betting and pool competitions,*
- ***Bingo services,***
- ***Casino services,***
- ***Gambling services** operated by and for the benefit of recognized charities and non-profit making organizations,*
- ***Services related to gambling machines** that can be placed in locations other than in licensed casinos services,*
- ***Lottery services,***
- ***Media gambling services** (i.e. games in the editorial content of the media.) and*
- ***Sales promotion services** consisting of promotional games with a prize exceeding 100,000 € or where participation is exclusively linked to purchase.“*

## 1.4 Einteilung nach Wikipedia

In Wikipedia werden über 10 Arten von Glücksspielen aufgezählt, die von Würfelspielen über Brettspiele, Glücksrädern, Kartenspielen, Geldspielautomaten bis zu Lotterien reichen, und von denen einige zusätzlich mehrere Unterarten – Kartenspiele z. B. rund 20 – aufweisen.

<sup>41</sup> Zu den Spielbanken in Deutschland s. *Gebhardt/Gohrke*, Spielbankenrecht, sowie *Hübl*, Der Markt für Spielbanken in Deutschland, beide in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 464 ff. bzw. 93 ff.

<sup>42</sup> Diese Bezeichnung bedarf einer Präzisierung, da z. B. in Deutschland zwischen Glücksspielautomaten (in Casinos) und Geldspielautomaten (in Spielhallen und in Gaststätten) unterschieden wird.

<sup>43</sup> *Martin Reeckmann*, Gewerbliches Automatenspiel am Scheideweg – Zur Inkompatibilität von Glücksspiel und Gewerbe-freiheit, ZfWG 2010, S. 229 ff. (229).

<sup>44</sup> Study of Gambling Services in the Internal Market of the European Union – Final Report – ISDC – Dorigny – CH-1015 Lausanne, www.isdc.ch – secretariat.isdc-dfip@unil.ch. Diese Studie wird i. F.: zitiert als „Studie des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung“ oder auch nur als „Schweizerische Studie.“

## 1.5 Einteilung gemäß der italienischen Regelung

Die italienische Regelung sieht die Einteilung der Glücksspiele in acht verschiedene Spielsegmente vor, die sich aber nur durch Unterteilungen der sonst üblichen Klassifizierung unterscheiden. Z. B. werden Spiele nach dem Festquoten- und dem Totalisatorprinzip getrennt und auch (Online-)Wettbörsen mit der Möglichkeit der direkten Interaktion zwischen den einzelnen Spielern (peer to peer oder P2P) eigens aufgeführt.

## 1.6 Die Einteilung in Deutschland

In Deutschland werden die Glücksspiele in vier (Ober-)Gruppen eingeteilt, nämlich in

- Lotterien, (Lotto „6 aus 49“, Spiel 77, Super 6, Keno, Fernseh-/Soziallotterien – Platz an der Sonne, Aktion Mensch, Glücksspirale, Klassenlotterien),
- Wetten (Sportwetten, Toto 13er Wette, Toto 6 aus 45, ODDSET-Sportwette),
- Casinospiele (Roulette, Würfelspiele sowie Kartenspiele wie Poker, Black Jack, Baccarat, Skat usw.) und
- Automaten Spiele (unterteilt in Glücksspiel- und in Geldspielautomaten).

## 1.7 Ergänzende Bemerkungen zu den Wetten

Es sei hier schon darauf hingewiesen, dass es in Deutschland erlaubte gewerbliche Wetten nur auf „klassische“ Sportereignisse bzw. Sportergebnisse geben wird, während in anderen EU-Mitgliedstaaten Wetten auf Ereignisse aller möglichen Arten möglich sind z. B. von der Entwicklung des Wetters bis zur Frage des Rücktritts eines Politikers.<sup>45</sup> Solche Wetten wären in Deutschland gewerblich nicht möglich, da hier nur Sportwetten erlaubt sind. Selbst innerhalb der Sportwetten sind Unterarten möglich, wie z. B. Wetten darauf, welcher Spieler die erste „Rote Karte“ bekommt, oder wann der erste Eckstoß bzw. der erste Elf-Meter fällt usw. Solche Wetten sind in Deutschland nicht erlaubt, da nur Wetten „auf den Ausgang von Sportereignissen“ (Endergebniswetten) möglich sind (§ 21 Abs. 2, GlüStV).

Was die Automaten Spiele angeht, so werden die Automaten in Deutschland in Glücksspielautomaten und in Geldspielautomaten unterteilt. Automaten in Casinos (die „Slot-Machines“ genannt werden bzw. „kleines Spiel“ im Gegensatz zu den „althergebrachten“ sog. großen Casinospiele) sind Glücksspielautomaten, für die – auch wegen der größeren Gewinn- und Verlustmöglichkeiten – das Spielbankenrecht gilt. Spielautomaten in Spielhallen und Gaststätten dagegen, die sog. „einarmigen Banditen“ bzw. „Daddelautomaten“, sind Geldspielautomaten, für die neben dem GlüStV vor allem die Gewerbeordnung und die Spielverordnung gelten. Wissenschaftliche Studien, auf die noch im Rahmen der Spielsucht einzugehen sein wird, belegen, dass von den Automaten Spielen die höchste Suchtgefahr ausgeht.

## 1.8 Ergänzende Bemerkungen zu Hausverlosungen

Eine besondere Art einer Lotterie scheint die Hausverlosung durch einen Eigentümer (im Internet) zu sein, wenn er seine Immobilie im freien Verkauf nicht „an den Mann“ bringen kann. Diese Fälle einer Immobilienveräußerung – in Deutschland verboten, in Österreich erlaubt – werden aber wohl Ausnahmen bleiben.<sup>46</sup> Mailänder<sup>47</sup> unterscheidet dabei zwischen einer Hausverlosung und einem Hausquiz, wobei für ihn entscheidend ist, wie weit die Lösung vom Zufall abhängt oder vom Wissen. Mintas<sup>48</sup> meint, im Fall einer Hausverlosung vom Ausland aus via Internet

<sup>45</sup> In Großbritannien kann z. B. – Stand: 01.06.2016 – auch auf den Brexit, also den Austritt aus der EU, gewettet werden, wobei die Wettanbieter von einem Verbleib Großbritanniens in der EU ausgehen. Der Wettanbieter William Hill geht daher von einer Gewinnquote von 1/5 aus, wie ebenso der Anbieter Ladbrokes. Wer also 5 Pfund auf den Verbleib Großbritanniens in der EU setzt, kann im Erfolgsfall nur mit einem Gewinn von 1 Pfund rechnen. (FAZ v. 21.05.2016, S. 28).

<sup>46</sup> Zu einigen deutschen Urteilen zu Hausverlosungen s. u. Teil E, V, 4.

<sup>47</sup> Mailänder, Haus im Glück – Hausgewinne bei Internetspielen – wenn überhaupt, dann nur mit Geschick!, ZfWG 2009, S. 395 ff.

<sup>48</sup> Mintas, Die Strafbarkeit bei Hausverlosungen im Internet, ZfWG 2009, S. 82 ff.

gehe es zudem um die Frage, ob der Handlungsort oder der Erfolgsort in Deutschland liege. Dazu schreibt sie:

*„Aufgrund der Tatsache, dass die Anwendung deutschen Strafrechts auf über das Internet veranstaltete Glücksspiele im Allgemeinen einige noch nicht gänzlich geklärte und sehr umstrittene (Rechts-)Fragen aufwirft, ist momentan [...] eine Strafverfolgung ausländischer Hausverloser durch deutsche Behörden unwahrscheinlich“.*<sup>49</sup>

In der österreichischen Presse wurde auch der Fall eines Österreichers hochgespielt, der eine Villa in Potsdam verlosen wollte. In der (nicht europafreundlichen) Kronenzeitung v. 13.08.2011 lautete die Überschrift auf S. 16: „Ösi will deutsches Recht kippen“. In der Ausgabe v. 27.08.2011 hieß es auf S. 18: „Deutsche Behörden ignorieren das Recht eines Österreichers“. In einer Zwischenüberschrift wird sogar geschrieben: „EU kippt Hausverlosungs-Verbot – Aber Beamte bleiben stur“. Im Zeitungstext wird dann – unter völliger Verkennung des Urteils Markus Stoß u. a. (G1/12) – behauptet, dass das deutsche Glücksspielgesetz „schon längst durch einen Beschluss vom Europäischen Gerichtshof aufgehoben“ worden sei. „Eine Tatsache, die im Innenministerium Brandenburg offenbar niemanden zu interessieren scheint. Das Paradoxe daran: Würden bei der Hausverlosung ausschließlich Interessenten aus Österreich teilnehmen, hätten die Deutschen nichts dagegen“.

Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass gemäß § 3 Abs. 4 GlüStV Veranstaltungsort eines Glücksspiels eben der Ort ist, „wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird“. Konkret ist also die Hausverlosung nur in Österreich zulässig, was den Ausloser sicher deshalb stören dürfte, da dortige Teilnehmer nicht unbedingt großes Interesse am Gewinn einer Immobilie in Potsdam haben dürften.<sup>50</sup>

## 2 Einzelheiten und Besonderheiten der Glücksspiele

Im Hinblick auf die Lotterien wird generell zwischen Nummernlotterien und Zahlenlotterien unterschieden. Bei der ersten Art, den sog. passiven Lotterien, zu denen die Klassenlotterien gehören,<sup>51</sup> kauft der Teilnehmer ein Los mit einer aufgedruckten Losnummer und erhält damit eine Teilnahmeberechtigung an der Wette und einen Gewinn, falls später seine Nummer gezogen wird. Er muss also keine Zahlen aktiv ankreuzen. Zudem werden die Lose in Ganze, Halbe, Viertel- oder Achtellose geteilt, zwischen denen die Teilnehmer wählen können. Bei aktiven Lotterien, also Zahlenlotterien wie z. B. dem Spiel „6 aus 49“, muss der Teilnehmer dagegen Zahlen ankreuzen. Er erhält dann einen anteilmäßigen Gewinn, je nachdem wie viele andere Mitspieler die gleichen (Gewinn-)Zahlen angekreuzt haben, während bei einer Klassenlotterie die Höhe der Gewinnstufen meist im Voraus festgelegt wird. Aus dem zuletzt Gesagten ergibt sich, dass im Hinblick auf die Prinzipien, nach denen Glücksspiele abgewickelt werden, zwischen dem Totalisator-Prinzip und dem Fixquoten-Prinzip zu unterscheiden ist.

Bei Totalisatorwetten wie beispielsweise Toto oder Lotto zahlt der Kunde – je nach Anzahl der gekauften Scheine – einen bestimmten Geldbetrag und setzt auf ein Resultat. Die am Ende auszahlende Gewinnsumme hängt davon ab, wie hoch der „Gesamtpot“, also die Summe aller von den (Mit-)Spielern getätigten Einsätze und die Zahl der Gewinner ist. Für den Teilnehmer am Spiel kann so für einen geringen Einsatz ein hoher Gewinn winken. Allerdings ist zu bedenken, dass Totalisatorwetten fast immer Kombiwetten sind, bei denen stets auf zwei oder meistens auf mehrere Spiele bzw. Resultate richtig getippt werden muss, wie etwa auf „6 Richtige“ aus 49 oder mehr Zahlen – ggf. noch verbunden mit einer Zusatzzahl oder einer Superzahl –, oder er tippt (z. B. bei Toto) auf den Sieg, Verlust oder ein Unentschieden einer gewissen Anzahl gegenei-

<sup>49</sup> Mintas, a. a. O., S. 88.

<sup>50</sup> Näheres zu Entscheidungen zu Hausverlosungen s. u. Teil E, V, 3 und 4, BGH und die Verwaltungsgerichte Potsdam, Regensburg und Ansbach sowie VG Münster.

<sup>51</sup> Zu den (deutschen) Klassenlotterien s. *Rombach*, Klassenlotterien gestern, heute, morgen?, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 501 ff.

ander antretender Vereine. Der Spielbetreiber selbst geht bei Totalisatorwetten trotz der variablen Gewinnquoten kein Verlustrisiko ein, da er den Prozentsatz des Gesamtpots, den er den Kunden wieder als Gewinn auszahlt, im Voraus bestimmt hat.

Bei Wetten mit Fixquoten dagegen, z. B. bei Pferderennen, Tennis- oder Motorsportwettbewerben und sog. ODDSET<sup>52</sup>-Sportwetten, platziert der Kunde einen von ihm der Höhe nach selbst festgelegten Einsatz auf ein einzelnes Ergebnis zu einer bestimmten ausgeschriebenen Quote. Dies kann in der Form von Einzel-, Kombi- oder Systemwetten geschehen; i. d. R. sind ODDSET-Wetten aber Einzelwetten auf den Ausgang bzw. das Eintreten eines Top-Ereignisses. Im Fall eines Gewinns bekommt der Kunde den Einsatz multipliziert mit der Quote ausbezahlt. Der Wettanbieter, also gegebenenfalls der Buchmacher, setzt die Quote vorher je nach Gewinnchance eines Sportlers, einer Mannschaft oder eines Tieres hoch oder niedrig an. Der Favorit erhält eine niedrige, der Außenseiter eine hohe Quote. Siegt erwartungsgemäß der Favorit, auf den wohl die meisten gesetzt haben, sind die Gewinne aufgrund der niedrigen Quoten entsprechend geringer. Vor dem Ereignis, auf das gewettet wird, passt der Anbieter die Quote laufend den Umständen an. Fällt z. B. ein starker Spieler wegen einer Erkrankung aus, ändert der Buchmacher wahrscheinlich die Quote. Daher sind bei Fixquotenwetten hohe Gewinne äußerst selten, es sei denn, ein Außenseiter gewinnt, auf den in der Praxis meist nur wenige gesetzt haben. In solchen Fällen kann auch der Buchmacher Verluste erleiden. Bei Wetten mit Fixquoten stehen aber weniger die Gewinne als die Spannung und der Spaß im Vordergrund. Die rechtliche Einordnung dieser ODDSET-Sportwetten<sup>53</sup> ist strittig. Die meisten qualifizieren sie als Lotterien, andere als Geschicklichkeitsspiele.

Hinzuweisen wäre noch auf die Sofortlotterien, „*bei denen die Spielteilnehmer einen auf einem Spielanteilsschein vorgedruckten allfälligen Gewinn unmittelbar nach dem Erwerb des Spiel Scheins feststellen können*“.<sup>54</sup>

Neuerdings gibt es auch „Elektronische Lotterien“. Das sind „*Ausspielungen, bei denen der Spielvertrag über elektronische Medien abgeschlossen, die Entscheidung über Gewinn oder Verlust zentralseitig herbeigeführt oder zur Verfügung gestellt wird, und der Spielteilnehmer unmittelbar nach Spielteilnahme vom Ergebnis dieser Entscheidung Kenntnis erlangen kann*“.<sup>55</sup> Es versteht sich von selbst, dass aufgrund dieser Unmittelbarkeit und Schnelligkeit für suchtgefährdete Spieler größere Gefahren bestehen können als bei den herkömmlichen Lotterien, die wohl kaum süchtig machen.

Ähnliches wie für Elektronische Lotterien gilt für sog. „Quicky-Lotterien“, also Lotterien im Minutentakt, die i. d. R. im Abstand von drei Minuten stattfinden. Solche Schnelllotterien sind in Deutschland ebenfalls nicht erlaubt, was sich (mittelbar) dadurch aus dem GlüStV ergibt, als Lotterien (noch) dem Staat vorbehalten sind, und nur zweimal in der Woche abgehalten werden können.<sup>56</sup>

Mitunter wird auch zwischen großen und kleinen Lotterien unterschieden. Erstere werden oftmals im ganzen Staatsgebiet angeboten oder zumindest in einer oder in mehreren Regionen. Die Gewinne werden in Geld ausbezahlt. Bei kleineren Lotterien, die entweder auf lokaler Ebene und

<sup>52</sup> Das englische Wort „odd“ hat eine vielfache Bedeutung. Es kann „ungerade“ heißen, aber auch eine „unbestimmte“ Anzahl meinen, wie etwa bei „200 odd pages“, was „etwa 200 Seiten“ bedeutet. Fallbezogen meint es Quote. Auch der Wortteil „set“ hat eine mehrfache Bedeutung, wobei der Ausdruck fallbezogen mehr das Spiel (oder den Preis) meint, auf das man „setzt“ (vgl. Wildhagen, Englisch-Deutsches Wörterbuch). Bezogen auf Deutschland werden die staatlichen Sportwetten – außer Toto – als ODDSET-Wetten bezeichnet, für die die Staatl. Lotterieverwaltung in Bayern federführend ist.

<sup>53</sup> Siehe *Laila Mintas*, Glücksspiele im Internet – Insbesondere Sportwetten mit festen Gewinnquoten (ODDSET-Wetten) unter strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und europarechtlichen Gesichtspunkten; Schriften zum Strafrecht Band 204, Berlin 2009.

<sup>54</sup> So z. B. § 9 Abs. 1 des österreichischen Glücksspielgesetzes v. 07.09.2010, BGBl. Nr. 620/1989, BGBl. I Nr. 54/2010 sowie BGBl. I Nr. 73/2010.

<sup>55</sup> So u. a. § 12 a Abs. 1 des österreichischen Glücksspielgesetzes.

<sup>56</sup> § 13 Abs. 2 Ziff. 1) a) GlüStV und 1. GlüÄndStV.

meist nur gelegentlich, also nicht regelmäßig, stattfinden und überwiegend von Vereinen, Kirchengemeinden bzw. von Wohltätigkeitsorganisationen veranstaltet werden, oder die auf Volksfesten bzw. vergleichbaren Belustigungen durch gewerbsmäßige Unternehmen angeboten werden, geht es dagegen eher um Sachgewinne (Tombolas etc.). Letztere Lotteriearten werden auch als Ausspielungen bezeichnet.

Eine Unterart der Lotterie ist das sog. Gewinnsparen.<sup>57</sup> Vom Lospreis wird dem Teilnehmer der größere Betrag des Lospreises einem Sparkonto gutgeschrieben und ein kleinerer Teil als Spieleinsatz verwendet. In Deutschland betrug der Teilbetrag für den Losanteil zunächst höchstens 20 % des Gesamtbetrags; er wurde inzwischen auf 25 % erhöht.

Eine weitere Besonderheit sind Jackpots. Seit geraumer Zeit werden Lotterien durch so genannte Jackpots attraktiver gemacht. Der Begriff (amerikanisch: Jack = Bube und Pot = Topf, Sammelgefäß), stammt laut Wikipedia<sup>58</sup> ursprünglich aus dem Kartenspiel Poker. Wenn in einer Lotterie auf keinen Spieler ein Gewinn in der höchsten Klasse entfällt, verbleibt der Betrag im „Pot“ und erhöht damit entsprechend den Höchstgewinn der nächsten Ziehung.

Der bislang (Stand 2016) höchste Jackpot in Europa in Höhe von 185 Mio. € wurde am 12.07.2011 von einem britischen Ehepaar gewonnen.<sup>59</sup> Der bisher weltweit höchste Jackpot wurde mit 390 Mio. US-Dollar im März 2007 in den USA in der Lotterie Mega Millions ausgespielt, den sich zwei Gewinner teilten. Der höchste Jackpot, der in Deutschland (am 05.12.2007) gewonnen wurde, betrug 38.455.999,20 €;<sup>60</sup> er war auf drei Gewinner aufzuteilen. Der zweithöchste mit 31,7 Mio. € wurde am 23.09.2009 von einem bayerischen Spieler gewonnen.<sup>61</sup>

Im deutschen Lotto- und Totoblock kann ein Jackpot nicht unbegrenzt oft erhöht werden. Er wird vielmehr auf die nächst niedrigere Gewinnklasse übertragen, wenn er nicht in 12 aufeinander folgenden Ziehungen „geknackt“ wurde. Auch in Italien gibt es Überlegungen, dem Jackpot mit 100 Mio. € einen „Deckel“ zu verpassen.<sup>62</sup>

Jackpots werden zudem sehr werbewirksam vermarktet. Ob dies mit der Aussage, man wolle zur Spielsucht-Bekämpfung die Glücksspiele einschränken, vereinbar ist, erscheint zweifelhaft.

Seit dem 23.03.2012 gibt es auch eine neue Euro-Lotterie (Euro-Jackpot) mit einem „Potgewinn“ von bis zu max. 90 Mio. €. Jeden Freitag sollen mindestens 10 Mio. € ausgespielt werden. Dabei müssen 5 von 90 sowie 2 von 10 Zahlen richtig getippt sein. Die statistische Wahrchein-

<sup>57</sup> Zu einer Gerichtsentscheidung zum Gewinnsparen s. Teil E, V. 4), Beschluss des VG Bremen.

<sup>58</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/jackpot>.

<sup>59</sup> Vorher (Stand Juni 2016) lag der Jackpot-Rekord bei 147.807.299,20 €. Er war am 22.08.2009 in Italien „geknackt“ worden. Er war seit Januar 2009 in 86 Ziehungen angewachsen. Die Gewinnchance bei diesem „Super Enalotto 6 aus 90“ lag bei lediglich 1:623 Mio. Infolge des hohen Jackpots waren der italienischen Staatskasse durch die in den sieben Monaten von Januar bis August 2009 gestiegenen Lotterieeinsätze fast 1 Mrd. € zugeflossen (s. FAZ v. 24.08.2009 S. 7). Auch nach der Ziehung reisten noch viele Spieler – sogar aus dem Ausland – in den kleinen Ort Bagnone, in dem das Glückslos gezogen wurde, in der Hoffnung, dort auch das große Glück zu machen.

<sup>60</sup> Wikipedia (13.08.2011)/Lotto, 6. Rekordgewinn.

<sup>61</sup> Dieser Jackpot-Fall ist um eine „Kuriosität“ reicher. Aufgrund des zur fraglichen Zeit in Deutschland in Kraft gewesenen GlüStV von 2008 galt gemäß dessen § 4 Abs.4 das Verbot, Wetten im Internet zu vermitteln, sowie das Verbot des Veranstaltens von Glücksspielen über das Internet. Dies brachte den Privatanbieter Tipp 24, der – bis zum gesetzlichen Verbot ab dem 01.01.2009 – Spiele für den amtlichen Toto-Lotto-Block vermittelte, auf die Idee, die gleichen Spiele nunmehr über die in Großbritannien lizenzierte Tipp-24 Services Ltd. bzw. My-Lotto 24 anzubieten. Prompt knackte am 23.09.2009 auch ein deutscher Spieler von Tipp-24 diesen Jackpot, den nun der genannte Anbieter selbst auszuzahlen hatte. Tipp-24 erklärte, dass zwar der größte Teil der Summe durch eine Versicherung gedeckt sei, dennoch bereitete sie damals ihre Aktionäre zugleich auf eine Gewinnminderung in Höhe von 10 Mio. €, vor, was verständlicherweise einen Kurseinbruch der Tipp-24-Aktie zur Folge hatte. Im konkreten Fall floss zur Freude des Spielers und zum Verdross des privaten Anbieters der Jackpot-Gewinn nicht aufgeteilt, sondern zweimal in voller Höhe an beide Gewinner, an den „offiziellen“ und an den des Privatbetreibers. Dieser Fall hätte noch eine Reihe von Tatsachen- und Rechtsfragen aufgeworfen, wie die Frage, ob der Gewinner in England am Spiel teilgenommen oder von Deutschland aus das Internetverbot umgangen hat. In diesem Zusammenhang hätten sich natürlich auch Fragen zur Wirksamkeit entsprechender Kontrollen gestellt. Zu allem Übel für den Anbieter, hatte sich auch die Versicherung zunächst geweigert, zu zahlen, mit der Begründung, es habe sich um ein unerlaubtes Glücksspiel gehandelt. Zwischenzeitlich wurde mit der Versicherung jedoch eine außergerichtliche Einigung erzielt.

<sup>62</sup> dpa v. 25.08.2009.

lichkeit eines Gewinns liegt bei 1:95 Mio. Neben den deutschen Bundesländern nehmen inzwischen 16 weitere EU-Staaten teil. Weitere Länder können beitreten.<sup>63</sup> Der bislang höchste Jackpot in dieser Kategorie betrug 90 Mio. €, der 2015 von einem Tipper aus Tschechien gewonnen wurde. Der zweithöchste Euro-Jackpot mit 76,8 Mio. € wurde am 27.03.2016 von einem Rheinland-Pfälzer gewonnen, der damit zugleich den höchsten Lottogewinn in der deutschen Lotteriegeschichte gewann und damit den bisherigen Höchstgewinner aus Hessen, der 2014 knapp 59 Mio. € gewonnen hatte, „auf den zweiten Platz“ verwies.<sup>64</sup>

Zum Bingo wäre noch anzuführen, dass es streng genommen eine Unterart des Lotteriespiels ist, auch wenn es manche als eine eigenständige Glücksspielart ausweisen. Beim ursprünglichen Bingo kauften die Spieler Lose bzw. TeilnahmeCoupons, die mit einer Reihe von Zahlen bedruckt waren. Sofern die Spieler die vom Veranstalter gezogenen Zahlen auf ihrem Losblatt hatten, markierten sie diese dort und riefen, wenn sie die Blättchen voll hatten, „Bingo“. Der Name wurde 1929 vom Amerikaner Edwin Lowe gewählt, nachdem er in Georgia eine Gruppe spanisch-stämmiger Spieler gesehen hatte, die die gezogenen Zahlen mit getrockneten Bohnen abdeckten und bei Gewinn „Beano“ riefen. Im Gegensatz zu anderen Lotterien wird Bingo gemeinschaftlich gespielt, sodass es besonders bei kirchlichen Gemeinden oder Vereinen beliebt ist.<sup>65</sup>

Eine weitere Unterart einer Lotterie ist Keno. Die verschiedenen Lotteriefornen unterscheiden sich letztlich nur durch die variierende Anzahl der zu ziehenden Zahlen oder durch die verschiedene Anzahl der Ziehungen. Beim Keno werden aus 70 Zahlen (in den USA aus 80) verschiedene Zahlen gezogen, wobei der Spieler auf 2–10 Zahlen (in den USA bis zu 20) tippen kann. Auf den Einsatz zwischen 1 € und 10 € entfallen Gewinne nach festen Quoten. Keno kam über die USA nach Deutschland. Das Spiel selbst stammt aus dem alten China, wo es zur Finanzierung der chinesischen Mauer eingeführt worden sein soll. Damals war eine Auswahl aus 120 chinesischen Schriftzeichen zu erraten. Die Ziehung erfolgte durch weiße Tauben, weshalb das Spiel auch „Weißes Tauben-Spiel“ genannt wurde. Das Wort Keno dagegen leitet sich von dem alten französischen Wort „quine“ ab, das für die Zahl fünf steht, weil ursprünglich fünf Richtige aus 90 Zahlen gezogen werden mussten.<sup>66</sup>

Was die Vermarktung der Glücksspiele, bzw. der Lotterien und Wetten in Deutschland anbelangt, so werden sie entweder durch eigene Annahmestellen des Toto-Lotto Blocks (§ 3 Abs. 5 GlüStV alt und neu) – wobei gemäß § 10 Abs. 3 GlüStV bzw. Abs. 4 1. GlüÄndStV die Zahl der Annahmestellen zu begrenzen ist – sowie durch gewerbliche Vermittler angeboten (§ 19 GlüStV alt und neu). Das Veranstalten und das Vermitteln im Internet ist in Deutschland verboten (§ 4 Abs. 4 1. GlüÄndStV), wovon jedoch abgewichen werden kann, (Art. 4 Abs. 5 und 6 1. GlüÄndStV).

#### **IV Zusammenfassende und ergänzende Bemerkungen zu den Glücksspielarten und deren Abgrenzungen**

Letztlich könnten wohl alle Glücksspiele unter dem Oberbegriff „Lotterien“ (im weitesten Sinn) zusammengefasst werden, denn entweder wird auf das Ziehen einer Zahl oder einer Nummer gesetzt oder auf das Erscheinen eines Zeichens bzw. Symbols, auf die Richtigkeit einer Aussage oder auf ein künftiges Ereignis resp. Ergebnis u. a. „spekuliert“.

Wieder andere meinen, alle Glücksspiele könnten auch unter den Oberbegriff „Wetten“ subsumiert werden. Dies ist sicher Auffassungssache. M.E. geht der Begriff Wetten aber wesentlich weiter als der der Lotterien.

<sup>63</sup> FAZ v. 30.11.2011, S. 9.

<sup>64</sup> FAZ v. 29.03.2016, S. 9.

<sup>65</sup> So <http://de.wikipedia.org/wiki/bingo>

<sup>66</sup> So [http://de.wikipedia.org/wiki/Keno\\_%28Gl%C3%BCcksspiel%29](http://de.wikipedia.org/wiki/Keno_%28Gl%C3%BCcksspiel%29).

Umgangssprachlich bedeutet „wetten“, dass man – i. d. R. mit einem anderen – um etwas wettet, das man angeblich weiß oder kann, sonst hätte man sich ja gar nicht darauf eingelassen. Demzufolge hängt die Lösung oder das Ergebnis nicht überwiegend vom Zufall ab, sondern vom eigenen Wissen oder Können. Da es also am Kriterium des Zufalls fehlt, sind – selbst wenn ein Gewinn damit verbunden sein kann – solche Wetten eigentlich keine Glücksspiele.

Anders wird es allerdings dann, wenn das Thema oder die Aufgabe nicht vom Wettenden selbst, sondern von anderen gestellt wird. Anders wird es auch, wenn – wie z. B. bei der Fernsehshow „Wetten dass?“ – andere wetten müssen, ob der Kandidat eine angegebene Leistung tatsächlich erbringen kann oder nicht. Doch auch solche Wetten dürften keine Glücksspiele sein, da wohl i. d. R. kein Entgelt dafür bezahlt wird. Da sich der Begriff „Wetten“ jedoch im Glücksspielbereich als Eigenbegriff bereits eingebürgert hat, soll es dabei auch bleiben.

Lotterien unterscheiden sich von Wetten letztlich dadurch, dass ein Gewinn völlig und allein vom Zufall abhängt, weil es Kenntnisse, die das Ergebnis beeinflussen könnten, gar nicht gibt. Bei Wetten dagegen sind gewisse Kenntnisse zwar keine Voraussetzung, sie können aber doch – z. B. gewisse Kenntnisse über die Stärke einer Mannschaft, eines Spielers oder eines Tieres – bei Wetten über Sportereignisse eine hilfreiche Erleichterung bei der Vorausschau eines Ergebnisses sein. Allerdings nur eine gewisse Hilfe, da der Zufall des Eintritts des Ergebnisses doch im Vordergrund steht. Es empfiehlt sich also – auch wegen der mitunter verschiedenen rechtlichen oder „technischen“ Regelungen – doch eine Einteilung in die vier Hauptgruppen: Lotterien, Wetten, Casinospiele und Automaten Spiele vorzunehmen bzw. beizubehalten.

Nicht zu den Glücksspielen i. S. v. Wetten gezählt werden können dagegen – auch wenn diese Ausdrücke umgangssprachlich gebraucht werden – sogenannte „Zinswetten“ in Bezug auf die Entwicklung kurzfristiger und langfristiger Zinsen (sog. „Spread Ladder Swaps“).

Der BGH hat in einem Urteil Ende März 2011 einem Kunden der Deutschen Bank Schadensersatz von mehr als einer halben Million Euro zugesprochen, weil die Bank ihn nicht ausreichend über die Risiken solcher Zinsspekulationen aufgeklärt habe.<sup>67</sup> Die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung<sup>68</sup> berichtete darüber unter der Überschrift „Glücksspiel mit der Deutschen Bank“. Im Zeitungsartikel selbst wird auch ein (nicht näher genanntes) Gericht zitiert, das im Hinblick auf solche zweifelhaften Geschäfte von einem „von der Bank konstruierten Glücksspiel“ gesprochen habe. Noch dubioser sind ungedeckte Leerverkäufe, bei denen der Anbieter Wertpapiere verkauft, die er noch gar nicht besitzt. Der damalige SPD-Vorsitzende Sigmar Gabriel forderte im Hinblick auf solche Leerverkäufe: „*Wetten auf finanzielle Krisen müssten generell verboten werden*“.<sup>69</sup>

## V Geschichte der Glücksspiele

### 1 Allgemeine Ausführungen

Die Veranstaltung von Glücksspielen und die Teilnahme daran ist bis in die Antike zurückzuverfolgen.<sup>70</sup> Dies ergibt sich zumindest mittelbar aus Spielgerätschaften – überwiegend Würfel –, die aus frühen Grabstätten stammen. GA Bot verwies in diesem Zusammenhang<sup>71</sup> auf Würfel,

<sup>67</sup> BGH, 11. Zivilsenat, Urteil v. 22.03.2011, Az.: XI ZR 33/10.

<sup>68</sup> Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 27.03.2011, S. 45.

<sup>69</sup> FAZ v. 13.08.2011, S. 11.

<sup>70</sup> Die meisten der nachfolgenden Angaben zur Geschichte der Glücksspiele entstammen der Zeitschrift DAMALS, auf die auch GA Bot mehrfach Bezug nahm – und zwar dem Heft 4/2008 zum Thema: „Würfeln, wetten, Kartenspielen – Die Geschichte des Glücksspiels“ mit Beiträgen von: *Sonnabend*, Das Würfelbrett nicht kalt werden lassen, S. 14 ff.; *Meier*, Der Teufel schuf das Würfelspiel ..., S. 20 ff.; *Zollinger*, „Corriger la fortune“ (zum Falschspiel), S. 26 ff.; *Kicherer*, Die Sommerhauptstadt Europas – die Spielbank in Baden-Baden, S. 30 ff.; *Furtwängler*, Wenn Pferde zu Stars werden – Die Galopprennen von Iffezheim, S. 36 ff. und *Buland*, „Ach Glück du Göttin sey mir günstig“ – Geschichte der Lotterien im deutschen Sprachraum S. 42 ff.; S. auch *Rombach*, Zur Lotteriegeschichte, und *Gebhardt*, Zivilrechtliche Grundlagen des Glücksspiels, beide in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 11 ff. bzw. 133 ff.

<sup>71</sup> GA Bot, Schlussanträge zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8), Nrn. 16 ff.

die in altägyptischen Gräbern gefunden wurden und die bis ins dritte Jahrtausend v. Chr. zurückreichen; Würfel, deren arabische Bezeichnung „Azard“ sei, die auch dem französischen Wort „hazard“ – also für Zufall – zugrunde liege.<sup>72</sup>

Auch der berühmte Ausspruch Julius Caesars, als er den Provinz-Grenzfluss Rubicon überschritt, „alea iacta est“, beweist, dass das Würfelspiel damals bekannt und beliebt gewesen sein muss. So auch Jehne<sup>73</sup>, der davon spricht, dass das Würfelspiel das klassische Glücksspiel sei, das schon in der Antike mit Leidenschaft gespielt wurde und manchen in den Ruin trieb. Jehne lässt es übrigens offen, ob es richtigerweise „alea iacta est – der Würfel ist gefallen“ (nach Sueton), was in die Vergangenheit deute, oder (nach Plutarch) „alea iacta esto – der Würfel soll geworfen sein“, also in die Zukunft weisend, heißen müsse.

Selbst in der Bibel ist erwähnt, dass römische Soldaten um den Rock Jesu „das Los warfen“, also würfelten,<sup>74</sup> wobei allerdings nicht gesagt wird, ob es dabei um Geld ging.

Anders war dies sicher bei den gehobenen Schichten. GA Bot zitierte<sup>75</sup> aus der erwähnten Zeitschrift „Damals“, Kaiser Augustus (63 v. – 14 n. Chr.) habe an seinen Sohn Tiberius geschrieben, „dass die Spiele eingestellt werden müssten, und dass er selbst 20 000 Sesterzen<sup>76</sup> verloren habe.“ Kaiser Caligula (37–41) galt nach Sueton als notorischer Falschspieler;<sup>77</sup> Kaiser Claudius (41–54) war ebenfalls ein leidenschaftlicher Spieler, der sogar ein „nicht mehr erhaltenes Buch über das Würfelspiel geschrieben habe.“<sup>78</sup>

Die römischen Kinder spielten wohl weniger mit Würfeln, und wohl auch nicht um Geld, sondern mit Nüssen, mit denen sie nach Gegenständen warfen oder die sie gegen andere Nüsse rollten. „Bezeichnenderweise wurde bei den Römern *n u c e s r e l i n q u e r e* (die Nüsse zurücklassen) zu einem geflügelten Wort, das anzeigen sollte, dass die Kindheit beendet und der Zustand des Erwachsenseins angebrochen war.“<sup>79</sup>

GA Bot meinte,<sup>80</sup> die Glücks- und Geldspiele seien im Laufe der Geschichte aus Gründen der Moral, der Religion oder des Schutzes der öffentlichen Ordnung verurteilt worden, sie hätten sich aber dennoch als gesellschaftliches Faktum durchgesetzt. Er zitierte dabei nochmals aus der Zeitschrift „Damals“: „In Rom wurden Anfang des 2. Jh. n. Chr. Maßnahmen ergriffen, um die Spiele zu verbieten. Die Spieler verurteilten eine Geldstrafe oder das Exil.“

Im Mittelalter missbilligte die Kirche Glücksspiele, wobei auf die Gründe nachfolgend noch eingegangen wird. Auch mehrere Herrscher verboten Geldspiele, z. B. in England, in Frankreich und im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation. Im Jahr 1215 verbot das 4. römische Laterankonzil alle Spiele bis auf das Schachspiel“.

Auch im Byzantinischen Reich wurden die Betreiber von Glücksspielen und die Teilnehmer daran exkommuniziert. So Kanon 50 der als „Quinisextum“ bekannt gewordenen Synode von 165 Bischöfen des Ostens im Jahr 691.<sup>81</sup>

<sup>72</sup> Wikipedia <http://de.wikipedia.org/wiki/Glücksspiel>, S. 1.

<sup>73</sup> Jehne, Der große Trend, der kleine Sachzwang und das handelnde Individuum: Caesars Entscheidungen, München 2009, und Bartels: Veni vidi vici – Geflügelte Worte aus dem Griechischen und dem Lateinischen, 11. Aufl. Mainz 2006 (Stichwort „Alea iacta est“).

<sup>74</sup> So die Evangelien nach Markus 15,24; Lukas 23,34 und Johannes 19, 23 u. 24.

<sup>75</sup> GA Bot Schlussanträge zur Rs. Liga Portuguesa.

<sup>76</sup> Der Gegenwert einer Sesterze in heutigen Euros ist schwer bestimmbar. Er ist nur anhand der damaligen Kaufkraft ermittelbar. Laut Wikipedia (<http://de.wikipedia.org/wiki/sesterz>) habe damals ein Sklave rund 2000 Sesterze gekostet. Der Tageslohn eines Legionärs habe bei bis zu vier Sesterzen gelegen. Eine einfache Hauptmahlzeit sei für zwei Asse zu bekommen gewesen (vier Asse entsprachen einer Sesterz).

<sup>77</sup> Sonnabend aaO S. 19.

<sup>78</sup> Sonnabend a. a. O. S. 18.

<sup>79</sup> Sonnabend a. a. O. S. 17.

<sup>80</sup> GA Bot Schlussanträge zur Rs. Liga Portuguesa Nr. 34.

<sup>81</sup> Norwich, Byzanz – Der Aufstieg des Oströmischen Reiches, Band 1, S. 397.

Ebenso wurde im Koran das „Losspiel“ verurteilt, indem es in der Sure 5: 91 und 92 heißt: „[...] wahrlich der Wein, das Spiel, Bilder und Loswerfen ist verabscheuungswürdig und ein Werk des Satans; vermeidet sie [...]. Durch Wein und Spiel will der Satan nur Feindschaft und Hass unter euch stiften [...]“.<sup>82</sup>

Im alten Rom gab es neben Würfelspielen auch Brettspiele, die vor allem von den „besseren Klassen“ gespielt wurden. Bei diesen Spielen ging es meistens darum, die Steine des Gegenspielers zu verdrängen, bzw. seine eigenen Steine in das Spielfeld des Gegners zu platzieren.<sup>83</sup> Davon dürfte letztlich wohl auch der – immer noch bestehende, inzwischen jedoch etwas anders zu verstehende – Ausdruck kommen: Bei jemandem einen Stein im Brett haben.

Nach römischem Recht konnten Spielschulden nicht eingeklagt werden, das Verlorene konnte vor Gericht zurückgefordert werden und das Haus, in welchem Glücksspieler auf der Tat angegriffen wurden, unterlag der Konfiskation.<sup>84</sup>

Auch die alten Germanen waren leidenschaftliche Spieler. Nach germanischem Recht waren Spielgeschäfte erlaubt; das Verlorene konnte sogar vom Gewinner eingeklagt werden. In Treue zum gegebenen Wort waren die Germanen sogar bereit, bei einem Spielverlust in die Knechtschaft zu gehen.<sup>85</sup> Erst ab dem 14. Jh. wurden die Spiele mehr und mehr verboten.<sup>86</sup>

Im Mittelalter wurde das Spiel, vor allem auf Drängen der Kirche, wiederholt – aber oftmals wirkungslos – verboten. Es galt als nicht gottgefällig, ja sogar als Teufelswerk. Nach F. Meier<sup>87</sup> kritisierte Michael Behaim (1416–1474) Würfeln als gotteslästerlich. Sebastian Brandt bezeichnete die Spieler 1494 in seinem „Narrenschiff“ als „Teufelskinder“. Der schwäbische Maler Jörg Ratgeb stellte (nach Meier) 1518/19 in der Abendmahlstafel seines „Herrenberger Altars“ (heute Landesmuseum Stuttgart) „Judas als Gegenspieler Christi dar, dem Würfel und Spielkarten aus der Tasche fallen“.

Um die Spiele zu kontrollieren und auf bestimmte Örtlichkeiten zu beschränken, verpachteten die Städte Spielbanken, Spielhäuser und Spielstuben an Privatleute, die aber im Zuge der Spielverbote nach und nach wieder geschlossen wurden.

Auch Lotterien in der heutigen vergleichbaren Form gibt es bereits seit einem halben Jahrtausend.<sup>88</sup> Das Lotto (von: le lot = das Los) entstand im 16. Jh. vermutlich in Genua, wo alle zwei Jahre aus den Patrizier-Familien des Stadtstaats 90 wählbare Männer aufgestellt und fünf von ihnen durch Losentscheid für zwei Jahre zu Senatoren bestellt wurden. Der Ratsherr Gentile sei auf die Idee gekommen, Wetten darauf abzuschließen, welche fünf Männer der Losentscheid treffe.<sup>89</sup> Wohl deshalb sei das Lotto früher auch als genuesisches Lotto bezeichnet worden.

Mit der Zeit verselbständigte sich diese Lottoart und die anzukreuzenden Namen wurden durch bloße Zahlen ersetzt, woraus die Klassenlotterien entstanden, die auch holländisches Lotto genannt wurden.<sup>90</sup> In England soll es 1569 eine erste Ziehung gegeben haben.

In Deutschland wurde 1697 in Leipzig die erste Klassenlotterie durchgeführt. Kurfürst Karl-Albrecht hat das Lotto in Bayern eingeführt, wobei die erste Ziehung, die allerdings ein Misserfolg gewesen sei, 1735 stattgefunden habe. In Wien veranstaltete man 1752 das erste Zahlenlotto<sup>91</sup>.

<sup>82</sup> Zitiert aus „Der Koran“, das heilige Buch des Islam, nach der Übertragung von Ludwig Ullmann bearbeitet von Leo Winter, Goldmanns Gelbe Taschenbücher.

<sup>83</sup> S. *Sonnabend*, DAMALS 2008, S. 18.

<sup>84</sup> Meyers Konversationslexikon von 1897, Band 7, S. 682.

<sup>85</sup> *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994, S. 422 f.

<sup>86</sup> Meyers Konversationslexikon (1897), Band 7, S. 682/3.

<sup>87</sup> *Meier*, DAMALS 2008, S. 24 u. 25.

<sup>88</sup> S. dazu *Buland*, DAMALS 2008, S. 42 ff. und Wikipedia <http://de.wikipedia.org/wiki/Lotto>

<sup>89</sup> So *Buland* a. a. O. S. 42.

<sup>90</sup> So *Ohlmann*, Lotterien und Glücksspiele in Deutschland. Schlaglichter der rechtshistorischen Entwicklung v. 18. bis zum 20. Jahrhundert, ZfWG 2007, S. 101 ff.

<sup>91</sup> So *Buland* a. a. O. S. 42 u. 43.

Selbst im ehemaligen Kirchenstaat wurden Lotterien veranstaltet, die von Spöttern als „getaufte Lotterien“ bezeichnet wurden. Auch der Wiener Stephansdom wurde nach dem Kriege u. a. mit Mitteln aus einer Lotterie wiederaufgebaut.

Im Königreich Neapel seien die Einnahmen aus Glücksspielen erstmals für soziale Zwecke verwendet worden. *„Wohl deswegen, weil das Lotto und die Lotterien insgesamt einen schlechten Ruf hatten, wurden sie ‚karitativ aufgepeppt‘“*, schreibt Buland weiter.<sup>92</sup> Er fügt vielsagend hinzu: *„Wie heute bestanden die Veranstalter jedoch darauf, dass die gespendeten Gelder werbewirksam vergeben wurden. 1756 schrieb ein Chronist über eine Ziehung, die ein Jahr zuvor stattgefunden hatte: ‚Damals traf die Reihe der Ziehung 90 arme Mägden, deren Namen besonders ausgedruckt worden ...‘“*. Die begünstigten Frauen erhielten einen zahlenmäßig genannten „Beytrag zu einem Heyrats-Gut.“ Auf die – z. T. auch heute noch werbewirksame – Mittelvergabe und auf deren Hinweis, vor allem durch Politiker, wird noch gesondert einzugehen sein.

Der schlechte Ruf der Lotterien blieb noch lange erhalten. So heißt es schon in Meyers Konversationslexikon von 1897 zu ihnen:<sup>93</sup>

*„[...] Sowohl in volkswirtschaftlicher als auch in moralischer Hinsicht ist das Lotteriespiel, wie jedes andere Glücksspiel, verwerflich. Es veranlasst für Tausende unvermeidliche Verluste und teilt dafür Gewinne aus, die, wenn sie klein sind, wieder auf die L. [Lotterie – Anm. durch den Verf.] verwendet werden, wenn sie groß sind, in der Regel den Gewinnenden keinen Segen bringen. Noch nachteiliger ist aber ihre moralische Wirkung. Die L. nährt die Aussicht und den Hang, ohne Mühe reich zu werden, sie fördert die Gewohnheit auf unbestimmte Glücksfälle statt auf Fleiß und Einsicht zu bauen, sie bietet dem Aberglauben Nahrung und führt nicht selten den unglücklichen Spieler selbst auf den Weg des Verbrechens [...].“*

Aber nicht nur Spielverluste können zu Unglück führen, selbst Gewinne haben manchmal negative Folgen. Lau<sup>94</sup> schreibt dazu, dass auch Gewinnern durch späteres leichtfertiges Verhalten und großzügiges Geldausgeben am Ende manchmal nichts verbleibe, sodass ihre Lage mitunter sogar schlimmer sei als vor dem Gewinn.

Der wohl religiös bedingte Vorbehalt gegen nicht aus Arbeit stammendes Einkommen – im Schweiß Deines Angesichts sollst Du Dein Brot essen –, der wohl ursprünglich auch dem Zinsverbot zugrunde lag, dürfte heute aber nicht mehr die gleiche Rolle spielen wie im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Das Gleiche gilt für die ebenfalls religiös bedingte Auffassung, Glücksspiele seien eine Profanierung eines sakralen Aktes, denn allein Gottes Wille und nicht der Zufall bestimme des Menschen Los.<sup>95</sup>

Geblichen aber ist die (wohl inzwischen vorgetäuschte) „Abscheu“ des Staates, aus solchen „Geschäften“ Einnahmen zu erzielen. Andererseits will man auf diese nicht unbeträchtlichen Beträge doch nicht verzichten, sodass sie überwiegend in Form von Abgaben erhoben werden, die nicht für allgemeine Staatsaufgaben, sondern – wiederum gewissermaßen das Gewissen beruhigend – für soziale, wohltätige, kulturelle oder sportliche Zwecke verwendet werden, wodurch aber doch die Staatskasse entlastet wird. So schrieb auch GA Gulmann in Nr. 108 seiner Schlussanträge zur Rs. Schindler (G1/1): *„Es ist zweifellos historisch richtig und immer noch so, dass ein wesentlicher Grund, Glücksspiele überhaupt zuzulassen, die Möglichkeit ist, den Gewinn aus dieser Tätigkeit für ‚gute‘ Zwecke zu verwenden“*.

<sup>92</sup> Buland a. a. O., S. 42.

<sup>93</sup> Meyers Konversationslexikon (1897) Band 11, S. 516 (Stichwort „Lotterien“).

<sup>94</sup> Lau, Die Relativitätstheorie des Glücks: über das Leben von Lottomillionären, 2. Aufl. Freiburg 2010.

<sup>95</sup> S. dazu FAZ v. 29.12.2010, S. N3, „Das wahre Glücksspielmonopol heißt Gott“, unter Zitierung von Lutter, Zur Erklärung von Diffusionsprozessen. Das Beispiel der Einführung staatlicher Lotterien in den USA, in: Zeitschrift für Soziologie 2010, S. 363 ff.

Was Casinos und Spielbanken anbelangt, so hatten diese zunächst einen gewissen Höhepunkt im Frankreich des 18. und frühen 19. Jahrhunderts. Vergeblich versuchte Ludwig XV. die Spiele zu verbieten, was erst Napoleon gelang, der 1806 das Glücksspiel nur noch in Spielhäusern des Palais Royal in Paris erlaubte, in denen es bis zur Schließung 1837 bzw. 1839 durch den „Bürgerkönig“ Louis-Philippe gespielt wurde.<sup>96</sup> Infolge des Verbots in Frankreich begann nach 1837 die große Zeit der Spielbanken in Deutschland, vor allem in Baden-Baden, wo der vormalige Pächter des Pariser Casinos, Jacques Bénazet, den Zuschlag für die Spielbank erhielt, und der von 1856/1858 auch die Pferderennen und Pferdewetten in Iffezheim organisierte. Diese Zeit wurde besonders durch Fjodor Dostojewski's Roman „Der Spieler“ bekannt. Dostojewski verlor enorme Beträge in Baden-Baden.

Nachdem Spielbanken in Preußen schon ab 1848 geschlossen wurden, galt ab 1872 ein reichsweites Verbot. Der 1837 nach Deutschland gekommene Franzose François Blanc hatte aufgrund der Schließungsanordnungen Deutschland wieder verlassen und 1863 in Monte Carlo das erste Casino gegründet und vom Architekten der Pariser Oper, Charles Garnier, das berühmt und berüchtigt gewordene Casino von Monaco errichten lassen, das 1879 eröffnet wurde. Das deutsche Casino-Verbot wurde erst durch das Spielbankgesetz v. 14.07.1933 (!) wieder aufgehoben.<sup>97</sup>

Was die Pferderennen und die damit verbundenen Pferdewetten anbelangt,<sup>98</sup> so waren sie schon aufgrund des „gehobeneren Publikums“ eng mit Orten der Spielbanken verbunden. Sie gehen wohl auf englische Anfänge zurück, wo 1711 in Ascot das erste Pferderennen veranstaltet worden war. Das erste Galopprennen in Deutschland wurde 1822 in Bad Doberan gelaufen.

Zum Toto wäre anzuführen, dass das Wort wohl vom Begriff „Totalisator“ stammen dürfte.<sup>99</sup> Unter Toto sind i. d. R. mehrere Sportwetten – vor allem Fußballspiele betreffend – zusammengefasst. Toto wurde erstmals 1921 in England angeboten. In Schweden gibt es Toto seit 1934. Nach Deutschland kam es als Sportwette erst nach dem 2. Weltkrieg.<sup>100</sup> Im Jahr 1948 wurde zuerst das Staatliche Bayerische Fußball-Toto gegründet; die anderen Bundesländer folgten alsbald. Anfang der 50er Jahre bildeten sich die ersten Blöcke: ein Nord-Süd-Block und ein Süd-West-Block, die sich 1956 zum Deutschen Totoblock zusammenschlossen, der 1974 mit dem Lotto zum Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeführt wurde, dem 1992 auch die neuen Bundesländer beitraten. Zu diesem Block sagt Ohlmann:<sup>101</sup>

*„Der deutsche Lotto- und Totoblock ist ein Zusammenschluss der einzelnen Lotterienunternehmen in der Form einer BGB-Gesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag wird Blockvertrag genannt. [...] Gegenstand dieses Blockvertrags ist nicht ein Bundeslotto, sondern ein Lotto der deutschen Länder.“*

Zu den Sportwetten sagten Scholz/Weidemann:<sup>102</sup>

*„Staatlich organisierte ODDSET-Sportwetten, die im Gegensatz zu Toto Quotenwetten sind, wurden im Februar 1999 erstmals im Freistaat Bayern auf landesrechtlicher Grundlage eingeführt. Ebenfalls noch 1999 folgten Berlin, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saarland. Heute wird die staatliche ODDSET-Sportwette bundesweit und flächenbedeckend von und in allen Bundesländern angeboten. Vertrieben werden die ODDSET-*

<sup>96</sup> S. dazu: Wikipedia a. a. O., Glücksspiel S. 3 ff.

<sup>97</sup> Gebhardt/Gohrke, Spielbankenrecht, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 464 ff.

<sup>98</sup> S. dazu Furtwängler, DAMALS 2008, S. 36 ff.

<sup>99</sup> Siehe dazu oben Teil B, III, 2.

<sup>100</sup> S. dazu Wikipedia: <http://de.wikipedia.org/wiki/Toto> (Sportwette) sowie Academic dictionaries and encyclopedias <http://de.academic.ru/dic.msf/dewiki/324055>.

<sup>101</sup> Ohlmann, Lotterien und Glücksspiele in Deutschland. Schlaglichter der rechtshistorischen Entwicklung v. 18. bis zum 20. Jahrhundert, ZfWG 2007, S. 101 ff. (105).

<sup>102</sup> So Scholz/Weidemann, Das Staatsmonopol für Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten und anderen Glücksspielen [...], WiVerw2007/3, S. 105 ff.

*Sportwetten über das breit gefächerte Netz von bundesweit ca. 27.000 Lotto-Aannahmestellen, dem die offizielle Maxime ‚weites Land-kurze Wege‘ zugrunde liegt“.*

## 2 Folgerungen aus der Geschichte

Die wechselhafte Geschichte der Glücksspiele – von der Erlaubnis über die restriktive Regelung bis zum Verbot und wieder zurück – zeigt zugleich den Wechsel der öffentlichen Einstellung zum Glücksspiel, aber auch die mögliche Änderung der Wertauffassung zu diesem Bereich. Der eher religiöse Aspekt der Ablehnung von Einnahmen aus „Nichtarbeit“, um den es vor allem im 19. Jh. ging, dürfte heute wohl kaum mehr eine Rolle spielen, auch wenn im Hinblick auf die national verschiedenen Regelungen noch ständig und pauschal – auch vom EuGH in den meisten glücksspielrelevanten Urteilen – von den unterschiedlichen sittlichen, religiösen und kulturellen Gründen gesprochen wird.<sup>103</sup> Die Verschiedenheiten werden sich zudem künftig eher verflachen und sich gegenseitig anpassen. Im Übrigen müssen diese wertmäßigen Gründe nicht unbedingt zu verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungen führen, spricht doch der EuGH in der Randnr.60 des Urteils Schindler (G1/1) selbst davon, dass diese Erwägungen allgemein darauf gerichtet seien, die Ausübungen der Glücksspiele zu begrenzen.

Die moralischen Bedenken kommen heute also nicht mehr so zum Tragen. So schrieb auch *Voßkuhle* schon 1996:<sup>104</sup> „[... ] Glücksspiel, vor allem in Form der Lotterien, hat den Mantel des Unseriösen längst abgelegt und gehört – ob man will oder nicht – zum festen Bestandteil des bundesrepublikanischen Alltags. [... ]“.

Statt moralischer Bedenken wurde später eher geltend gemacht, dass Glücksspiele nicht zum eigentlichen Wirtschaftsleben gehörten.<sup>105</sup>

Mitunter drängen neuerdings auch pragmatische Überlegungen in den Vordergrund. In der ersten vom EuGH fallrelevant entschiedenen Rechtssache Schindler (G1/1) waren zum damaligen Zeitpunkt (1994) z. B. in Großbritannien – wo eher Wetten verbreitet waren und sind – große Lotterien noch verboten, was sich zwischenzeitlich geändert hat.

M. E. lässt sich aus der geschichtlichen Entwicklung der Glücksspiele eine Tendenz zur europaweiten Angleichung der Einstellung zu den Glücksspielen und zur Annäherung der mitgliedstaatlichen Regelungen (Diffusion) erkennen, was zumindest für den „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung“<sup>106</sup> von Bedeutung sein sollte. Ein verbleibendes Hauptmotiv für die nationalen (beschränkenden) Regelungen ist ja in allen Ländern übereinstimmend die Bekämpfung der Spielsucht und der Begleitkriminalität. Von daher stünde also einer europa-einheitlichen Regelung nichts im Wege, sodass eigentlich nur die Frage verbleibt, ob lediglich staatliche bzw. vom Staat betraute Einrichtungen die Einhaltung dieser Ziele besser gewährleisten können, oder ob (seriöse) private Anbieter dazu nicht auch in der Lage sind. Die bloße Behauptung, die verschiedenen kulturellen, sittlichen oder religiösen Auffassungen stünden einer harmonisierten Regelung entgegen, die immer wieder und immer noch vorgebracht wird, ist m. E. tatsachenmäßig überholt und damit obsolet geworden.

<sup>103</sup> Auch *Dietlein* spricht – allerdings ohne weitere Konsequenzen – von einem schon „gebetsmühlenartig wiederholte[n] Hinweis“ des EuGH im Hinblick auf diese unterschiedlichen Einstellungen. S. *Dietlein*, Anmerkungen zum Urteil des EuGH in Sachen Liga Portuguesa [...], ZfWG 2009, S. 327 f.

<sup>104</sup> *Voßkuhle*, Glücksspiel zwischen Staat und Markt, VerwArchiv 87 (1996), S. 395 ff. (398).

<sup>105</sup> So vor allem GA Bot in den Rsn. Liga Portuguesa (G1/8) sowie Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9 a und b), auch wenn der GA in der Rs. Dickinger und Ömer (G1/16) eher wieder davon abrückte.

<sup>106</sup> Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (s. u. Teil D, IV, 3).

## VI Zu den Glücksspielmärkten

### 1 Allgemeine Anmerkungen

In der (europäischen) Rechtsprechung wird auf den Umfang des Glücksspielmarktes in der EU und auf die dort umgesetzten beachtlichen Geldbeträge i. d. R. nicht näher eingegangen. Nur die Generalanwälte Gulmann und Bot haben dazu Ausführungen gemacht.

GA Gulmann hatte in seinen Schlussanträgen zur Rs. Schindler (G1/1), den Markt angesprochen, wobei er sich auf einen Kommissionsbericht über Glücksspiele im Binnenmarkt<sup>107</sup> stützte. Die von GA Gulmann genannten Zahlen (aus dem Jahre 1989) sind natürlich zeitablaufbedingt nicht mehr aktuell. Der Gesamtumsatz der legalen Spiele wurde bei damals 12 Mitgliedstaaten auf 45 Milliarden ECU<sup>108</sup> beziffert. Nach wie vor von Interesse sind aber die dort genannten prozentualen Anteile der Glücksspiel-Teilmärkte am Gesamtmarkt der damaligen Zwölferegemeinschaft. Demnach entfielen vom Gesamtmarkt auf

- Staatslotterien und ähnliche Tätigkeiten 36 %,
- Rennwetten und ähnliche Tätigkeiten 31 %,
- Spielbanken 17 %,
- Spielautomaten 11 % und
- Bingo u. a. 5 %.

GA Bot verwies im Hinblick auf den Glücksspielmarkt und die Umsätze<sup>109</sup> auf die bereits erwähnte „Schweizerische Studie“,<sup>110</sup> aus der sich ergebe, dass in den von ihm beschriebenen vier großen Spielkategorien im Jahr 2003 in den damals 25 EU-Mitgliedstaaten nach Abzug der Gewinnauszahlungen Bruttoeinkünfte<sup>111</sup> in Höhe von 51 Mrd. €<sup>112</sup> erzielt worden seien.

Zum Glücksspielmarkt ist generell folgendes anzumerken: Bezogen auf das Jahr 2008 beliefen sich die CGR (EU-weit) auf 78,5 Mrd. €, die sich zu 92,35 % auf Offline- und zu 7,65 % auf Onlinespiele verteilten. Für das Jahr 2012 wurden die CGR auf 82 Mrd. € geschätzt mit einer Verteilung von 88,1 % auf Offline- und von 11,9 % auf Onlinespiele.

Im Grünbuch der EU-Kommission zu den Online-Glücksspielen wird gesagt,<sup>113</sup> dass der Markt für Online-Glücksspiele das am schnellsten wachsende Segment des gesamten Glücksspielmarktes sei. Gleichzeitig wird beklagt, dass in diesem Bereich ein unerlaubter grenzüberschreitender Markt signifikanten Umfangs entstanden sei.<sup>114</sup> Dieser bestehe aus einem Schwarzmarkt mit nicht zugelassenen Glücksspielen, auch aus Drittländern, und einem so genannten ‚Graumarkt‘, in dem in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ordnungsgemäß zugelassene Veranstalter Glücksspieldienste Bürgern in anderen Mitgliedstaaten anböten, ohne dort eine entsprechende Genehmigung erhalten zu haben. Dieser unerlaubte grenzüberschreitende Markt bleibe den Verbrauchern potentiell zugänglich, sei es, weil er de facto toleriert werde, oder weil die bestehenden Vorschriften nicht durchgesetzt würden.

<sup>107</sup> Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation, Band 1–3, Juni 1991. Der Bericht wurde für die Kommission von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Coopers und Lybrand ausgearbeitet und war nicht unbedingt Ausdruck des offiziellen Standpunktes der Kommission.

<sup>108</sup> Der – bzw. richtiger – die ECU (Akronym aus European Currency Unit, also Europäische Währungseinheit) war der (wertgleiche) Vorläufer des Euro.

<sup>109</sup> GA Bot, Schlussanträge zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8) Nr. 27.

<sup>110</sup> S. o. Fn. 44.

<sup>111</sup> Diese Bruttoeinkünfte, also die Differenzbeträge nach Abzug der Gewinne (stakes minus winnings) werden „Cross Gaming Revenues“ (i. F.: CGR) genannt.

<sup>112</sup> Im Jahr 2008 waren es laut dem in der Fn. 9 genannten Grünbuch 75,9 Mrd. €. Der EU-weite Umsatz wird inzwischen auf über 85 Mrd. € geschätzt.

<sup>113</sup> Zum Grünbuch selbst s. u. Teil F, II, 2.

<sup>114</sup> Grünbuch, S. 6.

Zu den illegalen Märkten wird im Grünbuch noch gesagt,<sup>115</sup> dass „von den 14.823 aktiven Glücksspiel-Sites in Europa über 85 % keine Zulassung“ hätten.<sup>116</sup>

Um den Glücksspielmarkt ökonomisch in seiner Gänze zu erfassen, müssen natürlich zu den CGR auch die ausbezahlten Gewinne hinzugerechnet werden. Es heißt, die staatlichen Anbieter würden 75 % und die privaten Betreiber bis zu 90 % und mehr der Einsätze als Gewinne ausschütten. Dabei muss zugleich zwischen kostenintensiveren Diensten, wie den Sportwetten, und relativ kosten- und ressourcengünstigen Services, wie den klassischen Casinospiele unterschieden werden. Während hinter dem Buchmachergeschäft zu Fixquoten umfangreiches Expertenwissen, know-how, sowie statistische Kenntnisse durch den Buchmacher gefordert sind, ist z. B. der Betrieb eines Roulettes mit relativ geringen Kosten verbunden. Dies erklärt auch, weshalb der Auszahlungsstandard im Sportwettbereich zwischen rund 80 % und 94 % liegt, während hingegen im Casinobereich die Ausschüttungsquoten bei bis zu 98 % liegen.

Nach dem erwähnten Grünbuch liegt der Glücksspielmarkt in der Bewertung der 50 einzeln erfassten europäischen Märkte auf Platz 29,<sup>117</sup> weshalb es im Hinblick auf diese Größe erstaunt, dass dieser Bereich nicht europarechtlich geregelt worden ist.

Zum Glücksspielmarkt in Asien und den USA heißt es,<sup>118</sup> dass die Einnahmen der Spielhäuser Asiens, gerechnet als Einsatz minus Gewinn, jährlich um durchschnittlich 18,3 % auf über 80 Mrd. Dollar 2016 steigen würden. Die Wachstumsrate in den USA beträgt jährlich nur 5 %, sodass der dortige Markt bis 2016 auf über 75 Mrd. Dollar zulegen wird. Der Anteil der Asiaten am Weltmarkt des Glücksspiels wächst von derzeit knapp 30 % auf demnächst 43,4 %“.

Manche Orte scheinen vom Glücksspiel zu leben. So bezog z. B. Macau 2008 82 % seines Einkommens aus Glücksspielen.<sup>119</sup> Auch Malta bezieht trotz niedriger Steuern 7,82 % seines BIP über Glücksspiele und zwar nicht durch deren Veranstaltung in Malta, sondern durch die Vergabe von Lizenzen. Dieser Anteil am BIP ist elfmal höher als im EU-Durchschnitt.<sup>120</sup>

## 2 Der Glücksspielmarkt in Deutschland

Was den Umfang und die wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielmarktes in Deutschland angeht,<sup>121</sup> so geht die Goldmedia-Studie<sup>122</sup> davon aus, dass auf dem deutschen Glücksspielmarkt im Jahr 2009 etwa 34 Mrd. € ausgegeben (Gesamtumsatz) und rund 10,3 Mrd. € davon als Brutto-Einnahmen für die Spielbetreiber erwirtschaftet wurden. Von den 10,3 Mrd. € Bruttospielerträgen entfielen (2009) 83 % auf den „regulierten Markt“, also auf die gesetzlich geregelten Spiele, und 17 % auf den „ungeregelten Markt“. Der größte Einzelbetrag floss mit 3,3 Mrd. € in die regulierten Automaten Spiele. Danach folgte Lotto 6 aus 49, das rund 2,3 Mrd. Bruttospielertrag generierte. Auf die gesamten regulierten (Toto- und) Lottoprodukte entfielen 4,14 Mrd. €.

<sup>115</sup> Grünbuch, S. 4.

<sup>116</sup> In Fn. 4 des Grünbuchs wird hierzu verwiesen auf: Cyber-criminality in Online Gaming, Weißbuch von CERT-LEXSI, (Laboratoire d'Expertise en Sécurité Informatique), Juli 2006.  
[http://www.lexsi.com/telecharger/gambling\\_cybercrime\\_2006.pdf](http://www.lexsi.com/telecharger/gambling_cybercrime_2006.pdf).

<sup>117</sup> Grünbuch, S. 10.

<sup>118</sup> Siehe FAZ v. 30.12.2011 – S. 20 unter der Überschrift „Gewinner ist immer die Bank“.

<sup>119</sup> Jen-Kai Liu, GIGA Focus (German Institute of Global and Area Studies, Institut für Asien-Studien) Nr. 2, 2010, ISSN 1862-359 X, S. 5. Dort wird auch gesagt, dass es in Macau Ende 2009 33 Casinos und 4.770 Spieltische gegeben habe. Für das Casino City Dreams in Macau ist auch der insoweit mit 70 Mio. Dollar bislang teuerste Werbefilm aller Zeiten (mit Leonardo Di Caprio) gedreht worden. (Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 22.05.2016, S. 40).

<sup>120</sup> Caspers-Merk, Maria, 60 Jahre Lotto „6 aus 49“, Beiträge zum Glücksspielwesen, Fachreihe des Behörden spiegels 1/2015, S. 14, Fn. 2. Die Angaben hat Caspers-Merk dem Arbeitsbuch der EU-Kommission zum Grünbuch über Online-Glücksspiel, COM (2011) 128, entnommen.

<sup>121</sup> Zum Glücksspielmarkt s. auch *Bendixen*, Ökonomie des Glücksspiels; *Albers, N.*, Struktur und ökonomische Beurteilung des Sportwettenmarktes in Deutschland, sowie *Hübl*, Der Markt für Spielbanken in Deutschland; alle in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 30 ff., 56 ff. und 93 ff.

<sup>122</sup> Studie (v. 19.04.2010) der *Goldmedia GmbH*, Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Situation und Prognose des Glücksspielmarktes in Deutschland.

Die regulierten Spielbanken erzielten 0,77 Mrd. € und die regulierten (Sport-)Wettmärkte 0,2 Mrd. €. Letztere haben also in Deutschland nur eine geringe wirtschaftliche Bedeutung. Auf die unregulierten Wettmärkte entfielen 0,1 Mrd. € und auf die unregulierten Online-Märkte 0,2 Mrd. €. Der Lottomarkt in Deutschland ist zu 97 % reguliert, der Wettmarkt dagegen nur zu 14 %.

Die Gewinnausschüttungen an die Spieler aus dem Gesamtumsatz schwanken zwischen 30 % bei Fernsehlotterien, etwas über 50 % bei Lotterien, 60 % bei Automaten und bis zu 97 % bei Roulette.

Die eben genannten Zahlen decken sich im Hinblick auf die Einnahmen aus Lotterien, Spielautomaten und Spielbanken im Wesentlichen mit den von Dhom angegebenen Beträgen.<sup>123</sup> Dhom nennt dazuhin noch weitere Bruttospielerträge wie z. B. die für Online-Sportwetten mit 300 Mio. €, die der stationären Wettbüros mit 480 Mio. €, diejenigen aus ODDSET und Fußballtoto mit 100 Mio. €, aus Pferdewetten mit 60 Mio. € und aus sonstigen Online-Spielen mit 600 Mio. €. Was die staatlichen Einnahmen anbelangt, so seien vom Gesamtbetrag in Höhe von rund 10 Mrd. €, also inklusive der Lotterie-, Spielbanken- und Automateinnahmen, im Jahr 2007 knapp 4,5 Mrd. € in die Landeshaushalte geflossen.<sup>124</sup>

Die staatlichen Einnahmen aus dem Glücksspielmonopol beliefen sich in Deutschland 2005 auf 4,25 Mrd. €, 2007 auf 3,91 Mrd. € und 2008 auf 3,37 Mrd. €; sie waren also rückläufig. Die Einnahmen aus privat betriebenen Spielautomaten blieben dagegen zwischen 2007 und 2008 mit 1,25 Mrd. € gleich.<sup>125</sup>

Hecker<sup>126</sup> machte ergänzende Angaben zu den Pro-Kopf-Einsätzen bei Wetten: „Eine Studie der Firma Deloitte<sup>127</sup> aus dem Jahre 2006 schätzt [...] einen Pro-Kopf-Wetteinsatz in Deutschland von ca. 44 €. Bei 82 Mio. Einwohnern ist das ein Gesamtwetteinsatz von 3,6 Mrd. € im Jahr 2005. Damit lag Deutschland recht gut im Verhältnis zu anderen europäischen Staaten, die ein abgestuftes, weniger restriktives Glücksspielrecht hatten“. In Italien belief sich der Pro-Kopf-Umsatz auf 86 €, in Österreich auf 118 € und in Großbritannien, wo Wetten bekanntlich ein beliebter Volkssport sind, auf 492 €.<sup>128</sup>

Hecker fährt dann fort, seither habe sich diese Situation dramatisch geändert. So sei der Spieleinsatz im deutschen Wettmarkt im Jahr 2009 auf 7,8 Mrd. € angestiegen, wodurch der Pro-Kopf-Einsatz von 44 auf 95,12 € gestiegen sei. Rechne man von diesem Gesamtumsatz von 7,8 Mrd. € die legalen Umsätze von insgesamt 485 Mio. € heraus, dann belege dies einen illegalen Sportwettenansatz im Jahr 2009 von rund 7,3 Mrd. €.

Auffällig ist, dass die Einnahmen aus Glücksspielen – wohl mitbedingt durch die Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen (Glücksspielstaatsvertrag) wie auch durch die Wirtschaftskrise – zwischenzeitlich rückläufig waren. Beschränkungen der Werbemöglichkeiten und des Zugangs zum Internet führten dazuhin mit zu diesen rückläufigen Entwicklungen. So ging der Lottomarkt 2009 gegenüber 2005 um 1,6 Mrd. € zurück; die Spielbanken erwirtschafteten im gleichen Zeitraum 0,3 Mrd. € weniger. Mit etwa 60 % Rückgang brach der Anteil bei der Sportwette ODDSET am stärksten ein. Erst neuerdings steigen die Zahlen wieder.

<sup>123</sup> Dhom, Aktuelle Fragen des Glücksspielrechts – Wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielmarkts in Deutschland, ZfWG 2010, S. 394 ff.

<sup>124</sup> Dhom, a. a. O. (s. vorige Fn.) beruft sich dabei in seiner Fn. 3 auf die Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e. V., [www.dhs.de/web/datenfakten/gluecksspiel.php](http://www.dhs.de/web/datenfakten/gluecksspiel.php).

<sup>125</sup> Quelle: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen, zitiert in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung v. 24.10.2010, S. 45.

<sup>126</sup> Hecker, Der Glücksspielstaatsvertrag: Erfolgsmodell oder Auslaufmodell?, ZfWG 2010, S. 167 ff.

<sup>127</sup> Deloitte und Touche GmbH, Studie zu ausgewählten Aspekten des Deutschen Sportwettenmarktes, Düsseldorf, 11.10.2006.

<sup>128</sup> Hecker, a. a. O. (s. Fn. 126), S. 170.

Im Zuge der Verkündung der EuGH-Urteile Markus Stoß u. a. und Carmen Media (G1/12 und 13) v. 08.09.2010 haben die staatlichen Lotteriegesellschaften<sup>129</sup> – wohl aus Furcht vor der Abschaffung ihres Glücksspielmonopols – mehrfach in verschiedenen Zeitungen<sup>130</sup> einen offenen Brief geschaltet, in dem sie schrieben, dass der Glücksspielstaatsvertrag „die gemeinnützige Verwendung der Lottogelder, derzeit ca. 7 Mrd. € jährlich“, sichere. Rund 50 % würden an die Spieler ausgeschüttet und circa 40 % flössen in gemeinnützige Zwecke. Was bei den Lottogesellschaften selbst verbleibt – auch zur Entlohnung ihrer Geschäftsführer –, wurde allerdings nicht gesagt, da in der Zeitungsanzeige nur von der „gemeinnützigen Verwendung“, aber nicht von den Einnahmen die Rede war.

Die verschiedenen Spielsegmente hatten nach Meyer<sup>131</sup> folgende Umsätze und Prozentanteile:

Umsätze auf dem Glücksspielmarkt (in Mio.)

	1982	1992	2002	2007	2008	2009
Gesamt	–	–	27.359	27.863	24.897,2	23.961,8 (-3,8 %)
davon entfallen auf Spielbanken	3.426	6.854	10.900	10.260	8.030	6.862 (-14,5 %)
auf Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit	–	–	5.710	7.625	8.125	8.350 (+2,8 %)
auf den Deutschen Lotto- und Toto-Block	3.239	5.788	8.311	7.741,7	6.789,7	7.002,6 (+3,1 %)

Für das Jahr 2013 betrug der Gesamtumsatz in Deutschland nach Becker<sup>132</sup> 9,3 Mrd. €, der sich wie folgt auf die Spielsegmente verteilt: Auf Geldspielautomaten in Spielhallen entfielen 46,9 % (4,7 Mrd. €), auf den Lotto- und Totoblock 38,5 % (3,6 Mrd. €), auf Spielbanken 5,6 %, auf Fernsehlotterien 4,5 %, auf Sparkassen und Banken 2,4 %, auf Klassenlotterien 1,9 % und auf Pferdewetten 0,1 %. Auf die beiden Sportwetten des DLTB (Oddset und Toto) entfielen nur 71,3 Mio. €, was lediglich einem Marktanteil von 0,74 % entspricht.

In Deutschland soll es 127.000 „Daddelautomaten“ in Spielhallen geben, wobei im bundesdeutschen Durchschnitt 471 Einwohner auf einen Automaten kommen; im Jahr 2006 waren es noch 694. Rheinland-Pfalz hat mit 293 Einwohnern pro Automat die höchste Dichte und Berlin mit 964 die niedrigste.<sup>133</sup> Peters<sup>134</sup> spricht von 225.000 Automaten in geschätzten 12.300 Spielhallen. Auch Dhom<sup>135</sup> geht von 225 000 Geldspielautomaten aus. Im Zeitraum von 2005 bis 2008 seien, so Dhom weiter, die Umsätze im Automatenbereich von 5,88 Mrd. € auf 8,13 Mrd. € und der Bruttospielertrag von 2,35 Mrd. € auf 3,25 Mrd. €, also um 38 % gestiegen.

<sup>129</sup> Im Hinblick auf Toto und die großen Lotterien haben sich die entsprechenden Landeslotteriegesellschaften zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen, der im Monopolbereich dieser Glücksspiele der größte Spielanbieter ist. Daneben gibt es noch die Süddeutsche Klassenlotterie (SKL), die Nord-Westdeutsche Klassenlotterie (NKL) und die beiden Fernsehlotterien der ARD und des ZDF.

<sup>130</sup> S. u. a. FAZ v. 04.10.2010, S. 6.

<sup>131</sup> Quelle: Meyer, eigene Erhebung 2011, Archiv- und Informationsstelle der deutschen Lotto- und Toto-Unternehmen, Institut für Wirtschaftsforschung. S. auch Meyer, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.): Jahrbuch Sucht 2011.

<sup>132</sup> Becker T., Regulierung des Glücksspielmarktes, in: Beiträge zum Glücksspielwesen, Eine Fachreihe des Behörden Spiegels, Ausgabe 1/2015, S. 10.

<sup>133</sup> Quelle: Focus v. 22.11.2010.

<sup>134</sup> Peters, Das Spiel an Geldspielgeräten der Spielhallen, ZfWG 2011, S. 1 ff., unter Bezugnahme (in der Fn. 8) auf Hayer, SuchtAktuell 2010, S. 47, zum Stand Anfang 2008.

<sup>135</sup> Dhom, a. a. O., (s. o. Fn. 123).

Im Hinblick auf den Bruttospielertrag beim Automatenspiel in Spielbanken meinte Otto Wolferding, der Geschäftsführer der baden-württembergischen Spielbanken,<sup>136</sup> dass dieser in Baden-Württemberg von 76 Mio. € im Jahr 2006 auf 42,3 Mio. € im Jahr 2010 gesunken sei. Bundesweit gebe es in Deutschland 7.000 Automaten in Spielbanken, während es – begünstigt durch die SpielV von 2006 – inzwischen etwa 350.000 Automaten in Spielhallen gebe, die einen Umsatz von fast 4 Mrd. € erzielten. Der Gesamtumsatz (aller Spiele) in den drei baden-württembergischen Casinos sei ebenfalls zurückgegangen und zwar von 104 Mio. € im Jahr 2006 auf 65,7 Mio. € im Jahr 2010. Erst neuerdings sind wohl wieder steigende Zahlen zu vermelden.

Was die Zahl der Beschäftigten im deutschen Glücksspielsektor anbelangt, so sagte schon GA Bot<sup>137</sup> unter Bezugnahme auf die Schweizerische Studie, in Deutschland seien im Jahr 2004 annähernd 58.000 Personen im Lotto- und Totoblock beschäftigt gewesen, weitere 4.700 Personen hätten in den Casinos und ungefähr 3.000 in den angegliederten Hotels und Restaurants gearbeitet. Im Vereinigten Königreich sei die Zahl der Vollbeschäftigten im Bereich der Glücks- und Geldspiele im Jahr 2004 auf 100.000 Personen geschätzt worden.

Aktuellere Zahlen sind in einer weiteren Goldmediastudie von 2014 enthalten.<sup>138</sup> Interessant insoweit ist die Verteilung der Bruttospielerträge im Jahr 2012 nach Sektoren. In Deutschland<sup>139</sup> entfielen von rd. 9 Mrd. € 50 % auf Spielautomaten, 38 % auf Lotterien, 6 % auf Spielbanken, 5 % auf Wohltätigkeit(sveranstaltungen) und 1 % auf Wetten. In Frankreich<sup>140</sup> entfielen 40 % auf Lotterien, 32 % auf Wetten und 28 % auf Spielbanken. In Italien<sup>141</sup> entfielen vom Bruttospielertrag 53 % auf Spielautomaten, 38 % auf Lotterien und je 5 % auf Wetten und auf Spielbanken. Im Vereinigten Königreich<sup>142</sup> verteilten sich die Erträge zu 35 % auf Wetten, zu 34 % auf Lotterien, zu 21 % auf Spielautomaten, zu 8 % auf Spielbanken und zu 2 % auf Wohltätigkeitsveranstaltungen. Wie nicht anders zu erwarten, entfallen in Großbritannien die meisten Erträge auf Wetten, was im Hinblick auf Spieleinsätze noch deutlicher wird, wo auf Wetten 48 % der Einsätze entfallen und auf die an zweiter Stelle liegenden Spielautomaten „nur“ 21 %.<sup>143</sup>

Auch wenn einzelne Zahlen nicht mehr ganz aktuell sind, so kann doch aus ihnen auf ihre Relation und die Prozentsätze geschlossen werden.

<sup>136</sup> S. Pforzheimer Zeitung v. 07.09.2011.

<sup>137</sup> Schlussanträge GA Bot in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) in seiner Fn. 12 zur Nr. 27.

<sup>138</sup> International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, wirtschaftswissenschaftliche Studie v. 22.09.2014 (269 Seiten), i. F. Goldmedia-Studie.

<sup>139</sup> Goldmedia-Studie, S. 17.

<sup>140</sup> Goldmedia-Studie, S. 20.

<sup>141</sup> Goldmedia-Studie, S. 22.

<sup>142</sup> Goldmedia-Studie, S. 34.

<sup>143</sup> Goldmedia-Studie, S. 33.

## TEIL C: AUSGEWÄHLTE MITGLIEDSTAATLICHE REGELUNGEN DER GLÜCKSSPIELE

Die mitgliedstaatlichen Regelungen der jeweiligen nationalen Glücksspiele sind – noch ohne die bulgarischen und rumänischen Bestimmungen – in der Schweizerischen Studie von 2006 umfassend dargestellt worden, auf die insoweit verwiesen wird. Sie ergeben sich auch aus dem 23-seitigen Sachstandsbericht des Vorsitzes des Rates „Wettbewerbsfähigkeit“ v. 27.11.2008.<sup>144</sup> Einen aktuelleren Überblick über mitgliedstaatliche Regelungen enthält das 41-seitige Ratsdokument v. 11.05.2010 und insbesondere dessen Anhang.<sup>145</sup> Hinzuweisen ist auch auf das Ratsdokument 16 884/10 v. 10.12.2010. Auch das Europäische Parlament hatte schon 2008 einen 68-seitigen Bericht – in englischer Sprache – über das Online-Gambling erstellt.<sup>146</sup>

Wegen des großen Umfangs der Materie sollen hier nur beispielhaft einige mitgliedstaatliche Regelungen näher dargestellt werden. Es sei dabei zur Aktualität gleich einschränkend angemerkt, dass die Glücksspielregelungen in vielen Mitgliedstaaten laufend geändert werden, wobei auch die Rechtsprechung des EuGH zu Glücksspielen miteinfließt.

Zwar gehört eine detailliertere Darstellung der mitgliedstaatlichen Regelungen der Glücksspiele nicht unbedingt zum Thema dieser Arbeit, dennoch soll aus Gründen des besseren Überblicks über die Gesamtmaterie zumindest auf einige nationale Regelungen näher eingegangen werden. Dabei sollen wegen der großen Anzahl der Mitgliedstaaten und der damit verbundenen umfangreichen normativen Regelungen neben der deutschen Regelung nur diejenigen Österreichs und Italiens zitiert werden, also aus den 3 Ländern, aus denen die meisten Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH anhängig gemacht worden sind. Andere mitgliedstaatliche Regelungen werden jeweils in der Rubrik „Rechtlicher Rahmen“ der Rsn. zitiert, die diese Länder betroffen haben.

### I Die Regelungen der Glücksspiele in Deutschland

#### 1 Vorbemerkungen

##### 1.1 Relevante EuGH-Entscheidungen

Die deutsche Rechtslage spielte vor allem in den Rsn. Winner Wetten (1/11), Markus Stoß u. a. (G1/12), Carmen Media (G1/13), Digibet u. Albers (G1/31) sowie Ince (G1/32) eine Rolle.

##### 1.2 Das Recht zur Gesetzgebung in Deutschland

Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG steht an sich den Bundesländern das Recht der Gesetzgebung zu, allerdings nur soweit das Grundgesetz „nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht“.

Für die Regelungen der Glücksspiele gilt teilweise Bundesrecht und teilweise Landesrecht.<sup>147</sup> Zur rechtlichen Einordnung schreibt Ennuschat<sup>148</sup> unter Zitierung von BVerfGE 102, 197 (216):

*„Das Glücksspielrecht zählt daher – wegen der Eindämmung des Spieltriebs und dem Schutz vor strafbarer Ausbeutung – zum Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und nicht zum Recht der Wirtschaft.“*

Zusammen mit Christina Brugger schreibt Ennuschat an anderer Stelle:<sup>149</sup>

<sup>144</sup> Ratsdokument 16022/08

<sup>145</sup> Ratsdokument 9495/10 (Presidency Progress Report) i. V. mit dem (40-seitigen) Ratsdokument DS 1265/10 (Spanish Presidency Progress Report). Beide Dokumente sind nicht in deutscher Sprache veröffentlicht worden; sie sind aber auf Englisch unter [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu) abrufbar.

<sup>146</sup> IP/A/ICO/ST/2008-13.

<sup>147</sup> S. u. a. Scholz/Weidemann, Das Staatsmonopol für Veranstaltungen und Vermittlung von Sportwetten und anderen Glücksspielen [...], WiVerw 2007/3, S. 105 ff. (115).

<sup>148</sup> Ennuschat, Glücksspielrecht und Gemeinwohlförderung, ZfWG 2006, S. 4 ff.

<sup>149</sup> Ennuschat/Brugger, Gesetzgebungskompetenzen im Spielhallenrecht nach der Föderalismusreform, ZfWG 2006, S. 292.

*„Mit der am 01.09.2006 in Kraft getretenen Föderalismusreform wird die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern neu geregelt. Davon betroffen ist auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Das Recht der Wirtschaft und dessen Teilbereich Gewerberecht fallen zwar weiterhin in die konkurrierende Gesetzgebung. Bestimmte Gewerbebezüge werden jedoch ausdrücklich ausgenommen und der Regelungszuständigkeit der Länder übertragen. Zu den Bereichsausnahmen zählt das Recht der Spielhallen. [...].“*

Für Ennuschat finden sich schließlich Regelungen (für Lotterien)<sup>150</sup> *„auf Ebene des Bundesrechts [...] in allen Rechtsgebieten, d. h. im Strafrecht, Zivilrecht und im Öffentlichen Recht. Das deutsche Lotterierecht hat – wie das gesamte Glücksspielrecht – seinen Ausgangspunkt im Strafrecht“*. Aus dem Öffentlichen Recht zu nennen ist für Ennuschat einmal die Gewerbeordnung [i. F.: GewO], die im Übrigen in Art. 33 Nr. 2 bestimme, dass Lotterien vom Anwendungsbereich des gewerblichen Spielrechts der §§ 33c ff. *„ausgenommen und deshalb landesrechtlicher Regelung überlassen werden“* und zum anderen das Rennwett- und Lotteriegesezt [i. F.: RennwLottG oder auch nur RWG], *„das allerdings nur die Besteuerung von Lotterien betrifft (§§ 17 ff. RWG), nicht aber deren Zulassung“*.

## 2 Bundesrechtliche Bestimmungen

Die gesetzliche Regelung der Glücksspiele in Deutschland<sup>151</sup> ist also, wie erwähnt, im Prinzip Ländersache. Dennoch gibt es einige bundesrechtliche Bestimmungen.<sup>152</sup>

### 2.1 Grundgesetz

Eine Rechtsgrundlage zur bundesrechtlichen Regelung von Glücksspielen ist im eben genannten Art. 74 Abs. 1 GG zu finden, der in seiner Ziffer 11 das Recht der Wirtschaft als ein Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung ausweist. Auf diese Rechtsgrundlage ist sowohl das Rennwett- und Lotteriegesezt wie auch die Gewerbeordnung gestützt worden. Dietlein<sup>153</sup> schreibt dazu, dass seit der sog. „Föderalismusreform I“ die (Vorrangs-)Gesetzgebung des Bundes für das Recht der Wirtschaft besteht, allerdings ohne das Recht der Spielhallen (Art. 74 Nr. 11 GG).<sup>154</sup> Die Kompetenz zur Regelung der Spielhallen liegt also nunmehr ebenfalls bei den Ländern.

### 2.2 Zivil- und strafrechtliche Bestimmungen

Strafrechtlich wird das Veranstanen von und die Teilnahme an unerlaubten Glücksspielen in den §§ 284 ff. StGB sanktioniert, ohne dass dort gesagt wird, was Glücksspiele sind. Aus § 284 StGB ist aber zumindest ableitbar, dass die (legalen) Glücksspiele einer „behördlichen Erlaubnis“ bedürfen, und dass im Umkehrschluss unerlaubte Glücksspiele als verbotene Glücksspiele anzusehen sind. Auch Betrug bei Sportwetten – und Manipulationen im Profisport – sollen künftig strafbar werden, wozu „das Bundeskabinett einen entsprechenden Gesetzesentwurf“ beschlossen hat.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> Ennuschat, Aktuelle Rechtsfragen des staatlichen Lotteriemonopols in Deutschland, ZfWG 2008, S. 83 ff.

<sup>151</sup> Siehe dazu auch Ciszewski, Glücksspielregulierung aus nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sicht: am Beispiel des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, Bonn 2009; Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2013; Kolb, Die Veranstaltung von Glücksspielen, Baden-Baden 2009.

<sup>152</sup> Siehe dazu Gebhardt, Das bundesrechtliche Regelkonvolut zum Glücks- und Gewinnspiel, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 394 ff.

<sup>153</sup> Dietlein, Die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Spielhallenwesen [...], ZfWG 2008, S. 12 ff. (Teil I) und 77 ff. (Teil II). S. auch Ennuschat/Brugger, a. a. O., und Kluth, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

<sup>154</sup> Glücksspiele sind zudem noch zweifach in Art. 106 GG einbezogen, der die „Verteilung der Steuern“ betrifft, und in dem es im zweiten Absatz in den Ziff. 4 und 6 heißt: *„Das Aufkommen der folgenden Steuern steht den Ländern zu: 4. die Verkehrrssteuern, soweit sie nicht [...] dem Bund oder [...] dem Bund und den Ländern gemeinsam zustehen, 6. die Abgabe von Spielbanken“*.

<sup>155</sup> Presseerklärung der Bundesregierung v. 06.04.2016, [https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2010/04/2016;](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2010/04/2016; s. dazu a. u. Teil F, I, 1)

Für Voßkuhle<sup>156</sup> ist das strafrechtliche Glücksspielverbot der Ausgangspunkt für die Glücksspielregelungen. Er schreibt: „Aufgrund der Verwaltungsakzessorietät der strafrechtlichen Verbote sind die Genehmigungsbehörden gehalten, den Schutzzweck der §§ 284, 286 StGB bei ihrer Tätigkeit entsprechend zu berücksichtigen“.

### 2.3 Das Rennwett- und Lotteriegesezt

Das Rennwett- und Lotteriegesezt<sup>157</sup> (i. F.: RennwLottG) hat einen doppelten Inhalt. Es regelt zum einen die Pferdewetten (§§ 1-7) und zum anderen (Detail-)Fragen der Besteuerung der Glücksspiele und zwar nicht nur der Pferdewetten (§§ 10-16), sondern auch der (Sport-)Wetten und der Lotterien (§§ 17-25). Es sagt allerdings nichts dazu, wem diese Steuern zufließen; dies ergibt sich vielmehr aus Art. 106 GG. Das RennwLottG sagt auch nichts über die Zulassung der Lotterien, Sportwetten und anderer Glücksspiele. Für deren Zulassung ist der nachfolgend genannte Glücksspielstaatsvertrag (der Länder) von Bedeutung.

Für Pferdewetten – und nur für diese Art der Sportwetten – gilt mit dem RennwLottG also ebenfalls Bundesrecht. Dies ist historisch bedingt. Das RennwLottG stammt eigentlich v. 07.04.1922 und gilt gemäß Art. 123 Abs. 1 GG fort. Es enthält Regelungen zur Erteilung von Buchmacherkonzessionen sowie Straf- und Bußgeldvorschriften.<sup>158</sup> Die Veranstaltung von Pferdewetten kann an Privatunternehmen vergeben werden.

Zugleich enthält das RennwLottG Grundlage-Bestimmungen für die Besteuerung (bzw. Steuerbefreiung) der Glücksspiele. Für die Besteuerung der Pferdewetten gelten die §§ 10 und 11 RennwLottG. Für die Besteuerung von Lotterien, Ausspielungen und Wetten zu festen Odds werden in den §§ 17 ff. RennwLottG Kriterien zur Steuerpflicht, zu möglichen Besteuerungsausnahmen, zum Steuerschuldner usw. aufgelistet. Die Steuersätze werden in den §§ 10, 11, 17 und 21 RennwLottG genannt. Weitere Einzelheiten zur Besteuerung ergeben sich aus den 63 Paragraphen der „Ausführungsbestimmungen zum Rennwett- und Lotteriegesezt“.

### 2.4 Die Gewerbeordnung<sup>159</sup>

Der Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen und Gaststätten, nicht jedoch in Spielbanken, unterliegt der Gewerbeordnung<sup>160</sup> (§§ 33 c ff. GewO) und zwar ursprünglich nur dieser. Dies war darauf zurückzuführen, dass die Automaten Spiele – trotz des höchsten Suchtpotentials – wohl wegen der behaupteten nötigen Geschicklichkeit der Spieler und wegen geringerer Einsätze und Verlustmöglichkeiten bei Einzelspielen (zumindest früher) nicht als Glücksspiele angesehen worden sind.

A. Voßkuhle<sup>161</sup> sagte dazu, die GewO regle „in §§ 33c bis 33i drei weitere, in der Praxis besonders bedeutsame Spielformen, die jedoch [...] nicht zum Glücksspiel im engeren Sinne zählen [...]. Es handelt sich um Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit (z. B. Flipperautomaten, Billard, Videospiele), Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, die mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind (sog. Unterhaltungsautomaten mit Gewinnmöglichkeit) sowie andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (z. B. Karten- und Wurfspiele)“. Das gewerbsmäßige Betreiben von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeiten bedarf nach § 33c GewO einer behördlichen Erlaubnis, wobei der Antragsteller zuverlässig sein muss. In Abs. 2 sind Gründe aufgelistet, die auf eine Unzuverlässigkeit hindeuten. Nach dem 1. GlüÄndStV ist

<sup>156</sup> Voßkuhle, Glücksspiel zwischen Staat und Markt – Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben, VerwArchiv Band 87 (1996), S. 395 ff. (398).

<sup>157</sup> RGBL. I, S. 393 u. BGBL. 2006, I, S. 2407. S. auch Urteil des BVerwG v. 01.06.2011 – 8 C 5.10 – Rzn. 38 ff.

<sup>158</sup> S. hierzu Ennuschat, Rennwett- und Lotteriegesezt, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2013, S. 409 ff.

<sup>159</sup> Zur GewO und SpielVO siehe Dietlein/Hüsken in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2013, S. 444 ff. und Odenthal, Das Gewerbliche Spielrecht in Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 399 ff.

<sup>160</sup> I. d. F. der Bekanntmachung v. 22.02.1999 (BGBL. I S. 202), zuletzt geändert am 17.03.2008 (BGBL. I S. 399).

<sup>161</sup> Voßkuhle, a. a. O., S. 395 ff. (405).

für den Betrieb von Automaten in Spielhallen nunmehr gemäß § 24 Abs. 1 noch eine Erlaubnis nach diesem Staatsvertrag nötig.

In § 33f GewO ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie federführend ermächtigt worden, im Einvernehmen mit anderen Bundesministerien und mit Zustimmung des Bundesrates „*durch Rechtsverordnung zur Eindämmung [...] des Spieltriebs, zum Schutz der Allgemeinheit und der Spieler sowie im Interesse des Jugendschutzes [Abs. 1] zur Begrenzung der Zahl der Spielgeräte [Ziff. 1], zum Höchsteinsatz und dem Höchstgewinn, zur Mindestdauer eines Spiels usw. [Ziff. 3 a) – f)] Regelungen*“ zu erlassen. Auch zum Prüfverfahren bei der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt – PTB – sowie zur Bauart von Spielgeräten bzw. zum Verfahren des Bundeskriminalamtes bei der Erteilung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen sind Rechtsverordnungen möglich.

Verstöße gegen die GewO werden gemäß § 144 als Ordnungswidrigkeiten geahndet.

Auf der Ermächtigungsgrundlage des § 33f GewO beruht die Spielverordnung (i. F.: SpielV).<sup>162</sup>

## 2.5 Die Spielverordnung

Für den Betrieb von Geldspielautomaten ist die eben genannte Spielverordnung zu beachten, die auf das Jahr 1992 zurückgeht. In § 3 Abs. 2 wird bestimmt, dass in Spielhallen bis zu 12 Automaten aufgestellt werden können und für ein Gerät eine Grundfläche von 12 m<sup>2</sup> nötig sei. In Spielhallen, in denen alkoholische Getränke angeboten werden, durften es höchstens drei sein (§ 3 Abs. 3), was jedoch inzwischen geändert worden ist (s. nachf.). Zugleich werden in § 13 Regelungen zur Festlegung des Höchsteinsatzes (0,20 € pro Spiel), des Höchstgewinns (2 € pro Spiel bzw. 500 € pro Stunde), des Höchstverlustes (80 € pro Stunde)<sup>163</sup>, der Mindestdauer der Spiele (5 Sekunden) usw. festgelegt. In der SpielV sind auch die erlaubten Aufstellungsorte, die Ausnahmen für Gewinnspiele auf Volksfesten u. dgl. sowie in § 6a das Verbot sog. Fun-Games<sup>164</sup> geregelt.

Insgesamt brachte die 5. SpielV von 2006 erstaunlicherweise keine Verschärfungen gegenüber der alten SpielV von 1962, sondern sogar „Erleichterungen“ vor allem für die Spielbetreiber. Nach der „alten“, vor 2006 geltenden SpielV wurde für einen Automaten noch eine Grundfläche von 15 m<sup>2</sup> benötigt. Auch durften nur 10 Geräte aufgestellt werden. Die Mindestspieldauer war auf 12 Sekunden festgelegt und die Höchstsumme der Verluste innerhalb einer Stunde auf 60 € limitiert. Auch nunmehr unterbliebene „technische“ Aspekte wie z. B. die Abschaffung der technischen Prüfung wurden kritisiert.<sup>165</sup>

Für Peters<sup>166</sup> ist die SpielV „*in ihrer aktuellen Fassung nicht durch die Ermächtigungsgrundlage in § 33f Abs. 1 GewO gedeckt, soweit sie die Mindestspieldauer herab- und die Verlustmöglichkeiten heraufsetzt*“.

Die GewO und die SpielV gelten nicht für in Spielbanken betriebene Automaten, die – weil bei diesen die Gewinne aber auch die Verluste höher sein können als bei den Spielhallenautomaten – als Glücksspielautomaten bezeichnet werden. Sie unterfallen deshalb auch dem Spielbanken-

<sup>162</sup> Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit v. 06.02.1962, zuletzt geändert am 08.12.2014 (7. SpielV) (BGBl. I, Nr. 57, S. 2003). Von besonderer Bedeutung ist jedoch die VO in ihrer 5. Fassung vom 27.01.2006, BGBl. I, S. 280. Die später erfolgten Änderungen durch die 6. bzw. 7. VO können hier – mit Ausnahme der eigens genannten Änderungen – übergangen werden.

<sup>163</sup> Die Zahlen 500 € und 80 € sind in der 6. VO – BGBl. 2014, I, Nr. 50 – durch 400 € bzw. 60 € ersetzt worden.

<sup>164</sup> Als Fun Games werden die Automatenspiele bezeichnet, bei denen der Gewinn nicht in Geld besteht, sondern in Form von Berechtigungen zum Weiterspielen, sog. Token (Weiterspielmarken). S. dazu auch OVG Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.10.2007, Az: 6 S 773/07.

<sup>165</sup> S. das Dokument „Auslöser und Ursachen für die aktuelle Entwicklung des Marktes für Geldspielgeräte nach der Novellierung der Spielverordnung im Jahr 2006 – Probleme und Lösungsvorschläge; ein Positionspapier maßgeblich an der Überprüfung von Geldspielgeräten beteiligter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger“ v. 18.04.2011, ZfWG 2011, S. 395–403.

<sup>166</sup> Peters, Das Spiel an Geldspielgeräten der Spielhallen, ZfWG 2011, S. 1 ff. (6).

recht. Die in Spielhallen und Gaststätten betriebenen Geräte, für die die GewO und die SpielV gelten, werden dagegen, wie schon gesagt, Geldspielautomaten genannt.

I. Z. m. der Verabschiedung der (Fünften) Novelle der SpielV von 2006 hatte das Bundeswirtschaftsministerium dem Bundesrat zugesagt, vier Jahre nach Inkrafttreten der SpielV, diese – insbesondere im Hinblick auf das pathologische Spielverhalten – zu evaluieren, wozu vom Wirtschaftsministerium zunächst das Institut für Therapieforschung München (IFT) beauftragt wurde. Der 90-seitige, nicht veröffentlichte Bericht selbst („Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Evaluierung der Novelle der Spielverordnung [im Hinblick auf die Problematik des pathologischen Glücksspiels]“) wurde am 06.12.2010 vorgelegt. In ihm wurden u. a. auf Befragungen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) Bezug genommen und Daten der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) ausgewertet. Im genannten Evaluierungsbericht – nicht zu verwechseln mit dem Evaluierungsbericht des GlüStV – wurde zudem neben dem Verweis auf die relevanten Glücksspielurteile des BVerfG und des BVerwG auch auf das EU-Recht und auf Glücksspielurteile des EuGH Bezug genommen, vor allem auf diejenigen in den Fällen Markus Stoß u. a. (G1/12) sowie Carmen Media (G1/13).

Inzwischen darf in Gaststätten, Spielhallen und ähnlichen Unternehmen in denen alkoholische Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden, höchstens ein Geldspielautomat aufgestellt werden, wobei in Gast- und Beherbergungsbetrieben ausnahmsweise auch drei Geräte aufgestellt werden dürfen, wenn bestimmte, in § 3 Abs. 1 genannte Bedingungen eingehalten werden, wie z. B. Aufsichts- oder Jugendschutzmaßnahmen.

## 2.6 Steuerrechtliche und abgabenrechtliche Regelungen

Zur Besteuerung des Betriebs der Glücksspiele in Deutschland sei vorweg zusammenfassend gesagt: Da die Erbringung von Glücksspielen Dienstleistungen sind, wären sie an sich mehrwertsteuerpflichtig.<sup>167</sup> Gemäß Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie bzw. Art. 135 der jetzigen RL 2006/12 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem sollten die Mitgliedstaaten aber „Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz“ von der Mehrwertsteuer befreien und konnten gemäß Art. 33 stattdessen besondere Abgaben oder Steuern erheben, die nicht den Charakter von Umsatzsteuern haben. Deutschland hat davon (teilweise) Gebrauch gemacht,<sup>168</sup> sodass nunmehr folgende Regelung gilt: Für Lotterien und (Sport-)Wetten gilt die Steuerregelung des RennwettLottG; für Spiele in Spielbanken gelten die Abgaberegulungen der einzelnen Landesgesetze. Nur die Automatenspiele in Spielhallen und Gaststätten unterliegen dagegen der Mehrwertsteuer und ggf. zudem besonderen Kommunalsteuern<sup>169</sup> wie etwa der Gewerbesteuer sowie insbesondere der Vergnügungssteuer, deren Satz – bis zu 18 % des Nettoumsatzes der Geräte – von jeder Gemeinde selbst festgelegt wird. Laut einem Artikel in der SüdwestPresse v. 10.02.2011 würden die deutschen Kommunen – nach einem Bericht der Bremer Fachstelle Glücksspielsucht – jährlich etwa 300 Mio. € an Vergnügungssteuern aus den Automatenspielen einnehmen. Der Umsatz der bundesweit betriebenen 10.000 Spielhallen und der rund 70.000 „Kneipen-Automaten“ belaufe sich auf mehr als 8 Mrd. € im Jahr.

Von besonderer Bedeutung ist zunächst die Rennwett- und Lotteriesteuer. Zu dieser Steuer sagt Kahle: *„Die Rennwett- und Lotteriesteuer unterliegt der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes (Art. 105 Abs. 2 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG). [...] Die Rennwettsteuer dient in erster Linie der Pferdezucht [...], während die Lotteriesteuer praktisch allein der Einnahmenerzielung des Staates dient. Sie steht [als Verkehrssteuer] den Bundesländern zu (Art. 106 Abs. 2 Nr. 4*

<sup>167</sup> S. zur Sechsten MehrwertsteuerRL, der RL 2006/112, unten Teil D, III, 1.2.

<sup>168</sup> Nach § 4 Nr. 9 des (jeweiligen jährlichen) Umsatzsteuergesetzes sind die Umsätze mehrwertsteuerfrei, die unter das RennwettLottG fallen sowie die Umsätze der (öffentlichen) Spielbanken.

<sup>169</sup> S. nachfolgend Teil C, I, 12.1.

GG)<sup>170</sup> (Der Steuersatz beträgt gemäß § 10 Abs. 1 bzw. § 11 Abs. 1 RennwLottG<sup>171</sup> 16 zwei Drittel Prozent der gewetteten Beträge.)

*„Steuerobjekt der Lotteriesteuer sind gemäß § 17 Satz 2 RennwLottG im Inland veranstaltete, öffentliche Lotterien, Ausspielungen und ODDSET-Wetten, die nicht Rennwetten [also Pferdewetten] sind“.*<sup>172</sup> *„Die Lotteriesteuer beträgt gemäß § 17 Satz 3 RennwLottG 20 % des Nennwerts der Lose ausschließlich der Steuer (= 16 2/3 % oder ein Sechstel des Verkaufspreises).<sup>173</sup> Ausländische Lose sind nach § 21 Abs. 1 RennwLottG mit 25 Cent je Euro Losnennwert zu versteuern, [die Besteuerung] ist also höher als für inländische Lose, was die Frage nach der Konformität mit dem Europarecht aufwirft, wenn es sich um Lose aus EU-Ländern handelt“.*<sup>174</sup>

Glücksspiele nach dem RennwLottG sind zugleich steuerbare Umsätze i. S. d. Umsatzsteuergesetzes. Sie sind jedoch von der USt [=Umsatzsteuer] befreit, sofern sie unter spezielle Verkehrssteuergesetze fallen, d. h. nach diesen speziellen Gesetzen steuerbar sind. Umsätze die unter das Rennwett- und Lotteriegesetz fallen, sind daher nach § 4 Nr. 9 lit. b) Satz 1 von der USt befreit.<sup>175</sup> Birk<sup>176</sup> schreibt zudem: *„Werden Sportwetten nicht von § 17 RennwLottG erfasst und handelt es sich auch nicht um Rennwetten i. S. d. §§ 10, 11 RennwLottG (z. B. Einsätze auf Hunderennen oder Brieftaubenpreisflüge) unterliegen sie nicht der Wett- oder Lotteriesteuer, wohl aber der Umsatzsteuer“.*

Zur Spielbankabgabe sagt Kahle:<sup>177</sup> *„Das Erhebungsrecht der Spielbankabgabe liegt bei den Ländern [...] (Art. 106 Abs. 2 Nr. 6 GG). Die Länder haben in ihren Spielbankengesetzen die Höhe und die Verwendung der Spielbankabgabe zu regeln“.* Andere Steuern, falls erhoben, werden mit der Spielbankabgabe verrechnet.

Für die Abgaben der Spielbanken gelten also landesrechtliche Spielbankgesetze. Die Abgaben – inklusive derer für die in Spielbanken betriebenen Automaten – schwanken je nach Bundesland zwischen 30 % und 60 %, nachdem die Schwankungsbreite vor einigen Jahren noch zwischen 50 % und 80 % lag. Dazuhin müssen Spielbanken die übliche Umsatzsteuer (in Höhe von 19 %) entrichten, die jedoch auf die Spielbankenabgabe angerechnet wird.

Automatenspiele (außerhalb der Spielbanken) dagegen unterliegen – weil sie nicht unter das RennwLottG fallen – der Mehrwertsteuer, obwohl Glücksspiele gemäß Art. 135 der jetzigen RL 2006/112 von der Umsatzsteuer befreit werden könnten. Daneben sind auf den Betrieb von Automaten (in Spielhallen und Gaststätten) noch kommunale Steuern möglich und auch üblich, deren Höhe bzw. Hebesätze von Kommune zu Kommune schwankt.

Spielgewinne sind als solche nicht einkommensteuerpflichtig. Dazu sagt Kahle weiter: *„[Sie] fallen nicht unter eine der in § 2 EStG [= Einkommensteuergesetz] genannte Einkommensarten. Diese Gewinne stellen kein Entgelt für irgendeine Tätigkeit dar, sodass es an einer Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr fehlt“.*<sup>178</sup> Die späteren Zinseinkünfte, die auf die Gewinne entfallen, unterliegen dann allerdings der Einkommensteuer.

Die Gesamteinnahmen aus Glücksspielen sind wegen der föderalen Struktur und wegen der Verschiedenheit der Quellen, aus denen sie stammen, nicht leicht zu ermitteln. Sie werden auf 3 bis

<sup>170</sup> Kahle, Die steuerliche Behandlung von Glücksspielen – ein Überblick, ZfWG 2006, S. 45 ff. (46); ders., Glücksspiele im Steuerrecht, DSzZ 2011, S. 520 ff.; Zur Besteuerung der Glücksspiele in Deutschland s. auch Birk, Steuerrechtliche Grundlagen, in: Diellein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 1. Aufl. 2008, S. 395 ff.; Zur Besteuerung der Glücksspiele s. auch die EuGH-Urteile in Teil E, I, 3.2.

<sup>171</sup> Kahle, a. a. O., S. 47.

<sup>172</sup> Kahle, a. a. O., S. 47.

<sup>173</sup> Im Ergebnis sei dies damit der gleiche Betrag wie bei der (Pferde-)Rennsteuer.

<sup>174</sup> Kahle, a. a. O., S. 48.

<sup>175</sup> Kahle, a. a. O., S. 48.

<sup>176</sup> Birk, Sportwetten – Steuerliche Aspekte, ZfWG 2011, S. 229.

<sup>177</sup> Kahle, a. a. O. (Fn. 170), S. 49.

<sup>178</sup> Kahle, a. a. O., S. 52.

4,8 Mrd. € pro Jahr geschätzt, was im Vergleich zu den angeblichen 8 Mrd. €, die Italien erzielt, vielleicht eher zu niedrig erscheint.

Demgegenüber haben die Zahlungen der Spieler an die Spielbetreiber (Erwerb der Lose, Kauf der Wertscheine usw.) mit Steuerzahlungen nichts zu tun. Dies gilt generell, also nicht nur für Deutschland, auch wenn manchmal anderes behauptet wird. So hat z. B. Italien in der Rs. C-272/91 (Kommission vs. Italien) (G3/1)<sup>179</sup> behauptet, „die freiwilligen Zahlungen der Teilnehmer stellten eine Art Steuererhebung dar“,<sup>180</sup> dem der Gerichtshof jedoch nicht folgte.

## 2.7 Anderes Bundesrecht

Da die Veranstaltung von Glücksspielen über das Internet und die Internetwerbung für Glücksspiele untersagt sind, gibt es auch „Bezüge zum Recht der Teledienste“, also zum Teledienstgesetz.<sup>181</sup>

In Betracht kommen kann ferner – wenn z. B. die Teilnahme an einem Gewinnspiel an den Bezug von Waren gekoppelt wird – das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kann für Glücksspiele einschlägig sein.<sup>182</sup> Zum UWG s. auch u. Urteil in der Rs. Plus (G 5/3). Mit zur Anwendung kommen kann auch im Hinblick auf Glücksspiele das Geldwäschegesetz.<sup>183</sup> Im Hinblick auf die äußere und innere Gestaltung der Spielhallen können das Baugesetzbuch (BauGB) sowie die Baunutzungsverordnung (BauNVO) einschlägig sein, die den Kommunen Kompetenzen zur Regelung dieses Baubereichs einräumen.<sup>184</sup>

## 3 Zur Entwicklung der deutschen Rechtslage zu den Glücksspielen

### 3.1 Die Rechtslage bis zum GlüStV von 2008

Vor dem am 01.07.2004 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag v. 13.02.2004, also bis 2004, war nach Ennuschat<sup>185</sup> „das deutsche Glücksspielrecht äußerst zersplittert. Für jede Glücksspielart – insbesondere Sportwetten, Lotterien, Spielbanken – galten eigene Gesetze. Bei Lotterien gab es oft gesonderte Gesetze für die staatlichen und die privat veranstalteten Lotterien. Hinzu traten die Regelungen für die Klassenlotterien [...]“.

Von 2004 bis 2008 galt dann im Glücksspielbereich – als gemeinsames Landesrecht – der Lotteriestaatsvertrag, mit dem erstmals der Glücksspielbereich zumindest im Hinblick auf Lotterien weitgehend zusammengefasst geregelt worden war.<sup>186</sup> Veranlasst durch das Urteil des BVerfG v. 28.03.2006<sup>187</sup> sowie mitveranlasst durch das EuGH-Urteil Placanica von 2007 (G1/6) kam es 2008 zu einer Neuregelung durch den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV). Das BVerfG hatte in seiner als Sportwettenurteil bekannt gewordenen Entscheidung den Staatsvertrag von 2004 in seinem bayerischen Umsetzungsgesetz für nicht-verfassungskonform erklärt.<sup>188</sup>

<sup>179</sup> S. dort VII, 1) Rn. 11.

<sup>180</sup> Solche Glücksspieleinsätze hat der Philosoph Benedetto Croce als eine „Steuer auf die Dummheit“ bezeichnet (zitiert nach GA Tesaro in der Fn. 28 zur Nr. 15 seiner Schlussanträge zur Rs. Familiapress (G5/1)). In den USA gelten solche Einsätze, die den dortigen öffentlichen Haushalten in Höhe von jährlich 47 Mrd. Dollar zufließen, als sog. painless taxes (zit. in der FAZ v. 29.12.2010, S. N 3).

<sup>181</sup> S. dazu Scholz/Weidemann, Das Staatsmonopol für Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten und anderen Glücksspielen [...], WiVerw2007/3, S. 105 ff. (115).

<sup>182</sup> S. dazu Ristelhuber/Schmitt, Kartellrechtliche Grundlagen, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 1. Aufl. 2008, S. 411 ff.

<sup>183</sup> Geldwäschegesetz v. 13.08.2008 – GwG – (BGBl. I S. 1690), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 2959).

<sup>184</sup> S. Teil C, I, 12.2.

<sup>185</sup> Ennuschat, Aktuelle Rechtsfragen des staatlichen Lotteriemonopols in Deutschland, ZfWG 2008, S. 83 ff. (84).

<sup>186</sup> GVBl. 2004, S. 169.

<sup>187</sup> Urteil v. 28.03.2006 – 1 BvR 1054/01 – (sog. Sportwetten-Urteil, s. dazu u. Teil E, V, 1.1).

<sup>188</sup> Der GlüStV von 2008 ist abrufbar unter: <http://www.isa-guide.de/mediafiles/2008-05/isa-guide-00000437-3u9e5814m6.pdf>.

Zusätzlich sei noch vermerkt, dass im deutschen Lotterierecht damals noch das sog. Regionalitätsprinzip galt. Dazu sagte Terhechte:<sup>189</sup>

*„Dieses Regionalitätsprinzip besagt, dass die Lotto- und Totounternehmen der Bundesländer ihre Produkte nur in dem Bundesland vertreiben [dürfen], in dem sie ansässig sind. [...] Dies kann man einerseits als Ausprägung der sog. Lotteriehöheit der Länder auffassen, andererseits aber auch als klassische Gebietsaufteilung und Boykottierung i. S. des deutschen und europäischen Kartellrechts [...]“.*

Das Bundeskartellamt (i. F.: BKartA) hatte diese Regelung beanstandet.<sup>190</sup> Es liege ein Verstoß gegen Art. 81 EG vor, soweit nach § 2 des Blockvertrags der Deutschen Lotto- und Totounternehmen die Gesellschafter sich darin geeinigt hätten, Lotterien und Sportwetten jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie ansässig seien. Zu diesem Beschluss meinte Dietlein,<sup>191</sup> das BKartA habe „zum Angriff auf seit Jahrzehnten unangefochtene Grundstrukturen des deutschen Lotterierechts geblasen. Das in § 5 III. des Lotteriestaatsvertrages normierte Regionalitätsprinzip, nach tradiertem Rechtsverständnis zwingende Folge der Lotteriehöheit der Länder, wird vom BKartA als Verstoß gegen europäisches Kartellrecht interpretiert und für unanwendbar erklärt. [...]“. Dieses Problem hat dann der 1. GlüÄndStV v. 2012 gelöst, indem er in § 9a ein ländereinheitliches Verfahren vorsieht, nach dem die Erlaubnis für das Gebiet aller Bundesländer erteilt werden kann.

### 3.2 Der GlüStV von 2008

Der von allen 16 deutschen Bundesländern abgeschlossene und am 01.01.2008 in Kraft getretene „Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland“ (i. F.: GlüStV 2008)<sup>192</sup> ersetzte den vorherigen Staatsvertrag v. 13.02.2004, den das BVerfG in seinem bayerischen Umsetzungsgesetz für nicht-verfassungskonform erklärt hatte.

Dieser GlüStV von 2008 ist zwar inzwischen von dem 1. GlüÄndStV von 2012 abgelöst worden, doch beziehen sich mehrere EuGH-Urteile noch auf ihn. Selbst eines der letzten Urteile, das Urteil Ince v. 04.02.2016 (G1/32), tut dies noch, weshalb auf ihn doch noch kurz eingegangen werden soll. Erwähnt werden soll hier nur, dass in § 1 fünf Ziele benannt worden waren, und zwar sollte das Entstehen von Glücksspielsucht verhindert, das Glücksspielangebot begrenzt, der Jugend- und Spielerschutz gewährleistet sowie sichergestellt werden, dass die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden. Als fünftes Ziel wurde dann im 1. GlüÄndStV von 2012 hinzugefügt, den Gefahren für die Integrität der Sportwetten vorzubeugen. Ferner wurde noch festgehalten, „sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird“. Im GlüStV von 2008 ist dies – wohl auch aufgrund des unten zitierten EuGH-Urteils in der Rs. Zenatti (G 1/3) – nicht mehr als ein eigenes Ziel angesprochen worden.

### 3.3 Der GlüStV von 2012 (1. GlüÄndStV)

Da der GlüStV von 2008 gemäß seinem § 28 sowieso 4 Jahre nach seinem Inkrafttreten, also am 31.12.2011, ausgelaufen war, waren die Bundesländer gehalten zu überlegen, ob der Staatsvertrag verlängert oder geändert werden sollte. Sie haben sich für letzteres entschieden.

<sup>189</sup> Terhechte, Mehr Wettbewerb im Lotteriewesen? [...], ZfWG 2006, S. 203 ff. (203).

<sup>190</sup> Beschl. v. 23.08.2006 (Az. B10 – 92713 – Kc – 148/05).

<sup>191</sup> Dietlein, Ist der Bundesstaat kartellrechtswidrig? Das lotterierechtliche Regionalitätsprinzip vor dem Bundeskartellamt, ZfWG 2006, S. 197 ff.

<sup>192</sup> Zum GlüStV s. u. a. Dietlein, Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStv), in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 1. Aufl., S. 1 ff. (mit dort angegebener umfangreicher Literatur) sowie Gebhard/Postel, Die Neuregelung des Glücksspielwesens in Deutschland, in: Gebhard/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 421 ff.

Ausgangslage für die Überlegungen waren die EuGH-Urteile Markus Stoß u. a. (G1/12) und Carmen Media (G1/13) sowie eine im Jahr 2010 durchgeführte Anhörung von „Beteiligten“ u. a. von Glücksspielanbietern, Verbraucherschützern und Suchtbekämpfungsexperten. Mitberücksichtigt wurden auch der „Bericht zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrags“ der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, der gemäß § 27 GlüStV (alt) zu erstellen war,<sup>193</sup> sowie ein Gutachten von Mutius.<sup>194</sup>

Schon am 10.03.2011 haben sich die Bundesländer dann im Rahmen der geplanten Änderung des GlüStV für die Beibehaltung des Monopols für Lotterien und für ein Konzessionsmodell bei Sportwetten ausgesprochen. Am 06.04.2011 haben sie den Entwurf eines Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags (1. GlüÄndStV) vorgelegt und bei der EU-Kommission zur Notifizierung eingereicht. Diese hat am 18.07.2011 eine ausführliche Stellungnahme dazu abgegeben, die von den Ländern sodann berücksichtigt worden ist. Auf ihrer Sitzung v. 26.–28.10.2011 in Lübeck haben die Ministerpräsidenten dem neu formulierten Änderungsvertrag dann zugestimmt und zugleich in Aussicht genommen, den neuen Staatsvertrag auf ihrer Konferenz am 15.12.2011 zu unterzeichnen – was auch geschehen ist – und dann das (weitere) Ratifizierungsverfahren einzuleiten. Schleswig-Holstein hatte sich dem jedoch verweigert und stattdessen zunächst ein eigenes Spielgesetz beschlossen.

#### 4 Die wesentlichen Änderungen bzw. Neuerungen des GlüStV von 2012

Die wesentlichen Änderungen und Neuerungen<sup>195</sup> – aufgelistet in der Reihenfolge der Paragraphennummern – sind:

- a) Die partielle Ausweitung des Anwendungsbereichs (des § 2) auch auf Spielhallen, Automaten Spiele in Gaststätten und auf Pferdewetten;
- b) Die Beibehaltung des Internetverbots (in § 4 Abs. 4) aber mit einer Abweichungsmöglichkeit von ihm (§ 4 Abs. 5 und 6 neu) für den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie für die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten unter Einhaltung bestimmter Bedingungen (monatlicher Höchsteinsatz 1.000 €, Kreditverbot, Ausschluss schneller Wiederholungen);
- c) die Erteilung von Konzessionen für Sportwetten (§ 4a Abs. 1), wenn der Konzessionserberwerber über genügend Eigenmittel verfügt (§ 4a Abs. 4 2.a));
- d) Die Erklärung zum Sitz eines Konzessionsnehmers, dass es genügt, wenn der Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem EWR-Staat liegt (§ 4a Abs. 3 lit. a)). Wenn er nicht im Inland liegt, muss allerdings ein Empfangs- und Vertretungsbevollmächtigter im Inland benannt werden (§ 4a Abs. 3 lit. b)). Bei Angeboten im Internet muss auf der obersten Stufe (wohl zur besseren Kontrolle) eine Internetdomäne „de“ errichtet werden (§ 4a Abs. 3 lit. d)), also nicht „com“; Für die Spiel- und Zahlungsvorgänge muss eine eigene Buchführung errichtet werden. Zahlungsvorgänge müssen über ein deutsches Konto oder ein Konto in einem EU-Mitgliedstaat abgewickelt werden (§ 4a Abs. 3 lit. e));
- e) Die Konzessionsverfahren und die Auswahlkriterien (§ 4b);
- f) Die Bezahlung einer Konzessionsabgabe in Höhe von 5 % des Spieleinsatzes (§ 4d Abs. 2). (Ursprünglich war die Bezahlung einer Konzessionsgebühr in Höhe von 250.000 € bei ihrer Erteilung und danach in Höhe von 175.000 € jährlich vorgesehen und die Zahlung ei-

<sup>193</sup> Dieser Bericht v. 01.09.2010 ist am 06.12.2010 gebilligt worden.

<sup>194</sup> von Mutius, Rechtsgutachten zu den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben sowie der verwaltungs- und abgabenrechtlichen Ausgestaltung einer rechtsnormativ begrenzten und gesteuerten Teilliberalisierung des Sportwettenmarktes, erstattet im Auftrag des Deutschen Buchmacherverbandes, Juni 2007.

<sup>195</sup> Der Staatsvertrag von 2012 ist abrufbar unter [www.gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/ErsterGluecksspielaenderungsstaatsvertrag](http://www.gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/ErsterGluecksspielaenderungsstaatsvertrag).

- ner jährlichen Konzessionsabgabe von 16 2/3 Prozent des Spieleinsatzes, wozu die Kommission im Notifizierungsverfahren Erläuterungen wünschte);
- g) Die ausnahmsweise Erlaubnis der Werbung für Lotterien und Sportwetten im Internet und im Fernsehen zur besseren Erreichung der (fünf) Ziele des § 1 (§ 5 Abs. 3). Dazu sollen die Länder gemäß § 5 Abs. 4 eine gemeinsame Richtlinie (Werberichtlinie) erlassen [s. nachfolgend 8.4]. Ansonsten ist die Werbung im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen verboten (§ 5 Abs. 2);
  - h) Detailliertere, spielrelevante Informationen (insgesamt 13 Angaben), die die Veranstalter und Vermittler den Spielern zur Aufklärung mitteilen müssen (§ 7 neu);
  - i) Erweiterungen bei der Spielersperre (§ 8);
  - j) Die Einführung eines ländereinheitlichen Verfahrens, also die Gültigkeit einer Erlaubnis für das Gebiet aller Bundesländer (§§ 4a Abs. 2 und 9a), wobei das Land Niedersachsen die zentrale Lizenzvergabe übernehmen soll;
  - k) Die Schaffung eines Glücksspielkollegiums der Länder (§ 9a Abs. 5-8);<sup>196</sup>
  - l) Die Einführung einer „Experimentierklausel für Sportwetten“, also deren „Evaluierung“ in einem Zeitraum von sieben Jahren und der Festlegung der Höchstzahl der Konzessionen auf 20 (§ 10a neu), (nachdem ursprünglich nur sieben vorgesehen waren, was die Kommission für erklärungsbedürftig hielt). Zuständig für die Konzessionsvergabe ist Hessen;<sup>197</sup>
  - m) Die Begrenzung der Zahl der Wettvermittlungsstellen (§ 10a Abs. 5);
  - n) Wetten auch auf Abschnitte von Sportereignissen sollen künftig möglich sein (§ 21 Abs. 1). Dazuhin sagt der neue Abs. 4 von § 21: „Die Verknüpfung der Übertragung von Sportereignissen in Rundfunk und Telemedien mit der Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten ist nicht zulässig. [Die weitere (bislang verbotene) Verknüpfung mit Trikot- oder Bandenwerbung ist nicht übernommen worden, sodass diese jetzt möglich wird.] Wetten während des laufenden Sportereignisses sind unzulässig. Davon abweichend können Sportwetten, die Wetten auf das Endergebnis sind, während des laufenden Sportereignisses zugelassen werden (Endergebniswetten); Wetten auf einzelne Vorgänge während des Sportereignisses (Ereigniswetten) sind ausgeschlossen“;
  - o) Neu eingefügt wurden mit den §§ 22-26 Regelungen für Spielhallen. Gemäß § 24 Abs. 1 bedürfen Spielhallen unbeschadet „der Vorgaben des § 33i GewO“ künftig auch „einer Erlaubnis nach diesem Staatsvertrag“. Zwischen den Spielhallen ist ein Mindestabstand einzuhalten (Verbot von Mehrfachkonzessionen), wobei das Nähere Ausführungsbestimmungen der Länder regeln sollen (§ 25 Abs. 1). Die Länder können auch die Anzahl der in einer Gemeinde zu erteilenden Genehmigungen begrenzen (§ 25 Abs. 3);
  - p) § 26 enthält Anforderungen an die Ausgestaltung und den Betrieb von Spielhallen. Dazu heißt es in Abs. 1: „Von der äußeren Gestaltung der Spielhalle darf keine Werbung für den Spielbetrieb oder die in der Spielhalle angebotenen Spiele ausgehen oder durch eine besonders auffällige Gestaltung ein zusätzlicher Anreiz für den Spielbetrieb geschaffen werden“. Ferner besagt § 26 Abs. 2: Die Länder setzen „zur Sicherstellung der Ziele des § 1 Sperrzeiten fest, die drei Stunden nicht unterschreiten dürfen“;
  - q) Gemäß § 27 ist auch für Pferdewetten eine Erlaubnis nach dem Staatsvertrag nötig;

<sup>196</sup> Dieses Kollegium (zur verbindlichen Mitwirkung bei den Glücksspielentscheidungen der Länder) ist vom hessischen VGH als nicht verfassungsgemäß eingestuft worden (s. nachf. 7).

<sup>197</sup> Die Höchstzahl von 20 Konzessionen ist von der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit beanstandet worden (s. nachf. 7). Außerdem soll statt Hessen ein anderes Bundesland für die Konzessionsvergabe zuständig werden.

- r) Der neue Staatsvertrag soll gemäß § 35 Abs. 2 mit Ablauf des 30. Juni 2021 außer Kraft treten, sofern er nicht (mit 13 Stimmen) verlängert wird;
- s) Nach seinem Art. 2 trat der neue Staatsvertrag am 01.07.2012 in Kraft.

Zum 1. GlüÄndStV von 2012 sind – wie schon zum GlüStV von 2008 – als Anhang noch (gleichlautende) „Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht“ beigefügt worden. Es handelt sich dabei nicht um Richtlinien im Sinne des Europarechts, sondern um „Anhaltspunkte zum Verhalten“.

## 5 Zur (zweiten) Notifizierung des GlüStV von 2012

Mit einer 7-seitigen Mitteilung (Message) hat die Kommission am 22.03.2012 auf die zweite Notifizierung reagiert und dabei weitere Fragen angesprochen bzw. an sie erinnert. Sie fragt erneut nach der Begründung der Limitierung der Konzessionen für Sportwetten auf nunmehr 20 und erwartet zusätzliche Angaben zu Kasinospielen und Poker im Internet, zu den Konzessionsverfahren und den Auswahlkriterien, zur 7-jährigen Experimentierklausel und zu weiteren Aspekten.

Ob trotzdem mit der Message die Notifizierung als abgeschlossen gilt, wie z. T. in der Presse berichtet worden ist, erscheint fraglich. Man könnte auf ein zumindest vorläufiges Einverständnis der Kommission schließen, denn sie hat Deutschland zur Stellungnahme eine Frist von zwei Jahren eingeräumt. So besehen könnte man zwar das Notifizierungsverfahren als abgeschlossen ansehen, da der Vorbehalt der Kommission sich nur auf die eventuelle Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens bezieht (strittig). Wörtlich heißt es am Schluss der

*„Message 791 Communication from the Commission – SG (2012) D/50777 Directive 98/34/EC, Notification: 2011/0188/D: [... ] After the adoption of the draft, the procedure under Directive 98/34/EC cannot per se be deemed to imply compliance with EU law. Such termination is without prejudice to the possibility for the Commission to subsequently initiate infringement proceedings in regard of certain notified or amended provisions, as appropriate“.*

Inzwischen hat die Kommission gegen Deutschland zwar noch kein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, sondern nur ein sog. Pilotverfahren, in dem eine gütliche Einigung versucht wird.

In den EuGH-Urteilen v. 08.09.2010 wurde auch die nicht-kohärente Regelung der Spielhallen beanstandet, die lediglich wirtschaftsrechtlichen und nicht ordnungsrechtlichen Regelungen unterliegen. Im Gegenzug und in Ergänzung der Monopollösungen für Lotterien und (Sport-) Wetten sollen nunmehr die Regelungen für Spielhallen verschärft werden. Diskutiert wird über eine Begrenzung der Räume der Spielhallen und über eine Limitierung der Zahl der Spielautomaten. Auch der Abstand einer Spielhalle von der nächsten soll erweitert bzw. festgelegt werden. Spielhallen sollen auch mindesten einen Kilometer von Schulen entfernt sein. Vor Spielhallen soll keine Werbung für sie erlaubt werden. In den Spielhallen soll auch kein Alkohol ausgeschenkt werden dürfen. Ein wichtiger Punkt soll auch die Einführung einer Sperrdatei – wie in Casinos – für Suchtgefährdete oder andere Problemspieler werden.<sup>198</sup> Die Stadt Stuttgart lässt z. B. Spielhallen nicht mehr im Erdgeschoss zu.<sup>199</sup>

## 6 Bewertung

Positiv zu würdigen ist sicherlich die künftig mögliche Zulassung privater Anbieter (allerdings nur im Sportwettenbereich). Hauptpunkt der Kritik ist dabei jedoch die Begrenzung der Anzahl der Konzessionen auf nunmehr 20, nachdem zunächst sogar nur 7 vorgesehen waren. Im Vergleich zu den in Italien tatsächlich vergebenen 14.000 Sportwetten-Vermittlungskonzessionen ist

<sup>198</sup> In Wien sind Automaten Spiele in Spielhallen und Gaststätten nicht mehr erlaubt. Auch in Prag und Bratislava und in anderen tschechischen und slowakischen Städten wird über ein solches Verbot diskutiert.

<sup>199</sup> S. Artikel der Stuttgarter Zeitung v. 23.11.2010, S. 17.

dies natürlich eine unbedeutende Anzahl, die eher einem Oligopol gleichkommt als einer Marktöffnung. Wenn man bedenkt, dass sich allein in Schleswig-Holstein schon 40 Wettbetreiber an einer Niederlassung interessiert gezeigt hatten, kann man ermessen, welche Probleme sich bei der Auswahl der Bewerber ergeben. Man darf gespannt sein, wie die Auswahlkriterien gehandhabt werden. Nach § 4b soll neben der Erfüllung einer Anzahl von dort genannten Voraussetzungen gemäß seinem Abs. 5 bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern derjenige ausgewählt werden, der „am besten geeignet ist“, weitere fünf Kriterien zu erfüllen. Diese Kriterien (eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe, zu denen die Kommission wohl nähere Erläuterungen erwartete), sind gegenüber dem Entwurf allerdings nicht verändert oder präzisiert worden.

Im Zuge der begleitenden Gesetzgebung werden – zur Aufrechterhaltung der Kohärenz – auch das RennwLottG und die SpielV anzupassen sein. Wohl werden schon in den §§ 24–26 des 1. GlüÄndStV einige Regelungen zu den Spielhallen getroffen, die jedoch noch weiter präzisiert werden müssen. Dies führte bereits zu einigem Unmut. Laut Focus v. 19.12.2011 forderte der damalige Vorsitzende des Rechtsausschusses des Bundestags, Siegfried Kauder, ein „eigenes Glücksspielgesetz auf Bundesebene“. Er warf den Ländern vor, sie wollten die Betreiber von Spielhallen und private Anbieter so knebeln, dass sie nicht mehr wettbewerbsfähig seien. Kauder hielt die Ungleichbehandlung für „einen glatten Verfassungsbruch, der vorsätzlich begangen werde, um den staatlichen Spielbanken und den Länderhaushalten Vorteile zu verschaffen“. Dies ist natürlich übertrieben und rechtlich auch nicht zutreffend. Es zeigt aber auf, dass weiterer Streit und weitere Gerichtsverfahren vorprogrammiert sind.

Eine strengere Regelung der Automatenspiele ist aus Kohärenzgründen jedoch unabdingbar. Obwohl es für die Rechtslage eigentlich bedeutungslos ist, verwundert es aber doch, dass ausgerechnet für die Lotterien ein Monopol beibehalten werden soll – unter Aufrechterhaltung des Rechtfertigungsgrundes der Bekämpfung der Spielsucht –, wo doch die Lotterien praktisch am wenigsten suchtgefährdend sind. Tilman Becker, der Leiter der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim, sieht dies ebenso.<sup>200</sup>

Positiv ist, dass der Automatenbetrieb in Spielhallen (sowie die Veranstaltung von Pferdewetten) künftig auch einer Erlaubnis nach dem GlüStV bedürfen (§§ 24 und 27). Ebenso positiv zu sehen sind die Regelungen zur Errichtung und der Ausgestaltung der Spielhallen (§§ 25 und 26), wobei die näheren Ausführungsbestimmungen den Ländern überlassen bleiben sollen, auf die man gespannt sein darf.

## 7 Zu den Schwierigkeiten der Vergabe der Konzessionen für Sportwetten und zum Glücksspielkollegium

Die bedeutendste Neuerung des 1. GlüÄndStV von 2012 ist die Möglichkeit der **Vergabe von 20 Konzessionen für Wetten** an Private – allerdings nur für Wetten auf Sportereignisse –, die bis zum 30.06.2019 gelten sollten. Dies gilt als zeitweise Ausnahme von der Monopolregelung zur Erprobung, ob damit den Zielen des GlüÄndStV entsprochen und vor allem dem Schwarzmarkt entgegengewirkt werden kann. Zuständig für die Vergabe der Konzessionen ist gemäß § 9a Abs. 2 Ziff. 3 im Rahmen eines ländereinheitlichen Verfahrens<sup>201</sup> auf der Grundlage der sog. Experimentierklausel des § 10a GlüÄndStV – also begrenzt auf sieben Jahre – das Land Hessen, vertreten als Glücksspielaufsichtsbehörde durch das Hessische Ministerium des Innern und für Sport (i. F.: HMdIS). Aufgrund der Konzession hat dann der Konzessionsnehmer das Recht,

<sup>200</sup> Becker, Schriftliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, 2011; ders., Das Hohenheimer Konzept zur Regulierung des Glücksspielsektors, 2010; ders., Überlegungen zur Zukunft des Glücksspielwesens in Deutschland, 2010.

<sup>201</sup> S. zum ländereinheitlichen Verfahren § 4a Abs. 2 und § 9a GlüÄndStV.

Sportwetten zu veranstalten und zu vermitteln und zwar auch über das Internet (§ 10a Abs. 4 Satz 1). Den Rechtsrahmen des Konzessionsverfahrens bilden die §§ 4a ff. GlüStV.<sup>202</sup>

An der Durchführung des Konzessionsverfahrens für Sportwetten ist gemäß § 9a Abs. 5 GlüStV das Glücksspielkollegium zu beteiligen, an dessen Beschlüsse die Glücksspielaufsichtsbehörde, also das HMdIS, gemäß § 9a Abs. 8 Satz 4 gebunden ist.

Das konkrete Konzessionsverfahren war bzw. ist als ein zweistufiges Verfahren konzipiert.<sup>203</sup> Was den Verfahrensablauf<sup>204</sup> auf der ersten Stufe anbelangt (Teilnahmeverfahren bzw. Teilnahmewettbewerb) so ist anzumerken, dass die Konzessionsvergabe am 08.08.2012 im Europ. ABl. bekannt gemacht wurde.<sup>205</sup> Es konnten das Interesse an einer Konzession bekundet und Fragen gestellt werden. Zum Bewerbungsfristende am 12.09.2012 lagen 72 Bewerbungen vor; eine weitere wurde später noch zugelassen. Nur 19 Bewerbungen waren vollständig und erfüllten die Eignungskriterien. Deshalb beschloss das HMdIS, eine Nachforderung durchzuführen, bei der dann 56 Bewerber die Teilnahmekriterien der ersten Stufe erfüllten. Für diese wurde die Frist für die Abgabe eines Antrags für die Stufe 2 (Verhandlungsverfahren) zuletzt auf den 21.01.2013 festgelegt. Von den ursprünglichen 56 Bewerbern reichten jedoch nur 41 einen Antrag ein. Als Ergebnis einer kursorischen Prüfung wurde festgehalten, dass nur 14 Antragsteller die entsprechend eines Informationsmemorandums gestellten Anforderungen erfüllten. Dennoch sollten nochmals alle 41 Anträge überprüft werden, wozu es allerdings zunächst nicht kam, weil 19 Antragsteller, die nicht zur Präsentation eingeladen worden waren, Eilverfahren beim VG Wiesbaden mit dem Antrag stellten, zur Verhandlungsrunde zugelassen zu werden. Sie obsiegt jedoch nicht; auch der danach angerufene VGH Kassel wies die Beschwerden zurück. Nach Abschluss der (ersten) mündlichen Verhandlungsrunde wurden alle 41 Anträge nochmals detailliert auf die Vollständigkeit der Unterlagen überprüft und dabei festgestellt, dass kein Antragsteller die Mindestanforderung allgemein und die Mindestanforderungen zum Vertriebskonzept, dem Zahlungsabwicklungskonzept sowie den Wirtschaftlichkeitskonzept vollständig erfüllte. Deshalb entschied das HMdIS, dass alle 41 Antragsteller nochmals die Unterlagen einreichen sollten, wofür eine Frist bis zum 14.03.2014 bestimmt wurde. 35 Antragsteller erfüllten schließlich alle Anforderungen. 20 Bewerbern wurde dann am 02.09.2014 mitgeteilt, dass sie am 18.09.2014 eine Konzession erhalten könnten. Die Erteilung erfolgte jedoch nicht, da wiederum ein unterlegener Antragsteller Eilrechtsschutz suchte und beantragte, dem HMdIS vorläufig zu untersagen, die Konzessionen zu erteilen. Mit Zwischenverfügung v. 17.09.2014 hat das VG Wiesbaden dem HMdIS aufgegeben, bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Klage gegen die Entscheidung v. 02.09.2014 das Konzessionsverfahren noch offen zu halten.<sup>206</sup> Dagegen hat das HMdIS am 18.09.2014 Beschwerde eingelegt.<sup>207</sup> Auch das OVG Hamburg<sup>208</sup> hat mit Beschluss v. 22.09.2014 dem HMdIS untersagt, im Eilverfahren eine Konzession zu erteilen.

Im Urteil zum Hauptverfahren hat das VG Wiesbaden<sup>209</sup> den Bescheid des beklagten Landes Hessen v. 02.09.2014 aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, „*der Klägerin eine für 7 Jahre gültige Konzession zur Veranstaltung von Sportwetten zu erteilen*“.

<sup>202</sup> Das Konzessionsverfahren ist ein Verfahren sui generis. Da es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags handelt, unterfällt es auch weder den Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, noch – trotz gewisser Ähnlichkeiten – den Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen (VOL/A und VOL/A EG) und auch nicht der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

<sup>203</sup> Zur Wahl des Verfahrens s. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/D 121/02 Ziff. 3.1.1).

<sup>204</sup> Die nachfolgend genannten Einzelheiten sind im Wesentlichen dem Urteil des VG Wiesbaden v. 15.04.2016 – 5 K 1431/14.WI (ZfWG 2015) und praktisch inhaltsgleich dem Beschluss des VGH Hessen vom 16.10.2015 – ZfWG 2015, 478 – entnommen.

<sup>205</sup> Abl. 2012/S. 151–253 sowie S. 165–373.

<sup>206</sup> 5 L 1428/14. WI.

<sup>207</sup> S. dazu den Beschluss des VGH Hessen v. 07.10.2014 – 8 B 1686/14, ZfWG 2014, S. 419.

<sup>208</sup> Beschl. v. 22.09.2014 – 4 Bs 189/14.

<sup>209</sup> Urteil v. 15.04.2016 – 5 K 1431/14. Wi.

Der VGH Hessen hat in den beiden Leitsätzen seines Beschlusses v. 16.10.2015<sup>210</sup> dazuhin festgehalten, dass zum einen das **Glücksspielkollegium** „mit dem Bundesstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht vereinbar“ sei, weil die jeweilige hoheitliche Aufgabenwahrnehmung dem Bund oder einem bestimmten Land zurechenbar und die Schaffung einer „dritten Ebene“ unzulässig sei. Zum anderen sei das Auswahlverfahren durch die Einbeziehung des Glücksspielkollegiums „in seiner konkreten Ausgestaltung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden“.

Auch Kirchhof hält das Glücksspielkollegium für nicht verfassungskonform.<sup>211</sup>

Unabhängig davon hat Bayern am 05.02.2016, also noch vor dem eben genannten Urteil, einen Entwurf für einen zweiten Staatsvertrag zur Änderung des GlüStV vorgelegt. In § 4b soll ein Abs. 6 angefügt werden, in dem es heißt, dass die zuständige Behörde Bewerbern im Konzessionsverfahren bereits vor Erteilung der Konzessionen vorläufig die Veranstaltung von Sportwetten erlauben kann. Dies soll für alle 35 Bewerber gelten, die auf S. 4 ff. namentlich genannt werden. In § 10a Abs. 1 soll für den Beginn der 7-jährigen Experimentierphase an das Inkrafttreten des Zweiten Glücksspieländerungsstaatsvertrages angeknüpft werden.

Auch das Land Hessen hat einen Entwurf für einen neuen Glücksspielstaatsvertrag vorgelegt.<sup>212</sup> Damit dürfte die Limitierung auf 20 Sportwettenkonzessionen einerseits und die 7-jährige „Experimentierphase“ wohl „erledigt“ sein.<sup>213</sup>

## 8 Dem 1. GlüStV nachfolgende Rechtsakte

### 8.1 Die Umsetzungsgesetze in Landesrecht

Der 1. GlüÄndStV war gemäß § 28 durch Landesgesetze in Landesrecht umzusetzen.<sup>214</sup>

### 8.2 Die Spielhallengesetze

Zu den Spielhallen wurden bereits im 1. GlüÄndStV in den §§ 24 – 26 einige Regelungen getroffen. In § 24 Abs. 3 wurde gesagt, dass das Nähere die Ausführungsbestimmungen der Länder regeln. Diese haben inzwischen eigene Spielhallengesetze verabschiedet und dabei auch die nötigen Abstände von anderen Spielhallen und von Kinder- und Jugendeinrichtungen sowie das Verbot von Mehrfachkonzessionen festgelegt. Für bestehende Spielhallen gilt nach § 29 Abs. 4 1. GlüÄndStV eine „Vereinbarkeitsgarantie“ von fünf Jahren ab Inkrafttreten des Staatsvertrags, der seit 01.07.2012 gilt. Es bleibt abzuwarten, wie die Landesbehörden danach vorgehen werden.

### 8.3 Der Evaluierungsbericht zum 1. GlüÄndStV

Zur Evaluierung auch des neuen Staatsvertrags sagt § 32 1. GlüÄndStV: „Die Auswirkungen dieses Staatsvertrages [...] auf die Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten sind von den Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder unter Mitwirkung des Fachbeirats zu evaluieren. Ein zusammenfassender Bericht ist fünf Jahre nach Inkrafttreten des Staatsvertrages vorzulegen“, also 2017.

### 8.4 Die Werberichtlinie

In § 5 Abs. 4 des 1. GlüÄndStV heißt es im ersten Satz: „Die Länder erlassen gemeinsame Richtlinien [also gemeinsames Landesrecht] zur Konkretisierung von Art und Umfang der [...]“

<sup>210</sup> 8 B 1028/15, s. ZfWG 2015, 478.

<sup>211</sup> Kirchhof, G., Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz, ZfWG 2015, S. 301.

<sup>212</sup> Entwurf für einen Staatsvertrag zur Neuregelung des Glücksspielwesens in Deutschland und zur Errichtung der Gemeinsamen Länderanstalt für Glücksspielaufsicht (GLA GlückAuf); s. dazu Beuth, Entwurf für einen neuen Glücksspielstaatsvertrag, Beiträge zum Glücksspielwesen – Eine Fachreihe des Beamtenpiegels 2/2016, S. 12.

<sup>213</sup> Zur weiteren Entwicklung s. Teil F, I.

<sup>214</sup> Z. B. für Bayern: Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (AGGlüStV) v. 20.12.2007 (GVBl. S. 922) BayRS 2187-3-1.

erlaubten Werbung (Werberichtlinie)“. Die Werberichtlinie<sup>215</sup> ist als gemeinsames Landesrecht am 01.02.2013 in Kraft getreten. Sie umfasst 17 Paragraphen; in ihnen werden der Anwendungsbereich geregelt (§ 1), die relevanten Begriffsbestimmungen (§ 2), die zulässige Werbung (§ 3), die unerlaubte Werbung (§ 4) sowie die einzelnen Werbemedien (§§ 6-12). Von besonderer Bedeutung ist die Befreiung vom Fernseh- und Internetwerbeverbot (§ 14).

## 9 Der Entwurf eines Staatsvertrags zur Gründung der Gemeinsamen Klassenlotterie

In Ergänzung zum 1. GlüÄndStV haben die Bundesländer inkl. Schleswig-Holstein einen 13-seitigen Entwurf eines Staatsvertrags „über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder (GKL-StV)“ mit 20 Paragraphen und einer 21-seitigen Begründung vorgelegt, der am 01.07.2012 in Kraft trat. Dazu kommt eine Gründungssatzung mit weiteren 15 Paragraphen.

## 10 Weiteres gemeinsames Landesrecht – der Rundfunkstaatsvertrag

Einschlägig kann auch § 8a des Rundfunkstaatsvertrags (i. F.: RStV) sein und zwar in Hinblick auf Spiele mit einem Einsatz von weniger als 50 Cent.<sup>216</sup> Hinzuweisen wäre auch auf § 58 Abs. 3 RStV, in dem es heißt: „Für Gewinnspiele in vergleichbaren Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) gilt § 8a entsprechend“. (Mit Telemedien ist fallrelevant vor allem das Internet gemeint.)

Für Bolay<sup>217</sup> müssen Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind, allerdings „ein Mindestmaß an redaktionellen Inhalten bieten, da ansonsten die Abgrenzungsregelungen zu Werbung, Sponsoring [...]’ ins Leere liefen“.

Der RStV betrifft jedoch Gewinnspiele und nicht Glücksspiele. Zur Abgrenzung der Spielbegriffe im GlüStV und im RStV schreibt Hüsken.<sup>218</sup>

*„Der glücksspielstaatsvertragliche Glücksspielbegriff und der rundfunkstaatsvertragliche Gewinnspielbegriff stehen zueinander nicht in einem Konkurrenzverhältnis, sondern in einem Verhältnis kollisionslosen Gleichlaufes. § 8a RStV lässt die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages unberührt, sodass es im Ergebnis zu keiner Überschneidung der Anwendungsbereiche kommen kann. Der Anwendungsbereich von § 8a Abs. 1 RStV erstreckt sich damit ausschließlich auf Geschicklichkeitsspiele und solche zufallsabhängigen Spiele, die mangels Entgelterhebung nicht dem Anwendungsbereich des [...] GlüStV unterfallen. Eine partielle Legalisierung von Glücksspielen im Rundfunk mit einer Entgeltobergrenze von 0,50 € ist durch § 8a Abs. 1 RStV nicht erfolgt. Vielmehr ist der Anwendungsbereich des § 8a Abs. 1 RStV von vornherein nicht eröffnet, sofern es sich bei dem streitgegenständlichen Spiel um ein Glücksspiel i. S. d. § 3 Abs. 1 GlüStV handelt.“*

Im Hinblick auf die Gewinnspiele i. S. d. RStV unterscheidet Hüsken u. a. zwischen einem Televoting Formate und einem Call-In Formate. Bei der ersten Art würden die Anrufer den Gewinner bestimmen, bei der zweiten könnten die Anrufer selbst mitspielen.

## 11 Einzelne Landesrechte

### 11.1 Spielbankengesetze

Zunächst war Rechtsgrundlage für die Spielbanken das (Reichs-)Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken v. 14.07.1933 (!). Der Betrieb von Spielbanken (Casinos) ist inzwischen

<sup>215</sup> Ministerialblatt von Nordrhein-Westfalen (MBL NRW), Ausgabe 2013 Nr. 2 v. 31.01.2013, S. 1.

<sup>216</sup> S. hierzu und zugleich zum Telemedienzuständigkeitsgesetz auch ein Urteil des VG Münster, u. Teil E, IV, 4.

<sup>217</sup> Bolay, Internet-Geschicklichkeitsspiele – Zulassungsfrei durch den RStV beschränkt oder nach der GewO genehmigungspflichtig?, ZfWG 2010, 89.

<sup>218</sup> Hüsken Felix, B., „Das Verhältnis zwischen glücksspielstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff gemäß § 3 Abs. 1 GlüStV und rundfunkstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff gemäß § 8 Abs. 1 RStV – Echte Konkurrenz oder kollisionsloser Gleichlauf?“, ZfWG 2009, 153 ff. (160 und 161).

landesrechtlich durch eigenständige Spielbankgesetze geregelt. Allerdings sind einige Bestimmungen des GlüStV auch auf Spielbanken anwendbar.

## 11.2 Spielhallengesetze

Im GlüÄndStV von 2012 sind generelle Regelungen für die Spielhallen enthalten (§§ 24-26). Gemäß § 25 „regeln die Ausführungsbestimmungen der Länder“ das Nähere, wozu eigene Spielhallengesetze erlassen werden konnten, was inzwischen auch geschehen ist.

## 11.3 Besondere Regelungen – DDR-Lizenzen

Eine Besonderheit im Bereich der Sportwetten sind die vier DDR-Lizenzen,<sup>219</sup> die (noch) im Jahr 1990 von DDR-Behörden an private Unternehmen vergeben worden sind, während Sportwetten in der alten Bundesrepublik – außer den Pferdewetten – ja nur vom staatlichen Toto- und Lottoblock vertrieben wurden und werden. Diese eigentlich unbefristeten Erlaubnisse gelten aber nach der Rechtsprechung<sup>220</sup> lediglich im Bereich der früheren DDR, wobei u. a. strittig ist, ob sie auch für Online-Angebote in Betracht kommen können.

## 11.4 Das Glücksspielgesetz (GSpG) von Schleswig-Holstein

Aufgrund der Unzufriedenheit mit dem GlüStV von 2008, der zu Einnahmenrückgängen geführt habe, und weil sie von der Neuregelung des GlüStV keine „Verbesserungen“ erwarteten, hatten die CDU- und FDP-Fraktionen im schleswig-holsteinischen Landtag am 03.12.2010 einen (inkl. Begründung 54-seitigen und 53 Paragraphen umfassenden) Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Glücksspiels (GSpG) eingebracht. Zur Begründung hatten sie u. a. ausgeführt, es gebe annähernd 3.000 illegale Internetseiten. Demgegenüber sei der Marktanteil des einzigen legalen, staatlichen Anbieters ODDSET ständig rückläufig und inzwischen ohne Bedeutung. Das staatliche Monopol habe in diesem Bereich zu einer Verdrängung der Spieler in den illegalen Markt geführt, der in Deutschland einen Umsatz von rund 7,8 Mrd. € jährlich generiere. Das GSpG war am 14.09.2011 im Landtag angenommen worden.<sup>221</sup>

Zur Anmeldepflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV im Hinblick auf eine Beihilfe<sup>222</sup> sei angemerkt, dass sich für Spielbanken nach der schleswig-holsteinischen Regelung eine unterschiedliche Abgabenlast ergab, die sich als wettbewerbsverzerrend darstellen konnte. Für Online-Spielbanken war nur eine 20%ige Abgabe auf den Bruttospielertrag vorgesehen, während nach dem Spielbankengesetz von Schleswig-Holstein für die Präsenz-Spielbanken eine 55%ige Abgabe galt. In der geringeren Steuerbelastung der Online-Spielbanken hätte eine sog. negative Beihilfe durch die Minderung der normalerweise zu tragenden Belastung gesehen werden können. Die Beihilfe war tatsächlich nicht angemeldet worden. Da die Kommission in einem sachverhältnismäßig vergleichbaren dänischen Fall die Vereinbarkeit der Steuerregelung mit dem Europarecht aber bejaht hatte,<sup>223</sup> wäre die Nichtanmeldung folgenlos geblieben.

<sup>219</sup> Gewerbegesetz der DDR v. 06.03.1990 – DDR GBl I. S. 138 – sowie Einigungsvertrag v. 31.08.1990 (BGBl. II S. 889) und Entscheidung des BVerfG v. 03.07.1992 (BGBl. I S. 1361); s. ferner: *Dietlein/Postel* in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, Kommentar, EV/Slg. LottVO-DDR, 1. Aufl. 2008, S. 365 ff.; *Postel*, Glücksspielrechtliche Wirkungen des tatsächlichen Inhalts der nach dem DDR-Gewerbegesetz erteilten Erlaubnisse, *ZfWG* 2007, S. 181 ff. (Teil 1) u. 328 ff. (Teil 2); *Steegmann*, Die aktuelle rechtliche Situation zur Umsetzung des Glücksspielstaatsvertrages, Kap. 6: Wirksamkeit und Reichweite der sog. DDR-Lizenzen, in: *Becker* (Hrsg.) Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, sowie *Scholz/Weidemann*, Die bundesweite Tatbestandswirkung von DDR-Sportwettenerlaubnissen und ihre Konsequenzen für den geplanten Glücksspielstaatsvertrag [...], *ZfWG* 2007, S. 83 ff. S. zudem OLG Bremen, Urteil v. 29.01.2010 – 2 U 4/08 – in: *ZfWG* 2010, S. 105.

<sup>220</sup> S. Beschl. v. 12.12.2007 des OLG Sachsen, 3 BS 286/06 = *ZfWG* 2007, S. 447.

<sup>221</sup> Veröffentlicht wurde das Glücksspielgesetz im Gesetzes- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2011, Nr. 17, 280 ff. (Ausgabe 24) – Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels (Glücksspielgesetz 20.12.2011).

<sup>222</sup> Zu den Beihilferegulungen s. u. Teil D, II, 10.2. S. zum Anmeldeverfahren bei Beihilfen: *Khan*, Wettbewerbsregeln – Staatl. Beihilfen Beihilfeaufsicht, Anmerkungen 1–29 zu Art 108 AEUV, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV AEUV, Vertrag über die Europ. Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europ. Union, Kommentar.

<sup>223</sup> S. Urteil Dansk Automat Brancheforening (G3/6), Teil E, Gruppe 3, 3.3 (6).

Das Glücksspielgesetz von Schleswig-Holstein zeichnete sich dadurch aus, dass Sportwetten auch von Privaten hätten angeboten werden können. Im Gegensatz zum 1. GlüÄndStV war die Zahl der Anbieter nicht begrenzt worden (§ 22). Auch war im GSpG kein Internet-Verbot enthalten. Schleswig-Holstein erwartete daraus Einnahmen von bis zu 60 Mio. € pro Jahr. Zudem hätten rund 2.000 zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen werden können, da sich über 40 Spielbetreiber in Schleswig-Holstein niederlassen wollten.

Manche meinen, das Ausscheren Schleswig-Holsteins hätte einen Verstoß gegen die „Bundes-treue“ bedeutet. M.E. konnte dies aber so nicht gesehen werden, denn Schleswig-Holstein hätte allenfalls die Interessen der anderen Bundesländer negiert und nicht die des Bundes. Ob überhaupt eine Treuepflicht den anderen Ländern gegenüber verlangt werden kann, erscheint jedoch fraglich.

Allerdings hätte es andere Probleme geben können. Schleswig-Holstein schien davon auszugehen, dass ein dort zugelassener Anbieter auch Spieler aus anderen Bundesländern als Kunden haben werde. Da das Spielgesetz selbst gemäß seinem § 2 Abs. 1 nur für das Land Schleswig-Holstein gelten sollte, hätte es dadurch evtl. zu „länderüberschreitenden“ Problemen mit anderen Bundesländern kommen können.

Umgekehrt hatte der deutsche Lottoblock der Lotteriegesellschaft in Schleswig-Holstein mit dem Ausschluss gedroht. „Die Konsequenz könne sein, dass die Schleswig-Holsteiner künftig nicht mehr das ganz große Lotto mit Jackpot spielen könnten“, hieß es vom Lottoblock.

Aus europarechtlicher Sicht war das Glücksspielgesetz nicht zu beanstanden, wie auch die Notifizierung zeigte. Dass das Gesetz auch von Seiten der privaten Anbieter positiv gesehen wurde, versteht sich von selbst. Wie erwähnt war dieses Gesetz jedoch nur von kurzer Dauer, da es nach dem Regierungswechsel wieder aufgehoben wurde. Schleswig-Holstein hat dann auch dem 1. GlüÄndStV zugestimmt. Allerdings galten die von Schleswig-Holstein bereits erteilten Konzessionen weiter.<sup>224</sup>

## **12 Kommunales Recht (i. V. m. Bundes- bzw. Landesrecht)**

### **12.1 Vergnügungssteuer und Gewerbesteuer**

Nach Art.105 Abs. 2 a GG haben die Länder „*die Befugnis zur Gesetzgebung über die örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern, solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind [...]*“. Diese Kompetenz kann durch Landesgesetz auf die Kommunen übertragen werden, was im Hinblick auf die Vergnügungs- und die Gewerbesteuer erfolgt ist. Gemäß Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG steht das Aufkommen aus diesen Steuern den Gemeinden zu.

### **12.2 Kommunale Rechtsfolgen aus der Baunutzungsverordnung**

Großen Einfluss auf die Ausgestaltung der Spielhallen haben die Gemeinden auch aufgrund der oben genannten Baunutzungsverordnung, die eigentlich Bundesrecht ist. Sie gibt den Kommunen Gestaltungsrechte im Hinblick auf die Bebauungspläne und damit auch zur Gestaltung der Spielhallen.<sup>225</sup>

<sup>224</sup> S. dazu Heeg, Volker, OVG Münster wertet Schleswig-Holsteinische Glücksspiellizenzen auf, ZfWG 2015, 28; Eilantrag eines in Schleswig-Holstein konzessionierten Glücksspielanbieters, OVG NRW, Beschl. v. 13.11.2014 – 13 B 827/14, ZfWG 2015, 52.

<sup>225</sup> Zum Erlöschen einer Spielhallenerlaubnis wegen Vornahme baulicher Veränderungen s. Beschluss des OVG Saarbrücken v. 08.12.2015 – 1 B 160/15, ZfWG 2016, S. 61.

## II Die österreichischen Regelungen

### 1 Allgemeine Anmerkungen

Einschlägig im Hinblick auf das österreichische Recht sind die EuGH-Urteile Engelmann (G1/14), Dickinger und Ömer (G1/16), HIT Larix (G1/26) sowie Pfleger (G1/30). Im Hinblick auf eine maltesische Konzession ist der Fall Dickinger und Ömer (G1/16) von besonderem Interesse. In Malta sind nämlich die Kontrollen wesentlich strenger als in anderen Ländern, weshalb erstaunt, dass der EuGH den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nicht akzeptierte.

In Österreich sind die Glücksspiele ursprünglich durch das Glücksspielgesetz (i. F.: GSpG) von 1989 geregelt worden.<sup>226</sup> Dieses Gesetz ist zwischenzeitlich 35mal geändert bzw. ergänzt worden, davon auch aufgrund der EuGH-Rspr. 13 Mal in den letzten Jahren. Es liegt seit 2015 in einer konsolidierten Fassung vor,<sup>227</sup> die 33 Seiten und 61 Paragraphen umfasst, wobei noch die 10 Paragraphen 12a, 15a, 24a, 25a, 31a, 31b, 52a, 56a, 56b und 59a hinzukommen.

Das GSpG, das am 07.09.2010 neu gefasst<sup>228</sup> und 2015 kodifiziert wurde, begründet in § 3 GSpG ein „staatliches Glücksspielmonopol“, indem es vorschreibt, dass das Recht zur Durchführung von Glücksspielen dem Staat vorbehalten ist. Danach gibt es ein De Facto-Monopol für Casinospiele und Lotterien, allerdings mit der Möglichkeit für den Finanzminister, Konzessionen zu vergeben.

Was die **Spielbanken** anbelangt, so kann nach § 21 Abs. 1 GSpG der Bundesminister für Finanzen das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch die Erteilung einer Konzession übertragen. Insgesamt durften zunächst höchstens 12 Konzessionen erteilt werden, die alle von der Casinos Austria AG gehalten wurden. Drei weitere Spielbanklizenzen hätten zusätzlich erteilt werden sollen, und zwar nach einer Art Ausschreibung, einer sog. „Interessentensuche“. Strejcek/Satzinger/Sautner schreiben dazu: „Für Aufsehen sorgte das Ergebnis des Konzessionsvergabeverfahrens insofern, als der Konzessionswerber, welche die 12 rechtlichen Spielbankkonzessionen in sich vereint, wider Erwarten leer ausging“.<sup>229</sup> Die nicht zum Zuge gekommenen Anbieter, darunter die Casinos Austria AG, haben daraufhin den Rechtsweg beschritten.<sup>230</sup> Neue Konzessionen sind bislang nicht erteilt worden.

Die **Lotterien** inklusive Toto und Online-Glücksspiel wurden zunächst gleichfalls von der Österreichischen Lotterien GmbH betrieben, an der die Casinos Austria AG über ihre 100%ige Tochtergesellschaft, die ÖLG Holding GmbH, mit 67,97 % und zu 0,03 % direkt beteiligt war. Da auch die Lottolizenz Ende September 2012 endete, wurde sie – und dies erstmalig – ausgeschrieben. Zur Lottolizenz gehören neben Lotto, Toto und Bingo auch elektronische Lotterien (Online-Glücksspiel wie Videolotterieterminals/VLT-Outlets und Online-Lotto). Die Konzession ist im Okt. 2011 – wenig überraschend – an die österreichischen Lotterien vergeben worden.

Der Bewerber um eine Lotterie-Lizenz muss über ein Stamm- oder Grundkapital von mindestens 109 Mio. € – und über eine einschlägige Erfahrung – verfügen sowie eine Lizenzgebühr von

<sup>226</sup> Bundesgesetz v. 28.11.1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (StF: BGBl. Nr. 620/198).

<sup>227</sup> Gesamte Rechtsvorschrift für Glücksspielgesetz, Fassung v. 22.04.2015 – über alle Änderungen, www.ris.bka.ev.at.

<sup>228</sup> 54. Bundesgesetz (zur Änderung der Glücksspielgesetz–Novelle 2008) v. 19.07.2010 – BGBl. I 2010/54, 2010/73 und 2010/111.

<sup>229</sup> S. Strejcek/Satzinger/Sautner, Entwicklung des Glücksspielrechts in Österreich in den Jahren 2010–2014, ZfWG 2015, S. 15 ff. (17). Zur Internetregelung s. „Aktuelle Rechtsfragen der Internetnutzung“, Bd. 2, Hrsg. Jaksch-Ratajczak/Stadler. Aus dieser Publikation sind vom Verf. mehrere der nachfolgenden Angaben entnommen worden. S. auch Stadler und Aquilina, Monopolisierung im Internet – Österreichisches Internet und Glücksspielmonopol im Lichte des unionsrechtlichen Kohärenzgebots.

<sup>230</sup> S. dazu die Erkenntnisse des Bundesverwaltungsgerichts v. 21.07.2015, Zl. W139 2010500-1/81E und die beim Verwaltungsgerichtshof noch anhängigen Verfahren Ra 2015/17/0082, 0083, 0084, 0085 und 0086.

100.000 € bezahlen. Die österreichischen Lotterien haben 2010 2,64 Mrd. € umgesetzt, von denen rund 400 Mio. € in die Staatskasse geflossen sind.

Zwischenzeitlich hätte auch eine Lizenz für Pokersalons vergeben werden sollen, die es bisher noch nicht gab. Doch mit BGBl. I 2015/118 wurde die Konzession wieder aufgehoben bzw. nur bis Ende 2019 verlängert, sodass ab 2020 Poker nur noch in den 15 Spielbanken (gewerblich) angeboten werden kann.

Für den Betrieb von **Spielautomaten in Spielhallen** sind gemäß §§ 4 bzw. 5 GSpG wie bisher die Bundesländer zuständig, auch werden Spielautomaten in einzelnen Bundesländern nach und nach verboten, da die Laufzeiten Ende 2014 bzw. 2015 ausliefen.<sup>231</sup> Das GSpG gilt ebenfalls für die Spielautomaten; doch werden diese in den einzelnen Bundesländern nach und nach verboten.

Zur Strafbarkeit wäre zu sagen, dass das Veranlassen von Glücksspielen ohne Erlaubnis gemäß § 168 StGB strafbar ist, wenn die Einsätze pro Spiel über 10 € liegen, oder wenn es sich um Serienspiele handelt. Liegen die Einsätze unter 10 € kann gemäß § 52 GSpG eine Verwaltungsgeldstrafe bis zu 22.000 € verhängt werden. § 168 StGB sieht dagegen eine Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen vor. Nach § 53 GSpG kann ein Automat vorläufig in Beschlag genommen und nach § 54 GSpG endgültig eingezogen werden.

Wie in anderen österreichischen Städten ist in Wien das Automatenpiel in Spielhallen und Gaststätten inzwischen verboten worden, was für Wien einen jährlichen Einnahmeverlust von 55 Mio. € zur Folge hatte. Allerdings sollen in Wien jetzt statt einem drei Spielcasinos lizenziert werden, wobei in jedem „bis zu fünfhundert Spielautomaten stehen“ könnten.

## 2 Die Regelungen im Einzelnen

Die wichtigsten Bestimmungen sollen nachfolgend in der numerischen Reihenfolge der Paragraphen zitiert werden.

Nach § 1 Abs. 4 hat der *„Finanzminister eine Stelle für Spielerschutz einzurichten, deren Aufgabe die inhaltliche, wissenschaftliche und finanzielle Unterstützung des Spielerschutzes ist.“*

Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist nach § 3 GSpG „dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).“ Davon gibt es allerdings Ausnahmen, die in § 4 GSpG aufgelistet werden, von denen die wichtigsten die Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sind. Für diese Landesausspielungen gilt also Landesrecht. Dennoch enthält das bundesrechtliche GSpG auch für sie einige Bestimmungen. So dürfen gemäß § 5 Abs. 1 höchstens ein Glücksspielautomat pro 1.200 Einwohner aufgestellt werden. Im Bundesland Wien waren es bis zum Verbot ein Apparat pro 600 Einwohner. Nach § 5 Abs. 2 GSpG sind von den „Bewilligungsinhabern“ acht ordnungspolitische Anforderungen einzuhalten, u. a.

- das Vorliegen einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat, der keine Gesellschafter hat, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen,
- die Abwicklung des Betriebs in einer Form, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht erlaubt,
- den Nachweis eines einbezahlten Grundkapitals von mind. 8.000 € je Automat,
- den Nachweis der rechtmäßigen Mittelherkunft sowie
- die Sicherstellung eines Haftungsbetrags von mind. 20 % des Mindeststammkapitals.

Gemäß Ziff. 4 hat der Bundesminister für Finanzen ein Entsenderecht für einen Staatskommissär und einen Stellvertreter zur Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG. Nach Ziff. 8 beträgt die Höchstbewilligungsdauer für die Landesausspielungen 15 Jahre.

Gemäß § 5 Abs. 3 sind spielschutzvorbeugende Maßnahmen zu treffen und ein spielschutzorientierter Spielverlauf zu gewährleisten, wozu in § 5 Abs. 4 nähere Angaben gemacht werden.

<sup>231</sup> S. dazu Urteil des Verfassungsgerichtshofs v. 12.03.2015, G 205/2014-15, G 245-254/2014-14.

So ist z. B. für Automatensalons sicherzustellen, dass nur volljährige Personen Zutritt zu den Spielsalons haben, die ihre Identität durch Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises nachweisen müssen. Ferner sind die Mitarbeiter im Hinblick auf die Spielsucht zu schulen. Außerdem ist ein Warnsystem einzurichten, das von der Spielerinformation bis zur Spielersperre reicht. Spielinhalte mit aggressiven, gewalttätigen, kriminellen, rassistischen oder pornographischen Darstellungen sind verboten. Für Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten müssen zum Standort einer Spielbank ein Mindestabstand von 15 km/h Luftlinie oder in Gemeinden mit mehr als 500.000 Einwohnern ein Abstand von 2 km eingehalten werden. Zudem darf im Umkreis von 300 m bzw. in Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern im Umkreis von 150 m eines Automatensalons mit 15 Automaten kein weiterer Salon mit mehr als 15 Automaten eröffnet werden. Schließlich muss zwischen Automatensalons desselben Bewilligungsinhabers ein Mindestabstand von 100 m Gehweg eingehalten werden.

Bei Automaten in Einzelaufstellung muss für die Spieler zur Einhaltung der höchstzulässigen Tagesspieldauer eine nummerierte Spielerkarte ausgestellt werden. Gemäß § 5 Abs. 5 beträgt die höchstzulässige Tagesspieldauer bei Einzelaufstellung der Automaten drei Stunden. Der Einsatz des Spielers darf höchstens 1 € und der Gewinn höchstens 1.000 € je Spiel betragen. Jedes Spiel muss mindestens zwei Sekunden dauern. Nach zwei Stunden ununterbrochener Spieldauer muss sich das Gerät abschalten. Ein spielerschutzorientierter Spielverlauf besteht gemäß Abs. 5 lit. a für Automatensalons, wenn der Einsatz des Spielers höchstens 10 € pro Spiel beträgt, die Gewinnsumme 10.000 € pro Spiel nicht überschreitet. Die Spiele müssen mindestens 1 Sekunde dauern: parallellaufende Spiele auf einem Automaten sind nicht zulässig, es sei denn, der Höchsteinsatz bzw. der Höchstgewinn werden nicht überschritten.

In den §§ 6 bis 12a GSpG werden die verschiedenen Lotteriearten genannt, deren Betrieb und Durchführung der Bundesminister der Finanzen im § 14 Abs. 1 durch eine Konzession übertragen kann. Vorher hat allerdings eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, die transparent und diskriminierungsfrei zu erfolgen hat.

Gemäß § 14 Abs. 2 darf eine Konzession nur erteilt werden, wenn der Konzessionswerber sieben Voraussetzungen erfüllt. U. a. muss es sich um ein Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat handeln, das seinen Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des europäischen Wirtschaftsraums hat und das über ein Stammkapital von mindestens 109 Mio. € verfügt, wobei eine rechtmäßige Mittelherkunft nachgewiesen werden muss und von dem „die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist“.

Zur Werbung heißt es in § 56 unter der Überschrift „Zulässige Werbung“:

- „(1) Die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber nach diesem Bundesgesetz haben bei ihren Werbeaufträgen einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren. Die Einhaltung dieses verantwortungsvollen Maßstabes ist ausschließlich im Aufsichtswege durch den Bundesminister für Finanzen zu überwachen und nicht dem Klagswege nach §§ 1 ff UWG zugänglich. Abs. 1 Satz 1 stellt kein Schutzgesetz im Sinne [des...] ABGB dar.*
- (2) Spielbanken aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes dürfen im Inland den Besuch ihrer ausländischen, in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes gelegenen Betriebsstätten gemäß den Grundsätzen des Abs. 1 bewerben, wenn dem Betreiber der Spielbank dafür eine Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen erteilt wurde. [...].“*

Unbeschadet dessen wird im österreichischen Fernsehen zur besten Fernsehzeit (also unmittelbar vor den ZIB-Nachrichten) auf den Jackpot „hingewiesen“ und zwar oft in Form eines vom Himmel fallenden dick gefüllten Geldsackes. Der bislang höchste von einer Einzelperson in Österreich gewonnene Jackpot wurde mit 8.905.907,20 € am 22.12.2010 gewonnen. Zwar war 2008

ein Fünffachjackpot – also ein Jackpot, der in vier vorangegangenen Spielen (noch) nicht gewonnen wurde – in Höhe von 9,84 Mio. € noch größer, doch wurde dieser von zwei Spielern „geknackt.“ Für den Gewinn des „Solojackpots“ vom Dez. 2010, einem Vierfach-Jackpot, waren 5,5 Mio. Tipps auf 2,5 Mio. Wertscheine abgegeben worden.<sup>232</sup> Ob auch der vorausgegangene „Informationshinweis“ im österreichischen Fernsehen – als Werbung missverstanden – zu dieser hohen Beteiligung geführt hat, sei dahingestellt. Auch sonst wird die Werbung für Glücksspiele in Österreich sehr großzügig gehandhabt. Auf „Euromillions“ wird im Fernsehen mit dem Slogan hingewiesen „Reicher als reich“; dabei ist im Hintergrund eine große Yacht zu sehen. In der unten zu besprechenden Rs. Engelmänn (G1/14) erwähnt das vorlegende Gericht eine Barablöse bei der Lotterie „Toi-Toi-Toi, glaub ans Glück“.<sup>233</sup>

Der Wettbereich dagegen ist in Österreich nicht im GSpG geregelt; die Tätigkeit bedarf aber einer Erlaubnis durch das jeweilige Bundesland.

Nach Einschätzung des Österreichischen Buchmacherverbandes betrug die Summe der Wetteinsätze im Jahr 2008 etwa 3,945 Mrd. €. Rund 88,68 % der Wetteinsätze werden als Wettgewinne wieder ausbezahlt. Der Durchschnittseinsatz pro Wette lag bei 13,50 €.

Österreichweit sind etwa 2400 Personen im reinen Wettbereich beschäftigt. Weitere 1550 kommen in den Bereichen Gastronomie, Computer, Service usw. hinzu.

Was die Wettabgaben anbelangt, so liegt gemäß § 17 GSpG ihre jährliche Höhe bezogen auf die Wetteinsätze zwischen 2 % bei Klassen-Lotterien, 27,5 % bei Lotto/Toto sowie bis zu 40 % bei Elektronischen Lotterien der Wetteinsätze. Die Spielbankabgabe beträgt gemäß § 28 30 %.

Nach § 14 Abs. 3 GSpG muss ein erfolgreicher Bewerber aus einem anderen Unions- bzw. EWR-Mitgliedstaats nach der Konzessionserteilung eigentlich in Österreich seinen Sitz errichten, wovon aber dann abgesehen werden kann, „*wenn die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat über eine vergleichbare Lotteriekonzession verfügt und einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht unterliegt, die im Sinne [...] der österreichischen Aufsicht erforderlichenfalls Kontrollauskünfte übermittelt und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort durchführt (behördliche Aufsichtskette).*“

In § 14 Abs. 4 heißt es weiter, dass eine Konzession auf längstens 15 Jahre zu begrenzen ist und eine Sicherheitsleistung von mindestens 10 % des Grundkapitals erfolgen muss.

Nach § 15 Abs. 1 darf der Konzessionär keine Filialbetriebe außerhalb Österreichs errichten. Ein Konzessionär hat gemäß § 16 für die ihm übertragenen Glücksspiele eine ganze Reihe Spielbedingungen aufzustellen, die vom Finanzminister zu bewilligen und die zu veröffentlichen sind. Einzelheiten sind in § 16 Abs. 2–14 geregelt.

Außerdem hat der Konzessionär in § 17 eine Konzessionsabgabe zu entrichten, deren Bemessungsgrundlage die Jahresbruttospieleinnahmen abzüglich der ausgezahlten Gewinne bilden. Die je nach Glücksspielart gestaffelt ist und von 2 % für die Klassenlotterien über 17,5 %, 18,5 % und 27,5 % bis zu 40 % bei elektronischen Lotterien reicht.

Was die Aufsicht anbelangt, so hat der Bundesminister der Finanzen gemäß § 19 den Konzessionär auf die Einhaltung der Bestimmungen des GSpG bzw. des Konzessionsbescheids zu überwachen und dazu beim Konzessionär einen Staatskommissär und dessen Stellvertreter zu bestellen.

<sup>232</sup> (Österreichische) Zeitung: „Kurier“ v. 23.12.2010, S. 19.

<sup>233</sup> Es handelt sich dabei um eine besondere Lotterieart mit täglichen Ziehungen, wobei die Einsätze zwischen 2, 3 oder 4 € variieren können und Gewinne zwischen 2 und 200.000 € möglich sind. Bei der Werbung für diese Wettart wird im Fernsehen eine Person gezeigt, die in der U-Bahn einem Losbesitzer eben dieses Los abkaufen will, woraus wohl mittelbar auf eine hohe Gewinnchance geschlossen werden soll.

In § 20 GSpG wird letztlich festgehalten, dass der Bund aus den vom Kommissär zu zahlenden Abgaben 20 Mio. € für die Sportförderung zu verwenden hat.

In den §§ 21 ff. werden Einzelregelungen zum Betrieb von Spielbanken getroffen, wobei insgesamt nur 15 Konzessionen vergeben werden dürfen (§ 21 Abs. 5) und zwar nur an Kapitalgesellschaften mit Aufsichtsrat, die in einem Unions- oder EWR-Mitgliedstaat ihren Sitz haben, und die über ein Stamm- bzw. Grundkapital von mind. 22 Mio. € verfügen. Gemäß § 22 kann der Bundesfinanzminister weitere drei Konzessionen vergeben, „wenn er diese zum ausschließlichen Betrieb jeweils eines Pokersalons [...] beschränkt“, wobei sich für diese „das erforderliche eingezahlte Grundkapital auf mindestens 5 Mio. €“ reduziert.

Nach § 25 dürfen nur volljährige Personen eine Spielbank besuchen, die sich mit einem amtlichen Lichtbildausweis ausweisen müssen, wobei die entsprechenden Aufzeichnungen vom Konzessionär mindestens 5 Jahre aufzubewahren sind. Wenn die begründete Annahme besteht, dass bei einem Spielbankbesucher aufgrund der Häufigkeit und Intensität seiner Spielteilnahme sein Existenzminimum gefährdet wird, hat der Spielbankbetreiber Bonitätsauskünfte einzuholen und durch geschulte Mitarbeiter mit dem Spieler Beratungsgespräche zu führen. Nimmt der Spieler trotzdem unverändert häufig und intensiv am Spiel teil, oder verweigert er das Beratungsgespräch, ist die Spielbankleitung verpflichtet, den Spieler dauernd oder auf eine bestimmte Zeit vom Spiel auszuschließen. Wenn die Spielbankleitung gegen diese Pflichten verstößt und der Spieler sein Existenzminimum beeinträchtigt, haftet die Spielbankleitung für die eingetretenen Verluste, die innerhalb von drei Jahren einzuklagen sind.

Gemäß § 25 Abs. 6 hat der Konzessionär im Fall eines Verdachts der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung durch einen Spieler unverzüglich die Geldwäschemeldestelle des Bundeskriminalamts in Kenntnis zu setzen. Ergibt sich der Verdacht, dass der Spielbankbesucher nicht auf eigene Rechnung handelt, hat der Konzessionär den Besucher aufzufordern, die Identität des Treugebers nachzuweisen.

Der Konzessionär hat eine Spielbankabgabe zu entrichten, die 30 % der Jahresbruttoeinnahmen abzüglich der Umsatzsteuer und der ausbezahlten Gewinne beträgt.

Nach § 31 hat der Bundesminister der Finanzen den Konzessionär auf die Einhaltung der Bestimmungen des GSpG bzw. des Konzessionsbescheides zu überwachen, wozu er bei der Spielbankunternehmung – wie bei einem Lotterieuunternehmen gemäß § 19 – einen Staatskommissär und dessen Stellvertreter zu bestellen hat.

Landes- und Gemeindeabgaben dürfen nicht erhoben werden, wenn ihnen „keine andere Ursache als die konzessionierte Ausspielung zugrunde liegt.“ Fremdenverkehrsabgaben sind dagegen zulässig (§ 31a GSpG).

Wegen Verstößen gegen die Bestimmungen des GSpG können nach § 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsstrafen zwischen 22.000 bis zu 60.000 € verhängt werden. Besonders zu erwähnen ist § 52 Abs. 3, der wie folgt lautet: *„Ist durch die Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 zu bestrafen.“*

Gemäß § 53 können die Glücksspielautomaten beschlagnahmt und nach § 54 eingezogen werden. Allerdings sei als eine bemerkenswerte Besonderheit aus dem Gesetzestext des § 56 wiederholt, dass ein Klageweg nach §§ 1 ff. UWG ausgeschlossen ist.

In den §§ 57 ff. sind die Glücksspielabgaben geregelt, die gemäß § 57 Abs. 1 16 % vom Einsatz betragen. Bei bestimmten elektronischen Lotterien können die Abgaben gemäß Abs. 2 und 3 zwischen 30 und 40 v. H. liegen. Für Konzessionserteilungen werden gemäß § 59a Gebühren zwischen 10.000 und 100.000 € erhoben.

### III Die italienischen Glücksspielregelungen

#### 1 Allgemeine Vorbemerkungen und historische Entwicklung

Da überdurchschnittlich viele Fälle vor dem EuGH die italienischen Regelungen betrafen, soll auch der italienische Rechtsrahmen ausführlicher dargestellt werden.<sup>234</sup> Da einigen Rsn. teilweise noch die frühere Rechtslage zugrunde lag, soll auch diese kurz erwähnt werden.

Die Regelung der Glücksspiele in Italien ist seit geraumer Zeit durch eine weitgehende Liberalisierung gekennzeichnet. Sie sieht und sah im Wesentlichen vor, dass die Veranstaltung von Glücksspielen (einschließlich des Sammelns von Wetten) den (vorherigen) Erhalt einer Konzession und (anschließend) den Erhalt einer polizeilichen Genehmigung voraussetzt, wobei der Verstoß gegen diese Regelungen strafrechtlich belangt werden kann.

Die italienischen Glücksspielregelungen beruhen auf dem Königlichen Dekret, dem Regio Decreto Nr. 773, TULPS<sup>235</sup> v. 18.06.1931 (GURI<sup>236</sup> Nr. 146 v. 26.06.1931) in der durch das Gesetz Nr. 388 v. 23.12.2000 (GURI Nr. 302 v. 29.12.2000) geänderten Fassung.

Vor Inkrafttreten des Gesetzes v. 23.12.2000 waren im Jahr 1999 rund 2000 Konzessionen vergeben bzw. verlängert worden. Schon am 11.12.1998 wurden vom CONI 1000 Konzessionen für die Annahme von Wetten auf Sportwettkämpfe ausgeschrieben. Diese Anzahl von Konzessionen hielt man aufgrund einer spezifischen Schätzung für das gesamte Inland für ausreichend. Daneben wurden (zusammen von einigen Ministerien) 671 neue Konzessionen für die Annahme von Wetten auf Reitsportveranstaltungen ausgeschrieben, während 329 bestehende Konzessionen automatisch verlängert wurden. Die 1999 vergebenen 2000 Konzessionen wurden mit einer Gültigkeitsdauer von sechs Jahren erteilt, die um weitere sechs Jahre verlängerbar waren.<sup>237</sup>

Die legalen Glücksspiele werden in Italien vom Staat angeboten und zwar inzwischen über die Autonome Verwaltung der Staatsmonopole, die AAMS,<sup>238</sup> die vom Ministerium für Wirtschaft und Finanzen abhängig ist. Dieser Behörde ist 2002 die verwaltungstechnische Kompetenz für die Glücksspiele übertragen worden. Die AAMS war schon in den 1920er Jahren zur Verwaltung der Vermögenswerte im Staatsmonopol (Tabakwaren, Salz, Chinin u. a.) gegründet worden. Was die Verwaltung der Glücksspiele anbelangt, so wurden der AAMS 2002 zuerst die Lotteriespiele und Bingo und durch das Gesetzesdekret Nr. 138 v. 08.07.2002 und das Gesetz Nr. 178 v. 08.08.2002 schließlich die gesamte Organisation und Durchführung von Glücksspielen, Wetten und Tippspielen übertragen. Vorher (also vor 2002) waren die Zuständigkeiten zersplittert: Für Pferdewetten war die UNIRE zuständig, für Sportwetten das CONI, für SuperEnalotto die Steuerbehörden und für andere Spiele das Ministerium für Wirtschaft und Finanzen.

Zur Gewährleistung einer transparenten Eigentumsstruktur war (bis 2002) vorgesehen, dass Konzessionen zunächst nur an Kapitalgesellschaften vergeben wurden, wobei die stimmberechtigten Anteile auf den Namen von natürlichen Personen, offenen Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften ausgestellt sein mussten und nicht durch einfaches Indossament übertragbar sein durften. Die Konzessionsvergabe war für „*Einrichtungen, Gesellschaften, Konsortien und Zusammenschlüssen vorbehalten [...], deren Gesellschaftskapital sich einzeln oder insgesamt mehrheitlich in öffentlicher Hand [befand]*“. Diese Art der Konzessionsvergabe hat der Ge-

<sup>234</sup> S. zur ital. Rechtslage *Nino*, The regulation of gambling and games of chance in the EU, *Il Diritto dell' Unione Europea* 4/2012, S. 749 ff. (757 ff.).

<sup>235</sup> TULPS ist das Akronym aus Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, also der Sicherheitsgesetze.

<sup>236</sup> GURI ist das Akronym aus Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, also dem ital. Amtsblatt.

<sup>237</sup> Später wurden weitere Konzessionen vergeben, die aber – um gemeinsam mit der Laufzeit der früheren Konzessionen zu enden – nur noch eine Laufzeit von 40 Monaten hatten. Die neuen Konzessionäre sahen deshalb die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Effektivität verletzt und beschritten den Rechtsweg. Der zuletzt angerufene EuGH folgte dem jedoch nicht und entschied in seinem Urteil v. 22.01.2015 in der Rs. C-463/13, ECLI:EU:C:2015:25 (Stanley International und Stanleybet Malta), dass die Art. 49 und 56 AEUV dieser Regelung nicht entgegenstehen.

<sup>238</sup> AAMS ist das Akronym aus Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

richtshof beanstandet.<sup>239</sup> Im Jahr 2002 wurden die Gesetze Nr. 289 und Nr. 305 verabschiedet. Seither können alle Kapitalgesellschaften ungeachtet ihrer Rechtsform an Ausschreibungen für die Vergabe von Konzessionen teilnehmen.

## 2 Zu den Konzessionen

Die jetzige Regelung beruht auf dem sog. „Bersani-Dekret“ (Decreto legge Nr. 223 v. 04.07.2006, umgewandelt in das Gesetz Nr. 248 v. 04.08.2006, GURI Nr. 18 v. 11.08.2006). Zum Bersani Dekret heißt es in den Rnn. 6 und 7 des Urteils Costa und Cifone (G1/17):

- „6 Nach Art. 38 [...] Abs. 1 des Dekrets Bersani waren bis zum 31. Dezember 2006 eine Reihe von Vorschriften zu erlassen, um der Ausbreitung des [...] illegalen Spielens sowie der Steuerumgehung und -hinterziehung im Bereich des Spiels entgegenzuwirken und den Schutz des Spielers sicherzustellen‘.
- 7 In den Abs. 2 und 4 dieses Artikels sind die neuen Modalitäten des Vertriebs von Glücksspielen [...] geregelt. Darunter sind hervorzuheben:
- Es sind mindestens 7 000 neue Annahmestellen für Glücksspiele mit Bezug auf andere Ereignisse als Pferderennen und mindestens 10 000 neue Annahmestellen für Glücksspiele mit Bezug auf Pferderennen vorgesehen;
  - die Höchstzahl der Annahmestellen je Gemeinde wird nach der Einwohnerzahl und unter Berücksichtigung der Annahmestellen, für die bereits nach der Ausschreibung von 1999 eine Konzession vergeben wurde, festgelegt;
  - die neuen Annahmestellen müssen Mindestabstände zu den Annahmestellen, für die bereits [...] 1999 eine Konzession vergeben wurde, einhalten;
  - die [...] AAMS [...] legt die ‚Modalitäten des Schutzes‘ der Inhaber von nach der Ausschreibung von 1999 vergebenen Konzessionen fest.“

Infolge des Bersani-Dekrets wurden 2006 16.000(!) neue Konzessionen ausgeschrieben, gewissermaßen auch, um den 1999 (europarechtswidrig) ausgeschlossenen Spielbetreibern neue Beteiligungsmöglichkeiten einzuräumen. Die Ausschreibungsunterlagen umfassten<sup>240</sup> u. a. eine Leistungsbeschreibung sowie das Muster für einen Vertrag zwischen der AAMS und dem Zulassungsempfänger, also einen sog. „Mustervertrag.“ Nach der Leistungsbeschreibung war Voraussetzung für die Teilnahme an der Ausschreibung die Stellung einer Bankgarantie. Gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchst. a bzw. Abs. 3 des Mustervertrags musste die AAMS die Konzession entziehen, wenn gegen den Konzessionär Sicherungsmaßnahmen ergriffen wurden, oder wenn der Konzessionär Glücksspiele anbietet, die mit vom AAMS verwalteten Glücksspielen oder mit verbotenen Spielen vergleichbar sind.

## 3 Zu den polizeilichen Genehmigungen

Eine polizeiliche Genehmigung wird ausschließlich denjenigen erteilt, die bereits im Besitz einer Konzession sind oder denjenigen, die von einem Ministerium oder einer anderen befugten Organisation eine entsprechende Erlaubnis erhalten haben. Dies ergibt sich aus Art. 88 des königlichen Dekrets Nr. 773 von 1931 (TULPS) bzw. aus dem Finanzgesetz Nr. 388 v. 23.12.2010. Eine polizeiliche Genehmigung wird nicht erteilt, wenn der Antragsteller zu bestimmten Strafen oder wegen bestimmter Zuwiderhandlungen, insbesondere gegen den öffentlichen Anstand und die guten Sitten oder gegen die Vorschriften über das Glücksspiel verurteilt worden ist. Zudem hat der Inhaber der Genehmigung den Ordnungsbehörden jederzeit Zutritt zu den Räumlichkeiten zu gewähren, in denen die genehmigte Tätigkeit ausgeübt wird.

<sup>239</sup> S. Urteil in der Rs. C-272/91 – Kommission vs. Italien – G3/1.

<sup>240</sup> Zit. in den Rnn. 15–19 des Urteils Costa und Cifone (G1/17).

#### 4 Die strafrechtlichen Sanktionen

In Art. 4 des Gesetzes Nr. 401/89 v. 13.12.1989 (GURI Nr. 294 v. 18.12.1989) in der Fassung des Gesetzes Nr. 388 v. 23.12.2000 (GURI Nr. 302 v. 29.12.2000) sind verschiedene strafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Danach ist eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren möglich.

#### 5 Die italienischen Regelungen in der Zusammenfassung

Lotterien werden in Italien über ein staatliches Monopol angeboten. Sie können jedoch von privaten Einzelhändlern vermittelt werden. Sport- und Pferdewetten dagegen sind weitgehend liberalisiert, bedürfen jedoch einer Konzession. Sie werden in autorisierten Annahmestellen (insbesondere in Tabakwarengeschäften) angenommen. Die Gewinne sind in der Annahmestelle oder – bei Gewinnen, die einen bestimmten Betrag überschreiten – in den örtlichen Dienststellen der Finanzverwaltung auszuzahlen. Seit 2006 gibt es auch ein Konzessionsmodell für Online-Wetten, Online-Poker und Online-Casinospiele.

Zum Erwerb einer Konzession für die Wetten muss der Bewerber eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen,<sup>241</sup> die von der persönlichen Zuverlässigkeit, über einen bestimmten Geschäftsumsatz (Gesamtumsatz von min. 1,5 Mio. € in den letzten beiden Jahren), die Hinterlegung einer Kautions bis zur Zahlung eines bestimmten Betrages (Vorabüberweisung von 300.000 €) reichen.

Für Casinos in Venedig, San Remo, Campione und St. Vincent gilt eine gesonderte Regelung.

Italien hat seinen nationalen Rechtsrahmen für Glücksspiele laufend an die technologischen Entwicklungen und an die EuGH-Rechtsprechung angepasst.<sup>242</sup>

Italien hat erkannt, dass die Bekämpfung der Spielsucht und der Schutz der Bürger vor Betrügereien durch Verbote nicht erreicht werden konnten, genauso wenig wie das Ausweichen vieler Spieler auf illegale Angebote. Um gegen den illegalen Markt vorzugehen, wurde deshalb das Angebot an legalen Glücksspielen erweitert. Die Konzessionäre dürfen auch Werbung und Sponsoring betreiben, sofern dies innerhalb des Rahmens geschieht, der von der italienischen Wettbewerbsbehörde und der AGCOM<sup>243</sup> festgelegt wurde.

Die Regelung der Glücksspiele erfolgt in Italien in mehreren einzelnen gesetzlichen Rechtsakten; einen Einheitstext gibt es nicht. Die Glücksspiele sind in 8 verschiedene Glücksspielsegmente und die Lizenzen in 7 Konzessionsarten eingeteilt.

An (Online-)Glücksspielen kann nur teilnehmen, wer eine italienische Steuernummer (codice fiscale) besitzt. Alle (Online-)Spieleinsätze werden über eine Verbindung des Systems des Konzessionsinhabers durch die EDV-Systeme der AAMS erfasst. In den Zentralsystemen der AAMS ist auch das Zentralregister der Spielkonten eingerichtet, sodass bei jeder neuen Registrierung in Echtzeit, also sofort, eine Überprüfung der eingehenden Daten erfolgen kann. Aus einem plötzlichen Wachstum der Einnahmen eines Wettbüros, aus anormalen Änderungen der Wettquoten oder aus extrem hohen Wetteinsätzen kann so auf mögliche Geldwäsche oder auf Steuerhinterziehung bzw. auf krankhaftes Wettverhalten geschlossen werden.

Zur Besteuerung der Glücksspiele hat Italien ein differenziertes Steuersystem eingeführt. Es ist für Online-Spiele nach 5 Einnahmeschwellen pro Jahr und nach weniger oder mehr als 7 Veranstaltungen gestaffelt. Dementsprechend variieren die Steuersätze zwischen zwei und acht Prozent. Wetten und Casinospiele werden mit 20 % Prozent des Bruttoertrags (Spieleinsätze ab-

<sup>241</sup> Siehe Schlussanträge Cruz Villalón zu den verb. Rsn. Costa und Cifone (G1/17) Nrn. 7, 14 und 16.

<sup>242</sup> So die (72-seitige) Ausarbeitung „Glücksspiele in Italien: Die rechtlichen Rahmenbedingungen 1998 – 2009“, herausgegeben von MAG Consulenti Associati am 22.02.2010 CO090158 CM/jpMAG. Dieser Zusammenstellung sind auch die weiteren Angaben und Zahlen entnommen. Weitere Einzelheiten werden in den Urteilen Zenatti, Gambelli und Placanica (G1/3,5 und 6) sowie C-272/91 Kommission vs. Italien und UNIRE (G3/1 und 4) genannt. Auch GA Cruz Villalón zitiert in seinen Schlussanträgen zu den verb. Rsn. Costa und Cifone (G1/17) die neue italienische Rechtslage.

<sup>243</sup> AGCOM ist das Akronym aus Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, also der italienischen Regulierungsbehörde, die der deutschen Bundesnetzagentur entspricht.

zgl. ausbezahlter Gewinne) besteuert. Im Jahr 2009 sind in Italien 54,41 Mrd. € durch Glücksspiele umgesetzt worden (2003: 15,49 Mrd.); davon flossen 8,81 Mrd. € als Abgaben an den Staat (2003: 3,50 Mrd.). Der illegale Markt wird in Italien auf jährlich 21 Mrd. € geschätzt.

## 6 Bewertung der italienischen Glücksspielregeln

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die italienischen Glücksspielregelungen insbesondere durch die Betrauung der AMMS mit der Regulierung und Kontrolle der gesamten Glücksspielbranche – als einer einzigen für die Regelung des Spielmarktes zuständigen Organisationsstruktur – auszeichnen. Die AMMS bekämpft illegale Spiele nicht nur durch die Unterstützung bei Strafverfolgungsmaßnahmen, sondern auch durch eine ständige Verbesserung des staatlichen Glücksspielangebots. Sie schützt zugleich die legitimen Interessen der Verbraucher, regelt und kontrolliert den Glücksspielmarkt, prüft die Geschäftstätigkeit der Spielbetreiber und überwacht das Vertriebsnetz. Die AMMS definiert die Produktmerkmale (Typenzwang durch die Regelung der Inhalte, der Merkmale, der Gewinnmargen usw.) und die Angebotsstrategien für die Produkte. Sie wirbt auch für sichere Spiele (Kampagne *Gioco Sicuro*). Durch die Einbeziehung der AMMS kann das italienische Konzessionsmodell positiv gesehen werden.

## 7 Besondere italienische Rechtsprechung

Im Hinblick auf die italienische Rechtsprechung wurde mehrfach das sog. Urteil „Gesualdi“ der Corte Suprema di Cassazione zitiert. Zu dessen Inhalt sei auf die Fn. 588 verwiesen.

## IV Hinweise auf weitere mitgliedstaatliche Regelungen

Die Hauptpunkte anderer nationaler Regelungen werden in den jeweiligen Teilpunkten „Rechtlicher Rahmen“ der einzelnen Urteilsbesprechungen aufgeführt. Es handelt sich dabei insbesondere um folgende Rsn. der Gruppe 1:

- |  |  |
|--|--|
| – Schindler (G1/1)                               | zur (alten) britischen Rechtslage;         |
| – Läärä (G1/2)                                   | zur finnischen Regelung;                   |
| – Anomar (G1/4) und Liga Portuguesa (G1/8)       | zur portugiesischen Regelung;              |
| – Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9 a und b) | zur niederländischen Regelung;             |
| – Sjöberg und Gerdin (G1/10)                     | zur schwedischen Regelung;                 |
| – Zeturf (G1/15)                                 | zur französischen Regelung; <sup>244</sup> |
| – SIA Garkalns (G1/27)                           | zur lettischen Regelung;                   |
| – Stanleybet u. Sportingbet (G1/28)              | zur griechischen Regelung.                 |

## V Zusammengefasste mitgliedstaatliche Glücksspielregelungen

Mitgliedstaatliche Regelungen zu einzelnen Punkten ergeben sich u. a. aus dem (23-seitigen) Sachstandsbericht „Rechtsrahmen und Politik im Bereich Glücksspiele und Wetten in den Mitgliedstaaten“, den der Ratsvorsitz am 27.11.2008 erstellt hatte.<sup>245</sup> Weitere Sachstandsberichte der nachfolgenden Ratsvorsitze – ausgehend vom Bericht von 2008 – folgten.<sup>246</sup> Danach hatte der Vorsitz die Initiative dazu ergriffen, dass im Rahmen der Gruppe „Niederlassungsrecht/Dienstleistungen“ eine Diskussion über den Rechtsrahmen und die Politik im Bereich Glücksspiele und Wetten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufgenommen wurde. Der Vorsitz hatte dazu den Delegationen einen Fragebogen mit 13 Fragen zu den geltenden nationalen Regeln und der Politik in jedem einzelnen Mitgliedstaat übermittelt und u. a. gefragt, welche Stelle in den einzelnen Mitgliedstaaten für Glücksspiele zuständig ist, was unter illegalen Spielen verstanden wird, ob Online-Spiele erlaubt sind, ob legale Anbieter aus anderen Mitglied-

<sup>244</sup> Zum französischen System der Glücksspielregulierung siehe *Heseler*, Der Einfluss des Europarechts auf die mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung (Deutschland und Frankreich im Vergleich), 2009, S. 245 ff.

<sup>245</sup> Rats-Dok. 16022/08 (DG C I).

<sup>246</sup> Sachstandsberichte v. 03.12.2009 (Ref. 16571/09) und v. 25.05.2010 (Ref. 9495/10) sowie Bericht v. 13.05.2011 der Ständigen Vertreter für die Präsidentschaft Wettbewerb (DG C1A) 9853/11 (nur auf Englisch abrufbar).

staaten zugelassen werden, was gegen illegale Spiele unternommen wird, ob Sperrungen von Internetseiten und von Zahlungen vorgesehen sind und ob Werbungen für Glücksspiele erlaubt sind. Ein besonderes Augenmerk scheint der Rat nur noch auf die Bekämpfung illegaler Spiele und auf die Behandlung von Internetspielen zu legen. Eine Anregung zur Harmonisierung des Glücksspielbereichs ist – wie schon erwähnt – von Seiten des Rats nicht zu erwarten. Nur im Hinblick auf eventuelle künftige Besteuerungen heißt es in der Ziffer 30, dass diese Fragen zu gegebener Zeit im Sachbereich des ECOFIN-Rates erörtert werden.

Zur Marktstruktur und den zugelassenen Anbietern wird in Ziff. 10 vermerkt, dass nur in Lettland, Malta und Rumänien für sämtliche Segmente des Glücksspielsektors dieselben Regeln gelten würden. In Ziff. 11 wird, Lotterien betreffend, zudem gesagt, dass nahezu zwei Drittel der Mitgliedstaaten über ein System mit Monopolen oder Exklusivrechten verfügten.

## VI Zusammenfassende Bemerkungen zu den Sachstandsberichten

Die Auflistung in den Sachstandsberichten zeigt die Variationsbreite der nationalen Regelungen. Dennoch ist erkennbar, dass die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten mehr oder weniger mit denselben Rechtfertigungsüberlegungen begründet werden, nämlich vor allem mit der Suchtbekämpfung und dem Schutz vor Betrug und anderen Straftaten. Trotz gewisser Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Regelungen ergeben sich aus der Auflistung aber doch viele Gemeinsamkeiten, was ja auch ausdrücklich in Ziff. 9 betont wird. Zunächst ist festzuhalten, dass es in keinem Mitgliedstaat ein Totalverbot bzw. eine völlige Freigabe der Glücksspiele gibt. In allen Staaten gibt es ordnungspolitische Regelungen, die vom staatlichen Monopol über eine Lizenzvergabe bis zur kontrollierten Erlaubnis reichen. Inzwischen sind jedoch keine großen Unterschiede zwischen den verschiedenen Regelungen der Mitgliedstaaten mehr ersichtlich. Es scheint so, als ob früher in den nordeuropäischen Ländern eher Wetten im Vordergrund standen, während es in den südeuropäischen Mitgliedstaaten eher die Lotterien waren.<sup>247</sup>

Im Hinblick auf die nationalen Regelungen kommt hinzu, dass diese laufend „reformiert“ und weiterentwickelt worden sind bzw. werden. Ob man daher immer noch von verschiedenen sittlichen, moralischen, religiösen oder kulturellen Auffassungen reden kann, die zugleich eine Harmonisierung ausschließen, darf inzwischen bezweifelt werden. In Folge der „Abschwächung“ der Unterschiede oder besser gesagt der Angleichung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Glücksspielregelungen wird auch von einer „Diffusion“ gesprochen.<sup>248</sup>

Auch wenn es noch keine konkreten europarechtlichen Regelungen für Glücksspiele gibt, gibt es doch verschiedene europäische Rechtsakte, die aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts unmittelbar oder zumindest mittelbar Auswirkungen auf die Glücksspiele haben. Auf diese soll nachfolgend im Rahmen der Erörterung der europarechtlichen Aspekte zu den Glücksspielen eingegangen werden.

<sup>247</sup> Erwähnt werden soll z. B. die Begeisterung, mit der die Spanier an der 200-jährigen Weihnachtslotterie El Gardo, der „Fete“, teilnehmen, die wegen der vielen Gewinne so heißt.

<sup>248</sup> So Lutter, Zeitschrift für Soziologie 2010, S. 363 ff. Lutter sagt (S. 364), dass in den USA Lotterien bis in das zweite Drittel des 20. Jahrhunderts hinein verboten gewesen seien. Weiter heißt es auf S. 365, die Diffusion der Einführung von Lotterien zeige ein klares Muster. „Ab den 70er Jahren begannen zuerst nordöstlich gelegene Bundesstaaten, Lotterien auf Basis staatlicher Monopole einzuführen. Anschließend breiteten diese sich vom Nordosten über die Zentralstaaten hin zum Westen und Südwesten der USA aus.“ Heute würden nur noch die 8 Bundesstaaten Alabama, Alaska, Arkansas, Hawaii, Mississippi, Nevada (!), Utah und Wyoming an einem Lotterieverbot festhalten (S. 367), wobei nur Utah und Hawaii jede Form des Glücksspiels verbieten würden, während in den anderen Bundesstaaten Casinospiele zumindest punktuell erlaubt seien. Nevada z. B. ist ja durch die Spielparadiese in Las Vegas und Reno weltbekannt.

**TEIL D:**  
**EUROPARECHTLICHE ASPEKTE ZU DEN GLÜCKSSPIELEN –**  
**ANWENDBARE EUROPARECHTLICHE BESTIMMUNGEN UND GRUNDSÄTZE**

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu fragen, welche Unions-Rechtsakte auf Glücksspiele Anwendung finden könnten. Zu denken ist an drei Rechtsbereiche bzw. Rechtsquellen.

Als Erstes ist zu prüfen, ob und wenn ja, inwieweit die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (i. F.: GRCh) auch für Glücksspiele gilt. Zweitens ist zu fragen, welche Bestimmungen der Unionsverträge – primärrechtlicher oder sekundärrechtlicher Art – in Betracht kommen können, und drittens, welche vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze zu berücksichtigen sind.

Im Hinblick auf die Geltung der GRCh ist jedoch zuvor generell zu fragen, wie sich Grundrechte allgemein auf Glücksspiele auswirken. Zunächst sei festgehalten, dass es sich bei den existierenden Glücksspielregelungen ausschließlich um mitgliedstaatliche Normen und nicht um solche des Unionsrechts handelt. Der Aspekt der Beachtung der Chartarechte wird also erst dann (voll) relevant, wenn auch die Union im Bereich der Glücksspiele gesetzgeberisch tätig wird.

## **I Grundrechte als Prüfungsmaßstab**

### **1 Die europarechtliche Pflicht zur Beachtung der Grundrechte gemäß dem Vertrag über die Europäische Union (EUV)**

Für die Berücksichtigung der Grundrechte auf der Unionsebene ist von Art. 6 EUV auszugehen, der in Abs. 1 UAbs. 1 sagt, dass die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt ist. In Abs. 3 heißt es weiter:

*„Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“*

### **2 Zum Geltungsumfang der Rechte der Grundrechtecharta (GRCh)**

#### **2.1 Allgemeine Geltung**

Der Anwendungs- und Geltungsbereich der Rechte der GRCh ist limitiert. So sagt Art. 51 Abs. 1 zum Anwendungsbereich der Charta, dass sie *„für die Organe [...] der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt“*. In Art. 51 Abs. 2 heißt es weiter, dass die Charta *„den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus[dehnt]“* und auch weder neue *„Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union“* begründet.<sup>249</sup>

Nun geht es im Glücksspielbereich weder um Entscheidungen europäischer Organe, denn die relevanten Normen sind (bislang nur) von den Mitgliedstaaten erlassen worden, noch geht es um die Durchführung von Unionsrecht, also nicht um mitgliedstaatliche Umsetzungsakte europäischen Rechts, weil es solches mangels europarechtlicher Regelungen, die umzusetzen wären, (noch) gar nicht gibt. In Betracht kommen könnten aber die Wirkung und allgemeine Geltung bestimmter Grundrechte. Auch Frenz spricht davon, dass die Geltung der Chartarechte für die Mitgliedstaaten auf den ersten Blick stark eingeschränkt werde, dass aber im Hinblick auf die weite Geltung der Grundfreiheiten ein weiter Bereich bleibe, in dem die Chartarechte in die nationale Ebene hineinwirken würden.<sup>250</sup> Wenn also Grundfreiheiten verletzt werden, können

<sup>249</sup> Diese Einschränkungen gehen vor allem auf das Vereinigte Königreich zurück, das im Konvent zur Ausarbeitung der GRCh, dem der Verf. als Beobachter des EuGH angehörte, befürchtete, die EU könnte über die Anmahnung der Grundrechte in das nationale britische Recht eingreifen.

<sup>250</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Band 4 (Europäische Grundrechte), S. 48 Anm. 143.

Grundrechte unmittelbar eingreifen.<sup>251</sup> Auch wenn, bzw. wo die GRCh also nicht direkt gilt, kann auf sie gegebenenfalls zumindest verwiesen werden. Ähnlich sah es auch GA Cruz Villalón, der in seinen Schlussanträgen zur Rs. Prigge, Fromm und Lambach<sup>252</sup> – unter Verweis auf die Urteile Mangold<sup>253</sup> und Küçükdeveci<sup>254</sup> – festhielt,<sup>255</sup> „[...auch wenn] das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, der seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat, weiterhin voll Gültigkeit hat, wurde dieser Grundsatz in der ‚Charta von Lissabon‘ **positiviert** und die Möglichkeiten und Grenzen dieses Verbots richten sich daher nunmehr nach ihr.“ Für den GA war die fragliche Gleichstellungsrichtlinie auch „**im Licht von Art. 21 der Charta**“, der das Diskriminierungsverbot betrifft, auszulegen,<sup>256</sup> womit er zumindest mittelbar auf die Grundrechtecharta verwies. [Hervorhebungen durch Verf.]

Der Gerichtshof war insoweit vorsichtiger. Er verwies nicht direkt auf die Grundrechtecharta und sagte auch nicht, dass die fallrelevanten Bestimmungen in ihrem Lichte auszulegen seien. Er meinte nur,<sup>257</sup> dass das Verbot jeder Diskriminierung u. a. wegen Alters in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union enthalten sei, die den gleichen rechtlichen Rang wie die Verträge habe.

Auch wenn es im Glücksspielbereich keine europarechtlichen Regelungen gibt, die auszulegen wären, könnten m. E. auch bei der Interpretation entsprechenden nationalen Rechts die Gedanken der GRCh – zumindest „additiv“ – herangezogen werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die beiden Chartarechte der freien Berufsausübung und der unternehmerischen Freiheit (s. nachfolgend). Die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit sind inzwischen „europäisches Allgemeingut“ geworden, sodass insoweit bereits von einer gemeinsamen Verfassungstradition gesprochen werden kann, über die m. E. auf die GRCh – wenigstens verweisend, also in ihrem Lichte betrachtend – zurückgegriffen werden kann.<sup>258</sup>

<sup>251</sup> S. Urteil v. 15.07.2010 in der Rs. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426, (Kommission vs. Deutschland, Slg. 2010, I-7158) Rnn. 43 ff. und Urteil v. 12.06.2003 in der Rs. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, (Schmidberger, Slg. 2003, I-5659) Rnn. 81 ff.

<sup>252</sup> Schlussanträge v. 19.05.2011 in der Rs. C-447/09 – Prigge Fromm und Lambach, ECLI:EU:C:2011:321.

<sup>253</sup> Urteil v. 22.11.2005 in der Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, (Slg. 2005, I-9981) Rn. 74. Wegen dieses Mangold-Urteils ist der EuGH heftigst kritisiert worden. Es ging in dieser Rs. um die Frage, ob mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet hatten, immer bzw. nur befristete Arbeitsverträge abzuschließen waren, wie es § 14 Nr. 3 des deutschen Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) i. d. F. des Hartz-Gesetzes vorsah. Der EuGH stimmte dem nicht zu und berief sich auf die RL 2006/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sowie auf das allgemeine Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters. Tatsächlich war diese RL zum fallrelevanten Zeitpunkt aber noch nicht in Kraft. Im 3. Leitsatz des Urteils wird jedoch zutreffenderweise gesagt: „Dass die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78 zum Zeitpunkt des Abschlusses des betreffenden [Arbeits-Vertrages] noch nicht abgelaufen war, steht [ihrer sinngemäßen Berücksichtigung] nicht entgegen. Denn während der Frist für die Umsetzung einer Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten keine Vorschriften erlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in dieser Richtlinie vorgesehenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen.“ Auch dem Einwand, es gebe keinen allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung, trat der Gerichtshof entgegen, indem er in Rn. 74 ausführte, dieser sei [in der Tat] nicht in der Richtlinie 2000/78 selbst verankert, sondern er habe „seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.“ Diese angebliche „Erfindung“ des EuGH erboste natürlich die Kritiker des Urteils noch mehr.

<sup>254</sup> Urteil v. 19.01.2010 in der Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, (Küçükdeveci, Slg. 2010, I – 365) Rn. 21. Im (deutschen) Ausgangsverfahren war es – im Zusammenhang mit dem Lebensalter und der Dauer der Betriebszugehörigkeit – um die Berechnung einer Kündigungsfrist gegangen. Es ging dabei um die Auslegung der RL 2000/78 [...] zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. In Rn. 21 sagte der Gerichtshof, dass er anerkannt habe, „dass ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters besteht, das als ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anzusehen ist [...]. Die Richtlinie 2000/78 **konkretisiert** diesen Grundsatz [...]“ (Hervorhebung durch den Verf.).

<sup>255</sup> Schlussanträge Cruz Villalón, Nr. 26.

<sup>256</sup> Schlussanträge Cruz Villalón, Nr. 30, und Antwortvorschlag Nr. 98.

<sup>257</sup> Urteil Prigge, Fromm und Lambach, a.a.O. (s. Fn. 252), Rn. 38.

<sup>258</sup> So wird auch in den Rnn. 37 des Urteils Unibet (G6/1) und 58 des Urteils Winner Wetten (G1/11) vom EuGH i. Z. m. dem effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gesagt, dass dieser „auch in Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union **bekräftigt** worden ist“ (Hervorhebung durch den Verf.).

## 2.2 Zur freien Berufsausübung und zur unternehmerischen Freiheit

In der deutschen Rechtsprechung wird, wie erwähnt, der Ausschluss privater Glücksspielanbieter anhand von Art. 12 Abs. 2 GG geprüft.<sup>259</sup> Bei entsprechenden grenzüberschreitenden Bezügen innerhalb der EU kommen bislang überwiegend die Freizügigkeiten des Binnenmarktes als Bewertungsgrundlage in Betracht. Nunmehr enthält aber die GRCh in ihrem Art. 15 ebenfalls ein Recht auf freie Berufsausübung, zu der auch die Erbringung von Dienstleistungen gehört. Des Weiteren wird in Art. 16 GRCh die unternehmerische Freiheit anerkannt.

Im Gegensatz zu Art. 12 GG, gemäß dessen Abs. 1 die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt – also auch beschränkt – werden kann, sieht Art. 15 GRCh eine solche Regelung für die Berufsfreiheit nicht vor. Er enthält auch nicht den Passus von Art. 16 GRCh, der zur unternehmerischen Freiheit sagt, dass dieses Recht nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt wird. Dennoch geht auch die Regelung der Berufsfreiheit in der GRCh wohl nicht über die grundgesetzliche Regelung von Art. 12 GG hinaus, heißt es doch in Art. 52 Abs. 4 GRCh:

*„Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt.“*

So besehen kann das europäische Grundrecht der Berufsfreiheit fallbezogen und in der Gesamtschau der Charta nicht über dasjenige des Grundgesetzes – zugleich in dessen Interpretation durch das BVerfG – hinausgehen. Insoweit gelten für die Chartarechte auch die nationalen Beschränkungsmöglichkeiten, die zugleich vom EuGH bei der Auslegung der Chartarechte im Hinblick auf diese nationalen Maßnahmen zu beachten sind.<sup>260</sup> In diesem Sinne können m. E. auch die Art. 15 und 16 der GRCh in Bezug auf die freie Berufsausübung und die unternehmerische Freiheit Berücksichtigung finden. So schreibt auch J. Fischer:<sup>261</sup>

*„Die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach dem EG- Vertrag ist mit der Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit nach nationalem Verfassungsrecht vergleichbar. Die Freiheit nach Art. 43 EG erfüllt auf europäischer Ebene funktional die gleiche Rolle wie das Grundrecht der Berufsfreiheit nach dem Grundgesetz.“*

Zur unternehmerischen Freiheit sagt Jarass,<sup>262</sup> dass *„Art. 16 GRCh in den Charta-Erläuterungen auf die Vorschrift des Art. 119 Abs. 1, 3 AEUV (Ex Art. 4 Abs. 1, 3 EG) gestützt [wird], wonach Union und Mitgliedstaaten dem ‚freien Wettbewerb verpflichtet‘ sind. [...] Daher stellt die unternehmerische Freiheit neben der Berufsfreiheit des Art. 15 Abs. 1 GRCh und der Eigentumsgarantie des Art. 17 GRCh das zentrale Wirtschaftsgrundrecht dar und enthält eine wichtige Gewährleistung des Wettbewerbs.“*

Zur Abgrenzung zur Berufsfreiheit und zu den Grundfreiheiten sagt Jarass weiter, dass der EuGH *„die in Art. 15 Abs. 1 GRCh und in Art. 16 GRCh angesprochenen Bereiche eher zusam-*

<sup>259</sup> S. insbesondere das (Sportwetten-)Urteil des BVerfG v. 28.03.2006 und die Urteile des BVerwG v. 24.11.2010 sowie v. 11.07.2011 unten Teil E, V, 1.1 und 2. Möglich wäre u. U. auch eine Prüfung anhand des Grundrechts der Eigentumsgarantie. So schreiben Scholz/Weidemann, a. a. O. auf S. 121 f.: *„Neben die Freiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG tritt die Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 GG. Sie schützt anerkanntermaßen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. alle vermögenswerten Rechte [...]“*

<sup>260</sup> Zur Bedeutung der Grundrechte (allgemein) siehe auch die Schlussanträge der Generalanwältinnen Sharpston und Kokott, jeweils v. 30.09.2010 in den Rsn. C-34/90 (Zambrano, ECLI:EU:C:2011:124) bzw. C-236/09 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, ECLI:EU:C:2011:100). In der Rs. Zambrano fragte das vorlegende Gericht auch nach der Auslegung der Rechte der GRCh allerdings nur im Zusammenhang mit Rechten des EG-Vertrags. Die GAin Sharpston ging auf die Chartarechte selbst allerdings nicht ein, weil die Charta zum fallerheblichen Zeitpunkt noch nicht in Kraft war.

<sup>261</sup> Fischer, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, Frankfurt am Main 2009, S. 284, unter Zitierung in seiner Fn. 75 von Borrmann, der Schutz der Berufsfreiheit.

<sup>262</sup> Jarass, Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta, EuGRZ 2011, S. 360, 361, 365.

men behandelt“ hat. Auch die Grundfreiheiten und Art. 16 GRCh seien parallel anwendbar. „*Al- lerdings vermitteln die Grundfreiheiten, soweit sie einschlägig sind, regelmäßig den weiterrei- chenden Schutz*“. Im Ausblick hielt Jarass zudem fest, dass „es bislang noch keine Entscheidung des EuGH unmittelbar [zu Art. 16 GRCh gab]“.

Insgesamt kann aber wohl gesagt werden, dass die Chartarechte der Art. 15–17 im Hinblick auf die Zulassungsvoraussetzung für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht strenger sind als diejenigen des Art. 56 AEUV.

### **3 Zur Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und den nation- alen Verfassungsüberlieferungen**

Wie aus Art. 6 Abs. 3 EUV ableitbar ist, sind die Grundrechte auch in der EMRK gewährleistet und ergeben sich zudem aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten.

#### **3.1 Zur EMRK**

In der EuGH-Rechtsprechung wurde beispielsweise die Pflicht zur Beachtung der in Art. 10 EMRK geregelten Meinungsfreiheit<sup>263</sup> festgehalten.

Die EMRK des Europarats sieht jedoch kein eigenständiges Recht auf eine freie Berufsausübung oder eine freie unternehmerische Betätigung vor, sodass insoweit auch das Diskriminierungs- verbot des Art. 14 EMRK nicht einschlägig ist, da es gemäß dem Wortlaut dieser Bestimmung nur im Hinblick auf die „in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“ verpflichtend ist.

#### **3.2 Zu den gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen**

Die gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen sind in der gerichtlichen Pra- xis schwerer fassbar als die geschriebenen Rechte der EMRK. Es geht dabei wohl auch nicht um Einzelrechte (wie etwa die Berufsfreiheit), sondern um fundamentale Verfassungsprinzipien wie Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit u. a. Solche sich auch auf Glücksspiele beziehende mitgliedstaatliche Verfassungsüberlieferungen sind nicht ersicht- lich.

## **II Bestimmungen des AEUV und daraus abgeleitete Regelungen als Prüfungsmaßstäbe**

Im Hinblick auf die Unionsverträge, vor allem dem AEUV, kommen in erster Linie die Bestim- mungen über die Freizügigkeiten bzw. die Grundfreiheiten des Binnenmarktes in Betracht. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es keine eigenständigen primärrechtlichen und sekundär- rechtlichen Regelungen<sup>264</sup> für die Glücksspiele gibt.

### **1 Fehlen eigener primärrechtlicher Regelungen speziell für Glücksspiele**

Es versteht sich von selbst, dass der Glücksspielbereich trotz seines finanziellen Umfangs schon aufgrund seiner nicht allzu großen Bedeutung für die Allgemeinheit und losgelöst von der sitt- lichen, religiösen oder kulturellen unterschiedlichen Einstellung zu ihm, nicht als eine eigenstän- dige Tätigkeit der Union wie etwa der Verkehr oder der Umweltschutz oder eine andere Tätig- keit der im Dritten Teil des AEUV genannten Aufgabenbereiche primärrechtlich geregelt worden sind.

<sup>263</sup> S. Urteil v. 18.06.1991 in der Rs. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, (ERT, Slg. 1991, I-2925). In der Rs. ERT (Akronym aus Elleniki Radiophonia Teleorasi) besaß ERT das griechische Fernsehmonopol. Sie klagte gegen eine andere, neu ge- gründete Fernsehanstalt. In der Ziffer 6 des Urteilstenors führte der Gerichtshof aus: „Die Beschränkungen der Befugnis der Mitgliedstaaten, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die in Art. 66 in Verbindung mit Art. 56 [EWG] genannten Regelungen anzuwenden, sind unter Beachtung des allgemeinen Grundsatzes der in Art. 10 [EMRK] verbürgten Meinungsfreiheit zu beurteilen.“

<sup>264</sup> Die folgenden, unter II. behandelten Abschnitte beruhen in überarbeiteter Form auf der Darstellung des Verf. in Meng/Ress/Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, S. 18 – 22.

## 2 Fehlen eigenen sektorspezifischen Sekundärrechts für Glücksspiele

Wie bereits erwähnt, ist der Glücksspielbereich auch (noch) nicht durch europäisches Sekundärrecht harmonisiert worden. Es gibt also auch (noch) kein ausschließlich für Glücksspiele geltendes sektorspezifisches Sekundärrecht, das zu beachten wäre, wohl aber gibt es einige sektorübergreifende Sekundärrechtsakte, die allerdings zugleich auch für andere Rechtsbereiche als für Glücksspiele gelten.

## 3 Aus dem Primärrecht abgeleitete Grundsätze

Auch wenn es für Glücksspiele weder eigenständiges Primärrecht, noch sektorspezifisches Sekundärrecht gibt, bedeutet dies nicht, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Regelungen, von der Beachtung des europäischen Rechts völlig „freigestellt“ wären. Sie müssen auch in den Fällen ihrer vollen und alleinigen Zuständigkeit wegen des Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts die Grundsätze des Europarechts beachten, soweit sachverhältnismäßig ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. So spricht auch T. Stein davon, dass das Glücksspiel „nicht gemeinschaftsrechtresistent“ sei.<sup>265</sup>

Welches sind nun also die von den Mitgliedstaaten zu beachtenden Grundsätze des Unionsrechts? Konkret sind es hauptsächlich die Freizügigkeiten des Binnenmarktes. Diese haben volle „Geltung“ und dienen nicht nur der „Umrahmung“ der Befugnisse der Mitgliedstaaten, wie von GA Bot in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) ursprünglich angenommen. Bei der Geltung dieser Grundfreiheiten geht es um das Wesen dieser Grundfreiheiten, also um das eigentliche Verbot ihrer Beschränkung, sofern nicht anerkannte Rechtfertigungsgründe vorliegen. Fraglich ist nun, inwieweit auf die Regelungen der Binnenmarktfreizügigkeiten und die Beschränkungsverbote zurückgegriffen werden kann und darf. Sie kommen nur zur Geltung, wenn das Betreiben der Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit ist. Dies wird vom EuGH für Glücksspiele bejaht. Auch GA Gulmann bejahte dies in der Rs. Schindler (G1/1), auch wenn er in Nr. 20 seiner dortigen Schlussanträge davon sprach, dass Glücksspiele gesellschaftlich eine Sonderstellung gegenüber den meisten wirtschaftlichen Tätigkeiten einnehmen. Ennuschat spricht ebenfalls davon, beim Glücksspielbereich handele es sich nicht um einen echten Binnenmarkt,<sup>266</sup> was für ihn natürlich dennoch nicht die Anwendung der Binnenmarktregelungen ausschließt.

Es sei nochmals angefügt, dass die Bezugnahme auf die sich aus den Freizügigkeiten des Binnenmarktes ergebenden Grundsätze davon abhängt, dass grenzüberschreitende Bezüge vorliegen, denn bei rein innerstaatlichen Sachverhalten sind die europarechtlichen Grundfreiheiten nicht einschlägig. Dieser Aspekt hat in Glücksspielsachen mehrfach im Rahmen der Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens eine Rolle gespielt. Allerdings ist der Gerichtshof im Hinblick auf die Bejahung der Zulässigkeit relativ großzügig. Es kommt hinzu, dass dadurch, dass eine Beschränkung einer Grundfreiheit schon bei einer nur potentiellen Behinderung vorliegt,<sup>267</sup> grenzüberschreitende Bezüge leicht zu konstruieren sind.

## 4 Der Begriff des Binnenmarktes und seine Freizügigkeiten

Zum Binnenmarkt, der als Teil des „Gemeinsamen Marktes“ am 01.01.1993<sup>268</sup> errichtet worden ist, sagt Art. 26 Abs. 2 AEUV (Ex-Art. 14 Abs. 2 EG, zunächst Art. 7 a Abs. 2):<sup>269</sup>

<sup>265</sup> Stein, Die Entwicklung der europäischen Glücksspielrechtsprechung und deren Auswirkungen auf den deutschen Lotteriemarkt, EWS 2002, S. 416 ff.

<sup>266</sup> Ennuschat, Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen für Glücksspiele, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 216 ff.

<sup>267</sup> S. dazu nachfolgend Teil D, II, 7.1 [zur Dassonville-Formel].

<sup>268</sup> Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, Zeittafel S. XXVIII.

<sup>269</sup> Art. 7 a eingefügt durch den Maastrichter Vertrag, der am 07.02.1992 unterzeichnet worden war, und der am 01.11.1993 in Kraft trat.

*„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“*

Von diesen vier Grundfreiheiten gliedert sich die (zweitgenannte) Personenfreizügigkeit binnenmarktbezogen in die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und in die Niederlassungsfreiheit.

Theoretisch könnte bei den einzelnen Glücksspielregelungen jede der Grundfreiheiten des Binnenmarktes betroffen sein:<sup>270</sup>

- Die Warenverkehrsfreiheit z. B. im Hinblick auf den Kauf und Verkauf von Spielgerätschaften, besonders von Automaten;
- die Arbeitnehmerfreizügigkeit – als Unterfall des freien Personenverkehrs – etwa im Hinblick auf Croupiers;
- das freie Niederlassungsrecht – als weiterer Unterfall der Personenfreizügigkeit<sup>271</sup> – bei einem ständigen Tätigwerden oder einer ständigen Präsenz eines Spielanbieters in einem anderen Mitgliedstaat;
- die Dienstleistungsfreiheit und zwar in einem zweifachen Sinn entweder bei einem Anbieten von Glücksspielen von einem anderen Mitgliedstaat aus oder bei der Inanspruchnahme solcher Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat durch Spielende; sowie
- der freie Kapital- und Zahlungsverkehr ebenfalls in einem zweifachen Sinn, zum einen bei grenzüberschreitenden Zahlungen für die Teilnahme an ausländischen Gewinnspielen oder zum anderen z. B. bei Gewinnüberweisungen aus dem Ausland.

## 5 Zur Abgrenzung der Grundfreiheiten

Wenn eine nationale Maßnahme allerdings gleichzeitig mehrere Grundfreiheiten des Binnenmarktes beeinträchtigt,<sup>272</sup> prüft der EuGH den Fall meistens nur im Hinblick auf eine Grundfreiheit, wenn sich herausstellt, dass die andere gegenüber der ersteren zweitrangig ist und ihr zugeordnet werden kann.<sup>273</sup> In diesem Fall gilt der Grundsatz, dass die Hauptsache der Nebensache folgt – *accessorium sequitur principale*. Bei einer solchen Abgrenzung kommt es also auf den schwerpunktmäßigen Inhalt des eigentlichen Regelungszieles der Maßnahme an. *„Um festzustellen, ob eine nationale Regelung unter die eine oder die andere der nach dem Vertrag garantierten Grundfreiheiten fällt, ist nach ständiger Rechtsprechung auf den Gegenstand der betreffenden Regelung abzustellen.“*<sup>274</sup> So tritt meistens der Aspekt der Warenverkehrsfreiheit hinter die Dienstleistungsfreiheit zurück.<sup>275</sup> Gleiches gilt oftmals für die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn die Zahlungsströme bloße Folgen der Niederlassung oder der Dienstleistung sind.<sup>276</sup> Anderes gilt na-

<sup>270</sup> So schon *Alber* in: *Meng/Ress/Stein* (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, S. 20 f.

<sup>271</sup> *Nettesheim*, Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV), NVwZ 1996, S. 342 ff., bezeichnet die Personenfreizügigkeiten als „dogmatische Zwillinge.“

<sup>272</sup> Dazu schon *Alber* in: *Meng/Ress/Stein* (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, S. 21.

<sup>273</sup> Vgl. hierzu die Urteile *Schindler* (G1/1) Rnn. 22–25, *Anomar* (G1/4) Rnn. 54, 55, und *Omega* (G4/1) Rn. 26.

<sup>274</sup> So – *ex multis* – Urteil v. 01.07.2010 in der Rs. C-233/09, ECLI:EU:C:2010:397, (*Dijkman*, Slg. 2010, I-6649) Rn. 26 mit weiteren Rechtsprechungshinweisen.

<sup>275</sup> S. dazu u. a. Urteil *Schindler* (G1/1) Rnn. 21–25.

<sup>276</sup> So Rn. 30 des genannten Urteils *Schindler* (G 1/1), in der zur Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit zum Ausdruck kommt, dass der Kapitalverkehr nur die bloß technischen (oder zahlungs- bzw. bankmäßigen) Bewegungen von Kapital betrifft. In dieser Rn. 30 wird ausgeführt, dass sich Lotterien nicht „nach den Regeln über den freien Kapitalverkehr [richten], der nur Bewegungen von Kapital betrifft, nicht aber die Gesamtheit der für die wirtschaftlichen Tätigkeiten erforderlichen Zahlungen.“ In Rn. 47 des Urteils *Liga Portuguesa* (G 1/8) heißt es: „Zur Anwendbarkeit von Art. 56 EG ist festzustellen, dass die etwaigen beschränkenden Wirkungen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung auf den freien Kapital- und Zahlungsverkehr nur die unvermeidbare Folge der etwaigen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs wären. Steht aber eine nationale Maßnahme gleichzeitig mit mehreren Grundfreiheiten im Zusammenhang, prüft der Gerichtshof sie grundsätzlich nur im Hinblick auf eine dieser Freiheiten, wenn sich herausstellt, dass unter den Umständen des Einzelfalls die anderen Freiheiten dieser ersten gegenüber völlig

türlich dann, wenn die Warenverkehrsfreiheit oder die Kapitalverkehrsfreiheit primär oder zusätzlich eigenständig betroffen ist, sei es durch Käufe oder Verkäufe von Spielgerätschaften oder durch tatsächliche Beschränkungen von Geldüberweisungen.

Sind dagegen die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit betroffen, wäre eigentlich die Niederlassungsfreiheit vorrangig.<sup>277</sup> Der Gerichtshof macht es sich dabei aber meistens einfacher, indem er beide Grundfreiheiten gemeinsam prüft und auch von beiden ausgeht.<sup>278</sup>

## 6 Die Normierung der einzelnen Freizügigkeiten des Binnenmarktes

Diese Grundfreiheiten oder Freizügigkeiten sind (bzw. waren) im Einzelnen normiert: Der freie Warenverkehr in den Art. 28 ff. AEUV (Ex-Art. 23 ff. EG, vormals Art. 9 ff. und 30 ff. EWG), die Freizügigkeit der Arbeitskräfte in den Art. 45 ff. AEUV (Ex-Art. 39 ff. EG, vormals Art. 48 ff. EWG), das freie Niederlassungsrecht in den Art. 49 ff. AEUV (Ex-Art. 43 ff. EG, vormals Art. 52 ff. EWG), die Dienstleistungsfreiheit in den Art. 56 ff. AEUV (Ex-Art. 49 ff. EG, vormals Art. 59 ff. EWG) und der freie Kapital- und Zahlungsverkehr in den Art. 63 ff. AEUV (Ex-Art. 56 ff. EG, zunächst Art. 67 ff. EWG und dann – durch Maastricht – Art 73b ff. EG-Vertrag).

Auf den Wortlaut dieser Bestimmungen sei verwiesen. Nur wegen bestimmter Besonderheiten seien zur Dienstleistungsfreiheit einige Ausführungen gemacht, die auch für Glücksspiele von Bedeutung sind.

Zu Art. 57 AEUV sind vier klärende Anmerkungen zu machen, die in einigen glücksspielrelevanten Urteilen eine Rolle spielten.

Erstens fällt nicht nur die Erbringung einer Leistung in einem anderen Land (die sog. aktive Dienstleistung),<sup>279</sup> sondern auch die Inanspruchnahme einer solchen (die sog. passive Dienstleistung) unter den Begriff einer Dienstleistung. Auch der Dienstleistungsempfänger darf daher von seinem Sitzstaat nicht daran gehindert werden, Dienstleistungen in und aus einem anderen Mitgliedstaat in Empfang zu nehmen (sog. Ausgangsfreiheit), sofern es für ein Verbot keine Rechtfertigungsgründe gibt. Dieser Grundsatz ist u. a. für die Inanspruchnahme ausländischer Glücksspielangebote via Internet von Bedeutung.

Zweitens kann der Dienstleistende, wie es am Schluss des Art. 57 heißt, seine Dienstleistungstätigkeit (auch) vorübergehend, also nur für eine bestimmte Zeit, in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, ohne dass für ihn damit das Niederlassungsrecht zur Geltung kommt. Er muss also in dem anderen Land keine Zweigstelle, Agentur oder dgl. errichten. Allerdings muss er dabei die Dienstleistungsregelungen des Mitgliedstaats beachten, in dem er sich kurzzeitig aufhält. Das Verlangen mancher Mitgliedstaaten, der Leistungserbringer müsse im Erbringungsstaat einen Sitz errichten, wird vom EuGH geradezu als eine Negation der Dienstleistungsfreiheit angesehen (s. dazu u. a. die Rs. Engelmann (G1/14)).

Drittens besteht auch die Möglichkeit, dass weder der Dienstleistungserbringer, noch der Dienstleistungsempfänger einen Ortswechsel vornehmen, weil nur die Dienstleistung als solche die Landesgrenze überschreitet, wie dies z. B. bei Korrespondenzdienstleistungen der Fall ist.<sup>280</sup>

Viertens ist die Dienstleistungsfreiheit auch dann einschlägig, wenn der Dienstleistende nach seinem mitgliedstaatlichen Recht Dienstleistungen (fallrelevant: Sportwetten) in seinem Heimat-

---

zweitrangig sind und ihr zugeordnet werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil v. 03.10.2006, Fidium Finanz, C-452/04, ECLI:EU:C:2006:631, Slg. 2006, I-9521 Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

<sup>277</sup> S. Schlussanträge GA Alber in der Rs. Gambelli (G1/5) Nrn. 76–87.

<sup>278</sup> S. u. a. Urteilstenor in der Rs. Gambelli (G1/5) und Urteil Winner Wetten (G1/11). Um die Abgrenzung der Warenverkehrsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit ging es u. a. in den Rsn. Schindler (G1/1), Läärä (G1/2) und Anomar (G1/4). Die Niederlassungsfreiheit war besonders in den Rsn. Gambelli (G1/5), Placanica (G1/6), Winner Wetten (G1/11) sowie Dickinger und Ömer (G1/16) von der Dienstleistungsfreiheit abzugrenzen.

<sup>279</sup> Zur aktiven Dienstleistungsfreiheit s. auch *Geiger/Khan*, Europarecht, Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort, Heft 27, Frage 613, S. 311.

<sup>280</sup> Zu den Korrespondenzdienstleistungen s. u. a. *Geiger/Khan*, Europarecht, Frage 617, S. 313.

staat – z. B. Gibraltar – selbst nicht anbieten und erbringen darf, sondern – allerdings von diesem Staat aus – nur in anderen Mitgliedstaaten.

Zum freien Kapital- und Zahlungsverkehr ist anzumerken, dass er im AEUV nicht definiert ist. Aus Art. 63 ist jedoch ableitbar, dass es sich um Kapitalbewegungen und Zahlungen zwischen den Mitgliedstaaten und sogar darüberhinausgehend um Kapitalbewegungen und Zahlungen zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern handelt.

## 7 Zum Wesensgehalt der Grundfreiheiten – Die Beschränkungsverbote

Alle Grundfreiheiten zeichnen sich dadurch aus, dass die Beschränkung ihrer Ausübung i. d. R. verboten ist. Die Beschränkungsverbote entfalten eine unmittelbare Wirkung (vertikale Wirkung). Sie bedürfen also keines mitgliedstaatlichen Umsetzungsaktes; jeder Begünstigte kann sich auf sie berufen.

### 7.1 Zum Beschränkungsverbot der Warenverkehrsfreiheit

Dazu heißt es in den Art. 34 und 35 AEUV (Ex-Art. 28 und 29 EG, vormals Art. 30 und 34 EWG), dass mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen bzw. Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind.

Was versteht nun der Gerichtshof unter Maßnahmen gleicher Wirkung? Für den EuGH liegt eine Beschränkung nicht nur und erst dann vor, wenn die Ausübung der Freiheit tatsächlich unmöglich gemacht wird, sondern nach der berühmt gewordenen „Dassonville-Formel“<sup>281</sup> schon dann, wenn ihre Ausübung nur potentiell erschwert, oder wie es im Urteil Gebhard<sup>282</sup> und in vielen anderen Urteilen heißt, wenn ihre Ausübung weniger attraktiv gemacht wird.

Da dies aber zu einer Ausweitung der an sich verbotenen Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit führte, nahm der Gerichtshof im Urteil Keck und Mithouard<sup>283</sup> durch die Unterscheidung zwischen produktbezogenen Maßnahmen und bloßen Verkaufsmodalitäten – die nicht zu einer Beschränkung führen – eine Korrektur vor.<sup>284</sup>

Die Dassonville-Formel, die vom EuGH zwar i. Z. m. der Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurde, kann auch auf andere Grundfreiheiten übertragen werden. Im Hinblick auf Glücksspieldienstleistungen heißt es dazu in Rn. 32 des später noch zu besprechenden Urteils Sjöberg und Gerdin (G1/10), „[...] dass Art. 49 EG die Aufhebung jeder Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs verlangt, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus den anderen Mitgliedstaaten gilt, sofern sie geeignet ist, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, in dem er rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen [...].“

### 7.2 Zum Beschränkungsverbot der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Gemäß Art. 49 AEUV (Ex-Art. 43 EG, vormals Art. 52 EWG) sind Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften und die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten.

<sup>281</sup> Urteil v. 11.07.1974 in der Rs. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82, (Dassonville, Slg. 1974, 837). Im ersten Leitsatz dieses Urteils heißt es wörtlich: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder *potentiell* zu behindern, ist als Maßnahme kontingentgleicher Wirkung anzusehen“ (Hervorhebung durch den Verf.).

<sup>282</sup> Urteil v. 30.11.1995 in der Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165) Rn. 37. Zum näheren Inhalt des Urteils Gebhard, das vor allem im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der zwingenden Erfordernisse bekannt wurde, s. Teil D, IV. 1).

<sup>283</sup> Urteil v. 24.11.1993 in den Rsn. C-267/91, ECLI:EU:C:1993:905, und C-268/91 (Slg. 1993, I-6097).

<sup>284</sup> Zum Inhalt des Urteils Keck und Mithouard s. Fn. 430 und vor allem unten Urteil Familiapress (G5/1), dort 8.1, aber auch Schlussanträge zur Rs. Omega (G1/4).

Gemäß Art. 56 AEUV (Ex-Art. 49 EG, vormals Art. 59 EWG) sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind ebenfalls verboten.

Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit kann mitunter auch Art. 36 Abs. 1 des EWR-Abkommens einschlägig sein, dessen Wortlaut dem eben zitierten Art. 56 Abs. 1 AEUV entspricht.

### **7.3 Zum Beschränkungsverbot des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs**

Art. 63 AEUV (Ex-Art. 56 EG bzw. zunächst Art. 73b EG-Vertrag) sagt in seinen beiden Absätzen, dass im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs bzw. des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten sind.

### **7.4 Zu Ausnahmen von der Anwendung der Binnenmarktfreiheiten**

Zum Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und damit zu möglichen Bereichsausnahmen sagt Art. 51 AEUV (Ex-Art. 45 EG, vormals Art. 55 EWG):

*„Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung. [...]“*

Mitunter war von Prozessparteien – allerdings immer erfolglos – vorgetragen worden, die Veranstaltung von Glücksspielen sei die Ausübung öffentlicher Gewalt. Dies war z. B. der Fall in den Rsn. C-272/91 (Kommission vs. Italien) (G3/1) und UNIRE (G3/4), in denen von Italien jeweils behauptet worden war, aufgrund von Art. 55 EWG bzw. 45 EG (inzwischen Art. 51 AEUV) finde das relevante Vertragskapitel auf die italienischen Regelungen der Glücksspiele keine Anwendung, da der Betrieb von Glücksspielen mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sei, dem der Gerichtshof jedoch nicht zustimmte.

## **8 Zu den primärrechtlichen Rechtfertigungsgründen für eine Beschränkung**

Die Beschränkung einer Grundfreiheit des Binnenmarktes ist allerdings dann möglich, wenn sie rechtfertigbar ist. Die meisten primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe gibt es gemäß Art. 36 AEUV für eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, was fallrelevant hier jedoch übergangen werden kann.

Zu den explizit genannten Rechtfertigungsgründen für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit heißt es in Art. 52 Abs. 1 AEUV (Ex-Art. 46 Abs. 1 EG, vormals Art. 56 Abs. 1 EWG), dass dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften beeinträchtigen, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Im Gegensatz zu den vielen primärrechtlichen Rechtfertigungsgründen zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit sind also bei der Niederlassungsfreiheit nur drei Gründe genannt, die, weil auf Ausländer anwendbar, somit sogar diskriminierend angewandt werden können. Da von Ausländern die Rede ist und nicht von Drittstaatsangehörigen, fallen auch Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten unter diesen Begriff des Ausländers, sofern nicht aus anderen Gründen eine Gleichstellung mit Inländern geboten ist.

Im Rahmen der Regelung der Dienstleistungsfreiheit werden im AEUV eigene primärrechtliche Rechtfertigungsgründe nicht genannt. Dies erübrigt sich deshalb, weil durch die Verweisung auf die Niederlassungsregeln gemäß Art. 62 AEUV die dort genannten Rechtfertigungsgründe gleichermaßen gelten.

Zu den primärrechtlich genannten Rechtfertigungsgründen zur Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit heißt es in Art. 65 AEUV (Ex-Art. 58 EG bzw. zunächst Art. 73d EG-Vertrag – im EWG-Vertrag fehlte noch eine solche Bestimmung –:

- „(1) Art. 63 berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten,
- a) die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln,
  - b) die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften [...] zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks [...] Information vorzusehen oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind.
- (2) – (4) [...].“

Dieser primärrechtliche Rechtfertigungsgrund, auf den allerdings nur aus den beiden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zurückgegriffen werden kann, könnte glücksspielbezogen im Hinblick auf die Blockierung von Banküberweisungen im Rahmen von Glücksspielen geltend gemacht werden.

## 9 Weitere, vom EuGH entwickelte Rechtfertigungsgründe

Weil die primärrechtlich genannten Rechtfertigungsgründe mitunter (sachverhaltsbezogen) nicht oder nur partiell zum Tragen kommen, hat der Gerichtshof – zu den primärrechtlichen Gründen hinzukommend und für alle Grundfreiheiten geltend – noch die sog. zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse entwickelt. Diese werden den primärrechtlichen Rechtfertigungsgründen gleichgestellt. Da es sich aber um zu beachtende Grundsätze handelt, die nicht primärrechtlich normiert, sondern von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, soll auf sie – systematisch zutreffender – erst unten im Teil D, IV (Anwendung weiterer, von der EuGH-Rechtsprechung entwickelter – nicht normierter – Grundsätze) eingegangen werden.

## 10 Weitere, auch auf Glücksspiele anwendbare AEUV-Bestimmungen

### 10.1 Die Wettbewerbsregeln

Aufgrund von Monopolregelungen für Glücksspiele bzw. in Folge der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten für Glücksspielbetreiber, aber auch wegen der verschiedenen Regelungen für Automaten in Spielbanken und Spielhallen, könnten auch die Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff AEUV (Ex-Art. 81 ff. EG, vorm. Art. 90 ff. EG-Vertrag) als Prüfungsmaßstab für glücksspielrelevante Regelungen in Betracht kommen.<sup>285</sup> Da der EuGH in mehreren seiner Judikate – im Gegensatz zu Generalanwälten – solche Fragen allenfalls nur gestreift hat oder gar nicht darauf einging,<sup>286</sup> könnten die Aspekte des Kartellverbots, des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hier eigentlich übergangen werden. Dennoch soll wenigstens auf die Aspekte der öffentlichen Unternehmen und auf die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kurz hingewiesen werden.

Im Fall der Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts für bestimmte Anbieter von Glücksspielen könnte Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV (Ex-Art. 86 Abs. 1 und 2 EG bzw. Art. 90 EG-Vertrag) einschlägig sein. Allerdings darf bezweifelt werden, dass die i. Z. m. Glücksspielen tätigen Unternehmen überhaupt Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen.

<sup>285</sup> S. dazu *Mailänder*, Glücksspiel im Kartellrecht, in: *Gebhardt/Grüsser-Sinopoli* (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 288 ff.

<sup>286</sup> S. dazu Urteil *Läärä* (G1/2) und insbesondere die dort zitierten Ausführungen von GA La Pergola, der in den Nrn. 27 ff seiner Schlussanträge in der Rs. *Läärä* zu den Wettbewerbsregelungen längere Ausführungen machte.

Betrachtet man dagegen staatlich betriebene Glücksspieleinrichtungen als „öffentliche Unternehmen“, dürfen die Mitgliedsstaaten gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV keine den Wettbewerbsregeln „widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten“. Die in der Praxis möglicherweise auftretenden Problemen sind jedoch eher solche der Kohärenz als des Wettbewerbs. J. Fischer<sup>287</sup> schreibt dazu:

*„Die staatlichen Glücksspielgesellschaften in Deutschland [...] sind jedenfalls öffentliche Unternehmen in diesem Sinne, weil sie entweder im Eigentum des Staates stehen oder die öffentliche Hand zumindest bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung hat. Nach Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG [inzw. Art. 106 Abs. 2 AEUV] gilt der EG-Vertrag auch für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Nach den bisherigen Untersuchungen stellt allein die staatliche Kontrolle des Glücksspielwesens eine gemeinwohlorientierte öffentliche Aufgabe dar. Dagegen handelt es sich entgegen der Formulierung in § 10 Abs. 1 und 2 GlüStV bei der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen selbst nicht um eine ‚öffentliche Aufgabe‘ bzw. um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse [...].“*

Kolb<sup>288</sup> spricht von einem engen Funktionszusammenhang zwischen der Wettbewerbsfreiheit und den Grundfreiheiten, da die Wettbewerbsvorschriften ebenso wie die Grundfreiheiten dem Zweck der Verwirklichung eines gesamteuropäischen Binnenmarktes dienen.<sup>289</sup> Er meinte, dass die staatlichen Glücksspielveranstalter als öffentliche Unternehmen i. S. Art. 86 Abs. 1 EGV einzustufen seien. Die privaten Betreiber von Spielbanken und die Lotteriegesellschaften könnten zudem als begünstigte Unternehmen angesehen werden.<sup>290</sup> Im Hinblick auf den sachlich relevanten Markt kam er zu dem Schluss, dass jeweils eigenständige, sachlich relevante Märkte für Lotterien, Sportwetten und Spielbanken bestünden.<sup>291</sup> Im Hinblick auf Lotterien und Sportwetten ging Kolb auch von einem räumlich relevanten Markt aus, was damals noch zutraf, weil es noch kein länderübergreifendes Verfahren gab. Was den Markt für Spielbanken anbelangte, ging Kolb vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung aus<sup>292</sup> und hielt auch den Missbrauchstatbestand des Art. 86 Abs. 1 i. V. m. Art. 82 EGV für erfüllt.<sup>293</sup> Zumindest in Bezug auf Glücksspiele hat aber die Anwendung des europäischen Kartellrechts bislang in der Rechtsprechung des EuGH noch keine Rolle gespielt. Anderes gilt für das Bundeskartellamt.<sup>294</sup>

Mailänder macht deutlich,<sup>295</sup>

*„dass die Glücksspielgesetzgeber mit Inkrafttreten des GlüStV einen Paradigmenwechsel wollten, nämlich die Landeslotteriegesellschaften im Binnenverhältnis untereinander in einen wettbewerbslosen Zustand zu versetzen. [...], dass weder die Annahme eines (potentiellen) Angebotswettbewerbs noch eines Nachfragewettbewerbs im originären Tätigkeitsfeld der staatlichen Landeslotteriegesellschaften unter dem Regime des GlüStV begründbar sind. [...] Vor diesem Hintergrund wäre es nur konsequent, die Landeslotteriegesellschaften grundsätzlich in ihrem Verhältnis untereinander aus dem kartell-*

<sup>287</sup> Fischer, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, S. 291.

<sup>288</sup> Kolb, Die Veranstaltung von Glücksspielen. Eine Bestandsaufnahme und Überprüfung der bestehenden Veranstaltungsbeschränkungen für Private in der Bundesrepublik Deutschland anhand verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Grundsätze, Baden-Baden 2009 (zugl. München, Universitätsdissertation, 2008).

<sup>289</sup> Kolb, a. a. O., S. 204.

<sup>290</sup> Kolb, a. a. O., S. 208/209.

<sup>291</sup> Kolb, a. a. O., S. 215.

<sup>292</sup> Kolb, a. a. O., S. 217.

<sup>293</sup> Kolb, a. a. O., S. 217 ff. (222).

<sup>294</sup> Kolb, a. a. O., S. 205.

<sup>295</sup> Mailänder, Peter, Das wettbewerbslose Binnenverhältnis zwischen den staatlichen Lotteriegesellschaften, ZfWG 2015, S. 330, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Celle v. 22.05.2014 – 13 U 145/13 (Kart), ZfWG 2015, S. 395.

*rechtlichen Blickfeld zu nehmen und hierfür eine grundlegende Bereichsausnahme anzuerkennen.“*

## 10.2 Die Regeln über die staatlichen Beihilfen

Glücksspielrelevant könnte u. U. auch der Abschnitt 2 „Staatliche Beihilfen“ des Titels III des AEUV sein. Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV (vormals Art. 87 Abs. 1 EG) sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, [...], die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen [...] den Wettbewerb verfälschen [...] mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Beihilfen müssen gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV der Kommission gemeldet werden<sup>296</sup> – vergleichbar der Notifizierung technischer Vorschriften, die dann deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt prüft. Weiter heißt es im 3. Satz von Art. 108 Abs. 3 AEUV: „Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat“.

Mit einem solchen „Beihilfefall“ war der EuGH im Glücksspielbereich in der Rs. C-83/98P (Französische Republik als Rechtsmittelführerin vs. Ladbroke Racing Ltd. sowie Kommission als „andere Verfahrensbeteiligte“) befasst worden.<sup>297</sup> Da die Beihilfeaspekte jedoch nicht direkt glücksspielrelevant waren, soll auf die Rs. hier nicht weiter eingegangen werden.

Anders war es wegen der glücksspielbezogenen Rechtfertigung einer Beihilfe im nachfolgenden Fall. Aufgrund von Beschwerden gegen das dänische Spielabgabengesetz hatte die Kommission am 06.07.2010 gegen Dänemark ein Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV eingeleitet (IP/10/1711). Im Abgabengesetz war nämlich vorgesehen, dass Online-Glücksspiele nur mit einer Steuer von 20 % der Einnahmen (Einsätze abzüglich der Gewinne) belangt werden, während die herkömmlichen Spielkasinos und Spielhallen bis zu 75 % der Einnahmen abführen mussten. Die Kommission sah in der geringeren Besteuerung zwar eine staatliche Beihilfe, hielt diese jedoch für rechtfertigbar, weil zu hohe Steuern für Online-Betreiber die Wirkungen einer gewissen Liberalisierung zunichtemachen würden. Es sei nämlich wichtig, Spieler, die (bislang) an illegalen Spielen teilnahmen, auf legale Spiele hinzulenken. Deshalb hat die Kommission in Art. 1 der (29-seitigen) Entscheidung v. 20.09.2011 die von Dänemark vorgesehenen Abgabenmaßnahmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.<sup>298</sup>

Hinzweisen wäre noch auf das Urteil des EuG v. 26.09.2014 in der Rs. T-601/11, (Dansk Automat Branchforening (G3/6), s. dazu u. Teil E, I, 3.3.6).

Denkbar wäre auch, falls man z. B. in der Ziehung und Bekanntgabe der Lottozahlen im Fernsehen eine Werbung und nicht nur eine Information sehen wollte, dass eine solche Ausstrahlung

<sup>296</sup> Zur Anmeldung von Beihilfen s. Khan, Wettbewerbsregeln – Staatliche Beihilfen Beihilfeaufsicht – Anm. 1–29 zu Art. 108 AEUV, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV, AEUV, Kommentar. Zu den Beihilferegelungen s. auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 (Beihilfe- und Vergaberecht) – insbes. Rn. 171, S. 350 ff („Konkurrentenbenachteiligung durch höhere Steuerbelastung“) u. 355 ff.

<sup>297</sup> Urteil v. 16.05.2000 und Schlussanträge des GA Cosmas v. 23.11.1999. Slg. 2000, I-3273. S. zum Ausgangsverfahren – einer Nichtigkeitsklage – auch das Urteil des Gerichts erster Instanz v. 27.01.1998 in der Rs. T-67/94, ECLI:EU:T:1998:7 (Ladbroke Racing vs. Kommission, Slg. 1998, II-1). Zum Verständnis des Sachverhalts nur so viel: Frankreich hatte den PMU – zum PMU s. Fnn. 871 und 892 und Rs. Zeturf (G1/15) – mehrere Beihilfen gewährt, wogegen u. a. die Ladbroke Racing Ltd. bei der Kommission erfolglos eine Beschwerde einlegte. Die Ladbroke Racing hatte daraufhin beim Gericht erster Instanz eine Nichtigkeitsklage eingereicht und beantragt, sieben Einzelpunkte der Kommissionsentscheidung 93/625 für nichtig zu erklären, in denen die Kommission festgestellt hatte, die besagten Maßnahmen (zu Gunsten der PMU) würden „nicht in den Anwendungsbereich von Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag fallen.“ Das Gericht gab der Klägerin in drei Punkten Recht und wies die Klage i. Ü. ab. Gegen dieses Urteil legte Frankreich wiederum beim EuGH ein Rechtsmittel ein, das dieser jedoch zurückwies.

<sup>298</sup> S. Aufforderung der Kommission zur Stellungnahme, C 35/10 (ex N 302/10) und Entscheidung der Kommission C (2011) 6499 endg. S. zudem zu einer weiteren Kommissionsentscheidung den nichtveröffentlichten Beschluss des Präs. des EuG v. 13.02.2012 in der Rs. T-601/11 R (nur auf Französisch und Dänisch unter curia.europa.eu abrufbar.)

eine versteckte Beihilfe sein könnte, wenn diese Fernsehschaltung kostenlos erfolgt.<sup>299</sup> Diese Folgerung käme jedoch nur dann in Betracht, wenn der betreffende Mitgliedstaat auch Spielanbieter aus anderen Mitgliedstaaten zulassen würde, und wenn deren Spielergebnisse nicht in gleicher Weise bekannt gemacht würden.

Auch die aus den Einnahmen der Pferdewetten stammenden Zuschüsse für die Pferdezucht (und für die Entwicklung des ländlichen Raums) könnten als Beihilfen (für die Zucht) aufgefasst werden, doch hätte dies mit den Glücksspielen als solchen direkt nichts zu tun.

### III Ausführungen zum auch Glücksspiele betreffenden Sekundärrecht

#### 1 Anwendung sektorübergreifender, sekundärrechtlicher Regelungen

##### 1.1 Allgemeine Anmerkungen und relevante Rechtsakte

Es gibt sektorübergreifendes Sekundärrecht – auch horizontales Sekundärrecht genannt –, das sachbezogen auch für Glücksspiele gilt, aber eben nicht nur für diese. Dabei können Glücksspiele – neben den anderen Rechtsbereichen oder Tätigkeiten – ausdrücklich genannt sein wie z. B. in der Mehrwertsteuer-RL, 2006/112,<sup>300</sup> die praktisch wortgleich, wenn auch mit anderer Nummerierung die Sechste Richtlinie<sup>301</sup> ersetzt. Wieder andere Sekundärrechtsakte können auch auf Glücksspiele Anwendung finden, ohne dass diese in ihnen ausdrücklich erwähnt werden, wie etwa die „Notifizierungsrichtlinie“.<sup>302</sup>

Bei der Vergabe von Konzessionen kann für Glücksspiele auch die „Vergabe-Richtlinie“<sup>303</sup> über öffentliche Aufträge Anwendung finden.<sup>304</sup>

##### 1.2 Die Sechste Richtlinie bzw. die RL 2006/112/EG

In der Praxis kommen im Hinblick auf die Besteuerung der Glücksspiele aus europarechtlicher Sicht nur die Mehrwertbesteuerung in Betracht, und auch diese eigentlich nur für die Besteuerung von Automaten (Geldspielautomaten).

Bei der Besteuerung i. Z. m. Glücksspielen<sup>305</sup> ist generell zu unterscheiden zwischen einer Besteuerung eines Spielbetreibers bzw. der Spiele als solcher und der Besteuerung eines Gewinners, für den dann gegebenenfalls die nationale Einkommensteuer relevant ist.

In Art. 9 hieß es zum Ort der Dienstleistung:

- „(1) Als Ort einer Dienstleistung gilt der Ort, an dem der Dienstleistende den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit oder eine feste Niederlassung hat, von wo aus die Dienstleistung erbracht wird, oder in Ermangelung eines solchen Sitzes oder einer solchen festen Niederlassung sein Wohnort oder sein üblicher Aufenthaltsort.*
- (2) Es gilt jedoch*

<sup>299</sup> Die Ziehung der Lottozahlen wird in Deutschland (im Zusammenhang mit den Nachrichten) am Tage der Ziehungen kostenlos im Fernsehen übertragen. Laut telefonischer – dem Verf. gegebenen – Auskunft des SDR geschieht dies, um zu zeigen, dass die Ziehung korrekt erfolgt. Weiterhin geschehe dies zugleich im Interesse des Fernsehsenders, da die vielen am Lotto Interessierten dann auch die Nachrichten ansehen würden. Es ist also alles eine Frage der Begründung.

<sup>300</sup> Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das Gemeinsame Mehrwertsteuersystem, Europ. Amtsblatt 2006, L 347, S. 1.

<sup>301</sup> Sechste Richtlinie 77/388 EWG des Rates v. 17.05.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: Einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, Europ. Amtsblatt L 145, S. 1, (i. F.: Sechste Richtlinie).

<sup>302</sup> RL 98/34/EG (zuletzt geändert durch die RL 2006/96/EG) über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (Amtsblätter EG 1998 L 204/37 und 2006 L363/81).

<sup>303</sup> RL 2004/18 EG des Europ. Parlaments und des Rates v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004 L134/114).

<sup>304</sup> S. dazu u. die Rs. C-272/91, Kommission vs. Italien, G3/1.

<sup>305</sup> Zur Besteuerung von Glücksspielen s. auch *Kirchhof*, (unveröffentlichtes) Rechtsgutachten zur Frage einer gleichheitsgerechten Besteuerung von Glücksspielen, Heidelberg, Nov. 2009 und *Moser*, Steuerrechtliche Aspekte der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Glücksspiels, in Gebhardt/Grüsser-Sinopoli (Hrsg.), Glücksspiel in Deutschland, S. 237 ff.

- a) – b) [...]
- c) *als Ort der folgenden Dienstleistungen der Ort, an dem diese Dienstleistungen tatsächlich bewirkt werden:*
  - *Tätigkeiten auf dem Gebiet der Kultur, der Künste, des Sports, der Wissenschaften, des Unterrichts, der Unterhaltung oder ähnliche Tätigkeiten, einschließlich derjenigen der Veranstalter solcher Tätigkeiten sowie gegebenenfalls der damit zusammenhängenden Tätigkeiten,*
  - *[3 weitere Spiegelstriche] [...].<sup>306</sup>*

Zur Besteuerungsgrundlage führte Art. 11 in seinem Teil A Abs. 1 aus:

*„Die Besteuerungsgrundlage ist:*

- a) *[...] alles, was den Wert der Gegenleistung bildet, die der Lieferer oder Dienstleistende für diese Umsätze vom Abnehmer oder Dienstleistungsempfänger oder von einem Dritten erhält oder erhalten soll, [...];*
- b)-d) *[...].“*

In Abs. 3 heißt es weiter:

*„In die Besteuerungsgrundlage sind nicht einzubeziehen:*

- a) *[...];*
- b) *Die Rabatte und Rückvergütungen auf den Preis, die dem Abnehmer oder Dienstleistungsempfänger eingeräumt werden und die er zu dem Zeitpunkt erhält, zu dem der Umsatz bewirkt wird;*
- c) *[...].“*

Art. 13 Teil B bestimmte im Hinblick auf die Befreiung von der Mehrwertsteuer:

*„Unbeschadet sonstiger Gemeinschaftsvorschriften befreien die Mitgliedstaaten unter den Bedingungen, die sie zur Gewährleistung einer korrekten und einfachen Anwendung der nachstehenden Befreiungen sowie zur Verhütung von Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und etwaigen Missbräuchen festsetzen, von der Steuer:*

- a) – c) *[...]*
- f) ***Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz unter den Bedingungen und Beschränkungen, die von jedem Mitgliedstaat festgelegt werden;***<sup>307</sup>
- g) – h) *[...].“* [Hervorhebungen durch Verf.]

Der lit. f) ist inzwischen wortgleich durch Art. 135 Abs. 1 lit. i der RL 2006/112 ersetzt worden.

Art. 33 der Sechsten RL lautete im Hinblick auf die Erhebung von Abgaben wie folgt:

*„Unbeschadet anderer Gemeinschaftsbestimmungen hindern die Bestimmungen dieser Richtlinie einen Mitgliedstaat nicht daran, **Abgaben [...], auf Spiele und Wetten, Verbrauchsteuern, [...], sowie ganz allgemein alle Steuern, Abgaben und Gebühren, die nicht den Charakter von Umsatzsteuern haben, beizubehalten oder einzuführen.**“* [Hervorhebungen durch Verf.]

Diese Bestimmungen sind (sinngemäß) in die RL 2006/112/EG übernommen worden.

### 1.3 Die Notifizierungs-Richtlinie

Im Hinblick auf die vom EuGH geprüften Rsn. galt für Notifizierungen die RL 98/34/EG.<sup>308</sup>

<sup>306</sup> Der Ort der Dienstleistungen spielte in mehreren Rsn. der Gruppe 2 eine Rolle.

<sup>307</sup> Zur Begründung der Steuerbefreiung siehe nachfolgend die Ausführungen von GA Jacobs in der Rs. Glawe – G2/3 – (Nr. 16 seiner Schlussanträge) sowie Urteil v. 29.05.2001 in der Rs. C-86/99, ECLI:EU:C:2001:291, (Freemans, Slg. 2001 I - 4167) Rn. 30, in der es heißt – GA Jacobs wiederholend, ohne dies zu nennen, *„dass sich Glücksspielumsätze schlecht für die Anwendung der Mehrwertsteuer eignen, wie die Kommission in ihrem Vorschlag für die Sechste Richtlinie ausgeführt hat (vgl. Bulletin der Europ. Gemeinschaften, Beilage 11/73, S. 17).“*

Glücksspielbezogen spielt die Notifizierungs-RL, die auch Informationsrichtlinie genannt wird, vor allem i. Z. m. Internet-Regelungen eine Rolle, da diese als notifizierungspflichtige technische Vorschriften gelten. Die relevanten Bestimmungen in der Neufassung von 2004 sind inhaltlich gleichgeblieben. Eigentlich hat sich nur die Ziffernfolge in Art.1 geändert. Die letzte Änderung von 2006 ist daher fallbezogen unbedeutend.

Nach den 2. bis 7. Erwägungsgründen der Notifizierungs-RL 98/34 besteht der Zweck einer Notifizierung darin, den Erlass nationaler technischer Vorschriften oder Normen, die zu Handelsbeschränkungen führen könnten, auszuschließen. Plant ein Mitgliedstaat also den Erlass einer solchen Maßnahme, so muss die Kommission davon unterrichtet werden und über die erforderliche Frist verfügen, um die Vereinbarkeit des Entwurfs mit dem Unionsrecht prüfen und ggf. Änderungen vorschlagen zu können. Es geht also um eine „präventive Kontrolle“. Gleichzeitig setzt die Kommission die anderen Mitgliedstaaten von der Mitteilung in Kenntnis, damit auch diese Stellung beziehen können.

Zum Inhalt der Notifizierungs-RL 98/34 und 98/48 ist Folgendes anzumerken: Gemäß Art. 8 Abs. 1, erster Unterabsatz, Sätze 1 und 2 sowie dritter UAbs. übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift, sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm handelt. Sie unterrichten die Kommission gleichzeitig über die Gründe, die die Festlegung einer derartigen technischen Vorschrift erforderlich machen. es sei denn, die Gründe gehen bereits aus dem Entwurf hervor. Die Mitgliedstaaten machen ebenfalls eine Mitteilung, wenn sie an dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen.

Was technische Vorschriften sind, wird in Art. 1 beschrieben, wobei zwischen Erzeugnissen (Ziff. 1), Diensten (Ziff. 2), technischen Spezifikationen (Ziff. 3), sonstigen Vorschriften (Ziff. 4), Vorschriften betreffend Dienste (Ziff. 5) und technischen Vorschriften (Ziff. 11) unterschieden wird.

In Art. 8 Abs. 1 fünfter Unterabsatz heißt es weiter, dass die Kommission die anderen Mitgliedstaaten unverzüglich über den Entwurf einer technischen Vorschrift unterrichtet, die dann gemäß Art. 8 Abs. 2 bei dem Mitgliedstaat, der einen Entwurf einer technischen Vorschrift unterbreitet hat, Bemerkungen vorbringen können, die dieser Mitgliedstaat bei der weiteren Ausarbeitung der technischen Vorschrift soweit wie möglich zu berücksichtigen hat.

Nach Art. 9 Abs. 1-5 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Entwurf einer technischen Vorschrift nicht vor Ablauf von vier Monaten (früher drei) nach Eingang der Mitteilung gemäß Art. 8 Abs. 1 bei der Kommission anzunehmen.

Zu nennen wäre als Ausnahme noch Art. 9 Abs. 7, der vorsieht, dass dies nicht gilt, wenn ein Mitgliedstaat u. a. aus dringenden Gründen, die durch eine ernste und unvorhersehbare Situation entstanden sind und sich auf den Schutz der Gesundheit von Menschen und Tieren, die Erhaltung von Pflanzen oder die Sicherheit und im Fall von Vorschriften betreffend Dienste auch auf die öffentliche Ordnung, insbesondere auf den Jugendschutz beziehen, gezwungen ist, ohne die Möglichkeit einer vorherigen Konsultation in kürzester Frist technische Vorschriften auszuarbeiten, um sie unverzüglich zu erlassen und in Kraft zu setzen. Der Mitgliedstaat, der sich auf Art. 9 Abs. 7 beruft, hat jedoch die vorgebrachte Dringlichkeit der betreffenden Maßnahmen zu begründen.

---

<sup>308</sup> RL 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.06.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft i. d. F. der RL 98/48/EG des Europ. Parlaments und des Rates v. 20.07.1998 (Europ. ABlätter 1998, L 204/37 und L 217/18) zuletzt geändert durch die RL 2006/96/EG v. 20.11.2006 (RL des Rates zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich freier Warenverkehr anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens, Europ. ABl. 2006, L 363/81).

Missbraucht ein Mitgliedstaat die Ausnahme nach Art. 9 Abs. 7 oder hält er die Wartefrist nicht ein bzw. folgt er nicht etwaigen von der Kommission geäußerten inhaltlichen Einwänden, muss er mit einem Vertragsverletzungsverfahren rechnen.

Unterlässt dagegen ein Mitgliedstaat eine zwingende Notifizierung bei der Kommission, so führt ein solcher Verstoß gegen die Mitteilungspflicht, wie der EuGH im Urteil CII Security International<sup>309</sup> festgehalten hat, zur Unanwendbarkeit der relevanten technischen Vorschriften in dem betreffenden Mitgliedstaat, sodass diese Vorschriften Einzelnen nicht entgegengehalten werden können.<sup>310</sup> Gleichzeitig hat der EuGH entschieden, dass die nationalen Behörden und Gerichte die Anwendung einer nationalen technischen Vorschrift, die nicht gemäß der Richtlinie mitgeteilt worden ist, ablehnen müssen.

#### 1.4 Die Vergabe-Richtlinien

Glücksspielbezogen könnte von den Vergaberichtlinien<sup>311</sup> die RL 2004/18/EG<sup>312</sup> zur Anwendung kommen. Sie – und die sich aus ihr ergebende Pflicht zur europaweiten Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags – kommt im Hinblick auf Glücksspiele praktisch nur in Betracht, wenn es um die Anschaffung entsprechender glücksspielbezogener Gerätschaften oder um technische Aspekte geht bzw. um reine innerbetriebliche Abläufe.

Geht es dagegen um die Vergabe von Glücksspielkonzessionen selbst, gilt diese Vergabe RL nicht. Dazu hat der Gerichtshof in den Rnn. 39 des Urteils Sporting Exchange (G1/9 a) und 49 der Rs. Engelmann (G1/14) festgehalten, dass Dienstleistungskonzessionen im Bereich der Glücksspiele beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts von keiner der Richtlinien erfasst würden, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt habe. Seit April 2014 gilt jedoch für Ausschreibungen die Konzessionsvergabe-RL.<sup>313</sup>

Doch auch wenn keine Ausschreibungspflicht gemäß einer Vergabe-RL besteht, gilt ein Transparenzgebot, gemäß dessen ein angemessener Grad an Öffentlichkeit zu gewährleisten ist, der auch zu einer Ausschreibung führen kann.<sup>314</sup>

Im Rahmen der Vergabe von Dienstleistungen geht es auch um die Unterscheidung zwischen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen. Hierzu heißt es in Rn. 41 des Urteils SIA Norma A und SIA Dekom:<sup>315</sup>

*„Aus den in [...] der Richtlinie 2004/17 definierten Begriffen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession geht hervor, dass der Unterschied*

<sup>309</sup> Urteil v. 30.04.1996 in der Rs. C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172, (CII, Slg. 1996, I-2201) Rnn. 54 und 55 sowie Urteilstenor Ziff. 2.

<sup>310</sup> *Streinz/Herrmann/Kruis*, Die Notifizierungspflicht des Glücksspielstaatsvertrages und der Ausführungsgesetze der Länder gemäß der Richtlinie Nr. 98/34/EG (Informationsrichtlinie), ZfWG 2007, S. 402 ff., schreiben in den Ziff. 4 und 5 des Ergebnisses ihres Aufsatzes zur Notifizierungspflicht, dass ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht dazu führt, dass die notifizierungspflichtigen Bestimmungen dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden können, und dass als Folge der Nichtbefolgung der ausführlichen Stellungnahme der Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren möglich sei. *Stein*, Die Notifizierung des Glücksspielstaatsvertrags – Notwendig? Nicht erforderlich? Missbraucht? ZfWG 2007, S. 397 ff., stimmt dem zwar ebenfalls zu, er sieht aber in der Drohung mit einem Vertragsverletzungsverfahren „Nebenkriegsschauplätze‘ oder ‚Nebelgranaten‘, mit denen sich weder das Bundesverfassungsgericht noch der EuGH vor oder anstelle einer Entscheidung in der ‚Hauptsache‘ befassen werden.“

<sup>311</sup> Es sind dies zunächst die Richtlinien 89/665/EG und 92/13/EG – die sog. Rechtsmittelrichtlinien, die RL 2004/17/EG zur Vergabe von Sektoraufträgen (Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste) sowie die RL 2004/18/EG (zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge). Die letztgenannte RL 2004/18 ersetzt die RL 92/50 EWG, die wiederum der RL 77/62 i. d. F. der RL 88/295 nachfolgte.

<sup>312</sup> RL 2004/18/EG, des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Europ. ABl. 2004 L 134, S.114.

<sup>313</sup> RL 2014/23 EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe v. 26.02.2014 (Amtsblatt I 94 v. 28.03.2014, S. 1.

<sup>314</sup> S. dazu Urteil Engelmann (G1/14), Rnn. 49–52 sowie Urteil Parking Brixen (s. u. Fn. 842, in der auch die sog. Teckal-Kriterien erwähnt werden).

<sup>315</sup> Urteil v. 10.11.2011 in der Rs. C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721. In dieser Rs. ging es um die Vergabe des öffentlichen Busverkehrs in einer lettischen Stadt.

*zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises [...].“*

GA Cruz Villalón ging dagegen in den Nrn. 46 ff. seiner Schlussanträge v. 07.07.2011 zur Rs. Norma A und Dekom vom Risiko aus. Er schrieb in Nr. 47:

*„Da das Risiko untrennbar mit der wirtschaftlichen Nutzung der Dienstleistung verbunden ist [...], ist der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass seine Übernahme durch den Dienstleistungserbringer bedeutet, dass der mit dem öffentlichen Auftraggeber geschlossene Vertrag unter den Begriff der Dienstleistungskonzession fällt.“*

Wenn dagegen der öffentliche Auftragsgeber für die infolge der Erbringung der Dienstleistung entstandenen Verluste einen Ausgleich zahlt, und die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bzw. die Vertragsbestimmungen das Betriebsrisiko begrenzen, liegt nach Ansicht des GA ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vor.

## 1.5 Weiteres, auch auf Glücksspiele anwendbares Sekundärrecht

Weitere, glücksspielrelevante horizontale Sekundärrechtsakte sind die Richtlinien über die audio-visuelle Mediendienste,<sup>316</sup> über unlautere Geschäftspraktiken,<sup>317</sup> die Fernabsatzrichtlinie,<sup>318</sup> die Geldwäsche-Richtlinie,<sup>319</sup> die Datenschutzrichtlinie<sup>320</sup> und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.<sup>321</sup> Zur Anwendung kommen kann auch die VO (EG) Nr. 45/2001.<sup>322</sup>

## 2 Ausdrücklich genannte Nichtanwendung von Sekundärrechtsakten auf Glücksspiele

Gegenüber Sekundärrecht, das auch auf Glücksspiele anwendbar ist, gibt es auch Sekundärrecht, in dem ausdrücklich bestimmt wird, dass es auf Glücksspiele keine Anwendung findet. Es handelt sich dabei zunächst um die allgemeine Dienstleistungsrichtlinie.<sup>323</sup>

Weitere sektorübergreifende Sekundärrechtsakte, die für Glücksspiele ausdrücklich nicht gelten, sind die E-Commerce-Richtlinie<sup>324</sup> und die sog. Audio-Media-Richtlinie.<sup>325</sup> Auch die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher<sup>326</sup> gilt gemäß ihrem Art. 3 für Glücksspiele nicht. Dies bedeu-

<sup>316</sup> ABl. L 95 v. 15.04.2010, S. 1.

<sup>317</sup> ABl. L 149 v. 11.06.2005, S. 22.

<sup>318</sup> ABl. L 144 v. 04.06.1997, S. 19.

<sup>319</sup> ABl. L 309 v. 25.11.2005, S. 15.

<sup>320</sup> ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

<sup>321</sup> ABl. L 201 v. 31.07.2002, S. 37.

<sup>322</sup> VO zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (ABl. L 8 v. 12.01.2001, S. 1).

<sup>323</sup> Richtlinie 2006/123/EG v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Europ. ABl. L 376/36 v. 27.12.2006. Im dortigen Art. 2 Abs. 1 heißt es jetzt: „Diese Richtlinie findet auf folgende Tätigkeiten keine Anwendung: a)–g) [...] h) Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielcasinos und Wetten; i)–l) [...]“. Schon im 25. Erwägungsgrund der Richtlinie wird gesagt: „Glücksspiele einschließlich Lotterien und Wetten sollten aufgrund der spezifischen Natur dieser Tätigkeiten, die von Seiten der Mitgliedstaaten Politikansätze zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher bedingen, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sein.“

<sup>324</sup> RL 2000/31/EG des Europ. Parlaments und des Rates v. 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (Europ. ABl. L 178/1 v. 17.07.2000). S. dort s. Art. 1 Abs. 5 lit. d dritter Spiegelstrich.

<sup>325</sup> RL 2007/65/EG v. 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, Europ. ABl. L 332/27-45 v. 18.12.2007. S. dort 18. Erwägungsgrund.

<sup>326</sup> Diese Richtlinie (COD/2008/0196 bzw. PE 442. 789 resp. Ausschuss Nr. IMCO/7/00125), mit der vier verschiedene „Verbraucherschutzrichtlinien“ wie z. B. diejenige über Haustürgeschäfte, unfaire Geschäftsbedingungen oder Fernabsatzgeschäfte zusammengefasst werden, hat das Europäische Parlament am 23.06.2011 erst in erster Lesung angenommen. In Art. 3 wird es zum Geltungsbereich in der dritten Ziffer heißen: „Diese Richtlinie gilt nicht für Verträge a) und b) [...]; c) über

tet, dass ein Widerrufsrecht, also ein Rücktritt vom Vertrag ausgeschlossen ist, was nachvollziehbar ist, denn sonst könnte man von einem Wettvertrag auch noch zurücktreten, wenn bereits feststünde, dass man nicht gewonnen hat. Auch die Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr gilt gemäß dessen Art. 1 Abs. 5 Buchst. d dritter Spiegelstrich für Glücksspiele nicht.

#### IV Anwendung weiterer, nicht normierter Grundsätze

Bei diesen Grundsätzen<sup>327</sup> handelt es sich um solche, die vom EuGH im Laufe seiner Rechtsprechung entwickelt worden sind. Zumindest wegen einiger dieser zu beachtenden Grundsätze ist der Gerichtshof massiv angegriffen worden. Selbst der frühere BVerfG-Präsident Roman Herzog hat dem EuGH vorgeworfen, er orientiere sich an (ungeschriebenen) Grundsätzen, die er (sich) selbst geschaffen habe. Auf die nachfolgend genannten Grundsätze nahm der EuGH in vielen Glücksspielrechtssachen Bezug, wie bei der Besprechung dieser Urteile in Teil E, I ausgeführt werden wird.

##### 1 Die zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse

Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH kommen zu den oben im Teil D aufgelisteten primärrechtlichen – also normierten – Rechtfertigungsgründen noch die sog. „zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse“ – also eigentlich ungeschriebene Rechtfertigungsgründe – hinzu, die zur Rechtfertigung einer Beschränkung aller Freizügigkeiten des Binnenmarktes in Betracht kommen können. Diese Erweiterung erschien dem Gerichtshof aus zweierlei Gründen notwendig. Zum einen, weil er feststellte, dass nicht immer auf eine Diskriminierung abgestellt werden kann, z. B. dann nicht, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt einem inländischen gleich zu behandeln und deshalb unterschiedslos nur auf die Beschränkung abzustellen ist (vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot)<sup>328</sup>. Zum anderen, weil die (oben genannten) expliziten, primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe mitunter fallbezogen und sachverhältnismäßig nicht in Frage kommen, zumal die in ihnen genannten Schutzgüter eher in ihrer Gänze bzw. allgemein betroffen sein müssen, was den Gerichtshof jedoch manchmal nicht daran hindert, gerade in Glücksspielfällen ohne nähere Begründung gleichzeitig von beiden Arten von Rechtfertigungsgründen auszugehen, also von den primärrechtlich normierten und von den vom EuGH entwickelten.

Erstmals sind solche zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse vom Gerichtshof im Urteil *Cassis de Dijon*<sup>329</sup> festgehalten worden, in dem es im 2. Leitsatz (und sinngemäß in Rn. 8) heißt:

*„In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung sind Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, hinzunehmen, soweit diese Bestimmungen not-*

---

*Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten; d) bis m) [...]“*

<sup>327</sup> Die folgenden, unter IV. behandelten Abschnitte beruhen in überarbeiteter Form auf der Darstellung des Verf. in *Meng/Ress/Stein* (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, S. 22 – 27.

<sup>328</sup> S. dazu auch *Geiger/Khan*, Europarecht, Frage 551, S. 282.

<sup>329</sup> Urteil v. 20.02.1979 in der Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649). Zu diesem Urteil sind drei Anmerkungen zu machen. Zum ersten wird das Urteil entgegen der sonst üblichen Zitierweise (in der Literatur) nicht mit dem Parteinamen Rewe gekennzeichnet, sondern mit Cassis de Dijon, um den es inhaltlich auch ging. Cassis ist ein Sirup aus schwarzen Johannisbeeren, das, aufgegossen mit Wein oder Champagner, als Grundstoff für das neue französische Nationalgetränk, den Kir bzw. Kir Royal dient. Zum zweiten ist das Cassis-Urteil das Standard-Urteil in Hinblick auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Die Einfuhr von Cassis war nämlich in Deutschland mit der Begründung verboten, dass er durch einen Alkoholgehalt von 18 % kein bloßer Sirup mehr sei, und andererseits aufgrund des doch relativ niedrigen Alkoholgehalts nicht als ein Likör angesehen werden könne, was beides den Verbraucher irreführe. Das EuGH-Urteil von 1979, durch das der Verkauf von Cassis in Deutschland möglich wurde, weil Cassis in Frankreich rechtmäßig hergestellt und vertrieben wird, schuf somit letztlich den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und wurde dadurch das grundlegende Urteil zur Schaffung des Binnenmarktes. Zum dritten wurden im Urteil Rewe auch erstmals die sog. zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse als Rechtfertigungsgründe zur Beschränkung einer binnenmarktrechtlichen Grundfreiheit genannt.

wendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“

Weiter präzisiert worden ist dieser Rechtfertigungsgrund der zwingenden Erfordernisse im bereits genannten Urteil *Gebhard*.<sup>330</sup>

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich [...], dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen:

- Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden,
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist [...].“ [Hervorhebungen und Gliederung durch Verf.]

Sie müssen also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. (Im Gegensatz zu einigen primärrechtlich genannten Rechtfertigungsgründen dürfen also diejenigen aus zwingenden Erfordernissen nur nichtdiskriminierend angewandt werden.)

Die Anzahl der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die eine beschränkende nationale Maßnahme rechtfertigen können, ist vom EuGH nicht festgelegt worden. Sie ist also nicht limitiert und nicht abschließend, sondern fallabhängig. Aufgrund des nicht abgeschlossenen Katalogs wären auch noch andere „zwingende Erfordernisse“ denkbar und möglich. Im Hinblick auf Glücksspiele werden oft geltend gemacht, wie sich u. a. schon aus vielen Urteilen ergibt.<sup>331</sup>

- die Eindämmung der Spielsucht, also die Suchtprävention,
- die Verfolgung der Ziele des Verbraucherschutzes,
- die Verbrechensbekämpfung und die Verhinderung von Straftaten, insbesondere die Betrugsvermeidung und die Verhinderung der Geldwäsche,
- die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben, die schädliche, persönliche und soziale Folgen haben können,
- die Berücksichtigung der Sozialpolitik und der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit,
- die Verhütung von Störungen der Sozialen Ordnung im Allgemeinen,
- die Verhinderung, dass Glücksspiele zu einer Quelle persönlichen Gewinns werden, oder
- die Erzielung von Einnahmen zur Finanzierung sozialer, karitativer, kultureller oder sportlicher Aktivitäten.

Die meisten dieser Gründe erkennt der EuGH an, andere – wie noch auszuführen sein wird – jedoch nicht bzw. allenfalls nur additiv. Was z. B. die Erzielung von Einnahmen anbelangt, so gilt seit dem EuGH-Urteil von 1999 in der Rs. *Zenatti* (G1/3 – s. dort), dass die Einnahmen aus Glücksspielen nur eine „erfreuliche Nebenfolge“, nicht aber der Hauptzweck der Beschränkungsmaßnahme sein dürfen.

Doch selbst wenn eine beschränkende Maßnahme als ein zwingendes Erfordernis im Allgemeininteresse angesehen werden kann, ist dies noch keine volle Rechtfertigung für die Beschränkung einer Binnenmarktfreiheit. Immer muss noch die Frage der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der beschränkenden Maßnahme geprüft werden. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und der Frage, ob es nicht sog. „mildere Mittel“ zur Erreichung des gewollten Ziels gibt als die gewählte

<sup>330</sup> Urteil v. 30.11.1995 in der Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*, Slg. 1995, I-4165), Rn. 37.

<sup>331</sup> U. a. z. B. Urteile *Schindler* (G1/1), a. a. O., Rnn. 54 und 57, und *Liga Portuguesa* (G1/8), a. a. O., Rnn. 56 ff. So schon *Alber* in: *Becker* (Hrsg.), *Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung*, S. 4, und *Alber* in: *ERA-Forum* Band 8 (2007), 3, S. 325.

Beschränkungsmaßnahme, ist unabdingbar.<sup>332</sup> Es ist also beim Spannungsverhältnis zwischen einem Monopol – als der stärksten Beschränkung einer Binnenmarktfreizügigkeit – und einer Liberalisierung auch zu prüfen, ob nicht etwa (seriöse) private Anbieter ebenso in der Lage sind, den Anforderungen zu genügen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit geht es auch um die systematische und konsequente Verfolgung der mit den Beschränkungsmaßnahmen gewollten Ziele. Diese müssen also tatsächlich angestrebt werden, wobei die Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der mitgliedstaatlichen Beschränkungsmaßnahmen – wie GA Mengozzi in Nr. 50 seiner Schlussanträge v. 04.03.2010 in den verb. Rsn. Markus Stoß u. a. (G1/12) sagt – durch einen „hypocrisy test“ geprüft werden müssen. Das Wort Hypokrisie bedeutet Scheinheiligkeit oder Heuchelei. So besehen ist das Wort von GA Mengozzi gut gewählt worden, denn mitunter kann man schon den Eindruck haben, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Beschränkungsmaßnahmen sowie die tatsächliche Verfolgung der angestrebten Ziele werde von den Mitgliedstaaten bloß behauptet, was natürlich nicht als ausreichend angesehen werden kann.

Der Gerichtshof hat zugleich mehrfach betont, dass die Rechtfertigungsgründe in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, was aber nicht bedeutet, dass sie kumulativ vorliegen müssen.<sup>333</sup>

## 2 Der Grundsatz der Kohärenz

### 2.1 Allgemeine Anmerkungen

In vielen Glücksspielurteilen<sup>334</sup> spricht der EuGH davon, dass die nationalen Regelungen, die zu einer Beschränkung der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit führen, nur dann rechtfertigbar seien, wenn die mit ihnen angestrebten Ziele – insbesondere die Bekämpfung der Spielsucht und/oder der Begleitkriminalität – kohärent und systematisch verfolgt würden. Insoweit kann man schon von einem Grundsatz der Kohärenz<sup>335 336</sup> sprechen, der i. Z. m. den Rechtfertigungsgründen der zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse bzw. im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten ist.

Der vom EuGH entwickelte Begriff der Kohärenz<sup>337</sup> stammt eigentlich aus dem steuerrechtlichen Bereich, wo er allerdings etwas Anderes bedeutet. Er geht auf die (Steuer-)Urteile Bachmann und Kommission vs. Belgien zurück<sup>338</sup>, die beide den gleichen (Steuer-)Sachverhalt betreffen. In diesen Rechtssachen, die schon GA Gulmann in seiner Fußnote 42 zur Nr. 112 seiner Schlussanträge in der Rs. Schindler (G1/1) zitierte, ging es um eine Rentenbesteuerung. Der deutsche Staatsbürger Bachmann war in Belgien beschäftigt und steuerpflichtig. Er konnte dort aber seine Renten- und Versicherungsbeiträge, die er weiter in Deutschland einzahlte, nicht wie ein Belgier von der Steuer absetzen. Dies wurde damit begründet, dass ein Belgier später (als Ausgleich für die Steuerbefreiung) seine Rente versteuern müsse, was bei Herrn Bachmann nicht sicher sei, da er möglicherweise nach Deutschland zurückkehren werde, wo man von Belgien aus

<sup>332</sup> Vgl. Alber in: Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, S. 4 f., und Alber in: ERA-Forum Band 8 (2007), 3, S. 325.

<sup>333</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 58.

<sup>334</sup> So vor allem in den Rsn. Gambelli (G1/5), Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9 a und b), Markus Stoß u. a. (G1/12), Carmen Media (G1/13) und Engelmann (G1/14).

<sup>335</sup> Das Wort ist abgeleitet vom Lateinischen con haerere = zusammenhängen. Der an sich neutrale Wortteil ist auch im Begriff „semper aliquid haeret“ = es bleibt immer etwas hängen, enthalten.

<sup>336</sup> Hilf in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1 (2009), Art. 1 EUV, Anm. 29 definiert die Kohärenz als das „Bemühen um ein aufeinander abgestimmtes, zusammenhängendes Verhalten, das die gleiche Zielsetzung mit vergleichbaren Mitteln in verschiedenen Bereichen verfolgt und dadurch eine widerspruchsfreie Politik ermöglicht.“

<sup>337</sup> Zur Kohärenz s. auch: Siems, Das Kohärenzgebot in der Europäischen Union und seine Justitiabilität, 1999; Kaufmann-Bühler in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1 (2011), Art. 21 EUV, Anm. 18; Elicker, Die „steuerliche Kohärenz“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, IStR 2005, S. 89 ff.; Sedemund, Die Bedeutung des Prinzips der steuerlichen Kohärenz als Rechtfertigungsaspekt für Eingriffe in die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, IStR 2001, S. 190 ff.

<sup>338</sup> Urteile v. 28.01.1992 in den Rsn. C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35, (Bachmann, Slg. 1992, I-249) und C-300/90, ECLI:EU:C:1992:37, (Kommission vs. Belgien, Slg. 1992, I-305).

schwerlich seine deutsche Rente besteuern könne. Insofern war die Nichtabsetzbarkeit seiner Rentenzahlungen von der belgischen Steuer kohärent.

Die Regelung betraf zudem einen einheitlichen, zusammenhängenden Vorgang und bezog sich auch auf nur eine einzige Person, was für den EuGH von besonderer Bedeutung ist. Um auf den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz in Steuersachen zurückgreifen zu können, hat ihn der Gerichtshof nämlich – wie alle Ausnahmetatbestände – eng begrenzt. Wenn ein unmittelbarer Zusammenhang fehlt, z. B. weil es um verschiedenartige Steuern geht, oder weil es sich um eine Besteuerung verschiedener Steuerpflichtiger handelt, kann nicht geltend gemacht werden, dass es sich um die Kohärenz des Steuersystems handelt<sup>339</sup>. Mit der Kohärenz soll zumeist nichts Anderes erreicht werden als die Vermeidung einer Doppelbesteuerung oder die Gewährleistung, dass ein Vorgang überhaupt (einmal) besteuert wird. Der Begriff „Konsequenz“ wäre insoweit wohl geeigneter. Da sich der Terminus „Kohärenz“ jedoch schon eingebürgert hat, soll er auch beibehalten werden.

Den Begriff der Kohärenz bezeichnet die GAin Kokott in Nr. 51 ihrer Schlussanträge in der (Steuer-)Rs. Maninnen<sup>340</sup> als einen etwas diffusen Begriff, weil es ihr auch um seine Ausweitung auf verschiedene Steuersachverhalte ging, worauf der Gerichtshof allerdings nicht einging. Anders verhält sich der EuGH dagegen im Bereich der Glücksspiele. Hier kann es im Hinblick auf die Kohärenz in der Tat um verschiedene Glücksspielarten gehen. Insofern wäre auch der Begriff „Stimmigkeit“ angebracht. Die „Andersartigkeit“ der Kohärenz in Glücksspielfällen wird jedoch dadurch behoben, dass der EuGH nicht nur verlangt, dass eine Regelung kohärent ist, sondern dass die Rechtfertigungsgründe kohärent und systematisch verfolgt werden müssen.

## 2.2 Unterarten der Kohärenz

Da es im Glücksspielbereich i. d. R. nicht nur um einen einzigen Vorgang und um eine einzige Person geht, wird die Kohärenz auch untergliedert in eine vertikale und in eine horizontale Kohärenz.

Bei der horizontalen Kohärenz werden mehrere unterschiedliche Spielarten miteinander verglichen. Dies bedeutet zwar nicht, dass alle Spielarten gleich geregelt werden müssen. Dies wäre nur nötig, wenn die Spiele aus der Sicht des Spielers austauschbar, also gleichartig wären. Handelt es sich dagegen im Hinblick auf den Spielzugang, die Ausgestaltung sowie die Durchführung u. dgl. jeweils um ein „aliud“, sind abweichende Regelungen bedingt möglich<sup>341</sup>. Im Hinblick auf die einzelnen Rechtfertigungsgründe selbst – z. B. die Bekämpfung der Spielsucht – muss aber in der Gesamtschau der Rechtfertigungsgründe eine kohärente Politik betrieben werden<sup>342</sup>. Wenn also bestimmte Spiele streng geregelt werden und andere, suchtgefährdendere praktisch gar nicht, kann eine solche Regelung als inkohärent angesehen werden. Die Verfolgung der Rechtfertigungsziele darf also insgesamt nicht durch verschiedene Regelungen konterkariert werden. S. dazu insbes. die Urteile Markus Stoß u. a. (G1/12) und Carmen Media (G1/13).

<sup>339</sup> S. dazu Urteil v. 13.04.2000 in der Rs. C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205, (Baars, Slg. 2000, I-2787) Rn. 40 – mit Schlussanträgen GA Alber v. 14.10.1999 – sowie Urteil v. 18.09.2003 in der Rs. C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479 (Bosal, Slg. 2003, I-9409) – mit Schlussanträgen GA Alber v. 24.09.2002.

<sup>340</sup> Schlussanträge v. 18.03.2004, ECLI:EU:C:2004:164, und Urteil v. 07.09.2004, ECLI:EU:C:2004:484, in der Rs. C-319/02 (Maninnen, Slg. 2004, I-7480).

<sup>341</sup> Die Frage der Gleichartigkeit und Austauschbarkeit hat z. B. auch in der französischen Rs. C-302/00, ECLI:EU:C:2002:123, (Kommission vs. Französische Republik – Urteil v. 27.02.2002, Slg. 2002, I-2055) eine Rolle gespielt. Frankreich hatte damals schwarzen Tabak – den die Franzosen bevorzugt rauchen – gegenüber braunem Tabak steuerlich begünstigt, wodurch die Einfuhr brauner Zigaretten benachteiligt wurde. Frankreich sah darin jedoch keine protektionistische Maßnahme und auch keine Diskriminierung ausländischer Hersteller, die überwiegend braune Zigaretten produzierten, denn jeder, der schwarze Zigaretten einführe, bekomme die gleiche Vergünstigung. Schwarze und braune Zigaretten könnten nicht miteinander verglichen werden. Verständlich, dass der EuGH der daraus abzuleitenden Argumentation nicht folgte, ein Liebhaber schwarzer Zigaretten würde – „spitz formuliert“ – keine braunen rauchen, wenn es schwarze nicht mehr gäbe. (S. zu dieser Rs. auch die Schlussanträge von GA Alber v. 13.09.2001).

<sup>342</sup> Zur Suchtgefährdung der einzelnen Spielarten s. u. Teil E, I, 6.

Die vertikale Kohärenz bezieht sich dagegen nur auf eine einzelne Spielart. Die vertikale Kohärenz ist z. B. nicht gegeben, wenn bei einer bestimmten Spielart der Rechtfertigungsgrund der Bekämpfung der Spielsucht nicht stimmig verfolgt wird, weil z. B. Anreize für Spiele geschaffen werden, indem eine intensive Werbung für sie erlaubt ist, oder wenn das Spielangebot übermäßig ausgeweitet wird.

Um eine sektorielle Kohärenz geht es, wenn gleiche Spiele (nicht) gleich geregelt werden, je nachdem wo und wie die Spiele betrieben werden. Dies ist z. B. bei Automaten Spielen der Fall, die anders geregelt sind, je nachdem ob sie in Casinos oder in Spielhallen bzw. Gaststätten stattfinden. Mitunter benutzt der EuGH den Wortteil sektoriell auch i. Z. m. dem Begriff „sektorielle Analyse“ und meint damit die getrennte Prüfung der einzelnen Glücksspielarten, doch ist diese Wortwahl m. E. in diesem Zusammenhang nicht glücklich, da es insoweit eher um einen horizontalen Vergleich ginge.

Ch. Koenig und V. Bache unterteilen die Kohärenz in eine innere und äußere Kohärenz. „Eine Unionsrechtswidrigkeit ist gegeben, wenn die fraglichen Vorschriften in der Praxis unsystematisch und inkohärent umgesetzt werden (innere Kohärenz) oder wenn sie sich nicht kohärent und systematisch in den mitgliedstaatlichen Regulierungsrahmen zur Erreichung der geltend gemachten Schutzziele auf dem angestrebten Schutzniveau einfügen (äußere Kohärenz)“.<sup>343</sup>

Eine „gesamteuropäische“ Kohärenz der nationalen Glücksspielregelungen wird dagegen nicht in Betracht gezogen. Aufgrund der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten ihren Glücksspielbereich jeweils selbst und unabhängig voneinander regeln können, erscheint das auch nicht möglich. In vielen Urteilen hat der EuGH dazu erklärt, dass aus den verschieden ausgestalteten Regelungen auch nicht geschlossen werden könne, dass die jeweiligen Mitgliedstaaten die von ihnen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe nicht dennoch konsequent verfolgen würden. So hat der EuGH z. B. schon in den Rnn. 35 und 36 des Urteils Läämä (G1/2) ausgeführt, dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibe, den Schutz bei Glücksspielen selbst zu bestimmen; ihnen komme die Beurteilung zu, derartige Tätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten oder nur einzuschränken. Somit könne allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt habe, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben.

Es gibt auch keine Kohärenz im Hinblick auf denselben Rechtfertigungsgrund in verschiedenen Rechtsbereichen. Wenn man bereichsorientiert nur von der Suchtbekämpfung ausginge, könnte man ansonsten die Notwendigkeit einer (rechtsbereichsüberschreitenden) Kohärenz auch im Hinblick auf die Bekämpfung (überhöhten) Tabak- und Alkoholkonsums mit einbeziehen. Von der Suchtsituation her gesehen sind die Folgen zwar tatsächlich vergleichbar, bzw. diejenigen des Alkohol- und Tabakkonsums sogar noch schädlicher. Da die Konsumarten als solche (und wohl auch die Konsumenten) jedoch wohl doch zu verschiedenartig sind, kann eine gemeinsame Betrachtungsweise – zumindest rechtlich – nicht in Erwägung gezogen werden.

Im Hinblick auf das Suchtgefährdungspotential stellt Tilman Becker in seinen Ausführungen „Soziale Kosten der verschiedenen Formen des Glücksspiels“ für die Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim folgende Tabellen zusammen:

### Suchtgefährdungspotential

	Tabak	Alkohol	Glücksspiel
Häufigkeit in Bevölkerung	7 % – 11 %	2,4 % – 5,5 %	0,18 % – 0,56 % 0,9 %
Anzahl Betroffener	3,7 Mio.–5,8 Mio.	1,3 Mio.–3,0 Mio.	0,1 Mio.–0,3 Mio.

<sup>343</sup> Koenig/Bache, Zur Anwendbarkeit der vermittlerbezogenen Vorschriften und Auflagen gemäß dem deutschen Glücksspielrecht im Lichte der Urteile des EuGH v. 08.09.2010, ZfWG 2011, S. 7 ff.

	Tabak	Alkohol	Glücksspiel
			0,48 Mio.

Becker nimmt weiter Bezug auf eine schweizerische Studie des Büros für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, Bern 2009, nach der sich die sozialen Kosten des Tabak-, Alkohol- und Glücksspielkonsums in der Schweiz insgesamt wie folgt verteilen:

	Glücksspiel Casino in Mio. CHF	Tabak in Mio. CHF	Alkohol in Mio. CHF
Soziale Kosten	58,5	11.266,4	7.216,3

In der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung v. 26.09.2010 (S. 46) wird Michael Adams zitiert, der davon ausgeht, dass Trinker und Raucher die (deutsche) Gesellschaft rund 60 Mrd. € jährlich kosten würden. Die Kosten der Spielsucht sind für Adams schwerer zu ermitteln. Sie sind aber wohl um einiges niedriger als die Kosten der Tabak- und Alkoholsucht.

### 2.3 Die Kohärenz in der Rechtsprechung

Der Gerichtshof hat sich eigentlich schon im ersten glücksspielrelevanten Fall, in der Rs. Schindler (G1/1), mit der Kohärenz befasst, auch wenn er damals den Begriff Kohärenz noch nicht benutzte. Er prüfte seinerzeit das Verbot großer, landesweiter Lotterien in Großbritannien und die dortige Erlaubtheit kleinerer, lokaler Lotterien noch unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung. Inzwischen steht die Kohärenz als solche in vielen (der unten im Teil E aufgelisteten) Glücksspielfällen im Mittelpunkt, wie es z. B. in den Urteilen Markus Stoß u. a. (G1/12) und Carmen Media (G1/13) der Fall war.

In Glücksspielsachen verwandte der EuGH die Begriffe „kohärent und systematisch“ erstmals im Urteil v. 08.11.2003 in der Rs. Gambelli (G1/5). Der Verf. hatte in seinen Schlussanträgen zu dieser Rs. insoweit eine „kohärente Politik“ angemahnt.<sup>344</sup>

### 2.4 Die Kohärenz in Politik und Gesetzgebung

Der Grundsatz der Kohärenz nimmt – über das Steuerrecht und die Glücksspielregelungen hinausgehend – auch allgemein an Bedeutung zu. Er ist inzwischen sogar normiert worden, wenn auch in einem erweiterten Sinn und mit einer etwas anderen Bedeutung. Im Lissabon-Vertrag wird in verschiedenen Artikeln (wörtlich) auf die Kohärenz verwiesen. Zum einen heißt es in Art. 21 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, dass die Union „auf die Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen ihres auswärtigen Handelns sowie zwischen diesen und ihren übrigen Politikbereichen“ achtet. Eine Pendantbestimmung ist in Art. 7 AEUV zu finden,<sup>345</sup> in dem gesagt wird: „Die Union achtet auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen [...]“. So besehen könnte man diese Art der Kohärenz ebenfalls – wie oben bei der horizontalen Kohärenz in Glücksspielsachen – mit „Stimmigkeit“ umschreiben. Insoweit könnte man von einer bereichsüberschreitenden Kohärenz sprechen. Dies ist nachvollziehbar, da es sich um Bereiche handelt, für die die gleichen Grundüberlegungen gelten.

Von einem Kohärenzgebot kann man – ohne dass der Begriff der Kohärenz dabei namentlich genannt wird – auch im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit i. S. d. Art. 208 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 AEUV sprechen, das für Khan durch das Kohärenzgebot des Art. 21 Abs. 3 UAbs. 2

<sup>344</sup> Dasselbe ist gemeint, wenn das BVerfG in seinem Urteil v. 28.03.2006 verlangt, dass das „Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten“ sei (Urteilstenor Ziff. 1.), oder wenn das BVerwG in seinem Urteil v. 11.07.2001 zusätzlich zu den Ausdrücken kohärent und systematisch von einer nötigen konsistenten Ausgestaltung des Sportwettenmonopols spricht (Rn. 28). Mitunter ist auch von einer widerspruchsfreien Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung der Spielsucht die Rede.

<sup>345</sup> Zur Kohärenz nach Art. 7 AEUV s. auch Kotzur in: Geiger/Khan/Kotzur, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, Anm. 1–4.

EUV ergänzt wird.<sup>346</sup> Khan sieht auch in Art. 221 AEUV, der die Vertretung der Union in Drittländern regelt, eine Verwirklichung des Kohärenzgebots i. S. d. Art. 18 Abs. 4 Satz 2 und 21 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 EUV, wie ebenso im Rahmen der humanitären Hilfe in Art. 214 Abs. 6 AEUV.<sup>347</sup>

Ennuschat<sup>348</sup> weist (in seiner Fn. 27) darauf hin, dass auch in weiteren Bestimmungen – meist wörtlich – auf die Kohärenz hingewiesen wird. Er nennt dabei insgesamt die Art. 11, 13, 16, 17, 18, 21, 24, 26 EUV sowie die Art. 7, 181, 196, 256, 329 und 349 AEUV.

Auch der EuGH hält die Verwirklichung des Gedankens der Kohärenz in anderen Rechtsbereichen – doch beschränkt auf diese – für geboten. So spricht er z. B. in Rn. 52 des Urteils Rosengren<sup>349</sup> im Hinblick auf das schwedische Handelsmonopol für alkoholische Getränke von einem (nötigen) „[...] kohärenten System, das es den Bediensteten des Monopols erlauben soll, im Einklang mit dem angestrebten Ziel sich konsequent davon zu überzeugen, dass die Waren nur Personen ausgehändigt werden, die älter als 20 Jahre sind.“

Im Urteil Association belge des Consommateurs Test-Achats u. a. (ASBL)<sup>350</sup> hat der EuGH in den Rnn. 20 und 21 ausgeführt, dass dann, wenn bei der Verwirklichung der Gleichheit der Geschlechter ein entsprechendes Tätigwerden des Gesetzgebers beschlossen werde, dieses „in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken“ müsse.

### 3 Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und dessen Nichtanwendung auf Glücksspiele

Dieser Grundsatz betrifft die gegenseitige Anerkennung unterschiedlicher Regelungen verschiedener Mitgliedstaaten. Der Ausdruck ist nicht unbedingt korrekt, denn meist geht es nicht um eine gegenseitige, sondern nur um eine einseitige Anerkennung der Regelung eines anderen Landes durch einen Mitgliedstaat. Dennoch soll der sich eingebürgerte Ausdruck beibehalten werden. Mit ihm ist die Respektierung abweichender Regelungen anderer Mitgliedstaaten gemeint. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Anerkennung zu verzerrenden (Handels-)Hemmnissen oder Beeinträchtigungen des Binnenmarktes führt. Allerdings haben sich die Regelungen der Glücksspiele – im Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe – inzwischen so weit angeglichen, dass einer gegenseitigen Anerkennung wohl nichts mehr entgegensteht. Nur die steuerlichen Regelungen sind noch so verschieden, dass sie zu Verzerrungen im Sinne von Begünstigungen einiger Länder mit niedrigen Steuersätzen bzw. korrespondierend zu Benachteiligungen anderer Länder führen würde, was ausgeglichen werden müsste, sofern man nicht generell einen „Steuerwettbewerb“ zwischen den EU-Ländern bejahen sollte.

Auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung berufen sich im Glücksspielbereich vor allem nicht zugelassene oder gar strafrechtlich verfolgte Anbieter, die jedoch eine ordnungsgemäße Lizenz eines anderen Mitgliedstaats besitzen. Obwohl sich der Gerichtshof ansonsten für den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stark macht, hat er ihn im Glücksspielsektor bislang abgelehnt, wie einige der nachfolgenden Urteile zeigen. Er begründet dies damit, dass ansonsten die den Mitgliedstaaten verbleibende Möglichkeit, ihren Glücksspielbereich autonom regeln zu können, quasi unterlaufen und ausgehöhlt werden könne. Eine Begrenzung des Spielangebots aus Gründen der Spielsuchtbekämpfung wäre dann wirkungslos, wenn gleichzeitig ausländische Anbieter ungehindert Zugang zum Markt hätten. Auch hätten dann fremde Anbieter mit einem

<sup>346</sup> Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, Art. 208 AEUV, Anm. 6.

<sup>347</sup> Khan, a. a. O. (s. vorige Fn.), Art. 221 AEUV, Anm. 6 und Art. 214 AEUV, Anm. 11.

<sup>348</sup> Ennuschat, Glücksspielrechtliche Kohärenz und Werbung, ZfWG 2011, 153 ff.

<sup>349</sup> Urteil v. 05.06.2007 in der Rs. C-170/04, ECLI:EU:C:2007:313, (Klas Rosengren u. a., Slg 2007, I-4074).

<sup>350</sup> Urteil v. 01.03.2011 in der Rs. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100. Dieses Urteil ist in Deutschland heftigst kritisiert worden, weil es u. a. zur Folge hat, dass Männer und Frauen auch im Hinblick auf die Höhe der Einzahlung von Versicherungsbeiträgen gleichbehandelt werden müssen.

größeren Heimatmarkt, wie GA Gulmann schon in der Rs. Schindler (G1/1) erwähnte, erhebliche Wettbewerbsvorteile, da sie dem Spieler höhere Gewinne anbieten könnten.

Selbst wenn man dies für die aktive Dienstleistungsfreiheit, also das direkte Tätigwerden eines ausländischen Anbieters im Inland, noch akzeptieren kann, muss m. E. für die passive Dienstleistungsfreiheit anderes gelten. Man wird aufgrund der gleichzeitigen Ausgangsfreiheit der Dienstleistungsfreiheit einem Inländer nicht untersagen können, Dienste eines ausländischen und dort legal tätigen (privaten) Glücksspielanbieters in Anspruch zu nehmen. Dies ist wohl unproblematisch, wenn sich der Spieler in den anderen Staat begibt; es wird aber problematisch, wenn er sich von seinem Heimatstaat aus etwa über das Internet an den ausländischen Anbieter wendet. Vielfach wird dann das Löschen oder gar das Sperren solcher Nummern gefordert. Doch im Gegensatz etwa zu kinderpornographischen Angeboten, die wohl in allen Staaten verboten sind, handelt es sich bei den fraglichen ausländischen Spielangeboten – wie schon erwähnt – um dortige legale Tätigkeiten, was auch in anderen Ländern respektiert werden muss. Mindestens insoweit ist dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung Rechnung zu tragen.

Der Gerichtshof bewertet den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nicht aus sich heraus, sondern macht ihn abhängig von einer (vorher erfolgten) Harmonisierung des betreffenden Rechtsbereichs. Dieser Ansicht kann schwerlich gefolgt werden. Natürlich ist eine gegenseitige Anerkennung bei einer allzu großen Abweichung der mitgliedstaatlichen Regelungen ausgeschlossen, weil dies zu Verzerrungen führen würde. Eine vorherige Harmonisierung ist m. E. jedoch keine Voraussetzung, wie sich auch aus der Rs. Cassis bzw. Rewe (s. Fn. 329) ergibt. Durch eine Harmonisierung werden ja vorher bestehende Unterschiede sowieso beseitigt oder zumindest so weit angeglichen, dass sie nicht (mehr) „ins Gewicht fallen.“ Vielmehr ist GA Bot zuzustimmen, der gemeint hat, eine gegenseitige Anerkennung sei gerade dann geboten, wenn noch keine Harmonisierung vorliege (s. oben Nr. 137 seiner Schlussanträge zur Rs. Dickinger und Ömer (G1/15)).

Im Bereich der Glücksspiele ist der Gerichtshof lediglich bereit, ggf. gewisse gleichwertige verwaltungsrechtliche oder berufliche Voraussetzungen bzw. Erfordernisse u. dgl. anzuerkennen, die demzufolge nicht nochmals, also nicht doppelt, nachgewiesen werden müssen (s. dazu u. a. die Rs. Gambelli (G1/5) und Placanica (G1/6) sowie Urteil Säger).<sup>351</sup>

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung geht ebenfalls auf das schon genannte „Cassis-Urteil“ des EuGH zurück, in dem ja u. a. ausgeführt wurde, dass unter bestimmten Umständen Handelshemmnisse, also von Land zu Land verschiedene Regelungen, hinzunehmen seien.<sup>352</sup>

<sup>351</sup> Urteil v. 25.07.1991 in der Rs. C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, (Säger, Slg. 1991, I-4221). Da auf dieses – sachverhältnismäßig allerdings nicht glücksspielrelevante – (Standard-)Urteil auch in mehreren nachfolgenden Glücksspielrechtssachen Bezug genommen wurde, sollen die relevanten Passagen dieses Judikats schon vorab zitiert werden. Im ersten Leitsatz des Urteils Säger heißt es: „Art. 59 EWG-Vertrag verlangt nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten –, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern. Ein Mitgliedstaat darf insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des EWG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit zu nehmen. [...]“ Im zweiten Leitsatz, der im Hinblick auf den – vom Gerichtshof in Glücksspielrechtssachen nur beschränkt angewandten – Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Bedeutung ist, wird gesagt: „In Anbetracht der Besonderheiten bestimmter Dienstleistungsbereiche sind solche an den Leistungserbringer gestellten besonderen Anforderungen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar anzusehen, die sich aus der Anwendung von Regelungen für diese Art von Tätigkeiten ergeben. Jedoch darf der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist. [...]“

<sup>352</sup> In Folge des im Urteil Cassis (Rewe) festgehaltenen Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung war es überhaupt erst möglich geworden, den Binnenmarkt ohne zahlreiche vorherige Harmonisierungen zu schaffen. Wären dafür Harmonisierungsregelungen erforderlich gewesen, hätte der Binnenmarkt nicht mit lediglich rund 400 Rechtsakten geschaffen werden

Um den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in glücksspielrelevanten Fällen ging es vor allem in den Rsn. Schindler (G1/1), Gambelli (G1/5), Placanica (G1/6), Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9 a und b) sowie Markus Stoß u. a. (G1/12), wobei der EuGH diesen Grundsatz im Hinblick auf Glücksspiele allerdings nicht gelten ließ. Auch Dawes und Struckmann kritisieren die Nichtanerkennung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung durch den EuGH.<sup>353</sup> Wie sich aus mehreren der besprochenen Urteile ergibt, begründet der EuGH die Ablehnung damit, dass dessen Geltung die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung ihres nationalen Glücksspielsektors unterlaufen, umgehen oder konterkarieren würde.<sup>354</sup>

Zur Begründung der Ablehnung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (vor allem bei Spielen via Internet) meinte der EuGH wiederholt: „[Es] ist festzustellen, dass der Sektor der über das Internet angebotenen Glücksspiele in der Gemeinschaft nicht harmonisiert ist. Ein Mitgliedstaat darf deshalb die Auffassung vertreten, dass der Umstand allein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer [...] zu diesem Sektor gehörende Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaats unterliegt, rechtmäßig über das Internet anbietet, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden kann, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats in einem solchen Fall bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenüber sehen können.“<sup>355</sup>

#### 4 Der Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatz

Wiederholt hat der EuGH festgehalten, dass die Ausübung der dem Einzelnen von der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte von den Mitgliedstaaten nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf. Dieser Grundsatz wird Effektivitäts- oder Effizienzgrundsatz genannt. Er wird ergänzt durch den ebenfalls vom EuGH entwickelten Äquivalenzgrundsatz, gemäß dem innerstaatliche (insbesondere gerichtliche) Verfahrensmodalitäten vorzusehen sind, die den Schutz der den Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenen Rechte gewährleisten, wobei die Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als für vergleichbare Sachverhalte innerstaatlicher Art.

Beide Grundsätze können auch in glücksspielrelevanten Fällen eine Rolle spielen. Siehe z. B. in der Rs. Placanica (G1/6) dortige Rn. 63 und – i. Z. m. Rechtsschutz – die Rs. Unibet (G6/1) Urteilstenor und Rnn. 46 ff sowie 82. Um beide Grundsätze ging es vor allem auch in den verb. Rsn. Costa und Cifone (G1/17) (s. dortige Rnn. 51 ff.). Der Grundsatz der Äquivalenz hat insofern auch schon in der Rs. Schindler (G1/1) eine Rolle gespielt, als von GA Gulmann in den Nrn. 93 ff seiner Schlussanträge festgehalten wurde, dass „der Bestimmungsstaat von ausländischen Dienstleistungserbringern die Einhaltung seiner eigenen Vorschriften nicht verlangen kann, wenn die diesen Vorschriften zugrunde liegenden Erwägungen in den eigenen Rechtsvorschriften des Dienstleistungserbringers bereits berücksichtigt worden sind (Äquivalenzprinzip).“ Der EuGH hat diese Ansicht in der Rs. Gambelli (G1/5) sinngemäß bestätigt.

#### 5 Grundsätze zur Ermessensausübung

Ist die Ausübung einer (Glücksspiel-)Tätigkeit von einer vorherigen Genehmigung einer Behörde abhängig, hat der Gerichtshof zum Ermessen wiederholt ausgeführt,<sup>356</sup> dass die staatlichen

---

können, sondern es wären einige tausend nötig gewesen. Vorherige Harmonisierungen sind also nach dem EuGH nur nötig, wenn es ohne sie zu großen Verzerrungen käme.

<sup>353</sup> Dawes and Struckmann, a. a. O., Rien ne va plus? Mutual recognition and the free movement of services in the gambling sector ..., European Law Review, Vol. 35, 2010.

<sup>354</sup> S. zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bzw. fallrelevant zur Nichtanerkennung o. Teil D, IV, 3.

<sup>355</sup> Z. B. Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 69.

<sup>356</sup> Z. B. Urteil Carmen Media (G1/13), a. a. O., Rn. 86.

Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse zur Regelung der Glücksspiele erforderlich sind.<sup>357</sup> Auch könne keine Ermessensausübung der nationalen Behörden gerechtfertigt werden, die geeignet sei, den Bestimmungen des Unionsrechts ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Wörtlich heißt es dazu:<sup>358</sup>

*„Daher muss ein System der vorherigen behördlichen Erlaubnis [...] auf objektiven, nicht-diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgt. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offenstehen [...].“*

Mitunter wird noch hinzugefügt, dass das Genehmigungssystem auf eine leicht zugängliche Verfahrensregelung gestützt sein müsse, die den Betroffenen die Gewähr biete, dass ihr Antrag unverzüglich, objektiv und unparteiisch bearbeitet werde. S. dazu u. a. die Rsn. Schindler (G1/1), Placanica (G1/6) und Engelmann (G1/14), in denen von einem „ausreichenden Ermessen“ der Mitgliedstaaten die Rede ist, während ihnen in der Rs. Familiapress (G5/1) sogar ein „weites Ermessen“ zugesprochen wird, was auch GA Tesauro in Nr. 16 seiner Schlussanträge zu dieser Sache vorgeschlagen hatte. Insgesamt sprechen mehrere GAe von einem weiten Ermessen sowie der EuGH in seinen letzten Urteilen.

## 6 Der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Transparenz

Gewissermaßen in Ergänzung zu den bei einer Ermessensausübung zu beachtenden Kriterien fordert der Gerichtshof z. B. bei der Vergabe eines Ausschließlichkeitsrechts (etwa für Glücksspiele) oder von Konzessionen die Sicherstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit und zwar auch dann, wenn eine Vergaberichtlinie nicht einschlägig und deshalb auch keine europaweite Ausschreibung nötig ist. Der EuGH spricht insoweit von einem allgemeinen Transparenzgrundsatz, den er aus dem Diskriminierungsverbot (aus Gründen der Staatsangehörigkeit) und dem Gleichbehandlungsgebot ableitet. Offensichtlich geht der Gerichtshof davon aus, dass ein „Einheimischer“ eher von einem (öffentlichen oder quasi-öffentlichen) Vorhaben erfährt als ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats und eine ohne jede Transparenz erfolgte Konzessionsvergabe somit zu einer Ungleichbehandlung von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern führen könne.<sup>359</sup> Lediglich in einigen italienischen Fällen<sup>360</sup> war die Vergabe RL einschlägig. Dies wohl deshalb, weil es Italien bei den Glücksspielregelungen nicht um die Bekämpfung der Spielsucht ging, sondern (neben der Bekämpfung der Begleitkriminalität) um die Einnahmenerzielung, sodass eine „normale“ wirtschaftliche Tätigkeit vorlag, die deshalb dem Wettbewerb zu öffnen war.<sup>361</sup>

Zum Grundsatz der Gleichbehandlung und zu dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot führte der Gerichtshof<sup>362</sup> aus, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts Dienstleistungskonzessionsverträge [zwar] von keiner der Richtlinien erfasst würden, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt habe. Die öffentlichen Stellen, die als solche Verträge schlossen, hätten aber [dennoch] die Grundregeln des EG-Vertrags, insbesondere Art. 49 EG [nunmehr Art. 56 AEUV], im Allgemeinen sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot im Besonderen zu beachten.<sup>363</sup> Dieses Transparenzgebot gel-

<sup>357</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 61.

<sup>358</sup> Urteil Carmen Media (G1/13), a. a. O., Rn. 87.

<sup>359</sup> S. dazu auch die Anmerkungen zur Vergabe-RL in Teil D, III, 1.4 sowie die Rs. UNIRE (G3/4), a. a. O., Rnn. 23 und 24.

<sup>360</sup> S. z. B. die Vertragsverletzungsklage C-272/91 (Kommission vs. Italien (G3/1)).

<sup>361</sup> S. zu diesem Aspekt auch unten, Schlussanträge des GA Bot in der Rs. Ladbrokes (G1/9b), Nr. 62.

<sup>362</sup> Z. B. Urteil Sporting Exchange (G1/9 a), a. a. O., Rnn. 38–41 und in weiteren Urteilen.

<sup>363</sup> In diesem Zusammenhang zitierte der Gerichtshof die Urteile v. 07.12.2000 in der Rs. C-324/98 (Telaustria und Telefonadress, ECLI:EU:C:2000:669, Slg. 2000, I-10745) Rnn. 60–62; v. 10.09.2009 in der Rs. C-206/08 (Eurawasser,

te, wenn die betreffende Dienstleistungskonzession für ein Unternehmen von Interesse sein könne, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt werde, ansässig sei.<sup>364</sup> Ohne zwangsläufig eine Ausschreibung vorzuschreiben, verpflichte das Transparenzgebot die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potentiellen Konzessionsnehmer einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien.<sup>365</sup>

Im gleichen Sinne argumentierte der EuGH in der Rs. Engelmann (G1/14) Rn. 49, den Rnn. 54 ff. und 73 der Rsn. Costa und Cifone (G1/17) und in den Rnn. 24 und 25 der Rs. UNIRE (G3/4). Hingewiesen werden könnte noch auf die Nr. 38 der Schlussanträge der GA in Stix-Hackl in der Rs. C-200/04, UNIRE, in der sie im Hinblick auf das Transparenzgebot auf die Unterscheidung der Begriffe „advertising“ und „publicity“ hinwies, ob also der Auftraggeber potentielle Bieter suchen müsse, oder ob es genüge, zu veröffentlichen, dass er eine Konzession zu vergeben habe. Dabei ließ die GA in die Frage allerdings offen. Auch der Gerichtshof hätte m. E. zum Transparenzgebot klarere Kriterien aufzeigen sollen.

## 7 Zur Wirksamkeit des europäischen Rechts

### 7.1 Der Grundsatz der Vorrangswirkung des europäischen Rechts

Das Unionsrecht hat gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht (nur) Anwendungsvorrang, also keinen Geltungsvorrang.<sup>366</sup> Diese vom EuGH festgelegte Vorrangswirkung hätte als Art. 9 im (zwischenzeitlich abgelehnten) Verfassungsvertrag normiert werden sollen. Diese Bestimmung wurde anschließend jedoch (aus politischen Gründen) nicht in den Lissabon-Vertrag übernommen; stattdessen wurde lediglich die Erklärung Nr. 17 zum Vorrang des europäischen Rechts dem Lissabon-Vertrag hinzugefügt, die wie folgt lautet:

*„17. Erklärung zum Vorrang: Die Konferenz [zur Ausarbeitung des Lissabon-Vertrags] weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben. Darüber hinaus hat die Konferenz beschlossen, dass das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zum Vorrang i. d. F. des Dokuments 11197/07 (JUR260) dieser Schlussakte beigefügt wird:“*

*„Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates v. 22.06.2007*

*Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Vorrang des EG-Rechts einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts. Dem Gerichtshof zufolge ergibt sich dieser Grundsatz aus der Besonderheit der Europäischen Gemeinschaft. Zum Zeitpunkt des ersten Urteils im Rahmen dieser ständigen Rechtsprechung (Rechtssache 6/64, Costa gegen ENEL, 15.07.1964) [s. Fn. 366] war dieser Vorrang im Vertrag nicht erwähnt. Dies ist auch heute noch der Fall. Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen*

---

ECLI:EU:C:2009:540, Slg. 2009, I-8377) Rn. 44, und v. 13.04.2010 in der Rs. C-91/08 (Wall, ECLI:EU:C:2010:182, Slg. 2010, I-2815) Rn. 33. In dem vom EuGH oft zit. Fall Telaustria ging es darum, ob bei der Übertragung des Vertriebs eines Telefonbuches durch eine im Staatsbesitz befindliche AG an ein Privatunternehmen eine Ausschreibung nötig war.

<sup>364</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), Rnn. 38–40. Der Gerichtshof verwies insoweit auf das Urteil v. 21.07.2005 in der Rs. C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, (Coname, Slg. 2005, I-7287) Randr. 17.

<sup>365</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), Rn. 41. Der EuGH zitierte dabei das Urteil v. 13.11.2008 in der Rs. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, (Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457) Rn. 25.

<sup>366</sup> Der Geltungsvorrang würde jedes dem europäischen Recht entgegenstehende mitgliedstaatliche Recht ungültig machen. Gemäß dem Anwendungsvorrang muss dagegen die nationale Behörde bzw. der nationale Richter im Fall einer Kollision das mitgliedstaatliche Recht unangewandt lassen und stattdessen das europäische Recht anwenden – s. dazu die Standard-Urteile v. 15.07.1964 in der Rs. 69/64 Costa vs. E.N.E.L., ECLI:EU:C:1994:66, Slg. 1964, 1251 (1270)) und v. 09.03.1978 in der Rs. 10/77 (Simmenthal, ECLI:EU:C:1978:49, Slg. 1978, 629) Rnn. 17/18. Der Anwendungsvorrang gilt selbst gegenüber nationalem Verfassungsrecht (s. dazu das weitere Standardurteil v. 17.12.1970 in der Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, (Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125) Rn. 3.

*Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.“*

Die Vorrangswirkung spielte im Hinblick auf Glücksspiele – i. Z. m. der zeitlichen Geltung des Urteils – vor allem in der Rs. Winner Wetten (G1/11) eine Rolle, worauf unten bei der Besprechung dieses Urteils zurückzukommen sein wird (s. dortige Rnn. 53 ff.).

## 7.2 Die Bindungswirkung der EuGH-Urteile in Vorabentscheidungsverfahren

Da die meisten Urteile in Vorabentscheidungsverfahren ergingen, sei auch kurz auf die Geltungswirkung solcher Judikate hingewiesen. Geht es (nur) um die Auslegung einer Europarechtsnorm, bindet die Entscheidung streng genommen nur die Parteien des Ausgangsverfahrens und die mit der Sache befassten Gerichte (*Inter-partes*-Wirkung).<sup>367</sup> Wenn jedoch über die Gültigkeit einer EU-Norm befunden wird, hat die Ungültigkeitserklärung eine Wirkung gegenüber allen (Wirkung *erga omnes*). Im Hinblick auf die Gültigkeit äußert sich der EuGH vorsichtig; er sagt nicht, die Norm sei gültig, sondern er hält nur fest, dass die Prüfung nichts ergeben habe, was der Gültigkeit entgegenstehe.<sup>368</sup>

## 8 Der Grundsatz der Rechtssicherheit

Auch dieser Grundsatz, der von seiner inhaltlichen Bedeutung her eigentlich besser Grundsatz des Vertrauensschutzes heißen sollte, ist vom EuGH entwickelt worden, der sich dabei auf Art. 264 UAbs. 2 AEUV (Ex-Art. 231 UAbs. 2 EG) stützt.<sup>369</sup> Der Grundsatz der Rechtssicherheit dient also sowohl der Achtung der Rechte Dritter<sup>370</sup> wie auch der Gewährung einer Frist für die zuständigen EU-Organe zur Anpassung der Rechtslage<sup>371</sup>. Er kann also zugleich als eine Ergänzung zum nachfolgend genannten Grundsatz der zeitlichen Wirkung eines Urteils gesehen werden.

Beim Grundsatz der Rechtssicherheit geht es also letztlich darum, Verstöße gegen vom EuGH für nicht europarechtskonform erklärte Rechtsakte innerhalb einer gewissen Übergangszeit zu „tolerieren“, also gewissermaßen den europarechtswidrigen Rechtsakt für eine (kurze) Übergangszeit weitergelten zu lassen, um Betroffenen – die im Vertrauen auf die Gültigkeit der Normen Maßnahmen getroffen haben, deren sofortige Aufhebung oder Änderung sie nicht unerheblich belasten würde – Zeit zur Anpassung zu lassen.

Glücksspielbezogen hat der Grundsatz der Rechtssicherheit vor allem in den Rsn. Winner Wetten (G1/11) und Carmen Media (G1/13) eine Rolle gespielt (s. dort).

## 9 Zur zeitlichen Wirkung eines Urteils

Was die zeitl. Wirkung der Urteile in Vorabentscheidungsfällen anbelangt, so legt der EuGH i. d. R. eine Ex tunc-Wirkung vom Beginn der Rechtswidrigkeit des Rechtsaktes an fest. Nur in seltenen Fällen akzeptiert er eine Ex nunc-Wirkung erst ab dem Tag der Urteilsverkündung.

Wegen den mit einer Ex tunc-Wirkung oftmals verbundenen erheblichen finanziellen Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten wird von diesen mitunter beantragt, die Wirkung des Urteils ab dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung (ex nunc) zu beschränken. Der Gerichtshof entspricht le-

<sup>367</sup> Wenn ein anderer später jedoch die gleiche oder eine vergleichbare Frage stellt, bekommt er nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss i. d. R. aber die gleiche Antwort, s. auch Art. 99 VerfO EuGH.

<sup>368</sup> Der EuGH äußert sich insofern deshalb so vorsichtig, weil er nicht weiß, ob ihm das vorliegende Gericht alle Fakten vollständig mitgeteilt hat.

<sup>369</sup> Art. 264 AEUV bezieht sich auf die Nichtigkeitsklage des Art. 263 AEUV (vormals Art. 230 EG) gegen Rechtsakte der Gemeinschaft. In Art. 264 AEUV wird dazu gesagt – s. vor allem Satz 2: „Ist die Klage begründet, so erklärt der Gerichtshof der Europäischen Union die angefochtene Handlung für nichtig. Erklärt der Gerichtshof eine Handlung für nichtig, so bezeichnet er, falls er dies für notwendig hält, diejenigen ihrer Wirkungen, die als fortgeltend zu betrachten sind.“

<sup>370</sup> S. Schwarze, EU-Kommentar, Anm. 8 zu Art. 231 EG.

<sup>371</sup> S. Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, Anmerkung 7 zu Art. 264 AEUV.

diglich in Ausnahmefällen diesem Petitum, da es i. d. R. um Rechte der Bürger geht, die nicht verkürzt werden dürfen.

Ein Standard-Urteil für eine *Ex-nunc*-Wirkung ist das Urteil „Evangelischer Krankenhausverein Wien“ (i. F.: EKW).<sup>372</sup>

Als eine generelle Folgerung kann aus dem EKW-Urteil geschlossen werden, dass die zeitliche Wirkung vom EuGH nur begrenzt wird, wenn

- ansonsten schwere wirtschaftliche Folgen eintreten,
- eine große Zahl von Rechtsverhältnissen betroffen ist, die zudem
- in gutem Glauben abgeschlossen worden waren,
- objektive und erhebliche Unsicherheiten in Bezug auf die Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften vorliegen und
- ggf. das Verhalten der Kommission oder anderer Mitgliedstaaten zu diesen Unsicherheiten beigetragen haben.

Einem Eintritt der Bindungswirkung eines Urteils zu einem erst künftigen Zeitpunkt (*In-futuro*-Wirkung) steht der Gerichtshof dagegen skeptisch bzw. sogar ablehnend gegenüber. Näheres zur zeitlichen Wirkung bzw. zur evtl. befristeten Weitergeltung rechtswidriger Rechtsakte s. u. a. die Rsn. Winner Wetten (G1/11), Rnn. 63 ff., Carmen Media (G1/13), Rnn. 91 ff. bzw. 106 ff., sowie Linneweber und Akritidis (G2/8), Rnn. 39 ff. und 41-45.

Gegen die zeitweise Weitergeltung an sich rechtswidriger Regelungen, wie sie z. B. das BVerfG in seinem Sportwetten-Urteil ermöglicht hat (s. u. Teil E, IV, 1.1), können m. E. auch generell erhebliche Bedenken bestehen. Während auf der nationalen Ebene von einer solchen befristeten Weitergeltung alle Betroffenen gleichermaßen „profitieren“ würden, wären es auf der europäischen Ebene nur diejenigen aus den Ländern, die eine entsprechende Vorabentscheidung erwirkt hätten. Konkret hieße das, dass diejenigen gewissermaßen benachteiligt würden, die in anderen Mitgliedstaaten nicht den Rechtsweg beschritten hätten, und dies auch nicht konnten bzw. mussten, da sie das europäische Recht beachtet hatten.

## 10 Die mitgliedstaatliche Haftung

Ein weiterer, vom EuGH aufgestellter Grundsatz ist der, dass ein Mitgliedstaat einem Staatsbürger gegenüber haftbar und schadenersatzpflichtig werden kann, wenn er dessen, aus dem Europarecht abgeleiteten Rechte verletzt. In Bezug auf Glücksspiele ist es in Folge der Urteile v. 08.09.2010 in den Rsn. Markus Stoß u. a. sowie Carmen Media (G1/12 und 13) bereits zu entsprechenden nationalen Prozessen gekommen.

Zur mitgliedstaatlichen Haftung<sup>373</sup> führte der EuGH erstmals im Urteil *Francovich*<sup>374</sup> aus, dass ein Mitgliedstaat seinen Bürgern gegenüber schadenersatzpflichtig werden könne, wenn er deren, sich aus europäischen Rechtsakten ergebenden Rechte verletze. Im Urteil *Brasserie du*

<sup>372</sup> Urteil v. 09.03.2000 in der Rs. C-437/97, ECLI:EU:C:2000:110, (EKW/Abgabenberufungskommission Wien, Slg. 2000, I-1157). Es ging in diesem Fall u. a. um eine kommunale (Getränke-)Steuer, die von der Abgabenbehörde Wien vom EKW auf Verkäufe von alkoholischen Getränken (und von Speiseeis) in dessen Krankenhauskantine erhoben wurde, und die im Widerspruch zur Mehrwertsteuerrichtlinie stand, sodass die Beträge an sich hätten zurückerstattet werden müssen. Der Gerichtshof entsprach aber dem Antrag der österreichischen Regierung auf die zeitliche Begrenzung der Wirkungen des Urteils. Österreich hatte damals geltend gemacht, dass andernfalls bei den Gemeinden unzählige Rückzahlungsanträge eingehen würden, die diese gar nicht bearbeiten könnten. Eine Rückzahlung würde zudem durch die große Anzahl der getätigten Umsätze erschwert, die in die Millionen gingen. Außerdem hätten die der Getränkesteuer unterliegenden Lieferanten die Steuer im Rahmen ihrer Tätigkeit bereits auf die Verbraucher abgewälzt. Da diese nach dem Genuss eines Getränks oder dem Verzehr von Speiseeis im Allgemeinen (wegen der geringen Beträge) keinen Zahlungsbeleg aufbewahrt hätten, sei es unmöglich, ihnen die Steuer zurückzuzahlen (so in Rn. 56 des EKW-Urteils).

<sup>373</sup> Ruttig, Staatshaftung im Widerruf glücksspielrechtlicher Genehmigungen?, ZfWG 2015, S. 347; s. dazu auch *Alber*, Mitgliedstaatliche Haftung bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts, in: *Colneric* (Hrsg.), *Une Communauté de Droit*, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez-Iglesias, S. 295 ff.

<sup>374</sup> Urteil v. 19.11.1991 in den verb. Rsn. C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428, und C-9/90, Slg. 1991, 5357 Rn. 33.

*pêcheur und Factortame*<sup>375</sup> präzisierte der Gerichtshof diese Aussage dahingehend, dass er diese Haftung von drei Voraussetzungen abhängig machte:

- Erstens müsse die (europäische) Rechtsnorm, gegen die der Staat verstoße, dem Einzelnen Rechte verleihen, was bei der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Fall sei,
- zweitens müsse der Rechtsverstoß hinreichend qualifiziert sein – ein weniger schwerer Verstoß reicht also nicht aus – und
- drittens müsse zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen.

Im Urteil Köbler<sup>376</sup> wurde die Staatshaftung – über administratives Unrecht hinausgehend – auch auf judikatives Unrecht ausgeweitet, was dem deutschen Recht fremd ist (s. das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB).<sup>377</sup> Im 1. Leitsatz des Urteils Köbler wird gesagt, dass der Grundsatz auch dann gilt, wenn es [im Hinblick auf eine Nichtvorlage] um eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts geht. Im 2. Leitsatz wird allerdings festgehalten, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß aber nur dann vorliegt, wenn die Rechtsverletzung „offenkundig“ ist, was im Fall Köbler merkwürdigerweise verneint wurde.

Wie eben erwähnt, sind bereits mehrere Staatshaftungsklagen wegen rechtswidriger Ordnungsverfügungen (Glücksspiele betreffend) geltend gemacht worden.<sup>378</sup> Doch haben die betreffenden Gerichte bislang entweder auf das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB abgehoben oder insofern „die Notbremse gezogen“, als sie einen hinreichend qualifizierten Verstoß verneinten, da die Rechtslage vor den Urteilen Markus Stoß u. a. und Carmen Media (G1/12 und 13) nicht klar genug gewesen sei. Dem kann man m. E. jedoch nur schwerlich zustimmen, da sich die aus den genannten Urteilen ergebenden Schlüsse schon aus der früheren EuGH-Rechtsprechung zur Verfolgung einer kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik hätten ziehen lassen. Die Urteile Markus Stoß u. a. sowie Carmen Media betrafen lediglich erstmals „deutsche“ Glücksspielfälle, wenn man von der Rs. Schindler (G1/1) absieht, die sich jedoch überwiegend auf das britische Recht bezog. Auf die nötige Kohärenz wurde schließlich schon ab dem Urteil Gambelli (G1/5) aus dem Jahre 2003 eingegangen.

Stein<sup>379</sup> sagt im Zusammenhang seiner Kommentierung des Urteils Markus Stoß u. a. (G1/12) zur mitgliedstaatlichen Haftung:<sup>380</sup>

*„[...] Etwaigen Amtshaftungsansprüchen, die für die Zeit zwischen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom März 2006 bis zum Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages am 1. Januar 2008 geltend gemacht werden, könnte man sicher entgegenhalten, dass es eine ganze Reihe Entscheidungen von Kollegialgerichten gegeben hat, welche die nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gestaltete Ausprägung des Monopols in der Übergangszeit für gemeinschaftsrechtskonform gehalten haben. Damit entfielen die für Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB und Art 34 GG erforderliche Vermutung eines Amtsverschuldens.“*

<sup>375</sup> Urteil v. 05.03.1996 in den verb. Rsn. C-46/93, ECLI:EU:C:1996:79, und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029 Rn. 51.

<sup>376</sup> Urteil v. 30.09.2003 in der Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239. In dieser (österreichischen) Rs. hatte ein mitgliedstaatliches, letztinstanzliches Obergericht keine Vorlagefrage gestellt, obwohl es dazu verpflichtet gewesen wäre, und wodurch es – zu Lasten von Herrn Köbler – zu einer nicht europarechtskonformen Entscheidung gekommen war.

<sup>377</sup> § 839 Abs. 2 BGB lautet: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.“

<sup>378</sup> Siehe z. B. Urteile des LG Hannover v. 04.11.2010 – 14 O 57/10, ZfWG 2011, 75 (III. 2.), des LG Essen v. 27.01.2011 – 4 O 457/09, ZfWG 2011, 227 Nr. 3, des LG Köln v. 08.02.2011 – 5 O 575/09 – in ZfWG 2011, 297 ff. sowie OLG München v. 15.07.2011 – 1 U 392/11, ZfWG 2011, 372 ff. S. auch Kammergericht Berlin, Beschl. v. 18.02.2011 – 9 W 40/10 – zur Prozesskostenhilfe für die Geltendmachung eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, ZfWG 2011, 220 ff. Zur gleichen Frage s. OLG Braunschweig, Beschl. v. 05.05.2011 – 3 W 24.11, ZfWG 2011, 267 ff.

<sup>379</sup> Stein, „Wo laufen sie denn?“ „Last Call“ des EuGH für das Sportwettenmonopol?, ZfWG 2010, S. 353 ff.

<sup>380</sup> Unter Bezugnahme auf F.-J. Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. (2008), Rn. 1120.

## **TEIL E: DIE RECHTSPRECHUNG ZU GLÜCKSSPIELEN**

In diesem Teil soll nun auf die Rechtsprechung zu Glücksspielen eingegangen werden. Ohne dass dies in der obigen Zwischenüberschrift eigens genannt wird, sollen dabei auch Rechtssachen zu anderen Gewinnmöglichkeiten, zu steuerlichen Aspekten und zu sonstigen i. Z. m. Glücksspielen stehenden Rechtsfragen einbezogen werden.

### **I EuGH-Urteile und Schlussanträge**

Die Rechtsprechung des EuGH zu Glücksspielen ist bereits recht umfangreich – wie sich aus der obigen Auflistung der über 50 Rsn. der Gruppen 1–6 ergibt –, und wird durch neu anhängige Verfahren weiterwachsen. Obwohl sie somit schon fast unübersichtlich geworden ist, empfiehlt es sich doch, die Urteile – insoweit eigentlich erstmalig – sowohl in einer ausführlicheren Gesamtübersicht wie auch zusammen mit den Schlussanträgen der Generalanwälte darzustellen. Bislang sind in der Literatur die Urteile und Schlussanträge meist einzeln und getrennt kommentiert worden. Mitunter wurden sie auch sehr verkürzt dargestellt und gewürdigt.

In der Arbeit sollen die Schlussanträge erst nach den Urteilen dargestellt werden. Die umgekehrte Reihenfolge entspräche zwar der gerichtlichen Praxis sowie der Veröffentlichungsweise in der amtl. Slg. und wäre von daher systematisch korrekter. Auch wäre so deutlicher erkennbar, ob der Gerichtshof den Argumenten des jeweiligen GAs folgte. Da es auf diesen Punkt in der Arbeit jedoch nicht ankommt, sollen die Urteile vorrangig dargestellt werden, zumal sie wegen ihrer Bindungswirkung doch bedeutsamer sind als die Schlussanträge. Im Übrigen kann dadurch, dass der Antwortvorschlag des GA vom Verf. unmittelbar nach dem jeweiligen Urteilstenor zitiert wird, doch gleich festgestellt werden, ob der EuGH dem GA „gefolgt“ ist oder nicht.

### **1 Vorbemerkungen**

#### **1.1 Zur Reihenfolge der Darstellung**

Die Urteile sollen nachfolgend innerhalb der Eingruppierungen in chronologischer Reihenfolge dargestellt werden. Obwohl vom Zeitpunkt ihres Erlasses her gesehen einige Judikate auf den ersten Blick nicht mehr aktuell zu sein scheinen, sind sie nach wie vor von Bedeutung, da zum einen die spätere relevante Rechtsprechung des EuGH immer wieder auf sie verweist, zumal schon in den ersten Entscheidungen wichtige und grundlegende Aussagen zur Rechtsproblematik der Glücksspiele gemacht worden sind. Deshalb sollen auch die „älteren“ Urteile ausführlich besprochen werden. Zum anderen empfiehlt sich eine chronologische Auflistung auch deshalb, um die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung besser darstellen und gegebenenfalls auf Änderungen der Auffassungen hinweisen zu können.

#### **1.2 Zur inhaltlichen Darstellung**

In der nachfolgenden Darstellung der Judikate<sup>381</sup> sollen die Rechtssachen wie gesagt zusammen mit den Schlussanträgen des für den Fall zuständig gewesenen GAs vorgestellt werden. Normalerweise werden die Schlussanträge meistens drei Monate (oder länger) vor dem Urteil verlesen. Falls in der Literatur überhaupt auf sie eingegangen wird, geschieht dies zwangsläufig noch ohne Kenntnis des erst später ergehenden Urteils, in dem gegebenenfalls andere Gewichtungen erfolgen können. Nur bei einer gleichzeitigen Darstellung der Urteile und Schlussanträge kann dies deutlich gemacht werden. In der Literatur und Praxis wird meistens sowieso nur das Urteil besprochen, was wiederum dazu führt, dass mitunter interessante Ausführungen der Generalanwälte

---

<sup>381</sup> Einige der nachfolgenden Rechtssachen (Schindler, Familiapress, Läära, Zenatti, Anomar, Gambelli, Placanica, Lindman, Omega, Fischer, Rosengren, Gintec, Kommission vs. Italien, Kommunikationsbehörde Austria/ORF, Winner Wetten, NV de Nationale Loterij sowie Liga Portuguesa) sind vom Verf. schon auf der Tagung der Europäischen Rechtsakademie am 09.02.2007 in Trier – allerdings wesentlich kürzer und ohne die Schlussanträge – erörtert worden (veröffentlicht in: ERA-Forum, Band 8, 2007, S. 321 ff. [329 ff.]).

te übergangen werden. Die Schlussanträge sind ja i. d. R. weit ausführlicher als die Urteile. In der gemeinsamen Darstellung und Kommentierung der Schlussanträge und der Urteile kann demzufolge ebenfalls ein Mehrwert gesehen werden.

Die Arbeit hätte sicher erheblich kürzer abgefasst werden können, wenn der Verf. die wesentlichen Rnn. der Urteile (und die Nrn. der Schlussanträge) nicht ausführlich dargestellt, sondern nur auf sie bzw. auf die jeweilige Fundstelle verwiesen hätte. Doch hätte dies (durch das dadurch nötige Nachschlagen) nicht zu einer Erleichterung des Lesens geführt. Eine kürzere Zusammenfassung wäre auch mit Nachteilen verbunden gewesen, weil wörtliche (und längere) Zitierungen pointierter die Feststellungen des Gerichtshofs und die Meinungen der Generalanwälte widerspiegeln als nur zusammenfassende Wiedergaben. Zudem ist so leichter erkennbar, dass der Gerichtshof in vielen Urteilen viele Passagen z. T. wortgleich wiederholt hat, sodass sich so auch eher nachweisen lässt, ob der Gerichtshof seinen früheren Aussagen „treu“ geblieben ist, oder ob er in späteren Entscheidungen Änderungen vorgenommen hat.

### 1.3 Zur förmlichen Darstellung

Auch die förmliche Darstellung der Rechtssachen weicht von der gängigen Gliederung der Urteile und Schlussanträge insofern ab, als z. B. in der vorliegenden Arbeit bei Vorabentscheidungen die Antwort des EuGH und der Antwortvorschlag des GA nicht erst wie gerichtsüblich am Schluss der jeweiligen (Begründungs-)Erörterungen, sondern – wegen der dadurch möglichen zusammenhängenden Übersicht und Vergleichbarkeit – gleich nach der Wiedergabe der vom vorlegenden Gericht gestellten Vorlagefragen gegeben wird. In Vertragsverletzungssachen erfolgt die Darstellung entsprechend.

Auch kann aus der jeweiligen Angabe des Spruchkörpers, der Dauer der Anhängigkeit des Falls, der Zahl der intervenierenden Beteiligten und der Anzahl der Seiten – die alle in der sonst so nicht vorkommenden Rubrik „prozessuale Anmerkungen“ erfolgen werden – zudem mittelbar auf die Bedeutung der einzelnen Rechtssachen geschlossen werden.

Zur besseren Übersicht werden vom Verf. zugleich zahlreiche Untergliederungen vorgenommen und viele Punkte mit Zwischenüberschriften versehen, die in den Urteilen des Gerichtshofs und in den Schlussanträgen der Generalanwälte nicht unbedingt so vorkommen. Im Allgemeinen werden – zumindest bei den Rsn. der Gruppen 1 und 2 – die Fälle (von Ausnahmen abgesehen) untergliedert in:

- (1) Betreff (und ggf. Vorbemerkung)
- (2) Prozessuale Anmerkungen
- (3) Rechtlicher Rahmen
  - (3.1) *Gemeinschaftsrecht*
  - (3.2) *Mitgliedstaatliches Recht*
- (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren
- (5) Vorlagefragen
- (6) Antwort des Gerichtshofs
- (7) Antwortvorschlag des Generalanwalts (falls Schlussanträge gestellt wurden)
- (8) Würdigung durch den Gerichtshof
- (9) Würdigung durch den Generalanwalt (falls Schlussanträge gestellt wurden)
- (10) Kommentierung

Wegen der meist ausführlichen Darstellung der Wertungen durch den EuGH und den GA können die Kommentierungen mitunter relativ kurz ausfallen. Die Rsn. der Gruppen 3 bis 6 werden z. T. inhaltlich verkürzt dargestellt. Auch braucht in diesen Fällen auf die Schlussanträge der Generalanwälte nicht immer ausführlich eingegangen zu werden.

## 2 Verfahrensrechtliche Anmerkungen

Bei den meisten der nachfolgend dargestellten über 50 Fällen handelte es sich um Vorabentscheidungsersuchen.<sup>382</sup> Dies bedeutet, dass der EuGH mehr oder weniger nur zu den von den mitgliedstaatlichen Gerichten gestellten Einzelfragen Stellung nehmen und sich nicht in einer Gesamtschau zur (ganzen) Problematik des Glücksspielrechts äußern konnte. Der EuGH macht selten von der Möglichkeit eines „obiter dictum“ Gebrauch.

Lediglich der Fall 3.2.11 der Gruppe 2 und die Rsn. 3.3.1, 3.3.3 und 3.3.4 der Gruppe 3 sowie das Urteil 3.6 Belgien vs. Kommission (G6/5) der Gruppe 6 betrafen von der EU-Kommission gerügte Vertragsverletzungen. Bei diesen standen aber nicht die Glücksspiele als solche im Vordergrund, sondern – wie auch bei einigen der Vorabentscheidungsersuchen – andere Fragen wie z. B. Notifizierungspflichten, Steuerregelungen oder unterlassene Transparenz bei einer Konzessionsvergabe u. a.

## 3 Die einzelnen Judikate und Schlussanträge

### 3.1 GRUPPE 1: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen unter ordnungspolitischen und binnenmarktrelevanten Aspekten

#### 3.1.1 Die Rechtssache SCHINDLER (G1/1)

##### (1) Betreff und Vorbemerkung

In diesem ersten EuGH-Urteil, das 1994 zum binnenmarktrelevanten Rechtsbereich der Glücksspiele überhaupt ergangen ist,<sup>383</sup> ging es um Lotterien, und zwar zunächst um die Frage, ob fallrelevant für das (von Großbritannien untersagte) Versenden von Werbematerial und Losen, mit denen zur Teilnahme an einer ausländischen Lotterie aufgefordert wurde, die Warenverkehrsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit einschlägig war. Gleichzeitig ging es aber vor allem darum, ob eine Beschränkung dieser Grundfreiheiten rechtfertigbar war, und welche Gründe bejahendenfalls dafür in Betracht kommen konnten.

##### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen des High Court of Justice of England and Wales war am 18.06.1992 beim EuGH eingegangen. GA Gulmann legte am 16.12.1993 seine 35-seitigen<sup>384</sup> Schlussanträge (mit 128 Nrn. und vielen Unterabsätzen) vor. Der EuGH, der als Plenum tagte, erließ am 24.03.1994 sein 21-seitiges Urteil. Die Verfahrensdauer betrug also rd. 21 Monate.

Am schriftlichen Verfahren hatten sich außer den Gebr. Schindler und der Kommission die belgische, britische, dänische, deutsche, griechische, französische, die luxemburgische, die niederländische und die spanische Regierung beteiligt, die alle – außer der dänischen Regierung – auch an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hatten, in der zusätzlich noch die irische und portugiesische Regierung Stellungnahmen abgegeben haben.

##### (3) Rechtlicher Rahmen

###### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Zu prüfen waren die Art. 30, 36, 56 i. V. m. Art. 66 sowie Art. 59 EWG.<sup>385</sup>

<sup>382</sup> Zur Bindungswirkung solcher Urteile s. Teil D, IV, 7.2.

<sup>383</sup> Zeitlich vorher waren nur die steuerrelevanten Urteile *Berkholz* und *Bergandi* (G2/1 und 2) ergangen.

<sup>384</sup> Die Seitenzahl – auch der nachfolgenden Schlussanträge und Urteile – kann je nach Druckformat der amtlichen Sammlung oder eines Einzelausdrucks schwanken.

<sup>385</sup> Da es in den meisten der nachfolgenden Rsn. um die Bestimmungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit geht, werden diese, um ständige Wiederholungen zu vermeiden, mehrfach nicht mehr eigens genannt. Andere europarechtliche Bestimmungen werden dagegen stets zitiert.

### (3.2) *Britisches Recht*

Nach Section 1 des Lotterien- und Vergnügungsgesetzes von 1976 waren Lotterien in Großbritannien verboten.<sup>386</sup> Das Gesetz ließ als Ausnahmen von diesem Verbot nur bestimmte Formen von Lotterien zu. Im Wesentlichen waren dies kleine Lotterien zu uneigennütigen Zwecken, die von Kirchengemeinden, Vereinen oder auf lokaler Ebene veranstaltet wurden<sup>387</sup>. Große bzw. landesweite Lotterien waren also nicht zulässig. Erst durch das spätere Lotteriegesetz von 1993, das fallbezogen noch nicht relevant war, wurden solche (landesweiten) Lotterien auch in Großbritannien erlaubt. Section 1 des Abgabengesetzes bestimmte in seiner damals geltenden Fassung:

*„Die Einfuhr der folgenden Gegenstände ist untersagt:*

- (i) [...]*
- (ii) Werbematerial oder andere Mitteilungen über oder betreffend die Ziehung oder beabsichtigte Ziehung einer Lotterie, die [...] entgegen einem Gesetz über Lotterien zum Zweck der Veröffentlichung in das Vereinigte Königreich eingeführt wird.“<sup>388</sup>*

### (4) **Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Die Beklagten des Ausgangsverfahrens, die Gebr. Schindler, übten die selbstständige Tätigkeit von Bevollmächtigten der Süddeutschen Klassenlotterie (SKL) aus. Sie versandten von den Niederlanden aus etwa 20.000 Briefe als Massensendung an britische Staatsangehörige. Jeder Brief enthielt ein Schreiben, mit dem der Empfänger zur Teilnahme an einer Ausspielung der SKL aufgefordert wurde, sowie Anmeldeformulare für die Teilnahme an dieser Lotterie und einen vorgedruckten Rückumschlag. Diese Sendungen wurden im Postamt Dover beschlagnahmt, weil sie unter Verstoß gegen das britische Recht eingeführt worden seien,<sup>389</sup> wogegen die Gebr. Schindler Einspruch einlegten. Die Zollbehörden ihrerseits erhoben Klage und beantragten festzustellen, dass die Beschlagnahme rechtmäßig gewesen sei.<sup>390</sup>

### (5) **Vorlagefragen**

Der zuletzt angerufene High Court of Justice hatte dem EuGH sechs Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.<sup>391</sup> Wie aus der Formulierung der Fragen hervorgeht, handelte es sich zweimal um jeweils drei gleichlautende Fragen, einmal die Warenverkehrsfreiheit und zum anderen die Dienstleistungsfreiheit betreffend (Fragen 1 und 4). Sodann ging es um die Beschränkung bzw. Diskriminierung (Fragen 2 und 5) und um die jeweils gleichen Rechtfertigungsgründe (Fragen 3 und 6). Die Fragen lauteten:

- „1) Sind Lose oder Werbematerial für eine Lotterie, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig veranstaltet wird, Waren im Sinne von Art. 30 EWG-Vertrag?*
- 2) Wenn ja, gilt Art. 30 für das Verbot der Einfuhr von Losen oder Werbematerial für große Lotterien durch das Vereinigte Königreich, obwohl die Beschränkungen für die Veranstaltung solcher Lotterien innerhalb des Vereinigten Königreichs nach dessen Recht ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird?*
- 3) Wenn ja, bilden die vom Vereinigten Königreich angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechnete Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit, die die beanstandeten Beschränkungen unter den*

<sup>386</sup> Verboten waren zum damaligen Zeitpunkt nur große, landesweite Lotterien. Der Sportwettenbereich war in Großbritannien dagegen schon damals einer der liberalsten in Europa.

<sup>387</sup> Urteil Schindler (G1/1), C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119, Rn. 7.

<sup>388</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 6.

<sup>389</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rnn. 3–5.

<sup>390</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), GA Gulmann, ECLI:EU:C:1993:944, Nr. 15.

<sup>391</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 12.

*Umständen des vorliegenden Falles entweder nach Art. 36 oder auf andere Weise rechtfertigen?*

- 4) *Stellt die Bereitstellung von Losen oder die Versendung von Werbematerial für eine Lotterie, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig veranstaltet wird, eine Dienstleistung im Sinne von Art. 59 des EWG-Vertrag dar?*
- 5) *Wenn ja, gilt Art. 59 für das Verbot der Einfuhr von Losen oder Werbematerial für große Lotterien durch das Vereinigte Königreich, obwohl die Beschränkungen für die Veranstaltung solcher Lotterien innerhalb des Vereinigten Königreichs nach dessen Recht ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und unabhängig davon gelten, ob die Lotterie innerhalb oder von außerhalb des Vereinigten Königreichs veranstaltet wird?*
- 6) *Wenn ja, bilden die vom Vereinigten Königreich angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechtigte Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit, die die beanstandeten Beschränkungen unter den Umständen des vorliegenden Falles entweder nach Art. 56 i. V. m. Art. 66 oder auf andere Weise rechtfertigen?“*

### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Tenor seines Urteils hat der Gerichtshof die Fragen wie folgt beantwortet:

- „1) *Die Einfuhr von Werbematerial und Losen in einen Mitgliedstaat, um die in diesem Staat wohnenden Personen an einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie teilnehmen zu lassen, gehört zu den ‚Dienstleistungen‘ im Sinne des Art. 60 EWG-Vertrag und fällt folglich in den Anwendungsbereich des Art. 59 EWG-Vertrag.*
- 2) *Nationale Rechtsvorschriften, die wie die britischen Lotterievorschriften, von den dort festgelegten Ausnahmen abgesehen, die Durchführung von Lotterien auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats verbieten, stellen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.*
- 3) *Die Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr stehen Rechtsvorschriften wie den britischen Lotterievorschriften unter Berücksichtigung der Anliegen der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung, die diese Vorschriften rechtfertigen, nicht entgegen.“*

Aus dieser Antwort ist erkennbar, dass der Gerichtshof fallrelevant nicht die Warenverkehrsfreiheit, sondern nur die Dienstleistungsfreiheit für einschlägig ansah.

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Gulmann hatte in Nr. 128 seiner Schlussanträge folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Rechtsvorschriften über die Einfuhr von Losen und Werbematerial für große Lotterien fallen unter Art. 59 EWG-Vertrag, der jedoch einem in diesen Rechtsvorschriften enthaltenen Verbot von Dienstleistungen großer ausländischer Lotterien nicht entgegensteht, wenn ein solches Verbot zu einem allgemeinen Verbot der Veranstaltung solcher Lotterien gehört.“*

GA Gulmann war also ebenfalls nur von der Dienstleistungsfreiheit ausgegangen.

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

*(8.1) Zur 1. und zur 4. Frage, die relevante Grundfreiheit betreffend*

Der Gerichtshof prüfte zunächst die erste und vierte Frage zusammen, also die Grundsatzfrage, welche Grundfreiheit überhaupt betroffen war, d. h. konkret, ob die Warenverkehrsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit relevant war.

Im Rahmen der Zitierung des Parteinovortrags erwähnte der EuGH, dass die belgische, die deutsche, die irische, die luxemburgische und die portugiesische Regierung vorgetragen hätten,<sup>392</sup> „daß Lotterieveranstaltungen nicht zum ‚Wirtschaftsleben‘ im Sinne des EWG-Vertrags gehören. Lotterien seien in den Mitgliedstaaten herkömmlicherweise verboten oder würden ausschließlich aus Gründen des Allgemeininteresses unmittelbar vom Staat oder unter seiner Kontrolle veranstaltet. Den Lotterien liege kein wirtschaftliches Leistungsverhältnis zugrunde, da sie auf dem Zufall beruhten. Schließlich seien Lotterien Erholung oder Spiel und keine wirtschaftliche Tätigkeit [...]“.

Die spanische, die französische, und die britische Regierung sowie die Kommission hätten dagegen geltend gemacht, „daß die Tätigkeit, die in der Veranstaltung von Lotterien bestehe, eine ‚Dienstleistung‘ im Sinne des Art. 60 EWG-Vertrag sei. Diese Tätigkeit betreffe Leistungen, die dem Veranstalter der Lotterie oder den Teilnehmern an dieser Lotterie in der Regel gegen Entgelt erbracht würden und nicht unter die Vorschriften über den freien Warenverkehr fielen“.<sup>393</sup>

Nur die Gebrüder Schindler hätten die Ansicht vertreten, „daß ihre Tätigkeit in den Anwendungsbereich des Art. 30 EWG-Vertrag falle. Das Werbematerial und die Unterlagen, in denen die Ziehung einer Lotterie angekündigt würde oder die diese Ziehung betreffen, seien ‚Waren‘ im Sinne des Vertrages [...]“.<sup>394</sup>

#### (8.2) Zur Vorfrage, ob Lotterien überhaupt vom Vertrag erfasst sind

Das Argument von fünf Mitgliedstaaten, Lotterien gehörten nicht zum Wirtschaftsleben (und würden daher nicht vom EG-Vertrag erfasst), war dem Gerichtshof eine einzige Rn. mit sechs Zeilen wert. Unter Zitierung zweier früherer (nicht glücksspielrelevanter) EuGH-Urteile hielt der EuGH in Rn. 19 lapidar und ohne weitere Begründung fest<sup>395</sup>:

„Zu der Auffassung einiger Regierungen, Lotterien gehörten nicht zum ‚Wirtschaftsleben‘ im Sinne des Vertrages, ist darauf hinzuweisen, daß Einführen von Waren oder entgeltliche Dienstleistungen [...] als Teil des ‚Wirtschaftslebens‘ im Sinne des Vertrages anzusehen sind.“

GA Gulmann ging (s. nachfolgend) auf diese Frage dagegen ausführlicher ein und ebenso (noch ausführlicher) GA Bot später (2008) in der Rs. Liga Portuguesa und (2009) in den Rsn. Sporting Exchange und Ladbrokes (s. u. G1/8 sowie G1/9a und 9b).

#### (8.3) Zur Frage, ob es im Ausgangsstreit um Waren oder Dienstleistungen ging

Es könnte müßig erscheinen, diese Frage zu klären, da vom Ergebnis her gesehen weder die Warenverkehrsfreiheit noch die Dienstleistungsfreiheit ohne das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen beschränkt werden darf. Allerdings war fallrelevant zu bedenken, dass es zum Zeitpunkt des Ausgangsverfahrens, also 1992, noch keinen vollen Binnenmarkt im heutigen Sinne gab; dieser wurde erst zum 01.01.1993 eingeführt.<sup>396</sup> Zwar gab es auch vorher schon entsprechende Beschränkungsverbote, doch noch nicht in der jetzigen Intensität. Bei der Warenverkehrsfreiheit gab es allerdings schon die heute bestehenden Regelungen.

<sup>392</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 16.

<sup>393</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 17.

<sup>394</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 18.

<sup>395</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 19. Zitiert wurden die Urteile v. 14.07.1976 in der Rs. 13/76 (Donà – nicht Dona, wie in der Rs. Schindler angegeben), Slg. 1976, 1331) Rn. 12 und v. 05.10.1988 in der Rs. 196/87 (Steymann, E-CLI:EU:C:1988:475, Slg. 1988, 6159) Rn. 10. In der Rs. Donà war es um sportliche Tätigkeiten gegangen, in der Rs. Steymann um solche religiöser Vereinigungen. Das Urteil Donà ist auch dadurch bekannt geworden, dass es im zweiten Leitsatz festhielt, dass die Dienstleistungsbestimmungen „unmittelbare Wirkungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten [erzeugen] und [...] den Einzelnen Rechte [verleihen], welche die innerstaatlichen Gerichte zu wahren haben.“ Es ging damals um die Vermittlung von Berufsfußballspielern. Allerdings lag dem Fall kein staatlicher Rechtsakt, sondern eine kollektive Regelung zugrunde.

<sup>396</sup> Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, S. XXVIII, und zur Abgrenzung Binnenmarkt/Gemeinsamer Markt, Anmerkungen 10 ff. zu Art. 26 AEUV.

Zur Abgrenzung der Freizügigkeiten führte der Gerichtshof in den Rnn. 21 ff. aus:

- „21 *Das vorliegende Gericht wirft die Frage auf, ob Lotterien nicht zumindest teilweise unter Art. 30 EWG-Vertrag fallen [also unter die Warenverkehrsfreiheit], wenn sie mit der Versendung und Verteilung großer Mengen körperlicher Gegenstände wie Briefe, Werbeprospekte oder Lose [...] verbunden sind.*
- 22 *[...]. Solche Tätigkeiten sind jedoch nur die konkreten Einzelheiten der Veranstaltung [...] und können im Hinblick auf den Vertrag nicht losgelöst von der Lotterie betrachtet werden, auf die sie sich beziehen. Die Einfuhr und die Verteilung von Gegenständen sind kein Selbstzweck [...].*
- 23 *[...Der] Umstand, daß [...] körperliche Gegenstände für die Werbung [versandt] wurden und die hergestellten körperlichen Gegenstände Waren im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs waren, genügt [daher] nicht, um in [der Tätigkeit der Beklagten] lediglich eine Ausfuhr oder Einfuhr zu sehen.*
- 24 *[...]*
- 25 *Diese Tätigkeiten sind vielmehr als ‚Dienstleistungen‘ im Sinne des Vertrages anzusehen.“*

Zu den Dienstleistungen sagte der Gerichtshof in den Rnn. 27–29 weiter:

- „27 *Im vorliegenden Fall geht es um Leistungen, die der Veranstalter der Lotterie erbringt, indem er die Käufer von Losen an einem Glücksspiel, das ihnen eine Gewinnchance eröffnet, teilnehmen lässt und zu diesem Zweck die Einsammlung der Einsätze, die Veranstaltung der vom Zufall bestimmten Ziehungen sowie die Festsetzung und die Auszahlung der Preise oder Gewinne sicherstellt.*
- 28 *Diese Leistungen werden in der Regel gegen ein Entgelt erbracht, das in dem Preis für das Los besteht.*
- 29 *Die betreffenden Leistungen sind grenzüberschreitende Leistungen, wenn sie wie im Ausgangsrechtsstreit in einem anderen Mitgliedstaat angeboten werden als in dem, in dem der Veranstalter der Lotterie niedergelassen ist.“*

Da sich „die Lotterien weder nach den Vertragsvorschriften über den freien Warenverkehr [...], noch nach den Vorschriften über die Freizügigkeit, die nur den Ortswechsel von Personen betreffen, noch nach den Regeln über den freien Kapitalverkehr [richten], der nur die Bewegungen von Kapital betrifft, nicht aber die Gesamtheit der für die wirtschaftlichen Tätigkeiten erforderlichen Zahlungen“, erfüllten für den Gerichtshof die Lotterien alle vertragskonformen Kriterien einer Dienstleistung.<sup>397</sup>

Die strenge Regelung der Lotterien und ihre behördliche Kontrolle waren für den Gerichtshof gleichgültig, da sie nicht zu einem völligen Verbot der Glücksspiele führten. „Somit können Lotterien nicht als Tätigkeiten angesehen werden, die wegen ihrer Schädlichkeit in allen Mitgliedstaaten verboten sind und im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht in die Nähe von Tätigkeiten gerückt werden könnten, die sich auf unerlaubte Erzeugnisse beziehen.“<sup>398</sup>

Nun folgte noch ein entscheidender Satz:

„Lotterien mögen für sittlich zumindest fragwürdig gehalten werden, doch ist es nicht Sache des Gerichtshofes, die Beurteilung, die der Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten vorgenommen hat, in denen diese Tätigkeit rechtmäßig ausgeübt wird, durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen.“<sup>399</sup>

<sup>397</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 30.

<sup>398</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rnn. 31 und 32. Der Gerichtshof zitierte in diesem Zusammenhang das Urteil v. 28.02.1984 in der Rs. 294/82, ECLI:EU:C:1984:81, (Einberger, Slg. 1984, 1177), das den Handel mit Betäubungsmitteln betraf.

<sup>399</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 32 am Schluss. In diesem Zusammenhang verwies der EuGH auf sein Urteil v. 04.10.1991 in der Rs. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378, (Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd./Grogan

Die Zufälligkeit der Lotteriegewinne war für den EuGH ebenfalls kein Grund, davon auszugehen, dass kein Entgelt und keine Gegenleistung im klassischen Sinne einer Dienstleistung vorliege. Er sagte dazu:

*„[...] Die gewöhnlichen Tätigkeiten im Rahmen einer Lotterie bestehen [...] in der Zahlung eines Betrags durch einen Spieler, der auf einen Gewinn oder einen Preis als Gegenleistung hofft. Die Zufallsabhängigkeit dieser Gegenleistung nimmt dem Austausch nicht seinen wirtschaftlichen Charakter.“<sup>400</sup>*

Auch der Unterhaltungscharakter, den eine Lotterie, ebenso wie der Amateursport, haben kann, war für den EuGH kein Hindernis, nicht von einer Dienstleistung auszugehen. Er meinte dazu:

*„[...] Dieses spielerische Element nimmt der Lotterie jedoch nicht den Charakter einer Dienstleistung. Lotterien verschaffen nicht nur den Spielern, wenn auch nicht immer einen Gewinn, so doch zumindest eine Gewinnchance, sondern erbringen auch einen Gewinn für den Veranstalter. Sie werden nämlich von Privatpersonen oder von der öffentlichen Hand mit Gewinnerzielungsabsicht<sup>401</sup> betrieben, da in der Regel nicht die Gesamtheit der von den Spielern eingesetzten Beträge wieder in Form von Gewinnen oder Preisen ausgeschüttet wird.“<sup>402</sup>*

Die Verwendung der Lottoeinnahmen für wohltätige und vergleichbare Zwecke war für den EuGH zur Bestimmung der Rechtsnatur der Lotterie ebenfalls unbeachtlich. Er führte dazu aus:

*„Zwar dürfen in vielen Mitgliedstaaten die durch eine Lotterie erzielten Gewinne nach dem Gesetz nur für bestimmte Zwecke, namentlich solche von Allgemeininteresse, verwendet werden oder müssen sogar dem Staatshaushalt zugeführt werden, doch ändern diese Vorschriften über die Verwendung der Gewinne nichts an der Natur der betreffenden Tätigkeit und nehmen ihr nicht den wirtschaftlichen Charakter.“<sup>403</sup>*

Der EuGH ging also fallbezogen (nur) von der Dienstleistungsfreiheit aus, womit zugleich auch die vierte Frage beantwortet war.

#### *(8.4) Zur 2. und zur 3. Frage – zur Warenverkehrsfreiheit und deren Beschränkung*

Da der Gerichtshof die Warenverkehrsfreiheit für nicht einschlägig ansah, hielt er die Beantwortung der zweiten und 3. Frage zur Diskriminierung, dem Vorliegen einer Beschränkung sowie zu deren Rechtfertigungsgründen insoweit nicht für erforderlich.

#### *(8.5) Zur 5. Frage – zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit*

Der Gerichtshof meinte, nationale Rechtsvorschriften, die in der Praxis diskriminierend seien, beschränkten in jedem Fall den freien Dienstleistungsverkehr. Das damalige generelle Verbot hatte aber – von den genannten kleineren Ausnahmen abgesehen – „unterschiedslose Geltung“<sup>404</sup> für alle Anbieter von (größeren) Lotterien. Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit lag für den EuGH also nicht vor. Dennoch sah er in der Regelung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und sagte dazu:

*„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs [...] können nationale Rechtsvorschriften selbst bei unterschiedsloser Geltung unter Art. 59 EWG-Vertrag fallen, wenn sie geeignet*

---

u. a., Slg. 1991, I – 4685) Rn. 20. In dieser Rs. hatte der Gerichtshof festgehalten: „[Der ärztliche] Schwangerschaftsabbruch, der im Einklang mit dem Recht des Staates vorgenommen wird, in dem er stattfindet, stellt eine Dienstleistung [...] dar“. Der EuGH hielt dabei aber zugleich fest, dass es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt sei, Studentenvereinigungen die Verbreitung von Adressen von ausländischen Kliniken, die zu Schwangerschaftsabbrüchen bereit seien, zu verbieten.

<sup>400</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 33.

<sup>401</sup> In späteren Urteilen relativierte der Gerichtshof diese Aussage und sprach lediglich noch davon, dass die Erzielung von Einnahmen kein Hauptzweck, sondern nur eine erfreuliche Nebenfolge sein dürfe. (Siehe unten die Rs. Zenatti – G1/3.)

<sup>402</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 34.

<sup>403</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 35.

<sup>404</sup> So die meistverwendete Ausdrucksweise (des EuGH) bei einer Nichtdiskriminierung.

*sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig andere Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.*<sup>405</sup>

#### (8.6) Zur sechsten Frage – Zu den Rechtfertigungsgründen

In dieser Frage ging es darum, ob die angeführten Gründe der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung berechnete Erwägungen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sittlichkeit seien, die die beanstandeten Beschränkungen rechtfertigen könnten. Der Gerichtshof ging dabei – über die Frage hinausgehend – zunächst auf das Vorbringen der Kommission und der Gebrüder Schindler ein, die vorgetragen hatten, die britischen Lotterievorschriften seien, wenn auch nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit, so doch in der Praxis dadurch diskriminierend, dass kleine Lotterien erlaubt seien. Die gleichzeitige Veranstaltung mehrerer kleinerer Lotterien durch ein und dieselbe Person komme der Veranstaltung einer großen Lotterie gleich. Zum anderen sei auch die erlaubte Veranstaltung von Glücksspielen wie Fußballtoto oder Bingo großen Lotterien vergleichbar.<sup>406</sup> Obwohl damals der Begriff der Kohärenz noch nicht verwandt wurde, ging es letztlich doch um diese Nicht-Gleichbehandlung der verschiedenen Spielarten. Dazu meinte der EuGH allerdings:

*„Aber selbst wenn es bei den im Vereinigten Königreich zugelassenen Spielen zu Einsätzen in einer Höhe kommen kann, die mit denen bei großen Lotterien vergleichbar sind, und auch bei jenen der Zufall eine bedeutende Rolle spielt, unterscheiden sich diese Spiele hinsichtlich ihres Gegenstands, ihrer Regeln sowie der Einzelheiten ihrer Durchführung doch von den großen Lotterien [...]. Ihre Lage ist somit eine andere als die der nach den britischen Rechtsvorschriften verbotenen Lotterien, und sie können diesen [...] nicht gleichgestellt werden.“*<sup>407</sup>

Zusätzliche Begründungen für diese Aussage machte der EuGH damals allerdings nicht.

Im Rahmen der weiteren Prüfung der Rechtfertigungsgründe verwies der Gerichtshof<sup>408</sup> auf die „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses.“

Das vorliegende Gericht beschränke sich fallbezogen auf folgende Ziele, die die Rechtsvorschriften erreichen wollten:

*„Sie sollten Straftaten verhindern und sicherstellen, daß die Spieler fair behandelt werden, eine Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen, die im Übermaß betrieben mit sozial-schädliche Folgen verbunden sind, verhindern, und dafür sorgen, daß Lotterien nicht zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet werden können, sondern ausschließlich zu wohltätigen oder sport- oder kulturfördernden Zwecken.“*<sup>409</sup>

Der Gerichtshof, der diese Gründe akzeptierte, führte weiter aus:

*„Diese Gründe, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, beziehen sich auf den Schutz der Empfänger der Dienstleistung und, allgemeiner, der Verbraucher sowie den Schutz der Sozialordnung. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, daß diese Gründe zu denjenigen gehören, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können.“*<sup>410</sup>  
[Hervorhebungen – auch die nachfolgenden – durch den Verf.]

<sup>405</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 43. In diesem Zusammenhang zitierte der EuGH sein Urteil v. 25.07.1991 in der Rs. C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, (Säger, Slg. 1991, I-4221) Rn. 12. (Zum Inhalt des Urteils Säger s. Fn. 351).

<sup>406</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 49.

<sup>407</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 51.

<sup>408</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 54.

<sup>409</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 57.

<sup>410</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 58. Der Gerichtshof verwies in diesem Zusammenhang auf seine Urteile v. 18.01.1979 in den verbundenen Rechtssachen 110/78 und 111/78 (Van Wesemäl, Slg. 1979, 35) Rn. 28; v. 04.12.1986 in der Rs. 220/83 (Kommission vs. Frankreich, Slg. 1986, 3663) Rn. 20 und v. 24.10.1978 in der Rs. 15/78 (Société générale alsacienne de banque, Slg. 1987, 1971) Rn. 5.

Zu den Rechtfertigungsgründen hielt der EuGH in den Rnn. 60 und 61 weiter fest:

- „60 Zunächst einmal können nämlich die **sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen**,<sup>411</sup> die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ebenso wie zu den anderen Glücksspielen angestellt werden, nicht außer Betracht bleiben. Sie sind allgemein darauf gerichtet, die Ausübung von Glücksspielen zu begrenzen oder sogar zu verbieten und zu verhindern, daß sie zu einer Quelle persönlichen Gewinns werden. Sodann ist festzustellen, daß die Lotterien angesichts der Höhe der Beträge, die durch sie eingenommen werden können, und der Höhe der Gewinne [...] die Gefahr von Betrug und anderen Straftaten erhöhen. Außerdem verleiten sie zu Ausgaben, die schädliche, persönliche und soziale Folgen haben können. Schließlich ist, ohne daß dies allein<sup>412</sup> als sachliche Rechtfertigung angesehen werden könnte, nicht ohne Bedeutung, daß Lotterien in erheblichen Maße zur Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten wie sozialer oder karitativer Werke, des Sports oder der Kultur beitragen können.
- 61 Diese Besonderheiten rechtfertigen es, daß die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse [...] zur Regelung der Glücksspiele erforderlich sind].“ [Hervorhebungen durch Verf.]

Der Gerichtshof hielt also infolge des Vorliegens der genannten Gründe die britische Verbotregelung für rechtfertigbar.

## (9) Würdigung durch den Generalanwalt

### (9.1) Zur Frage, ob Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit sind

GA Gulmann hatte sich zunächst ausführlicher mit der Vorfrage befasst, ob Glücksspiele überhaupt binnenmarktrelevant sein können. Im Hinblick auf diese Vorfrage war er allerdings zum gleichen Ergebnis wie später der EuGH gekommen. Er hatte in den Nrn. 18–23 – nachdem er zuvor in den Nrn. 5 ff. Zahlen zum wirtschaftlichen Umfang des damaligen Lotteriemarktes und Angaben zu den Arten der Glücksspiele gemacht hatte, auf die der Gerichtshof jedoch gar nicht erst einging – zur Binnenmarktrelevanz festgehalten:

- „18 Mehrere Mitgliedstaaten machen geltend, daß Lotterien entweder überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des Vertrags fallen oder zumindest nicht unter die Vertragsvorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr. [...].
- 19 Das entscheidende und durchgängige Argument für diese Auffassung ist, daß der Vertrag nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung der in Art. 2 des Vertrags<sup>413</sup> festgelegten Ziele anwendbar sei und die Tätigkeiten im Lotteriewesen keine solchen wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellten. In diesem Zusammenhang wird u. a. auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs verwiesen, nach der

<sup>411</sup> Die Betonung der sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen erfolgt praktisch in allen nachfolgenden ordnungspolitischen Glücksspielurteilen.

<sup>412</sup> Als alleinigen Rechtfertigungsgrund hat der EuGH die Einnahmenerzielung also von Anfang an nicht angesehen.

<sup>413</sup> Der damals geltende Art. 2 EWG hatte folgenden Wortlaut (Hervorhebungen durch den Verf.): „Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines **Gemeinsamen Marktes** und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind.“ Dieser Artikel wurde in einer erweiterten Fassung zu Art. 2 EU, der in seinem ersten UAbs lautete: „Die Union setzt sich folgende Ziele: die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts und eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie die Herbeiführung einer ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung insbesondere durch Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen, durch Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts [und].“ Dieser Artikel wurde mittlerweile Art. 3 Abs. 3 EUV, der in seinen ersten beiden Unterabsätzen wie folgt lautet: „Die Union errichtet einen **Binnenmarkt**. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine im hohen Maße wettbewerbsfähige **soziale Marktwirtschaft**, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt [...] hin [...]. Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen [...]“. [Hervorhebungen durch Verf.]

*nichtwirtschaftliche Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich des Vertrags fielen; das ergebe sich aus den Urteilen in den Rechtssachen Walrave und Dona,<sup>414</sup> nach denen bestimmte Sporttätigkeiten wegen ihres fehlenden wirtschaftlichen Charakters nicht vom Vertrag umfasst seien. Weiter wird auf Art. 58 EWG-Vertrag<sup>415</sup> verwiesen, nach dem der Vertrag nur auf Gesellschaften Anwendung finde, die einen Erwerbszweck verfolgten. [...]. Als Argument wird auch angeführt, daß Glücksspiele in einigen Mitgliedstaaten, jedenfalls in Deutschland, als unter das öffentliche Recht fallend angesehen würden.“*

GA Gulmann teilte diese Meinung jedoch nicht und sagte dazu in den Nrn. 20–22:

- „20 [...] Die von den Mitgliedstaaten angeführten Umstände zeigen, daß Glücksspiele gesellschaftlich eine **Sonderstellung** gegenüber den meisten normalen wirtschaftlichen Tätigkeiten haben. Es handelt sich [aber ...] nicht um Umstände, die die Anwendung des Vertrags als solchen oder seiner Vorschriften über Dienstleistungen grundsätzlich ausschließen.
- 21 Die Vorschriften des Vertrags – in der Auslegung durch den Gerichtshof<sup>416</sup> – bieten keine Grundlage, um dessen Anwendungsbereich eng zu halten. [...]. Es geht um eine ganz besondere Form wirtschaftlicher Tätigkeit. [...]. Die betreffenden Leistungen – Teilnahme an der Lotterie mit der sich daraus ergebenden Gewinnchance – werden gegen Entgelt erbracht und der durch die Tätigkeit erzielte Gewinn ist ungeachtet seiner Verwendung wirtschaftlicher Art. [...].
- 22 Es sind keine überzeugenden Gründe dafür angeführt worden, daß Glücksspiele, hierunter Lotterien, vom Vertrag grundsätzlich nicht umfasst seien. [...].“<sup>417 418</sup>  
[Hervorhebungen durch Verf.]

Im Hinblick auf die Abgrenzung der infrage kommenden Grundfreiheiten war GA Gulmann – wie nachher der Gerichtshof – von der Dienstleistungsfreiheit ausgegangen und sagte dazu:

*„[...] Es gibt keinen besonderen Grund, Lose als Waren zu behandeln. Sie sind der Beleg dafür, dass der Eigentümer des Loses für das Recht der Teilnahme an der Lotterie bezahlt*

<sup>414</sup> Urteil v. 12.12.1974 in der Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, (Walrave, Slg. 1974, 1405) und Urteil v. 14.07.1976 in der Rechtssache 13/76, ECLI:EU:C:1976:115, (Dona [in Wirklichkeit Donà], Slg. 1976, 1333).

<sup>415</sup> Diese Bestimmung wurde später Art. 48 Abs. 2 EG und ist jetzt Art. 54 UAbs. 2 AEUV, der wie folgt lautet: „Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und den sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts **mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.**“ [Hervorhebungen durch Verf.].

<sup>416</sup> In seiner Fußnote 11 zitierte GA Gulmann hierzu folgende Judikate: Urteil v. 05.10.1988 in der Rs. 196/87, ECLI:EU:C:1988:475, (Steymann, Slg. 1988, 6159), das die Anwendung des Vertrags auf wirtschaftliche Tätigkeiten religiöser Vereinigungen betraf; Urteil v. 02.02.1989 in der Rs. 186/87, ECLI:EU:C:1989:47, (Cowan, Slg. 1989, 195), und das zitierte Urteil v. 04.10.1991 in der Rechtssache C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378, (Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd., Slg. 1991, I-4685). Zur Rs. Cowan wäre Folgendes anzumerken: Der britische Staatsbürger Cowan wurde in Frankreich – unschuldig und unbeteiligt – Opfer einer Schlägerei. Das französische Recht sah eine staatliche Entschädigung einheimischer Opfer nicht aufgeklärter Gewalttaten vor, die Cowan als Ausländer jedoch verweigert wurde. Da er sich aber als Tourist und somit als Dienstleistungsempfänger (Hotelübernachtungen, Einnahme von Mahlzeiten usw.) in Frankreich aufgehalten hatte, war dies eine Diskriminierung, die der EuGH beanstandete. Zum Urteil Cowan s. auch *Geiger/Khan*, Europarecht, Frage 616, S. 312.

<sup>417</sup> In der hierzu vom GA gemachten Fn. 12 heißt es: „Daß die betreffende Tätigkeit in dem einen oder in mehreren Mitgliedstaaten nicht als eine privatrechtliche wirtschaftliche Tätigkeit angesehen wird, ist ohne Bedeutung. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Vertrags muss zwangsläufig auf der Grundlage einer autonomen Auslegung des Vertrags erfolgen, die nicht von der Begriffsbestimmung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten abhängen kann.“ (Das Gleiche gilt übrigens, wenn die Übersetzungen europäischer Rechtsakte in die nationalen Sprachen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat abweichen. Auch hier gilt nicht die Auslegung, die sich – gewissermaßen „summarisch“ – aus den meisten Sprachfassungen ergibt, sondern nur die autonome Auslegung anhand europarechtlicher Kriterien) S. zu den sprachlichen Aspekten auch *Alber*, Die Rolle der deutschen Sprache im Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: *Lohse* (Hrsg.), Die deutsche Sprache in der Europäischen Union, Baden-Baden 2004, S. 51 ff.

<sup>418</sup> All diese Punkte wurden, wie schon erwähnt, später von GA Bot in seinen Schlussanträgen zu den Rsn. Liga Portuguesa (G1/8) sowie Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9 a und b) erneut und detaillierter thematisiert, ohne dass der Gerichtshof auch dort näher darauf eingegangen wäre. Erst in der Rs. Dickinger und Ömer (G1/16) sah GA Bot diesen Aspekt differenzierter.

*hat, d. h. für die Chance, als Gewinner eines der Gewinne dieser Lotterie ausgelost zu werden. Der Kauf eines Loses entspricht in diesem Zusammenhang dem Abschluss einer Versicherung oder dem Kauf einer Beförderungsleistung, wo der vom Leistungserbringer ausgestellte Beleg über den Kauf der Dienstleistung – die Versicherungspolice oder die Fahrkarte – keine Waren im Sinne des Vertrags sind. [...].*<sup>419</sup>

#### (9.2) Zur Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten

GA Gulmann befasste sich zugleich allgemeiner und ausführlicher mit dem Recht der Mitgliedstaaten, die Tätigkeiten im Lotteriewesen zu regeln. Dazu führte er aus:

*„Solange das [...] Gebot der Gleichbehandlung [...] eingehalten wird, kann [...] davon ausgegangen werden, daß die Mitgliedstaaten ohne Verstoß gegen den EWG-Vertrag Tätigkeiten im Lotteriewesen in der Weise regeln können, daß*

- diese ganz oder teilweise verboten werden,*
- Anforderungen an eine verantwortliche Ausübung der zugelassenen Tätigkeit gestellt werden,*
- der Gewinn allein zu öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken verwendet wird und*
- das Angebot an Lotterien jedenfalls in gewissem Umfang begrenzt werden kann.*<sup>420</sup>

Für den GA konnten eher Zweifel bestehen, ob die Mitgliedstaaten *„[...] das Angebot dadurch begrenzen dürfen, daß sie die betreffende Tätigkeit ausschließlich einem oder wenigen Unternehmen oder evtl. der öffentlichen Hand selbst vorbehalten.“*<sup>421</sup>

Wohl ausgehend von dem vom EuGH entwickelten Grundsatz, dass Abweichungen von der unbeschränkten Ausübung einer Grundfreiheit als Ausnahmen von den allgemeinen Regeln eng auszulegen sind, meinte der GA:

*„Es müssen gute Gründe vorliegen, um die allgemeinen Marktmechanismen außer Kraft zu setzen. In einer offenen Marktwirtschaft müssen grundsätzlich die Marktkräfte und nicht die staatlichen Regelungen dafür maßgebend sein, wie groß das Angebot an bestimmten Waren oder Dienstleistungen sein soll.“*<sup>422</sup>

Die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe zur Beschränkung der einschlägigen Grundfreiheiten hielt der GA jedoch (generell gesehen) für überzeugend genug, um solche Eingriffe in die Marktmechanismen zu akzeptieren.

Bezüglich der Niederlassungsvorschriften stand für GA Gulmann fest, dass es nicht völlig verboten sei, bestimmte Formen beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten einem oder wenigen Unternehmen vorzubehalten, darunter evtl. öffentlichen Unternehmen oder Unternehmen in staatlicher Regie. Der EWG-Vertrag verlange aber, dass es allgemeine Gründe sein müssten, die mit dem System des Vertrages vereinbar seien und die es geboten sein ließen, auf diese Weise Ausnahmen vom gleichen Zugang zur Berufs- oder Gewerbeausübung zu machen<sup>423</sup>. Fraglich sei in diesem Zusammenhang aber, ob der Zugang zur Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten im Lotteriewesen von einer Bedarfsprüfung abhängig gemacht werden dürfe<sup>424</sup>. Der GA verfolgte diese Problematik jedoch nicht weiter, da es im relevanten Fall Schindler nicht um die freie Berufsausübung als solche ging.

<sup>419</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 27.

<sup>420</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 38.

<sup>421</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 39.

<sup>422</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 41.

<sup>423</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 39.

<sup>424</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 40.

### (9.3) Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung

Bezüglich der Dienstleistungsvorschriften konzentrierte sich GA Gulmann auf die Frage, „welche Grenzen für das Recht der Staaten gelten, die Anwendbarkeit ihres Rechts auch auf ausländische Dienstleistungserbringer zu erstrecken“<sup>425</sup>. Er sagte dazu:

*„Die weitestgehende Konsequenz einer Anwendung der Vorschriften des Vertrags über Dienstleistungen auf die die ausländischen Lotterien betreffenden Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten wäre, daß die Dienstleistungen von Unternehmen, die nach dem Recht ihres Heimatstaats rechtmäßig eine Lotterie betreiben, in dem Bestimmungsstaat voll anerkannt werden. Dies würde bedeuten, daß die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über Lotterien grundsätzlich vollständig gegenseitig anerkennen.“*<sup>426</sup>

Dabei wäre natürlich zu überlegen – so der GA weiter –, inwieweit der Bestimmungsstaat auch von ausländischen Dienstleistungserbringern verlangen könne, „daß deren Tätigkeit nach Regeln ausgeübt wird, die im Hinblick auf den Schutz der Interessen des Verbrauchers und der Gesellschaft eine hinreichende Garantie für einen verantwortungsvollen Betrieb bieten“, und ob er von ausländischen Erbringern der Dienstleistungen „in der gleichen Weise wie von eigenen Unternehmen verlangen kann, daß der Gewinn in jedem Fall öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken zugeführt wird.“<sup>427</sup>

Die wichtigste Frage für den GA in diesem Zusammenhang war allerdings die, ob dem Bestimmungsstaat Möglichkeiten einzuräumen seien, das Angebot an Lotterien zu begrenzen. Würden solche Möglichkeiten nicht eingeräumt, würde in jedem einzelnen Mitgliedstaat die Marktsituation so aussehen, dass die staatseigenen Lotterien ihre Dienstleistungen anbieten würden und gleichzeitig alle Lotterien, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig betrieben werden, das Gleiche tun könnten. In diesem Fall wäre für den einzelnen Staat eine Begrenzung des Angebots wirklich unmöglich, da das Gesamtangebot auf dem Markt von dem in anderen Staaten zugelassenen Angebot abhinge; gleichzeitig würde eine Marktsituation entstehen, in der große Lotterien – in erster Linie die mit einem großen „Heimmarkt“ – erhebliche Wettbewerbsvorteile hätten, da sie dem Verbraucher die höchsten Prämien anbieten könnten, und somit die Gefahr bestünde, dass kleinere Lotterien und die Lotterien der kleineren Staaten vom Markt gedrängt würden. Der GA äußerte sich zu dieser Problematik<sup>428</sup> jedoch nicht weiter.

### (9.4) Zur Dienstleistungsfreiheit und zu ihrer Beschränkung

Im Hinblick auf die fünfte Frage, also zur Geltung von Art. 59 EWG, bestand für den GA<sup>429</sup> weitgehende Übereinstimmung zwischen der Rechtsprechung zu Art. 30 EWG und derjenigen zu Art. 59 EWG. Allerdings sei der Dienstleistungsbereich „jedoch bis zu einem gewissen Grad anders als der Warenbereich, vor allem wegen des entscheidenden persönlichen Elements bei vielen Dienstleistungen und der daraus folgenden Bedeutung der Unterscheidung zwischen den für den Zugang zu dem betreffenden Beruf oder Gewerbe geltenden Voraussetzungen (persönliche Qualifikationen u. a.) und den für die Ausübung des Berufs oder Gewerbes geltenden Voraussetzungen.“

Andererseits sei durch die von der EuGH-Rechtsprechung, in der es um die beim Warenverkehr vorgenommene Unterscheidung zwischen „produktbezogenen Merkmalen“ und bloßen „Verkaufsmodalitäten“ ging – Letztere führen u. U. nicht zu einer Beschränkung – klargestellt worden, dass nicht jede Beschränkung eine solche im Sinne des freien Warenverkehrs ist. (Ob diese Unterscheidung auch auf Dienstleistungen übertragbar ist, ist strittig.) Die Rspr. des EuGH zu-

<sup>425</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 43.

<sup>426</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 46.

<sup>427</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 47 und 48.

<sup>428</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 49. Dieser Aspekt wurde vor allem von Portugal in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) wieder vorgetragen.

<sup>429</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 56.

sammenfassend könne man sagen, „daß alle diskriminierenden Maßnahmen unter Art. 59 [EWG] fallen können [...]“.<sup>430</sup>

#### (9.5) Zur Frage der Diskriminierung

Was nun eine eventuelle Diskriminierung anbelange, so sei – so der GA weiter – von den Beklagten und der Kommission auf die (erlaubten) Tätigkeiten der örtlichen Lotterien und der privaten Unternehmen, die Fußballwetten veranstalteten, hingewiesen worden. Diese Konkurrenzunternehmen würden mittelbar geschützt, und damit seien die streitigen Rechtsvorschriften diskriminierend.<sup>431</sup> Der GA teilte diese Auffassung nicht, denn nichts deute darauf hin, dass die Regelungen zum Schutz der kleineren Lotterien erlassen worden seien.<sup>432</sup>

Der GA ging sodann auf die weitere Frage ein, ob die Zulassung einer großen staatlichen Lotterie im Inland Bedeutung für eine Diskriminierung ausländischer Anbieter habe. Eine solche landesweite Lotterie wurde allerdings im Vereinigten Königreich erst 1993 – nicht 1991, wie in Nr. 73 wohl in Folge eines Schreibfehlers angegeben – eingeführt. Dazu meinte der GA,<sup>433</sup> es könnten sehr wohl in einem Land Vorschriften gelten, die ausländische Unternehmen daran hinderten, Dienstleistungen zu erbringen – selbst wenn dies inländischen Unternehmen erlaubt sei –, ohne dass diese Vorschriften als diskriminierend zu qualifizieren seien. Das typische Beispiel seien innerstaatliche Vorschriften, nach denen eine bestimmte Tätigkeit nur von Unternehmen ausgeübt werden könne und dürfe, die im Inland niedergelassen seien. Solche Vorschriften bedeuteten (zwar) „die Negation“ der Dienstleistungsfreiheit,<sup>434</sup> die aber dann möglich sei, wenn die streitige Maßnahme objektiv notwendig sei. Außerdem lege der Gerichtshof Art. 56 EWG restriktiv aus. Er habe darauf hingewiesen, dass die in der Bestimmung genannten Ausnahmegründe nur geltend gemacht werden könnten, wenn eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung [vorliege], die ein **Grundinteresse** der Gesellschaft [berühre].“<sup>435</sup> [Hervorhebungen durch Verf.] Für den GA lag also keine Diskriminierung, wohl aber eine Beschränkung vor.

#### (9.6) Zu den Rechtfertigungsgründen

Die in Glücksspielfällen ständig vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Suchtbekämpfung, des Schutzes vor kriminellen Handlungen usw. wurden alle vom GA akzeptiert, sodass insoweit keine längeren Anmerkungen zu machen sind.

Der GA stimmte zudem mit den Ausführungen der Mitgliedstaaten überein, dass die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe nicht isoliert voneinander betrachtet werden könnten. Es sei jedoch notwendig, die Gründe (vor ihrer Gesamtwürdigung) einzeln durchzugehen. Dazu prüfte er die Beschränkungen unter drei Aspekten:

- dem Schutz der Verbraucher und der Gesellschaft vor Betrug und anderen Straftaten,<sup>436</sup>
- der Begrenzung des Angebots<sup>437</sup> und
- der Verwendung der Einnahmen.<sup>438</sup>

<sup>430</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 57. GA Gulmann verwies insoweit (in der Fn. 25 zur Nr. 57 seiner Schlussanträge) auf das Urteil v. 24.11.1993 in den verb. Rsn. C-267/91, ECLI:EU:C:1993:905, und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097), dem Standardurteil zur Frage der Abgrenzung zwischen produktbezogenen Maßnahmen und Verkaufsmodalitäten. Dieser Aspekt spielte in der Rs. Familiapress (G5/1) eine Rolle (s. dort). Im Fall Schindler konnte diese Frage eigentlich übergangen werden, wie es der Gerichtshof auch tat. Mit diesen Aspekten hat sich auch die GA in Stix-Hackl in der Rs. Omega (G4/1) auseinandergesetzt.

<sup>431</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 66.

<sup>432</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 67.

<sup>433</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 74.

<sup>434</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 74. Der GA zitierte insoweit das Urteil des Gerichtshofs v. 04.12.1986 in der Rs. 205/84, ECLI:EU:C:1986:463, (Kommission vs. Deutschland, Slg. 1986, 3755) Rn. 52.

<sup>435</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 77. In diesem Zusammenhang erwähnte der GA das Urteil v. 27.10.1977 in der Rs. 30/77, ECLI:EU:C:1977:172, (Bouchereau, Slg. 1977, 1999) Rn. 35.

<sup>436</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 92 ff.

<sup>437</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 98 ff.

<sup>438</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 107 ff.

Was den Schutz vor kriminellen Aktivitäten anbelangt, so machte GA Gulmann zunächst deutlich, dass die von den Gebrüdern Schindler eingeführten Lose als Lose der Süddeutschen Klassenlotterie solche einer mitgliedstaatlich genehmigten und kontrollierten Lotterie waren. Für den GA stand damit fest, „dass die Vorschriften, die für die Süddeutsche Klassenlotterie gelten, und deren Kontrolle in hohem Maße Sicherheit gegen Missbrauch bieten“.<sup>439</sup>

Es sei nun vorgetragen worden, dass der angegebene Rechtsgrund der Bekämpfung der Kriminalität „jedenfalls nicht in der vorliegenden Rechtssache die streitigen Beschränkungen rechtfertigen könne, weil er nur insoweit geltend gemacht werden könne, als das Lotterieunternehmen, das die betreffenden Dienstleistungen erbringe, nicht bereits in seinem Heimatland einer ausreichenden Regelung für seine Tätigkeit und ausreichenden Kontrollen unterliege, die der Regelung und der Kontrollen in dem Land, in dem die Dienstleistung erbracht werde, entsprächen“<sup>440</sup>. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs – so der GA weiter – „kann der Bestimmungsstaat von ausländischen Dienstleistungserbringern die Einhaltung seiner eigenen Vorschriften nicht verlangen, wenn die diesen Vorschriften zugrundeliegenden Erwägungen in den eigenen Rechtsvorschriften des Dienstleistungserbringers bereits berücksichtigt worden sind (Äquivalenzprinzip)“.<sup>441</sup> Anschließend machte der GA allerdings eine gewisse Einschränkung, indem er ausführte:

*„In unserem konkreten Fall lässt sich sicherlich argumentieren, daß das Äquivalenzprinzip schwer anzuwenden sei, da größere Lotterien zu dem im Ausgangsrechtstreit maßgeblichen Zeitpunkt im Vereinigten Königreich verboten gewesen seien und deshalb kein Schutzniveau festgelegt gewesen sei, mit dem das für den ausländischen Dienstleistungserbringer maßgebliche Schutzniveau hätte verglichen werden können.“<sup>442</sup>*

Für den GA war dies zwar nur ein formeller Einwand, denn er sagte in der gleichen Nr. weiter:

*„[Insoweit ist jedoch] ein Vergleich mit dem Schutz möglich, den das Vereinigte Königreich den Verbrauchern im Zusammenhang mit den örtlichen Lotterien und vergleichbaren Glücksspielen wie Fußballtoto bietet, und im Übrigen heute auch mit dem Schutz der dem Verbraucher bei der neuen staatlichen Lotterie geboten wird.“*

Konkretere Folgerungen zog der GA daraus nicht. Er fügte nur hinzu:

*„Daß der hier in Rede stehende Grund [des Missbrauchs] in dem konkreten Fall nicht angeführt werden kann, um die Tätigkeit der Süddeutschen Klassenlotterie im Vereinigten Königreich auszuschließen, bedeutet natürlich nicht, daß die Mitgliedstaaten in anderen Fällen ausländischen Lotterien nicht doch den Zugang zu ihren Märkten verwehren können, wenn die Regeln, die für sie in ihren Heimatstaaten gelten, und die Kontrolle, der sie dort unterliegen, im Vergleich zu dem Schutzniveau, an dem der Bestimmungsstaat festhalten will, nicht ausreichend sind.“<sup>443</sup>*

Was die gewollte Begrenzung des Spielangebots anbelangte, so sah GA Gulmann hierin einen Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkungsmaßnahme.<sup>444</sup> Er sagte dazu in den Nrn. 102, 104 und 106:

<sup>439</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 95. Schon in seiner Fn. 9 beschrieb GA Gulmann die Rechtsnatur der Süddeutschen Klassenlotterie und führte u. a. aus, dass es sich um eine öffentliche Einrichtung handle, die von vier deutschen Bundesländern, nämlich Bayern, Hessen, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz errichtet worden sei. Die Verwaltung der Lotterie werde von einem staatlichen Lotterieausschuss überwacht.

<sup>440</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 93.

<sup>441</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 94. Hierzu verwies der GA in seiner Fußnote 35 auf das Urteil v. 04.12.1986 in der Rs. 205/84, ECLI:EU:C:1986:463, (Kommission vs. Deutschland, Slg. 1986, 3755) Rnn. 34 ff.

<sup>442</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 95.

<sup>443</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 97.

<sup>444</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 98.

- „102 Müssten die einzelnen Mitgliedstaaten Lotterien akzeptieren, die rechtmäßig und in befriedigender Weise in allen anderen Mitgliedstaaten veranstaltet werden, verlören sie die Möglichkeit, die Zahl der veranstalteten Lotterien, die Zahl der Ziehungen und die Höhe des erlaubten Umsatzes zu kontrollieren. Das Angebot in den Mitgliedstaaten würde in Wirklichkeit von dem Angebot bestimmt, das in allen Mitgliedstaaten zusammen genommen besteht.
- 104 [...] So können die Mitgliedstaaten aufgrund des Vertrags [auch] nicht verpflichtet werden, in einem Bereich, in dem eine bestimmte Spielform ihrer Meinung nach verboten werden muß, ein Konzessionssystem einzuführen. [...]. Dem Vertrag lassen sich keine Kriterien dafür entnehmen, wie groß das erlaubte Angebot hinsichtlich einer bestimmten Spielform sein muß. [...].
- 106 Akzeptiert man somit, daß die Mitgliedstaaten das Spielangebot, insbesondere Lotterien, regeln können müssen, muß man auch akzeptieren, daß eine Beschränkung von Dienstleistungen ausländischer Unternehmen ein notwendiges und verhältnismäßiges Mittel ist.“

Zur Einnahmenseite sagte der GA zunächst:

„Es ist zweifellos historisch richtig und immer noch so, daß ein wesentlicher Grund, Glücksspiele überhaupt zuzulassen, die Möglichkeit ist, den Gewinn aus dieser Tätigkeit für ‚gute‘ Zwecke zu verwenden.“<sup>445</sup>

Die Behauptung, dass gerade deshalb viele an Lotterien teilnahmen, weil sie wollten, dass die Einnahmen wohltätigen Zwecken zu Gute kämen, hielt der GA dagegen für nicht stichhaltig, zumal dies allenfalls auch nur bei kleineren Lotterien der Fall sei, die z. B. von Vereinen (oder Kirchengemeinden) veranstaltet würden.<sup>446</sup> Er meinte vielmehr:

„Es kann [...] davon ausgegangen werden, daß bei großen Lotterien die Verwendung des Gewinns nur begrenzte Bedeutung für die Entscheidung der Teilnahme hat. Es herrscht offensichtlich Einverständnis, daß [...] die Höhe der Gewinne entscheidend ist.“

Für den GA ließ sich jedoch „davon ausgehen [...], daß eine Öffnung der nationalen Märkte zu einem vermutlich intensiven Wettbewerb zwischen den großen Lotterien um Marktanteile in der ganzen Gemeinschaft führen würde.“<sup>447</sup>

Interessant waren die Ausführungen des GAs zu den Einnahmen aus den Lotterien – also zu den wirtschaftlichen Gründen – im Hinblick auf eine eventuelle Rechtfertigung einer Beschränkung. Nach Ansicht der Kommission, meinte er, könnten wirtschaftliche Gründe Ausnahmen von den Vorschriften des Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr nicht rechtfertigen.<sup>448</sup> Der GA teilte diese Auffassung der Kommission jedoch nicht und führte dazu aus:

- „116 Auf den ersten Blick mag es vielleicht prinzipienwidrig erscheinen, daß ein [...] ‚wirtschaftlicher Grund‘ Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können soll. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch [...], daß diesem Grund in dem vorliegenden Zusammenhang Gewicht beigemessen werden kann. [...].
- 117 Der Vertrag baut auf dem Grundsatz auf, daß der Umsatz wirtschaftlicher Güter im Verbrauchsstaat mit Abgaben belegt werden kann (vgl. hierzu Art. 95 EWG-

<sup>445</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 108.

<sup>446</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 111.

<sup>447</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 112.

<sup>448</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 115. Der GA verwies insoweit zur Stützung der Ansicht der Kommission in der Fußnote 41 zur Nr. 115 auf das Urteil v. 26.04.1988 in der Rs. 352/85, ECLI:EU:C:1988:196, (Bond van Adverteerders, Slg. 1988, 2085), in der der Gerichtshof in der dortigen Randnr 34 festgestellt habe: „Wirtschaftliche Ziele wie dasjenige, einer inländischen öffentlichen Stiftung die Gesamtheit der Einnahmen zu sichern, die aus speziell für das Publikum des betroffenen Staats bestimmten Werbemittelungen stammen, können keine Gründe der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 56 EWG-Vertrag sein.“

*Vertrag). [...] Es erscheint mir nicht unangemessen, den Sachverhalt so aufzufassen, daß es auch im Zusammenhang mit Lotterien um eine Form der Entrichtung von Abgaben geht. Wenn die Kommission Recht hätte, daß die Mitgliedstaaten nach dem Vertrag verpflichtet sind, ihre Märkte für ausländische Lotterien zu öffnen, würde die ‚Abgabe‘ auf Lose [...] an den ‚Produktionsstaat‘ und nicht an den ‚Verbrauchsstaat‘ gezahlt.*

- 118 *Daß es nicht falsch ist, den Sachverhalt unter diesem Gesichtswinkel zu betrachten, wird durch die Ausführungen zu der Regelung bestätigt, die die luxemburgische Regierung mit zwei deutschen Lottounternehmen getroffen hat: Danach haben diese beiden Unternehmen die Erlaubnis erhalten, ihre Tätigkeit in Luxemburg gegen Entrichtung eines bestimmten Prozentsatzes des dort erzielten Umsatzes an den luxemburgischen Staat auszuüben.<sup>449</sup>*
- 119 *Daß die hier genannten Gründe gegebenenfalls Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen rechtfertigen können, wird zugleich durch das Urteil des Gerichtshofs v. 28.01.1992 in der Rs. Bachmann bestätigt, wo der Gerichtshof feststellte, daß die fraglichen ernsten Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungen zum Schutz der Steuereinnahmen des Staates durch die Notwendigkeit gerechtfertigt sein können, die Kohärenz der Steuerregelung zu gewährleisten.<sup>450</sup>*
- 120 *Wichtiger ist jedoch [...], daß der Gerichtshof in der vorliegenden Sache einen ganz speziellen Markt vor sich hat, für den [...] die allgemeinen Marktmechanismen weder gelten können noch gelten sollen. Soweit ersichtlich, hält kein Mitgliedstaat in diesem Bereich einen freien Wettbewerb mit den genannten Folgen für richtig.“*

Abschließend zu den rechtlichen Würdigungen durch GA Gulmann in der Rs. Schindler ist festzuhalten, dass für ihn keine schwerwiegenden, vom Vertrag zu schützenden Gründe dagegensprachen, dass die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr im Hinblick auf Glücksspiele rechtfertigbar beschränken können.<sup>451</sup> Es könne auch nicht auf Mittel verwiesen werden, die in weniger einschneidender Weise die Ziele verwirklichen könnten, die mit den geltenden Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verbunden seien.<sup>452</sup> Der GA hielt demzufolge – wie der EuGH – die Beschränkungsmaßnahmen insgesamt für rechtfertigbar.

## **(10) Kommentierung**

Es ist interessant, festzustellen, dass schon im ersten glücksspielrelevanten Urteil von 1994 fast die gesamte „Breite“ der mit Glücksspielen verbundenen Rechtsprobleme angesprochen oder zumindest angedeutet worden ist, auf die deshalb schon hier näher eingegangen werden soll. Dies begann zunächst mit der Frage, ob der (EGW-)Vertrag überhaupt zu beachten sei.

### *(10.1) Zur Geltung des (EWG-)Vertrags*

#### *(10.1.1) Glücksspiele als Dienstleistungen im Sinne des Binnenmarktes*

Es war der Einwand erhoben worden, Glücksspiele gehörten überhaupt nicht zum Wirtschaftsleben im Sinne des (EWG-)Vertrags, sodass sie auch nicht „binnenmarktrelevant“ sein könnten.

<sup>449</sup> Eine solche Teilungsregelung sollte auch bei einer künftigen europäischen Regelung der Glücksspiele eingeführt werden.

<sup>450</sup> In der Rs. C-204/90 (Bachmann, Slg. 1992, I-249), die GA Gulmann in seiner Fußnote 42 zur Nr. 119 zitierte, ging es um eine Rentenbesteuerung.

<sup>451</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 125.

<sup>452</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 126. In der von GA Gulmann hierzu gemachten Fußnote 44, also zur „landesgrenzüberschreitenden“ Betätigung, heißt es: „In den Vereinigten Staaten führte der Kongress aufgrund der commerce clause in der Bundesverfassung im Lotteriebereich ein grundsätzliches Verbot des freien Austausches von Dienstleistungen zwischen den Bundesstaaten ein. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetzgebung wurde durch Urteil des Federal Supreme Court von 1903 bestätigt (The Lottery Case, Champion/Ames, [1903] 186 U.S. 321).“ Zur amerikanischen Regelung führt Mark Lutter a. a. O. (s. o. Fn. 248) aus, dass in den USA noch 8 Bundesstaaten am Verbot von Lotterien festhalten, darunter auch Nevada, in dessen Städten Las Vegas und Reno sich ja die Hochburgen der Glücksspiele befinden.

Der Gerichtshof sah dies jedoch anders und bejahte – zumindest mittelbar – die Frage dadurch, dass er die Lotterien, um die es im Fall Schindler ging, als entgeltliche Dienstleistungen im Sinne des Vertrages einstufte.<sup>453</sup> Die Gegenleistung für den geldlichen Einsatz des Spielers war für den EuGH in der Teilnahmemöglichkeit am Spiel und der damit verbundenen Gewinnchance zu sehen. Dies war für den Gerichtshof zu Recht ausreichend, davon auszugehen, dass es sich um die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt handelte, wie es die Definition der Dienstleistung in Art. 57 AEUV, Ex-Art. 50 EG, vorsieht. Die Zufallsabhängigkeit des Ereignisses oder Ergebnisses sowie die Möglichkeit (oder gar größere Wahrscheinlichkeit), nichts zu gewinnen, waren für den EuGH insoweit nicht von der gleichen Bedeutung.

Auch der GA, der in der Frage, ob Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellten<sup>454</sup> ein Hauptproblem sah, stufte die fraglichen Glücksspiele ebenfalls als Dienstleistungen im Sinne des EWG-Vertrags ein. Er sprach zwar davon, dass Glücksspiele „*gesellschaftlich eine Sonderstellung gegenüber den meisten normalen wirtschaftlichen Tätigkeiten*“ [einnahmen]. Es seien dies aber keine „*Umstände, die die Anwendung [... der] Vorschriften über Dienstleistungen grundsätzlich*“ ausschließen und die dazu führten, den „*Anwendungsbereich [des Vertrages] eng zu halten.*“<sup>455</sup>

#### (10.1.2) Keine Ausnahmegründe zur Nichtgeltung der Binnenmarktregeln

Die von einigen Prozessbeteiligten gemachten Einwände, Glücksspiele seien auch deshalb keine wirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinne des Binnenmarktes, da sie – weil mitunter verwaltungsrechtlich geregelt – unter das öffentliche Recht fielen, oder weil Lotterieunternehmen in einigen Ländern als öffentliche Dienstleistungsunternehmen bezeichnet werden könnten, wurden nur vom GA zitiert,<sup>456</sup> ohne dass er näher darauf einging. Es ist aber davon auszugehen, dass die Erbringung von Glücksspielen weder generell als eine Tätigkeit, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist (s. Art. 51 Abs. 1 AEUV – vormals Art. 45 Abs. 1 EG) angesehen werden kann, noch sind Glücksspielunternehmen, selbst wenn sie staatlich betrieben werden, öffentliche Unternehmen i. S. v. Art. 106 AEUV (Ex-Art. 86 EG).<sup>457</sup>

#### (10.2) Keine moralische Bewertung der Glücksspiele durch den EuGH

Positiv ist auch, dass sich der Gerichtshof einer moralischen Bewertung der Glücksspiele enthält.

Dies gilt allerdings nur für eine direkte Bewertung der Glücksspiele. Mittelbar scheint sich der EuGH aber doch von moralischen Einstellungen leiten zu lassen. So führte er zum einen aus,<sup>458</sup> dass die (verschiedenen) „*sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten zu [...] Glücksspielen angestellt [würden], nicht außer Betracht bleiben [könnten].*“ Er zitierte und akzeptierte zum anderen<sup>459</sup> die vom vorlegenden Gericht angegebenen Ziele, die mit den Rechtfertigungsgründen verfolgt würden, nämlich u. a., dafür „*zu sorgen, dass Lotterien nicht zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet werden können, sondern ausschließlich zu wohltätigen oder sport- oder kulturfördernden Zwecken.*“ Auch in dieser zumindest tolerierten Ablehnung privater Gewinnabsichten liegt natürlich ebenfalls eine gewisse moralische Bewertung der Glücksspiele. Dennoch: Wie im Fall Schindler enthielt sich der Gerichtshof auch in anderen Fällen jeder moralischen Bewertung.<sup>460</sup>

<sup>453</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rnn. 19 und 25 ff.

<sup>454</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 19 ff.

<sup>455</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 20 und 21.

<sup>456</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 18 und 19.

<sup>457</sup> S. dazu nachfolgend Urteil Läära (G1/2) und vor allem die dortige Begründung durch GA La Pergola.

<sup>458</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 60.

<sup>459</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 57.

<sup>460</sup> S. z. B. Urteil v. 20.11.2001 in der Rs. C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616, (Aldona Malgorzata Jany u. a./Staatssekretari van Justitie, Slg. 2001, I – 8623), auf das in Rn. 82 des Urteils Dickinger und Ömer (G1/16) verwiesen wurde. Es ging damals – im Zusammenhang mit den zwischen der Europ. Gemeinschaft und Polen bzw. der Tschechischen Republik abgeschlossenen Assoziationsabkommen, die am 1.02.1994 in Kraft traten – um den freien Zugang selbstständiger Dienstleister. Fallbe-

### *(10.3) Zur nationalen Regelungskompetenz und zum Ermessen*

Aus der – in späteren Urteilen ständig wiederholten – Feststellung, die „sittlichen, religiösen oder kulturellen“ Erwägungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten, die darauf abzielten, Glücksspiele zu begrenzen oder zu verbieten, dürften nicht außer Betracht bleiben, ergibt sich für den Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten über ein „ausreichendes Ermessen“ zur Regelung der Glücksspiele verfügen.<sup>461</sup>

### *(10.4) Zur Abgrenzung der relevanten Binnenmarktfreiheiten*

Sowohl der EuGH wie auch der GA gingen bei der Abgrenzung der betreffenden Binnenmarktfreiheiten von der Dienstleistungsfreiheit und nicht (auch) von der Warenverkehrsfreiheit aus. Der Gerichtshof folgte dabei den oben aufgezeigten Abgrenzungskriterien.

### *(10.5) Zur Beschränkungswirkung und zu den Rechtfertigungsgründen*

Der EuGH und der GA sahen im britischen Verbot eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Der Gerichtshof prüfte sodann die Rechtfertigung in der klassischen Reihenfolge: Nichtdiskriminierung, Vorliegen eines zwingenden Grundes im Allgemeininteresse, Geeignetheit der Beschränkungsmaßnahme und deren Verhältnismäßigkeit. Die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe wurden vom EuGH ohne Prüfung ihres tatsächlichen Vorliegens akzeptiert. Daraus ergibt sich schon aus dem Urteil Schindler, dass es nicht dem EuGH, sondern dem jeweiligen nationalen Gericht obliegt, zu prüfen, ob diese Gründe mit der Beschränkungsmaßnahme auch tatsächlich verfolgt werden.

Der Feststellung, die Rechtfertigungsgründe seien in ihrer Gesamtheit zu würdigen, ist zuzustimmen. Sie darf aber nicht dazu führen, eine Reihe „schwächerer“ Gründe, die einzeln nicht als Rechtfertigungsgrund ausreichen würden, allein durch ihre Bündelung zu einer einzigen „starken“ Rechtfertigung zu machen. Zwar müssen die vorgebrachten Gründe nicht kumulativ vorliegen, doch mindestens einer von ihnen muss m. E. eine volle Rechtfertigung beinhalten, der in einer Gesamtschau verstärkt werden kann. Vor einer Gesamtwürdigung ist natürlich jeder vorgebrachte Rechtfertigungsgrund einzeln zu prüfen. Mit der Gesamtwürdigung soll dann festgestellt werden, ob die Regelungen des Glücksspielbereichs insgesamt kohärent sind.

### *(10.6) Zur Kohärenz*

Interessanterweise wurde in der Rs. Schindler der erst in späteren Rechtssachen unter dem Begriff Kohärenz gekennzeichnete Aspekt nicht unter dieser Bezeichnung, sondern unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung erörtert und zwar nicht einer solchen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern im Vergleich zwischen großen und kleinen Lotterien. Argumentiert wurde von Prozessbeteiligten, durch das Verbot der großen Lotterien würden diese diskriminiert, weil kleinere Lotterien und andere Formen von Glücksspielen erlaubt seien. Der Gerichtshof ging auf den Begriff der Kohärenz namentlich (noch) nicht ein<sup>462</sup>. Im Gegensatz dazu nannte der GA zwar den Begriff Kohärenz; dies allerdings nur i. Z. m. einem Steuerurteil. Der EuGH meinte,<sup>463</sup>

---

zogen ging es um Prostitutionsdienstleistungen. Der Gerichtshof stellte dabei nur auf die Erfüllung der Dienstleistungskriterien ab. So sagte er in Rn. 48: „Ohne dass die Frage erörtert werden müsste, ob die Prostitution als kommerzielle Tätigkeit angesehen werden kann [...], genügt [...] die Feststellung, dass sie in einer Tätigkeit besteht, durch die der Leistungserbringer gegen Entgelt eine Nachfrage des Leistungsempfängers befriedigt [...].“ In Rn. 50 hieß es sodann: „Die selbständig ausgeübte Prostitutionstätigkeit kann als eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung angesehen werden [...].“ Der EuGH hob jedoch speziell auf die Selbständigkeit ab, zu der er im elften Leitsatz und in Rn. 70 ausführte, dass die Ausübung der Prostitution dann unter den Begriff der selbständig ausgeübten Erwerbstätigkeit fällt, wenn der Dienstleistende sie folgendermaßen ausübt: nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Wahl der Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt, in eigener Verantwortung und gegen ein Entgelt, das ihm vollständig und unmittelbar gezahlt wird.

<sup>461</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 61.

<sup>462</sup> Dies erfolgte erst im Urteil Gambelli (G1/5); s. dort.

<sup>463</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 51.

die verschiedenen Lotteriearten würden sich „*hinsichtlich ihres Gegenstandes, ihrer Regeln sowie der Einzelheiten ihrer Durchführung*“ doch voneinander unterscheiden, sodass somit ihre Lage eine andere sei, und sie nicht gleichgestellt werden könnten. Er hielt die Regelung also für nichtdiskriminierend.

#### *(10.7) Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung*

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ging es auch um den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, da die Lotterien, für die geworben werden sollte, in Deutschland ja erlaubt waren. Der Gerichtshof äußerte sich nicht direkt zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Aus seinen Ausführungen lässt sich jedoch ableiten, dass er ihn (fallbezogen) ablehnte, da sonst der „*Schutz, den [Großbritannien] in seinem Gebiet im Lotteriewesen sicherstellen will*“, nicht gewährleistet werden könne. Er sagt dazu:<sup>464</sup>

*„Wenn ein Mitgliedstaat die Veranstaltung großer Lotterien [...] in seinem Gebiet verbietet, kann das Verbot, Werbematerial einzuführen, um die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats an solchen, in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterien teilnehmen zu lassen, nicht als eine Maßnahme angesehen werden, die den freien Dienstleistungsverkehr in nicht gerechtfertigter Weise beschränkt. Ein solches Einfuhrverbot ist nämlich für den Schutz, den dieser Mitgliedstaat in seinem Gebiet im Lotteriewesen sicherstellen will, erforderlich.“*

Die Ausführungen des GA zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung sind dagegen weit ausführlicher und auch interessanter, auch wenn ihnen nicht unbedingt gefolgt werden kann. Der GA weist zudem auf erfolgte Kontrollen im Heimatstaat des Dienstleistungsanbieters hin – auch wenn er sie nicht als ausreichend ansieht –, die in zeitlich späteren Glücksspielrechtssachen eine größere Rolle gespielt haben.

Die letzte Ablehnung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung durch den GA ist m. E. jedoch nicht überzeugend, zumindest nicht hinsichtlich der Begründung. Wenn gesagt wird, dass eine Anerkennung auch der ausländischen Anbieter zu einer starken Erhöhung der Spielangebote führe und damit die Angebote kleinerer Länder beeinträchtige und so einer Spielbeschränkung zuwiderlaufe, so muss dies nicht unbedingt negativ sein, denn eine gewisse Konkurrenz kann auch zu einer größeren gegenseitigen Kontrolle führen. Nur wenn man jegliche wettbewerbliche Überlegung hintanstellt und die binnenmarktypischen Aspekte „verkürzt“, könnte man einer solchen Aussage zustimmen. Es ist zudem nicht ersichtlich, warum kleinere Lotterien europarechtlich geschützt werden sollten. Würde man dies bejahen, müsste diese Auffassung folgerichtig auf alle Geschäftsbereiche ausgedehnt werden.

#### *(10.8) Zur Einnahmenerzielung und Einnahmenverwendung*

Interessanterweise prüfte der EuGH die Verwendung der Einnahmen aus Glücksspielen nicht nur im Rahmen der Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung, sondern auch schon vorher unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit, indem er sagte<sup>465</sup>, die Verwendung der Einnahmen für Zwecke im Allgemeininteresse nähme der Glücksspieltätigkeit nicht ihren (für eine Dienstleistung nötigen) wirtschaftlichen Charakter.

Im Rahmen der Rechtfertigungsgründe selbst hielt der Gerichtshof dann fest, dass die Finanzierung uneigennütziger Tätigkeiten allein nicht als eine sachliche Rechtfertigung angesehen werden könne<sup>466</sup>. Die gängige und griffige Formel, Einnahmen dürften „nur eine erfreuliche Nebenfolge“ sein, benützte der EuGH im Fall Schindler noch nicht. Diese Aussage machte er erst im Urteil Zenatti (G1/3), um sie von da an jedoch ständig zu wiederholen. Es fällt auf, dass der Einnahmenseite für Zwecke der Allgemeinheit bis zum Urteil Zenatti noch eine weit größere Bedeu-

<sup>464</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 62.

<sup>465</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 35.

<sup>466</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 60.

tung zugemessen wurde als in späteren Urteilen, auch wenn (schon) angedeutet wurde, dass die finanziellen Aspekte als alleiniger Rechtfertigungsgrund nicht ausreichen.

Die Ausführungen von GA Gulmann zur Einnahmenerzielung<sup>467</sup> sind insoweit zwar interessant, können aber die Aussagen der Kommission, finanzielle Aspekte könnten kein Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung einer Grundfreiheit sein, nicht entkräften. Gulmanns Ansicht hat – auch später – keinen Anklang gefunden. Allerdings sind seine Gedanken – die Abgaben würden an den ausländischen Staat fließen, der die Lose ausstellt<sup>468</sup> – in etwaige künftige Überlegungen zur Besteuerung von Glücksspielen einzubeziehen. Was den Verlust von Einnahmen anbelangt, der im Fall einer gegenseitigen Anerkennung befürchtet wird, so gäbe es doch insofern „mildere Mittel“ etwa in Form bilateraler Übereinkünfte, welchem Land die Einnahmen zufließen sollen, wie sie GA Gulmann z. B. im Fall der Vereinbarung zwischen Luxemburg und Deutschland selbst nannte.<sup>469</sup>

### 3.1.2 Die Rechtssache LÄÄRÄ (CMS und TAS) (G1/2)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In der Vorabentscheidungssache Läärä u. a. fragte das vorlegende finnische Gericht nach der Auslegung des Urteils Schindler und danach, ob die den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr betreffenden Art. 30, 36, 56, 59 und 60 EG-Vertrag dahingehend auszulegen seien, dass sie der finnischen Regelung, die nur einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung das Recht vorbehielt, in Finnland Geldspielautomaten zu betreiben, nicht entgegenstünden. Es ging in diesem Fall also nicht wie in der Rs. Schindler um Lotterien, sondern um den Betrieb von (Geldspiel-) Automaten.<sup>470</sup>

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Rechtssache war am 25.03.1997 beim EuGH eingegangen. Am schriftlichen Verfahren beteiligten sich die drei Kläger bzw. Rechtsmittelführer des Ausgangsverfahrens sowie neben der finnischen Regierung die belgische, deutsche, spanische, niederländische, österreichische, portugiesische und schwedische Regierung sowie die des Vereinigten Königreichs und die Kommission. An der mündlichen Verhandlung v. 30.06.1998 nahmen all die Vorgenannten teil mit Ausnahme der österreichischen und spanischen Regierung; stattdessen kamen die irische und luxemburgische Regierung hinzu. Am 04.03.1999 verlas GA La Pergola seine 34-seitigen Schlussanträge (mit 41 Nrn.). Der EuGH, der als Plenum – mit der damaligen Mindestzahl von 9 Richtern – mit der Sache befasst war, verkündete am 21.09.1999 sein 8-seitiges Urteil (mit 44 Rnn.). Der Fall war also nicht ganz 2 Jahre anhängig.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Wie oben unter I. Betreff genannt, ging es um die Auslegung der damaligen Art. 30, 36, 56, 59 und 60 EG-Vertrag, die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit betreffend. Der GA prüfte noch Art. 90 EG-Vertrag,<sup>471</sup> weil vom vorlegenden Gericht auch (pauschal) nach anderen Vertragsbestimmungen als den eben genannten gefragt wurde (s. Vorlagefragen).

<sup>467</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nrn. 116 ff.

<sup>468</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 117.

<sup>469</sup> Schlussanträge Schindler (G1/1), a. a. O., Nr. 118.

<sup>470</sup> Zeitlich vor dem Urteil Läärä waren die Steuerurteile in den Rsn. Glawe (G2/3), Careda (G2/4), Fischer (G2/5), sowie das Vertragsverletzungsurteil Kommission vs. Italien (G3/1) und das Urteil Familiapress (G5/1) ergangen, die nachfolgend besprochen werden.

<sup>471</sup> Der vom GA geprüfte Art. 90 EG-Vertrag wurde später zu Art. 86 EG und ist inzwischen Art. 106 AEUV.

### (3.2) Die finnische Rechtslage

In Finnland durften zur fallerheblichen Zeit Glücksspiele gemäß § 1 des Gesetzes Nr. 491 über Glücksspiele nur mit einer behördlichen Erlaubnis und mit dem Ziel veranstaltet werden, Mittel für wohltätige oder andere gemeinnützige Zwecke zu erlangen. Nach § 3 dieses Gesetzes konnte (nur) einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung die Erlaubnis erteilt werden, Geldspielautomaten und andere Spieleinrichtungen aufzustellen oder eine Spielbank zu betreiben. Diese Erlaubnis war gemäß § 1 der finnischen Verordnung Nr. 676 über Geldspielautomaten lediglich der finnischen Vereinigung für den Betrieb von Geldspielautomaten (Raha-automaattiyhdistys, i. F.: RAY) erteilt worden. Nach § 6 des Gesetzes Nr. 491 war der nicht erlaubte Betrieb von Glücksspielen strafbar.<sup>472</sup>

### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die britische CMS hatte der finnischen TAS, deren Vorstandsvorsitzender Herr Läärä war, den Betrieb von Geldspielautomaten übertragen, die im Eigentum der CMS verbleiben sollten. In diesen Apparaten rotierten Scheiben mit Bildern von Früchten, die ein Spieler auch durch Tastendruck zum Stillstand bringen konnte.

Herr Läärä war angeklagt worden, weil er diese Apparate in Finnland aufgestellt hatte, ohne im Besitz einer Erlaubnis zu sein. Er machte geltend, dass kein Glücksspiel vorgelegen habe, weil die Gewinnchancen bei der Art der Apparate nicht in erster Linie vom Zufall abhängen würden, sondern im Wesentlichen von der Geschicklichkeit des Spielers. Das Erstgericht folgte dieser Argumentation nicht, sondern verurteilte den Angeklagten Läärä zu einer Geldstrafe und ordnete die Einziehung der Apparate an, die der CMS gehörten. Die Betroffenen legten hiergegen Rechtsmittel ein.<sup>473</sup> Das damit befasste Gericht legte dem EuGH (s. Rn. 9) folgende Fragen vor:

### (5) Vorlagefragen

- „1 Ist das Urteil [...] Schindler dahin auszulegen<sup>474</sup>, daß der darin entschiedene Fall als mit dem vorliegenden Fall vergleichbar anzusehen ist (vgl. Urteil des Gerichtshofs v. 06.10.1982 in der Rs. 283/81, C.I.L.F.I.T.)<sup>475</sup>, und sind die Bestimmungen des EG-Vertrags in der vorliegenden Sache ebenso auszulegen wie in der erstgenannten?
- Für den Fall, daß die erste Frage ganz oder teilweise zu verneinen ist, werden folgende zusätzliche Fragen gestellt:
- 2 Sind die Bestimmungen des EG-Vertrages über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr (Art. 30, 59 und 60) auch auf Spielautomaten der im vorliegenden Fall streitigen Art anwendbar?
- 3 Für den Fall, daß die zweite Frage zu bejahen ist:
- a) Verbieten es die Art. 30, 59 oder 60 oder eine andere Bestimmung des EG-Vertrags, daß Finnland den Betrieb der fraglichen Spielautomaten durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechts für die [RAY] beschränkt, obwohl

<sup>472</sup> Urteil Läärä (G1/2), C-124/97, ECLI:EU:C:1999:435, Rnn. 3–6.

<sup>473</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rnn. 7–9.

<sup>474</sup> Trotz dieser insoweit irreführenden Formulierung ging es nicht um ein „klassisches“ Auslegungsurteil i. S. v. Art. 43 der Gerichtssatzung, in dem es heißt: „Bestehen Zweifel über Sinn und Tragweite eines Urteils, so ist der Gerichtshof zuständig, dieses Urteil auf Antrag einer Partei oder eines Gemeinschaftsorgans auszulegen, wenn diese ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen.“ (Echte Auslegungsurteile gibt es bislang allenfalls „eine Hand voll.“) Bei solchen Rsn. kommt zum Az. noch ein I oder Int hinzu.

<sup>475</sup> Das Urteil C.I.L.F.I.T., ECLI:EU:C:1982:335 (Slg. 1982, 3415) ist dadurch „berühmt“ geworden, dass in ihm gesagt wird (Rn. 13), dass eine Vorlagepflicht entfällt, wenn die gestellte Frage bereits in einem gleich gelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung war und die Antwort damit klar ist. Auch ein letztinstanzliches Gericht, das ansonsten eigentlich vorlagepflichtig wäre, kann in einem solchen Fall – eines „acte clair“ – die europarechtliche Frage selbst beantworten. Wird dennoch vorgelegt, wird die Frage natürlich nicht unzulässig. Der Gerichtshof entscheidet dann aber i. d. R. nicht durch Urteil, sondern nur durch einen Beschluss (s. dazu auch Art. 99 VerfO).

*diese Beschränkung in gleicher Weise für inländische wie für ausländische Veranstalter von Glücksspielen gilt?*

- b) *Fällt diese Beschränkung in Anbetracht der Erwägungen, die in dem Gesetz über Glücksspiele oder den Gesetzesmaterialien hierzu angeführt werden, oder aus anderen Gründen unter einen der in den Art. 36 und 56 oder in einer anderen Bestimmung des EG-Vertrags genannten Rechtfertigungsgründe, und kann es für die Beantwortung der Frage eine Rolle spielen, wie groß der an den Spielautomaten gewonnene Preis sein kann und ob die Gewinnchancen auf Zufall oder auf Geschicklichkeit beruhen?“*

## **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hatte der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr stehen einer nationalen Regelung wie der finnischen, die nur einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung das ausschließliche Recht zum Betrieb von Geldspielautomaten gewährt, unter Berücksichtigung der am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele, die die Regelung rechtfertigen, nicht entgegen.“*

## **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA La Pergola hatte vorgeschlagen, die Fragen wie folgt zu beantworten:

- „1 Die Artikel 90 Abs. 1 und 30 EG-Vertrag stehen einer nationalen Regelung entgegen, die einer Einrichtung des öffentlichen Rechts wie der [RAY] das ausschließliche Recht der Erbringung von Dienstleistungen, die Spiele an Geldspielautomaten betreffen, sowie das Recht einräumt, die für die Erbringung dieser Dienstleistungen erforderlichen Geräte herzustellen und zu verkaufen, sofern die Einräumung dieser Rechte zu Gunsten dieses Unternehmens zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung der eingeführten Erzeugnisse gegenüber den inländischen führt, es sei denn, daß diese Regelung durch eine[n] der in Art. 36 genannten Gründe gerechtfertigt ist oder die Anwendung des Art. 30 der dem betroffenen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe zuwiderläuft.*
- 2 Die Art. 90 Abs. 1 und 59 EG-Vertrag stehen einer nationalen Regelung entgegen, die einer Einrichtung des öffentlichen Rechts wie der [RAY] das ausschließliche Recht einräumt, Dienstleistungen zu erbringen, die Spiele an Geldspielautomaten betreffen, sofern sich unter Berücksichtigung der konkreten Art und Weise der Ausgestaltung und Ausübung dieses Monopols ergibt, daß die den freien Dienstleistungsverkehr einschränkenden Bestimmungen im Hinblick auf die Erfordernisse der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung, die von den nationalen Behörden zur Rechtfertigung dieser Regelung angeführt werden, nicht schlüssig und angemessen sind und außer Verhältnis dazu stehen.“*

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

Der Gerichtshof prüfte alle drei an ihn gestellten Fragen zusammen,<sup>476</sup> während der GA zum Teil Einzelprüfungen vornahm.

### *(8.1) Zur rechtlichen Vergleichbarkeit der Automaten Spiele mit Lotterien*

Zum Vortrag der Berufungskläger zitierte der EuGH Herrn Läärä, die TAS und die CMS, die geltend gemacht hätten, wegen der geringen Höhe der Einsätze und Gewinne sowie wegen des Hauptzwecks der Apparate, nämlich der auf der Geschicklichkeit des Spielers beruhenden Un-

<sup>476</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 10.

terhaltung, sei vorliegend der Betrieb von Geldspielautomaten mit der Durchführung großer Lotterien, um die es im Urteil Schindler gegangen sei, in keiner Weise zu vergleichen.<sup>477</sup>

Auf diese beiden Punkte, die Höhe der Gewinne, die an Geldspielautomaten erzielbar seien, sowie auf die Beeinflussung der Gewinnchancen durch die Geschicklichkeit der Spieler, ging nur der GA ein, allerdings folgenlos, indem er in seiner Nr. 15 dazu lakonisch ausführte:

*„[...] Dabei handelt sich aber in dem einen Fall um eine tatsächliche Prüfung, in dem anderen um die Auslegung innerstaatlicher Rechtsvorschriften; beides ist jedoch der Zuständigkeit des EuGH entzogen und bleibt dem nationalen Gericht vorbehalten. [...]“*

In den Rnn. 16 und 17 führte der Gerichtshof aus, allerdings habe er im Urteil Familiapress [G5/1] bestimmte Spiele nicht den Lotterien mit den im Urteil Schindler untersuchten Merkmalen gleichgestellt. Spiele, die nur in kleinem Rahmen veranstaltet würden und bei denen weniger auf dem Spiel stehe, stellten keine unabhängige wirtschaftliche Betätigung dar, sondern nur einen Gesichtspunkt des redaktionellen Inhalts einer Zeitschrift unter anderen. In der Rs. Läärä gehe es dagegen um ein Glücksspiel. Die relativ geringe Höhe der Einsätze und Gewinne verhindere keineswegs, dass – insbesondere aufgrund der Zahl der in Betracht kommenden Spieler und der Neigung der meisten von diesen, wegen der Kürze des Spiels und seines Fortsetzungscharakters sehr viele Spiele hintereinander zu spielen – durch den Betrieb dieser Apparate erhebliche Beträge eingenommen werden könnten.

Im Fall Läärä bemerkte der EuGH in den Rnn. 19 ff. gegenüber der Rs. Schindler drei Unterschiede.

## *(8.2) Unterschiede zum Urteil Schindler*

### *(8.2.1) Zum ersten Unterschied – zur Warenverkehrsfreiheit*

Der Gerichtshof wies insoweit zunächst darauf hin, dass die im Urteil Schindler streitigen Tätigkeiten keine Tätigkeiten gewesen seien, die Waren betroffen hätten. Dagegen würden die Geldspielautomaten als solche Waren darstellen, die „unter Art. 30 EG-Vertrag“ fallen könnten.<sup>478</sup> Wie der GA festgestellt habe, könne eine Ware, die mit dem Ziel der Erbringung einer Dienstleistung eingeführt worden sei, nicht allein aus diesem Grund den Vorschriften über den freien Warenverkehr entzogen sein. Eine nationale Regelung, wie die im Ausgangsverfahren Läärä streitige, sei geeignet, den freien Warenverkehr zu behindern, wenn der Betreiber von Geldspielautomaten zugleich das Recht habe, solche Apparate herzustellen. Der Gerichtshof könne jedoch mangels hinreichend genauer Angaben zu den tatsächlichen Auswirkungen der streitigen Regelung auf die Einfuhr von Geldspielautomaten nicht zu der Frage Stellung nehmen, ob Art. 30 EG-Vertrag der Anwendung einer solchen Regelung entgegenstehe.<sup>479</sup>

Auf die Warenverkehrsfreiheit war GA La Pergola dagegen näher eingegangen.

#### *(8.2.1.1) Zur Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit*

In Nr. 18 hatte der GA dazu zunächst festgehalten, dass es im Fall Schindler keinen besonderen Grund gegeben habe, Lose als Waren zu behandeln. Geldspielautomaten seien aber – anders als ein Los, das ein Titel sei, der das (bedingte) Recht verkörpere, im Fall eines Gewinnes [...] einen Preis zu bekommen – richtig betrachtet, das Mittel, das die Erbringung der Dienstleistung [erst] ermögliche. Am Ende des Spiels würden die Lotterielose wieder zu einem einfach bedruckten Papier ohne wirtschaftlichen Wert. Die Produkte, um die es im Fall Läärä jedoch gehe, hätten dagegen einen in Geld ausdrückbaren Wert und könnten daher theoretisch Gegenstand eines Kaufs oder Verkaufs oder anderer zulässiger Handelsgeschäfte sein. Die Frage, um die es also fallrelevant gehe, sei die, ob die Ein- oder Ausfuhr einer Ware, die eng mit der Erbringung einer

<sup>477</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 11.

<sup>478</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rnn. 19 und 20.

<sup>479</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rnn. 24–26.

Dienstleistung zusammenhänge, in der Dienstleistung aufgehe und damit den Bestimmungen über den freien Warenverkehr entzogen sei. Zur Verdeutlichung nannte der GA in Nr. 19 seiner Schlussanträge folgendes Beispiel:

*„Auch wenn ein Chirurg das Skalpell nur erwirbt, um eine Dienstleistung zu erbringen, ließe sich doch nicht ernsthaft behaupten, daß der innergemeinschaftliche Handel mit diesem Instrument nicht unter die [...] Bestimmungen [der Warenverkehrsfreiheit] fiele. Genau genommen geht es [im Fall Läärä] nicht um eine Hauptleistung, die eine andere, und zwar eine Nebenleistung einschließt, sondern um ein Handelsgeschäft über Waren, das der Erbringung einer Dienstleistung dient und mit dieser verknüpft ist, aber von dieser begrifflich und wirtschaftlich [doch] getrennt werden kann. Dies beweist insbesondere die Tatsache, daß die Vertragsparteien dieser Geschäfte teilweise nicht identisch sind: Die Dienstleistungsempfänger (d. h. die Spieler) sind naturgemäß am Kauf oder Verkauf der Spielautomaten nicht beteiligt [...].“*

(8.2.1.2) *Zur Unterfrage: Beeinträchtigt das Monopol der RAY den freien Warenverkehr?*

Der GA fragte in Nr. 20, ob die streitige nationale Regelung eine Maßnahme darstellen könne, die einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung gleichkomme, denn die RAY habe neben dem ausschließlichen Recht zur Aufstellung und zum Betrieb allgemein zugänglicher Geldautomaten kraft Gesetzes auch das Recht zur Herstellung und zum Verkauf von Spielautomaten. Der Fall weise daher große Ähnlichkeiten mit der Rechtssache ERT auf.<sup>480</sup> Er sagte zum ERT-Urteil:<sup>481</sup>

*„In jenem Rechtsstreit hatten die Rundfunk- und Fernsehübertragungen im Rahmen des gesetzlichen Monopols in Griechenland ‚für die übrigen Gemeinschaftsbürger das Verbot zur Folge, Material, Tonträger, Filme, Fernsehdokumentarsendungen und andere Erzeugnisse, die zur Ausstrahlung von Fernsehsendungen verwendet werden können, außer zur Verwirklichung der Zwecke des betreffenden Veranstalters, des Inhabers der ausschließlichen Fernsehkonzession, in den betreffenden Mitgliedstaat auszuführen oder dort zu vermieten oder auf irgendeine Weise zu vertreiben‘. Die Regelung habe es dem Ermessen des Monopolinhabers überlassen, ‚sich für einheimisches Material und einheimische Erzeugnisse statt für Material und Erzeugnisse der anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft [zu] entscheiden und ersteren den Vorzug [zu] geben.‘“ Der Gerichtshof habe damals festgestellt, dass dies für sich genommen noch keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstelle, es sei denn, wenn sich daraus unmittelbar oder mittelbar eine Diskriminierung eingeführter Erzeugnisse gegenüber inländischen Erzeugnissen ergebe. Dies festzustellen sei jedoch Sache des mitgliedstaatlichen Gerichts.“*

Der Gerichtshof befasste sich mit der Frage der Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit wie bereits erwähnt nicht näher, sondern hielt in seiner bereits zitierten Rn. 24 lediglich fest, dass eine Ware, die mit dem Ziel der Erbringung einer Dienstleistung eingeführt wird, nicht allein aus diesem Grund den Vorschriften über den freien Warenverkehr entzogen sei.

(8.2.2) *Zum zweiten Unterschied – Zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und zu den Rechtfertigungsgründen*

Als zweiter Unterschied zum Urteil Schindler sei im Fall Läärä – so der EuGH weiter – die Benutzung von Geldspielautomaten nicht verboten, sondern deren Betrieb einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung, die im Besitz einer behördlichen Erlaubnis war, vorbehalten gewesen, während im Fall Schindler die Veranstaltung von Lotterien – von einigen kleinen Ausnahmen abgesehen – ganz untersagt gewesen sei.<sup>482</sup>

<sup>480</sup> Urteil v. 18.06.1991 in der Rs. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, (ERT, Slg. 1991, I-2925, zum Inhalt des Urteils s. Fn. 263).

<sup>481</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), GA La Pergola, ECLI:EU:C:1999:117, Nr. 20.

<sup>482</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 21.

Zunächst führte der EuGH aus, die finnische Regelung beinhalte keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, „da jedem anderen als der zugelassenen öffentlich-rechtlichen Vereinigung der Betrieb der Apparate untersagt ist. Sie trifft [...] unterschiedslos sowohl die in Finnland als auch die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmer [...]“.<sup>483</sup>

Die Regelung stelle jedoch eine Behinderung [also Beschränkung] des freien Dienstleistungsverkehrs dar, soweit sie „Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar daran hindert, selbst Geldspielautomaten der Allgemeinheit zur entgeltlichen Benutzung zur Verfügung zu stellen [...]“.<sup>484</sup> Hemmnisse aufgrund unterschiedslos anwendbarer nationaler Maßnahmen seien aber nur zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien.<sup>485</sup>

Der Gerichtshof akzeptierte die im Fall Läärä vorgetragenen Rechtfertigungsgründe des Schutzes der Empfänger der Dienstleistung, also der Verbraucher generell, sowie des Schutzes der Sozialordnung, der Kriminalitätsbekämpfung usw., die zudem zur Erreichung der gewollten Ziele geeignet seien.<sup>486</sup>

Zur **Erforderlichkeit** führte der EuGH in den Rn. 35 ff. ausführlicher aus:

- „35 Die Entscheidung, wie weit ein Mitgliedstaat in seinem Gebiet den Schutz bei Lotterien und anderen Glücksspielen ausdehnen will, ist jedoch dem Ermessen der staatlichen Stellen überlassen [...]. Diesen kommt nämlich die Beurteilung zu, ob es im Rahmen des angestrebten Ziels notwendig ist, derartige Tätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten oder nur einzuschränken und dazu mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen.
- 36 Somit kann allein der Umstand, daß ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betreffenden Staates verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.
- 37 Die Tatsache, daß die im vorliegenden Verfahren streitigen Spiele nicht vollständig verboten sind, genügt [...] nicht, um nachzuweisen, daß die nationale Regelung die am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele, die in ihr aufgeführt werden und die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, nicht wirklich zu erreichen sucht. Eine begrenzte Erlaubnis dieser Spiele im Rahmen eines Ausschließlichkeitsrechts, die den Vorteil bietet, die Spiellust und den Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken eines solchen Betriebs im Hinblick auf Betrug und andere Straftaten auszuschalten und die sich daraus ergebenden Gewinne zu gemeinnützigen Zwecken zu verwenden, dient auch der Verwirklichung dieser Ziele.
- 38 [...].
- 39 Was die Frage betrifft, ob es zur Erreichung dieser Ziele besser wäre, eine Regelung mit den erforderlichen Auflagen für [private] Wirtschaftsteilnehmer zu erlassen, statt einer zugelassenen öffentlich-rechtlichen Vereinigung ein ausschließliches Betriebsrecht zu gewähren, so liegt diese Entscheidung im Ermessen der Mitgliedstaaten, allerdings unter dem Vorbehalt, daß sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel nicht unverhältnismäßig erscheint.
- 40 [...]. Die RAY. ist [...] eine Vereinigung des öffentlichen Rechts [...], deren Tätigkeiten unter staatlicher Aufsicht ausgeübt werden und die [...] den zu verteilenden Nettoertrag, der sich aus dem Betrieb der Geldspielautomaten ergibt, an den Staat abzuführen hat.

<sup>483</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 28.

<sup>484</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 29.

<sup>485</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 31.

<sup>486</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rnn. 32 und 33.

- 41 *Zwar könnte der Staat die Beträge, die ihm auf diese Weise zu gemeinnützigen Zwecken zufließen, auch auf andere Weise erhalten, z. B. durch die Besteuerung der Tätigkeiten, deren Ausübung den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter erlaubt wird, doch stellt die Verpflichtung der zugelassenen öffentlich-rechtlichen Vereinigung zur Abführung der Erträge aus ihrer Betriebstätigkeit eine deutlich wirksamere Maßnahme dar, um angesichts der Risiken von Betrug und anderen Straftaten die aus diesen Tätigkeiten resultierenden Gewinne streng zu begrenzen.*
- 42 *Folglich ist die finnische Regelung [...] im Hinblick auf die von ihr verfolgten Ziele nicht unverhältnismäßig.“*

### (8.2.3) Zum dritten Unterschied – Zur Einschlägigkeit anderer Vertragsbestimmungen

Zum dritten Unterschied zum Urteil Schindler – so der EuGH – habe sich das vorliegende Gericht jedoch darauf beschränkt, in seiner 3. Frage neben den Art. 30, 36, 59 und 60 EG-Vertrag (abstrakt) auf jede andere „Bestimmung des EG-Vertrags“ hinzuweisen, ohne diesen Hinweis näher zu erläutern. Der EuGH sehe sich daher nicht in der Lage, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob andere Bestimmungen des Vertrages als die über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen könnten.<sup>487</sup>

GA La Pergola prüfte dagegen die dritte Frage präziser. Er fragte in der Zwischenüberschrift vor der Nr. 27, ob die finnische Regelung mit Art. 90 Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 106 Abs. 1 AEUV) und Art. 59 des EG-Vertrages vereinbar sei. Er führte dazu aus,<sup>488</sup> dass anders als in der Rs. Schindler, in der Lotterien der dort genannten Art grundsätzlich untersagt waren, das Automatenpiel nach dem finnischen Gesetz nicht gänzlich verboten, sondern lediglich einem einzigen nationalen Wirtschaftsteilnehmer vorbehalten gewesen sei. Der GA meinte, eine mögliche Schlussfolgerung daraus wäre, dass die Verleihung ausschließlicher Rechte an einen einzigen inländischen Wirtschaftsteilnehmer – und der daraus resultierende Zwang für die Spieler, die Dienstleistungen des Monopolunternehmers in Anspruch nehmen zu müssen – als eine diskriminierende Maßnahme angesehen werden könnte. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs gehe jedoch nicht in diese Richtung. In Nr. 28 Teil 2 sagte er dazu:

*„Der Gerichtshof hat vielmehr ein anderes Kriterium zugrunde gelegt, wonach eine staatliche Maßnahme, die einem inländischen Unternehmen ausschließliche Rechte verleiht – und damit seine beschränkenden Wirkungen gegenüber allen anderen Dienstleistungserbringern als dem Monopolunternehmen entfaltet, unabhängig davon, ob sie in dem betreffenden Mitgliedstaat oder in einem anderen ansässig sind – insoweit eben deshalb als eine unterschiedslos geltende Beschränkung anzusehen ist“<sup>489</sup>.*

Damit musste der GA letztlich einräumen, dass die Beschränkung keine den Verträgen widersprechende Maßnahme darstellte und damit Art. 90 Abs. 1 EG-Vertrag genügte.

Die Regelung des Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag für die Geltendmachung einer Ausnahme vom Verbot des Art. 30 war für den GA dagegen nicht erfüllt. Es bestehe kein Grund, das Spiel an Automaten als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen. Die RAY

<sup>487</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 23.

<sup>488</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nr. 27 ff.

<sup>489</sup> In diesem Zusammenhang verwies der GA in seiner Fn. 52 auf das Urteil v. 25.07.1991 in der Rs. C-353/89, ECLI:EU:C:1991:325, (Kommission vs. Niederlande, Slg. 1991, I-4069) Rnn. 21–25, in dem der Gerichtshof mit der Frage befasst war, ob die Verpflichtung der nationalen Sendeanstalten, sich bei der Herstellung ihrer jeweiligen Programme der technischen Mittel eines niederländischen Unternehmens zu bedienen, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (im vorliegenden Fall dem Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunk- und Fernsehbereich sowie der Meinungsfreiheit) gerechtfertigt werden konnte, was der Gerichtshof damals verneinte. In seiner dortigen Rn. 31 führte er dazu aus: „[...] Die Meinungsvielfalt im Rundfunksektor eines Mitgliedstaats kann [...] in keiner Weise dadurch beeinträchtigt werden, daß den einzelnen landesweit tätigen Sendeanstalten die Möglichkeit gegeben wird, sich an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Erbringer von Dienstleistungen zu wenden [...].“

sei Inhaberin einer einfachen Erlaubnis und könne nicht als ein Unternehmen angesehen werden, das aufgrund eines hoheitlichen Auftrags eine solche Dienstleistung erbringe. In Nr. 30 Teil 2 sagte er dazu [übersichtlichere Formatierung durch Verf.]:

*„[...] Selbst wenn eine Einrichtung wie die RAY den Charakter eines Finanzmonopols hätte, wären im vorliegenden Fall jedenfalls nicht die beiden Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahme des Art. 90 Abs. 2 erfüllt:*

- (i) Die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr machen die Erfüllung der Aufgabe, Einnahmen zugunsten des Staatshaushaltes zu erzielen, rechtlich oder tatsächlich unmöglich und*
- (ii) das Interesse der Gemeinschaft wird nicht beeinträchtigt.“*

Im Rahmen der Erforderlichkeit, also der Notwendigkeit des Monopols, machte der GA noch darauf aufmerksam, dass zum fallrelevanten Zeitpunkt in Finnland etwa 16.000 Automaten vorhanden gewesen seien, die auf etwa 8.200 Plätze im gesamten Staatsgebiet verteilt waren. Die Inhaber der betreffenden Geschäftslokale hätten ein handfestes wirtschaftliches Interesse daran gehabt, die Zahl der aufgestellten Automaten nicht zu beschränken. Zudem hätten die Betriebe für die Automaten eine Provision erhalten, die sich prozentual an den Spieleinnahmen mit damals 16 % berechnet habe. Dies habe schlecht zu dem Ziel gepasst, zu verhindern, dass die Spielleidenschaft Gegenstand privatwirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit werde.<sup>490</sup>

Sicher lasse sich nicht ausschließen, dass die RAY die von den Berufungsklägern des Ausgangsverfahrens angeführten Praktiken – vorausgesetzt, dass die Angaben tatsächlich bewiesen würden – in der Vorstellung anwende, dass ihr Handeln jedenfalls durch die „gute Sache“ gerechtfertigt sei.

Angesichts der gesetzlich vorgeschriebenen Verwendung der Gewinne wäre die Stimulierung der Nachfrage nach Glücksspielen unter diesem Gesichtspunkt eine Art „lässliche Sünde.“ Aber die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, zu gewährleisten, dass der Ertrag aus dem Glücksspiel Zwecken zugeführt werde, die im allgemeinen Interesse lägen, stelle keinen zwingenden Grund dar, der eventuelle Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen könne. Zumindest in diesem Fall sei man versucht zu sagen, der Zweck heilige nicht die Mittel. Als Ergebnis sei somit festzuhalten, dass unter Berücksichtigung der konkreten Art und Weise der Ausübung und Organisation des Monopols der RAY das Verbot der Aufstellung und des Betriebs von Geldspielautomaten in Finnland an und für sich nicht geeignet sei, die Nachfrage nach Spielen tatsächlich zu begrenzen.<sup>491</sup> Schließlich sagte der GA:<sup>492</sup>

*„Die Argumente von Herrn Läärä [...] scheinen schlüssig zu sein. Wenn das Bedürfnis nach Glücksspielen tatsächlich eine unabänderbare Tatsache darstellt, kann diese sachgerecht durch Vorschriften über die Begrenzung und Kontrolle des Marktangebots geregelt werden. [...]. [D]ie Kontrollen und Überwachungsmaßnahmen, die zur Durchsetzung der verfolgten zwingenden Gründe erforderlich sind – und die [...] daher nicht unnötig die eventuell bereits im Ursprungsstaat der Dienstleistungen vorgesehenen Kontrollen wiederholen müssen – [...] [könnten] auch in einem weniger restriktiven rechtlichen Rahmen als dem derzeit geltenden durchgeführt werden. So z. B. [...] durch ein System von Lizenzen, die nicht ausschließlich sind und die auch privaten Unternehmen gewährt werden könnten. [...].“*

## **(9) Kommentierung**

Im Gegensatz zum Gerichtshof hatte der GA größere Bedenken gegen die Vereinbarkeit der finnischen Regelung mit dem Europarecht. Er relativierte dies allerdings mit dem Hinweis darauf,

<sup>490</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nr. 35.

<sup>491</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nr. 35.

<sup>492</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nr. 40.

dass anderes gelte, wenn die vorgebrachten Gründe für die Rechtfertigung tatsächlich vorlägen, bzw. wenn die Regelung der dem betreffenden Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe zuwiderlaufe. Demzufolge unterscheiden sich – trotz der verschiedenen Formulierungen – der Antwortvorschlag des GAs und der Urteilstenor des Gerichtshofs letztlich doch nicht. Der GA sagte, die relevanten europarechtlichen Bestimmungen stehen einer nationalen Regelung entgegen, es sei denn [...], während der EuGH umgekehrt vom Nichtentgegenstehen spricht, allerdings „unter Berücksichtigung der am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele, die die Regelung rechtfertigen.“

Im Hinblick auf die Einordnung der Automaten Spiele als (bloße) Glücksspiele hat der Gerichtshof<sup>493</sup> zu Recht festgehalten, dass es bei Automaten Spielen trotz der geringen Höhe der Einsätze und Gewinne aufgrund der Neigung der Spieler, wegen der Kürze der Spiele und ihres Fortsetzungscharakters, sehr viele Spiele zu spielen, doch um erhebliche Beträge gehen könne. Sie seien deshalb den Lotteriespielen gleichzusetzen.

In der Rs. Läärä hielt der Gerichtshof zur Abgrenzung der Grundfreiheiten fest, dass auch Fälle denkbar seien – z. B. beim Verkauf der Spielautomaten –, in denen die Warenverkehrsfreiheit einschlägig sein könne.<sup>494</sup>

In Rs. Läärä ging es erstmals auch um eine Monopolregelung, da einem einzigen Spielbetreiber ein Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt worden war. Für den Gerichtshof bot die begrenzte Erlaubnis der Spiele im Rahmen eines Ausschließlichkeitsrechts den Vorteil, die Spiellust in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken von Straftaten auszuschalten und die Gewinne zu gemeinnützigen Zwecken zu verwenden.<sup>495</sup> Für diese Behauptung blieb der Gerichtshof zwar jede Begründung schuldig. Ob auch ein bloßer Vorteil ausreicht, eine Erforderlichkeit zu ersetzen, erscheint zudem zweifelhaft.

Auch wenn in Folge eines Monopols Glücksspiele nicht völlig verboten seien, bedeutete dies für den Gerichtshof nicht, dass sich die nationale Regelung nicht an den geläufigen Rechtfertigungsgründen ausrichte. Da die Mitgliedstaaten das von ihnen angestrebte Schutzniveau in ihrem Ermessen selbst bestimmen könnten, habe auch der Umstand, dass ein anderer Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem gewählt habe, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Maßnahmen.<sup>496</sup> Diese Aussage wurde in vielen nachfolgenden Urteilen wiederholt. Wenn andere Länder also andere – wohl liberalisiertere – Regelungen getroffen haben und treffen durften, wäre es m. E. schon hilfreich gewesen, wenn der Gerichtshof zur Erforderlichkeit einer Monopollösung doch einige präzisierende Hinweise (als Hilfestellung für die Mitgliedsstaaten) gegeben hätte.

Wie sich aus der oben zitierten Rn. 39 ergibt, wäre für den Gerichtshof auch eine Zulassung privater Anbieter denkbar, wenn die Mitgliedstaaten eine solche wollten. Auch der GA hätte wohl keine Einwände dagegen, wenn private Anbieter zugelassen würden.<sup>497</sup>

Zur Erzielung von Einnahmen für gemeinnützige Zwecke könnte sich der EuGH auch eine Besteuerung der Glücksspiele vorstellen; allerdings hält er insoweit die Verpflichtung öffentlich-rechtlicher Vereinigungen zu einer Abführung von Einnahmen doch für wirksamer.<sup>498</sup> Hierzu gilt das vorher Gesagte entsprechend. Dass eine Maßnahme deutlich wirksamer ist als eine andere, reicht m. E. nicht aus, der anderen Regelung quasi eine ausreichende Wirksamkeit – und nur auf eine solche kommt es letztlich an – abzusprechen. Auch hier wäre eine genauere Begründung nötig gewesen.

<sup>493</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rnn. 16 und 17.

<sup>494</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rnn. 19 und 20.

<sup>495</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 37.

<sup>496</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 36.

<sup>497</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nr. 40.

<sup>498</sup> Urteil Läärä (G1/2), a. a. O., Rn. 41.

In der Ziff. 2 seines Urteilsvorschlags mahnt der GA die Schlüssigkeit einer Rechtfertigungsmaßnahme an, womit er eigentlich schon auf die erst später thematisierte Kohärenz hinweist.

Auf die Frage nach der Geltung anderer Vertragsbestimmungen war der Gerichtshof mangels Nennung dieser Bestimmungen und wegen fehlender präziserer Angaben durch das vorliegende Gericht nicht eingegangen. Der GA prüfte aber von sich aus die Regelung für Unternehmen, denen ausschließliche Rechte gewährt werden, und diejenigen für Unternehmen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden sind (damals Art. 90 EWG bzw. EG-Vertrag, später Art. 86 EG und inzwischen Art. 106 AEUV). Im Hinblick auf Art. 90 Abs. 1 EWG bzw. EG-Vertrag meinte der GA, der Zwang für die Spieler, Dienstleistungen eines Monopolbetreibers in Anspruch zu nehmen, könnte als eine diskriminierende Maßnahme angesehen werden. Da jedoch der Gerichtshof hierzu eine andere Meinung vertrete, und die Beschränkung in einem solchen Fall wegen ihrer gleichen Wirkung gegenüber allen anderen Dienstleistungserbringern unterschiedslos gelte, hat der GA diesen Punkt bedauerlicherweise nicht weiter verfolgt.<sup>499</sup> M. E. ist es gewagt zu sagen, da alle anderen Dienstleistungserbringer gleichermaßen betroffen seien, liege keine Diskriminierung vor. In der Tat werden die anderen Anbieter zwar alle untereinander gleich behandelt, jedoch eben nicht im Vergleich mit dem einzigen „privilegierten“ Anbieter. Diese Problematik hat später in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) erneut eine Rolle gespielt, auf die dann dort eingegangen werden soll.

Die Voraussetzungen für die Geltung von Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) waren für den GA dagegen nicht erfüllt.<sup>500</sup> In der Tat kann die Veranstaltung von Glücksspielen aufgrund ihrer Natur sicher nicht als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden, selbst wenn sie von einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung getätigt wird, und wenn die Einnahmen (voll) dem Staat zugute kommen.

Insgesamt wiederholte der Gerichtshof in der Rs. Läärä viele im Urteil Schindler gemachte Aussagen, auf die er dann in späteren Judikaten wiederum Bezug nahm.

### **3.1.3 Die Rechtssache ZENATTI (G1/3)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In der Rs. Zenatti ging es nicht um Lotterien wie im Fall Schindler und nicht um Automaten wie in der Rs. Läärä, sondern um Wetten. Es stellte sich die Frage, ob die italienischen Rechtsvorschriften, die die Annahme bzw. Vermittlung von (Sport-)Wetten (durch private Anbieter) damals noch generell verboten hatten und nur bestimmten Einrichtungen das Recht vorbehielten, die Wetten zu organisieren, mit den Bestimmungen des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit vereinbar waren.<sup>501</sup> Die Rechtsproblematik war also trotz anderen Sachverhalts praktisch derjenigen im Fall Schindler vergleichbar. So sah es selbst das vorliegende Gericht, das von einer analogen Anwendung der Erkenntnisse zu Lotterien im Fall Schindler nunmehr auf Sportwetten im Fall Zenatti ausging.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Rechtssache Zenatti war beim Gerichtshof am 13. März 1998 eingegangen. Am 20.05.1999 legte GA Fennelly seine 12-seitigen und 34 Nummern umfassenden Schlussanträge vor. Der Gerichtshof, der als Plenum tagte, erließ am 21.10.1999 sein 7-seitiges Urteil mit 39 Rnn. Die Verfahrensdauer betrug also etwas mehr als 19 Monate. Schriftliche Erklärungen hatten neben Herrn Zenatti und der Kommission die italienische, deutsche, spanische, portugiesische, finnische, schwedische und norwegische Regierung<sup>502</sup> abgegeben. Außer Deutschland und Norwegen ha-

<sup>499</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nrn. 27 ff.

<sup>500</sup> Schlussanträge Läärä (G1/2), a. a. O., Nr. 30.

<sup>501</sup> Urteil Zenatti (G1/3), C-67/98, ECLI:EU:C:1999:514, Rn. 1.

<sup>502</sup> Gemäß Abs. 3 von Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union können sich an Vorabentscheidungsverfahren auch die drei verbliebenen Vertragsstaaten (Norwegen, Island und Liechtenstein) des Abkommens über den Europä-

ben sich die eben Genannten auch an der mündlichen Verhandlung beteiligt, an der zudem Belgien und Frankreich teilgenommen haben.

### (3) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Herr Zenatti war als italienischer Mittelsmann der SSP Overseas Betting Ltd., eines in Großbritannien amtlich zugelassenen Buchmachers mit Sitz in London, tätig. Seine Aufgabe war es, für die italienischen Kunden von Overseas ein Übertragungszentrum für Daten betreffend Wetten über sportliche Ereignisse im Ausland (ein sog. Datenübertragungszentrum, i. F.: DÜZ) zu betreiben. Er schickte von den Kunden ausgefüllte Formulare, begleitet von einer Fotokopie der Banküberweisungen, per Fax oder Internet nach London.<sup>503</sup>

Der Questore di Verona untersagte dem Kläger seine Tätigkeit mit der Begründung, dass sie nicht nach Art. 88 des Königlichen Dekrets genehmigt werden konnte. Der Kläger erhob gegen diese Verfügung Anfechtungsklage und beantragte vorläufigen Rechtsschutz, den er auch erhielt. Der Questore di Verona legte gegen diesen Beschluss ein Rechtsmittel beim Consiglio di Stato ein,<sup>504</sup> der die nachfolgende Vorlagefrage stellte.

### (4) Rechtlicher Rahmen

#### (4.1) Italienisches Recht

Die Veranstaltung von Sportwetten war in Italien genehmigungspflichtig.

Nach Art. 88 des königlichen Dekrets Nr. 773 v. 18.06.1931 konnte eine „Genehmigung für den Abschluss von Wetten [...] nicht erteilt werden, es sei denn, es handelt sich um Wetten bei Rennen, Regatten, Ballspielen oder ähnlichen Wettkämpfen, sofern der Abschluss der Wetten eine notwendige Voraussetzung für die zweckentsprechende Durchführung des Wettkampfs ist“.<sup>505</sup>

Die erlaubten Wetten bezogen sich auf Sportereignisse, die noch unter der Kontrolle des Comitato Olimpico Nazionale Italiano (Nationales Olympisches Komitee – CONI) stattfanden oder Pferderennen betrafen, die durch die Vermittlung der Unione Nazionale Incremento Razze Equine (dem nationalen Verband zur Verbesserung der Pferderassen – UNIRE) organisiert wurden. Die eingenommenen Gelder flossen diesen beiden Einrichtungen zu und dienten der Entwicklung sportlicher Aktivitäten durch Investitionen in die Infrastruktur im Bereich des Sports, insbesondere in den ärmsten Regionen, sowie der Förderung des Pferdesports und der Pferdezucht.<sup>506</sup>

### (5) Vorlagefrage

*„Stehen die Bestimmungen des Vertrages über den Dienstleistungsverkehr einer Regelung wie der italienischen über die Wetten unter Berücksichtigung der Anliegen der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung entgegen?“*

### (6) Antwort des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hat im Urteilstenor für Recht erkannt:

*„Die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit stehen nationalen Rechtsvorschriften wie den italienischen, die bestimmten Einrichtungen das Recht zur Annahme von Wetten über Sportereignisse vorbehalten, nicht entgegen, wenn diese Rechtsvorschriften tatsächlich durch Ziele der Sozialpolitik, nämlich die Beschränkung der*

---

ischen Wirtschaftsraum (i. F.: EWR), und die in jenem Abkommen genannte EFTA-Überwachungsbehörde – die der EU-Kommission entspricht – beteiligen, wenn einer der Anwendungsbereiche des EWR-Abkommens betroffen ist. Sie können binnen zwei Monaten nach der Zustellung der Vorabentscheidungsfrage beim Gerichtshof Schriftsätze einreichen oder schriftliche Erklärungen abgeben. Natürlich können sie auch an der mündlichen Verhandlung teilnehmen.

<sup>503</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 6.

<sup>504</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rnn. 7–9.

<sup>505</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 3.

<sup>506</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rnn. 3 und 4.

*schädlichen Wirkungen solcher Aktivitäten, gerechtfertigt sind, und wenn die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Fenelly hatte in Nr. 34 seiner Schlussanträge folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Eine nationale Regelung, die bestimmten Einrichtungen besondere oder ausschließliche Rechte zur Annahme von Wetten über Sportereignisse verleiht und damit die Freiheit, Buchmacherdienstleistungen zu erbringen, beschränkt, ist mit den Bestimmungen des Vertrages über den Dienstleistungsverkehr nicht unvereinbar, sofern sie Teil einer in sich schlüssigen und verhältnismäßigen nationalen Politik ist, die die schädlichen individuellen und sozialen Folgen des Wettens begrenzen soll.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Der Gerichtshof zitierte zunächst die Verfahrensbeteiligten, die alle außer dem Kläger der Ansicht gewesen seien, die Ausführungen im Urteil Schindler erlaubten es, die gestellte Frage zu verneinen.<sup>507</sup> Nur Herr Zenatti meinte, die Annahme von Wetten über Sportereignisse sei nicht mit der Veranstaltung von Lotterien gleichzusetzen, weil Wetten keine reinen Glücksspiele seien, sondern Spiele, in denen der Wettende das Ergebnis mit seiner Geschicklichkeit – also mit seinen Kenntnissen – bestimme.<sup>508</sup>

Der Gerichtshof akzeptierte dies nicht. Er erwähnte in Rn. 14<sup>509</sup> wiederum die sittlichen, religiösen sowie kulturellen Erwägungen und betonte, die nationalen Rechtsvorschriften seien allgemein darauf gerichtet, die Ausübung von Glücksspielen zu begrenzen oder sogar zu verbieten und zu verhindern, dass sie zu einer Quelle persönlicher Bereicherung würden. Außerdem erhöhten Lotterien angesichts der Höhe der Beträge und der Gewinne die Gefahr von Betrug und anderen Straftaten und verleiteten zu Ausgaben, die schädliche persönliche und soziale Folgen haben könnten. In Anbetracht der Höhe der Beträge, die dabei eingenommen werden könnten, und der Gewinne, die sie den Spielern böten, seien Wetten über Sportwettkämpfe mit denselben Gefahren von Betrug und anderen Straftaten verbunden und könnten dieselben schädlichen, persönlichen und sozialen Folgen haben. Daher müssten sie als Glücksspiele angesehen werden, die mit den im Urteil Schindler behandelten Lotterien vergleichbar seien.<sup>510</sup>

Allerdings unterscheide sich der Fall Zenatti wenigstens in zwei Aspekten von der Rs. Schindler. Anders als im Fall Schindler, in dem (große, landesweite) Lotterien gänzlich verboten gewesen wären, seien im Fall Zenatti Wetten nicht vollständig verboten, sondern nur bestimmten Einrichtungen vorbehalten. Zum anderen könnte auch das Niederlassungsrecht mit Rücksicht auf die Art der Beziehungen zwischen dem Kläger und der Firma Overseas, als deren Mittelsmann Zenatti handelte, betroffen sein.<sup>511</sup>

Zum letztgenannten Punkt meinte der EuGH in Rn. 23, da sich die Frage des vorliegenden Gerichts jedoch auf die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit beschränke, sei es nicht angebracht, die Anwendbarkeit anderer Bestimmungen des EG-Vertrags zu erörtern. Der Gerichtshof prüfte also nur die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit und meinte, dass die italienischen Rechtsvorschriften dadurch, dass sie die Veranstalter aus anderen Mitgliedstaaten direkt oder indirekt daran hinderten, selbst Wetten auf italienischem Boden anzunehmen, ein Hindernis für die Dienstleistungsfreiheit darstellten.<sup>512</sup>

<sup>507</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 12.

<sup>508</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 13.

<sup>509</sup> Unter Bezugnahme auf Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 60.

<sup>510</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rnn. 18 und 19.

<sup>511</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rnn. 20–22.

<sup>512</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rnn. 24–27.

Der EuGH untersuchte dann weiter, ob diese Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit im EG-Vertrag ausdrücklich zugelassen war oder mit zwingenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden konnte.<sup>513</sup> Er wiederholte dazu in den Rnn. 29 ff. praktisch das in der Rs. Schindler zu den Rechtfertigungsgründen Gesagte.

Zum weiteren Unterschied zur Sache Schindler, dem nicht völligen Verbot der Wetten, sondern deren eingeschränkte Erlaubnis für bestimmte Einrichtungen, sagte der EuGH in Rn. 35:

*„Entsprechend den Ausführungen des Gerichtshofs [...] in der Rs. [...] Läärä [...] genügt auch hier die Tatsache, daß die streitigen Wetten nicht vollständig verboten sind, [...] nicht für den Nachweis, daß die nationale Regelung die am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele, die in ihr aufgeführt werden und die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, nicht wirklich zu erreichen sucht. Denn eine begrenzte Erlaubnis von Glücksspielen im Rahmen von – bestimmten Einrichtungen gewährten oder zur Konzession erteilten – besonderen oder Ausschließlichkeitsrechten, die den Vorteil bietet, die Spiellust und den Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken eines solchen Betriebes im Hinblick auf Betrug und andere Straftaten auszuschalten und die sich daraus ergebenden Gewinne gemeinnützigen Zwecken zuzuführen, dient auch der Verwirklichung dieser Ziele.“*

In Rn. 36 betonte der EuGH dann erstmals in dieser Form, dass die Einnahmen aus genehmigten Spielen zur Finanzierung sozialer Aktivitäten jedoch „*nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik*“ sein dürfen (Hervorhebung durch den Verf.). Insoweit abschließend heißt es noch in Rn. 37:

*„Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu überprüfen, ob die nationalen Rechtsvorschriften angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten wirklich Zielen dienen, mit denen sie gerechtfertigt werden können, und ob die in ihnen enthaltenen Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.“*

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

GA Fennelly argumentierte in der gleichen Weise wie der EuGH. Auch er unterließ es mangels näheren Vortrags durch das vorlegende Gericht, auf das freie Niederlassungsrecht einzugehen.<sup>514</sup> Nur bei den Rechtfertigungsgründen traf er eine Nuancierung i. H. a. die vorgetragene Gründe des Verbraucherschutzes und der Bekämpfung von Straftaten. Er führte aus:<sup>515</sup>

*„[...] Wenn [...] nicht der Beweis erbracht werden kann, daß den Geschäften von Herrn Zenatti mit der [britischen] Overseas [SSP] ein besonderes Risiko anhaftet, dem nicht durch die Anwendung eines der in den beiden betreffenden Rechtsordnungen bestehenden Überwachungsmechanismen begegnet werden kann, so daß die Gefahr von Betrug oder anderen Straftaten größer ist als in einem rein inländischen Kontext, folgt daraus zwangsläufig, daß das Verbot der Annahme von Wetten außerhalb der begrenzten zulässigen Wege eine unverhältnismäßige Beschränkung darstellt und deshalb nicht durch diese Gründe gerechtfertigt werden kann. Die bloße Tatsache, daß die fraglichen Wettgeschäfte grenzüberschreitenden Charakter haben, ist meines Erachtens für sich genommen nicht ausreichend, um einen höheren Grad an Beschränkung zu rechtfertigen.“*

Weiter sagte er in Nr. 30:

*„Andererseits ist das sozialpolitische Argument für eine Rechtfertigung der italienischen Regelung, daß nämlich den schädlichen, moralischen und finanziellen Auswirkungen des*

<sup>513</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rnn. 27 und 28.

<sup>514</sup> Schlussanträge Zenatti (G1/3), a. a. O., Nr. 22.

<sup>515</sup> Schlussanträge Zenatti (G1/3), a. a. O., Nr. 29.

*Glücksspiels auf den Einzelnen und auf die Gesellschaft durch eine Beschränkung der Gelegenheit zum Wetten entgegengewirkt werden soll, meiner Meinung nach plausibler.*“

Wegen der Gesamtwürdigung der Rechtfertigungsgründe kam der GA also doch zum gleichen Ergebnis wie nachfolgend der Gerichtshof in seinem Urteil.

### **(10) Kommentierung**

Der Fall Zenatti ähnelte vielfach den Rsn. Schindler und Läärä, auch wenn es dieses Mal nicht um Lotterien oder Automatenspiele, sondern um (Sport-)Wetten ging.

Zudem wurde klargestellt, dass auch Sportwetten zu den Glücksspielen gehören. Die besonderen Kenntnisse des Wettenden über die Fähigkeit der Sportler und der Verbände reichen also nicht aus, den Sportereignissen ihre Zufallsabhängigkeit abzusprechen. Auch Sportwetten sind daher keine bloßen Geschicklichkeitsspiele.

Besonders betont wird in der Rs. Zenatti auch die Notwendigkeit einer Würdigung der Rechtfertigungsgründe in ihrer Gesamtheit.<sup>516</sup>

Neu war in Zenatti die Klarstellung, dass die Einnahmen aus Glücksspielen nur eine erfreuliche Nebenfolge sein dürfen. Diese griffige Formulierung wurde zu einem Standardbegriff in fast allen weiteren Glücksspielurteilen. In den vorhergegangenen Urteilen wurde den finanziellen Aspekten der Einnahmen und der Mittelverwendung für gute Zwecke noch ein größerer Stellenwert eingeräumt, wenn auch schon damals festgehalten wurde, dass sie als alleiniger Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung nicht ausreichen. Auch in anderen Rechtsbereichen, wie etwa dem Steuerrecht, waren und sind für den EuGH wirtschaftliche bzw. finanzielle Gründe – etwa um einer Verringerung der Steuereinnahmen entgegenzuwirken – keine ausreichenden Gründe zur Rechtfertigung der Beschränkung einer Grundfreiheit des Binnenmarktes.<sup>517</sup>

Interessant waren auch die Ausführungen von GA Fenelly in seiner Nr. 29 zu Kontrollmaßnahmen im Hinblick auf die Kriminalitätsbekämpfung, die schon im Sitzstaat des Spielanbieters durchgeführt würden. Ohne dass er damit den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bejahete, sagte er aber doch, dass die Nichtberücksichtigung dieser Maßnahmen eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle. Allerdings beschränkte er dies auf die Bekämpfung von Betrug und anderer Straftaten. Mitgliedstaatliche sozialpolitische Maßnahmen zu einer Beschränkung ließ er dagegen uneingeschränkt – also ohne Berücksichtigung anderer nationaler Regelungen – gelten.<sup>518</sup>

Interessant sind auch seine Ausführungen im Antwortvorschlag, in denen er von einer nötigen „in sich schlüssigen Politik“ spricht und damit bereits Aspekte der Kohärenz vorwegnimmt, die ja erst in späteren Urteilen thematisiert wurden.

In der Rs. Zenatti kam erneut zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten auch dann, wenn sie die Glücksspiele nicht völlig verbieten, bestrebt sein könnten, den Rechtfertigungszielen zu entsprechen. Die Aussage, dass die Mitgliedstaaten die Glücksspiele sogar gänzlich verbieten könnten – was die größte Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit wäre –, führt sinngemäß zu der Feststellung, dass jede „darunter liegende“ Lösung denkbar und erlaubt ist, die zu einer weniger starken Beschränkung der Grundfreiheiten führt.

<sup>516</sup> Urteil Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 35, wie bereits schon im Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 58.

<sup>517</sup> Siehe dazu – ex multis – Urteil v. 11.03.2004 in der Rs. C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138, (Hughes de Lasteyrie du Saillant, Slg. 2004, I-2431) – ein „berühmt“ gewordenes Standard-Urteil zur Wegzugsbesteuerung, in dem es in Rn. 60 (unter Zitierung weiterer Urteile) heißt: „Hierzu [also zur Verkürzung der Steuereinnahmen] genügt der Hinweis, dass Steuerminderungen nach ständiger Rechtsprechung nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen sind, der zur Rechtfertigung einer grundsätzlich gegen eine Grundfreiheit verstößenden Maßnahme angeführt werden kann.“

<sup>518</sup> Schlussanträge Zenatti (G1/3), a. a. O., Nr. 30.

### 3.1.4 Die Rechtssache ANOMAR (G1/4)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In der Rs. Anomar ging es um 13 (!) Vorabentscheidungsfragen nach der Auslegung der (damaligen) Art. 2, 28, 29, 31 und 49 EG – also insbesondere der Regelungen der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit – i. Z. m. den portugiesischen Rechtsvorschriften über die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücks- oder Geldspielen.<sup>519</sup>

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Vorabentscheidungsfragen des Tribunal Cível da Comarca Lissabon gingen beim EuGH am 08.01.2001 ein. GA Tizzano stellte am 11.02.2003 seine 15-seitigen Schlussanträge (mit 86 Nummern); der Gerichtshof erließ am 11.09.2003 sein 14-seitiges Urteil mit 89 Rnn.

Die Verfahrensdauer betrug demzufolge rund zwei Jahre und acht Monate. Spruchkörper war – im Gegensatz zu den vorangegangenen drei Rsn., in denen der Gerichtshof als Plenum tagte – erstmals eine Kammer, nämlich die damalige Dritte Kammer mit drei Richtern.<sup>520</sup>

Schriftliche Erklärungen hatten neben Anomar und der Kommission Portugal, Belgien, Deutschland, Spanien und Finnland abgegeben. Diese haben auch mit Ausnahme von Deutschland und Finnland an der mündlichen Verhandlung v. 26.09.2002 teilgenommen; an dieser beteiligte sich zudem auch Frankreich.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Der vom Vorlagegericht zu den Art. 28, 29 und 49 EG zitierte Art. 31 EG (jetzt Art. 37 AEUV) bestimmte in seinem Abs. 1:

*„Die Mitgliedstaaten formen ihre staatlichen Handelsmonopole derart um, dass jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.*

*Dieser Artikel gilt für alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflusst. Er gilt auch für die von einem Staat auf andere Rechtsträger übertragenen Monopole.“*

##### (3.2) Die portugiesischen Rechtsvorschriften

Die portugiesischen Vorschriften über das Glücksspiel waren und sind im Decreto-Lei Nr. 422/84/85 v. 28.03.1989 und Nr. 422/89 v. 02.12.1989 niedergelegt. Danach ist die Veranstaltung von Glücksspielen dem Staat vorbehalten. Die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücksspielen außerhalb der gesetzlich errichteten Zonen und durch Unternehmen, die nicht staatlich zugelassen worden waren, sind strafbar.<sup>521</sup>

Glücksspiele sind in Portugal in vier Kategorien aufgeteilt. Dazu heißt es in den Rnn. 9 ff. des Urteils Anomar:

<sup>519</sup> Zeitlich vor der Sache Anomar waren die Urteile in den Steuersachen Town & County (G2/6) und Lindman (G2/7) ergangen.

<sup>520</sup> Zur fallrelevanten Zeit waren die ersten 3 Kammern mit jeweils 3 Richtern und die Kammern 4 bis 6 mit 5 Richtern besetzt. Seit Ende 2003 ist es umgekehrt. Die Zahl der Kammern wurde zudem – zusätzlich zur Großen Kammer, die neben das Plenum getreten ist, das nur noch für die Amtsenthebungen und für besonders „schwierige“ Fälle zuständig ist – auf 8 erhöht. Davon waren die ersten 4 Kammern mit 5 Richtern und die Kammern 5–8 mit jeweils 3 Richtern besetzt. Siehe dazu Art. 16 der Satzung des Gerichtshofs und die Art. 9 sowie 11a–11c der Verfahrensordnung des Gerichtshofs. Inzwischen gibt es zehn Kammern, also eine weitere 5er- und eine zusätzliche 3er-Kammer.

<sup>521</sup> So Nr. 6 der Schlussanträge – s. auch die Nr. 100 der Schlussanträge des GA Bot zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8).

Die erste Kategorie umfasst die Glücks- oder Geldspiele, die mit der Verwendung von Automaten verbunden sind. Das Recht zur Veranstaltung solcher Glücksspiele kann nur von – in Form einer Kapitalgesellschaft – gegründeten Unternehmen ausgeübt werden, denen die Regierung die entsprechende Konzession durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag verleiht. Die einzigen Orte, an denen diese Veranstaltungen zugelassen sind, sind die in den Spielzonen vorhandenen Kasinos<sup>522</sup> sowie – in außergewöhnlichen Fällen und nach ministerieller Genehmigung – Schiffe, Luftfahrzeuge, Bingo-Spielhallen und bei bedeutenden touristischen Veranstaltungen dem Spiel vorbehaltene Räumlichkeiten.

Die zweite Kategorie betrifft Glücksspiele, bei denen die vergebenen Preise Gegenstände mit wirtschaftlichem Wert sind. Es handelt sich u. a. um Lotterien, Tombolas, Losziehungen, Wettspiele usw. Die Veranstaltung dieser Spiele unterliegt der Genehmigung durch den zuständigen Innenminister. Grundsätzlich dürfen Spielformen nicht von Einrichtungen mit Gewinnzwecken veranstaltet werden.

Wie sich aus der nachfolgenden Rs. Liga Portuguesa (G1/8) ergibt, ist vom portugiesischen Staat nur der Santa Casa Misericórdia de Lisboa eine Konzession zum Betreiben der landesweiten Lotterien und Sportwetten erteilt worden. Kleinere Lotterien wie Tombolas, Quizwettbewerbe, Wettspiele usw. haben in Portugal keine (kommerzielle) Bedeutung.<sup>523</sup>

Die dritte Kategorie umfasst Geschicklichkeitsspiele, bei denen es um Preise geht, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben. Automaten Spiele mit Geldgewinnen sind dabei nicht erlaubt.

Die vierte Kategorie umfasst die so genannten Unterhaltungsspielautomaten. Um ein solches Gerät in Betrieb nehmen zu können, muss von dem Zivilgouverneur des Bezirks, in dem das Gerät betrieben werden soll, eine Betriebserlaubnis erteilt werden.

Wegen der portugiesischen Regelungen im Einzelnen wird auf die Rnn. 7–27 des Urteils und die Nrn. 6–15 der Schlussanträge verwiesen. Näheres ergibt sich auch aus den Vorlagefragen.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Anomar und acht weitere portugiesische Gesellschaften hatten im Ausgangsverfahren gegen den portugiesischen Staat<sup>524</sup> eine Zivilklage

*„mit dem Ziel erhoben, ein positives Feststellungsurteil des Inhalts zu erwirken, dass einige Vorschriften des portugiesischen Rechts im Bereich der Spiele nicht in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen, wobei sie folgende Anträge gestellt haben:*

- das Recht, [...Glücksspiele...] außerhalb der ausgewiesenen Spielzonen zu veranstalten und daran teilzunehmen, dadurch anzuerkennen, dass die Monopolstellung der Kasinos beseitigt wird und demzufolge [verschiedene Artikel des Decreto Lei Nr. 422/89 ...] wegen des Vorrangs des [...] Gemeinschaftsrechts außer Kraft gesetzt werden;*
- mit der Außerkraftsetzung dieser Vorschriften auch das von diesen abgeleitete Recht als außer Kraft gesetzt anzusehen, insbesondere die strafrechtlichen Vorschriften [...] sowie alle Rechtsvorschriften, die diese Tätigkeiten verbieten oder beschränken, unabhängig davon, ob es sich um materielle oder um Verfahrensvorschriften handelt, und davon, in welchen Rechtsakten sie festgelegt sind.“*

Das schließlich mit der Sache befasste Tribunal Cível da Comarca Lissabon hatte dem EuGH dann folgende dreizehn (!) Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.<sup>525</sup>

<sup>522</sup> Das Wort variiert in verschiedenen normativen Texten zwischen Casino und Kasino.

<sup>523</sup> Schlussanträge in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8), Nrn. 97 und 98.

<sup>524</sup> Urteil Anomar (G1/4), C-6/01, ECLI:EU:C:2003:446, Rn. 28.

<sup>525</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 34.

## (5) Vorlagefragen

1. Sind Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Artikels 2 EG?
2. Sind Glücksspiele eine Tätigkeit im Zusammenhang mit ‚Waren‘, die als solche unter Artikel 28 EG fällt?
3. Sind Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Herstellung, der Einfuhr und dem Vertrieb von Spielautomaten unabhängig vom Betrieb dieser Automaten, und gilt daher für sie der Grundsatz des freien Warenverkehrs nach den Artikeln 28 EG und 29 EG?
4. Sind die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücksspielen vom Anwendungsbereich des Artikels 31 EG ausgenommen, weil dieser nicht für Dienstleistungsmonopole gilt?
5. Ist der Betrieb von Glücksspielautomaten eine ‚Dienstleistung‘, die als solche unter die Artikel 49 ff. EG fällt?
6. Handelt es sich um eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Artikels 49 EG, wenn eine gesetzliche Regelung (wie die in den Artikeln 3 Absatz 1 und 4 Absatz 1 des Decreto-Lei Nr. 422/89 v. 02.12.1989 enthaltene) die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücksspielen (die in Artikel 1 des genannten Decreto-Lei definiert sind als ‚solche, deren Ausgang ungewiss ist, weil er ausschließlich oder im Wesentlichen vom Zufall abhängt‘) – zu denen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben f und g des Decreto-Lei Nr. 422/89 auch Spiele an Automaten gehören, die Gewinne unmittelbar in Spielmarken oder Münzen auszahlen, und Spiele an Automaten, die zwar nicht Gewinne unmittelbar in Spielmarken oder Münzen auszahlen, aber für Glücksspiele charakteristische Inhalte aufweisen oder am Ende eine Punktzahl ergeben, die ausschließlich oder im Wesentlichen vom Zufall abhängt – nur in Spielcasinos zulässt, die in durch gesetzvertretende Verordnung dauerhaft oder vorübergehend errichteten Spielzonen liegen?
7. Ist die unter Frage 6 beschriebene einschränkende Regelung, selbst wenn sie eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Artikels 49 EG darstellen sollte, gleichwohl mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, weil sie ohne Unterschiede für portugiesische Staatsangehörige und Unternehmen und Staatsangehörige und Unternehmen anderer Mitgliedstaaten gilt und auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht (Verbraucherschutz, Verbrechensprävention, Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, Begrenzung des Angebots an Glücksspielen, Finanzierung von im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten)?
8. Gelten für die Veranstaltung von Glücksspielen die Grundsätze des freien Zugangs zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit und ihrer freien Ausübung, und beeinträchtigt deshalb das etwaige Bestehen von Regelungen anderer Mitgliedstaaten, die den Betrieb von Spielautomaten weniger einschränken, an und für sich schon die Gültigkeit der unter Frage 6 beschriebenen portugiesischen Regelung?
9. Sind die Einschränkungen der Veranstaltung von Glücksspielen nach portugiesischem Recht verhältnismäßig?
10. Ist die portugiesische gesetzliche Regelung der Genehmigung, die an rechtliche (Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Konzessionsvertrags mit dem Staat nach öffentlichem Ausschreibungsverfahren: Artikel 9 des Decreto-Lei Nr. 422/89) und logistische (Begrenzung der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücksspielen auf Spielcasinos in Spielzonen: Artikel 3 des genannten Decreto-Lei) Bedingungen geknüpft ist, zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich?
11. Stellt die Verwendung des Ausdrucks ‚im Wesentlichen‘ neben dem Ausdruck ‚ausschließlich‘ in den portugiesischen Rechtsvorschriften (Artikel 1, 4 Absatz 1 lit. g und 162 des Decreto-Lei Nr. 422/89 und Artikel 16 Absatz 1 lit. a des Decreto-Lei Nr. 316/95 v. 28.11.1995), um Glücksspiele zu definieren und rechtlich zwischen

*,Glücksspielautomaten' und ,Unterhaltungsspielautomaten' zu unterscheiden, die Bestimmbarkeit des Begriffs nach den rechtlichen Auslegungsmethoden in Frage?*

12. *Erfordern die unbestimmten Rechtsbegriffe, auf die sich die portugiesische Legaldefinition von ,Glücksspielen' (Artikel 1 und 162 des Decreto-Lei Nr. 422/89) und ,Unterhaltungsspielautomaten' (Artikel 16 des Decreto-Lei Nr. 316/95) stützt, für die Qualifizierung der verschiedenen Spielautomaten eine Auslegung, die das den nationalen Behörden eingeräumte freie Ermessen einbezieht?*
13. *Verstößt es auch dann, wenn man davon ausgeht, dass die genannten portugiesischen Rechtsvorschriften keine objektiven Kriterien zur Unterscheidung zwischen den Spielinhalten von Glücksspielautomaten und von Unterhaltungsspielautomaten aufstellen, gegen Grundsätze oder Regeln des Gemeinschaftsrechts, der Generalinspektion ein Ermessen bei der Qualifizierung von Spielinhalten einzuräumen? "*

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der EuGH hat im Urteilstenor für Recht erkannt:

- „1. *Glücksspiele stellen eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Artikels 2 EG dar.*
2. *Die Tätigkeit des Betriebs von Glücksspielautomaten ist unabhängig davon, ob sie sich von den die Herstellung, die Einfuhr und den Vertrieb derartiger Geräte betreffenden Tätigkeiten trennen lässt, als Dienstleistung im Sinne des Vertrages zu qualifizieren und kann daher nicht unter die Artikel 28 EG und 29 EG über den freien Warenverkehr fallen.*
3. *Ein Monopol für die Veranstaltung von Glücksspielen fällt nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 31 EG.*
4. *Nationale Rechtsvorschriften wie die portugiesischen Rechtsvorschriften, die die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücksspielen nur in den Casinosälen zulassen, die in den durch Decreto-Lei eingerichteten dauernden oder vorübergehenden Spielzonen vorhanden sind, und die unterschiedslos für portugiesische Staatsangehörige und für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten gelten, stellen eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Die Artikel 49 EG ff. stehen aber solchen nationalen Rechtsvorschriften in Anbetracht der Erwägungen der Sozialpolitik und der Betrugsvermeidung, auf die sie gestützt sind, nicht entgegen.*
5. *Der Umstand, dass es eventuell in anderen Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften über die Voraussetzungen der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücksspielen gibt, die weniger einschränkend als die in den portugiesischen Rechtsvorschriften vorgesehenen sind, ist für die Vereinbarkeit Letzterer mit dem Gemeinschaftsrecht unerheblich.*
6. *Im Rahmen von mit dem EG-Vertrag vereinbarten Rechtsvorschriften ist die Wahl der Bedingungen für die Organisation und die Kontrolle der Tätigkeiten der Veranstaltungen von und der Teilnahme an Glücksspielen, wie z. B. den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Konzessionsvertrags mit dem Staat oder die Beschränkung der Veranstaltung von und der Teilnahme an bestimmten Spielen auf ordnungsgemäß dafür zugelassene Orte, Sache der nationalen Stellen im Rahmen ihres Ermessens. "*

#### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Tizzano hatte in Nr. 86 vorgeschlagen, die Fragen wie folgt zu beantworten:

- „1. *Die Veranstaltung eines Glücksspiels stellt eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Artikels 2 EG dar.*
2. *Nationale Maßnahmen, die Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel mit Spielautomaten haben können, sind grundsätzlich im Licht des Artikels 28 EG zu beurteilen.*

3. *Mangels hinreichender Angaben zu den Voraussetzungen, denen im portugiesischen Recht die Vermarktung und die Einfuhr von Spielautomaten unterliegt, kann der Gerichtshof nicht darüber entscheiden, ob Artikel 28 EG die Anwendung der fraglichen nationalen Rechtsvorschriften ausschließt.*
4. *Mangels hinreichender Angaben zu den Voraussetzungen, denen im portugiesischen Recht die Vermarktung und die Einfuhr von Spielautomaten unterliegt, kann der Gerichtshof nicht darüber entscheiden, ob Artikel 31 EG die Anwendung der fraglichen nationalen Rechtsvorschriften ausschließt.*
5. *Eine Regelung, die, wie die portugiesische, die Veranstaltung von Glücksspielen einschließlich der Aufstellung von Glücksspielautomaten auf Casinos beschränkt, die in bestimmten gesetzlich festgelegten Zonen gelegen sind, stellt zwar eine Behinderung der Dienstleistungsfreiheit dar, ist jedoch durch Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt und, gemessen an diesen Erfordernissen, nicht unverhältnismäßig.*
6. *Das Ermessen, über das ein Mitgliedstaat bei der Regelung des Glücksspiels verfügt, ist nicht dadurch eingeschränkt, dass andere Mitgliedstaaten das Gebiet gegebenenfalls auf andere Weise geregelt haben.*
7. *Die Fragen 11 bis 13 sind unzulässig, da sie entweder darauf abzielen, eine Auslegung nationaler Vorschriften zu erwirken, oder unbestimmt sind.“*

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

### *(8.1) Zur 1. Frage – Zur wirtschaftlichen Tätigkeit*

Der Gerichtshof bejahte in den Rnn. 42-48 die Frage, ob Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 2 EG darstellen, und sagte in Rn. 47 unter Bezugnahme auf die Urteile Schindler und Läärä (G1/1 und 2) knapp und lapidar:

*„[... Alle] Glücksspiele sind als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne von Art. 2 EG zu qualifizieren, denn sie erfüllen die beiden vom Gerichtshof in seiner früheren Rechtsprechung zugrunde gelegten Kriterien, nämlich die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung gegen Entgelt und die Erwartung eines Gewinns in Geld.“*

Der GA hatte in den Nrn. 35-38 die Frage im gleichen Sinne beantwortet.

### *(8.2) Zur 2., 3. und 5. Frage – Zur Abgrenzung der Freiheiten*

Der Gerichtshof prüfte diese drei Fragen zusammen, die im Wesentlichen dahin gingen, ob die Glücksspiele eine Tätigkeit i. Z. m. Waren darstellten oder vielmehr eine Dienstleistung seien, und ob die Herstellung, die Einfuhr und der Vertrieb von Spielautomaten zum einen und der Betrieb dieser Apparate zum anderen voneinander trennbar seien oder nicht.<sup>526</sup> Er sagte dazu in den Rnn. 54 und 55:

*„Im verwandten Fall der Lotteriespiele hat der Gerichtshof [im Fall Schindler] entschieden, dass bestimmte Tätigkeiten der Herstellung und der Verbreitung von Werbematerial und Anmeldeformularen, ja sogar von Losen [...] im Hinblick auf den Vertrag nicht losgelöst von der Lotterie betrachtet werden können, auf die sie sich beziehen. Diese Tätigkeiten sind kein Selbstzweck [...].*

*Ohne dass die Einfuhr von Geldspielautomaten in ungefährer Entsprechung zu diesen Erwägungen als akzessorisch zur Tätigkeit des Betriebs dieser Geräte angesehen zu werden braucht, genügt es festzustellen [...], dass, auch wenn der Betrieb von Geldspielautomaten mit dem Vorgang verknüpft sein sollte, der darin besteht, sie einzuführen, die erstgenannte Tätigkeit unter die Vorschriften des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr und die zweitgenannte unter die Vorschriften über den freien Warenverkehr fällt.“*

<sup>526</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 49.

In Rn. 56 hielt der EuGH fest, dass die Tätigkeit (nur) des Betriebs von Geldspielautomaten als Dienstleistung im Sinne des Vertrages zu qualifizieren ist und dass sie daher nicht unter die Art. 28 und 29 EG über den freien Warenverkehr fallen kann.

Der GA prüfte zunächst nur die zweite und dritte Frage zusammen. In Nr. 44 meinte er, Waren seien Erzeugnisse, die einen Geldwert hätten und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein könnten. Zweifellos erfüllten – so der GA in Nr. 46 weiter – die Spielautomaten die soeben genannten Voraussetzungen und seien somit als Waren anzusehen. Dementsprechend seien nationale Maßnahmen, die Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel mit Spielautomaten haben könnten, grundsätzlich im Licht des Artikels 28 EG zu beurteilen. Zu prüfen blieb für den GA allerdings die eigentliche Frage nach der Vereinbarkeit der fraglichen nationalen Regelung mit Art. 28 EG.<sup>527</sup> Dabei sei aber zu beachten, meinte er in Nr. 50, dass der Vorlagebeschluss keinen Hinweis enthalte, der zum Verständnis der Regelung der Einfuhr und Vermarktung von Spielautomaten im portugiesischen Recht sachdienlich wäre. Daher verfüge der Gerichtshof weder für die Entscheidung, inwieweit der innergemeinschaftliche Warenverkehr durch die portugiesische Rechtsvorschriften behindert werden könne, noch für die Prüfung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit dieser Vorschriften über ausreichende Anhaltspunkte.<sup>528</sup>

#### *(8.3) Zur 4. Frage – Zum Monopol gemäß Art. 31 EG*

Diese Frage ging dahin, ob ein Monopol für die Veranstaltung von Glücksspielen in den Anwendungsbereich des Artikels 31 EG fällt.<sup>529</sup> Dazu meinte der Gerichtshof in Rn. 59, sowohl aus der Stellung dieser Bestimmung innerhalb des Kapitels über das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der Verwendung der Worte „Einfuhr“ und „Ausfuhr“ in Abs. 1 Satz 2 und des Wortes „Erzeugnisse“ in Abs. 3 folge, dass sie den Handel mit Waren betreffe, sich aber nicht auf ein Dienstleistungsmonopol beziehen könne.

Auch der GA ging davon aus, dass ein Dienstleistungsmonopol grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Art. 31 EG ausgeschlossen sei.<sup>530</sup> Da das vorlegende Gericht jedoch keine Angaben zur Verfügung gestellt habe, die erforderlich gewesen wären, um die Auswirkungen der portugiesischen Regelung auf den Warenverkehr zu verstehen, könne die vorliegende Frage nicht sachgemäß beantwortet werden.<sup>531</sup>

#### *(8.4) Zur 6., 7., 9. und 10. Frage – Zur Beschränkung und zu den Rechtfertigungsgründen*

Der EuGH prüfte diese vier Fragen wiederum zusammen, die im Wesentlichen dahin gingen, ob erstens nationale Rechtsvorschriften, die die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücksspielen auf bestimmte Orte begrenzten und die unterschiedslos für portugiesische Staatsangehörige wie für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten galten, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellten, und ob zweitens solche Rechtsvorschriften aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, insbesondere des Verbraucherschutzes, des Schutzes der öffentlichen Sittlichkeit und der Verbrechensprävention gerechtfertigt werden könnten.<sup>532</sup>

Der EuGH ging von einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus und sagte dazu:<sup>533</sup>

*„Unstreitig können nationale Rechtsvorschriften selbst bei unterschiedsloser Geltung unter Artikel 49 EG fallen, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.“<sup>534</sup>*

<sup>527</sup> Schlussanträge Anomar (G1/4), GA Tizzano, ECLI:EU:C:2003:86, Nr. 49.

<sup>528</sup> Schlussanträge Anomar (G1/4), a. a. O., Nr. 51.

<sup>529</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 57.

<sup>530</sup> Schlussanträge Anomar (G1/4), a. a. O., Nr. 59.

<sup>531</sup> Schlussanträge Anomar (G1/4), a. a. O., Nr. 60.

<sup>532</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 62.

<sup>533</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 65.

<sup>534</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 43.

Zu den vorgetragenen Rechtfertigungsgründen meinte der Gerichtshof in den Rnn. 73 und 74:

*„Die verschiedenen Gründe, die zum Erlass einer derartigen Regelung der Glücksspiele geführt haben, sind in ihrer Gesamtheit zu würdigen, wie der Gerichtshof in Rn. 58 des Urteils Schindler festgestellt hat. Im vorliegenden Fall beziehen diese Gründe sich auf den Schutz der Verbraucher, die Empfänger der Dienstleistung sind, und auf den Schutz der Sozialordnung. Derartige Ziele sind aber vom Gerichtshof bereits als Gründe angesehen worden, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können<sup>535</sup>.*

Der GA hatte diese Fragen im gleichen Sinne beantwortet.

*(8.5) Zur 8. Frage – Zur Regelung in anderen Mitgliedstaaten*

In dieser Frage ging es darum, *„ob der Umstand, dass Glücksspiele in anderen Mitgliedstaaten Gegenstand gesetzlicher Regelungen sind, die weniger einschränkend als die portugiesische Regelung sind, ausreicht, um die [...] Regelung unvereinbar mit dem Vertrag zu machen.“<sup>536</sup>*

Als Antwort führte der Gerichtshof in den Rnn. 79 und 80 aus:

*„Unstreitig obliegt es den nationalen Behörden, zu beurteilen, ob es im Rahmen des verfolgten Ziels notwendig ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollen vorzusehen.<sup>537</sup>*

*Daher ist es für die Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ohne Belang, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das Schutzniveau zu beurteilen, das sie gewährleisten sollen.“<sup>538</sup>*

Der GA kam in den Nrn. 73–79 zum gleichen Ergebnis.

*(8.6) Zur 11., 12. und 13. Frage – Zu den Zielen der Regelung und zu deren Verwirklichung*

In diesen drei Fragen, die der Gerichtshof wiederum zusammen prüfte, ging es im Wesentlichen um Rechtsvorschriften, die die Veranstaltung von und die Teilnahme an Glücksspielen von rechtlichen und logistischen Voraussetzungen abhängig machten.<sup>539</sup> In den Rnn. 87 und 88 führte der Gerichtshof dazu aus:

*„Es obliegt jedoch allein den nationalen Stellen, im Rahmen ihres Ermessens die Ziele festzulegen, deren Erreichung sie gewährleisten wollen, die Mittel zu bestimmen, die ihnen zur Konkretisierung dieser Ziele am besten geeignet erscheinen, und mehr oder weniger strenge Bedingungen für die Veranstaltung von und die Teilnahme an Spielen vorzusehen,<sup>540</sup> die auch für mit dem Vertrag vereinbar befunden worden sind.*

*Auf die elfte, die zwölfte und die dreizehnte Frage ist daher zu antworten, dass [...] die Wahl der Bedingungen für die Organisation und die Kontrolle der Tätigkeiten der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücksspielen [...] Sache der nationalen Stellen im Rahmen ihres Ermessens ist.“*

Der GA schlug dagegen in Nr. 85 seiner Schlussanträge vor, diese drei Fragen für unzulässig zu erklären, weil sie darauf abzielten, den Gerichtshof zu einer bloßen Auslegung des portugiesi-

<sup>535</sup> Der EuGH zitierte hierzu neben den Urteilen Schindler (dortige Rn. 58) und Läärä (dortige Rn. 33) das Urteil v. 04.12.1986 in der Rs. 220/83, ECLI:EU:C:1986:461, (Kommission vs. Frankreich, Slg. 1986, 3669) Rn. 20.

<sup>536</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 76.

<sup>537</sup> Urteile Läärä u. a. (G1/2), a. a. O., Rn. 35, und Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 33.

<sup>538</sup> Urteile Läärä u. a. (G1/2), a. a. O., Rn. 36, und Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 34.

<sup>539</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 82.

<sup>540</sup> S. in diesem Sinne die Urteile Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 61, Läärä u. a. (G1/2), a. a. O., Rn. 35, und Zenatti (G1/3), a. a. O., Rn. 33.

schen Rechts zu veranlassen (elfte und zwölfte Frage) und weil die Bezugnahme auf „Grundsätze oder Regeln des Gemeinschaftsrechts“ völlig unbestimmt sei (dreizehnte Frage).

### **(9) Kommentierung**

Die Rs. Anomar ist hinsichtlich des portugiesischen Rechts und wegen der erneuten Abgrenzung der Warenverkehrsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit von gewissem Interesse. Neu war die Frage nach der Einschlägigkeit von Art. 31 EG-Vertrag (jetzt Art. 37 AEUV) zur Umformung der Handelsmonopole auch für Dienstleistungen, was der Gerichtshof<sup>541</sup> und der GA<sup>542</sup> wegen der Formulierung dieser Bestimmung, die nur auf Waren schließen lasse, verneinte.

Inhaltlich brachte der Fall schon aufgrund der gestellten Fragen keine neuen Erkenntnisse gegenüber den Aussagen des Gerichtshofs in den Fällen Schindler, Läärä und Zenatti. Wahrscheinlich war auch deshalb nur eine Dreierkammer mit dem Fall befasst worden.

Da das vorliegende Gericht die Antworten aus den eben genannten drei Urteilen selbst hätte ableiten können, wäre eigentlich eine Vorlage gar nicht nötig gewesen<sup>543</sup>. Das letztgenannte Urteil Zenatti war am 21.10.1999, also vor Eingang des Vorlagebeschlusses am 08.01.2001 ergangen; der Vorlagebeschluss selbst war vom vorlegenden Gericht am 25.05.2000 gefasst worden.<sup>544</sup> Die Rs. Anomar hätte deshalb gemäß Art. 104 § 3 VerFO (inzwischen Art. 99) auch durch Beschluss statt durch Urteil entschieden werden können.

### **3.1.5 Die Rechtsache GAMBELLI u. a. (G1/5)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Der italienische Ausgangsfall betraf ein Strafverfahren gegen Herrn Gambelli und gegen 137 weitere Beschuldigte. Die einschlägigen italienischen Vorschriften waren – zumindest teilweise – bereits in der Rs. Zenatti Gegenstand der Beurteilung durch den Gerichtshof. Im Fall Gambelli ging es jedoch im Rahmen des strafrechtlichen Kontextes vor allem um die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen. Außerdem wurden die mitgliedstaatlichen Vorschriften (auch) unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit thematisiert, während der Gerichtshof die Problematik der Lotterien (Schindler) Automaten Spiele (Läärä) und Sportwetten (Zenatti) bisher allein unter dem Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit geprüft hatte. Im Fall Gambelli ging es auch wieder um den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Zudem ging es um die Übermittlung von Wetten über das Internet in einen anderen Mitgliedstaat.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Vorlagefrage des Tribunale di Ascoli Piceno war beim Gerichtshof am 22.06.2001 eingegangen. GA Alber hatte am 13.03.2003 seine 30-seitigen, mit 134 Nummern versehenen, Schlussanträge abgegeben. Der Gerichtshof verkündete am 06.11.2003 als Plenum sein 13-seitiges Urteil mit 77 Rnn. Die Verfahrensdauer betrug demzufolge rund 28 Monate. Am schriftlichen Verfahren hatten sich außer dem Angeklagten Gambelli und der Kommission Italien, Belgien, Griechenland, Spanien, Luxemburg, Portugal, Finnland und Schweden beteiligt. Diese nahmen, außer Luxemburg, Portugal und Schweden auch an der mündlichen Verhandlung v. 22.10.2002 teil, an der sich zudem Frankreich beteiligte.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

Zur fallrelevant geltenden italienischen Rechtslage s. oben Teil C, III. Nur so viel sei wiederholt: Glücksspiele waren und sind in Italien genehmigungspflichtig. Nach dem italienischen Finanzgesetz Nr. 388 v. 23.12.2000 wurde die Genehmigung aber nur denjenigen erteilt, die bereits im

<sup>541</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 57.

<sup>542</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 59.

<sup>543</sup> S. Urteil v. 06.10.1982 in der Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, (C.I.L.F.I.T., Slg. 1982, 3415), u. Fn. 475.

<sup>544</sup> Urteil Anomar (G1/4), a. a. O., Rn. 1.

Besitz einer Konzession waren. Kapitalgesellschaften wie Stanley – für die Gambelli und die anderen Beschuldigten tätig waren – konnten zum fallrelevanten Zeitpunkt keine Konzession erhalten. Die unzulässige Ausübung von Spiel- oder Wettstätigkeiten war gemäß des Gesetzes Nr. 401/89 verboten und mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu einem Jahr bzw. mit Geldstrafe bedroht.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Die Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsrichter beim Tribunale di Fermo ermittelten gegen „eine weit verbreitete und engmaschige Organisation italienischer Agenturen“, die über das Internet i. V. m. dem Buchmacher Stanley International Betting Ltd. in Liverpool standen, und zu der die Beschuldigten des Ausgangsverfahrens gehörten. (Stanley betrieb damals in Italien mehr als 200 Agenturen.) Den Beschuldigten wurde zur Last gelegt, in Italien bei der Tätigkeit des Sammels von Wetten eines ausländischen Buchmachers mitgewirkt und dadurch gegen das Gesetz Nr. 401/89 verstoßen zu haben.<sup>545</sup>

Die Tätigkeiten liefen wie folgt ab: Der Wettende teilte der italienischen Agentur mit, auf welche Spiele (von Stanley) er setzen möchte, und gab den beabsichtigten Einsatz an. Diese Agentur übermittelte dem Buchmacher über das Internet einen Antrag auf Annahme der Wette und gab die fraglichen nationalen Spiele und die zu tätigenen Wetteinsätze an. Der Buchmacher übermittelte über das Internet unverzüglich – wörtlich: in Echtzeit – die Bestätigung der Annahme der Wette. Die italienische Agentur übermittelte dem Wettenden diese Bestätigung, woraufhin dieser den geschuldeten Betrag zahlte, der dann an den Buchmacher auf ein im Ausland eröffnetes Konto weitergeleitet wurde.<sup>546</sup>

Bei Stanley handelte es sich um eine Kapitalgesellschaft britischen Rechts, die im Handelsregister eingetragen war, und die aufgrund einer von der Stadt Liverpool nach dem Betting, Gaming and Lotteries Act erteilten Lizenz die Tätigkeit eines Buchmachers betrieb. Sie war zur Ausübung ihrer Tätigkeit im Vereinigten Königreich und im Ausland ermächtigt. Stanley unterlag strengen Kontrollen im Hinblick auf die Ordnungsmäßigkeit ihrer Tätigkeiten, die von einer privaten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie von dem Inland Revenue und den Customs & Excise – also von Finanz- und Zollbehörden – durchgeführt wurden.<sup>547</sup>

Die Beschuldigten des Ausgangsverfahrens waren bei der italienischen Handelskammer als unabhängige Inhaber von Unternehmen zum Betrieb eines Datenübermittlungszentrums (i. F.: DÜZ) eingetragen und hatten eine Genehmigung des Ministeriums für Post und Telekommunikation zur Übertragung von Daten erhalten.

Der Ermittlungsrichter beim Tribunale di Fermo erließ einen Beschluss über die vorläufige Beschlagnahme der Gerätschaften; gegen den Beschuldigten Garrisi wurde Polizeigewahrsam angeordnet. Die Beschuldigten des Ausgangsverfahrens haben beim Tribunale di Ascoli Piceno die Überprüfung der Beschlüsse beantragt, das dem EuGH die folgende Vorlagefrage stellte.<sup>548</sup>

#### **(5) Vorlagefrage**

*„Ist eine nationale Regelung wie die italienische in den Artikeln 4 Abs. 1 ff., 4a und 4b des Gesetzes Nr. 401/89 [...], die – strafbewehrte – Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, durch wen auch immer und wo auch immer, enthält, wenn im Inland keine Voraussetzungen für die Konzession und die Genehmigung geregelt sind – mit den entsprechenden Wirkungen im nationalen Recht – mit den Artikeln 43 ff. und 49 ff. EG-*

<sup>545</sup> Urteil Gambelli (G1/5), C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 10.

<sup>546</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 11.

<sup>547</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 12.

<sup>548</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 24.

*Vertrag vereinbar, die die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen betreffen?“*

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hatte der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Eine nationale Regelung, die – strafbewehrte – Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse enthält, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Artikeln 43 EG und 49 EG dar, wenn der betreffende Mitgliedstaat keine Konzession oder Genehmigung erteilt. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eine solche Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.“*

#### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der Verf. hatte als GA auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung abgehoben und in Nr. 134 als Antwort vorgeschlagen:

*„Die Artikel 49 ff. EG über die Dienstleistungsfreiheit sind dahin auszulegen, dass ihnen eine mitgliedstaatliche Regelung wie die italienische in Artikel 4 Abs. 1-4, 4a und 4b des Gesetzes Nummer 401 v. 13.12.1989 [...], die strafbewehrte Verbote für die Tätigkeit des Sammelns, der Entgegennahme, der Bestellung und der Übermittlung von Wetten, insbesondere bei sportlichen Ereignissen vorsieht, dann entgegensteht, wenn diese Tätigkeiten von oder bei einem bzw. für einen Wettveranstalter vorgenommen werden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und der diese Tätigkeiten ordnungsgemäß entsprechend den dortigen Regelungen ausübt.“*

#### **(8) Vortrag der Beteiligten**

Die Beschuldigten des Ausgangsverfahrens wiesen darauf hin, dass der italienische Staat keine kohärente Politik<sup>549</sup> zur Begrenzung oder Verhinderung der Spieltätigkeiten verfolge, da Italien das Angebot an Spielen und Wetten ausweite und zur Teilnahme an diesen Spielen anreize, indem es die Regelung des Sammelns vereinfache, um die Steuereinnahmen zu erhöhen. Dass die Organisation von Wetten in Finanzgesetzen geregelt werde, lasse die wahre wirtschaftliche Motivation der nationalen Behörden erkennen.<sup>550</sup>

Die italienische Regelung habe auch das Ziel, die Konzessionäre des staatlichen Monopols zu schützen, indem für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der Zugang dadurch unmöglich gemacht werde, dass in den Ausschreibungen Kriterien für die Eigentumsstruktur vorgesehen seien, die von einer börsennotierten Kapitalgesellschaft nicht erfüllt werden könnten, und dass sie die Bedingung aufstellten, dass man über Geschäftsräume in Italien verfügen und seit langem Konzessionär gewesen sein müsse.<sup>551</sup>

Nach Ansicht der Beschuldigten des Ausgangsverfahrens sei „es kaum hinnehmbar, dass eine Gesellschaft wie Stanley, die vollkommen rechtmäßig handle und im Vereinigten Königreich ordnungsgemäß kontrolliert werde, nach italienischem Recht genauso behandelt werde wie ein Wirtschaftsteilnehmer, der sich der Organisation heimlicher [also verbotener] Spiele widme.“ Durch das britische Recht würden sämtliche Gesichtspunkte i. Z. m. dem Gemeinwohl gewahrt. Zudem seien die als Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften handelnden italienischen

<sup>549</sup> Diesen vom Beschuldigten Gambelli vorgetragenen Begriff „kohärente Politik“ (s. Nr. 27 der Schlussanträge) hat der Verf. in seinen Schlussanträgen übernommen“ (s. nachfolgend).

<sup>550</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 26.

<sup>551</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 27.

Vermittler in das Verzeichnis der Dienstleistungserbringer eingetragen und beim Ministerium für Post und Telekommunikation registriert, mit dem zusammen sie tätig würden, und das sie in regelmäßigen Abständen kontrolliere und überprüfe.<sup>552</sup>

Zusätzlich erwähnenswert wäre vielleicht noch die portugiesische Argumentation zu den staatlichen Einnahmen durch die Glücksspiele. Sie wurde in Rn. 38 wie folgt zitiert:

*„[...] Was die Spieltätigkeit angehe, so führten die Marktwirtschaft und der freie Wettbewerb zu einer mit der sozialen Ordnung unvereinbaren Neuverteilung der im Rahmen dieser Tätigkeit erzielten Einnahmen, denn diese würden sich tendenziell von den Ländern, in denen die gesamten Einsätze niedrig seien, in die Länder verlagern, in denen diese Einsätze höher und die Gewinnsummen attraktiver seien. Die Wettenden in den kleineren Staaten finanzierten so den Sozial-, Kultur- und Sporthaushalt der großen Mitgliedstaaten, und in den kleineren Staaten würden die Regierungen durch den Rückgang der Spieleinnahmen gezwungen, die öffentlichen Sozialmaßnahmen und die anderen staatlichen Tätigkeiten auf dem Gebiet der Sozial-, Kultur- und Sportpolitik auf andere Weise zu finanzieren, was in diesen Staaten eine Erhöhung der Steuern und in den großen Staaten deren Senkung nach sich zöge. Im Übrigen würde die Aufteilung des Lotterie- und Lottomarktes der Staaten auf drei bis vier große Veranstalter in der Europäischen Union strukturelle Veränderungen der von den Staaten rechtmäßig betriebenen Vertriebsnetze für Spiele hervorrufen, die zur massiven Zerstörung von Arbeitsplätzen und zu auseinanderklaffenden Niveaus der Arbeitslosigkeit in den verschiedenen Mitgliedstaaten führten.“*

## **(9) Würdigung durch den Gerichtshof**

Wie sich aus dem Urteilstenor ergibt, hielt der Gerichtshof sowohl die Niederlassungsfreiheit wie auch die Dienstleistungsfreiheit für relevant.

### *(9.1) Zur Niederlassungsfreiheit*

Der Gerichtshof prüfte zunächst, ob die italienische Regelung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellte. Dazu meinte er, soweit eine Gesellschaft wie Stanley mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Tätigkeit des Sammelns von Wetten durch Vermittlung einer Organisation von Agenturen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nachgehe, stellten die diesen Agenturen auferlegten Beschränkungen ihrer Tätigkeit Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit dar.<sup>553</sup> Soweit nun das Fehlen ausländischer Wirtschaftsteilnehmer unter den Konzessionären auf dem Sektor der Wetten über Sportereignisse in Italien darauf zurückzuführen sei, dass die italienische Regelung für Ausschreibungen die Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert seien, Konzessionen zu erhalten, praktisch ausschließe, stelle eine solche Regelung ebenfalls eine Beschränkung der Freiheit der Niederlassung dar, und zwar auch dann, wenn diese Beschränkung unterschiedslos allen Kapitalgesellschaften mit Sitz in Italien oder in einem anderen Mitgliedstaat auferlegt sei, die ein Interesse an diesen Konzessionen haben könnten.<sup>554</sup> Der EuGH ging also von der Niederlassungsfreiheit aus, die er durch die italienische Regelung für beschränkt ansah.

### *(9.2) Zur Dienstleistungsfreiheit*

Der EuGH prüfte sodann, ob auch eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorlag, was er ebenfalls bejahte. Er meinte, eine Tätigkeit, die darin bestehe, die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats an in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Wetten teilnehmen zu lassen, gehöre auch dann zu den Dienstleistungen, wenn es bei den Wetten um in dem erstgenannten Mitgliedstaat veranstaltete Sportereignisse gehe.<sup>555</sup> Der Gerichtshof habe „weiter entschieden,

<sup>552</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 28.

<sup>553</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 46.

<sup>554</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 48.

<sup>555</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 52.

dass Art. 49 EG dahin auszulegen ist, dass er Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer potentiellen Leistungsempfängern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, telefonisch anbietet und die er ohne Ortswechsel von dem Mitgliedstaat aus erbringt, in dem er ansässig ist“.<sup>556</sup>

### (9.3) Rechtfertigungsgründe zur Beschränkung der beiden Freiheiten

Damit die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt seien, müssten sie die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Voraussetzungen erfüllen.<sup>557</sup> Es sei nun Sache des vorlegenden Gerichts,<sup>558</sup> darüber zu befinden, ob im Ausgangsverfahren die in Italien eingeführten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs diese Voraussetzungen erfüllten. Dabei habe das nationale Gericht die in den nachfolgenden Rnn. angeführten Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Der EuGH nannte nun eine Reihe zu berücksichtigender Aspekte. Als ersten Punkt nannte er (im Hinblick auf Glücksspiele erstmals) den Begriff der Kohärenz und führte dazu aus,<sup>559</sup> er habe

*„in den Urteilen Schindler, Läärä und Zenatti zwar anerkannt, dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können, jedoch müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie **kohärent und systematisch** zur Begrenzung der Wettätigkeiten beitragen.“* [Hervorhebungen durch Verf.]

Soweit nun aber die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher dazu anreizten und ermunterten, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, könnten sich die Behörden dieses Staates nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu rechtfertigen.<sup>560</sup> Mit diesem lapidaren Hinweis ließ es der EuGH bewenden. Auf die ausführlichen Bedenken Portugals ging er mit keinem Wort ein.

Zum zweiten, vom nationalen Gericht zu prüfenden Aspekt meinte der EuGH, dass *„die durch die italienischen auferlegten Beschränkungen im Bereich der Ausschreibungen in dem Sinne unterschiedslos anwendbar sein [müssten], dass sie in gleicher Weise und mit den gleichen Kriterien für in Italien ansässige Wirtschaftsteilnehmer wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten.“*<sup>561</sup>

<sup>556</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 53. Der EuGH zitierte in diesem Zusammenhang das Urteil v. 10.05.1995 in Rs. C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126, (Alpine Investments, Slg. 1996, I-1141) Rn. 22. In dieser Rs., auf die der EuGH auch in anderen Fällen verwies, war es um das (niederländische) Verbot des sog. „cold calling“ gegangen. Die Alpine Investments BV war auf Warenterminverträge spezialisiert. Sie nahm mit Privatleuten (auch in anderen Mitgliedstaaten) ohne deren vorhergehende schriftliche Zustimmung telefonisch Kontakte auf, um ihnen verschiedene Finanzdienstleistungen anzubieten. Die Niederlande hatten nun geltend gemacht, das Verbot sei dem Anwendungsbereich des Art. 59 EWG-Vertrag entzogen, denn es betreffe nicht den Marktzugang, sondern nur die Art und Weise, in der die Dienstleistungen angeboten würden. Es entspreche somit den bloßen Verkaufsmodalitäten. Der Gerichtshof sah dies jedoch anders, weil durch das Verbot auch der Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten unmöglich gemacht werde. Er hielt also das Beschränkungsverbot gemäß Art. 59 EWG für einschlägig.

<sup>557</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rnn. 64 und 65. Dabei zitierte der Gerichtshof die Urteile v. 01.03.1993 in der Rs. C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, (Kraus, Slg. 1993, I-1663) Rn. 32 und v. 30.11.1995 in Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, (Gebhard, Slg. 1995, I-4165) Rn. 37. In diesen Urteilen sind die vier Voraussetzungen genannt, die zur Geltendmachung des Rechtfertigungsgrundes der „zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse“ kumulativ erfüllt sein müssen; zu den zwingenden Erfordernissen s. o. Teil D, IV, 1.

<sup>558</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 66.

<sup>559</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 67.

<sup>560</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 69.

<sup>561</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 70.

Schließlich dürften die durch die italienischen Rechtsvorschriften auferlegten Beschränkungen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels erforderlich sei. Insoweit habe das vorliegende Gericht zu prüfen, ob die Strafe, die gegen jede Person verhängt werde, die von ihrem Wohnort in Italien aus über das Internet mit einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Buchmacher Wetten durchführe, nicht vor allem deshalb eine unverhältnismäßige Sanktion darstelle, weil zur Teilnahme an Wetten ermuntert werde, „*sofern sie im Zusammenhang mit Spielen stattfindet, die von zugelassenen nationalen Einrichtungen organisiert werden.*“<sup>562</sup>

In den Rnn. 73 und 74 fügte der EuGH zur Verhältnismäßigkeit noch hinzu:

„73 *Das vorliegende Gericht wird sich außerdem die Frage stellen müssen, ob der Umstand, dass Vermittlern, die die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Buchmacher, der in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem diese Dienstleistungen angeboten werden, dadurch erleichtern, dass sie in ihren Räumen den Wettenden eine Internetverbindung zu diesem Buchmacher zur Verfügung stellen, Beschränkungen auferlegt werden, die mit Strafandrohungen bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bewehrt sind, eine Beschränkung darstellt, die über das zur Betrugsbekämpfung Erforderliche hinausgeht. Dies könnte vor allem deshalb der Fall sein, weil der Leistungserbringer im Mitgliedstaat der Niederlassung einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterliegt, die Vermittler rechtmäßig gegründet sind und diese Vermittler vor den sich aus dem Gesetz Nr. 388/00 ergebenden Gesetzesänderungen glaubten, zur Übermittlung von Wetten über ausländische Sportereignisse berechtigt zu sein.*

74 *Was die Verhältnismäßigkeit der italienischen Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit angeht, so kann sich, auch wenn das von den Behörden eines Mitgliedstaats verfolgte Ziel darin besteht, das Risiko auszuschalten, dass die Konzessionäre für Spiele in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten verwickelt werden, der Ausschluss der Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert sind, Konzessionen für die Verwaltung von Sportwetten zu erhalten, obwohl es vor allem andere Mittel gibt, die Konten und Tätigkeiten solcher Gesellschaften zu kontrollieren, als eine Maßnahme erweisen, die über das zur Betrugsverhinderung Erforderliche hinausgeht.“*

## **(10) Würdigung durch den Generalanwalt**

### *(10.1) Zur Niederlassungsfreiheit*

Als GA war m. E. die Niederlassungsfreiheit fallrelevant nicht einschlägig. Wohl war sie zu prüfen, zumal sie von der Normenhierarchie her gesehen vor der Dienstleistungsfreiheit eingreift.<sup>563</sup> Dies ergibt sich nicht nur aus der Rechtsprechung,<sup>564</sup> sondern auch aus der normativen Reihenfolge des Vertrags, in der das Niederlassungsrecht vor den Dienstleistungen geregelt wird, sowie aus Art. 50 EG letzter Abs. [jetzt 57 AEUV], der mit dem Wortlaut: „*Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit [...]*“ nur vorübergehende Tätigkeiten in einem anderen Land ausnahmsweise nicht den Niederlassungsregeln unterwirft. Des Weiteren ergibt sich dies aus Art. 55 EG (jetzt 62 AEUV), der im Rahmen der Dienstleistungsregelung auf mehrere Artikel des Niederlassungsrechts verweist, die auch für Dienstleistungen gelten.

<sup>562</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 72. In diesem Zusammenhang zitierte der Gerichtshof die Urteile v. 29.02.1996 in der Rs. C-193/94, (Skanavi und Chryssanthakopoulos, Slg. 1996, I-929) Rnn. 34–39, ECLI:EU:C:1996:70, und v. 25.07.2002 in der RC-459/99 (MRAX, Slg. 2002, I-6591) Rnn. 89–91, ECLI:EU:C:2002:461.

<sup>563</sup> Schlussanträge Gambelli (G1/5), GA Alber, ECLI:EU:C:2003:156, Nr. 76.

<sup>564</sup> S. z. B. Urteil v. 04.12.1986 in der Rs. 205/84, ECLI:EU:C:1986:463, (Kommission vs. Deutschland, Slg. 1986, 3755) Rn. 21 letzter Satz.

Die Berufung auf die eine oder andere Freiheit kann im Ergebnis insofern einen Unterschied machen, als eventuell anzuwendende besondere Zulassungsvoraussetzungen des Niederlassungsstaats – auch unter Anerkennung der im Herkunftsstaat erfolgten Kontrollen und geleisteten Garantien – in dieser Form von einem Dienstleistungserbringer, der ja im Ausland bleibt, nicht verlangt werden können. Für einen Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat genügt i. d. R. die Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen im Herkunftsstaat.<sup>565</sup> Nur bei der vorübergehenden Ausübung der Tätigkeit im Gastland hat er gemäß Art. 57 UAbs. 2 AEUV (Ex-Art. 50 EG) die dortigen Regeln zu beachten.

Gemäß dem Urteil des Gerichtshofs in der Rs. *Factortame*<sup>566</sup> besteht eine Niederlassung „in der tatsächlichen Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.<sup>567</sup> Bei den Datenübertragungszentren handelte es sich für den Verf. als GA zwar mit großer Wahrscheinlichkeit um feste Einrichtungen. Ob diese aber die Gesellschaft Stanley auf Dauer auf dem italienischen Markt repräsentieren sollten, war fraglich. Aus den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten ging hervor, dass der Server für die Angebote, Annahmen und Abwicklungen der Wetten in Liverpool stand, und die Zentren lediglich eine Vermittlertätigkeit ausübten.<sup>568</sup> Wenn jedoch die Vermittlertätigkeit für den Vermittler nur eine Tätigkeit unter anderen ist, wird man eine auf Dauer angelegte Beauftragung für das Unternehmen, wie eine Agentur zu handeln, schwerlich annehmen können, da sich der Vermittler in einem derartig gelagerten Fall – je nach Vertragslage – nach freiem Entschluss aus der Zusammenarbeit lösen kann, eine Abhängigkeit vom Haupthaus also nicht besteht. Nach Aktenlage schien es so zu sein, sodass es sich bei den Datenübertragungszentren nicht um sekundäre Niederlassungen der Firma Stanley handelte, sondern dass diese Zentren im Wege des Dienstleistungsverkehrs tätig wurden.<sup>569</sup> In der Rs. *Gambelli* war wegen des gleichen Ergebnisses bezüglich der Rechtsfolgen die Abgrenzungsfrage allerdings sekundär.

### *(10.2) Zur Dienstleistungsfreiheit*

Was nun die Dienstleistungsfreiheit anbelangte, so handelte es sich im Fall *Gambelli* um eine Korrespondenzdienstleistung,<sup>570</sup> bei der die Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig waren, und allein die Dienstleistung einen grenzüberschreitenden Charakter hatte, was aber für die sachliche Geltung der Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit ausreicht.<sup>571</sup>

#### *(10.2.1) Zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und deren Rechtfertigung*

Die italienischen Regelungen, die Veranstalter aus anderen Mitgliedstaaten daran hinderten, Wetten auf italienischem Boden anzunehmen, stellten eine Behinderung dar und waren damit als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anzusehen.<sup>572</sup>

Im Hinblick auf eine Ausnahmeregelung (Bereichsausnahme) war zunächst festzuhalten, dass die primärrechtliche Sonderregelung in Art. 45 Abs. 1 EG (jetzt Art. 51 Abs. 1 AEUV) nicht anwendbar war, in der gesagt wird, dass auf Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, das Kapitel über das Niederlassungsrecht – bzw. gemäß Art. 55 EG (nunmehr Art. 62 AEUV) dasjenige über den freien Dienstleistungsverkehr – keine Anwendung findet. Es war deshalb nicht anwendbar, weil die Veranstaltung von Glücksspielen nichts mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zu tun hat.

<sup>565</sup> Schlussanträge *Gambelli* (G1/5), a. a. O., Nr. 83.

<sup>566</sup> Urteil v. 25.07.1991 in der Rs. C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, (*Factortame*, Slg. 1991, I-3905) Rn. 20.

<sup>567</sup> Schlussanträge *Gambelli* (G1/5), a. a. O., Nr. 78.

<sup>568</sup> Schlussanträge *Gambelli* (G1/5), a. a. O., Nr. 85.

<sup>569</sup> Schlussanträge *Gambelli* (G1/5), a. a. O., Nr. 85–87.

<sup>570</sup> Zu den Korrespondenzdienstleistungen s. *Geiger/Khan*, Europarecht, Frage 617, S. 313.

<sup>571</sup> Schlussanträge *Gambelli* (G1/5), a. a. O., Nr. 105.

<sup>572</sup> Schlussanträge *Gambelli* (G1/5), a. a. O., Nr. 106.

Als weitere primärrechtliche Rechtfertigungsgründe nannte Art. 46 EG – jetzt Art. 52 AEUV – (i. V. m. Art. 55 EG bzw. 62 AEUV) solche der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, bzw. der Gesundheit,<sup>573</sup> die eine Sonderregelung für Ausländer – und damit sogar eine Diskriminierung der Staatsangehörigen anderer Mitgliedsländer – erlaubten. Der Gerichtshof hatte in der Rs. Zenatti zwar die Art. 45, 46 und 55 EG erwähnt, jedoch inhaltlich nicht weiter geprüft, sondern war unmittelbar zur Prüfung der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses übergegangen.<sup>574</sup> Vor allem die Überlegung, die öffentliche Sicherheit und Ordnung könnte die strenge Reglementierung rechtfertigen, die dem Staat eine sehr weitgehende Organisationsgewalt auf dem Glücksspielsektor vorbehält, schien nicht abwegig zu sein. Die italienische Regelung sollte ja zugleich der Verhinderung von Straftaten dienen. Auch die in Italien bestehende strafrechtliche Absicherung war Beweis für die gesetzgeberische Bewertung der Gefährlichkeit des Glücksspiels. Dennoch hatte der Gerichtshof schon im Urteil Zenatti (G1/3) zu diesem primärrechtlich genannten Rechtfertigungsgrund nicht näher Stellung genommen, sodass dieser Punkt auch im Fall Gambelli übergangen werden konnte.<sup>575</sup>

Es war demzufolge gleich auf die vom EuGH zusätzlich geschaffenen Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse einzugehen. Diese aber müssen die im Urteil Gebhard erwähnten vier Voraussetzungen kumulativ erfüllen<sup>576</sup>. Es war im Fall Gambelli davon auszugehen, dass die italienischen Regelungen nicht diskriminierend wirkten. Andernfalls wäre schon die erste Voraussetzung für das Vorliegen der zwingenden Erfordernisse nicht gegeben gewesen. Was die weitere Voraussetzung anbelangte, das Vorliegen von Gründen im Allgemeininteresse, so wurden im Fall Gambelli keine gegenüber den vorangegangenen Rechtssachen neuen Gründe geltend gemacht.<sup>577</sup> Da diese – wie z. B. die Betrugsbekämpfung u. a. – vom Gerichtshof bereits als anzuerkennende Rechtfertigungsgründe bezeichnet worden waren, waren sie auch im Fall Gambelli als solche zu betrachten. Allerdings empfahl es sich, detaillierter zur Geeignetheit der Mittel und zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen Stellung zu nehmen.

#### *(10.2.2) Zur Geeignetheit der Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels*

Dazu hatte der Verf. als GA in den Nrn. 117–133 (mit Zwischenüberschriften) ausgeführt:

*„117 Die geltend gemachten Ziele lassen sich in verschiedene Gruppen einteilen. Zum einen geht es um Gefahren, die vom Veranstalter ausgehen können, wie Betrügereien und Straftaten. Zum anderen geht es um den Schutz der Spieler vor sich selbst. Dazu ist das Bestreben zur Eindämmung der Spielmöglichkeiten zu zählen, die einem übermäßigen Spieleinsatz, der Spielleidenschaft oder gar der Spielsucht mit den damit einhergehenden vermögens- und sozialschädlichen Wirkungen zuvorkommen soll. [...].*

*a) Vom Veranstalter ausgehende Gefahren*

*118 Den möglicherweise vom Veranstalter ausgehenden Gefahren kann durch Kontrollen bei der Zulassung und gegebenenfalls einer Überwachung der Betätigung begegnet werden. Ein Zulassungsverfahren ist insofern an sich nicht zu beanstanden. Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit wird dies jedoch dann problematisch, wenn es in einer Weise gehandhabt wird, dass in anderen Mitgliedstaaten zugelassene Veranstalter, die den dort geltenden Regeln genügen, praktisch von der Betätigung ausgeschlossen werden. Man wird davon ausgehen können, dass das Glücksspiel in wohl allen Mitgliedstaaten gesetzlich geregelt wird und dass die Gründe, die für die Reglementierung angeführt werden, weitgehend übereinstimmen. Wenn also ein Veranstalter eines anderen Mitgliedstaats die dort geltenden Bedingungen erfüllt, dann*

<sup>573</sup> Die WHO betrachtet die pathologische Spielsucht als eine Krankheit (zur Spielsucht s. u. Teil E, I, 6).

<sup>574</sup> Schlussanträge Gambelli (G1/5), a. a. O., Nr. 107.

<sup>575</sup> Schlussanträge Gambelli (G1/5), a. a. O., Nrn. 108 und 109.

<sup>576</sup> Siehe zu den vier Voraussetzungen oben Teil D, IV, 1. Zum Urteil Gebhard s. Fn. 330.

<sup>577</sup> Schlussanträge Gambelli (G1/5), a. a. O., Nr. 113.

sollte dies den mitgliedstaatlichen Stellen des Mitgliedstaats der Dienstleistungserbringung genügen und sie sollten dies als hinreichende Gewähr für die Integrität des Veranstalters gelten lassen.

- b) *Eindämmung der Spielleidenschaft*
- 119 *Was nun die durch die Diversifizierung und Ausweitung des Spielangebots befürchteten Gefahren anbelangt, so muss geprüft werden, ob diese Gegenstand einer **kohärenten Politik** des Mitgliedstaats sind [...]. [... Die Reglementierung ist] nur zulässig, wenn sie in erster Linie wirklich dem Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern’.*
- 120 *Ob dem so ist, kann jedoch nur Gegenstand einer **Gesamtwürdigung** sein, die das Auftreten und Verhalten der Spielveranstalter im Mitgliedstaat berücksichtigt. [...].*
- 121 *In dem vorliegenden Verfahren wurde vorgetragen, dass die konzessionierten Sportwetten-Veranstalter durch aggressive Werbung in Erscheinung treten. Ein derartiges Verhalten ist dazu bestimmt, die Spiellust zu wecken und zu fördern. Aber damit nicht genug. Auch der italienische Staat hat gesetzgeberisch die Möglichkeiten geschaffen, das Glücksspielangebot auf dem italienischen Markt deutlich zu erweitern. [...].*
- 122 *Vor diesem Hintergrund kann man nicht mehr von einer **kohärenten Politik** zur Beschränkung des Angebots für Glücksspiele sprechen. [...].*
- 123 *Was nun die Gesetzesänderung aus dem Jahr 2000 durch die Legge finanziaria und die Begleitumstände ihres Erlasses betrifft, mit der die bis dahin geltenden [...] Rechtsvorschriften verschärft wurden, ist darauf hinzuweisen, dass [...] die Gesetzesänderung zumindest auch vorgenommen wurde, um die einheimischen Konzessionäre zu schützen. Dabei handelt es sich um eindeutig protektionistische Beweggründe, die die Gesetzesänderung nicht zu rechtfertigen vermögen [...].*
- c) *Die Bedeutung der staatlichen Einnahmen*
- 124 *Auch die Tatsache, dass die Regelung in einer Legge finanziaria erfolgte, weist auf das nicht unmaßgebliche Interesse des Mitgliedstaats am Glücksspiel aus wirtschaftlichen Gründen hin.*
- 125 *Der Gerichtshof hat [...] im Urteil Zenatti klargestellt und dort in Rn. 36 ausgeführt, dass ‚die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen [...] nur eine erfreuliche Nebenwirkung, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik’ sein dürfe.*
- 126 [...].
- 127 *Aus den Ausführungen der Mitgliedstaaten wird jedoch deutlich, dass sie vor allem die wirtschaftlichen Folgen einer Veränderung des Glücksspielsektors befürchten. Von etwaigen gefährlichen Wirkungen des Glücksspiels für die Spieler und ihr soziales Umfeld ist insofern wenig die Rede. Die Befürchtungen können daher auch nicht als Verbraucherschutzinteressen im Sinne zwingender Gründe des Allgemeininteresses gewertet werden.*
- 128 [...].
- 129 *Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann folglich aus den angeführten Gründen und unter den gegebenen Umständen nicht als durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt betrachtet werden.“*

[Hervorhebungen durch Verf.]

### (10.2.3) Das Glücksspiel und die elektronischen Medien

Zum Glücksspiel und den elektronischen Medien sowie den daraus folgenden Konsequenzen für das Strafrecht hatte der Verf. in den Nrn. 130 ff. ausgeführt:

- „130 Die Gesetzesänderung aus dem Jahr 2000, mit der die bestehenden Verbote angeblich nur abgesichert werden sollten, ist zumindest auch vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklungen zu betrachten. Es ist ganz unstrittig, dass es durch

*diese Entwicklungen immer schwieriger wird, die Beachtung zulässiger Reglementierungen zu überwachen. Selbst ohne das Dazwischentreten eines Vermittlers kann der Spielwillige per Telefon, Fax oder Internet bei einem europäischen Anbieter seiner Wahl seine Wette platzieren. Diese Fazilitäten, die eine räumliche Veränderung für die Teilnahme an einem ausländischen Glücksspiel nicht mehr voraussetzen, führen auf gesetzgeberischer Ebene zu unterschiedlichen Reaktionen. [...]. [... In Italien] wurden die vorhandenen Regelungen vor allem auf strafrechtlicher Ebene verschärft.*

- 131 *Die Bewertung dieser strafrechtlichen Sanktionen steht und fällt aber mit der Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Einschränkungen und Verbote, wobei es für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung ganz entscheidend auf die verfolgten Ziele ankommt. Wenn, wie im vorliegenden Fall, bereits die postulierten Ziele der betreffenden Regelungen durch das nicht kohärente Verhalten der mitgliedstaatlichen Stellen in Frage gestellt werden bzw. wenn sie nicht als zwingende Erfordernisse im Sinne des Gemeinwohls betrachtet werden können, dann muss eine diese Maßnahmen verschärfende strafrechtliche Regelung als unverhältnismäßig eingestuft werden.“*

### **(11) Kommentierung**

In der Rs. Gambelli war es glücksspielrelevant eigentlich um die gleichen Fragen gegangen wie schon in den vorhergegangenen Fällen, wenn auch teilweise in einem anderen Kontext. Es ging dabei zunächst um die Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit. Der Verf. war in den Schlussanträgen von der vorrangigen Geltung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen – wenn diese für ihn auch fallbezogen nicht zum Tragen kam –, während der Gerichtshof einfach beide Grundfreiheiten für einschlägig gehalten hat.

Im Hinblick auf primärrechtliche Rechtfertigungsgründe hat der Gerichtshof bei der Bewertung der Kriminalitätsbekämpfung zwar die Gründe der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung erwähnt, jedoch nicht gefolgert, dass sie fallbezogen auch tatsächlich vorgelegen hätten. Eine Begründung hierzu wäre wünschenswert gewesen.

Während der Gerichtshof in den früheren Fällen den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz nur andeutete oder umschrieb, ohne das Wort Kohärenz zu verwenden, sprach er in Rn. 67 der Rs. Gambelli erstmals präzise davon, dass die Rechtfertigungsziele kohärent und systematisch verfolgt werden müssten. Dieser Doppelbegriff wurde vom EuGH fortan ständig verwandt. Dadurch wurde das Gambelli-Urteil zu einem Standardurteil im Glücksspielbereich. (Der Verf. hatte in seinen, dem Urteil vorangehenden Schlussanträgen – erstmals i. Z. m. Glücksspielen – von der Notwendigkeit einer kohärenten Politik zur Beschränkung des Angebots für Glücksspiele<sup>578</sup> und der nötigen Gesamtwürdigung der Rechtfertigungsgründe und des Verhaltens der Glücksspielanbieter<sup>579</sup> gesprochen.

Zur Einnahmenerzielung hatte Portugal zwar interessante Anmerkungen gemacht<sup>580</sup> – die seinen Ausführungen zum Konkurrenzverhältnis der Glücksspiele in großen und kleinen Ländern in der Rs. Anomar entsprach, auf die der Gerichtshof jedoch zu Recht nicht eingegangen war.

Zur Unverhältnismäßigkeit der Nichtzulassung bestimmter Unternehmen zum Erwerb einer Konzession hatte der Verf. konkret vorgetragen, dass es in Folge besonderer Kontrollmöglichkeiten mildere Mittel gäbe, was später GA Ruiz-Jarabo Colomer veranlasste, in der Rs. Placanica (G1/6) auf diesen Punkt zurückzukommen. Der Gerichtshof hat diesen Aspekt in Rn. 74 nur verklausuliert angesprochen und gemeint, dass sich der Ausschluss bestimmter Kapitalgesellschaften, obwohl es andere Kontrollmöglichkeiten gäbe, als eine Maßnahme erweisen könnte, die

<sup>578</sup> Schlussanträge Gambelli (G1/5), a. a. O., Nrn. 119 und 122.

<sup>579</sup> Schlussanträge Gambelli (G1/5), a. a. O., Nr. 120.

<sup>580</sup> Urteil Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 38.

über das zur Betrugsverhinderung Erforderliche hinausgehe. Eine etwas mutigere Aussage wäre zu begrüßen gewesen. Die Zulassung aller Kapitalgesellschaften erfolgte durch die Gesetzesänderungen des Jahres 2002, also zeitlich zwar vor der Urteilsverkündung in der Rs. Gambelli, doch betraf deren Sachverhalt noch die Zeit davor.

Das Gleiche gilt im Hinblick auf strafrechtliche Sanktionen, wenn der Glücksspielanbieter in seinem Ansässigkeitsstaat ordnungsgemäß zugelassen wurde und kontrolliert wird. Wenn er dennoch bestraft wird, könnte dies für den Gerichtshof zwar zu einer Unverhältnismäßigkeit führen.<sup>581</sup> Aber auch hier verließ den EuGH der Mut. Während er – im Urteilstenor – insoweit die nationale Regelung deutlich als eine Beschränkungsmaßnahme einstufte, überließ er die Prüfung der Verhältnismäßigkeit dem nationalen Gericht. Der Verf. war dagegen in einem solchen Fall einer legalen und kontrollierten Erlaubnis eines Spielanbieters in einem anderen Mitgliedstaat generell vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ausgegangen, dem auch GA Ruiz-Jarabo Colomer in der Rs. Placanica – allerdings ebenso erfolglos – folgte.

### **3.1.6 Die verb. Rechtssachen PLACANICA u. a. (G1/6)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Vergleichbar der Rs. Gambelli ging es in den nationalen Ausgangsverfahren Placanica u. a. um Strafverfahren i. Z. m. Verstößen gegen italienische Rechtsvorschriften über das Sammeln von Wetten. Es ging dabei auch um Konzessionen, die nur Wirtschaftsteilnehmer in der Rechtsform bestimmter Kapitalgesellschaften erhalten konnten.<sup>582</sup>

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Vorabentscheidungsersuchen der Tribunale di Larino und di Teramo waren beim EuGH am 06. bzw. 18.08.2004 eingegangen und später miteinander verbunden worden. Am Verfahren hatten sich außer den drei Beschuldigten der Ausgangsverfahren, die italienische, belgische, deutsche, spanische, französische, österreichische, portugiesische und finnische Regierung sowie die Kommission beteiligt. Die belgische, deutsche, französische und finnische Regierung hatten dabei nur zur Rs. C-338/08 (Placanica) Erklärungen abgegeben. Am 16.05.2006 wurden die 31-seitigen Schlussanträge mit 150 Nrn. des GAs Ruiz-Jarabo Colomer verlesen. Das 12-seitige Urteil mit 73 Rnn. der Großen Kammer erging am 06.03.2007 nach einer Verfahrensdauer von etwa über 30 Monaten.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *Italienisches Recht*

Zur im Fall Placanica geltenden italienischen Rechtslage s. oben Teil C, III.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

##### *(4.1) Die Strafverfahren*

Die Staatsanwaltschaft hatte gegen Herrn Placanica ein Strafverfahren beim Tribunale di Larino eingeleitet, in dem sie ihn beschuldigte, gegen Art. 4 Abs. 4a des Gesetzes Nr. 401/89 verstoßen zu haben, indem er als Betreiber eines Datenübertragungszentrums (DÜZ) für Rechnung des britischen Glücksspielanbieters Stanley das Sammeln von Wetten ohne polizeiliche Genehmigung betrieben habe.<sup>583</sup>

Das Polizeipräsidium von Atri, das den Herren Palazzese und Sorricchio vorwarf, eine organisierte Tätigkeit betrieben zu haben, um ohne Konzession oder polizeiliche Genehmigung das Sammeln von Wetten zu fördern, hatte, ebenfalls gestützt auf Art. 4 Abs. 4a des Gesetzes Nr.

<sup>581</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), C-338/04, C-359/04 und C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133, Rn. 73 und Urteilstenor.

<sup>582</sup> Zeitlich vor dem Urteil Placanica waren die Urteile in den Rsn. Linneweber und Akritidis (G2/8), RAL (G2/9), United Utilities (G2/10), Kommission vs. Griechenland (G3/3) und Omega (G4/1) ergangen.

<sup>583</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 26.

401/89, „ihre Räumlichkeiten und Geräte beschlagnahmen lassen“. Daggen erhoben die Herren Palazzese und Sorricchio Klage beim Tribunale di Teramo.<sup>584</sup> Aus den von diesem Gericht übermittelten Akten ging hervor, dass die Beschuldigten vor Aufnahme ihrer Aktivitäten beim Polizeipräsidium von Atri polizeiliche Genehmigungen gemäß Art. 88 des Königlichen Dekrets beantragt hatten. Diese Anträge waren jedoch unbeantwortet geblieben.<sup>585</sup>

#### (4.2) Der Glücksspielbetreiber Stanley und seine Datenübertragungszentren

Die drei in den Ausgangsverfahren Beschuldigten waren alle DÜZ-Betreiber, die als Vertragspartner von Stanley tätig waren.<sup>586</sup> Da Stanley für mindestens 100 Wettannahmestellen in Italien Konzessionen erwerben wollte, unterrichtete sich Stanley über die Möglichkeiten einer Teilnahme an den Ausschreibungen, erfuhr aber dabei, dass sie die vorgeschriebenen Voraussetzungen hinsichtlich einer transparenten Eigentumsstruktur der Konzessionäre deshalb nicht zu erfüllen vermöge, weil sie zu einer Unternehmensgruppe gehöre, deren Anteile auf reglementierten Märkten gehandelt würden. Sie nahm daher an keiner Ausschreibung teil und besaß keine Konzession für die Veranstaltung von Wetten.<sup>587</sup>

### (5) Vorlagefragen

#### (5.1) Das Vorabentscheidungsersuchen in der Rs. Placanica (C-338/04)

Das Tribunale di Larino hegte Zweifel, ob das Ergebnis, zu dem die Corte Suprema di Cassazione in ihrem Urteil Gesualdi<sup>588</sup> gelangt war, mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stand.<sup>589</sup> Es fragte daher:<sup>590</sup>

*„Wie bewertet der Gerichtshof die Vereinbarkeit von Art. 4 Abs. 4a des Gesetzes Nr. 401/89 mit den in den Art. 43 ff. EG und 49 EG zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und den freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, auch im Licht des Unterschieds in der Auslegung zwischen den Entscheidungen des Gerichtshofs (insbesondere dem Urteil Gambelli u. a.) und der Entscheidung der Corte Suprema di Cassazione, Vereinigte Kammern (in der Rechtssache Gesualdi)? Insbesondere wird um Klärung gebeten, ob die in der Anklageschrift angeführte Sanktionsregelung, die Herr Placanica rügt, im italienischen Staat anwendbar ist.“*

<sup>584</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 29.

<sup>585</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 25.

<sup>586</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 24.

<sup>587</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 22.

<sup>588</sup> Auf dieses italienische Urteil war der EuGH inhaltlich nicht eingegangen. Er hat es lediglich innerhalb des Abschnitts „Rechtlicher Rahmen“ in den Rnn. 15–17 – unter der Zwischenüberschrift: Die Rechtsprechung der Corte Suprema di Cassazione – wie folgt erwähnt: „15 Die Corte Suprema di Cassazione hatte in ihrem Urteil Nr. 111/04 v. 26.04.2004 (i. F.: Urteil Gesualdi) zu prüfen, ob die italienischen Rechtsvorschriften über Glücksspiele mit den Art. 43 EG und 49 EG vereinbar sind. Sie gelangte zu dem Ergebnis, dass die genannten Rechtsvorschriften den Art. 43 EG und 49 EG nicht zuwiderlaufen. 16 Die Corte Suprema di Cassazione stellte in ihrem Urteil fest, dass der italienische Gesetzgeber seit Jahren mit dem offensichtlichen Ziel, die Staatseinnahmen zu erhöhen, eine expansive Politik in diesem Bereich verfolge und dass die italienischen Rechtsvorschriften nicht mit Zielen des Verbraucherschutzes, der Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher oder der Eindämmung des Angebots von Spielen gerechtfertigt werden könnten. Dagegen verfolgten die italienischen Rechtsvorschriften tatsächlich das Ziel, die Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, um ihre Ausnutzung zu kriminellen Zwecken zu verhindern. Deshalb unterwerfe das italienische Recht die Veranstalter von Wetten und Prognosewettbewerben und die Räumlichkeiten, in denen diese Veranstaltungen stattfänden, einer Kontrolle und Überwachung. Nach Ansicht der Corte Suprema di Cassazione können diese Ziele als solche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen. 17 Zu den Voraussetzungen, die eine transparente Eigentumsstruktur der Konzessionäre gewährleisten sollten und hierfür von Ausschreibungen für die Konzessionsvergabe solche Gesellschaften ausschlossen, deren einzelne Anteilseigner nicht jederzeit feststellbar waren, stellte die Corte Suprema di Cassazione im Urteil Gesualdi fest, dass die italienische Regelung ausländische Gesellschaften nicht diskriminiere, und zwar auch nicht mittelbar, da sie den Ausschluss aller ausländischen ebenso wie aller italienischen Kapitalgesellschaften bewirke, deren Anteilseigner nicht sicher festgestellt werden könnten.“

<sup>589</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 27.

<sup>590</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 28.

(5.2) *Die Vorlagefrage in den Rsn. Palazzese und Sorricchio (C-359/04 und C-360/04)*

Auch das Tribunale di Teramo hegte Zweifel am Urteil Gesualdi,<sup>591</sup> weshalb es dem Gerichtshof<sup>592</sup> folgende Frage zur Vorabentscheidung vorlegte.

*„Können die Art. 43 Abs. 1 EG und 49 Abs. 1 EG dahin ausgelegt werden, dass die Mitgliedstaaten zeitlich begrenzt (für eine Zeit von sechs bis zwölf Jahren) von den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs in der Europäischen Union durch eine Regelung, wie sie i. F. wiedergegeben ist, abweichen können, ohne die erwähnten Gemeinschaftsprinzipien zu verletzen:*

- Einigen Personen werden Konzessionen für bestimmte Dienstleistungstätigkeiten, die für sechs bis zwölf Jahre gültig sind, auf der Grundlage einer Regelung erteilt, die dazu geführt hat, dass von der Ausschreibung für ihre Erteilung bestimmte Gruppen von (nichtitalienischen) Wettbewerbern ausgeschlossen waren;*
- nachdem später zur Kenntnis genommen worden war, dass diese Regelung nicht mit den Grundsätzen der Art. 43 EG und 49 EG vereinbar war, wurde sie dahin geändert, dass künftig die Teilnahme auch den Personen gestattet wurde, die davon ausgeschlossen worden waren;*
- die Konzessionen, die auf der Grundlage der vorherigen Regelung erteilt worden waren, welche, wie bereits ausgeführt, gegen die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs verstoßen haben soll, wurden nicht zurückgenommen, und es wurde keine neue Ausschreibung nach der neuen Regelung, die jetzt diese Grundsätze einhält, veranstaltet;*
- stattdessen werden weiterhin Personen strafrechtlich verfolgt, die in Verbindung mit Personen tätig sind, die für diese Tätigkeit im Herkunftsmitgliedstaat zugelassen worden sind, doch von der Ausschreibung gerade wegen der Ausschlussregelungen nach den vorher geltenden Bestimmungen, die später aufgehoben wurden, ausgeschlossen waren?“*

**(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

- „1. Eine nationale Regelung, die die Ausübung von Tätigkeiten des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere auf Sportereignisse, ohne eine von dem betreffenden Mitgliedstaat erteilte Konzession oder polizeiliche Genehmigung verbietet, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs [...] dar.*
- 2. Es ist Sache der vorlegenden Gerichte, zu prüfen, ob die nationale Regelung, soweit sie die Anzahl der im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer begrenzt, tatsächlich dem Ziel entspricht, der Ausnutzung von Tätigkeiten in diesem Sektor zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen.*
- 3. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, die Wirtschaftsteilnehmer mit der Rechtsform von Kapitalgesellschaften, deren Anteile auf reglementierten Märkten gehandelt werden, vom Glücksspielsektor ausschließt und darüber hinaus im Sinne eines solchen Ausschlusses fortwirkt.*
- 4. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung [...], die für Personen wie die Beschuldigten der Ausgangsverfahren eine strafrechtliche Sanktion wegen Sammelns von Wetten ohne die nach dem nationalen Recht erforderliche Konzession oder polizeiliche Genehmigung vorsieht, dann entgegenstehen, wenn sich diese Personen die Konzessionen oder Genehmigungen des-*

<sup>591</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 30.

<sup>592</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 31.

*halb nicht beschaffen konnten, weil der betreffende Mitgliedstaat es unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt hatte, sie ihnen zu erteilen.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der GA hatte vorgeschlagen, die vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

*„Die Artikel 43 EG und 49 EG sind in dem Sinne auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die das Sammeln, die Annahme, die Registrierung und die Übermittlung von Wetten ohne die hierfür erforderliche Konzession oder Genehmigung des jeweiligen Mitgliedstaats für Rechnung eines Unternehmens, das eine solche Konzession oder Genehmigung für die Erbringung derartiger Dienstleistungen in dem betroffenen Mitgliedstaat nicht erlangen kann, aber eine in dem Mitgliedstaat seiner Niederlassung hierfür erteilte Zulassung besitzt, verbietet, indem es die genannten Tätigkeiten mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht“.*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

#### *(8.1) Zum Vorliegen einer Beschränkung*

Der EuGH meinte, aus dem Urteil Gambelli ergebe sich, dass zum einen die Beschränkungen, die Vermittlern wie den Beschuldigten auferlegt würden – die für in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Gesellschaften mittels Agenturen wie den DÜZ in anderen Mitgliedstaaten das Sammeln von Wetten betreiben würden – Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit darstellten. Zum anderen stelle das Verbot eine Beschränkung auch der (in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen) Leistungserbringer dar, und zwar auch dann, wenn die Vermittler in demselben Mitgliedstaat wie die Empfänger der Dienstleistungen ansässig seien.<sup>593</sup>

#### *(8.2) Zu möglichen Rechtfertigungsgründen*

Für den Gerichtshof war nun zu prüfen, ob die Beschränkungen aufgrund der in den Art. 45 EG und 46 EG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmenregelungen zulässig oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt waren.<sup>594</sup> Obwohl der EuGH die Art. 45 und 46 EG erwähnte, ging er auf sie mit keinem Wort ein, sondern listete in Rn. 46 gleich – unter Verweis auf die Urteile Schindler, Läärä, Zenatti und Gambelli – die evtl. möglichen Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse auf, *„nämlich die Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsverbeugung und der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen [...]“*.

In den Rnn. 47 ff. hieß es dann zur generellen Regelungsmöglichkeit der Glücksspiele durch die Mitgliedstaaten – wiederum hauptsächlich unter Bezug auf das Urteil Gambelli –:

*„47 In diesem Kontext können die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen, festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben [...]“*

*48 Es steht den Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht zwar frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, jedoch müssen die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen.*

<sup>593</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rnn. 43 und 44.

<sup>594</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 45.

- 49 *Daher ist gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen, ob die Beschränkung 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 [...] erforderlich ist. Auf jeden Fall dürfen die Beschränkungen nicht diskriminierend angewandt werden [...].“*

Ausgehend von diesen Prämissen prüfte der Gerichtshof sodann – in der nachfolgenden Reihenfolge und unter den in a) – d) genannten Zwischenüberschriften – die vier besonderen Merkmale des Ausgangsverfahrens, nämlich das Erfordernis einer Konzession, die Ausschreibungen, das Erfordernis einer Genehmigung und die Regelung der strafrechtlichen Sanktionen.

### *(8.3) Die besonderen Merkmale des Ausgangsverfahrens*

#### *(8.3.1) Zum Erfordernis einer Konzession*

Der EuGH hielt dazu fest, im Bereich der allgemeinen Sportwetten sei die Zahl der Konzessionen auf 1000 begrenzt gewesen; für die Zahl der Konzessionen für Wetten auf Reitsportveranstaltungen habe die gleiche zahlenmäßige Begrenzung gegolten.<sup>595</sup>

Zunächst sei festzustellen, meinte der Gerichtshof, dass die sich aus dieser Begrenzung ergebenden Hemmnisse für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht bereits dadurch gerechtfertigt würden, dass die Zahl der Konzessionen aufgrund einer spezifischen Schätzung als für das gesamte Inland „ausreichend“ erachtet worden sei.<sup>596</sup>

Hinsichtlich des Zieles, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern und die Spielleidenschaft der Verbraucher einzuschränken, müssten die Gelegenheiten zum Spiel wirklich vermindert und die Tätigkeiten in diesem Bereich kohärent und systematisch begrenzt werden.<sup>597</sup> Im vorliegenden Fall stehe es jedoch nach der Rechtsprechung der Corte Suprema di Cassazione fest, dass der italienische Gesetzgeber im Glücksspielsektor eine expansive Politik mit dem Ziel betreibe, die Staatseinnahmen zu erhöhen, sodass die italienischen Rechtsvorschriften weder mit dem Ziel einer Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch mit dem einer Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt werden könnten.<sup>598</sup>

Als zweites Ziel sei benannt worden, die Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, um ihrer Ausnutzung zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Eine Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor könne dabei ohne weiteres mit dem Ziel in Einklang stehen, Spieler, die solchen verbotenen Tätigkeiten geheimer Spiele oder Wetten nachgingen, dazu zu veranlassen, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen.<sup>599</sup>

Nach einer vom Sechsten ständigen Ausschuss (Finanzen und Schatzwesen) des italienischen Senats durchgeführten Untersuchung entfalle die Hälfte des gesamten Umsatzes im Glücksspielsektor in Italien auf illegale Tätigkeiten.<sup>600</sup>

Ein Konzessionssystem könne unter diesen Umständen ein wirksamer Mechanismus sein, um die im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer mit dem Ziel zu kontrollieren, der Ausnutzung dieser Tätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Der Gerichtshof verfüge hingegen nicht über ausreichende Angaben, um die zahlenmäßige Begrenzung der Konzessionen im Hinblick auf die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Anforderungen zu überprüfen; dies sei Sache der vorlegenden Gerichte.<sup>601</sup>

<sup>595</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 50.

<sup>596</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 51.

<sup>597</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rnn. 52 und 53.

<sup>598</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 54.

<sup>599</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 55.

<sup>600</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 56.

<sup>601</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rnn. 57 und 58.

### *(8.3.2) Zu den Ausschreibungen*

Der Gerichtshof bemerkte in Rn. 60 zunächst, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der im Rahmen der Ausschreibungen von 1999 vorgesehenen Bedingungen durch die 2002 vorgenommenen gesetzlichen Änderungen, aufgrund deren sich seither jede Kapitalgesellschaft ungeachtet ihrer Rechtsform an Ausschreibungen über die Konzessionsvergabe beteiligen könne, keineswegs gegenstandslos geworden sei, da sich der Ausschluss der auf geregelten Märkten notierten Kapitalgesellschaften bis zum Jahr 2011 auswirken könne, weil die 1999 erteilten Konzessionen für 6 Jahre galten und um weitere 6 Jahre verlängert werden konnten, während zwischenzeitlich neue Ausschreibungen nicht vorgesehen waren. [Dieser] völlige Ausschluss [gehe] über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels, eine Einbeziehung der im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten zu unterbinden, erforderlich sei. Es gebe nämlich andere Mittel, um die Konten und die Tätigkeiten der Wirtschaftsteilnehmer im Glücksspielsektor zu kontrollieren, wie etwa die Einholung von Informationen über ihre Vertreter oder Hauptanteilseigner. Dafür spreche auch, dass es der italienische Gesetzgeber für vertretbar gehalten habe, diesen Ausschlussbestand durch das Finanzgesetz 2003 völlig aufzuheben.<sup>602</sup>

Was die Folgen angehe, die sich aus der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses einer bestimmten Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern von den Ausschreibungen für die Zuteilung der bestehenden Konzessionen ergäben, so sei es Aufgabe des innerstaatlichen Rechts, Verfahrensmodalitäten vorzusehen, die den Schutz der den Wirtschaftsteilnehmern aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenen Rechte gewährleisten, wobei diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürften als für entsprechende Sachverhalte innerstaatlicher Art (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürften (Effektivitätsgrundsatz).<sup>603</sup> Sowohl eine Rücknahme und eine Neuverteilung der alten Konzessionen als auch die Ausschreibung einer angemessenen Anzahl neuer Konzessionen könnten in dieser Hinsicht eine angemessene Lösung sein. Es sei jedenfalls festzustellen, dass in Ermangelung eines Verfahrens der Konzessionsvergabe, das auch den bei der letzten Ausschreibung rechtswidrig von einem möglichen Konzessionserhalt ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmern offenstehe, der Umstand, dass sie keine Konzession besäßen, nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden dürfe.<sup>604</sup>

### *(8.3.3) Zum Erfordernis einer polizeilichen Genehmigung*

Die Vorschrift, wonach die im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer und deren Räumlichkeiten einer vorherigen Kontrolle und einer fortwährenden Überwachung unterzogen würden, diene eindeutig dem Ziel, eine Einbeziehung dieser Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten zu unterbinden, und erscheine im Hinblick auf dieses Ziel als eine ohne weiteres verhältnismäßige Maßnahme.<sup>605</sup>

Aus den Akten ergebe sich jedoch, dass die Beschuldigten der Ausgangsverfahren bereit waren, polizeiliche Genehmigungen einzuholen und sich einer derartigen Kontrolle und Überwachung zu unterziehen. Da die polizeilichen Genehmigungen aber ausschließlich Konzessionsinhabern erteilt würden, wäre es den Beschuldigten unmöglich gewesen, sich derartige Genehmigungen zu beschaffen.<sup>606</sup> Das Fehlen einer polizeilichen Genehmigung könne daher Personen, die sich derartige Genehmigungen nicht hätten beschaffen können, weil deren Erteilung den Besitz einer

<sup>602</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 62.

<sup>603</sup> In diesem Zusammenhang verwies der Gerichtshof auf seine Urteile v. 20.09.2001 in der Rs. C-453/99 (Courage und Crehan, Slg. 2001, I-6297) Rn. 29, ECLI:EU:C:2001:465, sowie v. 19.09.2006 in den Rs. C-392/04, ECLI:EU:C:2006:586, und C-422/04 ECLI:EU:C:2004:836, (i-21 Germany und Arcor, Slg. 2006, I-8559) Rn. 57.

<sup>604</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 63.

<sup>605</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 65.

<sup>606</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 66.

Konzession vorausgesetzt habe, von deren Erhalt sie unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen waren, auf jeden Fall nicht zum Vorwurf gemacht werden.<sup>607</sup>

#### (8.3.4) Zu den strafrechtlichen Sanktionen

Der EuGH sagte dazu in Rn. 68: „Für das Strafrecht sind zwar grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig, jedoch setzt das Gemeinschaftsrecht dieser Zuständigkeit nach ständiger Rechtsprechung Schranken. Das Strafrecht darf nämlich nicht die durch das Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken.“<sup>608</sup> Außerdem ergebe sich aus der Rechtsprechung, dass ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt oder vereitelt habe.<sup>609</sup>

### (9) Würdigung durch den Generalanwalt

#### (9.1) Einleitende Bemerkungen

GA Ruiz-Jarabo Colomer begann seine Schlussanträge mit den Sätzen:

*„Rien ne vas plus’. Der Gerichtshof kann sich einer tiefgehenden Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrags im Glücksspielsektor nicht länger entziehen.“*

Er erwartete also vom EuGH wohl – zumindest in Form eines obiter dictum – präzisere und weitergehende Aussagen als nur die knappe Beantwortung der Vorlagefragen oder den bloßen Hinweis, „dies zu klären ist Sache des nationalen Gerichts.“ Seine Hoffnungen und Erwartungen wurden wohl nicht erfüllt, wie schon die Reihe der auch nach dem Placanica-Urteil angestregten Verfahren beweist.

Der GA fasste zunächst das Gambelli-Urteil (G1/5) zusammen; danach machte er längere Ausführungen zur Zulässigkeit der Vorlagefragen und allgemeine Anmerkungen zu den Glücksspielen, die hier – weil zum Teil Wiederholungen aus früheren Rsn. – übergangen werden können.

#### (9.2) Zu den Beschränkungen

GA Ruiz-Jarabo Colomer ging dann der Frage nach, ob die italienischen Vorschriften die relevanten Grundfreiheiten beschränkten und wenn ja, welche. Er sagte dazu in den Nrn. 98 ff., in der Rs. Gambelli habe GA Alber vorgeschlagen, zunächst die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit der Niederlassungsfreiheit und erst dann mit der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen. Der Gerichtshof habe jedoch die beiden Freiheiten nicht isoliert untersucht, sondern festgestellt, dass die italienische Regelung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle.<sup>610</sup> Ausgehend von den Überlegungen des EuGH im Fall Gambelli ging der GA dann ebenfalls von einer Beschränkung beider Grundfreiheiten aus und prüfte sodann die Rechtfertigungsgründe.

#### (9.3) Zum Vorliegen einer Rechtfertigung

Vorab hielt der GA in den Nrn. 104 ff. fest:

*„104 Mit ausführlicherer Begründung als im Urteil Zenatti überließ der Gerichtshof im Urteil Gambelli die konkrete Beurteilung, ob die italienische Regelung diese Voraussetzungen erfüllt, den nationalen Gerichten, gab allerdings einen Rahmen hierfür*

<sup>607</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 67.

<sup>608</sup> Der Gerichtshof zitierte insoweit das Urteil v. 19.01.1999 in der Rs. C-348/96, ECLI:EU:C:1999:6, (Calfa, Slg. 1999, I-11) Rn. 17.

<sup>609</sup> Der Gerichtshof verwies insoweit auf das Urteil v. 15.12.1983 in der Rs. 5/83, ECLI:EU:C:1983:382, (Rienks, Slg. 1983, 4233) Rnn. 10 und 11.

<sup>610</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), GA Ruiz-Jarabo Colomer, ECLI:EU:C:2006:324, Nrn. 98 und 99.

vor. [Gemeint waren die vier Voraussetzungen des Grundsatzes der zwingenden Erfordernisse.]

105 Der Gerichtshof hätte mehr ins Einzelne gehen und sich, dem Vorschlag des GAs [Alber], der auf die Schwierigkeiten dieser Aufgabe für die nationalen Gerichte aufmerksam gemacht hatte, folgend, zu den Auswirkungen der Gemeinschaftsfreiheiten auf die nationalen Bestimmungen äußern sollen.

106 [...]

107 Nunmehr ist dieser Schritt nachzuholen und die Antwort zur Behebung der entstandenen Zweifel zu geben, wenngleich sich dies als komplizierter erweist, denn es muss untersucht werden, ob ein Grund für die gerügten Beschränkungen der Gemeinschaftsfreiheiten existiert und ob er nichtdiskriminierend, geeignet und verhältnismäßig ist.“

### (9.3.1) Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses

Nach Ansicht der Corte Suprema di Cassazione stütze sich die italienische Regelung darauf, dass durch eine Überwachung der Wetten Straftaten vorgebeugt werde. Deshalb scheine die Betrugsbekämpfung die einzige Begründung für die streitigen Beschränkungen zu sein. Insoweit würden aber keine näheren Hinweise zum Verständnis der Auswirkungen krimineller Verhaltensweisen wie z. B. Betrug oder Geldwäsche auf das Glücksspiel beigebracht.<sup>611</sup> Um die Gemeinschaftsvorschriften einzuhalten, reichten (aber) schwerwiegende Gründe (allein) nicht aus, um das Spiel so zu regeln, dass es, ohne vollständig verboten zu werden, auf eine besondere Art beschränkt werde, denn die ergriffenen Maßnahmen müssten auch nichtdiskriminierend, geeignet und verhältnismäßig sein.<sup>612</sup>

### (9.3.2) Die mögliche Diskriminierung

Das Urteil Gambelli – so der GA in den Nrn. 115–117 – behandle nicht die Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung durch die italienische Regelung, sondern belasse ihre Beurteilung dem nationalen Gericht. Im Licht der in den Verfahrensakten und den Präzedenzurteilen enthaltenen Angaben sei jedoch eine Ungleichbehandlung bei Konzessionen und Genehmigungen festzustellen.

#### (9.3.2.1) Zu den Konzessionen

Kapitalgesellschaften, die an den regulierten Märkten in der Gemeinschaft notiert gewesen seien, hätten – so der GA weiter – an den Ausschreibungen für die Erteilung der Konzessionen nicht teilnehmen können und hätten keine reale Möglichkeit gehabt, sich in Italien niederzulassen. Dieses Ergebnis sei „durch die Kleinlichkeit bei der Konzessionsabgabe verstärkt“ worden, die nicht von dringenden Notwendigkeiten der Kriminalitätsbekämpfung gedeckt war, denn für die Genehmigungen seien Vorabkontrollen vorgesehen gewesen. Für die Zulassung zu den Ausschreibungsverfahren hätte jedoch eine Bürgschaft zur Sicherung der Zahlung der einschlägigen Gebühren an den Fiskus ausgereicht, wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergebe.<sup>613</sup> Für den GA lag also im Hinblick auf die Konzessionsvergabe eine Ungleichbehandlung vor.<sup>614</sup>

#### (9.3.2.2) Zu den Genehmigungen

Der GA meinte dazu, ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen könne keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre Wirksamkeit nehme. Ein derartiges System müsse einerseits auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, die im Voraus bekannt sein müssten, um dem Ermessen der Behörden Grenzen zu setzen, die seine missbräuchliche Ausübung verhinderten, und an-

<sup>611</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nrn. 109–112.

<sup>612</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 114.

<sup>613</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nrn. 118 und 119 sowie dortige Fußnote 88.

<sup>614</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 120.

dererseits auf eine leicht zugängliche Verfahrensregelung gestützt sein, die den Betroffenen die Gewähr biete, dass ihr Antrag unverzüglich, objektiv und unparteiisch bearbeitet werde.<sup>615</sup> Auf den ersten Blick entstehe der Eindruck, dass die Genehmigung nach Art. 88 TULPS<sup>616</sup> die dargestellten Voraussetzungen erfülle, doch enthülle eine genauere Untersuchung der Art. 8–14 TULPS einen Ermessensspielraum, der nicht mit der erforderlichen Objektivität vereinbar sei. So sehe z. B. Art. 10 für den „Fall des Missbrauchs durch den Genehmigungsinhaber“ ohne nähere Darlegung den Widerruf vor. Der fehlende Regelungscharakter lasse sich auch daraus ersehen, dass weder feststehe, noch erkennbar sei, dass die Kriterien für die Ablehnung von Genehmigungen erschöpfend seien.<sup>617</sup> Darüber hinaus setze die ordnungsrechtliche Genehmigung die Erteilung einer Konzession voraus, deren Mängel sie gerade deshalb übernehme, weil diese ihr vorausgehe.<sup>618</sup>

### (9.3.3) *Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit*

Die italienischen Bestimmungen beschränkten nach Ansicht des GAs das Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr zwar zugunsten eines legitimen Zweckes, sie seien aber diskriminierend, was für ihre Unanwendbarkeit schon ausreichen würde. Sie seien auch weder geeignet zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zweckes, noch verhältnismäßig im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut.<sup>619</sup>

#### (9.3.3.1) *Zur Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen des Niederlassungsrechts*

Der Ausschluss bestimmter Gesellschaftsformen sei mit der Transparenz der Rechtsform der Unternehmen begründet worden, doch hätte es andere Lösungen gegeben, die weniger einschränkend gewesen wären und den Vertrag in größerem Maße respektiert hätten. Das Urteil Gambelli habe die Schlussanträge von GA Alber bestätigt, der ausgeführt habe, dass, um eine Aussage über die Integrität einer Kapitalgesellschaft machen zu können, Kontrollen durchgeführt werden könnten, die beispielsweise darin bestünden, Informationen über die Integrität der Unternehmensvertreter und der Hauptaktionäre einzuholen.<sup>620</sup> Angesichts dieser Argumente habe der italienische Staat die gerügten Maßnahmen nicht gegen andere abgewogen und nicht nachgewiesen, dass sie die bessere Alternative zur Erreichung des verfolgten Ziels darstellten.<sup>621</sup>

#### (9.3.3.2) *Zur Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit*

Auch die tatsächliche Unmöglichkeit für ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, seiner Geschäftstätigkeit in einem anderen Land nachzugehen, sowie das Verbot der Vermittlung und der Inanspruchnahme der angebotenen Dienstleistungen würden über das hinausgehen, was zur Erreichung der festgelegten Ziele erforderlich gewesen wäre.<sup>622</sup>

*„Die in anderen Ländern der Union durchgeführten Kontrollen und dort geleisteten Sicherheiten mit der von der Corte Suprema di Cassazione vorgebrachten Begründung des Territorialcharakters der Zulassung zu ignorieren oder zu verschweigen, verzögert den Aufbau Europas und stellt einen Angriff gegen seine Grundfesten dar, da es gegen das Gebot des Artikels 10 EG<sup>623</sup>, „alle Maßnahmen [zu unterlassen], welche die Verwirklichung*

<sup>615</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 121. Der GA verwies insoweit u. a. auf das Urteil v. 12.07.2001 in der Rs. C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, (Smits und Perbooms, Slg. 2001, I-5473) Rn. 90. In dieser Rs. war es um eine vor der Behandlung nötige Genehmigung der Krankenkasse zu einer medizinischen Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat gegangen. Der Gerichtshof hatte dazu (die auch vom GA genannten) Kriterien für die Ermessensentscheidung entwickelt.

<sup>616</sup> TULPS ist das Akronym aus Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, also für die Zusammenfassung der Sicherheitsgesetze.

<sup>617</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 122.

<sup>618</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 123.

<sup>619</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 124.

<sup>620</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 125.

<sup>621</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 126.

<sup>622</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 127.

<sup>623</sup> Art. 10 EG ist inzwischen aufgehoben und im Wesentlichen durch Art. 4 Abs. 3 EUV ersetzt worden. Diese Bestimmung enthält Ausführungen zur sog. Pflicht zur „Europatreue“ der Mitgliedstaaten, die gewissermaßen als „Gegenstück“ zum

*der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten’, und den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens verstößt, der die innergemeinschaftlichen Beziehungen bestimmt“<sup>624</sup>*

Weiter sagte der GA in Nr. 129:

*„In dieser Hinsicht wurde in dem Urteil v. 04. Dezember 1986 in der Rechtssache Kommission/Deutschland<sup>[625]</sup> festgestellt, dass die Behörden des Bestimmungsstaats ‚die bereits im Niederlassungsstaat vorgenommenen Kontrollen und Überprüfungen berücksichtigen‘ müssen ([dortige] Rn. 47), und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung anerkannt. Das Urteil v. 10.05.1995 in der Rechtssache Alpine Investments nahm bei der Behandlung von an potentielle Empfänger in anderen Mitgliedstaaten gerichteten Telefondienstleistungen implizit auf den Effizienzgrundsatz Bezug.“*

In Nr. 130 meinte der GA zudem:

*„Beide Grundsätze veranlassen mich dazu, der Meinung von GA Alber in Nr. 118 der Schlussanträge in der Rechtssache Gambelli beizutreten, wo er ausführt, dass das Glücksspiel in wohl allen Mitgliedstaaten gesetzlich geregelt ist und dass die Gründe, die für die Reglementierung angeführt werden, normalerweise übereinstimmen. Wenn danach ein Veranstalter aus einem anderen Mitgliedstaat die dort geltenden gesetzlichen Anforderungen erfüllt, müssen die Behörden des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, davon ausgehen, dass dies eine ausreichende Garantie für seine Integrität ist.“*

Unter diesen Umständen war für GA Ruiz-Jarabo Colomer klar, dass die britischen Behörden besser als die italienischen in der Lage waren, die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit von Stanley zu überprüfen, und es seien keine Argumente für eine zweifache Kontrolle ersichtlich. Das Urteil v. 25.07.1991 in der Rs. Säger<sup>626</sup> habe Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Allgemeininteresse nur insoweit zugelassen, „als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen [sei], denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist“.<sup>627</sup>

#### *(9.3.4) Die strafrechtlichen Normen*

Insgesamt falle auf, so der GA weiter, dass Art. 4 des Gesetzes Nr. 401/89 eine schwerere Strafe vorsehe, wenn dem Staat, dem CONI, UNIRE oder deren Konzessionsnehmern vorbehaltene Wetten betroffen seien. Dieser Umstand weise kaum eine Beziehung zur Verbrechensvorbeugung auf, sondern eher zu dem wirtschaftlichen Anreiz, den das Spiel für die Staatskasse darstelle.<sup>628</sup> Hinsichtlich des Wettenden habe der Gerichtshof im Fall Gambelli dem nationalen Gericht empfohlen, die Strafe im Licht der Ermunterung zur Teilnahme an Spielen zu bewerten. Bezüglich des Vermittlers habe er dem vorlegenden Gericht zudem aufgegeben, zu prüfen, ob die Beschränkungen über das zur Betrugsbekämpfung erforderliche Maß hinausgingen, weil der Leistungserbringer im Mitgliedstaat der Niederlassung bereits einer Kontroll- und Sanktionsregelung

---

Subsidiaritätsprinzip angesehen werden kann. In Art. 4 Abs. 3 EUV (früher sinngemäß Art. 10 EG) heißt es: „Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

<sup>624</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 128.

<sup>625</sup> Gemeint war die Rs. 205/84, Slg. 1986, 37552. In der dort genannten Rn. 47 war zudem festgehalten worden, dass die für eine Zulassung geforderten rechtlichen Voraussetzungen „keine Wiederholung der bereits im Niederlassungsstaat erfüllten gleichwertigen gesetzlichen Voraussetzungen darstellen dürfen [...]“. So gesehen kann dieses Judikat als ein „Vorläufer-Urteil“ des Urteils Säger (Fn. 351) angesehen werden.

<sup>626</sup> Rs. C-76/90, Slg. 1991. I-4221 Rn. 15, s. Fn. 351.

<sup>627</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 132.

<sup>628</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 136.

unterlegen habe. Die Corte Suprema di Cassazione habe die ihr übertragene Aufgabe mit dem Vorwand, hierzu nicht befugt zu sein, nicht gelöst.<sup>629</sup>

Nunmehr sollte der Gerichtshof, da er über sämtliche hierfür erforderlichen Angaben verfüge, entscheiden und ohne Umschweife feststellen, dass eine Strafe, die einen Freiheitsentzug von bis zu 3 Jahren umfasse, angesichts des geschilderten Sachverhalts unverhältnismäßig sei.<sup>630</sup> Darüber hinaus war für den GA zu bedenken, dass eine Verurteilung für den Betroffenen eine Vorstrafe nach sich ziehe, die gemäß den Artikeln 11 und 14 TULPS der Erteilung der vorgeschriebenen ordnungsrechtlichen Genehmigung entgegenstehe und die Ausübung jeglicher Tätigkeit i. Z. m. Wetten künftig unmöglich mache.<sup>631</sup>

### (10) Kommentierung

In der Rs. Placanica war es letztlich um die gleiche Problematik wie im Fall Gambelli gegangen – vor allem im Hinblick auf die strafrechtlichen Sanktionen gegenüber einem ausländischen Anbieter, der in seinem Sitzstaat eine ordnungsgemäße Zulassung besitzt –, sodass auf die dortige Kommentierung verwiesen werden kann. Wiederum hat der Gerichtshof den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bezüglich der Betätigung eines Spielbetreibers abgelehnt und nur zur strafrechtlichen Verfolgung einschränkende Aussagen gemacht.

Betont werden sollte, dass der Gerichtshof in den Rnn. 47 und 48 festgehalten hat, dass die Mitgliedstaaten ein ausreichendes Ermessen hätten, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und ggf. das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, allerdings unter Berücksichtigung der sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit. Daraus folgt – wie schon erwähnt –, dass die Mitgliedstaaten Glücksspiele ganz verbieten können, dass sie eine Monopollösung wählen oder Konzessionen vergeben können, aber auch, dass sie den Glücksspielbereich liberalisieren können. Dies hatte der Gerichtshof zwar schon früher festgehalten; in der Literatur wird dies aber meistens mit dem Urteil Placanica verbunden.

Weiter hat der EuGH zu Recht festgehalten, dass jede Beschränkungsmaßnahme einzeln zu prüfen sei.<sup>632</sup> Positiv sind auch seine Ausführungen in Rn. 63 zum Effektivitätsgrundsatz und zum Äquivalenzgrundsatz.

Erwähnt werden könnte noch, dass der GA im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der Kriminalitätsbekämpfung beanstandet hatte, dass für Betrügereien oder Geldwäsche keine Beweise vorgebracht worden seien.<sup>633</sup> Für den Gerichtshof scheint dagegen die bloße Möglichkeit krimineller Vorgehensweisen auszureichen, was m. E. bedenklich ist. Konkretere Anhaltspunkte wären jedoch schon wünschenswert.

In der Ziff. 4 des Urteilstenors beanstandete der Gerichtshof eine strafrechtliche Sanktion, wenn sich die Glücksspielanbieter „die Konzessionen oder Genehmigungen deshalb nicht beschaffen konnten, weil der betreffende Mitgliedstaat es unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt hatte, sie ihnen zu erteilen. Dies erscheint zunächst überzeugend. Doch die Argumentation des EuGH zu Ende gedacht, führt nämlich zu einem merkwürdigen Ergebnis. Wenn ein Mitgliedstaat zwar legale Glücksspiele aus anderen Ländern in seinem Hoheitsgebiet untersagen, dies jedoch nicht zugleich strafrechtlich ahnden könnte, wäre das Verbot eigentlich zahnlos und ein weiterer Betrieb der Glücksspiele demzufolge für den Veranstalter und den Vermittler ohne Risiko. Auch wenn der Spielanbieter gemäß dem Europarecht eine Konzession theoretisch hätte erhalten müssen, ist damit noch lange nicht gesagt, dass er sie tatsächlich auch hätte bekommen

<sup>629</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nrn. 136–140.

<sup>630</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 141.

<sup>631</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nr. 142.

<sup>632</sup> Urteil Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Rn. 49.

<sup>633</sup> Schlussanträge Placanica u. a. (G1/6), a. a. O., Nrn. 109–112.

können. Es hätten ggf. ja noch andere Ablehnungsgründe vorliegen können, die fallbezogen mangels Sachverhaltsvortrags nicht hätten geprüft werden können.

### **3.1.7 Die Rechtssachen D'ANTONIO u. a.; DI MAGGIO u. a.; DAMONTE; GALLO u. a. (G1/7)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Diesen vier italienischen Vorabentscheidungsersuchen lagen jeweils Strafverfahren gegen die in der Kennzeichnung der Rsn. genannten Personen zugrunde. Ihnen war vorgeworfen worden, Wetten auf Sportereignisse gesammelt zu haben, ohne im Besitz einer Konzession und einer polizeilichen Genehmigung zu sein. Von der Fragestellung her gesehen ging es um die Auslegung der Art. 43 u. 49 EG.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Da die Fälle, worauf der Gerichtshof in den jeweiligen Rnn. 2 und 6 der vier Rechtssachen hinwies, sachverhaltsmäßig und rechtlich der Rs. Placanica (G1/6) glichen, hatte die Sechste Kammer (mit 3 Richtern) die nachfolgenden Fragen am 06.03.2007 jeweils durch einen 3-seitigen Beschluss mit 8 bzw. 9 teilweise gleichlautenden Rnn. beantwortet.<sup>634</sup>

#### **(3) Vorlagefragen**

##### *(3.1) Zur Rs. D'Antonio*

Das Tribunale di Viterbo ersuchte am 10.11.2005 den Gerichtshof um die Vorabentscheidung über folgende Frage:

*„Verstoßen die Artikel 4 Absatz 1 und 4bis des Gesetzes Nr. 401/89 in der geänderten Fassung, nach denen die Ausübung von Wetten derzeit den italienischen Konzessionären der öffentlichen Dienstleistung unter Ausschluss ausländischer Buchmacher vorbehalten ist, gegen die in den Artikeln 31 EG, 86 EG, 43 EG und 48 EG vorgesehenen Grundsätze des freien Wettbewerbs, der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit?“*

##### *(3.2) Zur Rs. Di Maggio*

Am 14.11.2005 stellte das Tribunale di Palermo folgende Vorlagefragen:

- „1. Stellt eine nationale Regelung, die für das Sammeln von Wetten ohne polizeiliche Genehmigung ein strafrechtliches Verbot vorsieht, eine Beschränkung der in Artikel 43 EG vorgesehenen Niederlassungsfreiheit und der in Artikel 49 EG vorgesehenen Dienstleistungsfreiheit dar?“*
- 2. Erfüllt die polizeiliche Genehmigung nach Artikel 88 des Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS) alle vom Gerichtshof für eine Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgestellten Voraussetzungen?“*
- 3. Ist die in Artikel 4 (4bis) des Gesetzes Nr. 401/89 vorgesehene strafrechtliche Sanktion angemessen, verhältnismäßig und vor allem nicht diskriminierend gegenüber den Eigentümern der in Italien betriebenen Datenübermittlungszentren, die mit dem Buchmacher Stanley Ltd. mit Sitz in Liverpool zusammenarbeiten, obwohl die Kontrollen, denen Letztere unterliegen, im Wesentlichen mit denen der italienischen Konzessionsnehmer übereinstimmen, die eine polizeiliche Lizenz einholen müssen, die gemäß der Suprema Corte zum Ziel hat, eine kriminelle Unterwanderung des Sektors der Nachfrage und des Angebots von Spielen zu verhindern?“*

##### *(3.3) Zur Rs. Damonte*

Das Tribunale di Lecce fragte den Gerichtshof am 27.12.2005:

<sup>634</sup> Prozessrechtliche Grundlage für die Beschlüsse war jeweils Art. 104 § 3 VerfO (jetzt Art. 99).

*„Wie bewertet der Gerichtshof die Vereinbarkeit von Artikel 4 Absatz 4bis des Gesetzes Nr. 401/89 – mit entsprechenden Auswirkungen im innerstaatlichen Recht bei ihrer Vereinigung – mit den in den Artikeln 43 EG und 49 EG zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs, auch im Licht des Unterschieds bei der Auslegung zwischen den Entscheidungen des Gerichtshofs (insbesondere dem Urteil Gambelli) und der Entscheidung Nr. 23271/04 der Suprema Corte di Cassazione, Vereinigte Kammern? Insbesondere wird um Klärung gebeten, ob die in der Anklageschrift angeführte Sanktionsregelung, die Luigi Damonte rügt, im italienischen Staat anwendbar ist“.*

#### (3.4) Zur Rs. Gallo

Am 04.04.2006 stellte das Tribunale di Lecce dem Gerichtshof im Fall Gallo nochmals die gleiche Frage wie in der Rs. Damonte. Lediglich im letzten Satz wurde zum Namen Damonte noch der Name Aniello Gallo hinzugefügt.

#### (4) Antwort des Gerichtshofs

Die Sechste Kammer (mit 3 Richtern) beantwortete die an den EuGH gestellten Fragen in allen 4 Fällen zwar durch getrennte Beschlüsse, allerdings mit folgendem, jeweils gleichem Wortlaut:

- „1. Eine nationale Regelung, die die Ausübung von Tätigkeiten des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, ohne eine von dem betreffenden Mitgliedstaat erteilte Konzession oder polizeiliche Genehmigung verbietet, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs [...] dar.*
- 2. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die nationale Regelung, soweit sie die Anzahl der im Glücksspielsektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer begrenzt, tatsächlich dem Ziel entspricht, der Nutzung von Tätigkeiten in diesem Sektor zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen.*
- 3. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, die Wirtschaftsteilnehmer mit der Rechtsform von Kapitalgesellschaften, deren Anteile auf reglementierten Märkten gehandelt werden, vom Glücksspielsektor ausschließt und darüber hinaus im Sinne eines solchen Ausschlusses fortwirkt.*
- 4. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung [...], die für Personen wie die Beschuldigten der Ausgangsverfahren eine strafrechtliche Sanktion wegen Sammelns von Wetten ohne die nach dem nationalen Recht erforderliche Konzession oder polizeiliche Genehmigung vorsieht, dann entgegenstehen, wenn sich diese Personen diese Konzessionen oder Genehmigungen deshalb nicht beschaffen konnten, weil der betreffende Mitgliedstaat es unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt hatte, sie ihnen zu erteilen.“*

#### (5) Kommentierung

Da es sachverhältnismäßig und rechtlich um die gleichen Aspekte ging wie in der Rs. Placanica, hatte der Gerichtshof zu Recht jeweils nur durch einen Beschluss und nicht durch Urteil entschieden. Da das Urteil Placanica allerdings erst am 06.03.2007 ergangen war, also erst 11 Monate nach Eingang des letzten der vier Vorabentscheidungsersuchen, konnten die vorlegenden Gerichte die Antworten auf ihre Fragen noch nicht selbst und eindeutig aus der Rechtsprechung ableiten, wenn man davon absieht, dass sie dies auch schon aus dem Urteil Gambelli (G1/5) v. 08.11.2003 hätten tun können. Wären sie dazu in der Lage gewesen, hätten sie – sogar wenn sie letztinstanzliche Gerichte gewesen wären – gar nicht vorlegen müssen.<sup>635</sup>

<sup>635</sup> So Urteil v. 06.10.1982 in der Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, (C.I.L.F.I.T., Slg. 1982, 3415).

Inhaltlich kann auf die Kommentierung der Rsn. Gambelli und Plancanica verwiesen werden.

### 3.1.8 Die Rechtssache LIGA PORTUGUESA (G1/8)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In diesem portugiesischen Vorabentscheidungsersuchen<sup>636</sup> ging es nach Gambelli (G1/5) (erstmalig konkret) um Glücksspiele im Internet und zwar insoweit, als nur einer einzigen Einrichtung – nämlich der Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (i. F.: Santa Casa) – das ausschließliche Recht eingeräumt worden war, landesweit Internet-Wetten anzubieten. Gefragt wurde, inwieweit die dadurch erfolgte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit Anderer rechtfertigbar war. Gleichzeitig ging es in dieser Rechtssache auch um Notifizierungsfragen.<sup>637</sup>

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen war am 02.02.2007 beim EuGH eingegangen. Am 14.10.2008 hat GA Bot seine 44-seitigen Schlussanträge mit 321 Nummern vorgelegt. Das 11-seitige Urteil mit 74 Rnn. der Großen Kammer erging am 08.09.2009 nach einer 31,2-monatigen Verfahrensdauer. Am Verfahren hatten sich außer den beiden Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und der Beklagten sowie der Kommission 12 Regierungen beteiligt, nämlich die belgische, dänische, deutsche, finnische, griechische, italienische, niederländische, norwegische, österreichische, portugiesische, slowenische und die spanische.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Auszulegen waren die Art. 43, 49 und 56 EG. Einschlägig war wegen der Internetregelung auch die (Notifizierungs-)Richtlinie 98/34 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft<sup>638</sup>, auf die der EuGH – anders als der GA – allerdings nicht einging.

##### (3.2) Portugiesisches Recht

Vorab sei auf die Schilderung der portugiesischen Rechtslage allgemein in der Rs. Anomar (G1/4) verwiesen.

Im Jahr 1783 wurde in Portugal die Nationallotterie eingeführt und der bereits 1498 gegründeten Santa Casa mit einem königlichen Edikt die Konzession hierfür erteilt. Durch andere sogenannte Gesetzesvertretende Verordnungen erwarb die Santa Casa im Laufe der Zeit weitere Rechte, noch andere Arten von Glücksspielen zu betreiben. Durch die Gesetzesvertretende Verordnung Nr. 282/2003 erhielt sie 2003 auch das ausschließliche Recht, landesweit Spiele auf elektronischem Wege und vor allem über das Internet anzubieten.<sup>639</sup> Nach den Art. 11 und 12 der zuletzt genannten Verordnung werden Verstöße gegen sie als Ordnungswidrigkeiten geahndet.<sup>640</sup>

Zur Organisation und zu den (eigentlichen) Tätigkeiten der Santa Casa wäre noch anzumerken, dass sie nach ihrer Satzung eine „gemeinnützige juristische Person im administrativen Bereich“ ist. Ihre Verwaltungsorgane bestehen aus einem Direktor und einem Verwaltungsrat. Der Direktor wird durch eine Verfügung des Premierministers, die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrats werden durch Verfügungen der die Aufsicht über die Santa Casa führenden Regierungsmitglieder ernannt.<sup>641</sup> Gemäß ihrer Satzung wurden der Santa Casa „besondere Aufgaben im Bereich des Schutzes der Familie, des Mutterschutzes, des Kinderschutzes, der Hilfe für schutzlose und

<sup>636</sup> Siehe hierzu auch *Alber*, Anmerkungen zum Urteil Liga Portuguesa (G1/8), ZfWG 2009, S. 327 f.

<sup>637</sup> Vor diesem Fall waren die Rsn. UNIRE (G3/4), UNIBET (G6/1) und De Nationale Loterij (G6/2) entschieden worden.

<sup>638</sup> Europ. Amtsblätter 1998 L 204 S. 37 und L 217 S. 18.

<sup>639</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519, Rnn. 6–8.

<sup>640</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rnn. 10 und 11.

<sup>641</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 14.

gefährdete Minderjährige, der Hilfe für ältere Menschen, schwerwiegender sozialer Mangelsituationen sowie der allgemein- und fachmedizinischen Gesundheitsversorgung übertragen“.<sup>642</sup>

Für den (speziellen) Betrieb der Glücksspiele ist die Abteilung Spiele von Santa Casa zuständig. Das Verwaltungsorgan der Abteilung Spiele besteht aus dem Direktor der Santa Casa und zwei geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern, die durch eine gemeinsame Verfügung des Ministers für Arbeit und Soziale Solidarität und des Ministers für Gesundheit ernannt werden. Nach der Geschäftsordnung der Abteilung Spiele besteht die Mehrheit der Mitglieder des Ziehungs-gremiums und der anderen Gremien aus Vertretern der öffentlichen Verwaltung, nämlich der Generalinspektion für Finanzen und der Bezirksregierung Lissabon. Der Abteilung Spiele sind die Befugnisse einer Verwaltungsbehörde verliehen worden, um den Betrieb der Glücksspiele zu organisieren. Die Direktion dieser Abteilung hat auch die Verwaltungsbefugnisse, um die möglichen Geldbußen zu verhängen.<sup>643</sup>

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die im Ausgangsverfahren klagende Bwin ist ein Online-Spieleveranstalter mit Sitz in Gibraltar.<sup>644</sup> Sie bietet Glücksspiele über eine Internetseite an. Bwin hat in Portugal keine Niederlassung. Ihre Server für die Onlineangebote befinden sich in Gibraltar und in Österreich.

Die ebenfalls klagende Liga Portuguesa ist eine juristische Person des Privatrechts mit Vereinsstruktur und ohne Gewinnerzielungsabsicht, in der sämtliche Vereine zusammengefasst sind, die in Portugal Fußballwettkämpfe auf professioneller Ebene austragen. Sie richtet insbesondere die nationale Erste Fußballliga aus und ist mit deren Vermarktung betraut.<sup>645</sup> Die Liga und Bwin hatten 2005 für vier Spielzeiten einen Sponsorenvertrag abgeschlossen. Nach diesem Vertrag wurde die früher als „Super Liga“ bezeichnete Erste Liga in „Bwinliga“ umbenannt. Außerdem wurden die Firmenzeichen von Bwin auf der Ausrüstung der Spieler – also wohl auf deren Hemden – und in den Stadien der Erstligavereine angebracht. Darüber hinaus wurde die Internetseite der Liga mit Hinweisen auf die Internetseite von Bwin versehen, was es den Verbrauchern in Portugal ermöglichte, die ihnen so angebotenen Glücksspieldienstleistungen in Anspruch zu nehmen.<sup>646</sup>

Die Direktion der Abteilung Spiele von Santa Casa erließ Bescheide, mit denen Bußgelder in Höhe von 75.000 € gegen die Liga und von 74.500 € gegen Bwin verhängt wurden, gegen die beide Klage beim vorlegenden Gericht erhoben.<sup>647</sup> Dieses Gericht, das Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto, hat dem Gerichtshof<sup>648</sup> folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

#### (5) Vorlagefragen

*„Stellt die Ausschließlichkeitsregelung zugunsten von Santa Casa, wenn sie auf Bwin angewandt wird, d. h. einen Dienstleister, der in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringt, niedergelassen ist und keine Betriebsstätte in Portugal hat, eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs unter Verstoß gegen die Grundsätze der Dienstleistungs-, der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß den Art. 49 EG, 43 EG und 56 EG dar?“*

<sup>642</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 15.

<sup>643</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rnn. 17–19.

<sup>644</sup> Bwin darf in Gibraltar selbst keine Spiele anbieten. Die dortige Lizenz gilt also nur für Glücksspiele außerhalb Gibaltars. Die Wahl ihres Sitzes in Gibraltar hat Bwin mit steuerlichen Überlegungen begründet. Die Frage des Sitzes spielte fallbezogen keine weitere Rolle.

<sup>645</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rnn. 20–24.

<sup>646</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 25.

<sup>647</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rnn. 26 und 27.

<sup>648</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 28.

*Stehen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die erwähnten Grundsätze einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, die hinsichtlich des Betriebs von Lotterien und Wetten einerseits eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten einer einzigen Einrichtung errichtet und diese Regelung andererseits auf das ‚gesamte Staatsgebiet einschließlich ... des Internets‘ ausdehnt?“*

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Art. 49 steht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegen, nach der Wirtschaftsteilnehmer wie die Bwin International Ltd., die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, in denen sie rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringen, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats keine Glücksspiele über das Internet anbieten dürfen.“*

#### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Bot hatte in Nr. 321 seiner Schlussanträge vorgeschlagen, wie folgt zu entscheiden:

- „1. Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. Juli 1998 ist dahin auszulegen, dass die Regelung eines Mitgliedstaats, nach der das ausschließliche Recht, im gesamten Hoheitsgebiet dieses Staates Lotterien und Wetten zu veranstalten und zu betreiben, auf alle elektronischen Kommunikationsmittel, insbesondere das Internet, ausgedehnt wird, eine technische Vorschrift im Sinne der genannten Bestimmung darstellt.*
- 2. Ist eine derartige Regelung nicht nach Maßgabe der Richtlinie 98/34 in der Fassung der Richtlinie 98/48 notifiziert worden, kann sie Personen wie der Liga Portuguesa de Futebol Profissional und der Baw International Ltd. [so die damalige Bezeichnung von Bwin] nicht entgegengehalten werden. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die genannte Regelung notifiziert wurde.*
- 3. Eine Vorabentscheidung bindet das vorlegende Gericht auch insoweit, als sie sich auf eine Norm des Gemeinschaftsrechts erstreckt, die das vorlegende Gericht in seiner Frage nicht erwähnt hat.*
- 4. a) Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, nach der das ausschließliche Recht zur Veranstaltung und zum Betrieb von Lotterien und Wetten im gesamten Gebiet dieses Mitgliedstaats, das einer einzigen, von diesem Staat überwachten und nicht gewinnorientierten Einrichtung eingeräumt wurde, auf sämtliche elektronische Kommunikationsmittel, insbesondere auf das Internet, ausgedehnt wird, sofern diese Regelung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, geeignet ist, die Erreichung ihrer Ziele zu garantieren, nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung der Ziele erforderlich ist, und in nichtdiskriminierender Weise angewandt wird.*
  - b) Es ist Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.*
- 5. In Anbetracht der Gefahren, die durch die Glücks- und Geldspiele im Internet hervorgerufen werden, darf ein Mitgliedstaat das Recht zur Veranstaltung und zum Betrieb dieser Spiele zum Schutz der Verbraucher und der öffentlichen Ordnung beschränken.*
- 6. Eine derartige Regelung ist geeignet, die genannten Ziele zu erreichen, wenn sie es dem Mitgliedstaat ermöglicht, die Veranstaltung und den Betrieb dieser Spiele wirk-*

sam zu steuern und zu beaufsichtigen, und wenn der Mitgliedstaat in den konkreten Anwendungsmodalitäten der Regelung sein Ermessen nicht offenkundig überschritten hat.

7. Die Vergabe eines Ausschließlichkeitsrechts an eine einzige Einrichtung, die unter der Aufsicht des Mitgliedstaats steht und keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, kann eine Maßnahme sein, die im Hinblick auf die Verfolgung der genannten Ziele verhältnismäßig ist.
8. Eine derartige Regelung ist als solche nicht diskriminierend“.

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Da Bwin in Portugal keine Niederlassung hatte, war für den EuGH das Niederlassungsrecht nicht einschlägig. Auch die Kapitalverkehrsfreiheit prüfte der EuGH nicht, da er deren etwaige Beschränkung wohl als eine unvermeidbare Folge der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs hielt. Er beließ es also bei der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit, die er durch die portugiesische Regelung allerdings als beeinträchtigt ansah. Der EuGH hielt die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit jedoch für rechtfertigbar und führte dazu in den Rnn. 56 ff. des Urteils wörtlich aus:

- „56 Art. 46 Abs. 1 EG lässt Beschränkungen zu, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses herausgestellt wie 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 [...].
- 57 [...] Die] Regelung der Glücksspiele [gehört] zu den Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. In Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben [...].
- 58 Allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, kann keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die [...] verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen [...].
- 59 Somit steht den Mitgliedstaaten zwar frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, doch müssen die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen [...].
- 60 Daher ist [...] insbesondere zu prüfen, ob die mit den [...] nationalen Rechtsvorschriften verfügte Beschränkung des Anbietens von Glücksspielen über das Internet geeignet ist, die Verwirklichung eines oder mehrerer der [...] geltend gemachten Ziele zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels oder der Ziele erforderlich ist. Auf jeden Fall dürfen die Beschränkungen nicht diskriminierend angewandt werden [...].
- 61 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen [...].

- 62 *Nach Angaben der portugiesischen Regierung und von Santa Casa besteht das mit der nationalen Regelung verfolgte Ziel hauptsächlich in der Bekämpfung der Kriminalität, genauer im Schutz der Glücksspieler vor Betrug [...].*
- 63 *Dazu ist festzustellen, dass die Bekämpfung der Kriminalität ein zwingender Grund des Allgemeininteresses sein kann. [...]. Glücksspiele bergen nämlich in Anbetracht der Höhe der Beträge, die mit ihnen eingenommen werden können, und der Gewinne, die sie den Spielern bieten können, eine erhöhte Gefahr von Betrug und anderen Straftaten.*
- 64 *Der Gerichtshof hat ferner anerkannt, dass eine begrenzte Erlaubnis von Spielen im Rahmen eines Ausschließlichkeitsrechts den Vorteil bietet, den Spielbetrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken und die Gefahren eines auf Betrug und andere Straftaten ausgerichteten Spielbetriebs auszuschalten [...].*
- 65 *Die portugiesische Regierung macht geltend, die Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten für die Veranstaltung von Glücksspielen an Santa Casa erlaube es, den Betrieb eines überwachten und sicheren Systems sicherzustellen. Zum einen belege das weit zurückreichende, sich über mehr als fünf Jahrhunderte erstreckende Bestehen von Santa Casa die Zuverlässigkeit dieser Einrichtung. Zum anderen arbeite Santa Casa in enger Abhängigkeit von der portugiesischen Regierung. Der rechtliche Rahmen der Glücksspiele, die Satzung von Santa Casa und die Beteiligung der Regierung an der Ernennung der Mitglieder der Verwaltungsorgane von Santa Casa erlaubten dem Staat eine wirksame Aufsicht über Letztere. [...].*
- 66 *[...].*
- 67 *Die Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten für den Betrieb [...] über das Internet [...] ist geeignet, die Verbraucher vor Betrug durch die Anbieter zu schützen.*
- 68 *Zur [...] Erforderlichkeit der [...] Regelung bringt die portugiesische Regierung vor, die Behörden eines Mitgliedstaats hätten in Bezug auf nicht gebietsansässige Wirtschaftsteilnehmer [...] nicht die gleichen Überwachungsmöglichkeiten wie im Fall eines Wirtschaftsteilnehmers wie Santa Casa.*
- 69 *Dazu ist festzustellen, dass der Sektor der über das Internet angebotenen Glücksspiele in der Gemeinschaft nicht harmonisiert ist. Ein Mitgliedstaat darf deshalb die Auffassung vertreten, dass der Umstand allein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer [...] zu diesem Sektor gehörende Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaats unterliegt, rechtmäßig über das Internet anbietet, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden kann, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats in einem solchen Fall bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenüber sehen können.*
- 70 *Außerdem bergen die Glücksspiele über das Internet, verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontaktes zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich, dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden.*
- 71 *Zudem kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der [...] als Sponsor auftritt, eine Stellung innehat, die es ihm erlaubt, den Ausgang dieser Wettbewerbe unmittelbar oder mittelbar zu beeinflussen und so seine Gewinne zu erhöhen.*
- 72 *Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Beschränkung in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem [...] In-*

*ternet verbunden sind, als durch das Ziel der Bekämpfung von Betrug und anderen Straftaten gerechtfertigt angesehen werden kann.“*

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

Bevor GA Bot zur Würdigung des Falls kam, machte er lange Ausführungen zu den Arten der Glücksspiele, ihrer Geschichte, ihrer Regelung in verschiedenen Mitgliedstaaten und vor allem zu der der Rs. Liga Portuguesa vorangegangenen EuGH-Rechtsprechung.

Er befasste sich sodann ausführlich mit der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens, die er letztlich bejahte. Da die Frage der Zulässigkeit jedoch nichts mit den glücksspielrelevanten Aspekten selbst zu tun hat, soll auf sie erst unten i. Z. m. den in der Gruppe 6 zu besprechenden Rechtsfragen eingegangen werden. Das Gleiche gilt für vom GA angesprochene weitere, nicht glücksspielbezogene Rechtsfragen wie die Einschlägigkeit der Notifizierungsrichtlinie, nach der vom vorlegenden Gericht gar nicht gefragt worden war, weshalb der Gerichtshof auf diesen Punkt auch mit keinem Wort einging.

Die Vereinbarkeit der in Rede stehenden portugiesischen Rechtsvorschriften mit den Verkehrsfreiheiten prüfte GA Bot anhand der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG.<sup>649</sup> Für ihn hätte sich auch die Frage der Einschlägigkeit von Art. 86 Abs. 2 EG [jetzt Art. 106 Abs.2 AEUV] – zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – stellen können, doch sei diese Bestimmung weder vom vorlegenden Gericht, noch von den Prozessparteien erwähnt worden.

Aus den weiteren Formulierungen in den Schlussanträgen von GA Bot lässt sich ableiten, dass er eigentlich der Geltung der allgemeinen Grundgedanken der Binnenmarktfreiheiten auch für Glücksspiele skeptisch gegenüberstand. Statt des Begriffs „Geltung“ prägte er das wohl abgeschwächendere Wort „Umrahmung.“ Dazu führte er in den Nrn. 244–249 aus:

- „244 Für die Beurteilung der Reichweite dieser Umrahmung der Befugnisse der Mitgliedstaaten ist meines Erachtens von folgender Prämisse auszugehen.*
- 245 Das Gemeinschaftsrecht soll die Glücks- und Geldspiele nicht den Marktgesetzen unterwerfen. Grundlage der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sollte nach dem Willen der Mitgliedstaaten die Errichtung eines möglichst weit geöffneten Marktes sein, weil der Wettbewerb, wenn er lauter ist, im Allgemeinen den technologischen Fortschritt gewährleistet und die Qualität einer Dienstleistung oder eines Produkts verbessert, zugleich jedoch die Kosten niedrig hält. Der Wettbewerb ist somit ein Gewinn für die Verbraucher, weil sie Produkte und Dienstleistungen in höchster Qualität zum günstigsten Preis erhalten. Der Wettbewerb ist insofern Quelle für Fortschritt und Entwicklung.*
- 246 Diese Vorteile kommen jedoch im Bereich des Glücks- und Geldspiels nicht zum Tragen. Der Wettbewerb der Dienstleistenden in diesem Bereich, der sie zwangsläufig veranlassen würde, die Attraktivität der Spiele für die Verbraucher zu erhöhen, um möglichst hohe Gewinne zu erzielen, scheint mir keine Quelle für Fortschritt und Entwicklung zu sein. Auch sehe ich nicht, worin der Fortschritt läge, wenn für den Verbraucher die Möglichkeit verbessert würde, an den in den einzelnen Mitgliedstaaten veranstalteten nationalen Lotterien teilzunehmen und auf alle in der Union veranstalteten Pferderennen und Sportwettkämpfe Wetten abzuschließen.*
- 247 Die Situation ist z. B. in keiner Weise mit der Freizügigkeit der Patienten in der Europäischen Union vergleichbar, die der Gerichtshof sehr zu Recht gefördert hat, weil diese Freizügigkeit die für jeden Bürger der Union bestehenden Behandlungsmöglichkeiten verbessert, indem sie ihm freien Zugang zu den Gesundheitsdiensten der anderen Mitgliedstaaten bietet.*

<sup>649</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), GA Bot, ECLI:EU:C:2008:560, Nrn. 213 ff.

- 248 *Die Glücks- und Geldspiele können nur dann funktionieren und bestehen, wenn die allermeisten Spieler mehr verlieren als gewinnen. Eine Öffnung des Marktes in diesem Bereich, die eine Zunahme des für die Spiele bestimmten Teils der privaten Haushalte bedeuten würde, hätte unausweichlich nur eine Schmälerung der Mittel der meisten Haushalte zur Folge.*
- 249 *Die Umrahmung der Befugnisse der Mitgliedstaaten im Bereich der Glücks- und Geldspiele bezweckt daher nicht die Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes und die Liberalisierung dieses Tätigkeitsbereichs.“*

Trotz dieser bloßen Umrahmung zog GA Bot doch die allgemeinen Grundgedanken der Binnenmarktfreiheiten insoweit heran, als er zuvor in Nr. 243 sagte:

*„Es ist unstrittig, dass die Mitgliedstaaten, da es keine auf Gemeinschaftsebene harmonisierten Vorschriften im Bereich der Spiele gibt, befugt bleiben, die Bedingungen für die Ausübung von Tätigkeiten in diesem Sektor festzulegen. Sie müssen jedoch diese vorbehaltenen Befugnis unter Beachtung der Verkehrsfreiheiten ausüben.“*

In der nationalen Regelung sah GA Bot eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit,<sup>650</sup> die er jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – insbesondere des Verbraucherschutzes – für rechtfertigbar hielt.<sup>651</sup>

GA Bot billigte den Mitgliedstaaten bei der Regelung der Glücksspiele „ein weites Ermessen“ zu.<sup>652</sup> Er bejahte vorliegend auch den Verbraucherschutz und den Schutz der öffentlichen Ordnung zur Einschränkung der Wettendienstleistungen im Internet.<sup>653</sup> In den Nrn. 273 und 274 verwies er zudem auf amerikanische Einlassungen und sagte dort:

- „273. Die Glücks- und Geldspiele im Internet können erhebliche Gefahren auch für die öffentliche Ordnung darstellen. Diese Gefahren wurden im Rahmen des Verfahrens zwischen Antigua und Barbuda einerseits und den Vereinigten Staaten von Amerika andererseits vor dem Streitbeilegungsgremium der Welthandelsorganisation (WTO) wegen des von den Vereinigten Staaten ausgesprochenen Verbots grenzüberschreitender Leistung von Online-Spiel- und Online-Wettendiensten beschrieben.*
274. *Die Vereinigten Staaten von Amerika machten in diesem Verfahren geltend, die Leistung von Online-Diensten erleichtere wegen des Umfangs, der Schnelligkeit und der internationalen Bedeutung der grenzüberschreitenden Glücksspielgeschäfte in Verbindung mit der extraterritorialen Niederlassung der Dienstleistenden die Geldwäsche. Zudem sei die Gefahr des Betrugs größer, weil Online-Spiele sehr schnell eingerichtet werden könnten, sodass unredliche Veranstalter innerhalb weniger Minuten auftreten und verschwinden könnten.“*

Der GA hielt die portugiesische Regelung auch für geeignet, die verfolgten Ziele zu erreichen.<sup>654</sup> Zur Kohärenz führte er in den Nrn. 302 und 303 aus:

- „302. Dass die genannten Ziele kohärent und systematisch verfolgt werden, wäre nur in Frage gestellt, wenn die portugiesische Regierung den Betrieb von Internetspielen zulassen würde, die mit den Lotterien und Wetten, deren Betrieb Santa Casa vorbehalten ist, vergleichbar sind. Die Frage könnte sich etwa stellen, wenn [Portugal] den Unternehmen, die eine Konzession für den Betrieb von Kasinospielen besitzen, erlauben würde, im Internet Lotterien anzubieten, die in ihrer Funktionsweise mit den von Santa Casa angebotenen Lotterien vergleichbar sind.*

<sup>650</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nrn. 231 ff.

<sup>651</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nrn. 234 ff.

<sup>652</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nrn. 250 und 265.

<sup>653</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nrn. 260 ff.

<sup>654</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nrn. 277 ff.

303. *Die Frage stellt sich dagegen nicht bei der Entwicklung der Kasinospiele in ihrer traditionellen Form. Die Bedingungen, unter denen diese Form von Glücksspiel praktiziert wird, sind völlig anders als die der Internet-Lotterien und -Wetten. Es genügt die Feststellung, dass die Kasinospiele voraussetzen, dass sich der Spieler physisch an den Öffnungstagen und zu den Öffnungszeiten in ein Spielkasino begibt. Außerdem befinden sich die Spielkasinos [...] in genau festgelegten Bezirken.“*

GA Bot hielt die portugiesische Regelung auch nicht für diskriminierend. Er meinte dazu:<sup>655</sup>

*„Derartige Rechtsvorschriften enthalten keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da jedem anderen als der zugelassenen öffentlich-rechtlichen Vereinigung der Betrieb der in Rede stehenden Spiele untersagt ist. [...]“*

## (10) Kommentierung

Der Fall war deshalb von besonderem Interesse, weil sich der EuGH erstmalig in dieser Form mit einem Internetverbot befassen musste.

Eher vorab meinte der Gerichtshof in Rn. 57 erneut, dass im Hinblick auf Glücksspiele beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede bestünden, woraus wohl geschlossen werden kann, dass dies auch die Ursache der verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungen ist. Dies steht allerdings in einem gewissen Widerspruch zur Aussage in Rn. 60 der Rs. Schindler (G1/1), in der gesagt wird, dass diese Erwägungen allgemein darauf gerichtet seien, die Ausübung von Glücksspielen zu begrenzen. Die Werteerwägungen scheinen also in der Wirklichkeit doch nicht so verschieden zu sein, dass sie grundsätzlich verschiedene Regelungen zur Folge hätten.

Der EuGH sah in der portugiesischen Regelung zwar eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, hielt diese aber für rechtfertigbar. Überraschenderweise konzentrierte er sich dabei aber allein auf den von Portugal und der Santa Casa hauptsächlich vorgetragene Hauptgrund der Bekämpfung der Kriminalität, genauer: auf den Schutz der Glücksspieler vor Betrug durch die Anbieter,<sup>656</sup> wobei er die Gefahren für die Verbraucher durch den erleichterten Zugang zu Glücksspielen infolge des Internets noch für erhöht ansah. Andere Rechtfertigungsgründe deutete er zwar an, ohne auf sie einzugehen, wie er auch die Frage anderweitiger Straftaten als Betrugereien zu Lasten der Spieler – wie etwa Delikte durch Spieler selbst oder Geldwäsche u. a. – nicht prüfte, sondern nur pauschal mit der Bemerkung „eine[r] erhöhte[n] Gefahr von Betrug und anderen Straftaten“ andeutete.<sup>657</sup> In diesem Zusammenhang hob der EuGH zugleich und unterstreichend die besondere Seriosität der Santa Casa hervor, die sich für ihn aus dem über fünf Jahrhunderte andauernden Bestehen der Casa und durch die staatlichen Kontrollmöglichkeiten ergab.<sup>658</sup> Doch ist fraglich, ob eine erhöhte Gefahr für Straftaten einerseits und die Zuverlässigkeit eines konkreten Anbieters andererseits, die ja die Seriosität anderer (privater) Anbieter nicht ausschließt, für eine Rechtfertigung ausreichen.

Eine rechtfertigbare Beschränkung einer Binnenmarktfreiheit kann nur die Ausnahme von der Ausübung einer Freizügigkeit sein und ist daher nur in engen Grenzen möglich, selbst wenn die Mitgliedstaaten das relevante Schutzniveau entsprechend ihrer eigenen Werteordnung festlegen können. Wegen der Möglichkeit eines Mitgliedstaats, sein Schutzniveau ohne Berücksichtigung entsprechender Regelungen in anderen Mitgliedstaaten zu bestimmen, hat es der Gerichtshof wohl auch unterlassen, auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung einzugehen.<sup>659</sup> Zwar mögen die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe tragen, wenn sie tatsächlich und beweisbar vorliegen. Bloße Verdachtsmomente und mögliche Gefahren reichen hierzu m. E. jedoch nicht aus.

<sup>655</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nr. 318.

<sup>656</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 62.

<sup>657</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 63.

<sup>658</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 65.

<sup>659</sup> Urteil Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rnn. 58 und 59.

In der Abwägung zwischen dem Verbot der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und dem Schutz vor nicht bewiesenem, sondern nur eventuell möglichem Betrug, kann diesem Schutzgedanken keine höhere Bedeutung zukommen als einer Grundfreiheit. Anderes mag z. B. beim Gesundheitsschutz gelten. So sagte der EuGH im Apotheken-Urteil „Doc Morris“, in dem es um den (nicht erlaubten) Mehrfachbesitz von Apotheken ging, *„dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen“*, sodass ein Mitgliedstaat *„wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, Schutzmaßnahmen treffen können [muss], ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist“*.<sup>660</sup> Bei einem solch hohen Rechtsgut wie der Gesundheit generell können also präventive Maßnahmen gerechtfertigt sein, bei allen anderen, die eher individuelle Auswirkungen haben, jedoch nicht. Beim Hinweis auf Straftaten sind Beweise nötig. Bisher gibt es keine genauen Zahlen darüber, dass Straftaten gegen Spieler im Internet höher sind als gegenüber Verbrauchern in anderen Geschäftsbereichen. Auf bloße Vermutungen lassen sich m. E. aber rechtssichere Beschränkungsmaßnahmen nicht stützen.

Als einzigen „Beweis“, der letztlich auch nur eine These ist, brachte der Gerichtshof in Rn. 71 vor, dass ein Wettanbieter, der *„[...] als Sponsor auftritt, eine Stellung innehat, die es ihm erlaubt, den Ausgang [der] Wettbewerbe [...] zu beeinflussen und so seine Gewinne zu erhöhen.“* Wie dies gehen soll, und ob ein Sponsor daran überhaupt ein Interesse hat, wird nicht gesagt. In den bisher bekannt gewordenen Bestechungsfällen wurden Spieler dagegen dafür „bezahlt“, zu verlieren, was sicher auch leichter ist als zu gewinnen. Der Sponsor müsste also wohl die gegnerische Mannschaft bestechen, doch ist dies wohl etwas „weit hergeholt.“ Betrügereien und Manipulationen durch Wettteilnehmer selbst stehen jedoch auf einem anderen Blatt und haben mit den Spielen als solchen nichts zu tun.

Auch die angeblich besseren Kontrollmöglichkeiten überzeugen nicht. In den Rnn. 13 ff. wird zu den primären Aufgaben der Santa Casa gesagt, dass diese im Bereich des Familien-, Mutter- und Kinderschutzes und der Gesundheitsversorgung liegen. Zwar gibt es für den Betrieb der Glücksspiele eine eigene Abteilung, an deren Spitze der vom Premierminister ernannte Direktor der Casa und zwei geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder stehen, die vom Arbeits- und vom Gesundheitsminister bestimmt werden, was ebenfalls deren Verankerung in einem eigentlich anderen Bereich nahe legt. Ob deren Kontrollen ausreichend sind, mag offen bleiben. Wollte man spöttisch sein, könnte man einwenden, die aktuelle Bankenkrise zeige, wie effektiv staatliche Kontrollen letztlich sind. Um nicht missverstanden zu werden: Natürlich sind (gesetzliche) Regelungen der Glücksspiele und entsprechende Kontrollen nötig. Die Frage ist nur, ob diese Voraussetzungen nicht auch von seriösen, privaten Anbietern erbracht werden können, was wohl zu bejahen sein wird.

Im Rahmen der Erforderlichkeit ging der Gerichtshof in den Rnn. 68 u. 69 auf die Erschwernis grenzüberschreitender Kontrollen ein, doch die *„Schwierigkeiten [...], denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats [...] bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter [aus anderen Mitgliedstaaten] bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenübersehen können“*, bedeuten ja nicht, dass überhaupt keine wirksamen Überwachungsmöglichkeiten gegeben sind. Schwierigkeiten sind ja nicht mit Unmöglichkeiten gleichzusetzen.

In Rn. 70 wird zudem ausgeführt, dass *„Glücksspiele über das Internet [...] wegen des fehlenden unmittelbaren Kontaktes zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich [bergen], dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden.“* Dies ist relativ zu sehen, da sich Internetvorgänge im Gegenzug leichter nachverfolgen

<sup>660</sup> S. die Rnn. 19 u. 30 des Urteils v. 19.05.2009 in den verb. Rsn. C-171/07, ECLI:EU:C:2009:316 u. C-172/07, ECLI:EU:C:2007:311 – Apothekerkammer des Saarlandes – und gleichlautend in den Rnn. 36 u. 54 des zweiten „Apotheken-Urteils“ vom gleichen Tag in der Rs. C-531/06 (Kommission vs. Italien), ECLI:EU:C:2009:315.

lassen als „Direktgeschäfte.“ Der Einwand, ein Internetportal lasse sich leicht eröffnen und genauso schnell wieder schließen, überzeugt nicht unbedingt. Selbst wenn dem so wäre, würde dies für alle Geschäftsbereiche und nicht nur für Glücksspiele gelten. Im Übrigen wäre zu bedenken, dass ein schnelles Schließen eines Internetportals wohl nicht zu großen Einnahmen eines Anbieters führen würde und deshalb für diesen vermutlich uninteressant wäre.

Mit dem Punkt, dass die Casa als Betreiberin der Glücksspiele gleichzeitig die Nutznießerin der Einnahmen sei und damit versucht sein könnte, das Spielangebot auszuweiten, hat sich der EuGH nicht befusst. Möglicherweise hat er sich deswegen mit dem sonst hauptsächlich vorgebrachten Rechtfertigungsgrund der Bekämpfung der Spielsucht gar nicht erst befusst, der wohl auch deshalb von Portugal und der Santa Casa nicht besonders geltend gemacht worden war.

Ebenso wenig ging der Gerichtshof auf eine eventuelle Diskriminierung ein, obwohl das vorliegende Gericht zumindest mittelbar danach gefragt hatte (s. Vorlagefragen zitiert in Rn. 28). GA Bot sah in den portugiesischen Rechtsvorschriften „*keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da jedem anderen als der zugelassenen öffentlich-rechtlichen Vereinigung [so seine Beschreibung der Casa] der Betrieb der in Rede stehenden Spiele untersagt ist*“.<sup>661</sup> Zwar nicht im Hinblick auf die anderen Bewerber untereinander, wohl aber in Bezug auf die „Privilegierung“ der Santa Casa könnte man schon von einer Diskriminierung aller anderen Bewerber sprechen. Ob man die Santa Casa so nahe in den staatlichen Bereich rücken kann, ist fraglich. Gemäß ihrer Satzung – zitiert in Rn. 14 des Urteils – ist sie eine „gemeinnützige juristische Person im administrativen Bereich.“ Was genau darunter zu verstehen ist, hätte schon erläutert werden sollen, um klarzustellen, ob sie im Hinblick auf den Betrieb von Glücksspielen nicht doch eher privatrechtlich tätig ist, was auf eine mögliche Diskriminierung Auswirkungen haben könnte. Nur nebenbei sei erwähnt, dass der EuGH auch den Status der Santa Casa insoweit nicht geprüft hat, ob die Vergabe des Ausschließlichkeitsrechts nicht hätte ausgeschrieben werden müssen, da es sich ja wohl kaum um ein „In-House-Geschäft“ gehandelt haben dürfte.

Für den Gerichtshof bestand auch kein Anlass, sich mit der Kohärenz zu befassen, die GA Bot wenigstens ansprach, aber wegen der Nichtvergleichbarkeit der Internetangebote mit Casinospielen für nicht beeinträchtigt ansah.<sup>662</sup>

Was die Binnenmarktfreiheiten anbelangt, so wollte GA Bot diese nur zur Umrahmung der mitgliedstaatlichen Befugnisse gelten lassen. Auch in seinen Schlussanträgen zu den nachfolgenden Rsn. Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9a und b – s. dortige Nrn. 58 ff.) sprach GA Bot davon, dass Glücksspiele wohl nicht zum Fortschritt und einer Entwicklung beitragen, wie Art. 2 EG (jetzt Art. 3 EUV) dies für den Binnenmarkt vorsehe. Dieser Artikel, der in der Rs. Schindler (G1/1) wenigstens angesprochen worden war, ist vom EuGH in der Rs. Liga Portuguesa nicht einmal zitiert worden. Doch kann dies hier fallrelevant zunächst dahinstehen, zumal ja selbst für GA Bot<sup>663</sup> die Verkehrsfreiheiten wenigstens zu beachten waren. Dieser Punkt wird vor allem später in Bezug auf eine eventuelle europäische, sekundärrechtliche Regelung der Glücksspiele von Bedeutung sein, bei der es dann darum gehen wird, ob die Ermächtigungsnorm des Art. 59 AEUV zum Erlass entsprechender Richtlinien voll herangezogen werden kann oder nicht.<sup>664</sup> Egal, wie weit die Reichweite der Befugnisse der Mitgliedstaaten im Bereich der Glücksspiele und wie weit die Umrahmung geht, sagt der GA selbst in Nr. 243, dass die Mitgliedstaaten die ihnen vorbehaltenen Befugnisse unter Beachtung der Verkehrsfreiheiten ausüben müssen. Sie müssen also die Grundsätze beachten, die den Binnenmarktfreizügigkeiten zugrunde liegen, also vor allem das Verbot ihrer Beschränkung, soweit keine Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen. Wie weit diese Beachtungspflicht allerdings gilt, ließ der GA jedoch offen.

<sup>661</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nr. 318.

<sup>662</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nrn. 300 ff.

<sup>663</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nr. 243.

<sup>664</sup> I. Ü. hat GA Bot seine Bedenken gegen die volle Geltung der Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit in seinen Schlussanträgen zur Rs. Dickinger und Ömer (G1/16)) eigentlich relativiert bzw. rückgängig gemacht.

Nicht thematisiert hat der EuGH – im Gegensatz zum GA – auch die wohl unterlassene Notifizierung des portugiesischen Internetverbots, die, weil es sich um eine technische Vorschrift i. S. d. RL 98/34 (über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften [...]) handelte, nötig gewesen wäre. Dieser Punkt, der für das portugiesische Ausgangsverfahren von Bedeutung war, kann hier jedoch übergangen werden. GA Bot folgte jedoch aus der nicht vorgenommenen Notifizierung, dass im portugiesischen Ausgangsverfahren die Geldbußen aufzuheben seien, weil das relevante Gesetz wegen der unterlassenen Notifizierung (noch) nicht gegolten habe. (Auf die Aspekte der Notifizierung soll i. Z. m. den Rsn. Lindberg (G3/2) und C-65/05, Kommission vs. Griechenland (G3/3) näher eingegangen werden).

Insgesamt befriedigt das Urteil insoweit nicht, als eine Grundsatzentscheidung erwartet worden war. Der EuGH konzentrierte sich nur auf den portugiesischen Fall und die portugiesischen Umstände, sodass nicht alle Aussagen vollinhaltlich auf andere Fälle übertragen werden können. Wenigstens sagt das Judikat nicht, dass Internetangebote privater Anbieter generell verboten gehören, denn bei der Festlegung des nationalen Schutzniveaus können die Mitgliedstaaten auch anderes bestimmen.

Der EuGH machte es sich in dieser Sache etwas einfach, indem er sich auf die Bekämpfung der Kriminalität<sup>665</sup> konzentrierte und andere Rechtfertigungsgründe nur andeutete. Dadurch konnte er die Aspekte der Einnahmenerzielung übergehen, die nur i. Z. m. der Bekämpfung der Spielsucht von Bedeutung gewesen wären. Außerdem übernahm der Gerichtshof mehr oder weniger ungeprüft nur die Angaben der portugiesischen Regierung.

### **3.1.9 Die Rechtssachen SPORTING EXCHANGE und LADBROKES (G1/9 a und b)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Die beiden Rechtssachen – Sport- und Pferderennwetten betreffen – sind nicht miteinander verbunden worden. Da einige Aspekte jedoch beide Fälle betrafen, sollen diese Punkte vorab gemeinsam beschrieben werden. Auch GA Bot hat nur einen einzigen Schlussantrag vorgelegt.

In den beiden niederländischen Vorabentscheidungsersuchen<sup>666</sup> ging es um Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und ihrer Rechtfertigungen. Dabei handelte es sich beide Male teilweise um die gleichen Fragen, vor allem im Hinblick auf

- den Betrieb von Glücksspielen im Internet,
- eine Regelung, die die Erlaubnis einem einzigen Veranstalter vorbehielt und
- den Grundsatz der (gegenseitigen) Anerkennung einer Spielerlaubnis, die in einem anderen Mitgliedstaat erteilt worden war.

In der Rs. Sporting Exchange ging es außerdem noch um die Verlängerung einer Erlaubnis ohne Ausschreibung und damit verbunden um den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Gebot der Transparenz. Im Fall Ladbrokes wurde zudem noch gefragt, ob einer gerichtlichen Anordnung einer beschränkenden Maßnahme gegen einen Mitbewerber, die von dem berechtigten, alleinigen Spielanbieter beantragt worden war, die gleiche Wirkung zukommt wie einer behördlichen Anordnung.

Zeitlich noch vor den Urteilen Sporting Exchange und Ladbrokes sind vom EuGH die Rsn. Kommission vs. Spanien (G2/11), Gintec (G5/2), Plus (G5/3), Kommission vs. Griechenland (G6/3), sowie Santa Casa [...] (G6/4) entschieden worden.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Rs. Sporting Exchange war am 16.05.2008, der Fall Ladbrokes am 18.06.2008 beim EuGH eingegangen. Am 12.11.2009 fand in beiden Sachen die mündliche Verhandlung statt. GA Bot

<sup>665</sup> Zur Bekämpfung der Begleitkriminalität s. auch u. Teil E, I, 7.

<sup>666</sup> Siehe hierzu auch *Alber*, zwei neue Urteile zu Glücksspielen, ZfWG 2010, S. 262 ff.

hat am 17.12.2009 seine (einzig) Schlussanträge zu beiden Rsn. (mit 26 Seiten und 192 Nummern) vorgelegt. Der Gerichtshof (Zweite Kammer mit 5 Richtern) hat demgegenüber am 03.06.2010 zwei getrennte, jeweils 10-seitige Urteile erlassen und zwar in der Rs. Sporting Exchange mit 63 und in der Rs. Ladbrokes mit 59 Rnn., wobei einige davon jeweils gleichlautend waren.

Die Verfahrensdauer betrug also 24,5 bzw. 23,5 Monate. Außer den Klägern und Beklagten der Ausgangsverfahren und der Kommission haben sich die Niederlande, Belgien, Dänemark, Deutschland, Griechenland, Spanien, Österreich, Finnland und Norwegen sowie im Fall Sporting Exchange auch noch Portugal am Verfahren beteiligt.

### **(3) Rechtlicher Rahmen**

Infolge einiger Gemeinsamkeiten der Rechtssachen soll die Darstellung des rechtlichen Rahmens den beiden Fällen, die nachfolgend getrennt zu erörtern sein werden, vorangestellt werden.

#### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Auszulegen war Art. 49 EG, gemäß dem Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verboten sind, soweit sie nicht gerechtfertigt werden können.

#### *(3.2) Niederländisches Recht*

In den Rnn. 3-9 des Urteils Sporting Exchange wurde die niederländische Glücksspielregelung aufgelistet, für die das Gesetz über Glücksspiele (Wet op de kansspelen, i. F.: Wok) gilt. Danach bedürfen Glücksspiele einer Erlaubnis (Art. 1). Art. 16 Abs. 1 Wok sieht hierfür vor:

*„Der Minister der Justiz und der Minister für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur können unter Berücksichtigung der Interessen gemeinnütziger Einrichtungen insbesondere auf dem Gebiet des Sports und der Körpererziehung, der Kultur, der gesellschaftlichen Wohlfahrt und der Gesundheit der Bevölkerung einer juristischen Person mit vollständiger Rechtsfähigkeit für eine von ihnen zu bestimmende Zeit eine Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten erteilen.“*

Art. 16 Wok sieht zudem vor, dass der Ertrag einer Wette für die Zwecke zu verwenden ist, die die juristische Person mit der Veranstaltung und Annahme von Sportwetten fördern will, und dass mindestens 47,5 % der Gesamterträge für die Gewinnausschüttung bestimmt sein müssen.

In Art. 21 Wok heißt es noch, dass die in Art. 16 genannten Minister Vorschriften über die Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten erlassen, die insbesondere die Zahl der zu veranstaltenden Wetten, das Gewinnschema, die Verwaltung und Deckung der mit der Veranstaltung verbundenen Kosten, die staatliche Aufsicht u. a.m. regeln.

Nach Art. 24 Wok können der Minister für Landwirtschaft und Fischerei und der Minister der Justiz einer juristischen Person mit vollständiger Rechtsfähigkeit für eine von ihnen zu bestimmende Zeit die Erlaubnis zur Veranstaltung von Totalisatorwetten auf Pferderennen erteilen. Diese Erlaubnis ist mit bestimmten Auflagen zu versehen, die insbesondere die Zahl der Trab- und Galopprennbahnen, die Höchsteinnahmen pro Person, die behördliche Aufsicht u. a.m. betreffen (Art. 25 WOK).

Zum niederländischen Recht wäre noch hinzuzufügen, dass Personen unter 18 Jahren nicht an Wetten teilnehmen dürfen (zit. in Nr. 21 der Schlussanträge).

Die fallrelevante niederländische Regelung der Glücksspiele beruhte also auf einem System abschließlicher Erlaubnisse, wobei die nationalen Behörden nur eine einzige Zulassung für jedes

erlaubte Glücksspiel erteilt. Auch bestand keine Möglichkeit, Glücksspiele interaktiv über das Internet anzubieten.<sup>667</sup>

#### (4) Zugelassene Spielbetreiber

Die in beiden Rechtssachen – in der Rs. Sporting Exchange als Beteiligte zur Unterstützung des Ministers der Justiz und in der Rs. Ladbrokes als Beklagte – involvierte Stichting de Nationale Sporttotalisator (i. F.: De Lotto) ist eine privatrechtliche Stiftung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die seit 1961 Inhaberin der Zulassung für die Veranstaltung von Sportwetten, Lotto und Zahlenspielen ist. Die Zulassung für die Veranstaltung von Totalisatorwetten auf die Ergebnisse von Pferderennen wurde der GmbH Scientific Games Racing BV (i. F.: SGR) erteilt, der Tochtergesellschaft einer amerikanischen Gesellschaft.<sup>668</sup> Die Zulassungen für beide Gesellschaften waren zwischenzeitlich verlängert worden.

In Rn. 13 der Rs. Sporting Exchange wurde noch gesagt:

*„Aus den [...] vorliegenden Akten geht hervor, dass De Lotto nach ihrer Satzung den Zweck verfolgt, durch die Veranstaltung von Glücksspielen Mittel zu beschaffen und diese zwischen gemeinnützigen Einrichtungen, insbesondere im Bereich des Sports, der Körpererziehung, der allgemeinen Wohlfahrt, der öffentlichen Gesundheit und der Kultur, zu verteilen. De Lotto wird von einem fünfköpfigen Kollegium geführt, dessen Präsident vom Minister ernannt wird. Die anderen Mitglieder werden von der Stichting Aanwending Loterijgelden Nederland (Stiftung für die Verwendung der Lotteinnahmen) und der Vereniging Nederlands Olympisch Comité/Nederlandse Sportfederatie (Niederländisches Olympisches Komitee/Niederländischer Sportbund) benannt.“*

Nach diesen Gemeinsamkeiten sind die beiden Fälle nunmehr zu trennen.

### 3.1.9a Die Rechtssache SPORTING EXCHANGE (G1/9a)

#### (1) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die (britische) Sporting Exchange ist Inhaberin der Firma Betfair. Diese ist im Glücksspielsektor tätig und bietet ihre Dienstleistungen über Internet und Telefon an. Vom Vereinigten Königreich aus stellt sie den Dienstleistungsempfängern auf der Grundlage britischer und maltesischer Zulassungen eine Plattform für Sport- und Pferdewetten zur Verfügung, die unter dem Namen „betting exchange“ bekannt ist. Betfair hat keine Niederlassung oder Verkaufsstelle in den Niederlanden. Da Betfair ihre Dienstleistungen auch in den Niederlanden „aktiv“ anbieten wollte, beantragte sie eine Erlaubnis zur Veranstaltung – auch im Internet – von Sportwetten und von Totalisatorwetten auf die Ergebnisse von Pferderennen. Am 29.04.2004 wies der Minister den Antrag zurück.<sup>669</sup> Betfair beschritt daraufhin den Rechtsweg und „stützte sich im Wesentlichen darauf, dass die niederländischen Behörden verpflichtet seien, zum einen ihre britische Zulassung anzuerkennen und zum anderen bei der Erteilung einer Zulassung für das Anbieten von Glücksspielen gemäß dem Urteil v. 13.09.2007, Kommission/Italien (C-260/04, Slg. 2007, I-7083)<sup>670</sup> den Grundsatz der Transparenz zu wahren“.<sup>671</sup>

#### (2) Vorlagefragen

Der zuletzt angerufene Raad van State hatte dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

*„1. Ist Art. 49 EG so auszulegen, dass die Anwendung dieser Bestimmung dazu führt, dass die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats aufgrund des in diesem Mitglied-*

<sup>667</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, Rnn. 10 und 11, und wortgleich Urteil Ladbrokes (G1/9), C-258/08, ECLI:EU:C:2010:307, Rnn. 6 und 7.

<sup>668</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rn. 12.

<sup>669</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rnn. 14 und 15.

<sup>670</sup> Es ist dies das unten unter G3/4 zu besprechende Urteil UNIRE zur Konzessionsvergabe.

<sup>671</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rnn. 17 und 20.

staat geltenden geschlossenen Genehmigungssystem für das Anbieten von Dienstleistungen bei Glücksspielen nicht verbieten kann, dass ein Dienstleistungsanbieter, dem bereits in einem anderen Mitgliedstaat eine Genehmigung für die Erbringung dieser Dienstleistungen über das Internet erteilt worden ist, diese Dienstleistungen auch im erstgenannten Mitgliedstaat über das Internet anbietet?

2. Ist die Auslegung, die der Gerichtshof Art. 49 EG und insbesondere dem Gleichheitssatz und dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot in Rechtssachen beigemessen hat, die sich auf Konzessionen bezogen haben, auf das Verfahren für die Erteilung einer Genehmigung für das Anbieten von Dienstleistungen bei Glücksspielen in einem gesetzlich geregelten Ein-Genehmigungs-System übertragbar?
3. a) Kann in einem durch Gesetz geschaffenen System der Zulassung eines einzigen Betreibers die Verlängerung der Genehmigung für den gegenwärtigen Genehmigungsinhaber, ohne dass mögliche Interessenten die Chance erhalten, sich um diese Genehmigung mit zu bewerben, ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel zur Verwirklichung der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses sein, die der Gerichtshof als Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs bei Glücksspielen anerkannt hat? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen?
- b) Macht es für die Antwort auf die Frage 3a einen Unterschied, ob die zweite Frage zu bejahen oder zu verneinen ist? "

### (3) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hat im Urteilstenor für Recht erkannt:

- „1. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der des Ausgangsverfahrens nicht entgegensteht, die die Veranstaltung und die Förderung von Glücksspielen einer Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen Veranstalters unterwirft und es allen anderen – auch den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen – Veranstaltern untersagt, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats von dieser Regelung erfasste Dienstleistungen über das Internet anzubieten.
2. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und das daraus folgende Transparenzgebot in Verfahren zur Erteilung und zur Verlängerung der Zulassung zugunsten eines einzigen Veranstalters im Glücksspielbereich gelten, sofern es sich nicht um einen öffentlichen Veranstalter handelt, der hinsichtlich seiner Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht unterliegt, oder um einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen können.“

### (4) Antwortvorschlag des Generalanwalts

In seinem gemeinsamen Schlussantrag zu beiden Rechtssachen hat GA Bot in Nr. 192 folgende Antwort vorgeschlagen:

- „1. Die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die das Anbieten von Glücksspielen einschränken, um die Spielsucht einzudämmen und Betrugereien zu bekämpfen, und nach denen dem oder den Inhabern des Ausschließlichkeitsrechts für den Betrieb dieser Spiele erlaubt ist, ihr Angebot durch die Einführung neuer Spiele und durch Werbung attraktiver zu machen, sind als kohärente und systematische Verfolgung dieser Ziele zu betrachten, wenn sie dem Urteil des nationalen Gerichts zufolge angesichts ihres Inhalts und ihrer Durchführung tatsächlich dazu beitragen, die beiden angestrebten Ziele zu erreichen.
2. Das nationale Gericht ist nach der Feststellung, dass die nationalen Rechtsvorschriften mit Art. 49 EG vereinbar sind, nicht verpflichtet, in jedem Einzelfall zu prüfen und zu belegen, ob eine Maßnahme zur Durchsetzung dieser Rechtsvorschriften wie

*etwa eine Anordnung gegenüber einem Wirtschaftsteilnehmer, seine Internetsite mit Angeboten von Glücksspielen für im nationalen Hoheitsgebiet ansässige Personen unzugänglich zu machen, zur Erreichung der mit diesen Rechtsvorschriften verfolgten Ziele geeignet und ob sie verhältnismäßig ist, sofern diese Maßnahme sich strikt darauf beschränkt, die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften sicherzustellen. Für die Beantwortung dieser Frage ist ohne Bedeutung, ob diese Maßnahme von einer Behörde oder von einem Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Privatpersonen verlangt wird.*

3. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass einem Erbringer von Online-Spielen die Ausübung dieser Tätigkeit vom Mitgliedstaat seines Sitzes erlaubt worden ist, die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats, in dem Glücksspiele einem System der Zulassung eines einzigen Wirtschaftsteilnehmers unterliegen, nicht daran hindert, diesem Dienstleistungserbringer zu untersagen, im Hoheitsgebiet dieses anderen Mitgliedstaats ansässigen Personen Spiele über das Internet anzubieten.*
4. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und das aus ihm folgende Transparenzgebot auch im Bereich der Glücksspiele im Rahmen eines Systems der Zulassung eines einzigen Wirtschaftsteilnehmers gelten. Art. 49 EG steht nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die eine Verlängerung der Zulassung des einzigen zugelassenen Betreibers ohne eine Ausschreibung vorsehen, sofern diese Verlängerung nicht einem wesentlichen Interesse im Sinne der Art. 45 EG und 46 EG oder einem in der Rechtsprechung anerkannten zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Es ist Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob dies der Fall ist.“*

## **(5) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

### *(5.1) Zur 1. Frage – Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und zum Internetverbot*

Für den EuGH stellte eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die des Ausgangsverfahrens eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Zu prüfen sei jedoch, ob eine solche Beschränkung im Rahmen der Ausnahmenregelungen, die in den nach Art. 55 EG auf diesem Gebiet anwendbaren Art. 45 EG und 46 EG ausdrücklich vorgesehen seien, zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei.<sup>672</sup>

Auf die Ausnahmeregelungen der Art. 45 und 46 EG ging der EuGH jedoch nicht konkret ein und akzeptierte gleich pauschal die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses wie die Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung, der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben und der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen. In diesem Kontext könnten die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen.<sup>673</sup> Wiederholt verwies der EuGH dabei auf die Urteile Gambelli (G1/5), Placanica (G1/6) und Liga Portuguesa (G1/8).

Zur Behauptung von Betfair, dass sie keiner Zulassung durch die niederländischen Behörden bedürfe, da die Niederlande verpflichtet seien, die ihr von anderen Mitgliedstaaten erteilten Zulassungen anzuerkennen,<sup>674</sup> stellte der Gerichtshof fest, „dass der Sektor der über das Internet angebotenen Glücksspiele in der Europäischen Union nicht harmonisiert ist. Ein Mitgliedstaat darf deshalb die Auffassung vertreten, dass der Umstand allein, dass ein Veranstalter wie Betfair zu diesem Sektor gehörende Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er niederge-

<sup>672</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rnn. 24 und 25.

<sup>673</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rnn. 26 und 27.

<sup>674</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rn. 32.

lassen ist und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaates unterliegt, rechtmäßig über das Internet anbietet, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz seiner nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden kann, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenüber sehen können.<sup>675</sup> Außerdem bergen die Glücksspiele über das Internet, verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter andere geartete und größere Gefahren in sich, dass die Verbraucher evtl. von den Anbietern betrogen werden“.<sup>676</sup> Demnach könne die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Beschränkung in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden seien, als durch das Ziel der Bekämpfung von Betrug und anderen Straftaten gerechtfertigt angesehen werden.<sup>677</sup>

GA Bot befasste sich zunächst wieder (wie schon in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8)) mit der Einordnung der Glücksspiele in die Gemeinschaftsrechtsordnung. Er führte dazu aus:

- „58 *Die Befugnis der Mitgliedstaaten, sich für eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen Betreibers zu entscheiden, sollte meines Erachtens ebenfalls beibehalten werden, weil Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung keinen Selbstzweck darstellt. Er ist ein Mittel, um die in Art. 2 EG angeführten Ziele der Europäischen Gemeinschaft zu verwirklichen. Der freie Wettbewerb fördert eine harmonische Entwicklung der Wirtschaftstätigkeiten und der Beschäftigung und damit eine Verbesserung des Niveaus der Lebensqualität der Bürger in der Europäischen Union, weil er, wenn es ein lauterer Wettbewerb ist, den technologischen Fortschritt sicherstellt und die Qualitäten einer Dienstleistung oder Ware verbessert und zugleich Kostensenkungen garantiert. Er kommt daher den Verbrauchern zugute, weil sie so Waren und Dienstleistungen von bester Qualität zum besten Preis erhalten.*
- 59 *Diese Vorteile treten allerdings im Bereich der Glücksspiele nicht auf. Diese Spiele können nämlich nur funktionieren und auf Dauer angeboten werden, wenn die Spieler in ihrer übergroßen Mehrheit mehr verlieren als sie gewinnen. Das eigentliche Prinzip des Spielens, an dem ein lukratives Interesse wegen der Anziehungskraft der Träume besteht, führt durch die Vorspiegelung der Möglichkeit des Reichwerdens zur Verarmung derjenigen, die sich dem Spiel hingeben. Ein Wettbewerb zwischen den Dienstleistungserbringern bezüglich der gleichen Kategorie von Spielen, der sie dazu zwingen würde, den Verbrauchern immer attraktivere Spiele anzubieten, um so die höchsten Gewinne zu erzielen, würde Haushalte womöglich dazu verleiten, mehr als ihre für das Vergnügen verfügbaren Mittel auszugeben, ja sie geradezu in die Spielsucht treiben. Man könnte sogar sagen, dass eine rein wirtschaftliche Logik ihrer Natur nach zu diesem Verhalten führen würde. Damit wären wir weit von den Zielen des Art. 2 EG entfernt.*
- 60 *Der Gerichtshof sollte daher die Tragweite der Freiheiten im Bereich der Glücksspiele nicht in Richtung einer Pflicht der Mitgliedstaaten zu einer Öffnung dieses Marktes auslegen, weil eine solche Öffnung keine Quelle für Fortschritt und Entwicklung ist, sondern sollte die Mitgliedstaaten ihre Verantwortung übernehmen und wahrnehmen lassen.“*

<sup>675</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rn. 33.

<sup>676</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rn. 34. Diese Aussagen der Rnn. 33 und 34 stimmen praktisch wortgleich mit den in den Rnn. 69 und 70 gemachten Ausführungen zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8) überein.

<sup>677</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rnn. 35 und 36.

Diese Aussagen decken sich – wenn auch nur teilweise wortgleich, so doch inhaltlich – mit den von GA Bot in den Nrn. 244 ff. zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8) gemachten Ausführungen.

Im Hinblick auf den fallbezogen nicht heranziehbaren Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung war GA Bot, der insoweit zudem noch auf das Urteil Cassis de Dijon<sup>678</sup> verwies, in seinen Nrn. 117-124 zum gleichen Ergebnis wie nachfolgend der EuGH gekommen. Die Niederlande könnten ausschließliche Rechte verleihen, zumal anderweitig kein ausreichender Schutz der Verbraucher zu gewährleisten sei. Aufgrund ihres Ermessens könnten sie also eine Regelung schaffen, bei der nur ein einziger Veranstalter zugelassen werde.

*(5.2) Zur 2. und 3. Frage – Zum Gleichbehandlungsgrundsatz und zum Transparenzgebot*

Zum Grundsatz der Gleichbehandlung und zu dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot führte der Gerichtshof aus, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts Dienstleistungskonzessionsverträge von keiner der Richtlinien erfasst würden, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt habe. Die öffentlichen Stellen, die als solche Verträge schließen, hätten aber (dennoch) die Grundregeln des EG-Vertrags, insbesondere Art. 49 EG, im Allgemeinen sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot im Besonderen zu beachten<sup>679</sup>. Dieses Transparenzgebot gelte, wenn die betreffende Konzession für ein Unternehmen von Interesse sein könne, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt werde, ansässig sei.<sup>680</sup>

Ohne zwangsläufig eine Ausschreibung vorzuschreiben, verpflichte das Transparenzgebot jedoch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potentiellen Konzessionsnehmer einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien.<sup>681</sup>

Die Maßnahme der niederländischen Behörden zur Ermächtigung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer, Dienstleistungen im Glückspielbereich anzubieten, sei vom vorlegenden Gericht als die Erteilung einer einzigen Zulassung angesehen worden.<sup>682</sup> Dass die Erteilung einer einzigen Zulassung nicht einem Dienstleistungskonzessionsvertrag gleichzustellen sei, könne für sich allein nicht rechtfertigen, dass die sich aus Art. 49 EG ergebenden Erfordernisse, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, bei der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis missachtet würden. Das Transparenzgebot erscheine nämlich als eine zwingende Vorbedingung des Rechts eines Mitgliedstaats, das ausschließliche Recht zur Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit an einen oder mehrere private Unternehmer zu vergeben.<sup>683</sup>

Dabei sei „zwischen den Auswirkungen der Öffnung des Wettbewerbs um den Glücksspielmarkt, deren Nachteiligkeit eine Beschränkung der Tätigkeit der Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen [könne], und denjenigen der Öffnung des Wettbewerbs um die Vergabe des betreffenden Auftrags zu unterscheiden“. Die nachteiligen Folgen der Einführung des Wettbewerbs um diesen Markt, d. h. zwischen mehreren Veranstaltern, die das gleiche Glücksspiel betreiben dürften, ergebe sich daraus, dass diese Veranstalter versucht wären, einander an Einfallsreichtum zu über-

<sup>678</sup> Urteil v. 20.02.1979 in der Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, (Rewe Zentral – bzw. Cassis, Slg. 1979, 649). Zum Inhalt und den Auswirkungen dieses Urteils s. Fn. 329.

<sup>679</sup> In diesem Zusammenhang zitierte der Gerichtshof die Urteile v. 07.12.2000 in den Rsn. Telaustria und Telefonadress, Eurowasser und Wall, s. Fn. 363.

<sup>680</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9), a. a. O., Rnn. 38–40. Der Gerichtshof verwies insoweit auf das Urteil v. 21.07.2005 in der Rs. C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, (Coname, Slg. 2005, I-7287) Rn. 17, in der gesagt wird, dass eine ohne jede Transparenz erfolgte Vergabe ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen zu dessen Nachteil unterschiedlich behandle.

<sup>681</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), a. a. O., Rn. 41. Der EuGH zitierte dabei das Urteil v. 13.11.2008 in der Rs. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, (Coditel Brabant, Slg. 2008, I-8457) Rn. 25.

<sup>682</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), a. a. O., Rn. 42.

<sup>683</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), a. a. O., Rnn. 46 und 47.

treffen, um ihr Angebot attraktiver zu machen, wodurch sich für die Verbraucher die mit dem Spiel verbundenen Ausgaben sowie die Gefahr der Spielsucht erhöhen würden. Diese Folgen seien im späteren Stadium der Zulassungserteilung – also der Auftragsvergabe – hingegen nicht zu befürchten.<sup>684</sup>

Allerdings könnten die Beschränkungen, die sich speziell aus den Verfahren der Erteilung und der Verlängerung der Zulassung eines einzigen Veranstalters ergeben, als gerechtfertigt angesehen werden, wenn der betreffende Mitgliedstaat beschlösse, die Zulassung einem öffentlichem Veranstalter zu erteilen oder zu verlängern, der hinsichtlich seiner Leitung unmittelbar staatlicher Aufsicht unterstehe, oder einem privatem Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen könnten.<sup>685</sup> In diesen Fällen würde die Verleihung oder die Verlängerung von Ausschließlichkeitsrechten ohne jedes Ausschreibungsverfahren im Hinblick auf die mit dem Wok verfolgten Ziele nicht unverhältnismäßig erscheinen. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob die Inhaber von Zulassungen diese genannten Voraussetzungen erfüllten.<sup>686</sup>

### **3.1.9b Die Rechtssache LADBROKES (G1/9b)**

#### **(1) Betreff**

In der Sache Ladbrokes ging es partiell um die gleichen Fragen wie im Fall Sporting Exchange. Deshalb kann auf die dort gemachten Ausführungen zum Ausschließlichkeitsrecht, zum Internetverbot sowie zum Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot bei einer Auftragsvergabe verwiesen werden, zumal insoweit mehrere Rnn. in beiden Urteilen wortgleich formuliert sind.

Besonders gefragt wurde aber noch danach, ob die Kohärenz – fallbezogen zur konsequenten Verfolgung der Ziele der Eindämmung der Spielsucht und der Kriminalitätsbekämpfung – beachtet wird, wenn zusätzlich neue Spiele eingeführt werden und dafür auch geworben wird. Des Weiteren ging es um die Frage, ob es einen Unterschied mache, wenn die beschränkenden Maßnahmen nicht von einer zuständigen Behörde auferlegt wurden, sondern im Rahmen eines Zivilverfahrens von einer Prozesspartei beantragt und im Urteil verhängt worden waren.

#### **(2) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Die (britischen) Ladbrokes-Unternehmen veranstalten Sportwetten. Sie sind insbesondere für ihre Tätigkeiten im Bereich der Quotenwetten bekannt („bookmaking“). Über ihre Website bieten sie mehrere, hauptsächlich sportbezogene Glücksspiele an und ferner die Möglichkeit, über eine gebührenfreie Telefonnummer an von ihnen veranstalteten Wetten teilzunehmen. Die Ladbrokes-Unternehmen üben keine Tätigkeiten in den Niederlanden aus.<sup>687</sup>

De Lotto warf ihnen vor, in den Niederlanden ansässigen Personen über das Internet Glücksspiele anzubieten, für die sie nicht die erforderliche Zulassung hätten. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes beantragten sie, den Unternehmen aufzugeben, dies abzustellen. In dem erwirkten Urteil wurde den Ladbrokes-Unternehmen aufgegeben, Maßnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu ihrer Website für in den Niederlanden ansässige Personen zu sperren und diese daran zu hindern, telefonisch an Wetten teilzunehmen.<sup>688</sup> Im nachfolgenden Klageverfahren wurden die verhängten Zwangsmaßnahmen bestätigt, wogegen die Ladbrokes-Unternehmen den Rechtsweg bis zum vorlegenden Gericht beschritten.

#### **(3) Vorlagefragen**

Der Hoge Raad der Nederlanden hat<sup>689</sup> folgende Fragen vorgelegt:

<sup>684</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), a. a. O., Rn. 58.

<sup>685</sup> Der EuGH bezog sich dabei auf die Urteile Läämä (G1/2) Rnn. 40 und 42 sowie Liga Portuguesa (G1/8) Rnn. 66 und 67.

<sup>686</sup> Urteil Sporting Exchange (G1/9a), a. a. O., Rnn. 58–61.

<sup>687</sup> Urteil Ladbrokes (G1/9b), a. a. O., Rn. 9.

<sup>688</sup> Urteil Ladbrokes (G1/9b), a. a. O., Rnn. 10 und 11.

<sup>689</sup> Urteil Ladbrokes (G1/9b), a. a. O., Rn. 13.

- „1. Erfüllt eine auf die Lenkung der Spielleidenschaft in bestimmte Bahnen gerichtete, restriktive nationale Glücksspielpolitik, die tatsächlich dazu beiträgt, dass die mit der betreffenden nationalen Regelung verfolgten Ziele, nämlich die Eindämmung der Spielsucht und die Betrugsbekämpfung, erreicht werden, indem sie dafür sorgt, dass dank des regulierten Angebots von Glücksspielen der Umfang des Spielens (viel) begrenzter bleibt, als es ohne das nationale Regulierungssystem der Fall wäre, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs [...], insbesondere im Urteil [...] Gambelli [...], aufgestellte Voraussetzung, dass die Wetttätigkeiten durch diese Politik in kohärenter und systematischer Weise begrenzt werden, auch wenn dem oder den Inhabern der Genehmigung erlaubt ist, ihr Glücksspielangebot durch die Einführung neuer Glücksspiele attraktiver zu machen, das Augenmerk einer breiten Öffentlichkeit durch Werbung auf ihr Glücksspielangebot zu lenken und so (potentielle) Spieler von dem illegalen Angebot von Glücksspielen fernzuhalten (vgl. Urteil [...] Placanica u. a., [...], Rn. 55 [...])?
2. a) Hat, wenn eine nationale Regelung der Glücksspielpolitik mit Art. 49 EG vereinbar ist, das nationale Gericht bei ihrer Anwendung in einem konkreten Fall stets zu untersuchen, ob die zu erlassende Maßnahme, wie etwa die Anordnung, eine Website für die Teilnahme Gebietsansässiger des betroffenen Mitgliedstaats an den dort angebotenen Glücksspielen durch eine hierfür verfügbare Software unzugänglich zu machen, unter den konkreten Umständen des Falles als solche an und für sich die Voraussetzung erfüllt, dass sie den zur Rechtfertigung der nationalen Regelung geltend gemachten Zielen tatsächlich Rechnung trägt, und ob die sich aus dieser Regelung und ihrer Anwendung ergebende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs unter Berücksichtigung dieser Ziele nicht unverhältnismäßig ist?
- b) Macht es für die Beantwortung der Frage 2a einen Unterschied, wenn die zu erlassende Maßnahme nicht im Rahmen der Anwendung der nationalen Regelung von der Behörde beantragt und auferlegt wird, sondern im Rahmen eines Zivilverfahrens, in dem die mit der erforderlichen Genehmigung tätige Veranstalterin von Glücksspielen beantragt, die Maßnahme auf der Grundlage einer nach bürgerlichem Recht ihr gegenüber begangenen unerlaubten Handlung anzuordnen, die darin besteht, dass die Gegenpartei die betreffende nationale Regelung missachtet und sich damit einen unlauteren Vorsprung vor der mit der erforderlichen Genehmigung tätigen Partei verschafft?
3. Ist Art. 49 EG so auszulegen, dass bei Anwendung dieser Bestimmung die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats aufgrund des in diesem Mitgliedstaat geltenden geschlossenen Genehmigungssystems für das Anbieten von Dienstleistungen bei Glücksspielen nicht verbieten kann, dass ein Dienstleistungsanbieter, dem bereits in einem anderen Mitgliedstaat eine Genehmigung für die Erbringung dieser Dienstleistungen über das Internet erteilt worden ist, diese Dienstleistungen auch im erstgenannten Mitgliedstaat über das Internet anbietet?“

#### (4) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hat die an ihn gerichteten Fragen wie folgt beantwortet:

- „1. Bei einer nationalen Regelung [...], die die Eindämmung der Spielsucht und die Betrugsbekämpfung bezweckt und wirksam zur Erreichung dieser Ziele beiträgt, kann davon ausgegangen werden, dass sie die Wetttätigkeit in kohärenter und systematischer Weise begrenzt, obwohl der oder die Inhaber einer ausschließlichen Erlaubnis berechtigt sind, ihr Angebot auf dem Markt durch die Einführung neuer Spiele und durch Werbung attraktiver zu machen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die illegalen Spieltätigkeiten im betreffenden Mitgliedstaat ein Problem

darstellen können, dem eine Expansion der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten abhelfen kann, und ob diese Expansion nicht einen Umfang hat, die sie mit dem Ziel der Eindämmung der Spielsucht unvereinbar macht.

2. Bei Anwendung einer mit Art. 49 EG vereinbaren mitgliedstaatlichen Regelung über Glücksspiele ist das nationale Gericht nicht verpflichtet, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Durchführungsmaßnahme, die die Einhaltung dieser Regelung sicherstellen soll, zur Erreichung der mit dieser verfolgten Ziele geeignet ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, sofern diese Maßnahme unerlässlich ist, um die praktische Wirksamkeit dieser Regelung sicherzustellen und keine zusätzliche Beschränkung gegenüber derjenigen enthält, die sich aus dieser Regelung ergibt. Für die Entscheidung des bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits ist es unerheblich, ob die Durchführungsmaßnahme aufgrund des Tätigwerdens der Behörden zur Durchsetzung der nationalen Regelung oder auf Antrag eines Einzelnen im Rahmen eines Zivilverfahrens zum Schutz der von ihm aus dieser Regelung hergeleiteten Rechte erlassen wurde.
3. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung [...] nicht entgegensteht, die die Veranstaltung und die Förderung von Glücksspielen einer Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen Veranstalters unterwirft und es allen anderen – auch den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen – Veranstaltern untersagt, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats von dieser Regelung erfasste Dienstleistungen über das Internet anzubieten.“

#### **(5) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Da GA Bot zu beiden Rechtssachen nur einen Schlussantrag gestellt hat, wird auf seinen in der vorhergehenden Rechtssache Sporting Exchange zitierten Antwortvorschlag verwiesen.

#### **(6) Würdigung durch den Gerichtshof**

##### *(6.1) Zur 1. Frage – Zur kohärenten und systematischen Regelung*

Zum Aspekt der Einhaltung des Grundsatzes der Kohärenz führte der EuGH in Rnn. 25 ff. aus:

- „25 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, kann eine Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor durchaus mit dem Ziel in Einklang stehen, Spieler, die als solchen verbotenen Tätigkeiten geheimer Spiele oder Wetten nachgehen, dazu zu veranlassen, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Zur Erreichung dieses Ziels ist es erforderlich, dass die zugelassenen Veranstalter 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 Vertriebstechiken mit sich bringen kann (Urteil *Placanica* u. a., 55).
- 26 Zwar wird in den Gründen des Urteils *Placanica* u. a. nur auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität im Glücksspielsektor Bezug genommen, während die niederländische Regelung im Ausgangsverfahren auch die Eindämmung der Spielsucht bezweckt, doch sind diese beiden Ziele in ihrer Gesamtheit zu würdigen, weil sie sich auf den Schutz der Verbraucher sowie den Schutz der Sozialordnung beziehen (vgl. in diesem Sinne Urteile [...], *Schindler*, [...] Rn. 58, [...], *Läärä* u. a., [...], Rn. 33, sowie [...], *Zenatti*, [...], Rn. 31).
- 27 Es obliegt dem vorliegenden Gericht, [...] zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung dadurch, dass sie die Inhaber einer ausschließlichen Erlaubnis ermächtigt, neue Spiele anzubieten und Werbung zu treiben, als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Kanalisierung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen anzusehen ist.

- 28 *Sollte sich herausstellen, dass das Königreich der Niederlande eine Politik der starken Expansion der Glücksspiele verfolgt [...], um vor allem Mittel zu beschaffen, und dass die Finanzierung sozialer Tätigkeiten [...] deshalb keine nützliche Nebenfolge, sondern der eigentliche Grund der [...] restriktiven Politik ist, wäre festzustellen, dass eine solche Politik die Glücksspieltätigkeit nicht auf kohärente und systematische Weise begrenzt und daher nicht geeignet ist, die Verwirklichung des Ziels der Eindämmung der Spielsucht der Verbraucher zu gewährleisten.*
- 29 *[... Dabei] hat das vorlegende Gericht insbesondere zu untersuchen, ob die rechtswidrigen Spieltätigkeiten in den Niederlanden ein Problem darstellen können und ob eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten geeignet wäre, diesem Problem abzuhelpfen.*
- 30 *Da nämlich das Ziel, die Verbraucher vor der Spielsucht zu schützen, grundsätzlich schwer mit einer Politik der Expansion von Glücksspielen, die insbesondere durch die Schaffung neuer Spiele und die Werbung für sie gekennzeichnet ist, vereinbar ist, kann eine solche Politik nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die rechtswidrigen Tätigkeiten einen erheblichen Umfang haben [...].*
- 31 *[...]*
- 32 *Die [...] fragliche nationale Regelung soll nicht nur Betrug und andere Straftaten im Glücksspielbereich bekämpfen, sondern auch den Verbraucherschutz gewährleisten. Somit muss das richtige Gleichgewicht gefunden werden zwischen dem Erfordernis einer kontrollierten Expansion der zugelassenen Glücksspiele, um das Glücksspielangebot für die Öffentlichkeit attraktiv zu machen, und der Notwendigkeit, die Spielsucht der Verbraucher so weit wie möglich zu verringern.“*

*(6.2) Zur 2. Frage – Zum Prüfungsumfang und zum Erlass der Durchführungsmaßnahmen*

Der EuGH meinte in Rn. 41, dass der 2. Frage die Annahme zugrunde liege, dass die niederländische Glücksspielregelung mit Art. 49 EG vereinbar sei. In den Rnn. 43 ff. führte er dann zu einer aus dieser Regelung abgeleiteten zusätzlichen Maßnahme aus:

- „43 *Eine Maßnahme [...] wie die [...] Anordnung, für in den Niederlanden ansässige Personen den Zugang zu ihrer Website zu sperren und es ihnen unmöglich zu machen, telefonisch an Wetten teilzunehmen, ist unerlässlich für den Schutz, den dieser Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet im Glücksspielbereich gewähren will, und kann daher nicht als eine zusätzliche Beschränkung gegenüber derjenigen angesehen werden, die sich unmittelbar aus den Bestimmungen der Wok ergibt.*
- 44 *[...]. Ohne eine solche Maßnahme würde dem in der Wok vorgesehenen Verbot jede Wirksamkeit fehlen [...].*
- 45 *[...]*
- 46 *Unter diesen Umständen braucht [...] nicht mehr geprüft zu werden, ob die Durchführungsmaßnahme wirklich durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, ob sie geeignet ist, die Ziele der Eindämmung der Spielsucht und der Betrugsbekämpfung zu erreichen, oder ob sie nicht über das zur Erreichung dieser Ziele Erforderliche hinausgeht.*
- 47 *Zudem ist es [...] unerheblich, ob die Durchführungsmaßnahme aufgrund des Tätigwerdens der Behörden zur Durchsetzung der nationalen Regelung oder auf Antrag eines Einzelnen im Rahmen eines Zivilverfahrens zum Schutz der von ihm aus dieser Regelung hergeleiteten Rechte erlassen wurde.*
- 48 *Der Gegenstand dieses Rechtsstreits betrifft nämlich die Anwendung des Art. 49 EG, der dem Einzelnen Rechte verleiht, die er gerichtlich geltend machen kann und die die nationalen Gerichte zu wahren haben (vgl. Urteile v. 03.12.1974, van Binsber-*

gen, 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 27<sup>690</sup>, und v. 11. Januar 2007, ITC, C-208/05, Slg. 2007, I-181, Rn. 67).“

### (6.3) Zur 3. Frage – Zum Ausschließlichkeitsrecht

Da eine gleichlautende Frage vom Gerichtshof bereits in der Rs. Sporting-Exchange beantwortet wurde, sei auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen.

### (7) Würdigung durch den Generalanwalt

Zur Ausschließlichkeitsregelung hatte GA Bot in den Nrn. 58 ff. – seine Aussagen zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8) wiederholend – ausgeführt:

- „58 Die Befugnis der Mitgliedstaaten, sich für eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen Betreibers zu entscheiden, sollte meines Erachtens ebenfalls beibehalten werden, weil Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung keinen Selbstzweck darstellt. Er ist ein Mittel, um die in Art. 2 EG angeführten Ziele der Europäischen Gemeinschaft zu verwirklichen. [...].
- 59 [...].
- 60 Der Gerichtshof sollte [...] die Tragweite der Freiheiten im Bereich der Glücksspiele nicht in Richtung einer Pflicht der Mitgliedstaaten zu einer Öffnung dieses Marktes auslegen, weil eine solche Öffnung keine Quelle für Fortschritt und Entwicklung ist [...].
- 61 [...].
- 62 Ich möchte einfach nur feststellen, dass angesichts der besonderen Natur der Glücksspiele ein Mitgliedstaat nur dann, wenn er sich entschieden hat, ein Spiel als eine normale oder gewöhnliche Wirtschaftstätigkeit zu behandeln, deren Hauptzweck die Erzielung eines möglichst hohen Gewinns ist, verpflichtet sein sollte, dieses Spiel dem freien Wettbewerb zugänglich zu machen.“

Für eine solche, in Nr. 62 erwähnte Regelung hatte sich bislang nur Italien entschieden.

Bei der Frage der Kohärenz war GA Bot zum gleichen Ergebnis wie nachher der Gerichtshof gekommen. Er verwies zunächst in den Nrn. 65 und 66 auf die Urteile Gambelli und Placanica (G1/5 und 6) und führte dann in den Nrn. 70 und 71 aus:

- „70 [...]. Eine Maßnahme, die eine Verkehrsfreiheit einschränkt und das ihr zugrunde liegende Ziel nicht kohärent und systematisch verfolgt, ist wegen dieses Umstandes ungeeignet, dieses Ziel zu erreichen. [...]. Anders ausgedrückt: Der angeführte Grund dient in einem solchen Fall nur als Vorwand.
- 71 So hat der Gerichtshof jüngst Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die die Werbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen in privaten Gesundheitseinrichtungen über nationale Fernsender verbieten, zugleich aber unter bestimmten Voraussetzungen deren Verbreitung über lokale Fernsender erlauben, als inkohärent erklärt<sup>691</sup>. Nichts anderes gilt für Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die die Genehmigung für die Eröffnung einer Zahnpoliklinik von einer Bedarfsprüfung abhängig machen, während diese Voraussetzung für die Gründung einer Gruppenpraxis mit den gleichen Leistungen nicht gilt.“<sup>692</sup>

<sup>690</sup> Das Urteil van Binsbergen ist eine Grundsatzentscheidung zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit und zwar im Hinblick auf das Gebot der Inländergleichbehandlung.

<sup>691</sup> Der GA zitierte insoweit das Urteil v. 17.07.2008 in der Rs. C-500/06, ECLI:EU:C:2008:421, (Corporacion Dermoesestetica, Slg. 2008, I-5785) Rn. 40.

<sup>692</sup> Der GA nannte hier das Urteil v. 10.03.2009 in der Rs. C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, (Hartlauer, Slg. 2009, I-1751) Rn. 63. Der Sachverhalt dieser Rs. ist aus der oben zit. Nr. 71 seiner Schlussanträge ableitbar. In Rn. 63 des Urteils Hartlauer heißt es zudem: „[...] Es ist festzustellen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung die geltend gemachten Ziele nicht kohärent und systematisch verfolgt, da sie die Errichtung von Gruppenpraxen – im Gegensatz zu

Im Gegensatz zu diesen beiden genannten Fällen lag für GA Bot in den vorliegenden Rechtssachen Sporting Exchange und Ladbrokes keine Inkohärenz vor.<sup>693</sup> Er fügte noch hinzu:

- „75. *Mithin ist [...] das Verhalten der Inhaber der Ausschließlichkeitsrechte für den Betrieb von Glücksspielen nicht nur im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Verbraucher gegen die Spielsucht, sondern auch im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung von Betrügereien zu würdigen.*
76. *[...]. Soll das Verhalten der Spieler in legale Bahnen gelenkt werden, müssen die legalen Möglichkeiten ausreichend attraktiv sein, um den Spielwunsch möglichst vieler Verbraucher zufriedenzustellen, damit diese sich nicht unerlaubten Spielen zuwenden [...].“*

## **(8) Kommentierung beider Rechtssachen**

In diesen beiden Rsn. war es sachverhältnismäßig eigentlich nicht nur um die aktive Dienstleistungsfreiheit gegangen, sondern auch um die passive. Da die Unternehmen ihre Dienste von anderen Mitgliedstaaten aus anbieten wollten – Niederlassungen in den Niederlanden hatten sie ja (noch) keine –, wäre auch der Aspekt der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit für einen Leistungsempfänger zu prüfen gewesen, was der Gerichtshof wohl deshalb unterließ, weil nicht danach gefragt worden war. Geprüft wurde also nur die aktive Dienstleistungsfreiheit im Rahmen eines Angebots durch das Internet.

In der Rs. Sporting Exchange war es also aufgrund des Angebots von einem anderen Mitgliedstaat aus zunächst um die Frage der gegenseitigen Anerkennung einer ausländischen Erlaubnis zum Betreiben von Glücksspielen über das Internet gegangen. Der Gerichtshof hat sie mit der Begründung abgelehnt, die in anderen Mitgliedstaaten erfolgenden Kontrollen böten keine hinreichende Garantie für den Schutz der Verbraucher des die ausländische Erlaubnis nicht anerkennenden Staates vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten. Er begründete dies mit den Schwierigkeiten der Behörden dieses Landes, die ausländischen Kontrollen sowie die Qualität und Redlichkeit der ausländischen Anbieter zu beurteilen. Dies ist m. E. nicht überzeugend. Zwar mögen solche Schwierigkeiten in der Praxis tatsächlich bestehen, unüberwindbar sind sie jedoch nicht. Die Auflagen, denen Glücksspielanbieter in anderen Ländern unterliegen, wären leicht feststellbar, wenn von ihnen die Vorlage entsprechender Nachweise verlangt würde. Auch das Faktum, ob und wie eine eventuelle Begleitkriminalität von den die Erlaubnis erteilenden Mitgliedstaaten bekämpft wird, ist in Erfahrung zu bringen. Wie schon erwähnt, reichen m. E. bloße Schwierigkeiten bei Feststellungen nicht aus; anderes würde nur gelten, wenn es sich um eine Unmöglichkeit handeln würde.

Auch die Besonderheiten des Internets, wie der EuGH ausführt, reichen meiner Meinung nach nicht aus, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung fallrelevant abzulehnen. Zwar stimmt es auch hier, dass wegen des fehlenden Kontaktes zwischen dem Anbieter und dem Spielteilnehmer bei Internetspielen anders geartete Gefahren bestehen. Ob sie aber größer sind als bei „Präsenzspielen“, ist fraglich, denn Internetvorgänge lassen sich – schon technisch – leichter „nachverfolgen“ als herkömmliche Geschäfte.

Die Antwort des Gerichtshofs zu den weiteren Fragen, also zum Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot, wenn eine sekundärrechtliche Ausschreibungspflicht fallbezogen nicht besteht, ist positiv zu bewerten. Das Transparenzgebot dient ja der Gleichstellung ausländischer Anbieter mit den inländischen, die von der Vergabe eines Glücksspiels eher und leichter erfahren als ausländische Bewerber. Auch die Unterscheidung zwischen einer einzigen Zulassung und der Vergabe einer Dienstleistungskonzession<sup>694</sup> ist nachvollziehbar, wie ebenso das Abstellen auf

---

*dem, was für neue Zahnambulatorien gilt – nicht einem System der vorherigen Genehmigung unterwirft.“* Auf das Urteil Hartlauer ist vom EuGH auch in späteren Rsn. zu Glücksspielen verwiesen worden.

<sup>693</sup> Schlussanträge Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9b), a. a. O., Rnn. 73 und 74.

<sup>694</sup> Urteile Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9), a. a. O., Rnn. 46 und 47.

den Zeitpunkt der Abgabe eines Angebots einerseits und demjenigen der Zuschlagserteilung andererseits. Allerdings ist die Feststellung bedenklich, eine Mitteilungspflicht könne entfallen, wenn das ausschließliche Recht, Spiele zu betreiben, einem öffentlichen Anbieter oder einem solchen gewährt werde, dessen Tätigkeit von staatlichen Behörden überwacht würde. Eine solche „Bevorzugung“ ist nicht einzusehen. Ob staatliche Kontrollen überhaupt so wirksam sind, wie gemeinhin unterstellt wird, darf bezweifelt werden. Zugleich ist zu bedenken, dass es sich bei den ausländischen Anbietern im konkreten Fall um seriöse Veranstalter handelt, weil sie sonst eine ordnungsgemäße behördliche Erlaubnis des anderen Mitgliedstaats wohl gar nicht erhalten hätten.

Die gerichtlichen Ausführungen zur kohärenten und systematischen Wetttätigkeit im Fall *Ladbrokes* – und zur Überprüfung, ob sie tatsächlich kohärent ausgestaltet ist – entsprechen zutreffend der bisherigen Rechtsprechung. Positiv zu sehen ist auch die Aussage, dass der Gerichtshof im Hinblick auf den Verbraucherschutz und die Bekämpfung der Spielsucht eine eventuelle Ausweitung des Spielangebots zutreffenderweise davon abhängig macht, ob ansonsten zu sehr auf illegale Spiele ausgewichen wird, was – wie auch den Aspekt, ob die illegalen Spiele umfangmäßig ein Problem darstellen – der nationale Richter feststellen müsse.<sup>695</sup> In Rn. 32 fügt der EuGH noch hinzu, dass zwischen der Angebotserweiterung und dem Verbraucherschutz das richtige Gleichgewicht gefunden werden muss. Dies ist sicher eine Gratwanderung, die nicht leicht zu bewältigen ist.

Positiv ist auch, dass der Gerichtshof wiederum festhält, dass die Ziele der Kriminalitätsbekämpfung und der Eindämmung der Spielsucht in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, „weil sie sich auf den Schutz der Verbraucher sowie der Sozialordnung beziehen“.<sup>696</sup> Die Rechtfertigungsgründe sind also funktional in eine übergeordnete Zielsetzung einzuordnen.

### **3.1.10 Die verb. Rechtssachen SJÖBERG und GERDIN (G1/10)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In den beiden schwedischen Vorabentscheidungsersuchen ging es i. Z. m. der Veranstaltung von Glücksspielen über das Internet um die Werbung in Zeitungen für Glücksspiele, die in anderen Mitgliedstaaten veranstaltet wurden. Es ging dabei um solche Spielarten, die in Schweden nur öffentlichen oder nicht-gewinnorientierten Einrichtungen vorbehalten waren. Gegen die Zeitungsherausgeber Sjöberg und Gerdin, in deren Zeitungen für die ausländischen Spiele geworben wurde, waren deshalb strafrechtliche Sanktionen verhängt worden.

Vor dem Urteil Sjöberg und Gerdin war das (Steuer-)Urteil *Leo Libera* (G2/12) ergangen.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die beiden Vorabentscheidungsersuchen des Svea Hovrett waren am 13.10.2008 beim EuGH eingegangen und am 07.11.2008 zur gemeinsamen Entscheidung verbunden worden. Am 14.01.2010 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden, woraufhin am 23.02.2010 GA Bot seine (13-seitigen) Schlussanträge (mit 90 Nummern) gestellt hat. Die Vierte Kammer (mit 5 Richtern) hat am 08.07.2010 ihr (9-seitiges) Urteil (mit 58 Rnn.) verkündet. Die Rechtssachen waren also rund 21 Monate anhängig. Am Verfahren hatten sich neben den Verlegern Sjöberg und Gerdin und der Kommission die schwedische, belgische, griechische, spanische, österreichische, polnische, portugiesische und norwegische Regierung beteiligt.

<sup>695</sup> Urteile *Sporting Exchange* und *Ladbrokes* (G1/9), a. a. O., Rnn. 28 ff.

<sup>696</sup> Urteile *Sporting Exchange* und *Ladbrokes* (G1/9), a. a. O., Rn. 26.

### (3) Rechtlicher Rahmen

#### (3.1) Schwedisches Recht

Gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 Lotterielag (Lotteriegelgesetz) ist es verboten, ohne Genehmigung gewerbsmäßig oder anderweitig zu Erwerbszwecken die Teilnahme an im Inland ohne Genehmigung veranstalteten Lotterien oder an im Ausland veranstalteten Lotterien zu fördern.

Nach § 54 Abs. 2 Lotterielag wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten bestraft, wer ungesetzlich, gewerbsmäßig oder anderweitig zu Erwerbszwecken die Teilnahme an einer im Ausland veranstalteten Lotterie fördert, wenn die Förderung insbesondere die Teilnahme von Schweden aus betrifft.

### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die Herren Sjöberg und Gerdin waren jeweils Chefredakteure und verantwortliche Herausgeber zweier Zeitungen, in denen zwischen 2003 und 2004 Werbeanzeigen für Glücksspiele veröffentlicht worden waren, die von Unternehmen im Ausland veranstaltet wurden. Diese Unternehmen verfolgten Erwerbszwecke und boten u. a. Personen, die in Schweden wohnten, über das Internet Glücksspiele an.<sup>697</sup>

Die Herren Sjöberg und Gerdin wurden wegen Verstoßes gegen § 54 Abs. 2 Lotterielag jeweils zur Zahlung einer Geldstrafe in Höhe von 50.000 SEK verurteilt, wogegen sie Rechtsmittel einlegten.<sup>698</sup> Sie beanstandeten u. a., sie seien strenger bestraft worden, als wenn sie für unerlaubte inländische Spiele geworben hätten.

### (5) Vorlagefragen

Das zuletzt angerufene Gericht legte dem EuGH folgende Fragen vor:<sup>699</sup>

- „1. Kann eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf nationalen Spiel- und Lotteriemärkten unter bestimmten Umständen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig sein?
2. Wenn es mehrere Ziele gibt, die mit der restriktiven Politik auf einem nationalen Spiel- und Lotteriemarkt verfolgt werden, und eines dieser Ziele die Finanzierung sozialer Tätigkeiten ist, kann Letzteres dann als eine nützliche Nebenfolge der restriktiven Politik angesehen werden? Wenn nein, kann dann die verfolgte restriktive Politik dennoch zulässig sein, wenn das Ziel der Finanzierung sozialer Tätigkeiten nicht als das hauptsächliche Ziel der restriktiven Politik bezeichnet werden kann?
3. Kann sich der Staat auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses als Rechtfertigung einer restriktiven Spielpolitik berufen, wenn staatlich kontrollierte Unternehmen Spiele und Lotterien vermarkten, die Einnahmen daraus dem Staat zufließen und eines von mehreren Zielen dieser Vermarktung die Finanzierung von sozialen Tätigkeiten ist? Wenn nein, kann dann die verfolgte restriktive Politik dennoch zulässig sein, wenn die Finanzierung sozialer Tätigkeiten nicht als das hauptsächliche Ziel der Vermarktung anzusehen ist?
4. Kann ein vollständiges Verbot der Vermarktung von Spielen und Lotterien, die in einem anderen Mitgliedstaat von einem dort niedergelassenen und von den Behörden dieses anderen Mitgliedstaats beaufsichtigten Spielunternehmen veranstaltet werden, im Hinblick auf das Ziel, die Spieltätigkeit zu kontrollieren und zu beaufsichtigen, als verhältnismäßig angesehen werden, wenn gleichzeitig für die Vermarktung von Spielen und Lotterien durch Spielunternehmen, die in dem die restriktive Politik verfolgenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, keine Einschränkungen bestehen? Wie ist

<sup>697</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), verb. Rsn. C-447/08 und C-448/08, ECLI:EU:C:2010:415, Rnn. 19–21.

<sup>698</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 21–25.

<sup>699</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rn. 27.

diese Frage zu beantworten, wenn das Ziel einer solchen Regelung in einer Begrenzung des Spielens besteht?

5. *Hat ein Spielveranstalter, der für das Betreiben bestimmter Spieltätigkeiten in einem Land eine Genehmigung besitzt und von den zuständigen Behörden dieses Landes beaufsichtigt wird, das Recht, in anderen Mitgliedstaaten seine Spielangebote z. B. durch Zeitungsanzeigen zu vermarkten, ohne zuvor eine Genehmigung bei den zuständigen Behörden dieser Staaten zu beantragen? Wenn ja, bildet dann die Regelung eines Mitgliedstaats, die die Förderung der Beteiligung an im Ausland veranstalteten Lotterien unter Strafe stellt, ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr dar, das niemals unter Berufung auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses zulässig sein kann? Ist es für die Beantwortung der ersten Frage von Bedeutung, ob sich der Mitgliedstaat, in dem der Spielveranstalter niedergelassen ist, auf die gleichen Gründe des Allgemeininteresses beruft wie der Staat, in dem der Veranstalter seine Spieltätigkeiten vermarkten will?“*

### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der EuGH für Recht erkannt:

- „1. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegensteht, die an die Bevölkerung dieses Mitgliedstaats gerichtete Werbung für Glücksspiele verbietet, die von privaten Anbietern in anderen Mitgliedstaaten zu Erwerbszwecken veranstaltet werden.*
2. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, mit der Glücksspiele einem System von ausschließlichen Rechten unterstellt werden und nach der die Förderung von Spielen, die in einem anderen Mitgliedstaat veranstaltet werden, strenger geahndet wird als die Förderung von Spielen, die im Inland ohne Genehmigung veranstaltet werden. Es ist Aufgabe des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies nach der nationalen Regelung, um die es in den Ausgangsverfahren geht, der Fall ist.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

In Nr. 90 seiner Schlussanträge hatte GA Bot folgende Antwort vorgeschlagen:

- „1. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er nicht der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die mit dem Ziel, die Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten zu schützen, das Recht zur Veranstaltung von Glücksspielen zugelassenen Veranstaltern, die ihre Tätigkeit unter einer engen Überwachung durch die öffentliche Gewalt ausüben, vorbehält und die die Förderung von Spielen über das Internet, die von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen angeboten werden, verbietet.*
2. *Art. 49 EG steht Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegen, die Glücksspiele einer Regelung ausschließlicher Rechte unterstellen und nach denen es mit Strafe bedroht ist, die Teilnahme an Spielen zu fördern, die über das Internet von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen veranstaltet werden, während es nicht mit Strafe bedroht ist, die Teilnahme an Spielen zu fördern, die im Inland ohne Genehmigung veranstaltet werden.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

*(8.1) Zu den Fragen 2–5 – Zum Werbeverbot und dessen Rechtfertigung*

Bevor der Gerichtshof auf eine etwaige Diskriminierung einging (Frage 1), beantwortete er zunächst die Fragen 2–5 zusammen. Er meinte, § 38 Abs. 1 Lotterilag verbiete es, ohne besondere Genehmigung gewerbsmäßig oder anderweitig zu Erwerbszwecken die Teilnahme an im Inland

ohne Genehmigung veranstalteten Lotterien oder an im Ausland veranstalteten Lotterien zu fördern. Unter diesen Umständen habe der Gerichtshof die Fragen des vorlegenden Gerichts nur im Hinblick auf diese Situation zu beantworten. Daher seien die Fragen 2–5, die vor Prüfung der ersten Frage gemeinsam zu beantworten seien, so zu verstehen, dass das vorliegende Gericht wissen wolle, ob Art. 49 EG dahin auszulegen sei, dass er einer Regelung entgegenstehe, die Werbung für Glücksspiele verbiete, die von privaten Anbietern in anderen Mitgliedstaaten zu Erwerbszwecken veranstaltet würden.<sup>700</sup>

Die schwedische Bestimmung begründe eine Beschränkung der Freiheit in Schweden wohnender Personen, über das Internet Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die in anderen Mitgliedstaaten angeboten würden. Zudem beschränke sie die Freiheit der Anbieter von Glücksspielen, die in anderen Mitgliedstaaten als [...] Schweden ansässig seien, ihre Dienstleistungen in Schweden zu erbringen. Daher seien etwaige Rechtfertigungsgründe zu prüfen.<sup>701</sup>

Art. 46 Abs. 1 EG, der gemäß Art. 55 EG auf dieses Sachgebiet Anwendung finde, lasse Beschränkungen zu, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt seien. Darüber hinaus habe die Rechtsprechung eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses herausgestellt wie die Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung, der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen.<sup>702</sup>

Die Regelung der Glücksspiele gehöre zu den Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestünden. In Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft sei es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergäben. Allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt habe, könne keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese seien allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen. Somit stehe es den Mitgliedstaaten frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, jedoch müssten die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshof ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen.<sup>703</sup>

Es sei insbesondere zu prüfen, ob die mit dem Lotterielag verfügte Beschränkung der Werbung geeignet sei, die Verwirklichung eines oder mehrerer der von diesem Mitgliedstaat geltend gemachten legitimen Ziele zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei. Im Übrigen sei eine nationale Regelung nur dann geeignet, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht werde, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Auf jeden Fall dürften die Beschränkungen nicht diskriminierend angewandt werden.<sup>704</sup>

Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts stehe fest, dass der Ausschluss privater Erwerbsinteressen vom Glücksspielsektor ein grundlegendes Prinzip der schwedischen Gesetzgebung auf diesem Gebiet sei. Diese Tätigkeiten seien in Schweden Einrichtungen vorbehalten, die gemeinnützige oder im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgten, und Genehmigungen für eine Veranstaltung von Glücksspielen seien ausschließlich öffentlichen oder karitativen Einrichtungen er-

<sup>700</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 29–31.

<sup>701</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 34 und 35.

<sup>702</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rn. 36. In diesem Zusammenhang – und auch nachfolgend mehrfach – verwies der Gerichtshof auf die Urteile Placanica und Liga Portuguesa (G1/6 und 8).

<sup>703</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 37–39.

<sup>704</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rn. 40.

teilt worden. Das Ziel, die Veranstaltung von Glücksspielen zu Erwerbszwecken strengen Beschränkungen zu unterwerfen, sei von der Rechtsprechung anerkannt worden.<sup>705</sup> Das Verbot, die Dienstleistungen derartiger Veranstalter bei den schwedischen Verbrauchern zu bewerben, werde daher dem Ziel gerecht, private Erwerbsinteressen vom Glücksspielsektor auszuschließen, und könne im Übrigen als zur Erreichung dieses Ziels erforderlich angesehen werden.<sup>706</sup>

#### *(8.2) Zur 1. Frage – Zur Diskriminierung durch verschieden hohe Bestrafungen*

Die erste Frage betreffe die Tatsache,<sup>707</sup> dass § 54 Abs. 2 Lotterilag strafrechtliche Sanktionen (auch Freiheitsstrafen) nur für die Förderung von Glücksspielen vorsehe, die in anderen Mitgliedstaaten veranstaltet würden, während er auf die Förderung von Glücksspielen, die in Schweden ohne Genehmigung veranstaltet würden, keine Anwendung finde. Letztgenannter Verstoß werde nämlich nur mit einer Geldbuße geahndet. Das vorliegende Gericht frage sich, ob dieser Unterschied eine Diskriminierung begründe.

Der EuGH meinte, für das Strafrecht seien zwar grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig, jedoch setze das Unionsrecht dieser Zuständigkeit nach ständiger Rechtsprechung Schranken. Das Strafrecht dürfe nämlich nicht die durch das Unionsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken und nicht diskriminierend angewandt werden.<sup>708</sup>

Was die Diskriminierung anbelange, bestehe zwischen der schwedischen Regierung einerseits und den Herren Sjöberg und Gerdin andererseits Uneinigkeit darüber, ob das schwedische Recht, insbesondere Kapitel 23 § 4 Brottsbalk (Strafgesetzbuch) für die Förderung von Glücksspielen, die in Schweden ohne Genehmigung veranstaltet würden, entsprechende Sanktionen vorsehe wie § 54 Abs. 2 Lotterilag für die Förderung von Glücksspielen, die in anderen Mitgliedstaaten veranstaltet würden. Nach Ansicht der schwedischen Regierung sei dies der Fall. Die Herren Sjöberg und Gerdin verneinten dagegen die Anwendbarkeit von Kapitel 23 § 4 Brottsbalk auf die Förderung von Glücksspielen, die in Schweden ohne Genehmigung veranstaltet würden. Es gebe keine Vorschrift [des allgemeinen Strafrechts], um eine solche Förderung zu ahnden.<sup>709</sup> Hierzu wies der EuGH darauf hin, dass die Auslegung der nationalen Vorschriften Sache der Gerichte der Mitgliedstaaten und nicht des Gerichtshofs sei. Daher habe das vorliegende Gericht zu prüfen, ob die beiden in Rede stehenden Vergehen, obwohl sie unter verschiedene Regelungen fielen, nach dem anwendbaren nationalen Recht dennoch gleichbehandelt würden. Es werde insbesondere prüfen müssen, ob sie von den zuständigen Behörden in der Praxis mit der gleichen Sorgfalt verfolgt würden und zur Verhängung vergleichbarer Strafen führten.

#### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

GA Bot war insgesamt zum gleichen Ergebnis gekommen. Er hielt in den Nrn. 38–40 zunächst fest, dass Glücksspiele, die Veranstalter auf ihren Internetseiten – also ohne Ortswechsel – Leistungsempfängern anböten, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig seien, in den Geltungsbereich des freien Dienstleistungsverkehrs fallen würden, sodass sich ein Wirtschaftsteilnehmer, der als Vermittler oder Förderer eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Spielveranstalters tätig werde, auf Art. 49 EG berufen könne. In den Nrn. 41 ff. wiederholte GA Bot seine schon in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) gemachten Aussagen, dass „Lotterien keine gewöhnliche Wirtschaftstätigkeit“ seien, und dass auch deshalb die Mitgliedstaaten über ein „weites Ermessen nicht nur hinsichtlich des Niveaus des Schutzes der öffentlichen Ordnung und des Verbrauchers [...], sondern ebenso hinsichtlich der dabei zu verwendenden Mittel verfüg[t]en.“ Im Rahmen dieses Ermessens könne ein Mitgliedstaat das ausschließliche Recht, Lotterien zu ver-

<sup>705</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 41 und 42. In diesem Zusammenhang verwies der Gerichtshof auf das Urteil Schindler (G1/1) und die dortigen Rnn. 57–59.

<sup>706</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rn. 45.

<sup>707</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rn. 47.

<sup>708</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 49 und 50.

<sup>709</sup> Urteil Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Rnn. 51–53.

anstellen, ihm gehörenden Unternehmen oder unter seiner Kontrolle agierenden Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorbehalten.

Zur Notwendigkeit eines solchen Ausschließlichkeitsrechts habe der Gerichtshof in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) ausgeführt, dass angesichts des Fehlens einer Harmonisierung auf dem Gebiet von Online-Glücksspielen ein Mitgliedstaat die Auffassung vertreten dürfe, dass der Umstand allein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer solche Spiele rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat anbiete, in dem er niedergelassen sei, und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaats unterliege, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden könne, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtige, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter gegenübersehen könnten. Der GA verneinte also fallbezogen den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.

Die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe hielt GA Bot für einschlägig und das Werbeverbot für verhältnismäßig. Die verschiedenen angedrohten Strafen hielt er jedoch für diskriminierend und führte dazu in den Nrn. 77 und 78 aus:

- „77 Während es nämlich nach § 54 Abs. 2 des Lotterieggesetzes mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bedroht ist, für im Ausland veranstaltete Spiele zu werben, ist es nicht mit gleichwertigen Strafen, sondern nur mit Geldbuße bedroht, in Schweden ohne Genehmigung veranstaltete Spiele zu fördern.
- 78 Die schwedische Regierung tritt dieser Auslegung des innerstaatlichen Rechts entgegen. Sie hat vorgetragen, dass das Lotterieggesetz im Fall der Förderung von Glücksspielen, die im Inland ohne Genehmigung veranstaltet würden, in erster Linie den Spielveranstalter mit einer Sanktion belege, was im Fall von im Ausland veranstalteten Spielen nicht möglich sei. Jedoch könne, wer in Schweden ohne Genehmigung veranstaltete Glücksspiele fördere, nach § 54 Abs. 1 des Lotterieggesetzes und nach Kapitel 23 § 4 des Strafgesetzbuches wegen Beteiligung an einer Straftat ebenfalls strafrechtlich verfolgt werden und setze sich Sanktionen aus, die den in § 54 Abs. 2 des Lotterieggesetzes vorgesehenen gleichkämen oder sogar schwerer als diese seien.“

GA Bot meinte dazu, die Beurteilung der Frage, ob die von der schwedischen Regierung vertretene Auslegung ihres Rechts zutreffend sei, komme ausschließlich dem nationalen Gericht zu, wie ebenso die Frage, ob beide Vergehen von den zuständigen Behörden tatsächlich mit gleicher Intensität verfolgt würden.<sup>710</sup> Bestätige sich dies aber nicht, würden die schwedischen Rechtsvorschriften eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte beinhalten.<sup>711</sup> Die schwedische Regierung habe aber nicht aufzuzeigen versucht, eine solche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.<sup>712</sup>

## (10) Kommentierung

Im Hinblick auf die glücksspielrelevanten Probleme bringt die Rs. Sjöberg und Gerdin keine neuen Erkenntnisse. Vielmehr wiederholen der Gerichtshof und der GA ihre bisher zu den Glücksspielen gemachten Aussagen. Erneut lehnt der EuGH glücksspielbezogen den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ab und hält das Werbeverbot für Glücksspiele für rechtfertigbar.

Betont wird, dass die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts Einrichtungen vorbehalten werden kann, die (nur) gemeinnützige oder im Allgemeininteresse liegende Ziele und keine eigenen Erwerbszwecke verfolgen. Ob man in einem solchen Fall die Einnahmen allerdings noch

<sup>710</sup> Schlussanträge Sjöberg und Gerdin (G1/10), GA Bot, ECLI:EU:C:2010:82, Nrn. 79 und 80.

<sup>711</sup> Schlussanträge Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Nr. 83.

<sup>712</sup> Schlussanträge Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Nr. 86.

als eine nur erfreuliche Nebenfolge ansehen kann, erscheint fraglich. Damit wird m. E. der Einnahmenverwendung ein zu hoher Stellenwert beigemessen und mittelbar doch eine moralische Bewertung der Glücksspiele vorgenommen, indem solche, mit denen kein persönlicher Gewinn verbunden ist, als ein Monopol rechtfertigbar angesehen werden. Ein anderer als ein moralischer Grund ist dafür nicht erkennbar. Dies müsste m. E. daher zumindest differenzierter begründet werden. Für wohltätige Zwecke werden ja wohl nur die „Überschüsse“ nach Abzug der Verwaltungskosten eingesetzt. Es wäre schon interessant zu wissen, wie hoch letztere angesetzt sind, und ob gewisse Bezüge für das leitende Personal den caritativen Belangen entsprechen oder nicht allzu lukrativ kalkuliert worden sind. Die entsprechenden Vergütungen sind i. d. R. nicht öffentlich bekannt. Es ist allerdings ein offenes Geheimnis, dass entsprechende Leitungspositionen im Toto-/Lottobereich vor allem von ehemaligen Politikern sehr begehrt sind. Auch die Jahresbezüge in Höhe von 450.000 € für eine Moderatorin zur „Präsentation“ einer Fernsehlotterie<sup>713</sup> stimmen zumindest nachdenklich und relativieren die Aussage, es gehe nicht um (persönlichen) Gewinn.

Die Feststellung, die strafrechtliche Ahndung der Werbetätigkeit bzw. der Förderung von Glücksspielen, die, wenn sie unterschiedlich sei, je nachdem, ob sie für inländische oder für ausländische Spiele erfolge – was das nationale Gericht festzustellen habe –, wäre diskriminierend und deshalb nicht mit dem Europarecht vereinbar, war konsequent.

Während in den meisten Glücksspielfällen der Gerichtshof den Mitgliedstaaten ein „ausreichendes“ Ermessen zur Gestaltung des Glücksspielbereichs zuspricht, billigt ihnen GA Bot in der Rs. Sjöberg und Gerdin wiederum ein „weites“ Ermessen zu.<sup>714</sup> Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass er das Veranstalten von Glücksspielen „als keine gewöhnliche Wirtschaftstätigkeit“ ansieht.

In den Rsn. Sjöberg/Gerdin war auch die passive Dienstleistungsfreiheit angesprochen worden, ohne dass allerdings auf sie näher eingegangen worden wäre. Von den Fragestellungen her gesehen war dies allerdings auch nicht nötig.

### **3.1.11 Die Rechtssache WINNER WETTEN (G1/11)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In der Rs. Winner Wetten ging es sachverhaltsmäßig und materiell-rechtlich wiederum um (bereits aus früheren Rsn. bekannte) Fragen zur Ausgestaltung und Verhältnismäßigkeit eines Monopols. Auf die materiell-rechtliche Frage des kohärenten und systematischen Beitrags der Spielbeschränkungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Rechtfertigungsgründe soll hier jedoch nicht mehr eingegangen werden. Um Wiederholungen zu vermeiden kann insoweit auf bereits gemachte Ausführungen zu früheren Urteilen verwiesen werden.

Daneben ging es in der Rs. Winner Wetten zugleich aber auch um prozessuale Fragen zur Zulässigkeit. Da vom Verf. in früheren Rsn. auf die Zulässigkeitsfragen nicht eigens eingegangen worden war, sollen diese nunmehr an dieser Stelle ausführlicher dargestellt und auf die vom EuGH dazu gemachten längeren Ausführungen näher eingegangen werden, sodass auch im Rahmen der Erörterung dieser Aspekte in der Gruppe 6 auf die hier vom EuGH gemachten Aussagen verwiesen werden kann.

Gleichzeitig ging es in der Rs. Winner Wetten um die Vorrangswirkung des europäischen Rechts. Auch dieser Aspekt soll daher hier näher besprochen werden (s. dazu auch oben Teil D, IV, 7.1). Dabei ging es in der Rs. schwerpunktmäßig um die Frage, ob dann, wenn ein zuständiges nationales Gericht die Unvereinbarkeit eines solchen Monopols mit seiner nationalen Rechtsordnung festgestellt hat, zugleich jedoch dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist zur Her-

<sup>713</sup> S. „Die Welt“ v. 26.02.2011, S. 32: „Verärgerung über 450.000 €-Vertrag – Fernsehlotterie verliert Kunden wegen Lierhaus“; FAZ v. 04.03.2011 S. 35: „Betroffen? – ARD-Lotto steht zu Monica Lierhaus.“

<sup>714</sup> Schlussanträge Sjöberg und Gerdin (G1/10), a. a. O., Nrn. 41 ff.

stellung der Vereinbarkeit eingeräumt hat, eine solche zeitweise Weitergeltung auch dann (aus europarechtlicher Sicht) zulässig ist, wenn die betreffende nationale Regelung zugleich unvereinbar mit den Bestimmungen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ist. Es ging in diesem Zusammenhang um Entscheidungen des BVerfG und des OVG Nordrhein-Westfalen, die der EuGH deshalb – zusammen mit den einschlägigen deutschen Gesetzesbestimmungen – ausführlich zitierte.

Die Rs. Winner Wetten steht im Hinblick auf die Vorrangswirkung auch in einem gewissen Zusammenhang mit der Rs. Carmen Media (G1/13), s. dortige Kommentierung.

## (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Köln war am 09.04.2006 beim EuGH eingegangen; das (11-seitige) Urteil (mit 71 Rnn.) der Großen Kammer (mit 13 Richtern) erging am 08.09.2010, also am gleichen Tag wie die Urteile in den Sachen Markus Stoß u. a. (G1/12) und Carmen Media (G1/13). Die Verfahrensdauer betrug also – wohl wegen Abwartens des Urteils in der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) – fast vier Jahre.

Die mündliche Verhandlung hatte am 09.12.2009 stattgefunden. Am Verfahren hatten sich neben Winner Wetten und der Bürgermeisterin der Stadt Bergheim – die Winner Wetten ihre Glücksspieltätigkeit untersagt hatte (s. nachfolgend Sachverhalt) – die deutsche, belgische, tschechische, griechische, spanische, französische, portugiesische, slowenische und die norwegische Regierung sowie die Kommission beteiligt. Am 26.01.2010 hatte GA Bot seine (17-seitigen) Schlussanträge (mit 122 Nrn.) vorgelegt.

## (3) Rechtlicher Rahmen

### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Das Vorabentscheidungsersuchen betraf die Auslegung der Art. 43 und 49 EG insbesondere im Hinblick auf die sich aus dem Grundsatz der Vorrangswirkung des europäischen Rechts ergebenden Folgen.

### (3.2) Deutsche Rechtslage

#### (3.2.1) Gesetzesbestimmungen

Dazu zitierte der EuGH in den Rnn. 3–11 [Buchstabengliederung durch den Verf.]:

a) Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes, der bestimmt:

*„Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden“;*

b) § 31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG), der vorsieht:

*„(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.*

*(2) [...] [Die] Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [hat] Gesetzeskraft [...], wenn das [BVerfG] ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel [...] im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. [...]“;*

c) § 35 BVerfGG, der lautet:

*„Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln“;*

- d) § 284 des Strafgesetzbuches, gemäß dem die Veranstaltung oder Vermittlung eines Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis strafbar ist;
- e) den (alten) LottStV v. 01.01.2004 und zwar dessen § 1, der die Ziele des Staatsvertrags bestimmt, sowie § 5 Abs. 1 und 2, gemäß denen die Länder ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen und wie sie diese Aufgabe zu erfüllen haben und
- f) das Sportwettengesetz von Nordrhein-Westfalen v. 03.05.1955, durch das lediglich der Westdeutschen Lotterie OHG eine Zulassung erteilt worden war.

### *(3.2.2) Deutsche Rechtsprechung*

Bezug genommen wurde vom EuGH im Urteil Winner Wetten im Rahmen der Darstellung der deutschen Rechtslage auch vor allem auf das (Sportwetten-)Urteil des BVerfG v. 28.03.2006, das nachfolgend im Teil E, IV, 1 ausführlicher dargestellt werden wird. Daneben haben der EuGH und der GA auch weitere, in diesem Zusammenhang ergangene Gerichtsentscheidungen als Teil der deutschen Rechtslage thematisiert, kommentiert und in ihre Überlegungen einbezogen, wenn auch nicht unbedingt bei der Zitierung des rechtlichen Rahmens, so aber doch innerhalb der Wertungen des Falls.

#### *(3.2.2a) Das Urteil des BVerfG v. 28.03.2006*

Zu diesem Judikat führte der EuGH in den Rnn. 12 ff. der Rs. Winner Wetten aus, das Bundesverfassungsgericht habe in Bezug auf die Regelung zur Umsetzung des LottStV im Land Bayern entschieden, dass das dort bestehende staatliche Sportwettenmonopol gegen den die Berufsfreiheit gewährleistenden Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verstoße. Es sei insbesondere der Auffassung gewesen, dass das Monopol deshalb unverhältnismäßig in die geschützte Berufsfreiheit eingreife, weil es die Tätigkeit der Veranstaltung von Wetten durch private Anbieter ausschließe, ohne dass ihm, also dem Monopol, ein rechtlicher Rahmen zur Seite gestellt würde, der auf rechtlicher und tatsächlicher Ebene strukturell und substanziell eine effektive Verfolgung des Ziels der Begrenzung der Spielleidenschaft und der Bekämpfung der Spielsucht gewährleisten könne.<sup>715</sup>

Das Bundesverfassungsgericht habe hervorgehoben, dass dem Gesetzgeber verschiedene Mittel zur Verfügung stünden, um den festgestellten Verfassungsverstoß zu beseitigen, nämlich entweder eine systematisch an dem erwähnten Ziel ausgerichtete Ausgestaltung des Monopols oder die gesetzliche Festlegung von Modalitäten für die Genehmigung der gewerblichen Veranstaltung von Wetten durch private Gesellschaften.

Es habe sodann entschieden, „die fraglichen Rechtsvorschriften nicht für nichtig zu erklären, sondern ihre Wirkungen bis zum 31.12.2007 fortbestehen zu lassen – unter Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt seine Wertungsbefugnis ausgeübt und die grundgesetzwidrigen Vorschriften so geändert haben müsse, dass ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz gewährleistet sei“.<sup>716</sup> Die bestehende Rechtslage könne jedoch nur unter der Voraussetzung vorübergehend aufrechterhalten bleiben, dass unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Spielleidenschaft und der Bekämpfung der Spielsucht und der tatsächlichen Ausübung des Monopols hergestellt werde. Insbesondere dürfe das Wettangebot während der vorgesehenen Übergangszeit nicht erhöht und nicht in einer Weise beworben werden, die über eine bloße Information über die Art und die Funktionsweise der angebotenen Wetten hinausgehe. Im Übrigen müsse unmittelbar aktiv über die mit Wetten verbundenen Gefahren informiert werden.<sup>717</sup>

<sup>715</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), C-316/07, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 12.

<sup>716</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rn. 13.

<sup>717</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rn. 14, auf die im Urteil mehrfach Bezug genommen wird.

*(3.2.2b) Der Beschluss des OVG Nordrhein-Westfalen v. 28.06.2006*

Das OVG Nordrhein-Westfalen hat mit Beschluss v. 28.06.2006 entschieden, die Regelung über Sportwetten im Land Nordrhein-Westfalen unter den gleichen zeitlichen und materiellen Maßgaben aufrechtzuerhalten, wie sie das BVerfG für das bayrische Gesetz vorgesehen habe. Dazu sagte der EuGH in Rn. 26:

*„Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen erforderten es der allgemeine Grundsatz der Rechtssicherheit und die Notwendigkeit, eine Gesetzeslücke zu verhindern, die sonst wichtige Allgemeininteressen gefährde, diesen Interessen vorübergehend Vorrang vor dem Interesse der privaten Wettanbieter am freien Marktzugang zu verschaffen, indem unter Abweichung vom Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts eine Übergangszeit vorgesehen werde, während der die fragliche Regelung weiterhin angewandt werden könne.“*

*(3.2.2c) Der Beschluss des BVerfG v. 02.08.2009*

Am 02.08.2006 war ein Beschluss des BVerfG ergangen, in dem die im BVerfG-Urteil v. 28.03.2006 in Bezug auf die Regelung in Bayern ergangene Feststellung auch auf die vergleichbare Regelung in Nordrhein-Westfalen erstreckt wurde, worauf der EuGH ebenfalls hinwies (Schlussziehung aus der Rn. 21).

*(3.2.2d) Der Beschluss des BVerfG v. 22.11.2007*

Zur Präzisierung hatte das BVerfG am 22.11.2007 einen weiteren Beschluss gefasst, in dem es ausführte, dass die in seinem Urteil v. 28.03.2006 ausgesprochene Aufrechterhaltung der Wirkungen der Rechtsvorschriften, um die es in diesem Urteil gegangen war, die Grundgesetzwidrigkeit der vor dem Erlass dieses Urteils ergangenen Verwaltungsentscheidungen nicht entfallen lasse (Schlussziehung aus Rn. 33).

**(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Die Winner Wetten GmbH (s. Rnn. 15-18) verfügte über ein Geschäftslokal in Bergheim, Nordrhein-Westfalen, in dem sie Sportwetten für eine Ltd. in Malta vermittelte, die dort über eine gültige, behördliche Erlaubnis verfügte. Im Juni 2005 untersagte ihr die Bürgermeisterin der Stadt Bergheim unter Androhung der Schließung und Versiegelung ihres Geschäftslokals die weitere Ausübung ihrer Tätigkeit. Gegen diese Verfügung erhob Winner Wetten Widerspruch und gegen dessen Ablehnung Klage beim Verwaltungsgericht Köln, das dem EuGH (zit. in Rn. 28) folgende Vorlagefragen stellte:

**(5) Vorlagefragen**

- „1. Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass nationale Regelungen für ein staatliches Sportwettenmonopol, die unzulässige Beschränkungen der in den Art. 43 EG und 49 EG garantierten Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit enthalten, weil sie nicht entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteil Gambelli u. a.) in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wetttätigkeit beitragen, trotz des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts ausnahmsweise für eine Übergangszeit weiterhin angewandt werden dürfen?“*
- 2. Bei Bejahung der Frage 1: Welche Voraussetzungen gelten für die Annahme einer Ausnahme vom Anwendungsvorrang, und wie ist die Übergangszeit zu bemessen?“*

**(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der EuGH diese Fragen wie folgt beantwortet:

*„Aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts darf eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

In Nr. 122 hatte GA Bot folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Eine Regelung eines Mitgliedstaats, die die Veranstaltung von Sportwetten zu dem Zweck einschränkt, vom EG-Vertrag erfasste oder von der Rechtsprechung als berechtigt angesehene Interessen zu verteidigen, muss, um mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang zu stehen, ihre Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgen.*

*Das nationale Gericht muss überprüfen, ob diese Bedingung erfüllt ist, und dabei die Gesamtheit der Ziele der fraglichen Regelung berücksichtigen und ihre konkreten Auswirkungen auf die Verbraucher unter Berücksichtigung des weiten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten in diesem Bereich beurteilen. [...]*

*Ein Gericht eines Mitgliedstaats darf seine nationale Regelung über Sportwetten nicht ausnahms- und übergangsweise weiter anwenden, wenn diese Regelung eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, weil sie nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beiträgt.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

#### *(8.1) Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens*

##### *(8.1.1) Zur Gegenstandslosigkeit des Vorlagebeschlusses*

Nur GA Bot prüfte diesen Aspekt der „Gegenstandslosigkeit.“ Er sagte dazu in Nr. 25, dass gemäß des „Urteils“ (des BVerfG) v. 22.11.2007 – richtigerweise müsste es Beschluss heißen – die Untersagungsverfügungen eigentlich aufgehoben werden mussten. (Der Widerspruchsbescheid datierte – gemäß der Nummer 23 der Schlussanträge – v. 22.09.2005.) Er fragte deshalb in Nr. 29, ob der vorliegende Vorlagebeschluss damit nicht gegenstandslos und somit unzulässig geworden sei. Das vorliegende Gericht habe jedoch, nachdem es vom EuGH im Juli 2008 gefragt worden sei, ob die Vorlagefragen angesichts des Beschlusses des BVerfG v. 22.11.2007 noch für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich seien, in seiner Antwort v. 08.08.2008 mitgeteilt, dass die Vorlagefragen weiterhin für die Entscheidung relevant seien, da auf den 31.12.2007 abzustellen sei, weil bis zu diesem Zeitpunkt die Regelung, die das Anbieten von Sportwetten untersagt habe, anwendbar gewesen sei.<sup>718</sup>

Entsprechend der Aufgabenverteilung zwischen dem nationalen Gericht und dem Gerichtshof im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens und dem Geist der Zusammenarbeit, der dieses Verfahren bestimme, war für den GA zur Kenntnis zu nehmen, dass das vorliegende Gericht der Ansicht war, es habe weiterhin über den Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens zu entscheiden, und dass es seine Fragen aufrecht erhalte. In einem Verfahren nach Art. 234 EG [nunmehr Art. 267 AEUV] habe nur das nationale Gericht sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen.<sup>719</sup> Der GA verwies insoweit auf das Urteil Filipiak.<sup>720</sup>

<sup>718</sup> Schlussanträge Winner Wetten (G1/11), GA Bot, ECLI:EU:C:2010:38, Nrn. 24 und 30.

<sup>719</sup> Schlussanträge Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Nrn. 32 und 33.

<sup>720</sup> Urteil v. 19.11.2009 in der Rs. C-314/08, ECLI:EU:C:2009:719, (Filipiak, Slg. 2009, I-0000) Rn. 40, mit weiteren Rechtssprechungshinweisen. (Inzwischen ist das Urteil in der amtlichen Sammlung 2009, I-11049 veröffentlicht.)

*(8.1.2) Nur eine hypothetische Frage?*

Als ein Punkt, der gegen eine Zulässigkeit sprechen könnte, war für den Gerichtshof die Auffassung Norwegens zu prüfen, die Vorlagefragen seien hypothetisch. Das vorlegende Gericht habe, ohne selbst das in Nordrhein-Westfalen errichtete Monopol anhand des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, die Unvereinbarkeit dieses Monopols mit den Vorschriften des EG-Vertrags vermutet. Dabei habe es sich auf das Urteil des BVerfG v. 28.03.2006 berufen. Zum einen habe das BVerfG aber ausdrücklich festgestellt, dass es nicht dafür zuständig sei, sich zur Vereinbarkeit des Monopols mit dem Gemeinschaftsrecht zu äußern. Zum anderen besage der Umstand, dass das BVerfG das Monopol für unvereinbar mit dem Grundgesetz gehalten habe, nichts über seine eventuelle Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht.<sup>721</sup>

Die deutsche und die belgische Regierung sowie die Europäische Kommission hatten ihrerseits geltend gemacht, das vorlegende Gericht hätte prüfen müssen, ob die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit fortbestehe, von denen das BVerfG die vorübergehende Aufrechterhaltung der Wirkungen der fraglichen Rechtsvorschriften abhängig gemacht habe.<sup>722</sup> Zu all diesen Einwänden hatte der Gerichtshof in den Rnn. 35 ff. – und dabei die Zulässigkeit bejahend – ausgeführt:

- „35 *Erstens ist darauf hinzuweisen, dass es ist nicht Sache des Gerichtshofs ist, über die Auslegung nationaler Vorschriften zu befinden, da diese Auslegung in die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte fällt. Er hat demnach [...] von der Auslegung des nationalen Rechts auszugehen, die ihm dieses Gericht vorgetragen hat [...].*
- 36 *Zweitens ist es [...] im Rahmen des durch Art. 267 AEUV geschaffenen Verfahrens ausschließlich Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Richters [...] im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen. Daher ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, über ihm vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung des Unionsrechts betreffen [...].*
- 37 *Die Entscheidung über eine Vorlagefrage eines nationalen Gerichts kann nur dann abgelehnt werden, wenn offensichtlich ist, dass die erbetene Auslegung des Unionsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [...].*
- 38 *Die Vorlage einer Frage zur Vorabentscheidung rechtfertigt sich nämlich nicht durch das Interesse an der Erstellung eines Gutachtens zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen, sondern dadurch, dass die Frage für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich ist [...].*
- 39 *Zu diesen verschiedenen Aspekten ist allerdings erstens darauf hinzuweisen, dass [...] in Anbetracht der Aufgabenteilung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof nicht verlangt werden kann, dass das vorlegende Gericht vor einer Vorlage an den Gerichtshof sämtliche Tatsachenerhebungen und die rechtliche Würdigung vornimmt, die ihm im Rahmen seiner Rechtsprechungsaufgabe obliegen. Es reicht nämlich, dass sich der Gegenstand sowie diejenigen Punkte des Ausgangsrechtsstreits, die für die Gemeinschaftsrechtsordnung hauptsächlich von Interesse sind, aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergeben, damit sich die Mitgliedstaaten gemäß Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs äußern und wirkungsvoll am Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligen können [...].*

<sup>721</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rn. 29.

<sup>722</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rn. 30.

- 40 *Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass aus [...] der Vorlageentscheidung hervorgeht, dass das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen [...] bereits entschieden hat, dass zum einen das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Monopol mit dem Unionsrecht unvereinbar ist und dass zum anderen die Beachtung der vom Bundesverfassungsgericht für die Übergangszeit in seinem Urteil v. 28.03.2006 aufgestellten und in Rn. 14 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Voraussetzungen nicht ausreicht, um diese Unvereinbarkeit abzustellen.*
- 41 *Nach alledem ist nicht offensichtlich, dass die erbetenen Auslegungen in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits stehen oder dass das aufgeworfene Problem hypothetischer Natur wäre. Daraus folgt, dass die Vorlagefragen als zulässig anzusehen sind.“*

#### *(8.2) Zur Bestimmung der relevanten Vorschriften des Unionsrechts*

Vor der inhaltlichen Beantwortung der Fragen machten sowohl der Gerichtshof wie auch der GA längere Ausführungen zur Abgrenzung der relevanten Grundfreiheiten.<sup>723</sup> Der EuGH erwähnte zunächst, die Kommission habe Zweifel an der Bezugnahme auf Art. 43 EG geäußert und geltend gemacht, dass in einer Situation, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehe, allein die Dienstleistungsbestimmung des Art. 49 EG Anwendung fände.<sup>724</sup>

Auch der EuGH hielt die Dienstleistungsfreiheit für einschlägig; er hielt jedoch gleichzeitig auch die Niederlassungsfreiheit für relevant.<sup>725</sup> In Bezug auf Art. 43 gehe aus der Rechtsprechung hervor, dass der Begriff der Niederlassung ein sehr weiter Begriff sei, der die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen impliziere, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats teilzunehmen. Die Aufrechterhaltung einer ständigen Präsenz in einem Mitgliedstaat durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen könne daher den Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit unterliegen, auch wenn diese Präsenz nicht die Form einer Zweigniederlassung oder einer Agentur angenommen habe, sondern lediglich durch ein Büro wahrgenommen werde, das von einer Person geführt werde, die zwar unabhängig, aber beauftragt sei, auf Dauer für dieses Unternehmen wie eine Agentur zu handeln. Für den Bereich der Spiele und Wetten habe der Gerichtshof im Urteil Gambelli (G 1/5) dargelegt, dass Art. 43 EG Anwendung finde, wenn ein Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat über eine Präsenz verfüge, die ihren konkreten Niederschlag im Abschluss von Geschäftsverträgen mit Wirtschaftsteilnehmern oder Vermittlern über die Errichtung von Datenübertragungszentren fände, die den Benutzern elektronische Mittel zur Verfügung stellten, die Wettabsichten sammeln und registrierten und sie diesem Unternehmen übermittelten. Im vorliegenden Fall lasse sich nicht ausschließen, dass Winner Wetten als Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung oder Agentur im Sinne von Art. 43 EG anzusehen sei.<sup>726</sup> Deshalb seien die Vorlagefragen sowohl anhand von Art. 43 EG als auch anhand von Art. 49 EG zu prüfen.<sup>727</sup>

Der GA war im Hinblick auf diesen Punkt anderer Meinung. In der Nummer 44 seiner Schlussanträge meinte er, er teile die Auffassung der Kommission, wonach sich Winner Wetten nicht auf die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit berufen könne, da es sich um eine Gesellschaft deutschen Rechts handle, die ihre Tätigkeit in Deutschland ausübe.

Wegen der gleichen Rechtsfolgen war es letztlich aber gleichgültig, ob nur die eine oder ob beide Freizügigkeiten betroffen waren.

<sup>723</sup> S. dazu auch oben Teil D, II, 5 sowie die Schlussanträge GA Alber in der Rs. Gambelli Nrn. 76 ff.

<sup>724</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rn. 42.

<sup>725</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rnn. 43 und 44.

<sup>726</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rnn. 45–48.

<sup>727</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Rn. 52.

## (8.3) Zur Beantwortung der Fragen

## (8.3.1) Ausführungen des Gerichtshofs

## (8.3.1a) Zur 1. Frage nach der Vorrangswirkung des europäischen Rechts und zur vorübergehenden Weitergeltung einer europarechtswidrigen Norm

Dazu führte der EuGH in den Rnn. 53 ff. aus:

„53 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass [...] gemäß dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts die Vertragsbestimmungen [...] allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts ohne Weiteres unanwendbar wird (vgl. u. a. Urteile *Simmenthal*, Rn. 17<sup>[728]</sup>, und v. 19.06.1990, *Factortame u. a.*, C-213/89, Slg. 1990, I-2433, Rn. 18).

54 [...]

55 Nach ständiger Rechtsprechung ist zudem jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht als Organ eines Mitgliedstaats verpflichtet, in Anwendung des in Art. 10 EG<sup>[729]</sup> niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit das unmittelbar geltende Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden [...], indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts [...] unangewandt lässt (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile *Simmenthal*, Rnn. 16 und 21, und *Factortame u. a.*, Rn. 19).

56 und 57 [...].

58 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, in den Art. 6 und 13 der [...] [EMRK] verankert ist und auch in Art. 47 der GRCh<sup>[730]</sup> **bekräftigt** worden ist, und dass die Gerichte der Mitgliedstaaten insoweit in Anwendung des in Art. 10 EG niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit den Schutz der Rechte zu gewährleisten haben, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen (Urteil v. 13.03.2007, *Unibet*, C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Rnn. 37 und 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).<sup>731</sup>

59 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass sich das Bundesverfassungsgericht [...] nicht zur Vereinbarkeit dieses Monopols mit dem Gemeinschaftsrecht äußerte, sondern [...] im Gegenteil hervorhob, dass es sich insoweit im konkreten Fall nicht für zuständig halte.

60 Zu dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an die Feststellung der Grundgesetzwidrigkeit entschied, die Wirkungen der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über das Monopol [...] vorübergehend aufrechtzuerhalten, ergibt sich aus der [...] Rechtsprechung, dass ein solcher Umstand ein nationales Gericht, das feststellt, dass diese Rechtsvorschriften unmittelbar geltende Bestimmungen des Unionsrechts wie die Art. 43 EG und 49 EG missachten, nicht daran hindern kann, die genannten Vorschriften in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit gemäß dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts unangewandt zu lassen (vgl. entsprechend Urteil v. 19. November 2009, *Filipiak*, C-314/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 84<sup>[732]</sup>).

<sup>728</sup> Das Urteil in der Rs. C-106/77 (*Simmenthal*) v. 09.03.1978, ECLI:EU:C:1978:49, ist in der Slg. 1978, 629 veröffentlicht.

<sup>729</sup> Art. 10 EG – zur „Europatreue“ der Mitgliedstaaten – ist inzwischen im Wesentlichen durch Art. 4 Abs. 3 EUV (Lissabon-Vertrag) ersetzt worden. Zum Wortlaut dieser Bestimmung s. Fn. 623.

<sup>730</sup> Art. 47 – Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht – lautet in seinem ersten Unterabsatz wie folgt: „Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen [...].“

<sup>731</sup> S. u. Urteil *Unibet* (G 6/1).

<sup>732</sup> Inzwischen in der Slg. 2009, I-11049 veröffentlicht. S. zu diesem Urteil Fn. 720.

- 61 *Es kann nämlich nicht zugelassen werden, dass Vorschriften des nationalen Rechts, auch wenn sie Verfassungsrang haben, die einheitliche Geltung und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne Urteil v. 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft<sup>733</sup>, 11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 3).*
- 62 *Aus der Vorlageentscheidung [...] geht hervor, dass das vorlegende Gericht auch wissen möchte, [...] die sich aus dem Vorrangsprinzip ergebende Wirkung einer Verdrängung der gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstoßenden nationalen Rechtsvorschriften für die Zeit ausgesetzt werden könnte, die benötigt wird, um diese Rechtsvorschriften mit den genannten Bestimmungen des Vertrags in Einklang zu bringen. [...] da eine solche Aussetzung in Bezug auf diese Rechtsvorschriften gerechtfertigt sei, weil zwingende, an den Schutz der Sozialordnung und der Bürger vor den Gefahren des Glücksspiels anknüpfende Gründe der Entstehung einer Gesetzeslücke entgegenstünden, zu der die sofortige Verdrängung der entsprechenden Rechtsvorschriften führen würde.*
- 63 *Alle Mitgliedstaaten, die Erklärungen abgegeben haben, haben im Kern geltend gemacht, dass die Anerkennung des Bestehens eines Grundsatzes, nach dem die Wirkungen einer nationalen Norm, in der ein Verstoß gegen eine unmittelbar geltende Norm des Unionsrechts gesehen werde, unter außergewöhnlichen Umständen vorübergehend aufrechterhalten werden könnten, in Analogie zu der Rechtsprechung gerechtfertigt sei, die der Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 231 UAbs. 2 EG<sup>734</sup> zur vorübergehenden Aufrechterhaltung der Wirkungen von Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts entwickelt habe, die er nach Art. 230 EG für nichtig erklärt oder deren Ungültigkeit er nach Art. 234 EG [inzwischen Art. 263 bzw. 267 AEUV] festgestellt habe.*
- 64 *Hierzu ist zwar festzustellen, dass der Gerichtshof gemäß Art. 231 Abs. 2 EG, der im Rahmen eines Ersuchens um Vorabentscheidung über die Gültigkeit gemäß Art. 234 EG<sup>735</sup> entsprechend anwendbar ist, die Befugnis hat, in jedem Einzelfall diejenigen Wirkungen einer von ihm für nichtig oder für ungültig erklärten Handlung der Union zu bezeichnen, die als fortgeltend zu betrachten sind [...].*
- 65 *In Ausübung dieser Zuständigkeit kann der Gerichtshof insbesondere die Wirkungen der Nichtigerklärung oder der Feststellung der Ungültigkeit einer solchen Handlung aussetzen, bis die festgestellte Rechtswidrigkeit mit einer neuen Handlung behoben wird [...]*
- 66 *Nach der Rechtsprechung kann die Aufrechterhaltung der Wirkungen einer für nichtig oder für ungültig erklärten Handlung der Union [...] durch zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit, die mit allen betroffenen öffentlichen wie privaten Interessen zusammenhängen, gerechtfertigt sein [...].*
- 67 *Dazu genügt jedoch der Hinweis, dass – selbst wenn man davon ausgeht, dass ähnliche Erwägungen [...] in analoger Anwendung ausnahmsweise zu einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung führen können [...] – eine solche Aussetzung [...] im vorliegenden Fall von vornherein auszuschließen ist, da keine zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit vorliegen, die sie rechtfertigen könnten.*
- 68 *Aus der Vorlageentscheidung geht nämlich hervor, dass das vorlegende Gericht, das allein für die Würdigung des Sachverhalts des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zuständig ist, in diesem Stadium der Ansicht war, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende restriktive Regelung nicht effektiv dazu beitrug, die Wettktivitäten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, sodass sich aus der bisherigen*

<sup>733</sup> Das Urteil Internationale Handelsgesellschaft (ECLI:EU:C:1970:114) gehört zusammen mit den Urteilen Costa E.N.E.L. und Simmenthal (zu beiden s. Fn. 366) zu der „Trias“ der Urteile zur Vorrangswirkung des europäischen Rechts.

<sup>734</sup> Art. 231 Abs.2 EG [jetzt Art. 264 UAbs. 2 AEUV] lautete bzw. lautet: „Erklärt der Gerichtshof eine Handlung für nichtig, so bezeichnet er, falls er dies für notwendig hält, diejenigen ihrer Wirkungen, die als fortgeltend zu betrachten sind.“

<sup>735</sup> Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV) regelt(e) das Vorabentscheidungsverfahren.

*Rechtsprechung des Gerichtshofs ergab, dass eine solche Regelung, die nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden kann, Anreize zu überhöhten Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstößt.*“ [Hervorhebungen durch Verf.]

Der Gerichtshof war also fallbezogen gegen eine Übergangsfrist.

*(8.3.1b) Zur 2. Frage, wie die Übergangszeit zu bemessen sei*

Angesichts der Ausführungen zur 1. Frage hat der EuGH die 2. Frage nicht geprüft.

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

Die Aussagen des GA zur Zulässigkeit können aufgrund der längeren Ausführungen des Gerichtshofs zu diesem Punkt übergangen werden, zumal der GA insoweit zum gleichen Ergebnis wie der EuGH gekommen war. Gleiches gilt für die Vorrangswirkung bzw. zur Übergangsfrist, zu der der GA in seiner Nr. 83 festhielt, „dass dem vorlegenden Gericht nicht gestattet werden sollte, eine Regelung anzuwenden, wenn es ihre Unvereinbarkeit mit Art. 49 EG festgestellt hat“ (s. auch Antwortvorschlag letzter Absatz).

Der GA – der auf die zweite Frage wie der Gerichtshof ebenfalls nicht einging – war im Hinblick auf die erste Frage zum gleichen Ergebnis gekommen, wie später der EuGH.

Zur „Prämisse des vorlegenden Gerichts, wonach die Regelung des Landes NRW gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt“ – so die Zwischenüberschrift B vor Nr. 42 –, meinte der GA in den Nrn. 45 und 46, es sei unstrittig, dass die nationale Regelung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle, die zwar durch den Schutz der öffentlichen Ordnung oder einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie den Schutz der Verbraucher vor Anreizen zu überhöhten Ausgaben gerechtfertigt werden könne, jedoch müssten die Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen, was voraussetze, dass dieses kohärent und systematisch verfolgt werde. Im Urteil Gambelli (G1/5) habe der Gerichtshof entschieden, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt sei, wenn ein Mitgliedstaat eine restriktive Regelung im Bereich der Glücksspiele einzig zu dem Zweck erlassen habe, die Verbraucher gegen die Gefahren überhöhter Ausgaben zu schützen, tatsächlich jedoch eine Politik verfolge, mit der für die Verbraucher starke Anreize zur Teilnahme an diesen Spielen geschaffen würden. Insoweit teilte also der GA die Auffassung des vorlegenden Gerichts.

Dagegen könne die Schlussfolgerung, zu der das vorlegende Gericht gelangt sei, nach Meinung des GA in Nr. 48 in Anbetracht der beiden folgenden Erwägungen in Frage gestellt werden:

Erstens könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Voraussetzungen, die das Grundgesetz vorsehe, strenger seien als diejenigen, die das Gemeinschaftsrecht vorschreibe. So habe der Gerichtshof im Urteil Placanica (G1/6) entschieden, dass die zugelassenen Betreiber, wenn die Regelung den Zweck verfolge, die Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, um ihrer Ausnutzung zu kriminellen Zwecken vorzubeugen, eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu verbotenen Tätigkeiten bereitstellen müssten, was das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken mit sich bringen könne. Da das Gleichgewicht zwischen den Zielen konkret schwer zu finden sei, hätten die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum.<sup>736</sup>

Zweitens habe das vorlegende Gericht nicht erläutert, warum die rechtliche Ausgestaltung der Tätigkeit des Inhabers des Rechts, Sportwetten anzubieten, gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen soll, sodass die Änderungen, die West Lotto in Umsetzung der Vorgaben des Bundesver-

<sup>736</sup> Schlussanträge Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Nrn. 49–54.

fassungsgerichts hinsichtlich ihrer Tätigkeit vorgenommen habe, diese Unvereinbarkeit nicht beseitigen könnten.<sup>737</sup>

### (10) Kommentierung

In den Rnn. 35ff. hat der EuGH praktisch (wie in einer Zusammenfassung) alle Aspekte angesprochen, die im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit einer Vorabentscheidungsfrage maßgebend sind. Durch die deshalb vom Verf. vorgenommenen wörtlichen Zitierungen erübrigt sich insoweit eine ausführliche Kommentierung. Hier nur nochmals so viel: Der Gerichtshof ist bei der Zulässigkeit einer Frage eigentlich sehr großzügig. Er geht nur dann von einer Unzulässigkeit aus, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist, oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind.

Neben diesem prozessualen Gesichtspunkt ging es in der Sache Winner Wetten inhaltlich schwerpunktmäßig allerdings – außer den binnenmarktrechtlichen Aspekten eines Monopols – um die Problematik der Vorrangswirkung des Europäischen Rechts. Die Besonderheit des Falls lag zugleich in der Frage, ob der inzwischen an sich allgemein akzeptierte Vorrang des europäischen Rechts auch dann gilt, wenn eine Tätigkeit, wie vom nationalen Gericht festgestellt, sowohl gegen nationales Recht verstößt, jedoch von diesem Gericht insoweit für eine Übergangszeit „toleriert“ wird, als auch zugleich mit europäischem Recht unvereinbar ist. Präzise gefragt ging es also in der Rs. Winner Wetten darum, ob eine mitgliedstaatlich gewährte Übergangsfrist für eine zugleich nicht europarechtskonforme Regelung auch aus europarechtlicher Sicht möglich ist. Der EuGH hat dies fallbezogen verneint, wie sich aus dem Urteilstenor und den sehr umfangreichen Ausführungen in den Rnn. 53 ff. ergibt. Der GA war insoweit zum gleichen Ergebnis gekommen.

Was das im Urteilstenor und im Urteilsvorschlag des GAs festgehaltene Ergebnis anbelangt, scheinen diese Festhaltungen zunächst im Widerspruch zu dem Ergebnis in der nachfolgend zu besprechenden Rs. Carmen Media (G1/13) zu stehen. Bei einer genauen Analyse der Sachverhalte werden aber die Unterschiede deutlich. In der Rs. Carmen Media war es um die Rechtssicherheit für einen Spielanbieter gegangen, der durch seine Pflicht zur Umstellung und Anpassung an die neue Rechtslage direkt betroffen war. Zudem war er an die Einhaltung einer Reihe von Voraussetzungen gebunden, die sich aus der neuen Rechtslage ergaben, wodurch seine „Rechte“ aus der Übergangszeit gewissermaßen abgeschwächt wurden. Im Falle Winner Wetten dagegen ging es um die generelle Frage einer befristeten Weitergeltung unabhängig von der Rechtssicherheit für konkret Betroffene. In diesem Fall waren in der Tat – wie in Rn. 67 des Urteils ausgeführt wurde – keine „zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit“ ersichtlich, die eine befristete „Aussetzung der Verdrängungswirkung“ des europäischen Rechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht „rechtfertigen könnten.“ Sowohl der Gerichtshof wie auch der GA bejahten also in diesem konkreten Fall zutreffenderweise die Vorrangswirkung des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht.

Im Übrigen erstaunt (positiv), wie detailliert der Gerichtshof die einschlägige deutsche Rechtsprechung zur vorübergehenden Weitergeltung einer an sich grundgesetzwidrigen Regelung dargestellt hat.

<sup>737</sup> Schlussanträge Winner Wetten (G1/11), a. a. O., Nr. 55.

### 3.1.12 Die verb. Rechtssachen MARKUS STOß u. a. (G1/12)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In den sechs verbundenen Rsn. Markus Stoß u. a.<sup>738</sup> ging es im Hinblick auf das (deutsche) staatliche Monopol zur Veranstaltung von Sportwetten um die Frage, ob diese restriktive Maßnahme in Form eines Monopols in Folge ihrer Ausgestaltung und Handhabung in der Praxis tatsächlich zur Bekämpfung der Spielsucht führe und die Glücksspieltätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise begrenze. Es ging dabei u. a. um die Werbung durch den Monopolinhaber und die Ausweitung der Glücksspiele einerseits sowie um das (erlaubte) Veranstalten anderer Arten von Glücksspielen mit höherem Suchtpotenzial (wie etwa Automatenspielen) durch Privatanbieter andererseits. Zugleich ging es um die Frage der Anerkennung ausländischer Erlaubnisse. Zeitlich vor dem Judikat Markus Stoß war das Urteil *Mediaprint* (G5/4) ergangen.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Vorabentscheidungsersuchen (jeweils 3) der Verwaltungsgerichte Gießen (Markus Stoß, Avalon und Happel) und Stuttgart (Kulpa, SOBO und Kunert) waren beim Gerichtshof zwischen dem 09.07.2007 und dem 03.09.2007 eingegangen. Mit Beschluss v. 15.10.2007 sind sie miteinander verbunden worden. Die mündliche Verhandlung hat am 08.12.2009 stattgefunden. GA Mengozzi hat am 04.03.2010 seine (19-seitigen) Schlussanträge (mit 106 Nrn.) vorgelegt; am 08.09.2010 hat die Große Kammer des Gerichtshofs (mit 13 Richtern) ihr 20-seitiges Urteil (mit 117 Rnn.) verkündet. Die Rs. war also rund drei Jahre anhängig, was sich auch daraus erklärt, dass erst das (am 08.09.2009 ergangene) Urteil in der Rs. *Liga Portuguesa* abgewartet werden sollte.

Markus Stoß, Kulpa, SOBO, der Wetteraukreis, die deutsche, belgische, dänische, finnische, französische, italienische, litauische, niederländische, österreichische, portugiesische, slowenische, spanische und die norwegische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen abgegeben. In der mündlichen Verhandlung haben die Vertreter der Kläger der Ausgangsverfahren, des Wetteraukreises, des Landes Baden-Württemberg, der deutschen, belgischen, griechischen, italienischen, portugiesischen und der norwegischen Regierung sowie der Kommission Ausführungen gemacht.<sup>739</sup>

#### (3) Rechtlicher Rahmen – Deutsches Recht

Relevant waren (zitiert in den Rnn. 3-13 des Urteils)

- § 284 StGB, der die Strafbarkeit nicht genehmigter Glücksspiele postuliert,
- die §§ 1 und 5 des damals geltenden Lotteriestaatsvertrags v. 01.07.2004,
- die §§ 1 und 2 des Rennwett- und Lotteriegengesetzes (RennwLottG),
- die §§ 1 und 5 des hessischen Gesetzes über Staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien [usw.]
- sowie § 2 des baden-württembergischen Gesetzes über staatliche Lotterien, Wetten [usw.].

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Herr Stoß, Avalon und Herr Happel verfügten jeweils über ein im hessischen Wetteraukreis gelegenes Geschäftslokal, in dem sie u. a. Sportwetten vermittelten. Die beiden Erstgenannten taten dies für eine GmbH in Klagenfurt, der Drittgenannte für eine Ltd. in London. Beide ausländische Gesellschaften verfügten über gültige Erlaubnisse, die von den zuständigen Behörden ihrer Heimatländer bzw. Sitzstaaten erteilt worden waren.

SOBO, Herr Kuhnert und Alegro bzw. Kulpa verfügten jeweils über ein in Stuttgart gelegenes Geschäftslokal, von wo aus sie Sportwetten vermittelten. Die Erstgenannte tat dies für eine

<sup>738</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), verb. Rsn. C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-409/07 und C-410/07, ECLI:EU:C:2010:504; s. hierzu schon *Alber*, in: *Meng/Ress/Stein* (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, S. 27 ff.

<sup>739</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), GA Mengozzi, ECLI:EU:C:2010:109, Nrn. 28 und 29.

GmbH in Wien, der Zweitgenannte für eine Ltd. in Malta und die Drittgenannte für eine Ltd. in Gibraltar, die ebenfalls alle über ordnungsgemäße Lizenzen verfügten.<sup>740</sup>

In den Jahren 2005, 2006 und 2007 erließen die zuständigen Behörden der Länder Hessen und Baden-Württemberg eine Reihe von Entscheidungen, mit denen den Klägern die Veranstaltung von Sportwetten verboten wurde. Diese Verwaltungsentscheidungen wurden vor den Verwaltungsgerichten Giessen und Stuttgart angefochten,<sup>741</sup> die dem EuGH<sup>742</sup> in allen 6 Rsn. jeweils zwei in etwa gleichlautende Fragen vorlegten. Die zweimal zwei Fragen der vorlegenden Gerichte wurden vom Verf. zusammengefasst. Als Frage 1 wurde – da etwas weitergehender – die erste Frage des VG Stuttgart übernommen; die zweite Frage der beiden Vorlagegerichte war jeweils wortgleich.

### (5) Vorlagefragen

- „1) Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele, wie z. B. Sportwetten und Lotterien, 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 anderen Glücksspielen – wie staatlichen Sportwetten und Lotterien – ermuntern und hierfür werben, und ferner andere Spiele mit gleichem oder sogar höherem Suchtgefährdungspotenzial – wie Wetten auf bestimmte Sportereignisse (Pferderennen), Automatenspiele und in Spielbanken – von privaten Dienstleistungsanbietern erbracht werden dürfen?
- 2) Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass durch dafür zuständige staatliche Stellen der Mitgliedstaaten ausgestellte Genehmigungen der Veranstaltung von Sportwetten, die nicht auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt sind, den Inhaber der Genehmigung wie auch von ihm beauftragte Dritte berechtigen, auch im Bereich der anderen Mitgliedstaaten ohne weitere zusätzliche nationale Genehmigungen die jeweiligen Angebote zum Abschluss von Verträgen anzubieten und durchzuführen?“

### (6) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hat der EuGH für Recht erkannt:

- „1. Die Art. 43 EG und 49 EG sind wie folgt auszulegen:
- a) Um ein staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien [...] mit dem Ziel rechtfertigen zu können, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, müssen die betreffenden nationalen Behörden nicht unbedingt in der Lage sein, eine vor Erlass der genannten Maßnahme durchgeführte Untersuchung vorzulegen, die ihre Verhältnismäßigkeit belegt.
- b) Der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein solches Monopol einem Erlaubnissystem vorzieht, nach dem privaten Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde, kann dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen, soweit, unter dem Aspekt des Ziels eines hohen Verbraucherschutzniveaus, die Errichtung des Monopols mit der Einführung eines normativen Rahmens einhergeht, der dafür sorgt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, ein solches Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ

<sup>740</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 14 und 15 sowie 28–30.

<sup>741</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nrn. 24 und 25.

<sup>742</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 27 und 42.

*bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.*

- c) *Der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats auf gewisse Schwierigkeiten stoßen könnten, die Beachtung eines solchen Monopols durch im Ausland ansässige Veranstalter von Spielen und Wetten sicherzustellen, die unter Verstoß gegen das Monopol über das Internet Wetten mit Personen im örtlichen Zuständigkeitsbereich dieser Behörden abschließen, ist als solcher nicht dazu angetan, die eventuelle Vereinbarkeit eines solchen Monopols mit den genannten Bestimmungen des Vertrags zu beeinträchtigen.*
- d) *Stellt ein nationales Gericht sowohl fest,*
- dass die Werbemaßnahmen des Inhabers eines solchen Monopols für andere, ebenfalls von ihm angebotene Arten von Glücksspielen nicht auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum Angebot des Monopolinhabers hinzulenken und sie damit von anderen, nicht genehmigten Zugangskanälen zu Spielen wegzuführen, sondern darauf abzielen, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und sie zwecks Maximierung der aus den entsprechenden Tätigkeiten erwarteten Einnahmen zu aktiver Teilnahme am Spiel zu stimulieren, als auch,*
  - dass andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden dürfen, als auch,*
  - dass in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotenzial als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotserweiterung betreiben oder dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren,*
- so kann es berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.*
2. *Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin gehend auszulegen, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts der Umstand, dass ein Veranstalter in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, über eine Erlaubnis für das Anbieten von Glücksspielen verfügt, es einem anderen Mitgliedstaat nicht verwehrt, unter Beachtung der Anforderungen des Unionsrechts die Möglichkeit für solche Veranstalter, derartige Dienstleistungen den Verbrauchern in seinem Hoheitsgebiet anzubieten, vom Besitz einer von seinen eigenen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig zu machen.“*

Wie sich aus dem Wortlaut des Tenors ergibt, hat der Gerichtshof die Fragen ausführlicher beantwortet als sie gestellt worden waren. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Ziff. 1, denn nach einer vorhergehenden Untersuchung war nicht gefragt worden. Allerdings wurde dieser Aspekt während des Verfahrens thematisiert.

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

In Nr. 106 hatte GA Mengozzi vorgeschlagen, die Fragen wie folgt zu beantworten:

- „1. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einem staatlichen Monopol für bestimmte Glücksspiele (wie Sportwetten) nicht entgegensteht,*
- selbst wenn die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an diesen Spielen ermuntern, sofern die Werbung moderat und tatsächlich dazu bestimmt ist, Kriminalität zu bekämpfen oder das Spiel auf ein reglementiertes und*

*kontrolliertes Angebot zu richten, und nicht dazu, die Einnahmen der öffentlichen Hand zu erhöhen;*

- *und selbst wenn private Dienstleistungserbringer die Erlaubnis haben, Spiele anzubieten, von denen angenommen wird, dass sie ein gleiches oder ein höheres Suchtgefährdungspotenzial haben (wie Wetten auf Pferderennen oder Geldspielautomaten), sofern die Behörden eine gewisse Überwachung der privaten Wirtschaftsteilnehmer gewährleisten und das dem Monopol unterliegende Spielangebot geringer ist, als es bei einem privaten Leistungserbringer bestehen könnte.*

*Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, verbieten<sup>[743]</sup> die vorgetragenen Umstände nicht eine kohärente und systematische Politik im Bereich Spiel im Sinne der Rechtsprechung. Ihre Kontrolle ist Sache des nationalen Gerichts.*

2. *Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass die von den zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats erteilten Erlaubnisse für die Veranstaltung von Sportwetten, die nicht auf sein Hoheitsgebiet beschränkt sind, weder den Inhaber der Erlaubnis noch von ihm beauftragte Dritte berechtigen, im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten Verträge anzubieten und abzuschließen.“*

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

### *(8.1) Prozessuale Vorfragen*

Bevor der Gerichtshof zur Begründetheit Stellung nahm, befasste er sich mit zwei prozessualen nicht glücksspielrelevanten Vorfragen, nämlich zum einen mit dem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung und zum anderen mit dem Einwand, die Vorlage sei unzulässig. Der Gerichtshof hat den Antrag auf die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt und zudem die Fragen für zulässig erklärt.

### *(8.2) Zur inhaltlichen Beantwortung der Fragen*

#### *(8.2.1) Zur Abgrenzung der Grundfreiheiten*

In den Rnn. 55-65 befasste sich der Gerichtshof mit der Vorfrage, ob die Niederlassungsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit einschlägig war<sup>744</sup>. Der EuGH überließ die Klärung dieser Frage – im Hinblick auf die Besonderheiten eines jeden Einzelfalles – dem nationalen Gericht.<sup>745</sup> Er selbst ging im konkreten Fall (wieder einmal) von beiden Grundfreiheiten aus.<sup>746</sup>

#### *(8.2.2) Zur 1., in allen Rechtssachen vorgelegten Frage – Zur kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik*

##### *(8.2.2a) Zur Gliederung der Frage*

In Rn. 66 präziserte der Gerichtshof die Fragestellung und gliederte sie anhand der „Angaben in den Vorlageentscheidungen“ – also über den bloßen Wortlaut der Fragen hinausgehend – in vier Teile, wobei er den vierten Teil nochmals in drei Aspekte untergliederte. Wörtlich heißt es dort:

*„Nach den [...]. Angaben in den Vorlageentscheidungen ist davon auszugehen, dass die vorlegenden Gerichte mit ihrer ersten Frage wissen möchten, ob die Art. 43 EG und 49 EG dahin gehend auszulegen sind, dass sie regionalen staatlichen Sportwettenmonopolen [...] entgegenstehen, wenn mit diesen Monopolen das Ziel verfolgt wird, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, und*

<sup>743</sup> Sehr frei übersetzt. Im italienischen Originaltext heißt es „non ostano“, was eigentlich „hindern nicht“ bzw. „stehen nicht entgegen“ bedeutet. (Vgl. „nihil obstat“ bei gewissen Ernennungen.)

<sup>744</sup> Zur Abgrenzung der Binnenmarktfreiheiten s. o. Teil D, II., 5.

<sup>745</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 64.

<sup>746</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 65.

- i) *die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats nicht darzutun vermögen, dass vor Erreichung der Monopole eine Untersuchung zu ihrer Verhältnismäßigkeit durchgeführt wurde,*
- ii) *das entsprechende Ziel auch durch eine Kontrolle erreicht werden könnte, die auf die Gewährleistung der Einhaltung der Vorschriften über die Wettarten, die Vermarktungsmethoden und die Werbung durch private Veranstalter, die über eine ordnungsgemäße Erlaubnis verfügen, abzielen und die im Vertrag niedergelegten Freiheiten weniger beeinträchtigen würde,*
- iii) *die Monopole zur Erreichung des genannten Ziels möglicherweise nicht geeignet sind, weil die nationalen Behörden auf Schwierigkeiten bei der Durchsetzung ihrer tatsächlichen Beachtung in dem durch das Internet geschaffenen transnationalen Umfeld stoßen könnten,*
- iv) *im vorliegenden Fall Zweifel daran bestehen, dass das angeführte Ziel kohärent und systematisch verfolgt wird, weil*
  - *erstens privaten Veranstaltern gestattet ist, andere Arten von Glücksspielen wie Pferdewetten oder Automatenspiel durchzuführen,*
  - *zweitens für die Teilnahme an anderen, denselben staatlichen Monopolen unterliegenden Arten von Glücksspielen, nämlich Lotterien, von den Inhabern dieser Monopole mittels intensiver Webekampagnen, die auf die Maximierung der Einnahmen aus den Spielen abzielen, geworben wird und*
  - *drittens in Bezug auf Angebote anderer Arten von Glücksspielen wie Kasinospiele oder Spielautomaten in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben eine Expansionspolitik verfolgt wird.“*

In dieser Reihenfolge prüfte der EuGH sodann die Fragen, wobei er davon ausging, dass die fall-relevant vorliegenden mitgliedstaatlichen Regelungen zu einer Beschränkung der beiden fraglichen Binnenmarktfreiheiten führten, weshalb zu prüfen sei, ob sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnten.<sup>747</sup>

#### *(8.2.2b) Zur fehlenden Untersuchung der Verhältnismäßigkeit staatlicher Monopole*

Der EuGH meinte dazu, unter Berufung auf das Urteil Lindman (G2/7) hätten sich die vorliegenden Gerichte gefragt, ob die betreffenden nationalen Behörden in der Lage sein müssten, eine vor dem Erlass der restriktiven Maßnahmen durchgeführte Untersuchung vorzulegen, die ihre Verhältnismäßigkeit untermauere.<sup>748</sup> Diese Annahme gehe aber auf ein fehlerhaftes Verständnis des genannten Urteils zurück. Wie nämlich aus dessen Rnn. 25 und 26 hervorgehe, habe der Gerichtshof hervorgehoben, dass ein Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung rechtfertigen lasse, dem Gericht alle Umstände vorlegen müsse, anhand deren es sich vergewissern könne, dass die Maßnahme tatsächlich dem sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genüge. Dagegen lasse sich aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten, dass einem Mitgliedstaat nur deshalb die Gelegenheit genommen wäre, zu belegen, dass eine innerstaatliche restriktive Maßnahme diesen Anforderungen genüge, weil er keine Untersuchungen vorlegen könne, die dem Erlass der fraglichen Regelung zugrunde lagen.<sup>749</sup> (Zur Beweislast s. auch u. Teil E, I, 8).

#### *(8.2.2c) Zur etwaigen Unverhältnismäßigkeit staatlicher Monopole*

Weil die Erteilung von Erlaubnissen an private Veranstalter eine Maßnahme darstellen könnte, die die gemeinschaftsrechtlichen Freiheiten weniger beeinträchtigt, war für den Gerichtshof zu prüfen, ob die Monopollösung evtl. unverhältnismäßig sei. Dazu meinte er in Rn. 75, er habe anerkannt, dass auf dem Gebiet der Spiele und Wetten, die, wenn im Übermaß betrieben, sozial-

<sup>747</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 68 und 69.

<sup>748</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 70.

<sup>749</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 71 und 72.

schädliche Folgen hätten, nationale Rechtsvorschriften gerechtfertigt sein könnten, die darauf abzielten, „eine Anregung der Nachfrage zu vermeiden“ und die Ausnutzung der Spielleiden- schaft zu begrenzen.

Er habe wiederholt hervorgehoben,<sup>750</sup> dass die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonder- heiten und die mit Spielen und Wetten einhergehenden sittlich und finanziell schädlichen Folgen ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen könnten, im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben.

Was insb. die Errichtung staatlicher Monopole betreffe, habe er anerkannt, „*dass ein nationales System, das eine begrenzte Erlaubnis von Geldspielen im Rahmen von – bestimmten Einrichtungen gewährten oder zur Konzession erteilten – besonderen oder Ausschließlichkeitsrechten vor- sieht, was insbesondere den Vorteil bietet, die Spiellust und den Betrieb der Spiele in kontrollier- te Bahnen zu lenken, zur Verwirklichung der im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Verbrau- cherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung dienen kann*“.<sup>751</sup>

Er habe ferner klargestellt,<sup>752</sup> dass die Entscheidung über die Frage, ob es zur Erreichung dieser Ziele besser wäre, eine Regelung mit den erforderlichen Auflagen für [private] Wirtschaftsteil- nehmer zu erlassen, statt einer zugelassenen Einrichtung der öffentlichen Hand ein ausschließli- ches Betriebsrecht zu gewähren, es im Ermessen der Mitgliedstaaten liege, jedoch unter dem Vorbehalt, dass die getroffene Wahl im Hinblick auf das angestrebte Ziel nicht unverhältnismä- ßig erscheine.<sup>753</sup>

Dazu sei allerdings hervorzuheben, „*dass angesichts des Ermessens, über das die Mitgliedstaa- ten bei der Entscheidung darüber verfügen, welches Niveau des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung sie im Glücksspielsektor gewährleisten wollen, insbesondere nicht verlangt wird, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaats erlassene restriktive Maßnahme im Hinblick auf das Kriterium der Verhältnismäßigkeit einer von allen Mitgliedstaaten geteilten Auffassung in Bezug auf die Modalitäten des Schutzes des fraglichen berechtigten Interesses ent- spricht*“.<sup>754</sup>

In Rn. 83 folgt dann die entscheidende Aussage: „*Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines **beson- ders hohen Verbraucherschutzniveaus** rechtfertigen lässt, mit der **Errichtung eines normativen Rahmens** einhergehen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tat- sächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kon- trolle unterliegt, **in kohärenter und systematischer Weise** zu verfolgen.*“ [Hervorhebungen durch Verf.]

(8.2.2d) *Zur geltend gemachten fehlenden Effizienz von Monopolen angesichts des durch das In- ternet geschaffenen transnationalen Umfelds*

Hierzu meinte der EuGH, es werde zwar vorgetragen, dass die Behörden eines Mitgliedstaats, der staatliche Monopole errichtet habe, auf „*gewisse Schwierigkeiten stoßen könnten, die Beach- tung dieser Monopole durch außerhalb des entsprechenden Mitgliedstaats ansässige Veranstal-*

<sup>750</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 76.

<sup>751</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O. Rn. 79. Der EuGH verwies insoweit auf die Urteile Zenatti (G1/3) Rn. 35 und Anomar (G1/4) Rn. 74.

<sup>752</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 79.

<sup>753</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 79. Der Gerichtshof verwies dabei auf das Urteil Läärä (G1/2) Rn. 39.

<sup>754</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 80. Der EuGH zitierte insoweit sein Urteil v. 28.04.2009 in der Rs. C- 518/06, ECLI:EU:C:2009:270, (Kommission vs. Italien, Slg. 2009, I-3491) Rnn. 83 und 84.

ter“ sicherzustellen. Dieser Umstand reiche jedoch nicht aus, „um die Vereinbarkeit solcher Monopole mit dem Unionsrecht in Frage zu stellen“.<sup>755</sup>

Zum einen treffe es zwar zu, dass sich über das Internet vorgenommene unzulässige Transaktionen, insbesondere dann, wenn sie transnationalen Charakter hätten, als schwieriger zu kontrollieren und zu ahnden erweisen könnten als andere Arten strafbarer Handlungen. Doch sei dieser Befund nicht auf das Gebiet der Spiele und Wetten beschränkt. „Einem Mitgliedstaat kann aber nicht allein deshalb das Recht versagt werden, die Anwendung einseitiger restriktiver Normen, die er zu legitimen, im Allgemeininteresse liegenden Zielen erlassen hat, auf das Internet zu erstrecken [...]“.<sup>756</sup>

„Zum anderen steht fest, dass den Mitgliedstaaten durchaus rechtliche Mittel zur Verfügung stehen, die es ihnen erlauben, die Beachtung der von ihnen erlassenen Normen gegenüber im Internet tätigen und [...] ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Wirtschaftsteilnehmern so wirkungsvoll wie möglich zu gewährleisten.“<sup>757</sup>

Der EuGH ging also von der Effizienz eines Monopols auch im Hinblick auf das Internet aus.

#### (8.2.2e) Zum Erfordernis der systematischen und kohärenten Begrenzung von Glücksspielen

Hierzu meinte der Gerichtshof, er habe bereits entschieden, dass es Sache eines jeden Mitgliedstaats sei, zu beurteilen, ob es i. Z. m. den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich sei, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genüge, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen, wobei die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahmen allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und das von den betreffenden nationalen Stellen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen seien.<sup>758</sup>

Er habe im Übrigen darauf hingewiesen, dass im Bereich der Glücksspiele grundsätzlich gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen sei, ob sie geeignet sei, die Verwirklichung des Ziels oder der Ziele zu gewährleisten, die von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemacht würden, und ob sie nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich sei.<sup>759</sup> Wörtlich führte der Gerichtshof dann in den Rnn. 94 ff. weiter aus:

„94 In den Rnn. 50 bis 52 des Urteils Schindler [...], hat der Gerichtshof u. a. ausgeführt, dass andere in dem entsprechenden Mitgliedstaat weiterhin zugelassene Geldspiele wie Fußballtoto oder das Spiel ‚Bingo‘, auch wenn es bei ihnen zu Einsätzen in einer Höhe kommen kann, die mit denen bei Lotterien vergleichbar sind, [...] sich hinsichtlich ihres Gegenstands, ihrer Regeln sowie der Einzelheiten ihrer Durchführung doch von den großen Lotterien in anderen Mitgliedstaaten unterscheiden. Er hat daraus den Schluss gezogen, dass die Lage bei diesen anderen Spielen nicht mit der bei den Lotterien vergleichbar ist [...], und dass sie diesen nicht gleichgestellt werden können.

95 [...] Es] steht nämlich fest, dass die verschiedenen Arten von Glücksspielen erhebliche Unterschiede aufweisen können, u. a. hinsichtlich der konkreten Modalitäten ihrer Veranstaltung, des Umfangs der für sie kennzeichnenden Einsätze und Gewinne, der Zahl potentieller Spieler, die an ihnen teilnehmen können, ihrer Präsentation, ihrer Häufigkeit, ihrer kurzen Dauer oder ihrem sich wiederholenden Charakter, der bei den Spielern hervorgerufenen Reaktionen oder [...] danach, ob sie, wie es bei

<sup>755</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 84 und 85.

<sup>756</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 86.

<sup>757</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 87.

<sup>758</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 91. Der Gerichtshof verwies wiederum auf die Urteile Läärä (G1/2) Rnn. 35 u. 36, Zenatti (G1/3) Rnn. 33 u. 34 sowie Liga Portuguesa (G1/8) Rn. 58.

<sup>759</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 93. Der Gerichtshof bezog sich dabei auf das Urteil Placanica (G1/6) Rn. 49.

- den in Spielbanken angebotenen Spielen und den dort oder in anderen Einrichtungen aufgestellten Geldspielautomaten der Fall ist, die körperliche Anwesenheit des Spielers erfordern oder nicht.
- 96 Daher kann der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen, dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. [...].
- 97 [... Es] ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs aber auch, dass die Erriichtung einer mit diesem Ziel begründeten Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.
- 98 Der Gerichtshof hat ferner klargestellt, dass es den nationalen Gerichten obliegt, sich im Licht [...] restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen [...].
- 99 [...].
- 100 [... Die vorliegenden Gerichte hätten jedoch] festgestellt, dass die zuständigen Behörden in Bezug auf Kasino- und Automatenspiele, obwohl diese ein höheres Suchtpotenzial aufwiesen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben oder duldeten [..., und dass] die Bedingungen für den Betrieb von Automatenspielen in anderen Einrichtungen als Spielbanken, etwa in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben, unlängst erheblich gelockert worden seien.
- 101 Insoweit hat der Gerichtshof zwar in Bezug auf das von einem nationalen Gesetzgeber verfolgte Ziel, einer Ausnutzung von Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen, entschieden, dass eine Politik der kontrollierten Expansion dieser Tätigkeiten mit dem Ziel in Einklang stehen kann, sie in kontrollierbare Bahnen zu lenken, indem Spielern, die verbotenen geheimen Spiel- oder Wetttätigkeiten nachgehen, ein Anreiz gegeben wird, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Zur Erreichung dieses Ziels ist es nämlich erforderlich, dass die Veranstalter, die über eine Erlaubnis verfügen, eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit darstellen, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebsstechniken implizieren kann (vgl. Urteil Placanica u. a., Rn. 55).
- 102 [... Auch kann] eine gewisse Werbung [...] gegebenenfalls dazu beitragen [...], die Verbraucher zu dem Angebot des Inhabers des staatlichen Monopols zu lenken, bei dem davon auszugehen ist, dass es gerade so eingerichtet und ausgestaltet wurde, dass das genannte Ziel wirksamer verfolgt wird.
- 103 [... Hierbei] kommt es insoweit darauf an, dass die [...] Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Hingegen darf eine solche Werbung insbesondere 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 oder ihm ein positives Image verliehen wird, das daran anknüpft, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden, oder indem die Anziehungskraft des Spiels durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne vorspiegeln.

- 104 Soweit in den [...] Werbekampagnen für Lotterieproukte der Umstand herausgestellt wird, dass die Einnahmen aus dem Vertrieb dieser Produkte für die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten verwendet werden, ist zudem erstens darauf hinzuweisen, dass es [...] zwar nicht gleichgültig ist, dass Geldspiele in erheblichem Maß zur Finanzierung solcher Aktivitäten beitragen können, dies allein aber nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden kann. Deren Zulässigkeit setzt nämlich insbesondere voraus, dass die Finanzierung solcher sozialer Aktivitäten nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist, was [...].
- 105 [...] Zum Aspekt, dass] die darüber hinausgehenden Einnahmen in die öffentlichen Kassen fließen, und da sich ferner nicht ausschließen lässt, dass die finanzielle Unterstützung als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen es diesen erlaubt, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten zu entfalten, die normalerweise der Staat übernehmen müsste, sodass sich dessen Ausgaben verringern, ist zweitens darauf hinzuweisen, dass auch das Erfordernis, einen Rückgang der Steuereinnahmen zu vermeiden, nicht zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt, die eine Beschränkung einer vom Vertrag eingeräumten Freiheit rechtfertigen können (vgl. [...] Urteil v. 27.01.2009, Persche<sup>760]</sup>, C-318/07, Slg. 2009, I-359, Rnn. 45 und 46).“

### (8.2.3) Zur 2., in allen Rechtssachen vorgelegten Frage – Zur gegenseitigen Anerkennung

Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stellte der EuGH in Rn. 109 zunächst fest, dass dieser, wenn in einem Mitgliedstaat ein staatliches Monopol auf Glücksspiele errichtet worden sei, allein aufgrund der Existenz eines solchen Monopols per se ausgeschlossen sei. Die Frage nach einer Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung könne sich daher nur dann als relevant erweisen, wenn die Monopole als mit den Art. 43 und 49 EG unvereinbar angesehen würden. Insofern sei jedoch darauf hinzuweisen, dass in Ermangelung jeglicher Harmonisierung des betreffenden Gebiets auf Gemeinschaftsebene beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse geben könne.<sup>761</sup>

Die Vereinbarkeit eines solchen Erlaubnissystems mit den Art. 43 EG und 49 EG setze allerdings voraus, dass es den in Bezug auf seine Diskriminierungsfreiheit und seine Verhältnismäßigkeit aufgestellten Erfordernissen genüge.<sup>762</sup> Auch sei darauf hinzuweisen, dass ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht ablehnt oder vereitelt habe.<sup>763</sup>

## (9) Würdigung durch den Generalanwalt

### (9.1) Zur 1. Frage – Zur kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik

Der GA hatte zunächst die erste Frage umformuliert<sup>764</sup>, weil für ihn „nicht die fehlende Kohärenz der deutschen Regelung des Glücksspiels als Prämisse zugrunde zu legen“ war, sondern zu fragen sei, „ob die angegebenen Umstände (teilweise Öffnung anderer Spiele für Privatanbieter

<sup>760</sup> Zum Urteil Persche s. Fn. 1191.

<sup>761</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 110–113.

<sup>762</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 114.

<sup>763</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rn. 115.

<sup>764</sup> Nur zur Kenntnis: Seine (in Nr. 41) umformulierte Frage hatte folgenden Wortlaut: „Ist Art. 49 EG dahin auszulegen, dass er einem staatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele wie Sportwetten entgegensteht, wenn die Veranstalter, die Inhaber nationaler Konzessionen sind, zur Teilnahme an diesen Spielen ermuntern und wenn darüber hinaus private Erbringer von Dienstleistungen Spiele mit einem gleichen oder größeren Suchtgefährdungspotenzial anbieten können (z. B. Wetten auf bestimmte Sportereignisse, wie Pferderennen, und Geldspielautomaten)? Ist anzunehmen, dass diese Umstände eine kohärente und systematische Politik in Bezug auf Glücksspiele im Sinne der Rechtsprechung verhindern?“

und breite Werbung) zu einer fehlenden Kohärenz dieser Art führen und infolgedessen eine Unvereinbarkeit mit dem Recht der Union bewirken“.<sup>765</sup> Außerdem sei die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) nicht einschlägig.<sup>766</sup> Doch kann dieser letztere Punkt hier übergangen werden.

Zur Beantwortung der ersten Frage untersuchte der GA sodann drei Aspekte, die er in Nr. 43 nannte, nämlich erstens die Frage des diskriminierenden Charakters der deutschen Regelung, zweitens den von ihr verfolgten, im Allgemeininteresse liegenden Zweck und drittens ihre Kohärenz oder Eignung für diesen Zweck.

#### *(9.1.1) Zum 1. Aspekt – Nichtdiskriminierender Charakter*

Speziell zum Glücksspielsektor habe der Gerichtshof ausgeführt – so der GA in Nr. 45, dass eine nationale Regelung, die jedem anderen als der zugelassenen öffentlich-rechtlichen Einrichtung den Betrieb eines bestimmten Spiels verbiete, nichtdiskriminierend sei, da sie unterschiedslos für alle Wirtschaftsteilnehmer gelte, die an einer solchen Tätigkeit interessiert seien. Man könne annehmen, dass die deutschen Wettmonopole einen solchen Charakter aufweisen würden.

#### *(9.1.2) Zum 2. Aspekt – Das im Allgemeininteresse liegende Ziel*

Der nächste Schritt in der Untersuchung einer restriktiven Glücksspielpolitik bestand für den GA darin, das im Allgemeininteresse liegende Ziel zu definieren, weil der Gerichtshof nur im Hinblick auf ein klares Ziel bestimmen könne, ob die fragliche Regelung im Hinblick auf dieses Ziel kohärent sei. Nach dem fallrelevant geltend gewesenen LottStV (von 2004) seien die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von übermäßigen Anreizen zum Spielen als Rechtfertigungsgründe angegeben worden, die auch vom Gerichtshof als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt würden. Der LottStV verweise auch auf das Ziel, „sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke [...] verwendet wird.“ Nach der Rechtsprechung stehe der Verfolgung eines solchen Ziels nichts entgegen, wenn die Erzielung von Einnahmen nur „eine nützliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik“ sei, was das nationale Gericht festzustellen habe.<sup>767</sup>

#### *(9.1.3) Zum 3. Aspekt – Zur Kohärenz*

##### *(9.1.3a) Der Test für die Geeignetheit und die Verhältnismäßigkeit der Regelung*

Wenn die mit den Beschränkungsmaßnahmen angestrebten Ziele „klargestellt“ seien, war für den GA „der sog. ‚hypocrisy test‘<sup>[768]</sup> für die streitigen Maßnahmen durchzuführen“, also die Prüfung, ob die Rechtfertigungsziele tatsächlich verfolgt würden, d. h. „ein Test für die Geeignetheit und die Verhältnismäßigkeit“ der Regelung, wie es der GA in einer Zwischenüberschrift und in Nr. 50 nennt. Er befasste sich in den Nrn. 52 ff. zudem

*„erstens [mit der] Entwicklung einer intensiven Werbetätigkeit, um einen Anreiz für die Teilnahme an den Spielen zu schaffen, die dem Monopol unterliegen, und zweitens [mit der] Öffnung von Spielen mit einem sehr hohen Suchtgefährdungspotenzial für private Wirtschaftsteilnehmer.“*

Dies betraf letztlich auch Fragen der Kohärenz. Der GA meinte, die beiden vorliegenden Gerichte führten „einen Komplex von Umständen und charakteristischen Merkmalen der deutschen Regelung an, die deren Kohärenz und Verhältnismäßigkeit und folglich ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag in Frage stellen können.“<sup>769</sup> Zwei Faktoren seien hierbei von besonderer Bedeutung,

<sup>765</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 38.

<sup>766</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 39.

<sup>767</sup> Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Rnn. 46–49.

<sup>768</sup> Zum Hypokrisie-Test s. auch Teil D, IV, 1 im Schlussteil.

<sup>769</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 51.

nämlich zum einen die Werbung für unter das Monopol fallende Spiele und zum anderen die Öffnung anderer Spiele für private Wirtschaftsteilnehmer.<sup>770</sup>

*(9.1.3b) Die Werbung für unter das Monopol fallende Spiele*

Unter dieser Zwischenüberschrift meinte der GA in Nr. 57, der Gerichtshof habe die Werbetätigkeit der Inhaber ausschließlicher Rechte gebilligt, soweit die Beschränkung von Art. 49 EG dazu bestimmt sei, die Kriminalität zu bekämpfen. In Nr. 59 fragte er dann weiter, wie es sich aber verhalte, wenn das Ziel der nationalen Regelung darin bestehe, die Spielsucht zu bekämpfen und die Gelegenheiten zum Spiel zu begrenzen, und führte dazu aus:

„61 *Eine bloße Werbetätigkeit allein steht der Erreichung des Ziels der Begrenzung der Gelegenheiten zum Spiel nicht entgegen, sofern diese Werbung in gemäßigter Form ausgeübt wird und tatsächlich dazu bestimmt ist, das Spiel auf das reglementierte und kontrollierte Angebot zu konzentrieren, und nicht dazu, die Einnahmen des Staates aus diesem System zu erhöhen. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof vor, die These, die er bereits im Urteil Placanica vertreten hat, auf das Ziel der Begrenzung der Gelegenheiten zum Spiel auszudehnen, jedoch nur in dem soeben bestimmten engen Rahmen.*

62 *Die Kontrolle dieser Bedingungen ist Sache des nationalen Gerichts. Jedoch bietet im vorliegenden Fall das Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 28.03.2006 bereits eine Prüfung der Regelung und der Praktiken des Spielsektors in Deutschland.“*

*(9.1.3c) Die Öffnung anderer Spiele für private Wirtschaftsteilnehmer*

Im Hinblick auf die Öffnung anderer Spiele für private Wirtschaftsteilnehmer meinte der GA in Nr. 66, nach Ansicht der Verwaltungsgerichte sei es nicht kohärent, einerseits ein Monopol für Lotterien und Sportwetten mit der Begründung der Bekämpfung der Spielsucht und der Kriminalität zu errichten und andererseits gleichzeitig privaten Wirtschaftsteilnehmern zu erlauben, andere Spiele mit gleichem oder höherem Suchtgefährdungspotenzial wie Pferdewetten und Geldspielautomaten anzubieten. Dieses Argument beinhalte zugleich die Frage, ob die Vereinbarkeit der gesetzlichen Glücksspielsysteme der Mitgliedstaaten mit dem Recht der Union allgemein oder aus der Perspektive einzelner Sektoren getrennt für jedes einzelne Spiel zu prüfen sei.<sup>771</sup> Im Urteil Placanica habe sich der Gerichtshof in der dortigen Rn. 49 für eine differenzierte Prüfung ausgesprochen, indem er klargestellt habe, dass die Kohärenz und die Verhältnismäßigkeit „*gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung ... zu prüfen sind.*“ Diese Meinung werde dadurch bestätigt, dass der Gerichtshof in diesem Bereich ausschließlich die streitige Beschränkung geprüft habe, ohne eine umfassende Analyse der Regelung hinsichtlich aller Glücksspiele in dem betreffenden Mitgliedstaat durchzuführen.<sup>772</sup> GA Mengozzi war daher in Nr. 72 „*der Meinung, dass die Regelung, die die verschiedenen Glücksspiele eines Mitgliedstaats betrifft, nicht als ein Ganzes behandelt werden kann, sondern dass eine gesonderte Prüfung hinsichtlich jeder Beschränkung und jeder Spielform vorzunehmen ist.*“ Der Gerichtshof habe nie die Ansicht vertreten, dass „alles oder nichts“ zu liberalisieren sei. Der Wortlaut seiner Urteile zeige deutlich, „dass es sich um eine Materie handelt, bei der die Probleme von Fall zu Fall zu lösen sind.“ Deshalb war für den GA<sup>773</sup> die in einer Regelung vorgesehene Option, für bestimmte Spiele ein Monopol zu errichten und andere in der Hand des privaten Sektors zu lassen nicht „von vornherein inkohärent, sofern die Behörden eine gewisse Überwachung der Anbieter gewährleisten und das dem Monopol unterliegende Spielangebot geringer ist, als es bei einem privaten Leistungserbringer bestehen könnte.“

<sup>770</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 52.

<sup>771</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 67.

<sup>772</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 70.

<sup>773</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 74.

*(9.1.3d) Andere Faktoren im Hinblick auf die Kohärenz*

Die vorliegenden Gerichte und die Prozessparteien hätten sich aber auch noch auf andere Punkte und Umstände berufen, die die Kohärenz der Glücksspielregelung in Deutschland gefährden könnten.<sup>774</sup> Der GA meinte dazu zunächst das Internet, das eine Umgehung des Monopols ermögliche, und sodann das Fehlen einer vorherigen Studie zur Kohärenz der Beschränkungsmaßnahmen.

Zum erstgenannten Punkt meinte er in Nr. 78, nach *„Ansicht des VG Stuttgart, kann die Beschränkung, die sich aus dem deutschen Sportmonopol ergibt, umgangen werden, indem man auf Dienstleistungen zurückgreift, die Veranstalter, die in anderen Mitgliedstaaten eine Erlaubnis erhalten haben, über das Internet anbieten, wodurch die Grenzen und notwendigen Defizite einzelstaatlicher Maßnahmen offen zu Tage treten“*.

Für GA Mengozzi sind jedoch *„Schwierigkeiten, denen ein Staat bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe, eine nationale Regelung durchzusetzen, begegnen mag, für die Beurteilung ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht unerheblich. Eine Beschränkung in nationalen Rechtsvorschriften ist als solche mit dem Vertrag vereinbar oder nicht, und die Möglichkeit, diesen nationalen Regeln zuwider zu handeln, ist insoweit unerheblich [...]“*.<sup>775</sup>

Zum zweitgenannten Punkt, dem Fehlen einer vorherigen Untersuchung zur Kohärenz, meinte der GA,<sup>776</sup> eine vorherige Studie sei zwar „ein Vorteil, es ist aber keine condition<sup>[777]</sup> sine qua non.“

*(9.2) Zur 2. Vorlagefrage – Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung*

Drei Punkte veranlassten den GA, die zweite Frage zu verneinen:

1. *die klare Rechtsprechung [des EuGH] zu den Monopolen und anderen Beschränkungen des Art. 49 EG,*
2. *das Scheitern der Versuche, den Spielsektor zu harmonisieren, und*
3. *die Verallgemeinerung der dem Vertrauen entgegenstehenden Techniken.*<sup>[[778]</sup>

Zum ersten Aspekt meinte der GA in den Nrn. 93 ff., der EuGH lasse im Glücksspielsektor Monopole zu, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen. Deshalb sei schlicht kein Raum mehr für das System der gegenseitigen Anerkennung von Lizenzen im Bereich des Glücksspiels. Wenn ein Mitgliedstaat, in dem ein Monopol eingerichtet worden sei, die in den anderen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse berücksichtigen müsste, wäre die bisherige Rechtsprechung nicht praktikabel und ohne Sinn. Wenn eine nationale Regelung, die sich für ein Monopol entschieden habe, sich als rechtmäßig erweise und den Vertrag beachte, lasse sich kaum sagen, dass ein anderes Land mit einer größeren Marktöffnung diesen Bürgern das gleiche Schutzniveau in Bezug auf das Allgemeininteresse biete.<sup>779</sup>

Im Hinblick auf den zweiten Punkt, also die fehlende Harmonisierung, schien für den GA die gegenseitige Anerkennung nicht möglich zu sein. Wollte man, dass die Behörden des Staates, in dem die Dienstleistung angeboten wird, die Kontrollen, die im Land der Niederlassung des Dienstleistungserbringers durchgeführt wurden, anzuerkennen hätten, müsste man ihnen die hierzu nötigen Kontrollinstrumente geben, was die Verpflichtung zum Austausch von Informati-

<sup>774</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 77.

<sup>775</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 79.

<sup>776</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 83.

<sup>777</sup> So im Originaltext. Richtigerweise müsste es *conditio* heißen und nicht *condition*.

<sup>778</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 92. In den nachfolgenden Nrn. der Schlussanträge ist anstelle von Techniken wohl zutreffenderweise von Praktiken die Rede.

<sup>779</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nrn. 94 und 95.

onen über die Dienstleistungserbringer, eine klare Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den betreffenden Staaten sowie einen Vorwarnmechanismus beinhalten würde.<sup>780</sup>

Drittens verdeutlichten die vorliegenden Rechtssachen, dass nationale Praktiken bestünden, die geeignet seien, das gegenseitige Vertrauen – der GA verwies dabei auf Art. 10 EG –,<sup>781</sup> „auf das eine eventuelle Harmonisierung des Sektors oder zumindest das System der gegenseitigen Anerkennung der Erlaubnisse im Bereich des Glücksspiels gestützt werden müsste, selbst zu zerstören.“ Er nannte dabei die von den Behörden Maltas und Gibraltars verwendete „Technik“, nur extraterritoriale oder Offshore-Erlaubnisse zu erteilen. Diese Realität sei ein zusätzliches Argument für die Notwendigkeit, eine gegenseitige Anerkennung auszuschließen.<sup>782</sup>

### (10) Kommentierung

Dieses Urteil v. 08.09.2010 wirkte in Deutschland (zusammen mit dem nachfolgenden in der Rs. Carmen Media (G1/12) vom gleichen Tag und dem vorangegangenen in der Rs. Winner Wetten (G1/11) vom Tag zuvor) wie ein Paukenschlag. T. Stein<sup>783</sup> bezeichnete den 08.09.2010, den Tag der Urteilsverkündung, als „German Day.“ Auch Keber<sup>784</sup> schrieb:

*„Nach dem Luxemburger Beben [...] ist der Glücksspielsektor in erheblicher Bewegung. Wohin die Reise geht, ist offen. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Entscheidungen des EuGH [...] einigen Interpretationsspielraum belassen. Außengrenzen der perspektivisch nicht immer entzerrten, sehr unterschiedlichen Lesart des Urteils bilden die Auffassungen, der EuGH habe das Staatsmonopol für Lotterien und Sportwetten in Deutschland gekippt, bzw. das bestehende System im Wesentlichen bestätigt.“*

In den Medien wurde zum Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12) schon in den Überschriften plakativ festgehalten: „EuGH kippt das deutsche Glücksspielmonopol“ oder „Glücksspielmonopol europarechtswidrig“ usw.<sup>785</sup>

Doch so „einfach liegen die Dinge“ nicht. Auch wenn diese Folgerung letztlich konsequent sein wird, so ist es nicht der EuGH, der sie in seinem Urteil getroffen hat, denn dies wäre eine in einem Vorabentscheidungsverfahren unzulässige Entscheidung über die Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts. Der EuGH legte nur fest, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, dass eine Monopollösung als mit den Binnenmarktregeln vereinbar angesehen werden kann. Es ist demzufolge Aufgabe des vorlegenden Gerichts, im Endurteil des Ausgangsverfahrens<sup>786</sup> der Entscheidung des EuGH zu entsprechen.<sup>787</sup> Um es gleich auf den Punkt zu bringen, und dies gilt für die nachfolgenden Urteile ebenso: der EuGH erhebt keine Einwände gegen die Regelung des Glücksspielbereichs durch eine Monopollösung; er äußerte im Fall Markus Stoß allerdings Bedenken gegen die tatsächliche Ausgestaltung des Monopols, die sich möglicherweise nicht konsequent an den angestrebten Zielen orientiere; Bedenken, die das Vorlagegericht haben könne.

<sup>780</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 102.

<sup>781</sup> Art. 10 EG betraf die sog. „Europatreue“ der Mitgliedstaaten. Der inzwischen aufgehobene Art. 10 ist im Wesentlichen durch Art. 4 Abs. 3 EUV ersetzt worden. Zu dessen Wortlaut s. Fn. 623.

<sup>782</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nr. 104.

<sup>783</sup> Stein, „Wo laufen sie denn“? „Last Call“ des EuGH für das Sportwettenmonopol? ZfWG 2010, 353 ff.

<sup>784</sup> Keber, Die Internet-Verbote des Glücksspielstaatsvertrags und das unionsrechtliche Kohärenzgebot [...], ZfWG 2011, S. 83 ff.

<sup>785</sup> Die überpointierten Überschriften gingen auch auf die missverständliche Pressemeldung Nr. 78/10 des EuGH zurück, die jedoch sofort wieder korrigiert wurde. S. dazu auch Stein, zitiert in Fn. 310.

<sup>786</sup> Für die Dauer des Vorabentscheidungsverfahrens setzt das vorlegende nationale Gericht sein Verfahren aus. In den jeweiligen EuGH-Urteilen wird dies vor der Zitierung der Vorlagefragen vermerkt. So heißt es z. B. in Rn. 27 des Urteils Markus Stoß: „In Anbetracht dessen [gemeint waren der Sachverhalt und die Ausführungen der Prozessparteien im Ausgangsverfahren] hat das Verwaltungsgericht Giessen beschlossen, die Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof im Rahmen jeder der drei bei ihm anhängigen Rechtssachen folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen: [...]“. (In Rn. 42 folgt die gleiche Aussage im Hinblick auf die Vorlagen des VG Stuttgart.)

<sup>787</sup> Zur Bindungswirkung der EuGH-Urteile in Vorabentscheidungsverfahren s. o. Teil D, IV, 7.2.

Entsprechend „zurückhaltend“ und daher formalrechtlich korrekt hat sich der EuGH deshalb im Urteilstenor geäußert, in dem er in der Ziffer 1. d) festhielt, dass ein nationales Gericht, wenn es feststelle – und nun folgen (in drei Spiegelstrichen) verschiedene Angaben zur Monopolgestaltung – es „berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben [kann], dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, [die verfolgten Ziele zu erreichen].“<sup>788</sup>

Die „überraschte“ Reaktion in den Medien und deutschen Dienststellen verwunderte etwas, denn so neu war diese Aussage nicht. Wohl ist richtig, dass sich der EuGH so pointiert noch nicht zur Monopollösung geäußert hatte. Wer aber die bisherige Rechtsprechung aufmerksam verfolgt und die relevanten Urteile richtig interpretiert hat, für den war die EuGH-Entscheidung keine unvorhersehbare Neuheit. Auch in der Literatur wurde diese Entwicklung vorausgesehen. So schrieb A. Voßkuhle schon 1996:<sup>789</sup>

*„Die ausschließliche oder weitgehende Erteilung von Glücksspielkonzessionen an staatliche Betreiber steht [...] mit den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben grundsätzlich in Einklang. Die Rechtfertigung des damit einhergehenden Ausschlusses privater Glücksspielanbieter aus ordnungsrechtlichen Gründen kann aber nur solange aufrechterhalten werden, wie der Staat durch die Art und Weise des Betriebes den Gefahren des Glücksspiels in ganz besonderer Weise Rechnung trägt, z. B. durch ein nach Art und Umfang begrenztes Spielangebot, verhaltene Werbung, Begrenzung der Spitzengewinnung, hohen Zweckertrag und effektive Kontrollmaßnahmen. Soweit diese Voraussetzungen nicht (mehr) gegeben sind – und manche Entwicklung, etwa die Jackpot-Politik im Bereich des Lotto mit Spitzengewinnen über 30 Millionen DM oder zunehmend aggressive Werbekonzepte, deutet in diese Richtung –, wird es nur eine Frage der Zeit sind, bis das BVerfG bzw. der EuGH das staatliche Glücksspielmonopol verabschieden. Da gerade die in staatlicher Hand befindlichen privatrechtlich organisierten Lotteriegesellschaften verständlicherweise dazu neigen, fiskalische Interessen überzubetonen, dürfte hier langfristig nur eine auch aus rechtsstaatlicher Sicht gebotene Erweiterung der bestehenden gesetzlichen Grundlagen im Sinne einer restriktiven staatlichen Glücksspielpolitik Abhilfe schaffen.“*

Bezüglich der inhaltlichen Prüfung war der Gerichtshof zunächst auf den Aspekt der Beweislast für die Rechtfertigungsgründe eingegangen. Er hat dazu in den Rnn. 70-72 – unter Verweis auf die Nrn. 81 und 82 der Schlussanträge des GAs und über diese auf die Rnn. 50 des Urteils Placanica (G1/6) sowie 25 und 26 des Urteils Lindman (G2/7) – lapidar festgehalten, dass sich aus der zitierten Rechtsprechung nicht ableiten lasse, dass einem Gericht die Möglichkeit genommen wäre, zu belegen, dass eine restriktive Maßnahme verhältnismäßig sei, nur weil vor ihrem Erlass keine Untersuchung darüber erfolgt sei, „dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt.“ Auch GA Mengozzi hielt in Nr. 83 seiner Schlussanträge eine solche Studie zwar für einen Vorteil, sie sei aber keine *conditio sine qua non*. Dies mag wohl so sein, allerdings sollte die Frage der Beweislast schon ernster genommen werden. Die Errichtung eines Monopols und damit die Vergabe eines Ausschließlichkeitsrechts ist – nach einem Verbot der Tätigkeit generell – die stärkste Beeinträchtigung einer Grundfreiheit und damit eine Ausnahme von ihrer allgemeinen Geltung. Wiederholt hat der Gerichtshof festgehalten, dass Ausnahmen von einer Grundfreiheit eng auszulegen seien. Dazu gehört m. E. auch, dass es nicht genügt, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes bloß abstrakt anzunehmen, vielmehr ist dessen Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit konkret festzustellen, auch wenn es dazu in der Tat nicht unbedingt der Erstellung einer Studie bedarf.

<sup>788</sup> Praktisch wortgleich hat der Gerichtshof in der Ziffer 2. seines Urteilstenors in der Rs. Carmen Media (G1/13) auf eine entsprechende Frage geantwortet.

<sup>789</sup> Voßkuhle, Glücksspiel zwischen Staat und Markt, VerwArchiv 87 (1996), S. 395 ff. (426).

Die weiteren Ausführungen zur fallrelevanten Nichtgeltung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und zum Internet entsprechen der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, sodass insoweit auf die Kommentierungen zu früheren Rechtssachen verwiesen werden kann.

Die Hinweise des EuGH im Urteilstenor für das nationale Gericht zur Feststellung, ob bei Vorliegen gewisser Verhaltensweisen der geltend gemachte Rechtfertigungsgrund systematisch und kohärent verfolgt werde, sind erfreulich insbesondere durch ihre Präzisierung in einer Trilogie. Diese betrifft zum einen die Prüfung der Aspekte, ob die Werbung auf das limitiert ist, was erforderlich ist, um Spieler von verbotenen Spielen wegzuführen und auf erlaubte Spiele hinzulenken. Es betrifft zum anderen die Frage, ob privaten Anbietern die Veranstaltung anderer Glücksspiele (als den monopolisierten) erlaubt wird, sowie drittens die Frage, ob eine Politik der Angebotsverweiterung suchtgefährdenderer Spiele betrieben wird. Diese Aspekte können bei ihrem Vorliegen dem nationalen Gericht Anlass zu der Schlussfolgerung geben, dass die Monopolregelung nicht geeignet ist, die Spieltätigkeiten – in der Gesamtschau – in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Diesen Aussagen kann gefolgt werden.

Problematisch wird es nur im Hinblick auf die sich aus dem Urteilstenor ergebende Folgerung, dass ein Monopol nicht in einer kohärenten und systematischen Weise dazu beitrage, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, wenn privaten Veranstaltern – konkret: Automatenbetreibern – erlaubt werde, Spiele mit einem höheren Suchtpotenzial ohne vergleichbare Beschränkungen anzubieten. Daraus wird abgeleitet, dass zum Ausgleich dann z. B. der Betrieb von Spielautomaten „verschärft“ werden müsse<sup>790</sup>. So ist es wohl auch gemeint, doch hätte dies präzisiert werden sollen. Andernfalls könnte missverständlicherweise auch angenommen werden, dass umgekehrt der Monopolbetrieb – im Zuge der Gleichbehandlung – aufgegeben und Glücksspiele ohne größere Beschränkungen ermöglicht werden müssten. (Dass sie es könnten, wenn es politisch gewollt würde, steht auf einem anderen Blatt.) Gemeint ist jedoch das Gegenteil, was der EuGH differenzierter zum Ausdruck hätte bringen müssen. Nicht die Monopolregelung als solche ist also im Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe im Vergleich mit den Automatenspielen inkohärent und unsystematisch, sondern die freiere Regelung spielsuchtgefährdenderer Spiele ist es. Auch gibt es keine beweisbaren Anhaltspunkte dafür, dass – wie der Gerichtshof ebenfalls ausführte – die suchtgefährdenderen Spiele deshalb betrieben oder geduldet würden, um die Einnahmen zur Finanzierung im Allgemeininteresse der Ziele zu steigern. Selbst wenn dies nachweisbar wäre, könnten daraus keine Schlüsse in Bezug auf das Monopol geschlossen werden, sondern ebenfalls nur im Hinblick auf diese anderen Glücksspiele. Allerdings verlangt der Gerichtshof in der Tat keine Gleichregelung aller Spiele im Sinne einer Gesamtkohärenz. Er verlangt vielmehr im Sinne einer Gesamtwürdigung, wie sie schon der Verf. in der Rs. Gambelli (G1/5) in den Nrn. 119–122 gefordert hatte (also im Sinne einer Gesamtschau) eine insgesamt kohärente Politik zur Verwirklichung der mit den Rechtfertigungsgründen angestrebten Ziele.

GA Mengozzi kam zum gleichen Ergebnis wie später der Gerichtshof, auch wenn er sich nicht so klar ausgedrückt und mehr auf ein reglementiertes und kontrolliertes Angebot abgehoben hat, und davon sprach, dass das dem Monopol unterliegende Spielangebot weniger umfangreich sein müsse als dasjenige privater Anbieter.

Besonders positiv zu bewerten sind seine Ausführungen zum „Hypokrisie-Test“, auf den schon oben i. Z. m. den zwingenden Erfordernissen im Allgemeininteresse (s. Teil D, IV, 1) hingewiesen wurde.

Was die Ausführungen von GA Mengozzi anbelangt, so kann festgehalten werden, dass er von einer Nichtdiskriminierung ausging, da die Beschränkung unterschiedslos für alle privaten Glücksspielanbieter gelte, gleichgültig ob sie im Inland oder im Ausland ansässig seien.<sup>791</sup> Dies trifft formell zwar zu; es dürfen aber nicht ausschließlich die privaten Anbieter miteinander ver-

<sup>790</sup> Für *Stein* (a. a. O. S. 354) sind die Automaten Spiele in Spielhallen „schon seit einiger Zeit die tickende Bombe.“

<sup>791</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nrn. 44 und 45.

glichen werden. Entscheidend ist m. E. nämlich der Vergleich mit dem (einzigen) Glücksspielbetreiber, dem das Monopol verliehen worden ist. Hierzu dürfte der bloße Hinweis, dass dieser die im Allgemeininteresse liegenden Ziele (besser) berücksichtige, nicht für eine „Bevorzugung“ ausreichen.

Der Prüfung der Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der Regelung durch den GA kann gefolgt werden, wie auch seinen Ausführungen zur Kohärenz und zwar insofern, als auch er nicht eine gleiche Regelung aller Spielarten verlangt, sondern nur wenn diese gleichartig sind, und zutreffenderweise wie der EuGH eine getrennte Prüfung der einzelnen Spiele vorschlägt.

Seine Aussagen zum Internet,<sup>792</sup> durch dessen Benutzung das Monopol umgangen werden könne, sind frappierend, aber eigentlich zutreffend, da eine Umgehungsmöglichkeit eines Monopols tatsächlich nichts mit der europarechtlichen Vereinbarkeit eines solchen Monopols zu tun hat, es sei denn, man spricht ihm damit die Geeignetheit als Beschränkungsmaßnahme ab.

Seinen weiteren Ausführungen zu den – wie er es nennt – dem gegenseitigen Vertrauen entgegenstehenden Praktiken, die er in der Rs. Carmen Media wiederholt, sind bedenkenswert. In der Tat könnte man im Hinblick auf eine eventuelle gegenseitige Anerkennung sagen, dass dann, wenn Spiele im Sitzstaat des Anbieters nicht angeboten werden dürfen, vieles dafür spricht, dass dortige Offshore-Anbieter von den zuständigen Behörden nicht gebührend – auch in Sinne des Urteils Säger<sup>793</sup> – geprüft und kontrolliert werden, sodass mindestens bis zum Beweis des Gegenteils eine gegenseitige Anerkennung tatsächlich wohl nicht in Frage kommen kann. Was dies allerdings mit Art. 10 EG (inzwischen vergleichbar mit Art. 4 Abs. 3 EUV) zu tun hat, ist schwerer nachzuvollziehen.

### **3.1.13 Die Rechtssache CARMEN MEDIA (G1/13)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Auch im deutschen Vorabentscheidungsersuchen Carmen Media ging es um die Frage, ob ein Monopol für Glücksspiele so gehandhabt wurde, dass es in kohärenter und systematischer Weise die Spielsucht bekämpfte und die Glücksspieltätigkeiten begrenzte. Vorab ging es aber darum, ob die Dienstleistungsfreiheit überhaupt einschlägig ist, wenn eine erhaltene Lizenz nur für das Veranstalten von Glücksspielen im Ausland gilt. Ferner betraf die Rs. das Verbot des Anbietens von Glücksspielen über das Internet. Zugleich ging es um den Umfang des Ermessens sowie um Übergangsfristen im Hinblick auf eine befristete Weitergeltung eines inzwischen untersagten Internetangebots. Auch die föderale Struktur der Regelungskompetenzen spielte eine Rolle.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts war am 08.02.2008 beim EuGH eingegangen. Am 08.12.2009 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. Am Verfahren haben sich neben Carmen Media als Klägerin das Land Schleswig-Holstein als Beklagte sowie die deutsche, belgische, griechische, spanische, niederländische österreichische und die norwegische Regierung sowie die Kommission beteiligt.

GA Mengozzi hat am 04.03.2010 seine (15-seitigen) Schlussanträge (mit 81 Nrn.) vorgelegt. Das (18-seitige) Urteil (mit 112 Rnn.) der Großen Kammer (mit 13 Richtern) – wie in beiden vorigen Rsn. – wurde am 08.09.2010 verkündet; die Rs. war also 2 Jahre und 7 Monate anhängig.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

Wie in der vorigen Rs. Markus Stoß u. a. (G1/12). ging es um die Art. 43 und 49 EG.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

<sup>792</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/12), a. a. O., Nrn. 78 und 79.

<sup>793</sup> Zum Urteil Säger s. Fn. 351.

Carmen Media ist wegen der niedrigeren Besteuerung in Gibraltar ansässig, wo ihr eine Lizenz zur Vermarktung von Sportwetten erteilt wurde. Diese beschränkt sich allerdings auf die Vermarktung solcher Wetten im Ausland („offshore bookmaking“). Carmen Media kann also in Gibraltar selbst nicht im Glücksspielbereich tätig werden. Da sie Sportwetten über das Internet in Deutschland anbieten wollte, beantragte sie im Februar 2006 beim Land Schleswig-Holstein die Feststellung, dass diese Tätigkeit angesichts der ihr in Gibraltar erteilten Lizenz zulässig sei. Hilfsweise beantragte sie die Erteilung einer Erlaubnis für ihre Tätigkeit oder in Ermangelung dessen deren Duldung bis zur Schaffung eines gemeinschaftsrechtskonformen Genehmigungsverfahrens für private Anbieter. Nachdem diese Anträge im Mai 2006 zurückgewiesen worden waren, erhob Carmen Media Klage beim Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht,<sup>794</sup> das dem EuGH die nachfolgenden Vorlagefragen stellte.<sup>795</sup>

## (5) Vorlagefragen

- „1. Ist Art. 49 EG dahin gehend auszulegen, dass die Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit voraussetzt, dass der Dienstleistungserbringer nach den Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem er ansässig ist, die Dienstleistung auch dort erbringen darf (hier: Beschränkung der Glücksspiellizenz Gibaltars auf ‚offshore bookmaking‘)?
2. Ist Art. 49 EG dahin gehend auszulegen, dass dieser einem maßgeblich mit der Bekämpfung von Spielsuchtgefahren begründeten nationalen staatlichen Veranstaltungsmonopol auf Sportwetten und Lotterien (mit nicht nur geringem Gefährdungspotenzial) entgegensteht, wenn in diesem Mitgliedstaat andere Glücksspiele mit erheblichem Suchtgefährdungspotenzial von privaten Dienstleistungsanbietern erbracht werden dürfen und die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen zu Sportwetten und Lotterien einerseits und anderen Glücksspielen andererseits auf der unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder und des Bundes beruhen?

Für den Fall der Bejahung der zweiten Vorlagefrage:

3. Ist Art. 49 EG dahin gehend auszulegen, dass dieser einer nationalen Regelung entgegensteht, die einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis für das Veranstalten und Vermitteln von Glücksspielen auch bei Vorliegen der gesetzlich normierten Erteilungsvoraussetzungen in das Ermessen der Erlaubnisbehörde stellt?
4. Ist Art. 49 EG dahin gehend auszulegen, dass dieser einer nationalen Regelung entgegensteht, die das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet untersagt, wenn insbesondere gleichzeitig – wenngleich auch nur für eine Übergangsfrist von einem Jahr – die Veranstaltung und Vermittlung im Internet unter Einhaltung von Jugend- und Spielerschutzbestimmungen ermöglicht wird, um zum Zweck eines Verhältnismäßigkeitsausgleichs namentlich zweier gewerblicher Spielvermittler, die bislang ausschließlich im Internet tätig sind, eine Umstellung auf die nach dem GlüStV zugelassenen Vertriebswege zu ermöglichen?“

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof – teilweise wortgleich mit dem Urteilstenor in der Rs. Markus Stoß u. a. – für Recht erkannt:

- „1. Art. 49 EG ist dahin gehend auszulegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der über das Internet Sportwetten in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem er ansässig ist, anbieten möchte, nicht allein deshalb aus dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung herausfällt, weil er nicht über eine Erlaubnis verfügt, solche Wetten Personen im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats seiner Niederlassung anzubieten, sondern nur über eine Erlaubnis, diese Dienstleistungen Personen im Ausland anzubieten.

<sup>794</sup> Urteil Carmen Media (G1/13), Rs. C-46/08, ECLI:EU:C:2010:110, Rnn. 23–25.

<sup>795</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 38.

2. *Art. 49 EG ist dahin gehend auszulegen, dass, wenn ein regionales staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien errichtet wurde, mit dem das Ziel verfolgt wird, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, und ein nationales Gericht sowohl feststellt,*
  - *dass andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden dürfen, als auch,*
  - *dass in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotenzial als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotsweiterung betreiben, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren,**das nationale Gericht berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben kann, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Dass die Glücksspiele, die Gegenstand des genannten Monopols sind, in die Zuständigkeit der regionalen Behörden fallen, während für die anderen Arten von Glücksspielen die Bundesbehörden zuständig sind, ist dabei unerheblich.*
3. *Art. 49 EG ist dahin gehend auszulegen, dass eine in einem Mitgliedstaat eingeführte Regelung, nach der das Angebot bestimmter Arten von Glücksspielen einer vorherigen behördlichen Erlaubnis bedarf, als eine in den durch Art. 49 EG gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehr eingreifende Regelung nur dann den Anforderungen dieser Bestimmung genügen kann, wenn sie auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgen kann. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offen stehen.*
4. *Art. 49 EG ist dahin gehend auszulegen, dass eine nationale Regelung, die das Veranstalten und das Vermitteln von Glücksspielen im Internet untersagt, um übermäßige Ausgaben für das Spielen zu vermeiden, die Spielsucht zu bekämpfen und die Jugendlichen zu schützen, grundsätzlich als zur Verfolgung solcher legitimer Ziele geeignet angesehen werden kann, auch wenn das Anbieten solcher Spiele über herkömmlichere Kanäle zulässig bleibt. Dass das Verbot mit einer Übergangsmaßnahme wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden verbunden ist, lässt seine Eignung unberührt.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Mengozzi hatte in Nr. 81 seiner Schlussanträge folgende Antwort vorgeschlagen:

- „1. *Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass die Berufung auf den freien Dienstleistungsverkehr voraussetzt, dass die im Sitzmitgliedstaat erteilte Erlaubnis den Dienstleistungserbringer berechtigt, die fragliche Dienstleistung in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, zu erbringen. Die gegenseitige Anerkennung von Genehmigungen auf dem Gebiet des Glücksspiels ist jedoch beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts nicht durchführbar.*
2. *Ein staatliches Monopol zur Veranstaltung von Sportwetten und Lotterien, das maßgeblich durch die Bekämpfung der Spielsuchtgefährdung begründet ist, ist mit Art. 49 EG vereinbar, selbst wenn in demselben Mitgliedstaat andere Glücksspiele mit erheblichem Suchtgefährdungspotenzial von privaten Dienstleistungserbringern angeboten werden dürfen, sofern die Behörden dafür sorgen, dass eine gewisse Über-*

wachung der privaten Anbieter gewährleistet ist, und sofern das dem Monopol unterliegende Spielangebot geringer ist, als es bei einem privaten Dienstleistungserbringer bestehen könnte. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, stehen die dargestellten Umstände einer im Sinne der Rechtsprechung kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik nicht entgegen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, die Erfüllung dieser Voraussetzung zu prüfen. Die Verteilung der Zuständigkeiten auf dem Gebiet von Glücksspielen zwischen Bund und Ländern gefährdet als solche nicht die Kohärenz der den Gegenstand der Untersuchung bildenden nationalen Politik (die insgesamt auf nationaler Ebene zu prüfen ist), kann jedoch nicht als Rechtfertigung etwaiger Inkohärenzen dienen.

3. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die die Erteilung einer Erlaubnis für das Veranstalten und das Vermitteln von Glücksspielen in das Ermessen der Erlaubnisbehörde stellt, sofern das errichtete Verfahren objektiv, transparent und nicht diskriminierend ist und die erlassene Entscheidung mit einer Klage anfechtbar ist.
4. Art. 49 EG steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet untersagt, wenn die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem als Rechtfertigung geltend gemachten Ziel des Allgemeininteresses steht, auch wenn gleichzeitig die Veranstaltung und die Vermittlung im Internet unter Einhaltung von Jugend- und Spielerschutzbestimmungen zum Zweck eines speziell auf die Anbieter, die bis zu jenem Zeitpunkt ausschließlich im Internet tätig waren, ausgerichteten Ausgleichs ermöglicht wird.“

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

### *(8.1) Zur 1. Frage – Zur Nichterlaubnis, Wetten in Gibraltar selbst anzubieten*

Unter Bezugnahme auf die Urteile Schindler und Zenatti (G1/1 und 3) wiederholte der EuGH seine Aussage, dass Tätigkeiten, die darin bestünden, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Geldspiel zu ermöglichen, Dienstleistungen im Sinne von Art. 49 EG darstellen, auch wenn der Leistungsanbieter in einem anderen Mitgliedstaat als dem ansässig sei, in dem die Leistung angeboten werde.<sup>796</sup> Das einem Wirtschaftsteilnehmer durch Art. 49 EG gewährleistete Recht, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, sei nicht davon abhängig, dass er entsprechende Dienstleistungen auch in dem Mitgliedstaat erbringe, in dem er ansässig sei.<sup>797</sup> Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sei es Sache des Mitgliedstaats, zu beurteilen, ob es i. Z. m. den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich sei, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genüge, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen.<sup>798</sup>

Die belgische und die österreichische Regierung hätten nun „Zweifel daran geäußert, dass sich Carmen Media unter den Umständen des Ausgangsfalls auf die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr berufen [könne], weil sich dieser Veranstalter – hierzu durch steuerliche Anreize ermuntert – nur deshalb in Gibraltar niedergelassen habe, um sich den strikteren Vorschriften zu entziehen, die auf ihn Anwendung gefunden hätten, wenn er sich im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats niedergelassen hätte, auf den seine wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtet sei“.<sup>799</sup> Solche Erwägungen gingen für den EuGH jedoch über den Rahmen der gestellten Vorlagefrage hinaus. Bei ihr gehe es nämlich ausschließlich darum, ob ein Veranstalter wie Carmen Media deshalb nicht vom Anwendungsbereich der Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr erfasst werde, weil ihm die Behörden von Gibraltar keine Erlaub-

<sup>796</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rnn. 40 und 41.

<sup>797</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 43. Der Gerichtshof bezog sich dabei auf das Urteil v. 05.06.1997 in der Rs. C-56/96, ECLI:EU:C:1997:284, (VT4, Slg. 1997, I-3143) Rn. 22.

<sup>798</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 46.

<sup>799</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 47.

nis erteilt hätten, die ihm das Anbieten von Wetten auch im dortigen Hoheitsgebiet ermöglichen würde. Hingegen habe das vorliegende Gericht in Bezug auf die Gründe, die Carmen Media dazu veranlasst hätten, sich in Gibraltar niederzulassen, keine näheren Angaben gemacht oder besondere Zweifel zum Ausdruck gebracht, und es habe den Gerichtshof auch nicht zu den Konsequenzen befragt, die sich daraus ergeben könnten. Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 49 EG unterscheide sich auch von der Frage, ob ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen dürfe, um einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringer an der Umgehung seiner internen Rechtsvorschriften zu hindern.<sup>800</sup>

(8.2) Zur 2. Frage

(8.2.1) Zur nicht-kohärenten und nicht-systematischen Verfolgung der Beschränkungsziele

In Rn. 63 führte der EuGH aus:

*„[Es] kann der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen, dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. Derart divergierende rechtliche Regelungen ändern nämlich als solche nichts an der Eignung eines solchen staatlichen Monopols zur Verwirklichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben [...] zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen.“*

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshof ergebe sich aber auch, dass die Errichtung einer mit diesem Ziel begründeten Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit nur dann gerechtfertigt werden könne, wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet sei, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beitrage, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.<sup>801</sup>

Es obliege den nationalen Gerichten, sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspreche, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.<sup>802</sup> Das vorliegende Gericht habe festgestellt, „dass die zuständigen Behörden in Bezug auf Casino- und Automaten Spiele, obwohl diese ein höheres Suchtpotenzial aufwiesen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben. Zwischen 2000 und 2006 sei nämlich die Zahl der Spielbanken von 66 auf 81 gestiegen, während die Bedingungen für den Betrieb von Automaten Spielen in anderen Einrichtungen als Spielbanken, etwa in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben, erheblich gelockert worden seien“.<sup>803</sup>

<sup>800</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rnn. 48–50. Zum letzteren Aspekt verwies der EuGH auf das Urteil v. 05.10.1994 in der Rs. C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362, (TV10, Slg. 1994, I-4795) Rn. 15 und entsprechend zur Niederlassungsfreiheit auf das Urteil v. 09.03.1999 in der Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, (Centros, Slg. 1999, I-1459) Rn. 18. Im Centros-Urteil hatte der Gerichtshof festgehalten, dass es einem Marktteilnehmer nicht vorgeworfen werden könne, wenn er seine Tätigkeit statt auf die strengere inländische Regelung auf eine günstigere Rechtsgrundlage eines anderen Mitgliedstaats gründe, solange damit keine betrügerische Absicht verbunden sei. Im damaligen Fall hatte ein dänisches Ehepaar – um zugegebenermaßen das höhere dänische Mindestkapital für die Gründung einer Gesellschaft zu umgehen – in England eine Ltd. gegründet und von dort aus in Dänemark eine Zweigniederlassung errichtet, von der allein aus die Eheleute tätig wurden. Dieses EuGH-Urteil ist lebhaft mit der Begründung kritisiert worden, der EuGH betreibe eine Harmonisierung durch die Hintertüre und dies noch auf niedrigstem Niveau (run to the bottom). Zur damit verbundenen Auseinandersetzung zwischen der Sitz- und Gründungstheorie s. auch Urteil v. 5.11.2002 in der Rs. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, (Überseering, Slg. 2002, I-9919), sowie Urteil Inspire Art., ECLI:EU:C:2003:512 (s. auch Fn. 817).

<sup>801</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 64.

<sup>802</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 65.

<sup>803</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 67. Der Gerichtshof meinte damit die SpielV v. 27.01.2006 (BGBl.I S. 280.); s. dazu o. Teil C, I, 2.5.

In Rn. 68 kommt nun die entscheidende Passage, die zur Ziffer 2 des Urteilstenors geführt hat, die insoweit fast wortgleich mit der Ziffer 1 des Urteilstenors Markus Stoß u. a. übereinstimmt. In dieser Rn. 68 heißt es:

*„Insoweit kann das vorlegende Gericht auf der Grundlage solcher Feststellungen berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass der Umstand, dass die zuständigen Behörden somit in Bezug auf andere Glücksspiele als die, die dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden staatlichen Monopol unterliegen, eine Politik verfolgen, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, zur Folge hat, dass das der Errichtung dieses Monopols zugrunde liegende Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, mit ihm nicht mehr wirksam verfolgt werden kann, sodass es im Hinblick auf Art. 49 EG auch nicht mehr gerechtfertigt werden kann.“*

#### (8.2.2) Zur Zersplitterung der nationalen Zuständigkeit

In der 2. Frage war vom vorlegenden Gericht noch gefragt worden, ob bzw. welche Auswirkungen es auf die Kohärenz hat, wenn die verschiedenen Glücksspielregelungen auf unterschiedlichen nationalen Gesetzgebungskompetenzen beruhen. Da diese Frage nicht glücksspielbezogen ist, soll auf sie erst im Rahmen der in Gruppe 6, 3.6.7, erörterten allgemeinen Rechtsfragen eingegangen werden. Hier nur so viel: Für den EuGH spielte dies keine Rolle.

#### (8.2.3) Zur 3. Frage – Zum Ermessen der Erlaubnisbehörde

Die dritte Frage war zwar nur hilfsweise gestellt worden, wenn der Antwort auf die zweite Frage zu entnehmen sein sollte, dass das Monopol nicht mit Art. 49 EG zu vereinbaren sei. Da es in dessen Sache des vorlegenden Gerichts sei, zu bestimmen, ob das Monopol gerechtfertigt werden könne, meinte der EuGH, er habe die 3. Frage doch zu beantworten.<sup>804</sup>

Der EuGH wiederholte in Rn. 83 seine bereits in vielen früheren Urteilen gemachte Aussage, es sei Sache eines jeden Mitgliedstaats, entsprechend der von ihm verfolgten Ziele die Tätigkeiten im Glücksspielbereich vollständig oder teilweise zu verbieten, oder sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen. Daher stehe es einem Mitgliedstaat grundsätzlich frei, eine Erlaubnisregelung zu schaffen und dabei Beschränkungen in Bezug auf die Zahl der zugelassenen Veranstalter vorzusehen.<sup>805</sup>

In Rn. 86 wird dazu gesagt, dass eine mitgliedstaatliche Erlaubnisregelung, mit der legitime Ziele verfolgt würden, keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen könne, die geeignet sei, den Bestimmungen des Unionsrechts und vor allem denen, die eine Grundfreiheit betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.

Weiter heißt es dazu in Rn. 87<sup>806</sup> (und entsprechend in der Ziff. 3 des Urteilstenors):

*„Daher muss ein System der vorherigen behördlichen Erlaubnis, um trotz des Eingriffs in eine solche Grundfreiheit gerechtfertigt zu sein, auf objektiven, nichtdiskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzten, damit diese nicht willkürlich erfolgt. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offen stehen“<sup>807</sup>.*

<sup>804</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 73.

<sup>805</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rnn. 83 und 84.

<sup>806</sup> Der Gerichtshof zitierte insoweit sein Urteil in der Rs. Sporting Exchange (G1/9a).

<sup>807</sup> Dieser Wortlaut entspricht der oben in Teil D, IV, 5 genannten Formulierung der Grundsätze zur Ermessensausübung.

Es sei nun Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung den Anforderungen des Unionsrechts genüge.<sup>808</sup>

*(8.2.4) Zur 4. Frage – Zur einjährigen Übergangsfrist für Internetangebote*

Das Veranstellen und das Vermitteln von Glücksspielen im Internet war zwar gemäß § 4 Abs. 4 des GlüStV von 2008 untersagt worden, doch blieben diese Tätigkeiten für eine Übergangsfrist von einem Jahr möglich (s. § 25 Abs. 1 u. 6 GlüStV 2008), um Wirtschaftsteilnehmern, die bislang nur im Internet tätig waren, eine Umstellung ihrer Tätigkeit auf andere, zulässige Vertriebswege zu ermöglichen, sofern während dieser Übergangsfrist verschiedene Bestimmungen zum Jugend- und Spielerschutz eingehalten würden.<sup>809</sup> Im Ausgangsfall betraf das streitige Verbot also nicht die Vermarktung einer bestimmten Art von Glücksspielen, sondern (nur) einen bestimmten Vertriebskanal für Glücksspiele, nämlich das Internet.<sup>810</sup> Internetspiele wurden erst gemäß Art. 4 Abs. 5 des GlüÄndStV 2012 – wieder – erlaubt.

Der Gerichtshof verwies zur Beantwortung der 4. Frage<sup>811</sup> zunächst auf sein Urteil Liga Portuguesa (G1/8),<sup>812</sup> in dem er insbesondere ausgeführt habe,

*„dass über das Internet angebotene Glücksspiele, verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich bergen [würden]. [...] Auch] der besonders leichte und ständige Zugang zu den im Internet angebotenen Spielen sowie die potentiell große Menge und Häufigkeit eines solchen Angebots mit internationalem Charakter in einem Umfeld, das überdies durch die Isolation des Spielers, durch Anonymität und durch fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnet ist, [stellen] Faktoren dar, die die Entwicklung von Spielsucht und übermäßige Ausgaben für das Spielen begünstigen und aufgrund dessen die damit verbundenen negativen sozialen und moralischen Folgen [...] vergrößern können.“*

Weiter heißt es in Rn. 105, es sei

*„anzuerkennen, dass eine Maßnahme, mit der jedes Anbieten von Glücksspielen über das Internet verboten wird, grundsätzlich als geeignet angesehen werden kann, die legitimen Ziele der Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen und der Bekämpfung der Spielsucht sowie des Jugendschutzes zu verfolgen, auch wenn das Anbieten solcher Spiele über herkömmlichere Kanäle zulässig bleibt.“*

Was die Schaffung einer Übergangsfrist betreffe, sei insbesondere zu prüfen, ob sie nicht die Kohärenz der betreffenden Rechtsvorschriften beeinträchtige, indem sie zu einem Ergebnis führe, das dem verfolgten Ziel widerspreche.<sup>813</sup> Dazu sei zunächst festzustellen, dass die Übergangsmaßnahme konkret nur auf Lotterien und nicht auf andere Arten von Glücksspielen Anwendung finde. Sodann bezwecke diese Übergangsmaßnahme lediglich, bestimmten Wirtschaftsteilnehmern, die bislang rechtmäßig Lotterien über das Internet angeboten hätten, eine Umstellung ihrer Tätigkeit zu ermöglichen. Auch dass sie auf die Dauer eines Jahres befristet sei, könne unter diesem Blickwinkel nicht als unangemessen angesehen werden. Schließlich sei noch hervorzuheben, dass die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer während der Übergangsfrist zur Einhaltung einer Reihe von Voraussetzungen hinsichtlich des Ausschlusses minderjähriger und gesperrter Spieler, der Einsatzgrenzen, der Modalitäten und der Häufigkeit des Spielange-

<sup>808</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 89.

<sup>809</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 91.

<sup>810</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 110.

<sup>811</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rnn. 101–103.

<sup>812</sup> Schlussanträge Carmen Media, GA Mengozzi, ECLI:EU:C:2010:110, Nr. 72.

<sup>813</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rn. 106.

bots sowie zum Einsatz sozialer Maßnahmen verpflichtet seien. Daher sei nicht ersichtlich, dass eine solche Frist die Kohärenz der Maßnahme zu beeinträchtigen vermöge.<sup>814</sup>

## (9) Würdigung durch den Generalanwalt

### (9.1) Zur 1. Frage – Zur Nichtgeltung der Lizenz in Gibraltar

GA Mengozzi hatte die erste Frage nicht – wie der Gerichtshof – strikt nach ihrem Wortlaut beantwortet. Er ging vielmehr davon aus, das vorliegende Gericht habe letztlich wissen wollen, ob entsprechend des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung die von Gibraltar erteilte Lizenz anzuerkennen sei, obwohl sie in Gibraltar selbst nicht gelte. Danach war zwar nicht gefragt worden, sondern nach der Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit, auf die GA Mengozzi jedoch über den Umweg der abzulehnenden gegenseitigen Anerkennung doch kam. In den Nrn. 33 und 34 führte er aus – ähnlich wie schon in der vorigen Rs. Markus Stoß –, nach der Rechtsprechung sei es erforderlich, ein Gleichgewicht zwischen den Anforderungen der verschiedenen betroffenen Mitgliedstaaten zu finden, sodass der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistungen erbracht würden, die bereits im Herkunftsmitgliedstaat des Dienstleistungserbringers vorgeschriebenen Kontrollen und Voraussetzungen nicht verdoppeln dürfe. Der freie Dienstleistungsverkehr dürfe als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen sei, denen der Leistungserbringer in dem Mitgliedstaat unterliege, in dem er ansässig sei.<sup>815</sup> Eine extraterritoriale Erlaubnis könne solche Voraussetzungen schwerlich erfüllen. Da die Behörden des Herkunftsmitgliedstaats selbst nicht die Ausübung dieser Betätigung im Hoheitsgebiet dieses Staates erlaubten, werde dem Gedanken, dass durch ihr Tätigwerden das Allgemeininteresse, um das ein anderer Staat besorgt sei, hinreichend geschützt sei, der Boden entzogen. Die gegenseitige Anerkennung sei nur möglich, wenn der Herkunftsmitgliedstaat ähnliche Kontrollen vorgenommen habe, wie sie im Bestimmungsmitgliedstaat gefordert würden. Folglich komme die Berufung auf den freien Dienstleistungsverkehr nur in Betracht, wenn die fragliche Tätigkeit auch im Sitzmitgliedstaat rechtmäßig ausgeübt werden könne.<sup>816</sup>

Gegen diese These führe die Kommission das Urteil Inspire Art<sup>817</sup> ins Feld, in dem der EuGH festgestellt habe, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz habe, keine Tätigkeit entfalte und ihre Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübe, noch kein Grund sei, die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht auf diese Gesellschaft anzuwenden.<sup>818</sup> In Nr. 41 sagte GA Mengozzi dazu:

*„Folglich kann sich ein Unternehmen in einem Mitgliedstaat A niederlassen, in dem weniger strenge gesellschaftsrechtliche Vorschriften gelten, und seine gesamte Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat B unter Inanspruchnahme des im Vertrag (Art. 43 EG) verbürgten Niederlassungsrechts ausüben. Unter dem Gesichtspunkt des freien Dienstleistungsverkehrs dagegen verhält sich die Situation anders, und aus dem Urteil Inspire Art kann keinesfalls abgeleitet werden, dass das fragliche Unternehmen ohne Genehmigung auf dem Markt des Mitgliedstaats B tätig werden kann, nur weil es im Mitgliedstaat A an-*

<sup>814</sup> Urteil Carmen Media, a. a. O., Rnn. 106–110.

<sup>815</sup> Der GA zitierte insoweit die Urteile v. 25.07.1991 in der Rs. C-76/90, ECLI:EU:C:2002:632, (Säger, Slg. 1991, I-4221) Rn. 15, s. Fn. 800; v. 09.08.1994 in der Rs. C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310, (Vander Elst, Slg. 1994, I-3803) Rn. 16; v. 28.03.1996 in der Rs. C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147, (Guiot, Slg. 1996, I-1905) Rn. 11; v. 23.11.1999 in den Rsn. C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575, und C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 (Arblade u. a., Slg. 1999, I-8453) Rn. 34, und v. 15.03.2001 in der Rs. C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, (Mazzoleni und ISA, Slg. 2001, I-2189) Rn. 25.

<sup>816</sup> Schlussanträge Carmen Media, a. a. O., Nrn. 34–38.

<sup>817</sup> Schlussanträge des GA Alber v. 30.01.2003, ECLI:EU:C:2003:57 und Urteil v. 30.09.2003 in der Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, (Inspire Art, Slg. 2003, I-10155) Rn. 139. Dieses Urteil ist als ein „Nachfolgeurteil“ zu den Judikaten Centros und Überseering – s. Fn. 800 – zu sehen.

<sup>818</sup> Schlussanträge Carmen Media, a. a. O., Nr. 39.

*sässig ist und obgleich die Behörden dieses letzteren Staates ihm die Erbringung derselben Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet nicht erlauben.“*

Der GA war daher der Auffassung, dass es für die Möglichkeit, das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr geltend zu machen, unerlässlich sei, dass die vom Sitzmitgliedstaat erteilte Erlaubnis den Dienstleistungserbringer berechtigen müsse, die fragliche Dienstleistung in diesem Mitgliedstaat, in dem er ansässig sei, zu erbringen.<sup>819</sup> Der Gerichtshof war ihm jedoch insoweit nicht gefolgt.

Für GA Mengozzi stellte sich das Problem im Glücksspielsektor jedoch sowieso nicht in der vorgenannten Weise, da sich die gegenseitige Anerkennung von Lizenzen auf dem Gebiet von Glücksspielen beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts als nicht möglich erweise. Drei Umstände ließen ihn zu diesem Ergebnis gelangen.<sup>820</sup>

Erstens erweise sich ein homogenes Funktionieren eines Systems der gegenseitigen Anerkennung von Glücksspiellizenzen als unvereinbar mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die Monopole zulasse, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt seien. Wäre ein Mitgliedstaat verpflichtet, in anderen Mitgliedstaaten erteilte Genehmigungen zu berücksichtigen, so verlöre diese Rechtsprechung ihren Sinn.

Zweitens erscheine die gegenseitige Anerkennung unmöglich, weil eine Harmonisierung des Glücksspielsektors fehle und sich auch in naher Zukunft nicht abzeichne. Ohne Harmonisierung sei die Geltung des freien Dienstleistungsverkehrs weiterhin beschränkt.

Drittens erschwere auch das Fehlen einer ausreichend organisierten behördlichen Zusammenarbeit die Einführung eines Systems der gegenseitigen Anerkennung in diesem Bereich. Vergleichbar hatte GA Mengozzi schon in der Rs. Markus Stoß u. a. argumentiert.

#### *(9.2) Zur 2. Vorlagefrage – Zur Kohärenz und zur föderalen Kompetenz*

Da der erste Teil der zweiten Vorlagefrage inhaltsgleich mit einer Frage in den verb. Rsn. Stoß u. a. war, verwies der GA (in den Nrn. 53 und 54) insoweit auf seine dortigen Schlussanträge.

Eigens erwähnenswert ist jedoch die Aussage des GA in Nr. 55 zur Spielsuchtbekämpfung durch ein Monopol. Der GA hält ein Monopol trotz einer Spielausweitung für kohärent, „wenn das dem Monopol unterliegende Spielangebot geringer ist, als es bei einem privaten Leistungserbringer bestehen könnte.“

Im 2. Teil der zweiten Vorlagefrage, zur föderativen Struktur der Gesetzgebung, kam der GA zum gleichen Ergebnis wie ihm nachfolgend der EuGH.

#### *(9.3) Zur 3. Vorlagefrage hinsichtlich des Ermessens*

Auch hier war der GA zum gleichen Ergebnis wie später der Gerichtshof gekommen.<sup>821</sup>

#### *(9.4) Zur 4. Vorlagefrage – Zum Internetverbot und zur Übergangsfrist*

Nach dem Erläuterungsbericht zum fallrelevant geltenden GlüStV von 2004 – so der GA in Nr. 72 – sollte die Übergangsmaßnahme es denjenigen Glücksspielanbietern, die fast ausschließlich im Internet tätig waren, ermöglichen, sich durch eine Umstellung auf neue nach dem GlüStV zulässige Vertriebswege dem neuen rechtlichen Rahmen anzupassen. Der Gerichtshof habe – so der GA in den Nrn. 73–75 – wiederholt auf die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtssicherheit hingewiesen, der Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung sei<sup>822</sup>. Angesichts der aus diesem Grund-

<sup>819</sup> Schlussanträge Carmen Media, a. a. O., Nr. 47.

<sup>820</sup> Schlussanträge Carmen Media, a. a. O., Nrn. 49–51.

<sup>821</sup> Schlussanträge Carmen Media, a. a. O., Nrn. 60 ff.

<sup>822</sup> Der GA zitierte insoweit die Urteile v. 03.12.1998 in der Rs. C-381/97, ECLI:EU:C:1998:589, (Belgocodex, Slg. 1998, I-8153) Rn. 26, v. 29.04.2004 in den Rsn. C-487/01, ECLI:EU:C:2004:263, und C-7/02, ECLI:EU:C:2004:263, (Gemeente

satz folgenden Anforderungen sähen die Gemeinschaftsrichtlinien üblicherweise für ihre Umsetzung und ihre Durchführung eine angemessene Frist nach ihrem Inkrafttreten vor, und die Rechtsprechung gehe davon aus, dass sich die zeitlich befristete Verschiebung einer Anpassung verschiedener – tatsächlicher und rechtlicher – Situationen an das Unionsrecht rechtfertigen lasse. Der Gerichtshof habe beispielsweise im Urteil ASM Brescia,<sup>823</sup> gestützt auf den Grundsatz der Rechtssicherheit, die gegen die Art. 49 und 86 EG verstoßende Verlängerung der Gültigkeit einer Konzession für eine Erdgasverteilung zugelassen. Auch gebe es zahlreiche Urteile, in denen der Gerichtshof unter Heranziehung des Grundsatzes der Rechtssicherheit die Befugnis, die ihm Art. 231 Abs. 2 EG [inzwischen Art. 264 Abs. 2 AEUV] verleihe, dadurch ausübe, dass er die Wirkungen einer für nichtig erklärten Verordnung bezeichne, die als fortgeltend zu betrachten seien.<sup>824</sup>

Der GA war der Auffassung, dass die Entscheidung, das Inkrafttreten des Verbots von Glücksspielen im Internet zu verschieben, weder die Kohärenz dieser beschränkenden Maßnahme beeinträchtige, noch die Verwirklichung der Ziele des Allgemeininteresses, die sie verfolge, gefährde. Zunächst einmal erscheine – selbst wenn sich das Verbot von Glücksspielen im Internet durch das mit ihnen verbundene erhöhte Suchtrisiko rechtfertigen lasse – die Notwendigkeit ihrer Beseitigung nicht so dringend, dass sie Vorrang vor den sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit ergebenden Anforderungen haben müsste. Des Weiteren sei zu bedenken, dass die in § 25 Abs. 6 GlüStV festgelegte Übergangsfrist an umfassende Voraussetzungen und Anforderungen geknüpft sei. Erstens gelte sie nur für Lotterien und nicht für Sportwetten. Zweitens unterliege die übergangsweise erteilte Erlaubnis mehreren Voraussetzungen und Einschränkungen, die die Gefahren, die diese Form des Spiels mit sich bringen könne, vermeiden sollten. So verpflichtete diese Vorschrift u. a. dazu, zu gewährleisten, dass minderjährige und gesperrte Spieler ausgeschlossen seien, sie begrenze den Einsatz auf 1000 € pro Monat, und sie verbiete Kredite und die interaktive Teilnahme mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe. Die Übergangsbestimmung stelle schließlich einen Verhältnismäßigkeitsausgleich dar, der die Jugend- und Spielerschutzbestimmungen beachte. Daher hielt der GA das Bestehen einer solchen Bestimmung nicht für inkohärent.<sup>825</sup>

## (10) Kommentierung

In der Rs. Carmen Media ging es (in der ersten Frage) zunächst darum, ob sich ein Glücksspielanbieter überhaupt auf die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit berufen könne, wenn er Glücksspiele lediglich außerhalb seines Sitzstaates anbieten dürfe. Für den Gerichtshof reichte diese „Kombination“ zu Recht für einen grenzüberschreitenden Bezug aus, zumal die Glücksspielleistungen dem Begriff einer Dienstleistung im Sinne von Art. 49 EG entsprachen, der nicht erfordere, dass die Dienstleistungen zugleich auch im Inland erbracht werden müssten bzw. dürften. Insoweit hat der EuGH vorsichtig formuliert, dass die Spielerlaubnis nur für Spielangebote über das Internet an ausländische Teilnehmer allein nicht dazu führe, sie aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsbestimmungen herausfallen zu lassen. Dem ist zuzustimmen. Entscheidend ist nämlich nur zweierlei: Zum einen das Vorliegen einer Dienstleistung und zum an-

---

Leusden und Holin Groep, Slg. 2004, I-5337) Rn. 57 und v. 26.04.2005 in der Rs. C-376/02, ECLI:EU:C:2005:251, („Goed Wonen“, Slg. 2005, I-3445) Rn. 32.

<sup>823</sup> Urteil v. 17.07.2008 in der Rs. C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416, (ASM Brescia, Slg. 2008, I-5641).

<sup>824</sup> Der GA verwies insofern auf die Urteile v. 03.09.2008 in den Rsn. C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, und C-415/05 P (Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission, Slg. 2008, I-6351) Rnn. 373 ff. Der Gerichtshof wende diese Bestimmung [also Art. 231 Abs. 2 EG, so der GA in seiner Fn. 40 weiter] analog im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen auf sämtliche Rechtsakte des Sekundärrechts an. (In Art. 264 Abs. 2 AEUV ist nur von einer „Handlung“ die Rede.) Der GA zitierte insoweit die Urteile v. 15.10.1980 in der Rs. 4/79, ECLI:EU:C:1980:232, (Providence agricole de la Champagne, Slg. 1980, 2823) Rnn. 45 und 46, und v. 05.07.1995 in der Rs. C-21/94, ECLI:EU:C:1995:220, (Parlament/Rat, Slg. 1995, I-1827) Rnn. 29–32. Zu klären bleibe aber die Frage, ob diese Möglichkeit auch auf Vorschriften des innerstaatlichen Rechts Anwendung finden könne, die gegen eine unmittelbar geltende Bestimmung des Unionsrechts verstoßen (s. hierzu die Rs. Winner Wetten (G1/11).

<sup>825</sup> Schlussanträge Carmen Media, a. a. O., Nrn. 77–80.

deren ein grenzüberschreitender Bezug. Beide Voraussetzungen waren fallrelevant erfüllt. Dass die Dienstleistung auch im die Erlaubnis erteilenden Staat erbracht werden können muss, ist also nicht erforderlich, da dieser Staat frei ist, wie er erlaubnispflichtige Dienstleistungen regeln will. Er kann also eine Erlaubnis auch auf eine Tätigkeit nur im Ausland beschränken. Es sei allerdings betont, dass eine solche Erlaubnis jedoch noch lange keinen Anspruch des Inhabers der Erlaubnis auf ihre tatsächliche Anerkennung durch einen anderen (ausländischen) Mitgliedstaat beinhaltet.

GA Mengozzi, der diesen Punkt zugleich unter dem Aspekt des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung prüfte, war anderer Meinung. Zwar machte er zu letzterem beachtenswerte Ausführungen, denen man insoweit – aber nur limitiert auf diesen Punkt – zustimmen kann. M. E. muss man die beiden Fragen jedoch voneinander trennen. Nur durch ihre Verbindung kommt der GA zu seinem im Hinblick auf die Orte der Dienstleistungserbringung abzulehnenden Schluss. Die Frage einer gegenseitigen Anerkennung ist nämlich vom Begriff einer Dienstleistung insoweit unabhängig, als sie sich erst sukzessive und nicht schon innerhalb der Erfüllung der Definitionskriterien stellt.

Der Gerichtshof hat, wie gesagt, diese Frage anders beantwortet, als es der GA vorgeschlagen hatte. Dieser hatte gemeint, die Berufung auf den freien Dienstleistungsverkehr setze voraus, dass die Tätigkeit schon im Sitzmitgliedstaat rechtmäßig ausgeübt werden (können) müsse; anderes gilt für den GA also nur im Hinblick auf das Niederlassungsrecht. Es gibt aber keine überzeugenden Gründe dafür, beide Bereiche – die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit – insoweit anders zu behandeln. Zwar erfolgt das Dienstleistungsangebot in der Tat vom Sitzstaat des Dienstleisters aus. Die Leistung wird aber letztlich erst durch die Inanspruchnahme durch den Spieler in einem anderen Staat erbracht und kommt von daher gesehen der Wahrnehmung des Niederlassungsrechts gleich. Der GA hat sich m. E. bei seinen Überlegungen zu sehr von seinen – zugegeben sehr beachtenswerten – Ausführungen zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung leiten lassen. Um dieses Prinzip ging es aber im Rahmen der gestellten Frage nicht.

In der Rs. Carmen Media betraf eigentlich nur der erste Teil der 2. Frage Glücksspiele als solche. Es ging dabei um die kohärente und systematische Verfolgung der Rechtfertigungsgründe bei einem Monopol und zwar i. Z. m. dem gleichzeitig erlaubten Angebot suchtgefährdender Spiele durch Private. Insoweit kann auf die Ausführungen und den Urteilstenor der vorigen Rs. Markus Stoß u. a. zur letztlich gleichen Problematik verwiesen werden. Die Ziffer 2 des Urteilstenors in der Rs. Carmen Media ist zum Teil auch wortgleich mit der vergleichbaren Formulierung in Markus Stoß. In beiden Rsn. heißt es, dass – nach Auflistung einer Reihe von Praktiken der Glücksspielausgestaltung – „das nationale Gericht berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben kann, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des [...] verfolgten Ziels [...] zu gewährleisten [...] und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“ Die vom Gerichtshof zur nötigen Begrenzung der Spiele gemachten Ausführungen sind hinreichend bekannt und brauchen deshalb hier nicht wiederholt zu werden. In der Rs. Carmen Media wurde wiederum – wie in der vorigen Rs. Markus Stoß u. a. – präzise darauf hingewiesen, welche Schlussfolgerungen das vorliegende Gericht aus den genannten Praktiken ziehen könne.

Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Monopolregelung der Glücksspiele (Frage 2), kann ebenfalls auf die zu den vorigen Rsn. Markus Stoß u. a. gemachten Ausführungen verwiesen werden, da es sich insoweit um die gleichen Aspekte handelte.

Interessant sind die Ausführungen des GA zum Umfang des Spielangebots. In Nr. 55 seiner Schlussanträge und der Ziff. 2 seines Antwortvorschlags spricht er davon, dass das dem Monopol unterliegende Spielangebot geringer sein müsse, als es bei einem privaten Anbieter der Fall wäre. Nur dann passten die Maßnahmen zu einer kohärenten und systematischen Politik. Da aber

bei Monopolregelungen private Anbieter daneben sowieso nicht zulässig sind, dürfte es nicht leicht feststellbar sein, wie umfangreich deren Spielangebote wären.

In der Antwort auf die dritte Frage wiederholten der Gerichtshof und der GA die in ständiger Rechtsprechung zum Ermessen gemachten Aussagen und unterstrichen dabei erneut, dass die entsprechenden Kriterien im Voraus bekannt sein müssten.

Was die einjährige Übergangsfrist für an sich nicht mehr zulässige Internetangebote anbelangt (Frage 4), so sei insoweit schwerpunktmäßig auf die oben gemachten Ausführungen zur Rs. Winner Wetten (G1/11) verwiesen, in der die Frage einer befristeten Weitergeltung einer Regelung – allerdings nicht unter dem Aspekt der Kohärenz, sondern im Hinblick auf deren Unvereinbarkeit mit dem Europarecht – eine Hauptrolle spielte. In der Rs. Carmen Media hielten sowohl der Gerichtshof wie auch der GA die gewährte Übergangsfrist zu Recht für mit der Gesamteregelung kohärent. Sie diene zum einen der Rechtssicherheit für die von der nötigen Umstellung betroffenen Spielbetreiber, und zum anderen hätten Letztere auch schon während der Übergangsfrist besondere Verpflichtungen i. S. der Neuregelung zu beachten, sodass ein Verhältnismäßigkeitsausgleich vorliege. Dem ist zuzustimmen. Anderes gilt allerdings dann, wenn die Übergangsweise Weitergeltung nicht gerechtfertigt werden kann, weil sie nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beiträgt.<sup>826</sup>

Auch in der Rs. Carmen Media bestätigte der Gerichtshof seine Auffassungen zu Glücksspieltätigkeiten über das Internet, auch wenn der Be- und Vertrieb möglich und erlaubt sei. Die angegebenen Gründe, die Anonymität, die stetige Verfügbarkeit usw. sind sicherlich erwägenswert. Andererseits lassen sich Internettätigkeiten (technisch) leicht nachverfolgen und damit auch kontrollieren. Das dagegen oftmals vorgebrachte Argument, dubiose Internetanbieter könnten schnell wieder aus dem Internet verschwinden, mag zunächst begründet erscheinen. Es ist aber insofern nicht weiterführend, als solche „Anbieter“ sich sowieso nicht an ein Verbot halten dürften. In der Praxis wären demzufolge davon nur seriöse Anbieter betroffen, also solche, die ihre Tätigkeiten legal auch auf anderen Vertriebskanälen anbieten dürfen.

### **3.1.14 Die Rechtssache ENGELMANN (G1/14)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In dieser österreichischen Rechtssache ging es primär darum, ob die Vergabe von Konzessionen für Spielbanken a) nur an Aktiengesellschaften und b) nur bei deren Sitz im Inland sowie c) ohne Ausschreibungen europarechtskonform war.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen des Landesgerichts Linz war beim EuGH am 19.02.2008 eingegangen. Die mündliche Verhandlung hatte am 14.01.2010 stattgefunden. GA Mazák hat am 23.02.2010 seine 15-seitigen Schlussanträge (mit 104 Nrn.) vorgelegt. Am Verfahren hatten sich außer Engelmann und der Kommission die österreichische, belgische, griechische, spanische und portugiesische Regierung beteiligt. Das 9-seitige Urteil (mit 60 Rnn.) der Vierten Kammer (mit 5 Richtern) erging am 09.09.2010, also einen Tag nach den Urteilen in den Rsn. Winner Wetten, Markus Stoß u. a. und Carmen Media. Die Rs. war demzufolge rund 31 Monate anhängig.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

Fallrelevant war noch das (frühere) Glücksspielgesetz (i. F.: GSpG) von 1989 einschlägig (zum (heutigen) österreichischen Glücksspielrecht Recht s. o., Teil C, II), das 2004 geändert worden ist, was jedoch für den vorliegenden Fall – außer der Umstellung von Schilling auf Euro – ohne Bedeutung war. Inzwischen gilt das GSpG i. d. F. von 2010.

<sup>826</sup> Dazu s. o. die Rs. Winner Wetten (G1/11).

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer Spielbank waren in § 21 Abs. 2 GSpG festgelegt. In dieser – für den vorliegenden Fall streiterheblichen – Bestimmung hieß es u. a., dass der Konzessionswerber eine Aktiengesellschaft sein müsse, die ihren Sitz in Österreich habe und über ein Grundkapital von mindestens 22 Mio. € verfüge, und dass der Konzessionswerber aufgrund der Umstände erwarten lassen müsse, dass er für die Gebietskörperschaften den besten Abgabebetrag erziele.<sup>827</sup>

Die Veranstaltung von Glücksspielen durch eine Person, die keine Konzession hierfür besitzt, wird gemäß § 168 des österreichischen Strafgesetzbuches strafrechtlich verfolgt.<sup>828</sup>

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Inhaberin der damals vergebenen 12 Spielbankkonzessionen war die Casinos Austria AG. Herr Engelmann, der deutscher Staatsbürger ist, betrieb in Österreich Casinospiele. Er hatte sich dort weder um eine Konzession für die Veranstaltung von Glücksspielen beworben, noch besaß er eine in einem anderen Mitgliedstaat erteilte rechtmäßige Erlaubnis hierfür.<sup>829</sup>

Am 05.03.2007 verurteilte das Bezirksgericht Linz Herrn Engelmann zu einer Geldstrafe von 2.000 €. Gegen dieses Urteil legte Herr Engelmann beim Landesgericht Linz Berufung ein,<sup>830</sup> das dem EuGH folgende Fragen<sup>831</sup> zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

#### (5) Vorlagefragen

- „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?“

#### (6) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hat die Fragen in seinem Urteilstenor wie folgt beantwortet:

- „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.

<sup>827</sup> Urteil Engelmann (G1/14), Rs. C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, Rnn. 7–10.

<sup>828</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 12.

<sup>829</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 13 und 17.

<sup>830</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 18 und 19.

<sup>831</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 25.

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.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Mazák hatte in Nr. 104 folgende Antwort vorgeschlagen:

- „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 vorlegenden 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 entfaltet.*
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.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

*(8.1) Zur 1. Frage – Zur Rechtsform des Bewerbers und zu seinem Sitz*

*(8.1.1) Verpflichtung der Konzessionäre, in der Rechtsform einer AG aufzutreten*

Die Bedingung, dass Wirtschaftsteilnehmer, die in Österreich eine Spielbank betreiben wollen, in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft auftreten müssen, stellte für den EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, weil sie insbesondere Wirtschaftsteilnehmer, die in ihrem Sitzstaat eine andere Gesellschaftsform gewählt haben, daran hinderten, in Österreich tätig zu werden bzw. eine Zweigniederlassung zu gründen.

Zu prüfen sei deshalb, ob eine solche Beschränkung gerechtfertigt werden könne. Art. 46 Abs. 1 EG lasse Beschränkungen zu, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt seien. Die Rechtsprechung des Gerichtshof habe zudem eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses herausgestellt, die diese Beschränkungen ebenfalls rechtfertigen könnten, wie insbesondere die Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung, der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen.<sup>832</sup>

Bestimmte Schutzziele könnten es möglicherweise rechtfertigen, einem Wirtschaftsteilnehmer eine bestimmte Rechtsform vorzuschreiben. Die Verpflichtungen, denen Aktiengesellschaften unterlägen u. a. in Bezug auf ihre innere Organisation, ihre Buchführung, die Kontrollen, denen sie unterzogen werden könnten, und bezüglich ihrer Beziehungen zu Dritten, könnten ein solches

<sup>832</sup> Urteil Engelmänn (G1/14), a. a. O., Rnn. 28 und 29.

Rechtsformerfordernis in Anbetracht der Besonderheiten des Glücksspielsektors und der mit diesen verbundenen Gefahren rechtfertigen.<sup>833</sup>

Die Frage, ob tatsächlich derartige Ziele verfolgt würden, und ob diese eine Rechtfertigung im Rahmen einer im EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelung oder eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses darstellen könnten, könne mangels zusätzlicher Angaben nicht beurteilt werden. Unter diesen Umständen komme es dem nationalen Gericht zu, diese Beurteilung vorzunehmen.<sup>834</sup>

#### *(8.1.2) Verpflichtung der Inhaber von Spielbankkonzessionen, ihren Sitz im Inland zu haben*

Die Verpflichtung der Inhaber von Spielbankkonzessionen, ihren Sitz im Inland zu haben, stellte für den EuGH ebenfalls eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Diese Feststellung werde keineswegs durch den Umstand in Frage gestellt, dass die Wirtschaftsteilnehmer dieser Verpflichtung erst ab dem Zeitpunkt, zu dem sie ausgewählt worden seien, und nur für die Dauer der Konzession unterlägen. Eine solche Verpflichtung könne 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, schon von einer Bewerbung abhalten.<sup>835</sup>

Nach Meinung der österreichischen Regierung werde 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.<sup>836</sup>

Ohne dass zu bestimmen wäre, ob dieses Ziel dem Begriff „öffentliche Ordnung“ zugeordnet werden könne, genüge hierzu die Feststellung, dass der kategorische Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hätten, als unverhältnismäßig anzusehen sei, da er über das hinausgehe, was zur Bekämpfung der Kriminalität erforderlich sei. Es gäbe nämlich mehrere Mittel, die Tätigkeit und die Konten dieser Wirtschaftsteilnehmer zu kontrollieren.<sup>837</sup> So bestünden beispielsweise

- die Möglichkeit, für jede Spielbank eines Betreibers eine getrennte Buchführung zu verlangen, die von einem externen Buchprüfer überprüft werde,
- die Möglichkeit, gezielt über die Entscheidung der Organe der Konzessionäre unterrichtet zu werden, und
- die Möglichkeit, Auskünfte über deren Führungskräfte oder Hauptaktionäre einzuholen.

Außerdem könne jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen unabhängig vom Wohnsitz seiner Führungskräfte kontrolliert und Sanktionen unterworfen werden. Im Übrigen stehe nichts einer Überprüfung in den Räumlichkeiten dieser Spielbanken entgegen, um u. a. betrügerischen Handlungen der Betreiber zum Nachteil der Verbraucher vorzubeugen.<sup>838</sup>

#### *(8.2) Zur 3. Frage – Zur fehlenden Ausschreibung und zum Ermessen*

Der Gerichtshof prüfte nach der ersten Frage zunächst die dritte. In diesem Zusammenhang ließen sich für den Gerichtshof 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

<sup>833</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 30.

<sup>834</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 31.

<sup>835</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 32 und 33.

<sup>836</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 36.

<sup>837</sup> Der Gerichtshof bezog sich hierbei u. a. auf die Urteile Gambelli und Placanica (G1/5 und 6).

<sup>838</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 32–39.

– drittens die Tatsache, dass die Vergabe ohne jede Transparenz erfolgt sei.

Für jede dieser Beschränkungen sei gesondert zu prüfen, ob sie geeignet sei, die Verwirklichung des von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei.<sup>839</sup>

Was erstens die begrenzte Zahl von Spielbankkonzessionen betreffe, so ergäben sich aus dieser Begrenzung Hemmnisse für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr. Infolge der Begrenzung der Zahl der Spielbanken auf zwölf – was einer Spielbank auf 750.000 Einwohnern entspreche – müssten die Verbraucher sich an einen anderen Ort begeben, um in einer Spielbank an den fraglichen Glücksspielen teilnehmen zu können,<sup>840</sup> worin der Gerichtshof eine weitere Beschränkung sah.

Was zweitens die Dauer der Konzessionen betreffe, so könne die Vergabe für eine Dauer von bis zu 15 Jahren die Ausübung der durch die Art. 43 und 49 EG gewährleisteten Freiheiten durch Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten behindern oder sogar unmöglich machen. Sie stelle daher ebenfalls eine Beschränkung der Ausübung dieser Freiheiten dar. Was aber die Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit dem Unionsrecht angehe, so könne die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien. Dies scheine 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 könne, dass der Konzessionär ausreichend Zeit benötige, um die für die Gründung einer Spielbank erforderlichen Investitionen zu amortisieren.<sup>841</sup>

Was drittens das Verfahren der Vergabe der Konzessionen betreffe, sei zunächst darauf hinzuweisen, dass Dienstleistungskonzessionen beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts zwar von keiner der Richtlinien erfasst würden, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt habe. Die öffentlichen Stellen, die solche Konzessionen vergeben würden, hätten jedoch die Grundregeln der Verträge, insbesondere die Art. 43 und 49 EG und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten.<sup>842</sup> Auch wenn das Transparenzgebot nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibe, verpflichte es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potentiellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien.<sup>843</sup> Die ohne jede Transparenz erfolgte Vergabe einer Konzession an einen Wirtschaftsteilnehmer, der in dem Mitgliedstaat niedergelassen sei, dem der öffentliche Auftraggeber zugehöre, stelle eine Ungleich-

<sup>839</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 43.

<sup>840</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 44 und 45.

<sup>841</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 46–48.

<sup>842</sup> Der Gerichtshof zitierte dabei die Urteile v. 07.12.2000 in der Rs. C-324/98, (Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745) Rnn. 60 und 61, ECLI:EU:C:2000:669, v. 21.07.2005, in der Rs. C-231/03 (Coname, Slg. 2005, I-7287) Rnn. 16–19, ECLI:EU:C:2005:487, v. 13.10.2005, in der Rs. C-458/03 (Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585) Rnn. 46–48, ECLI:EU:C:2005:605, v. 13.04.2010, in der C-91/08 (Wall, Slg. 2010, I-2815) Rn. 33, ECLI:EU:C:2010:182 und v. 03.06.2010, in der Rs. C-203/08 (Sporting Exchange – s. 1/9a) Rn. 39, ECLI:EU:C:2010:307. Da vom Gerichtshof (in späteren Fällen) mehrfach auf die Rs. *Parking Brixen* verwiesen wurde, soll auf sie hier kurz eingegangen werden. Es ging damals um einen gebührenpflichtigen Parkplatz, der zunächst von der Stadt Brixen selbst betrieben und dann schließlich an ein privates Unternehmen vergeben worden war, das auch noch andere Geschäfte betrieb. Rechtsdogmatisch ging es im Hinblick auf das Vergaberecht um die beiden „Teckal-Kriterien“ (vgl. Urteil v. 18.11.1999 in der Rs. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, – Teckal, Slg. 1999, I-8121). Aus diesem Urteil ergibt sich, dass die Bindungen des Vergaberechts nicht bei einem In-House-Geschäft gelten oder wenn beide Teckal-Kriterien (kumulativ) vorliegen. Nach dem ersten Teckal-Kriterium muss der öffentliche Auftraggeber über den Konzessionsnehmer eine ähnliche Kontrolle ausüben können, wie über seine eigenen Dienststellen. Nach dem zweiten Teckal-Kriterium darf der Geschäftspartner des öffentlichen Auftraggebers im Wesentlichen nur für diesen Auftraggeber tätig sein. Ist der „gewünschte“ Geschäftspartner noch anderweitig tätig, muss eine Ausschreibung erfolgen. Doch unbeschadet dieser Ausnahmen, ist immer ein gewisser Grad an Öffentlichkeit zu gewährleisten, denn die Grundregeln des Unionsvertrags sind stets zu beachten.

<sup>843</sup> Der Gerichtshof verwies auch insoweit auf sein Urteil Sporting Exchange (G1/9a) Rnn. 40 und 41 und die dort angeführte Rechtsprechung.

behandlung zum Nachteil von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern dar, die keine reale Möglichkeit hätten, ihr Interesse an der fraglichen Konzession zu bekunden. Eine derartige Ungleichbehandlung verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und stelle eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar, die verboten sei, sofern sie nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt werde.<sup>844</sup> Dass die Erteilung von Genehmigungen für den Betrieb von Spielbanken nicht mit Dienstleistungskonzessionsverträgen gleichzustellen sei,<sup>845</sup> könne für sich allein nicht rechtfertigen, dass die Erfordernisse, die sich aus Art. 49 EG ergäben, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, nicht beachtet würden.<sup>846</sup>

Im Ausgangsverfahren – so der Gerichtshof in Rn. 56 – stehe das völlige Fehlen von Transparenz bei der Vergabe der Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken nicht mit den Art. 43 und 49 EG im Einklang.

### *(8.3) Zur 2. Frage – Zur Kohärenz*

Angesichts der Antworten auf die erste und die dritte Frage sowie der Verbindung, die das vorliegende Gericht zwischen dem Tatbestand der Herrn Engelmann vorgeworfenen Straftat und der Frage sehe, ob dieser rechtmäßig von der Möglichkeit ausgeschlossen worden sei, eine Konzession zu erhalten, brauchte für den EuGH die 2. Frage nicht beantwortet zu werden.<sup>847</sup>

Zu dieser Verbindung hatte der EuGH schon in Rn. 26 ausgeführt, Herr Engelmann hätte eine solche Konzession auch nicht erhalten können, da er zum einen die nach den fraglichen nationalen Rechtsvorschriften verlangten Voraussetzungen, nämlich die Gründung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Österreich, nicht erfüllte, und da zum anderen sämtliche nach den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Konzessionen bereits an eine österreichische Gesellschaft vergeben worden waren. Dem vorlegenden Gericht zufolge hing es von der Zulässigkeit dieses Ausschlusses ab, ob Herr Engelmann die ihm zur Last gelegte Straftat verwirklicht habe. Daher war für den EuGH zuerst die 1. und die 3. Frage zu prüfen.

## **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

### *(9.1) Zur 1. Vorlagefrage – Zur Gesellschaftsform und dem Sitzerfordernis*

#### *(9.1.1) Vorbemerkung zur Berufung auf die Niederlassungsfreiheit*

Der GA erwähnte zunächst, dass das vorliegende Gericht fallrelevant von der Niederlassungsfreiheit ausgehe, doch könne eine erste Betrachtung der Frage zu der Annahme verleiten, dass es hier eher um die Dienstleistungsfreiheit (gemäß Art. 49 EG) gehe, da die Unternehmen, die von der Vergabe derartiger Konzessionen ausgeschlossen sein könnten, diejenigen seien, die ihren Sitz nicht im Empfängerland der Dienstleistung hätten.<sup>848</sup>

Die Rechtsprechung habe den jeweiligen Geltungsbereich dieser beiden Freiheiten klar abgegrenzt, wobei die Schlüsselfrage die sei, ob der Wirtschaftsteilnehmer seine Dienstleistungen in stabiler und kontinuierlicher Weise von einem Berufsdomizil im Empfängerstaat oder von einem Berufsdomizil in einem anderen Mitgliedstaat aus anbiete. Im erstgenannten Fall falle der Wirtschaftsteilnehmer in den Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit; im zweitgenannten sei er

<sup>844</sup> Neben den bereits genannten Urteilen Coname (Rn. 19) und Parking Brixen (dortige Rn. 50) verwies der EuGH abermals auf sein Urteil v. 17.07.2008 in der Rs. C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416, (ASM Brescia, Slg. 2008, I-5641) Rnn. 59 und 60.

<sup>845</sup> Zur Abgrenzung eines „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ von einer „öffentlichen Dienstleistungskonzession“ s. o. Teil D, III, 1.4 „die Vergaberichtlinien.“

<sup>846</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rnn. 49–52. Der Gerichtshof zitierte in diesem Zusammenhang wiederum das Urteil Sporting Exchange (G1/9a) Rn. 46.

<sup>847</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 59.

<sup>848</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., GA Mažak, ECLI:EU:C:2010:79, Nrn. 37 und 43.

ein grenzüberschreitender Dienstleister, der unter die Dienstleistungsfreiheit falle<sup>849</sup>. Aus der Sicht des Art. 43 EG sei dieser Begriff „Berufsdomizil“ weit auszulegen, sodass er nicht nur den hauptsächlichsten physischen Ausgangspunkt der Tätigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, sondern auch etwaige untergeordnete Ausgangspunkte umfasse wie z. B. die Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften.<sup>850</sup>

Kernbereich des Art. 43 EG sei demnach *„die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“*.<sup>851</sup> *„Durch die den Marktteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten auferlegte Verpflichtung, ihre Hauptniederlassung in dem Staat zu haben, in dem sie ihre Dienstleistungen anbieten wollen, wird sicherlich ‚die Dienstleistungsfreiheit geradezu negiert‘. Allerdings habe der Gerichtshof bereits darauf hingewiesen, ‚dass die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen gegenüber denen des Kapitels des Niederlassungsrechts subsidiär sind‘.*<sup>852</sup>

#### (9.1.2) Zum Erfordernis eines Sitzes in Österreich

Für den GA stellte ein solches Erfordernis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, und außerdem handele es sich um ein eindeutiges Beispiel einer unmittelbaren Diskriminierung. Art. 43 EG enthalte ein Verbot sämtlicher Beschränkungen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv machten.<sup>853</sup> Diskriminierende Maßnahmen könnten nur durch eine der in den Art. 45 und 46 EG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen gerechtfertigt werden. Von den in diesen Artikeln vorgesehenen Ausnahmen könnten im vorliegenden Fall gegebenenfalls die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Art. 46 EG herangezogen werden. Wie alle Ausnahmeregelungen habe der EuGH Art. 46 EG aber stets eng ausgelegt. Dieser Rechtfertigungsgrund setze nämlich voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre.<sup>854</sup>

Im Gegensatz zur Ansicht Österreichs lasse 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 nicht wirksam kontrollieren könnten. Außerdem könne die Zahlung einer etwaigen Geldstrafe durch die vorherige Stellung einer Sicherheit abgesichert werden.<sup>855</sup>

#### (9.1.3) Zum Erfordernis der Gesellschaftsform einer Aktiengesellschaft

Auch insoweit handelte es sich für den GA um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Gleichwohl habe das Erfordernis einer bestimmten Rechtsform, anders als das Staatsangehörigkeitserfordernis, keinen diskriminierenden Charakter, da es ohne Unterschied für österreichische Staatsangehörige wie für solche anderer Mitgliedstaaten gelte. Das Erfordernis könne ggf. durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.<sup>856</sup> Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die der Gerichtshof anerkannt habe, zählten für den GA der Verbraucherschutz, die Betrugsvermeidung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spiel.<sup>857</sup>

In Nr. 68 hielt der GA noch fest, dass das im Gesellschaftsrecht enthaltene Erfordernis eines Mindestkapitals für Aktiengesellschaften ggf. einen sozialen Schutzzweck erfüllen könne, indem es eine gewisse Seriösitätsschwelle für die Aufnahme von gewerblichen Tätigkeiten darstelle

<sup>849</sup> Der GA bezog sich dabei u. a. auf das Urteil v. 30.11.1995 in der Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, (Gebhard, Slg. 1995, I-4165) Rn. 22. Zu diesem Urteil generell s. o. Teil D, IV, 1 bzw. Fn. 283.

<sup>850</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 44 und 45.

<sup>851</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 46.

<sup>852</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 48.

<sup>853</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 51 bis 53.

<sup>854</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 57–59.

<sup>855</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 60.

<sup>856</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 64 und 65.

<sup>857</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 67.

und einen gewissen Gläubigerschutz bei dieser Tätigkeitsaufnahme gewährleiste. Es sei jedoch Sache des vorliegenden Gerichts, zu beurteilen, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit den genannten Voraussetzungen genüge.

*(9.2) Zur 2. Vorlagefrage – Zum Erfordernis einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels*

Das vorliegende Gericht habe zu verstehen gegeben, dass das staatliche Monopol bei Spielbanken deshalb nicht mit dem Vertrag zu vereinbaren sei, weil die Inhaber von Konzessionen für andere, gleichfalls monopolisierte Spiele Werbung für ihre Produkte betreiben würden.<sup>858</sup>

Für den GA setzte die Antwort auf die zweite Frage eine Argumentation in zwei Schritten voraus. In einem ersten Schritt sei zu prüfen, inwieweit es möglich sei, „für einer Monopolregelung unterliegende Spiele Werbung zu treiben, ohne die Kohärenz der Glücksspielpolitik zu beeinträchtigen – dies sei die Frage der Werbung“. In einem zweiten Schritt sei 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 [könne] – dies [sei] die Frage der sektoriellen Analyse“.<sup>859</sup>

*(9.2.1) Die Frage der Werbung*

Der Gesetzgeber habe das doppelte Ziel verfolgt, das Glücksspiel in legale Bahnen zu lenken und so zu verhindern, dass die Spielteilnehmer in Versuchung gerieten, illegale Glücksspiele auszuprobieren, und gleichzeitig die Glücksspielpraxis zu überwachen und die Spielteilnehmer zu schützen.<sup>860</sup>

Der GA schloss sich in Nr. 84 der Meinung der Kommission an, die zum Ausdruck gebracht habe: „Was die Werbung angeht, muss das nationale Gericht ferner prüfen, inwieweit die relevanten Strategien des faktischen Monopolinhabers den potentiellen 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.“

*(9.2.2) Die Frage der sektoriellen Analyse*

Hierzu führte der GA in den Nrn. 88 ff. aus:

- „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 sei<sup>861</sup>. 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.
- 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 [...].
- 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 nicht<sup>862</sup>“.

<sup>858</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 73.

<sup>859</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 74–76.

<sup>860</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 79.

<sup>861</sup> Der GA bezog sich dabei auf die Rn. 49 des Urteils *Placanica* (G1/6).

<sup>862</sup> GA *Mažák* zitierte dabei das Urteil v. 13.07.2004 in der Rs. C-262/02, ECLI:EU:C:2004:431, (Kommission vs. Frankreich, Slg. 2004, I-6569).

91 *Mit dieser sektoriellen Analyse ist das von der österreichischen Regierung [...] 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.“*

(9.3) Zur 3. Vorlagefrage – Zur Dauer der Konzessionen und zum Transparenzgebot

Aus der Sicht des GAs sprach nichts dagegen, die Dauer der Glücksspielkonzessionen auf 15 Jahre festzulegen. Er sagte dazu in Nr. 97:

*„Aus meiner Sicht spricht [...] 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.“*

Im Rahmen dieser Frage sei weiter vorgetragen worden, dass die Konzessionen unter Ausschluss der Öffentlichkeit vergeben worden seien, und dass die Laufzeit dieser Konzessionen vor dem Ablaufzeitpunkt erneuert worden seien, um das Ausschreibungsverfahren zu umgehen. Die österreichische Regierung hatte bestätigt, dass die Laufzeit der Konzessionen ohne vorherige Bekanntmachung auf 22 Jahre verlängert worden sei.<sup>863</sup> Nach ständiger Rechtsprechung sei der allgemeine Transparenzgrundsatz mit der Verpflichtung verbunden, dass zu Gunsten der potentiellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen sei, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien. 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 und 46 EG oder auf einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses rechtfertigen.<sup>864</sup>

Insgesamt war der GA der Meinung, dass „das den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auferlegte Verbot der Teilnahme an Ausschreibungen“ eine diskriminierende Beschränkung sei, die nicht gerechtfertigt werden könne.<sup>865</sup>

## (10) Kommentierung

Während der EuGH z. B. im Urteilstenor der Rsn. Markus Stoß u. a. mehr beantwortete als vom vorlegenden Gericht gefragt worden war, fiel die Antwort in der Rs. Engelmann sehr verkürzt aus. Obwohl sich der EuGH im Rahmen der Beantwortung der ersten Frage mit beiden Aspekten befasste – der verlangten Gesellschaftsform und der Verpflichtung zu einem inländischen Sitz –, beantwortete er im Tenor nur den letztgenannten Teil, wobei ihm inhaltlich allerdings zuzustimmen ist.

Die Begründung der Nichtbeantwortung der zweiten Frage<sup>866</sup> ist etwas merkwürdig, auch wenn sie aus formalen Gründen zutreffen sollte. Angesichts der Aussagen der Großen Kammer des Gerichtshofs in den am Tag zuvor ergangenen Urteilen Markus Stoß u. a. sowie Carmen Media

<sup>863</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 98 und 99.

<sup>864</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nrn. 97–101.

<sup>865</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 103.

<sup>866</sup> Schlussanträge Engelmann (G1/14), a. a. O., Nr. 59.

praktisch zu den gleichen Fragen, kann über das Unterlassen der Antwort durch die Vierte Kammer jedoch hinweg gesehen werden.

Was die Antwort auf die dritte Frage anbelangt, so ist ihr im Hinblick auf die Verletzung des Transparenzgebots zuzustimmen. Was jedoch die Bestätigung der 15-Jahresfrist für die Spielbankkonzessionen anbelangt,<sup>867</sup> so könnten hier doch Zweifel angemerkt werden. Obwohl der Gerichtshof im Hinblick auf staatliche Einnahmen wirtschaftliche und finanzielle Gründe nicht oder allenfalls nur als eine erfreuliche Nebenfolge, jedoch nicht als einen Rechtfertigungsgrund akzeptiert, sieht er dagegen in der langen Amortisationsfrist für Investitionen einen Rechtfertigungsgrund, wie er es in der Rs. FFAD schon einmal getan hatte.<sup>868</sup> Da man die Sachverhalte jedoch nicht direkt miteinander vergleichen kann, wäre es schon wünschenswert gewesen, auf die Amortisationsfrist detaillierter einzugehen. Fallbezogen war es zwar unerheblich, da der Gerichtshof auf die Verletzung des Transparenzgebots abstellen konnte, was allein zum Entgegenstehen der Art. 43 und 49 EG ausreichte. Dennoch befremdet gerade fallrelevant die Bestätigung einer langen Amortisationsfrist, werden damit doch wirtschaftliche Gründe respektiert.

Der Einwand des GAs, verkürzte Laufzeiten könnten zu einer aggressiven Geschäftspolitik führen, ist zwar bedenkenswert, doch könnte ein solches Geschäftsgebaren durch besondere Auflagen eingeschränkt und mit entsprechenden Kontrollen überprüft werden.

## **(11) Nachtrag**

Betreffend das Urteil Engelmann wären der Vollständigkeit halber noch die Rsn. C-235/08 (Strafverfahren gegen Roland Langer) und C-116/09 (Strafverfahren gegen Antonio Formato und sieben andere) zu nennen, die ebenfalls vom Landesgericht Ried im Innkreis vorgelegt, jedoch nach dem Urteil in der Rs. Engelmann wieder zurückgezogen worden sind, zumal in ihnen (wortgleich) die gleichen Fragen wie im Fall Engelmann gestellt worden waren.

### **3.1.15 Die Rechtssache ZETURF (G1/15)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In diesem Vorabentscheidungsverfahren,<sup>869</sup> das vom Conseil d'État<sup>870</sup> vorgelegt wurde, ging es i. Z. m. einer Ausschließlichkeitsregelung für Pferdewetten um 3 Rechtfertigungsgründe für ein Monopol, das zum einen zur Bekämpfung der Spielsucht, zum anderen gegen betrügerische und kriminelle Aktivitäten sowie drittens als ein Beitrag zur Entwicklung des ländlichen Raums nötig sei. Es ging, wie in den Fällen Markus Stoß u. a. und Carmen Media (G1/12 und G1/13), um die kohärente und systematische Verfolgung der Rechtfertigungsziele. Zugleich war der Vertrieb der Pferdewetten über traditionelle Kanäle mit dem über das Internet zu vergleichen.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Rs. war am 21.05.2008 beim EuGH eingegangen. Am 08.12.2010 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. GA Jääskinen hat keine Schlussanträge gestellt. Das 22-seitige Urteil (mit 84 Rnn.) der Achten Kammer (mit 3 Richtern) erging am 30.06.2011. Die Rs. war also etwas über drei Jahre anhängig. Am Verfahren haben sich neben Zeturf und dem PMU<sup>871</sup> die fran-

<sup>867</sup> Urteil Engelmann (G1/14), a. a. O., Rn. 48.

<sup>868</sup> Zu einem gleichen Ergebnis war der EuGH in seinem Urteil v. 23.05.2000 in der Rs. C-209/98, ECLI:EU:C:2000:279, (Af-fals/Milljøsektion – FFAD – gegen Københavens Kommune, Slg. 2000, I-3743), gekommen. Ein Unternehmer wollte damals Bauabfälle ins Ausland verkaufen. Die Stadt Kopenhagen hatte jedoch auf einer Anlieferung in die städtische Deponie bestanden. Der Gerichtshof bestätigte dieses Ansinnen für die Dauer der Amortisation der teuren Anlage, die sonst zu Lasten der Öffentlichkeit nicht ausgelastet würde. Im Gegensatz zu Spielbanken war es im Fall FFAD allerdings um „echte“ öffentliche Interessen und um diejenigen der Steuerzahler gegangen.

<sup>869</sup> Siehe hierzu auch *Alber*, (Kurze) Anmerkungen zum Urteil Zeturf, Newsletter der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim v. 04.07. bzw. 14.07.2011.

<sup>870</sup> Der Staatsrat ist zugleich das höchste französische Verwaltungsgericht.

<sup>871</sup> PMU = Groupement d'intérêt économique Pari Mutuel Urbain. S. dazu die nachf. unter 3.2 gemachten Ausführungen zum französischen Recht. Um das PMU – und zwar im Zusammenhang mit Beihilfen – war es auch in der in der Fn. 297 genannten Rs. Ladbroke Racing gegangen.

zösische, belgische, deutsche, griechische, maltesische und portugiesische Regierung sowie die Kommission beteiligt.

### (3) Rechtlicher Rahmen

#### (3.1) Unionsrecht

Die Rs. betraf die Auslegung der Art. 49 und 50 EG. Sekundärrechtlich ging es auch um die Richtlinie 90/428/EWG des Rates v. 26.06.1990 über den Handel mit Sportpferden und zur Festlegung der Bedingungen für die Teilnahme an pferdesportlichen Veranstaltungen (Europ. ABl. L 224, S. 60).

#### (3.2) Französisches Recht

Fallbezogen galt noch das „alte“ französische Recht mit seiner strengen Reglementierung der Sportwetten. Einschlägig waren

- a) das Gesetz vom 02.06.1891 zur Regelung der Genehmigung und des Betriebs von Pferderennen (*Bulletin des lois* 1891, Nr. 23707),
- b) das Dekret Nr. 97-456 vom 05.05.1997 betreffend Pferderennvereine (JORF<sup>872</sup> vom 08.05.1997, S. 7012) sowie
- c) der Erlass vom 13.09.1985 über Totalisatorwetten (JORF vom 28.09.2001, S. 15333).

Zu berücksichtigen war zudem die Satzung des PMU.

Die Einzelheiten dieser Rechtsakte ergeben sich (mittelbar) aus den Vorlagefragen, dem Urteils-tenor und der Begründung durch den Gerichtshof. Hier nur so viel: Pferdewetten unterlagen nach dem fallrelevant geltenden französischen Recht einem grundsätzlichen Verbot. Nur bestimmten (Pferde-)Rennvereinen war die Veranstaltung von Pferdewetten erlaubt. Diesen Rennvereinen war aufgegeben, zur Verwaltung der Wetten einen wirtschaftlichen Interessenverband zu gründen. Dies erfolgte in der Errichtung des PMU. Dem PMU war ein Monopol für die Annahme von Wetten außerhalb von Rennplätzen zugestanden worden. Diese Erlaubnis ermöglichte dem PMU zudem den Abschluss von Wetten über das Internet.<sup>873</sup>

Was die Organisation des PMU angeht, so wird es von einem Vorstand geleitet, der aus 10 von der Versammlung ernannten Mitgliedern besteht. Von diesen zehn sind vier Vertreter des Staates, von denen zwei vom Minister für Landwirtschaft und zwei vom Haushaltsminister vorgeschlagen werden. Der Vorstandsvorsitzende und sein Stellvertreter müssen vom Landwirtschaftsminister und vom Haushaltsminister bestätigt werden.<sup>874</sup>

Die Kontrolle und die Überwachung der Pferderennen und Totalisatorwetten werden von den Bediensteten der Direktion Ländlicher Raum und Forst des Landwirtschaftsministeriums, den Beamten des für Pferderennen zuständigen Polizeidienstes des Innenministeriums und den leitenden Buchprüfern der Staatskasse oder ihren Vertretern sichergestellt.<sup>875</sup> Weiter wird bestimmt, dass die Regelung über die Totalisatorwette vom Landwirtschaftsminister und vom Haushaltsminister nach Stellungnahme des Innenministers erlassen wird.<sup>876</sup> Auch die Wetten und die Veranstaltung der Pferderennen sind staatlich geregelt.<sup>877</sup>

Die Einsätze der beim PMU abgeschlossenen Wetten werden zu etwa 74 % unter den Wettteilnehmern verteilt. Etwa 12 % werden vom Staat einbehalten, etwa 8 % kommen der Pferdebran-

<sup>872</sup> JORF = Journal Officiel de la République Française (= franz. Amtsblatt).

<sup>873</sup> Urteil Zeturf (G1/15), Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rnn. 14–17.

<sup>874</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 18 und 19.

<sup>875</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 20.

<sup>876</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 21.

<sup>877</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 22.

che zugute und etwa 5 % decken die Kosten der Annahme und Bearbeitung der Wetten durch das PMU.<sup>878</sup>

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Zeturf ist eine Gesellschaft, die über eine Zulassung der maltesischen Regulierungsbehörde für Glücksspiele verfügt und auf ihrer Website u. a. Wetten auf französische Pferderennen anbietet. Sie beantragte 2005 beim französischen Landwirtschaftsminister die Aufhebung des Art. 27 des Dekrets von 1997, insbesondere seines Abs. 1, mit dem dem PMU ein Monopol für die Verwaltung von Pferdewetten außerhalb von Rennplätzen übertragen wurde. Zudem beantragte Zeturf, den Premierminister und den Landwirtschaftsminister unter Androhung eines Zwangsgeldes zu dieser Rücknahme zu veranlassen. Die stillschweigende Ablehnung dieses Antrags durch Nichtbeantwortung wurde von Zeturf (zuletzt) vor dem vorlegenden Staatsrat angefochten,<sup>879</sup> der dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorlegte.<sup>880</sup>

#### (5) Vorlagefragen

*„1. Sind die Art. 49 und 50 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Bestimmung entgegenstehen, die für Pferdewetten außerhalb der Rennplätze eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen, nicht gewinnorientierten Wirtschaftsteilnehmers vorsieht und die zwar geeignet erscheint, das Ziel der Bekämpfung von Straftaten und somit des Schutzes der öffentlichen Ordnung auf eine effizientere Weise als durch weniger einschränkende Maßnahmen zu gewährleisten, aber, um der Gefahr entgegenzuwirken und die Spieler auf das legale Angebot zu lenken, mit einer dynamischen Geschäftspolitik des Wirtschaftsteilnehmers verbunden ist, die daher das Ziel, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, nicht vollständig erreicht?“*

*2. Ist bei Beurteilung der Frage, ob eine nationale Bestimmung wie die in Frankreich geltende, die hinsichtlich Pferdewetten außerhalb der Rennplätze eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen, nicht gewinnorientierten Wirtschaftsteilnehmers vorsieht, gegen die Art. 49 und 50 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verstößt, die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit nur unter dem Blickwinkel der Beschränkungen der online angebotenen Pferdewetten zu beurteilen, oder ist der gesamte Sektor der Pferdewetten in die Betrachtung einzubeziehen, unabhängig von der Form, in der die Wetten den Spielern angeboten werden und ihnen zugänglich sind?“*

#### (6) Antwort des Gerichtshofs

In seinem Urteilstenor hat der EuGH für Recht erkannt:

*„1. Art. 49 EG ist wie folgt auszulegen:*

- a) Ein Mitgliedstaat, der bestrebt ist, ein besonders hohes Niveau des Verbraucherschutzes im Glücksspielsektor zu gewährleisten, kann Grund zu der Annahme haben, dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ihm erlaubt, die mit diesem Sektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksam zu verfolgen;*
- b) dem vorlegenden Gericht obliegt es, zu prüfen, ob*
  - die nationalen Behörden zu dem für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt wirklich beabsichtigten, ein solches besonders hohes Schutzniveau sicher-*

<sup>878</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 35.

<sup>879</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 26–28.

<sup>880</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 34.

- zustellen und ob die Schaffung eines Monopols im Hinblick auf dieses angestrebte Schutzniveau tatsächlich als erforderlich angesehen werden konnte, und*
- *die staatlichen Kontrollen, denen die Tätigkeit der Einrichtung, der die ausschließlichen Rechte zustehen, grundsätzlich unterliegt, tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise durchgeführt und damit die Ziele verfolgt werden, die diese Einrichtung zu erfüllen hat;*
- c) *um mit den Zielen der Bekämpfung der Kriminalität und der Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel im Einklang zu stehen, muss eine nationale Regelung, mit der ein Monopol im Bereich der Glücksspiele geschaffen wird,*
- *auf der Feststellung beruhen, dass die mit dem Spielen verbundenen kriminellen und betrügerischen Tätigkeiten und die Spielsucht in dem betroffenen Mitgliedstaat ein Problem darstellen, dem durch eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten abgeholfen werden könnte, und*
  - *darf nur eine Werbung erlauben, die maßvoll und strikt auf das begrenzt ist, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken.*
2. *Bei der Beurteilung der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch ein System, das für die Veranstaltung von Pferdewetten eine Ausschließlichkeitsregelung vorsieht, haben die nationalen Gerichte sämtliche austauschbaren Vertriebskanäle für diese Wetten zu berücksichtigen, es sei denn, die Nutzung des Internets führt dazu, dass die mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren über diejenigen hinaus verstärkt werden, die mit den über traditionelle Kanäle vertriebenen Spielen einhergehen. Im Fall einer nationalen Regelung, die gleichermaßen für online angebotene Wetten wie für Wetten gilt, die über traditionelle Vertriebskanäle angeboten werden, ist die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit unter dem Blickwinkel der Beeinträchtigungen zu beurteilen, die den gesamten in Rede stehenden Sektor treffen.“*

## **(7) Würdigung durch den Gerichtshof**

### *(7.1) Zur 1. Frage – Zum Ausschließlichkeitsrecht und zur Geschäftspolitik des Monopolbetreibers*

Der EuGH prüfte zuerst die Voraussetzungen, unter denen einem Wirtschaftsteilnehmer ein Ausschließlichkeitsrecht gewährt wurde, und sodann, inwieweit die Verfolgung einer dynamischen Geschäftspolitik durch diesen Wirtschaftsteilnehmer mit den Zielen übereinstimmen kann, die mit der Ausschließlichkeitsregelung verfolgt werden.<sup>881</sup>

Der Gerichtshof meinte in den Rnn. 40 ff., den Mitgliedstaaten stehe es frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und ggf. das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen.<sup>882</sup> Ein Mitgliedstaat, der bestrebt sei, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, könne Grund zu der Annahme haben, dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht werde, es ihm erlaube, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksam zu verfolgen.<sup>883</sup> Den nationalen Behörden stehe es nämlich frei, den Standpunkt zu vertreten, dass der Umstand, dass sie als Kontrollinstanz der mit dem Monopol betrauten Einrichtung über zusätzliche Mittel verfügten, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen könnten. Dies gewährleiste ihnen eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebots und biete bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Veranstalter in ei-

<sup>881</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 36.

<sup>882</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 40.

<sup>883</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 41.

ner Wettbewerbssituation der Fall wäre, selbst wenn diese eine Erlaubnis benötigten und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterlägen.<sup>884</sup> Gleichwohl müssten die vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen, was von den nationalen Gerichten zu prüfen sei.<sup>885</sup>

Insoweit seien einige Klarstellungen vorzunehmen. Was die mit der nationalen Regelung verfolgten Ziele anbelange, so gehe aus den Akten und den im Verfahren abgegebenen Erklärungen hervor, dass mit der nationalen Regelung drei Ziele verfolgt würden, von denen die beiden wichtigsten die Bekämpfung von Betrug und Geldwäsche sowie der Schutz der Sozialordnung seien. Das dritte Ziel bestehe darin, durch die Finanzierung der Pferdebranche zur Entwicklung des ländlichen Raums beizutragen.<sup>886</sup>

Weiter sagte der Gerichtshof in den Rnn. 46-48:

*„Die ersten beiden dieser Ziele gehören [...] zu denen, die als Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in Bereich der Glücksspiele anerkannt sind. [...]. Das vorliegende Gericht wird [allerdings] zu prüfen haben, ob die nationalen Behörden [...] tatsächlich bestrebt waren, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, und ob die Einführung eines Monopols tatsächlich als erforderlich angesehen werden konnte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die bloße Tatsache, dass die Zulassung und die Kontrolle einer gewissen Zahl privater Betreiber sich für die nationalen Behörden als kostspieliger erweisen könne als die Aufsicht über einen einzigen Betreiber, unerheblich ist. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich nämlich, dass verwaltungstechnische Nachteile die Beeinträchtigung einer durch das Unionsrecht gewährleisteten Grundfreiheit nicht rechtfertigen können [...].“*

Dem vorliegenden Gericht obliege es ferner, zu prüfen, inwieweit das Vorbringen, durch den Handel mit Gewinnscheinen des PMU würden bedeutende Geldbeträge gewaschen – was nur möglich sei, weil die Wetten beim PMU anonym abgeschlossen würden –, bestätigt und nachgewiesen werden könne.<sup>887</sup>

Was das dritte Ziel betreffe, sei festzustellen, dass die angeführte Entwicklung des ländlichen Raums mit der Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten gleichgestellt werden könne. Hierzu habe der Gerichtshof wiederholt ausgeführt, dass es zwar nicht gleichgültig sei, dass Abgaben auf Einnahmen aus Glücksspielen in erheblichem Maße zur Finanzierung solcher Tätigkeiten beitragen könnten, dies jedoch nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein könne.<sup>888</sup>

Was die Kontrolle der Tätigkeit des PMU anbelange, so bestehe offenbar ein besonders hoher Grad an staatlicher Kontrolle über die Veranstaltung von Pferdewetten. Der Staat übe nämlich eine unmittelbare Kontrolle über die Funktionsweise des alleinigen Anbieters, über die Organisation von Veranstaltungen, auf die Wetten abgeschlossen wurden, über die zulässigen Arten von Wetten und ihre Vertriebskanäle einschließlich des Verhältnisses von Gewinnen und Einsätzen sowie über den Ablauf und die Überwachung der reglementierten Tätigkeiten aus. Das vorliegende Gericht könne daher grundsätzlich zu der Feststellung gelangen, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung geeignet sei, die Bekämpfung krimineller und betrügerischer Tätigkeiten, sowie den Schutz der Sozialordnung im Hinblick auf die Folgen des Glücksspiels für die Einzelnen und die Gesellschaft zu gewährleisten.<sup>889</sup>

<sup>884</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 42.

<sup>885</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 43.

<sup>886</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 44 und 45.

<sup>887</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 49 und 50.

<sup>888</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 51 und 52.

<sup>889</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 56.

Allerdings müsse eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleisten lasse, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein werde, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet sei und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliege, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.<sup>890</sup> Bei allen Anbietern – auch denjenigen, die öffentliche oder karitative Einrichtungen seien – bestehe nämlich ein gewisser Interessenkonflikt zwischen der Notwendigkeit, ihre Einnahmen zu vermehren, und dem Ziel, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern. Ein öffentlicher oder nicht gewinnorientierter Anbieter werde wie jeder private Anbieter versucht sein, seine Einnahmen zu maximieren und den Glücksspielmarkt zu entwickeln, und damit dem Ziel zuwiderhandeln, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern. Dies gelte insbesondere dann, wenn die erzielten Einnahmen zur Verwirklichung von Zielen bestimmt seien, die als Gemeinwohlziele anerkannt seien, da der Anbieter ermutigt werde, die aus Glücksspielen fließenden Einnahmen zu erhöhen, um diese Ziele besser erfüllen zu können. Diese Erwägungen gälten umso mehr, wenn der alleinige Anbieter ausschließliche Rechte sowohl an der Veranstaltung von Pferderennen als auch an den auf sie abgeschlossenen Wetten besitze. Dieser Anbieter befinde sich in einer günstigen Lage, um die Wettstätigkeit durch die Erhöhung der Zahl von Veranstaltungen ggf. zu steigern.<sup>891</sup>

*„Im Hinblick auf die Verfolgung einer dynamischen Geschäftspolitik gehe aus dem Vorabentscheidungsersuchen und den abgegebenen Erklärungen hervor, dass der <sup>[892]</sup> PMU seine Produkte – auch im Internet – intensiv und vermehrt bewerbe und die Zahl der Vertriebsstellen für Wetten und der den Spielern angebotenen Produkte erhöhe. Er verfolge außerdem eine Geschäftsstrategie, die darauf gerichtet sei, neue Publikumskreise [...] zu gewinnen“.*<sup>893</sup>

Die Behörden eines Mitgliedstaats, soweit sie die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Glücksspielen teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, könnten sich aber im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, nicht auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen.<sup>894</sup> Gleichwohl habe der Gerichtshof entschieden, dass eine Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspieltätigkeiten – also eine dynamische Geschäftspolitik – mit dem Ziel in Einklang stehen könne, sie in kontrollierbare Bahnen zu lenken, indem Spielern, die verbotenen geheimen Spiel- oder Wettstätigkeiten nachgingen, ein Anreiz gegeben werde, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Bei einem Monopol sei nämlich davon auszugehen, dass es vor kriminellen Elementen geschützt und darauf ausgelegt sei, die Verbraucher besser vor übermäßigen Ausgaben und vor Spielsucht zu bewahren. Zur Erreichung dieses Ziels der Lenkung in kontrollierbare Bahnen sei es erforderlich, dass die zugelassenen Veranstalter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellten, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechiken mit sich bringen könne.<sup>895</sup>

Im Rahmen der Prüfung dieser Umstände habe das vorliegende Gericht insbesondere zu untersuchen, ob zum einen die mit dem Spielen verbundenen kriminellen und betrügerischen Tätigkeiten und zum anderen die Spielsucht zu der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeit in Frankreich ein Problem darstellen konnten, und ob eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten geeignet gewesen wäre, diesem Problem abzuhelpfen. Jedenfalls müsse die

<sup>890</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 58.

<sup>891</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 59–61.

<sup>892</sup> Die Geschlechtsbezeichnung des PMU variiert im Urteil zwischen männlich und sächlich.

<sup>893</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 65.

<sup>894</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 66.

<sup>895</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 67 und 68.

vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt bleiben, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe eine solche Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zur Teilnahme am Spiel angeregt würden, etwa indem das Spiel verharmlost oder ihm ein positives Image verliehen werde, das daran anknüpfe, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet würden, oder indem die Anziehungskraft des Spiels durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht werde, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellten.<sup>896</sup>

*(7.2) Zur 2. Frage – Zur Beurteilung der Online-Pferdewetten im Verhältnis zum Gesamtmarkt der Pferdewetten*

Im Hinblick darauf, „wie der Umfang der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch ein System, das eine Ausschließlichkeitsregelung für die Veranstaltung von Pferdewetten zugunsten eines einzigen Betreibers aufstellt, zu beurteilen ist“, ging es insbesondere um die Frage, „ob der Markt für online angebotene Pferdewetten vom gesamten Sektor der Pferdewetten getrennt zu betrachten ist“.<sup>897</sup> Dazu stellte der Gerichtshof zunächst fest,

*„dass alle Beschränkungen, die das Glücksspielangebot im Internet betreffen, die Anbieter stärker beeinträchtigen, die außerhalb des betroffenen Mitgliedstaats, in dem die Dienstleistungsempfänger die Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ansässig sind; diesen Anbietern würde so im Vergleich zu den in diesem Mitgliedstaat ansässigen Anbietern ein Vermarktungsmittel genommen, das für den unmittelbaren Zugang zu diesem Markt besonders wirksam ist [...]“.<sup>898</sup>*

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe sich, dass das Internet lediglich ein Vertriebskanal [Hervorhebung durch Verf.] für Glücksspiele sei. Es komme nun auf den Grad an Austauschbarkeit der verschiedenen Vertriebskanäle aus der Sicht des Verbrauchers an. Sollte etwa festgestellt werden, dass die Verbraucher den Abschluss einer bestimmten Pferdewette über das Internet als einen Ersatz für den Abschluss dieser Wette über die traditionellen Vertriebskanäle ansähen, würde dies für eine Gesamtbeurteilung statt einer getrennten Beurteilung für jeden Vertriebskanal des Sektors sprechen.<sup>899</sup>

Der EuGH sagte dann in Rn. 77 weiter: *„Der Markt für Pferdewetten sollte daher grundsätzlich in seiner Gesamtheit betrachtet werden, unabhängig davon, ob die fraglichen Wetten über die traditionellen Kanäle, d. h. physische Annahmestellen, oder über das Internet angeboten werden; eine Beschränkung der Tätigkeit der Wettannahme sollte unabhängig davon geprüft werden, auf welchem Wege die Wetten abgeschlossen werden.“*

Der Gerichtshof sagte zudem, er habe bereits auf gewisse Besonderheiten des Anbietens von Glücksspielen über das Internet hingewiesen und insbesondere ausgeführt, dass über das Internet angebotene Glücksspiele, verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich bergen würden, dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen würden. Desgleichen könnten sich die Besonderheiten des Angebots von Glücksspielen im Internet als Quelle von anders gearteten und größeren Gefahren für den Schutz der Verbraucher und insbesondere von Jugendlichen und Personen erweisen, die eine besonders ausgeprägte Spielneigung besäßen oder eine solche Neigung entwickeln könnten.<sup>900</sup> Neben dem fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen Verbraucher und Anbieter stellten auch der besonders leichte und ständige Zugang zu den im Internet angebotenen Spielen sowie die potentiell große Menge

<sup>896</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 70 und 71.

<sup>897</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 73.

<sup>898</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 74.

<sup>899</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 75 und 76.

<sup>900</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 79 und 80.

und Häufigkeit eines solchen Angebots mit internationalem Charakter in einem Umfeld, das überdies durch die Isolation des Spielers, durch Anonymität und durch fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnet sei, Faktoren dar, die die Entwicklung von Spielsucht und übermäßige Ausgaben für das Spielen begünstigten und aufgrund dessen die damit verbundenen negativen sozialen und moralischen Folgen, die in ständiger Rechtsprechung herausgestellt worden seien, vergrößern könnten.<sup>901</sup>

Der EuGH folgerte daraus in Rn. 81: *„Folglich sind sämtliche austauschbaren Vertriebskanäle zu berücksichtigen, es sei denn, die Nutzung des Internets führt dazu, dass die mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren über diejenigen hinaus verstärkt werden, die mit den über traditionelle Kanäle vertriebenen Spielen einhergehen.“*

## **(8) Kommentierung**

Als Fazit kann festgehalten werden, dass das Urteil Zeturf letztlich keine neuen Erkenntnisse brachte, was auch nicht zu erwarten war. Dies erklärt wohl zugleich, warum GA Jääskinen keine Schlussanträge vorgelegt hat, und warum nur eine Dreierkammer mit der Rechtssache befasst worden war. Der Gerichtshof wiederholte (gut zusammenfassend und wortgleich) viele Formulierungen aus früheren Urteilen und verwies zudem mehrfach auf die vorangegangenen Urteile Markus Stoß u. a. und Carmen Media vom 08.09.2010.

Neu in dieser Form war im Hinblick auf Glücksspiele nur die Aussage, dass verwaltungstechnische Nachteile, konkret die kostspieligere Kontrolle mehrerer privater Anbieter gegenüber der einfacheren (und deshalb auch billigeren) Kontrolle eines einzigen Monopolbetreibers, kein Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit sein könne.<sup>902</sup> Aus der bisherigen ablehnenden Rechtsprechung des EuGH, wirtschaftliche oder finanzielle Aspekte als (vollwertige bzw. alleinige) Rechtfertigungsgründe anzuerkennen, wäre dies allerdings schon ohne diese Feststellung ableitbar gewesen. Die nunmehr erfolgte Einbeziehung und Gleichstellung „verwaltungstechnischer Nachteile“ mit den wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist aber dennoch zu begrüßen.

Bislang war auch – fast ungeprüft – davon ausgegangen worden, dass eine Monopollösung praktisch von sich aus zu einer hohen Kontrolldichte führe. Der Gerichtshof hat in der vorliegenden Rs. Zeturf<sup>903</sup> erneut und pointiert klargestellt, dass mit der Einführung eines Monopols auch die Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen muss, aus dem sich jedoch zugleich ergeben müsse, dass der Monopolbetreiber nicht nur einer strikten behördlichen Kontrolle unterliege, sondern zugleich tatsächlich in der Lage sein müsse, das festgelegte Ziel kohärent und systematisch zu verfolgen. Nur dies scheint für den EuGH eine Gewährleistung dafür zu sein, dass die mit dem Monopol verfolgten Ziele auch wirklich verfolgt werden.

Pointiert – und insofern neu – waren die kritischen Bemerkungen zur Einnahmenerzielung aller (nicht gewinnorientierter) Glücksspielanbieter, also auch derjenigen, die öffentliche oder karitative Einrichtungen seien.<sup>904</sup> Denen allen gehe es mitunter doch eher um die Vermehrung ihrer Einnahmen als um die Verfolgung der angegebenen Rechtfertigungsgründe. Dass eine solche Praxis nicht der kohärenten und systematischen Verfolgung der Ziele entspricht, die mit der Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts angestrebt werden soll, versteht sich von selbst.

Die Ausführungen zum Internet entsprachen der bisherigen Rechtsprechung. Der Aussage, im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit hänge die Vergleichbarkeit der Vertriebskanäle von deren Austauschbarkeit aus der Sicht der Spielteilnehmer ab, ist zuzustimmen wie ebenso der Präferenz, dabei den Markt für Pferdewetten in seiner Gesamtheit und unab-

<sup>901</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 80.

<sup>902</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 46 ff.

<sup>903</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 56 und 58.

<sup>904</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rnn. 59 ff.

hängig vom tatsächlich gewählten Vertriebskanal zu betrachten,<sup>905</sup> wobei nicht leicht ersichtlich ist, was der Markt für Pferdewetten mit dem Vertriebskanal zu tun hat. Zuzustimmen ist ebenfalls der Festhaltung in der Ziffer 2 des Urteilstenors, dass anderes nur gelte, wenn *„die Nutzung des Internets [dazu] führt [...], dass die mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren über diejenigen hinaus verstärkt werden, die mit den über traditionelle Kanäle vertriebenen Spielen einhergehen.“* Nur bei Vorliegen dieser Besonderheit unterscheidet der Gerichtshof also die Inanspruchnahme eines Spielangebots via Internet von den traditionellen Zugängen. Ansonsten ist die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch eine Internetregelung – wie es im Urteilstenor weiter heißt – *„unter dem Blickwinkel der Beeinträchtigungen zu beurteilen, die den gesamten in Rede stehenden Sektor treffen.“*

### 3.1.16 Die Rechtssache DICKINGER und ÖMER (G1/16)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In dieser österreichischen Vorabentscheidungssache, der ein Strafverfahren wegen unerlaubten Glücksspiels gegen die Herren Dickinger und Ömer zugrunde lag, die in Österreich über maltesische Gesellschaften Glücksspiele anboten, ging es um die Vereinbarkeit der österreichischen Monopolregelung für Lotterien im Internet mit der Dienstleistungsfreiheit und zwar im Hinblick darauf, dass nur Aktiengesellschaften mit Sitz im Inland ein solches Monopol erhalten konnten. Insoweit war der Fall der Rs. Engelmann (G1/14) vergleichbar. Neu war jedoch der Punkt, dass die in Österreich ansässigen Gesellschaften keinen Filialbetrieb außerhalb Österreichs errichten durften. Zugleich ging es um Internetangebote aufgrund einer maltesischen Lizenz. Im Hinblick auf eine etwaige gegenseitige Anerkennung bzw. im Rahmen einer etwaigen Strafbarkeit ging es dabei schwerpunktmäßig um das Ausmaß der maltesischen Kontrollen, die strenger waren – und auch dieser Punkt war neu – als diejenigen in Österreich.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen des Bezirksgerichts Linz (Österreich) war am 31.08.2009 beim EuGH eingegangen. GA Bot hat am 31.03.2011 seine 23-seitigen Schlussanträge mit 162 Nrn. vorgelegt. Das 26-seitige und 101 Rnn. umfassende Urteil der Vierten Kammer, einer 5-er Kammer, erging am 15.09.2011. Der Fall war also 12,5 Monate anhängig. Beteiligt haben sich außer dem Anwalt der beiden Angeklagten, die österreichische, belgische, griechische, maltesische und portugiesische Regierung sowie die Kommission.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Unionsrecht

Einschlägig war die Dienstleistungsfreiheit. Fast verschämt und nicht im Rahmen der inhaltlichen Würdigung des Falls, sondern bei der Schilderung des rechtlichen Rahmens, sagte GA Bot<sup>906</sup> wörtlich – und damit quasi seine frühere Auffassung korrigierend, *„da Glücksspiele eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, fallen sie in den Geltungsbereich der Verkehrsfreiheiten, insbesondere unter Art. 49 EG [...]“*

##### (3.2) Österreichisches Recht

Zum österreichischen Recht s. o. Teil C, II. Im Fall Dickinger und Ömer galt allerdings noch das frühere Recht. Eine Konzession durfte damals gemäß § 14 Abs. 2 nur einem Konzessionswerber erteilt werden, der u. a. eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland war, aufgrund der Umstände erwarten ließ, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag (Konzessionsabgabe und Wettgebühren) erzielt<sup>907</sup> und bei dem die Struktur des Konzerns eine wirksame Aufsicht über den Kon-

<sup>905</sup> Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O., Rn. 77.

<sup>906</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), GA Bot, ECLI:EU:C:2011:582, Nr. 18.

<sup>907</sup> Inzwischen geändert in *„[...] die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist“* (§ 14 Abs. 2 Ziff. 7).

zessionär nicht behinderte. Außerdem durfte nach § 15 Abs. 1 GSpG der Konzessionär keine Filialbetriebe außerhalb Österreichs errichten.

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die österreichischen Staatsbürger Dickinger und Ömer waren Gründer des multinationalen Online-Spiele-Konzerns „bet-at-home.com.“ Die Muttergesellschaft dieses Konzerns ist eine Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in Düsseldorf, der – als eine ihrer Tochtergesellschaften – die bet-at-home.com Entertainment GmbH, eine Gesellschaft österreichischen Rechts, gehört. Diese hat ihren Sitz in Linz (Österreich) und ist auf dem Gebiet der „Dienstleistungen mit automatischer Datenverarbeitung und Informationstechnik“ tätig.

Diese österreichische Gesellschaft gründete wiederum eine Tochtergesellschaft maltesischen Rechts, die ihrerseits drei Tochterunternehmen, alle mit Sitz in Malta, errichtete. Zwei dieser maltesischen Gesellschaften, die über maltesische Lizenzen verfügen, boten über das Internet Glücksspiele und Sportwetten an, die von ihnen auf der Internetplattform „bet-at-home.com“ bereitgestellt wurden. Diese Internetseite wurde in 11 Sprachen, nicht aber auf Maltesisch angeboten. Bis Dezember 2007 bedienten sich die beiden Gesellschaften eines Servers mit Standort in Linz (Österreich), der von der bet-at-home.com Entertainment GmbH bereitgestellt wurde, die auch die Webseite stellte bzw. die für die Spiele erforderliche Software wartete. Bis dahin befand sich auch der telefonische Kundensupport für alle Spielteilnehmer in Linz. Die Erbringung all dieser unterstützenden Dienstleistungen wurde den maltesischen Gesellschaften in Rechnung gestellt. Ein österreichisches Bankunternehmen mit Sitz ebenfalls in Linz fungierte u. a. als Bankverbindung zur Überweisung der Spieleinsätze. Inhaberin des fraglichen Kontos war eine der beiden maltesischen Gesellschaften.

Da Dickinger und Ömer keine österreichische Konzession besaßen, wurde gegen sie ein Strafverfahren beim Bezirksgericht Linz eröffnet. Inhaber der Konzessionen war nämlich bereits die privatrechtliche Österreichische Lotterien GmbH, die die Alleinkonzession erhalten hatte.<sup>908</sup> Das Bezirksgericht Linz, das das Strafverfahren in erster Instanz zu entscheiden hatte, hat dem Gerichtshof folgende 4 – mit Unterfragen sogar 12 – Fragen gestellt:

#### (5) Vorlagefragen

- „1.a) Sind die Artikel 43 und 49 EG dahin gehend auszulegen, dass sie einer mitgliedstaatlichen Regelung wie jener von § 3 i. V. m. §§ 14f und 21 GSpG grundsätzlich entgegen stehen, wonach*
- eine Konzession für Ausspielungen (z. B. Lotterien, elektronische Lotterien usw.) nur einem einzigen Konzessionswerber für eine Dauer bis zu 15 Jahren erteilt werden darf, der u. a. eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland zu sein hat, keine Filialbetriebe außerhalb Österreichs errichten darf, über ein eingezahltes Stamm- bzw. Grundkapital von mindestens 109.000.000,- € verfügen muss und aufgrund der Umstände erwarten lässt, für den Bund den besten Abgabenertrag zu erzielen;*
  - eine Konzession für Spielbanken nur an höchstens zwölf Konzessionswerber für eine Dauer bis zu 15 Jahren erteilt werden darf, die unter anderem eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland zu sein haben, keine Filialbetriebe außerhalb Österreichs errichten dürfen, über ein eingezahltes Grundkapital von 22.000.000,- € verfügen müssen und aufgrund der Umstände erwarten lassen, für die Gebietskörperschaften den besten Abgabenertrag zu erzielen? Diese Fragen stellen sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Casinos Austria AG Inhaber aller zwölf Spielbankkonzessionen ist, welche am 18.12.1991 für die Höchstdauer von 15 Jahren erteilt und in der Zwischenzeit ohne öffentliche Ausschreibung oder Bekanntgabe verlängert wurden.*

<sup>908</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rnn. 18 und 19.

- b) *Wenn ja, kann eine solche Regelung auch dann aus Gründen des Allgemeininteresses an einer Begrenzung der Wetttätigkeit gerechtfertigt werden, wenn die Konzessionsinhaber in einer quasimonopolistischen Struktur ihrerseits durch intensiven Werbeaufwand eine expansionistische Politik im Bereich des Glücksspiels betreiben?*
- c) *Wenn ja, ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung, die das Ziel verfolgt, dadurch Straftaten vorzubeugen, indem die auf diesem Gebiet tätigen Wirtschaftsteilnehmer einer Kontrolle unterworfen und Glücksspieltätigkeiten so in Bahnen gelenkt werden, die diesen Kontrollen unterliegen, vom vorliegenden Gericht<sup>909]</sup> zu beachten, dass dadurch auch grenzüberschreitende Dienstleistungsanbieter erfasst werden, die ohnehin im Mitgliedsstaat der Niederlassung mit ihrer Konzession verbundenen strengen Auflagen und Kontrollen unterliegen?*
2. *Sind die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, insbesondere der freie Dienstleistungsverkehr nach Art. 49 EG, dahin gehend auszulegen, dass ungeachtet der fortbestehenden grundsätzlich mitgliedstaatlichen Zuständigkeit zur Regelung der Strafrechtsordnung auch eine mitgliedstaatliche Strafbestimmung dann am Gemeinschaftsrecht zu messen ist, wenn sie die Ausübung einer der Grundfreiheiten zu unterbinden oder zu behindern geeignet ist?*
- 3.a) *Ist Art. 49 EG i. V. m. Art. 10 EG<sup>910]</sup> dahin gehend auszulegen, dass die im Niederlassungsstaat eines Dienstleistungserbringers durchgeführten Kontrollen und dort geleisteten Sicherheiten im Sinne des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens im Staat der Dienstleistungserbringung zu berücksichtigen sind?*
- b) *Wenn ja, ist Art. 49 EG weiters dahin gehend auszulegen, dass im Fall einer aus Gründen des Allgemeininteresses vorgenommene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darauf zu achten ist, ob diesem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften, Kontrollen und Überprüfungen ausreichend Rechnung getragen wird, denen der Dienstleistende in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist?*
- c) *Wenn ja, ist bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Bestimmung, die das grenzüberschreitende Anbieten von Glücksspieldienstleistungen ohne inländische Lizenz mit Strafe bedroht, zu berücksichtigen, dass den vom Staat der Dienstleistungserbringung zur Rechtfertigung der Beschränkung der Grundfreiheit herangezogenen ordnungspolitischen Interessen schon im Staat der Niederlassung durch ein strenges Zulassungs- und Aufsichtsverfahren ausreichend Rechnung getragen wird?*
- d) *Wenn ja, hat das vorlegende Gericht [bei ...] der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer solchen Beschränkung zu berücksichtigen, dass die betreffenden Vorschriften in dem Staat, in dem der Dienstleistende ansässig ist, an Kontrolldichte über jene des Staates der Dienstleistungserbringung sogar hinaus gehen?*
- e) *Erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Fall eines aus ordnungspolitischen Gründen wie dem Spielerschutz und der Kriminalitätsbekämpfung vorgenommenen strafbewehrten Verbots des Glücksspiels weiters, dass vom vorlegenden Gericht eine Unterscheidung vorgenommen wird zwischen jenen Anbietern einerseits, die ohne jegliche Genehmigung Glücksspiele anbieten, und jenen andererseits, die in anderen Mitgliedstaaten der EU niedergelassen und konzessioniert sind und unter Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungsfreiheit tätig werden?*
- f) *Ist schließlich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Bestimmung, die das grenzüberschreitende Anbieten von Glücksspieldienstleistungen*

<sup>909</sup> Es müsste wohl heißen: vom vorlegenden Gericht – s. nachfolgend die Vorlagefragen 3 d) und e).

<sup>910</sup> Art. 10 EG betraf die sog. „Europatreue“ der Mitgliedstaaten. Der inzwischen aufgehobene Art. 10 ist im Wesentlichen durch Art. 4 Abs. 3 EUV ersetzt worden (s. zu dessen Wortlaut Fn. 623).

gen ohne inländische Konzession oder Genehmigung unter Strafdrohung verbietet, zu berücksichtigen, dass es einem ordnungsgemäß in einem anderen Mitgliedstaat lizenzierten Anbieter von Glücksspielen aufgrund objektiver mittelbar diskriminierender Zugangsschranken nicht möglich war, eine inländische Lizenz zu erlangen, und das Lizenzierungs- und Aufsichtsverfahren im Staat der Niederlassung ein dem innerstaatlichen zumindest vergleichbares Schutzniveau aufweist?

- 4.a) Ist Art. 49 EG dahin gehend auszulegen, dass der vorübergehende Charakter der Dienstleistungserbringung für den Dienstleistenden die Möglichkeit ausschließen würde, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (wie etwa einem Server) auszustatten, ohne ihn als in diesem Mitgliedstaat niedergelassen anzusehen?
- b) Ist Art. 49 EG weiter dahingehend auszulegen, dass ein an inländische Supportleister gerichtetes Verbot, einem Dienstleister, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, die Erbringung seiner Dienstleistung zu erleichtern, auch dann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dieses Dienstleistungserbringers darstellt, wenn die Supportleister in demselben Mitgliedstaat wie ein Teil der Empfänger der Dienstleistung ansässig sind?“

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof die Fragen wie folgt beantwortet:

- „1. Das Unionsrecht und insbesondere Art. 49 EG stehen einer Regelung, die den Verstoß gegen ein Betriebsmonopol für Glücksspiele wie das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung vorgesehene Betriebsmonopol für Internet-Kasinospiele unter Strafe stellt, entgegen, wenn eine solche Regelung nicht mit den Bestimmungen dieses Rechts vereinbar ist.
2. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er auf Glücksspieldienstleistungen anwendbar ist, die im Hoheitsgebiet eines Aufnahmemitgliedstaats von einem Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat über das Internet angeboten werden, obwohl dieser Wirtschaftsteilnehmer
- sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten EDV-Infrastruktur wie etwa einem Server ausgestattet hat und
  - EDV-Supportleistungen eines im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Dienstleisters in Anspruch nimmt, um seine Dienstleistungen Verbrauchern zu erbringen, die ebenfalls in diesem Mitgliedstaat ansässig sind.
3. Art. 49 EG ist dahin auszulegen,
- a) dass ein Mitgliedstaat, der bestrebt ist, ein besonders hohes Schutzniveau für Verbraucher im Glücksspielsektor zu gewährleisten, Grund zu der Annahme haben kann, dass nur die Errichtung eines Monopols zugunsten einer einzigen Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ihm erlaubt, die Kriminalität in diesem Sektor zu beherrschen und das Ziel, Anreize für übermäßige Spielausgaben zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, hinreichend wirksam zu verfolgen;
- b) dass, um mit den Zielen der Kriminalitätsbekämpfung und der Verringerung der Spielgelegenheiten im Einklang zu stehen, eine nationale Regelung, mit der ein Glücksspielmonopol errichtet wird, das dem Inhaber des Monopols ermöglicht, eine Expansionspolitik zu verfolgen,
- auf der Feststellung beruhen muss, dass kriminelle und betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats ein Problem darstellen, dem eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten abhelfen könnte, und

- nur den Einsatz maßvoller Werbung zulassen darf, die eng auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken;
- c) dass der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben kann, die allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen sind.“

### (7) Antwortvorschlag des Generalanwalts

Der GA hatte folgende Antwort vorgeschlagen:<sup>911</sup>

- „1. Eine Regelung eines Mitgliedstaats, die Zuwiderhandlungen gegen ein Monopol für den Betrieb von Glücksspielen wie das Monopol für den Betrieb von elektronischen Lotterien nach österreichischem Recht strafrechtlich sanktioniert, muss im Einklang mit den Verkehrsfreiheiten und insbesondere mit Art. 49 EG stehen, obwohl das Strafrecht in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.
2. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass ein Dienstleister, der Glücksspiele über das Internet anbietet, Sachmittel für die Kommunikation wie einen Server und eine Telefonzentrale verwendet, die sich im Zielmitgliedstaat befinden und ihm von einem Drittunternehmen zur Verfügung gestellt werden, für sich allein die Anwendung der Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr nicht ausschließt. Eine Berufung auf Art. 49 EG ist jedoch nicht möglich, wenn sich zeigen sollte, dass unter den Umständen des vorliegenden Falls die maltesischen Tochtergesellschaften rein künstliche Gestaltungen sind, die es ihrer österreichischen Muttergesellschaft ermöglichen sollen, das Verbot des Betriebs von Online-Glücksspielen in Österreich zu umgehen. Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats, die im Inland niedergelassenen Dienstleistern verbietet, in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaften die Sachmittel für das Anbieten von Online-Glücksspielen an im Inland ansässige Personen zur Verfügung zu stellen, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne dieses Artikels darstellt.
3. Art. 49 EG steht der Vorschrift eines Mitgliedstaats nicht entgegen, wonach die Kapitalgesellschaft, der dieser Staat das Monopol für den Betrieb von Internet-Glücksspielen in seinem Hoheitsgebiet eingeräumt hat, ihren Sitz im Inland haben muss. Art. 43 EG steht der Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, wonach es der Gesellschaft, die dieses Monopol innehat, verboten ist, einen Filialbetrieb in einem anderen Mitgliedstaat zu errichten, es sei denn, dass dieses Erfordernis aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig ist.
4. Ein Monopol für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet kann auch dann gerechtfertigt werden, wenn der Inhaber dieses Monopols durch intensive Werbung eine expansionistische Politik betreibt, sofern diese Expansion und diese Werbung erforderlich sind, um die Spieler zu den genehmigten Online-Glücksspielen hinzulenken, und nicht nach ihrem Umfang und ihrer Art mit dem Schutz der Verbraucher vor einem Anreiz zu übermäßigem Glücksspiel unvereinbar sind.“

<sup>911</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 162.

## (8) Würdigung durch den Gerichtshof

### (8.1) Zur 2. Frage – Zum Umfang der strafrechtlichen Zuständigkeit

Der Gerichtshof prüfte zuerst die 2. Vorlagefrage, ob eine Regelung, die Zuwiderhandlungen gegen ein Betriebsmonopol für Glücksspiele unter Strafe stellt, mit Art. 49 EG vereinbar sein müsse.<sup>912</sup> Er meinte, das Unionsrecht setze der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Strafrechts Schranken.<sup>913</sup> Rechtsvorschriften auf diesem Gebiet dürften nicht die durch das Unionsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken.<sup>914</sup>

### (8.2) Zur 4. Frage – Zur Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit

In der 4. Frage ging es darum, „ob Art. 49 EG dahin auszulegen ist,<sup>915</sup> dass er auf Glücksspiel-dienstleistungen anwendbar ist, die im Hoheitsgebiet eines Aufnahmemitgliedstaats von einem Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat über das Internet angeboten werden, obwohl dieser Wirtschaftsteilnehmer sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten EDV-Infrastruktur wie etwa einem Server ausgestattet hat, was zu einer Anwendung der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit führen könnte, und Supportleistungen eines im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Dienstleisters in Anspruch nimmt, um seine Dienstleistungen den Verbrauchern in diesem Mitgliedstaat zu erbringen, was dazu führen könnte, dass Art. 49 EG nicht anwendbar wäre.“ Dazu meinte der EuGH:

- „34 [...] Die] Tatsache, dass ein Anbieter von Internet-Glücksspielen auf Sachmittel für die Kommunikation zurückgreift, die von einem im Aufnahmemitgliedstaat niedergelassenen Drittunternehmen zur Verfügung gestellt werden, [ist] für sich allein nicht zum Nachweis geeignet, dass dieser Anbieter in diesem Staat über eine feste Niederlassung vergleichbar einer Agentur verfügt, was zu einer Anwendung der Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit führen würde.
- 35 Um von einer Niederlassung im Sinne des Vertrags sprechen zu können, muss [...] eine Geschäftsbeziehung zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist, und Wirtschaftsteilnehmern [...], die im Aufnahmemitgliedstaat ansässig sind, die Möglichkeit für diesen Wirtschaftsteilnehmer in sich bergen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben in diesem Aufnahmemitgliedstaat teilzunehmen, und daher so ausgestaltet sein, dass sie den Kunden gestattet, die [...] Dienste mittels einer ständigen Präsenz in diesem Aufnahmemitgliedstaat in Anspruch zu nehmen, [...].<sup>916</sup>
- 36 Jedoch steht fest, dass die bet-at-home.com Entertainment, die mitnichten beauftragt ist, auf Dauer für die maltesischen Tochtergesellschaften auf dem Glücksspielmarkt in Österreich zu handeln, nicht in die Beziehung zwischen diesen Tochtergesellschaften und deren Kunden eingreift. Die Internet-Plattform www.bet-at-home.com wird ausschließlich von den maltesischen Tochterfirmen betrieben [...].
- 37 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich außerdem, dass Art. 49 EG auf einen Glücksspielanbieter, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist und seine Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat anbietet, auch dann anwendbar ist, wenn er dafür Dienste von Vermittlern in Anspruch nimmt, die in demselben Mitgliedstaat ansässig sind wie die Empfänger dieser Dienstleistungen [...].“<sup>917</sup>

<sup>912</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rn. 30.

<sup>913</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rn. 31 sinngemäß sowie in der Ziff. 1 des Urteilstenors.

<sup>914</sup> Der EuGH verwies insofern auf die Urteile Cowan und Calfa.

<sup>915</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rn. 33.

<sup>916</sup> Der EuGH bezog sich dabei auf das Urteil Markus Stoß u. a. (G1/12), Rnn. 59 und 60.

<sup>917</sup> Der EuGH verwies auf das Urteil Gambelli (G1/5), Rn. 58.

(8.3) Zur 1. und zur 3. Frage – Zu den Voraussetzungen für die Errichtung eines Monopols und zu den Rechtfertigungsgründen

In Rn. 39 führte der EuGH zur Errichtung eines Monopols vorab aus:

*„Die erste und die dritte Frage, die zusammen zu prüfen sind, betreffen die Voraussetzungen, unter denen Art. 49 EG die Errichtung eines Monopols für die Durchführung von Internet-Kasinospielen zugunsten eines einzigen Anbieters wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erlaubt.“*

Sodann meinte der Gerichtshof,<sup>918</sup> eine mitgliedstaatliche Regelung, „die die Veranstaltung und die Förderung von Glücksspielen einer Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines einzigen Anbieters unterwirft und es allen anderen – auch den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen – Anbietern untersagt, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats von dieser Regelung erfasste Dienstleistungen über das Internet anzubieten, stellt eine Beschränkung des in Art. 49 EG verbürgten freien Dienstleistungsverkehrs dar.“<sup>919</sup>

Unter der Zwischenüberschrift „Zu den Voraussetzungen für die Errichtung eines Glücksspielmonopols“ machte der Gerichtshof dann in den Rnn. 44 ff. folgende Ausführungen:

- „44 Zu den gegebenenfalls zulässigen Rechtfertigungen hat der Gerichtshof festgestellt, dass sich die Ziele, die mit den im Glücksspiel- und Wettbereich erlassenen nationalen Rechtsvorschriften verfolgt werden, bei einer Gesamtbetrachtung meist auf den Schutz der Empfänger der jeweiligen Dienstleistungen und, allgemeiner, der Verbraucher sowie auf den Schutz der Sozialordnung beziehen. Der Gerichtshof hat ferner hervorgehoben, dass solche Ziele zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, die Eingriffe in den freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen können [...].*
- 45 Zudem hat der Gerichtshof wiederholt darauf hingewiesen, dass die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die mit Glücksspielen und Wetten einhergehenden sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft es rechtfertigen können, den staatlichen Stellen ein ausreichendes Ermessen zuzuerkennen, um im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben [...].*
- 46 Allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, kann keinen Einfluss auf die Beurteilung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen [...].*
- 47 Somit steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen [...].*
- 48 Ein Mitgliedstaat, der bestrebt ist, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, kann [...] Grund zu der Annahme haben, dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, diesen erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das Ziel, Anreize für übermäßige Spielausgaben zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, hinreichend wirksam zu verfolgen [...].*
- 49 Den Behörden eines Mitgliedstaats steht es nämlich frei, den Standpunkt zu vertreten, dass die Tatsache, dass sie als Kontrollinstanz der mit dem Monopol betrauten*

<sup>918</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rn. 41.

<sup>919</sup> Der EuGH nahm dabei auf das Urteil Sporting Exchange (G 1/9a) Bezug.

- Einrichtung über zusätzliche Mittel verfügen, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen können, ihnen eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebots und bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik zu gewährleisten vermag, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Anbieter, die im Wettbewerb stehen, der Fall wäre, selbst wenn diese eine Erlaubnis benötigen und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterlägen [...].*
- 50 *Gleichwohl müssen die Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen, was die nationalen Gerichte zu prüfen haben. [...]*
- 51 *[...]*
- 52 *Nach Ansicht der österreichischen Regierung dient die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung zum einen der Kriminalitätsbekämpfung, insbesondere durch den Schutz der Glücksspieler vor Betrug und anderen Straftaten, und zum anderen dem Schutz vor übermäßigen Spielausgaben durch die Einführung adäquater Spielerschutzmaßnahmen wie z. B. der verpflichtenden Eingabe persönlicher Einsatzlimits und trägt damit allgemein zum Schutz der Sozialordnung bei.*
- 53 *Herr Dickinger, Herr Ömer und die maltesische Regierung machen hingegen geltend, dass sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des GSpG ergebe, dass dessen Hauptziel die Erhöhung der durch Glücksspiele erzielten Staatseinnahmen sei. Insbesondere werde die Konzession nach § 14 Abs. 5 GSpG regelmäßig demjenigen Konzessionswerber erteilt, der erwarten lasse, dass er für den Bund den besten Abgabenertrag erziele [...].*
- 54 *Die Prüfung, ob die nationalen Behörden [...] tatsächlich bestrebt waren, im Hinblick auf die geltend gemachten Ziele ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, und ob die Errichtung eines Monopols im Licht dieses angestrebten Schutzniveaus tatsächlich als erforderlich angesehen werden konnte, ist Sache des vorlegenden Gerichts (Urteil Zeturf, Rn. 47). [...]*
- 55 *Das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, kann hierbei für sich allein eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen.*
- 56 *In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. [...]*
- 57 *Das vorlegende Gericht wird folglich u. a. unter Berücksichtigung der Entwicklung des Glücksspielmarkts in Österreich prüfen müssen, ob die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols gewährleisten können, dass dieser tatsächlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen. [...]*

Unter der Zwischenüberschrift „Zur Verfolgung einer expansionistischen Geschäftspolitik durch die mit einem Glücksspielmonopol betraute Einrichtung“ führte der EuGH weiter aus:

- „63 *Der Gerichtshof hat jedoch auch entschieden, dass eine Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspieltätigkeiten mit dem Ziel im Einklang stehen kann, sie in kontrollierbare Bahnen zu lenken, indem Spielern, die verbotenen geheimen Spiel- oder Wettstätigkeiten nachgehen, ein Anreiz gegeben wird, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Eine solche Politik muss [...], auch mit dem Ziel [...] der Bekämpfung der Spielsucht im Einklang stehen, indem die Verbraucher zu dem Angebot des Inhabers des staatlichen Monopols gelenkt werden, bei dem davon ausgegangen werden kann, dass es frei von kriminellen Elementen und darauf ausgelegt*

- ist, die Verbraucher besser vor übermäßigen Ausgaben und vor Spielsucht zu schützen. [...]*
- 64 *Um das Ziel, die Spieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, zu erreichen, müssen die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellen, was an und für sich das Anbieten einer breiten Palette von Spielen, Werbung in einem gewissen Umfang und den Einsatz neuer Vertriebstechneiken beinhalten kann. [...]*
- 65 *Es ist Sache des vorlegenden Gerichts [...] zu prüfen, ob die Geschäftspolitik des Inhabers des Monopols [...] als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann. [...]*
- 66 *Im Rahmen dieser Prüfung hat das vorlegende Gericht insbesondere zu untersuchen, ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem waren und eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können. [...]*
- 67 *Da das Ziel, die Verbraucher vor der Spielsucht zu schützen, grundsätzlich schwer mit einer Politik der Expansion von Glücksspielen, [...] vereinbar ist, kann eine solche Politik nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die rechtswidrigen Tätigkeiten einen erheblichen Umfang haben und die erlassenen Maßnahmen darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken. [...]*
- 68 *[... Die Werbung darf] 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 wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen.“ [...]*

Unter der dritten Zwischenüberschrift „Zur Vereinbarkeit der dem Inhaber des Monopols auferlegten spezifischen Beschränkungen mit Art. 49 EG“ führte der EuGH aus:

- „–Zur Rechtsform und zur Höhe des Gesellschaftskapitals des Inhabers des Monopols*
- 76 *Wie der Gerichtshof in Rn. 30 des Urteils Engelmann [G1/14] entschieden hat, kann das Erfordernis einer bestimmten Rechtsform der Glücksspielanbieter wegen der Verpflichtungen, denen bestimmte Arten von Gesellschaften u. a. in Bezug auf ihre innere Organisation, ihre Buchführung, die Kontrollen, denen sie unterzogen werden können, und ihre Beziehungen zu Dritten unterliegen, durch das Ziel der Geldwäsche- und Betrugsverbeugung [...] gerechtfertigt sein.*
- 77 *Auch kann sich das Erfordernis, über ein Gesellschaftskapital in einer bestimmten Höhe zu verfügen, als nützlich erweisen, um [...] sicherzustellen, dass er in der Lage ist, die Verpflichtungen zu erfüllen, die er gegenüber Gewinnern haben könnte. [...]*
- Zum Ort des Sitzes des Inhabers des Monopols*
- 78 – 79 [...]
- 80 *Die österreichische Regierung ist der Auffassung, dass für eine wirksame Kontrolle des Online-Glücksspiels ein Gesellschaftssitz im Inland erforderlich sei. Die österreichischen Behörden verfügten bei in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Anbietern nicht über die gleichen Kontrollmöglichkeiten. [...]*
- 81 [...]
- 82 *Was insbesondere das Ziel der Kontrolle und Überwachung des Inhabers des Monopols [...] angeht [...], ist zu beachten, dass [...] der Begriff der öffentlichen Ordnung zum einen eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraussetzt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, und zum anderen eine enge Auslegung*

- geboten ist, wenn eine Ausnahme von einem Grundprinzip des Vertrags gerechtfertigt werden soll [...].
- 83 [...]
- 84 Das vorliegende Gericht wird u. a. zu prüfen haben, ob es andere, weniger restriktive Mittel gibt, [...].
- Zum Verbot, in anderen Mitgliedstaaten Filialbetriebe zu errichten
- 86 [...]
- 87 Die Freiheit der einzelnen Mitgliedstaaten, den Betrieb von Glücksspielen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln, stellt [...] für sich genommen kein legitimes Ziel des Allgemeininteresses dar, das eine Beschränkung der durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen könnte.
- 88 [...] ist [...] kein stichhaltiger Rechtfertigungsgrund für das [...] Verbot, Filialbetriebe außerhalb Österreichs zu errichten, vorgetragen worden.“
- Zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten durchgeführten Kontrollen [...]
- 91 Die maltesische Regierung macht in diesem Zusammenhang geltend, dass der maltesische Staat als erster eine spezielle Regelung zur Kontrolle und Überwachung der Veranstaltung von Internet-Glücksspielen erarbeitet habe, die [...] gleichzeitig [...] mit dem Ziel konzipiert worden sei, den mit diesen modernen Betriebsformen verbundenen Gefahren zu begegnen. Die in Malta eingeführten Kontrollen gingen insbesondere über die oberflächliche Prüfung hinaus, die nach dem Sachverhalt in der Rechtssache, [...] Liga Portuguesa [...] in Gibraltar durchgeführt worden seien.
- 92 Ferner sind Herr Dickinger, Herr Ömer und die maltesische Regierung der Auffassung, dass die im Internet angebotenen Glücksspiele wegen der Nachvollziehbarkeit aller computergestützten Transaktionen auf eine effizientere Weise kontrolliert werden könnten als die über die herkömmlichen Vertriebswege angebotenen Spiele, wodurch insbesondere problematische oder verdächtige Vorgänge leicht entdeckt werden könnten. Da die Verbraucher außerdem für die Gewinnauszahlung über ein Bankkonto verfügen müssten, sei es möglich, mehr Transparenz zu gewährleisten als bei den herkömmlichen Zugangswegen für Spiele.
- 93 Die maltesischen Anbieter der bet-at-home.com-Gruppe seien strengen Zugangskontrollen unterzogen worden, die eine Prüfung ihrer beruflichen Fähigkeiten und ihrer Unbescholtenheit umfasst hätten. Diese Anbieter blieben der fortgesetzten Kontrolle und Überwachung durch die hierfür zuständige maltesische Regulierungsbehörde [...] unterworfen. [...]
- 94 Herr Dickinger, Herr Ömer und die maltesische Regierung berufen sich auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach es nicht mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar ist, wenn einem Dienstleistenden zum Schutz allgemeiner Interessen Beschränkungen auferlegt werden, soweit diese Interessen bereits durch die Vorschriften geschützt werden, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist [...].
- 95 [...]
- 96 Zunächst ist zu beachten, dass es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse geben kann (Urteil Stoß u. a. [G1/12], Rn. 112). In Anbetracht der fehlenden Harmonisierung der Regelung des Glücksspielsektors auf Unionsebene und angesichts der wesentlichen Unterschiede zwischen den mit den Regelungen der verschiedenen Mitgliedstaaten verfolgten Zielen und den mit ihnen angestrebten Schutzniveaus kann der Umstand allein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständi-

*gen Behörden dieses Mitgliedstaats unterliegt, rechtmäßig anbietet, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, denen sich die Behörden [...] in einem solchen Fall bei der Beurteilung der Eignung der Anbieter für ihr Gewerbe und ihrer Redlichkeit bei dessen Ausübung gegenübersehen können. [...]*

97 [...].

98 *Die verschiedenen Mitgliedstaaten verfügen nämlich nicht zwangsläufig alle über die gleichen technischen Mittel für die Kontrolle von Online-Glücksspielen und treffen insoweit nicht unbedingt die gleichen Entscheidungen. Zwar hat die maltesische Regierung vorgetragen, dass die Republik Malta als erster Mitgliedstaat ein spezielles Regulierungssystem zur Kontrolle und Überwachung von Internet-Glücksspielen erarbeitet habe, doch lässt der Umstand, dass die Verbraucher durch die Verwendung von technisch hochentwickelten Kontroll- und Überwachungssystemen in einem gegebenen Mitgliedstaat vor Betrug des Anbieters besonders geschützt werden können, nicht den Schluss zu, dass dies in anderen Mitgliedstaaten, die nicht über diese technischen Mittel verfügen [...], auf dem gleichen Niveau möglich ist. Zudem kann ein Mitgliedstaat eine wirtschaftliche Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet aus guten Gründen überwachen wollen, was ihm nicht möglich wäre, wenn er sich auf die Kontrollen verlassen müsste, die von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats anhand von Regulierungssystemen durchgeführt werden, die er selbst nicht beherrscht.“*

## **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

Die zahlreichen Fragen umfassten für den GA<sup>920</sup> vier Problemstellungen.

Erstens gehe es darum, ob Bestimmungen eines Mitgliedstaats, die Zuwiderhandlungen gegen ein Monopol für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet strafrechtlich sanktionierten, mit den Verkehrsfreiheiten im Einklang stehen müssten, obwohl das Strafrecht in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle (Frage 2).

Zweitens wolle das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 49 EG einschlägig sei, obwohl zum einen die maltesischen Gesellschaften in Österreich installierte Sachmittel wie z. B. einen Server verwenden würden, und obwohl zum anderen die diese Mittel zur Verfügung stellende Gesellschaft in Österreich niedergelassen sei (Fragen 4 a) und b)).

Drittens stelle sich die Frage, ob das Betriebsmonopol und die Voraussetzungen für seine Einräumung dem Art. 49 EG entsprächen insbesondere im Hinblick auf die Pflichten und Kontrollen, denen die maltesischen Gesellschaften in Malta unterlägen (Fragen 1 a) erster Spiegelstrich und c) sowie Fragen 3 a)–f)).

Viertens wolle das vorliegende Gericht wissen, ob die fraglichen Rechtsvorschriften gerechtfertigt werden könnten, auch wenn der Inhaber des Monopols durch intensive Werbung eine expansionistische Politik betreibe (Frage 1 b)).

In dieser Reihenfolge prüfte der GA sodann den Fall. Seine Gliederung und seine Zwischenüberschriften sollen beibehalten werden.

### *(9.1) Zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Strafrechts*

Dazu meinte der GA: „Wird [das] Monopol als gemeinschaftsrechtskonform angesehen, sind es grundsätzlich auch die strafrechtlichen Sanktionen, die seine Beachtung sicherstellen sollen, es sei denn, diese verstoßen ihrerseits gegen andere Rechtsnormen wie die Grundrechte.“<sup>921</sup> Zeige

<sup>920</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 40–44.

<sup>921</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 48.

sich hingegen, dass dieses Monopol eine Verkehrsfreiheit verletze, dürften die seiner Absicherung dienenden Strafbestimmungen nicht angewandt werden.<sup>922</sup>

(9.2) *Zur Einschlägigkeit von Art. 49 EG in der vorliegenden Rechtssache (Frage 4 a)*

(9.2.1) *Zur Relevanz der Verwendung von Sachmitteln für die Kommunikation, die sich im Zielmitgliedstaat befinden*

Der GA ging von der Dienstleistungsfreiheit aus.<sup>923</sup> Die besonderen tatsächlichen Umstände des Ausgangsverfahrens machten für den GA jedoch eine Ergänzung dieser Antwort erforderlich.<sup>924</sup> Es sei nämlich bekannt, dass die zwei maltesischen Gesellschaften, die unter Verwendung eines Servers und eines Telefon-Supports, die von der österreichischen bet-at-home.com Entertainment GmbH zur Verfügung gestellt würden, und die Glücksspiele österreichischen Verbrauchern anböten, mittelbare Tochter- bzw. Enkelgesellschaften dieser Gesellschaft seien. Wie die österreichische Regierung und die Kommission zu Recht angemerkt hätten, wäre Art. 49 EG dann nicht anwendbar, wenn sich zeigen sollte, dass die maltesischen Tochtergesellschaften künstliche Gestaltungen und nur zu dem Zweck gegründet worden seien, es ihrer österreichischen Muttergesellschaft zu ermöglichen, das Verbot des Betriebs von Online-Glücksspielen in Österreich zu umgehen. Das wäre der Fall, wenn diesen Tochtergesellschaften jede wirtschaftliche Realität fehle.<sup>925</sup>

(9.2.2) *Zur Relevanz der Ansässigkeit der verfolgten Personen in Österreich*

In Hinblick auf die Frage 4 b) meinte der GA, Art. 49 EG sei insoweit gewissermaßen „doppelt anwendbar.“ Dazu sagte er:<sup>926</sup>

*„Zum einen beschränkt eine nationale Regelung, die [...] verhindert, dass ein in Österreich niedergelassenes Unternehmen den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Anbietern von Online-Glücksspielen die Mittel für das Anbieten ihrer Spiele an österreichische Verbraucher zur Verfügung stellt, das Recht dieses österreichischen Unternehmens, diesen Dienstleistern seine eigenen Supportleistungen zu erbringen [...]. Zum anderen stellt auch ein strafbewehrtes Verbot eines Mitgliedstaats für die in ihm Ansässigen, als Vermittler für einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmer tätig zu werden, um zu verhindern, dass dieser Unternehmer im Mitgliedstaat des Verbots seine Dienstleistungen erbringt, eine Beschränkung im Sinne von Art. 49 EG dar. Es beschränkt nämlich die Möglichkeit des betroffenen Unternehmers, seine Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als dem anzubieten, in dem er niedergelassen ist, und die Möglichkeit der in diesem Staat ansässigen Verbraucher, Zugang zu diesen Dienstleistungen zu erhalten“<sup>927</sup>.*

(9.3) *Rechtfertigung des Monopols und Anforderungen an seinen Inhaber*

Der GA prüfte insoweit die Fragen 1 a) und c) sowie die Fragen 3 a)-f) gemeinsam.<sup>928</sup> Zunächst wies er jedoch auf die von der Rechtsprechung zu den Glücksspielfällen aufgestellten Grundsätze hin,<sup>929</sup> also auf die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten, auf die möglichen Rechtfertigungsgründe für deren Beschränkungen, auf die Beurteilung der Erforderlichkeit und der Ver-

<sup>922</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 49 mit Verweis auf das Urteil Placanica u. a. (G1/6) Rn. 69.

<sup>923</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 62.

<sup>924</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 63.

<sup>925</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 64 und 65; in diesem Zusammenhang zitierte GA Bot die Urteile v. 12.05.1998 in der Rs. C-367/96 (Kefalas, Slg. 1998, I-2843) Rn. 20, ECLI:EU:C:1998:222, und die dort angeführte Rechtsprechung sowie v. 12.09.2006 in der Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas, Slg. 2006, I-7995) Rnn. 54 u. 67, ECLI:EU:C:2006:544.

<sup>926</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 70 und 71.

<sup>927</sup> Der GA zitierte insoweit die Urteile Zenatti (G1/3) Rn. 24 sowie Gambelli (G1/5) Rn. 58 und Markus Stoß (G1/12) Rn. 57.

<sup>928</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 73 ff.

<sup>929</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 78–83.

hältnismäßigkeit sowie auf den Ermessensspielraum, die alle allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen seien.

Weiter sagte der GA,<sup>930</sup> in der vorliegenden Rechtssache gehe aus dem Akteninhalt hervor, dass die österreichische Regelung eingeführt worden sei, um die Kriminalität zu bekämpfen und die Verbraucher zu schützen. Laut der österreichischen Regierung diene sie der Geldwäsche- und Betrugsvermeidung sowie der Kriminalitätsabwehr. Ferner bezwecke sie die Sicherstellung einer ausreichenden Abwicklungssicherheit für Spielgewinne und den Schutz der Spieler vor übermäßigen Ausgaben für das Spielen. Für den GA war zu prüfen, „ob die mit den einzelnen Regelungen verbundenen Beschränkungen [...] als gerechtfertigt angesehen werden“ konnten.<sup>931</sup>

### (9.3.1) Zur Einräumung eines Monopols zum Betrieb von Lotterien über das Internet

Der Gerichtshof habe, so der GA weiter,<sup>932</sup> den Standpunkt der Behörden eines Mitgliedstaats gebilligt, dass die Gewährung exklusiver Rechte an eine Einrichtung der öffentlichen Hand, die hinsichtlich ihrer Leitung unmittelbarer staatlicher Aufsicht unterstehe, oder an einen privaten Veranstalter, dessen Tätigkeiten die Behörden genau überwachen könnten, bessere Garantien einer effizienten Durchführung ihrer Politik des Schutzes der öffentlichen Ordnung und der Verbraucher biete, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Veranstalter in einer Wettbewerbssituation der Fall wäre, selbst wenn diese eine Genehmigung benötigten und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterlägen.

Diese Rechtsprechung sei erst recht auf dem Gebiet des Internet-Glücksspiels wegen der zusätzlichen Gefahren, die diese Spiele für die öffentliche Ordnung und die Verbraucher mit sich brächten, anwendbar. Ein Mitgliedstaat dürfe daher das Recht zum Betrieb von Internet-Glücksspielen im Inland einem einzigen privaten Veranstalter vorbehalten.<sup>933</sup> Jede Verpflichtung zur Anerkennung einer Genehmigung, die privaten Veranstaltern mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten erteilt worden sei, sei allein aufgrund der Existenz eines solchen Monopols per se ausgeschlossen. Die Frage nach dem eventuellen Bestehen einer solchen Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung könne nur dann relevant werden, wenn die fraglichen Monopole als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar angesehen würden.<sup>934</sup> Ferner sagte der GA:<sup>935</sup>

*„Da jedoch ein Monopol eine sehr restriktive Maßnahme darstellt, muss es nach der Rechtsprechung auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus abzielen. Es muss daher zum einen mit einem normativen Rahmen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, die so festgelegten Ziele, insbesondere das des Schutzes der Verbraucher vor einem Anreiz zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen, zu verfolgen, und zum anderen mit einer genauen Kontrolle durch die Behörden einhergehen.“*

Der GA hielt fest, dass die Prüfung dieser Voraussetzungen in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts falle.<sup>936</sup> Seiner Ansicht nach könne auch der Umstand, dass der Betrieb von Spielbanken nach österreichischem Recht nicht Gegenstand eines Monopols, sondern eines Konzessionsystems sei, das 12 Veranstaltern offen stehe und daher weniger restriktiv sei, an der Gemeinschaftsrechtskonformität des fraglichen Monopols nichts ändern.<sup>937</sup> Aus diesem Grund war der GA auch der Meinung, dass der Hinweis, dass das Limit von 800 € pro Woche nur für Internet-Lotterien gelte, sodass ein Spieler, der dieses Limit erreicht habe, nicht daran gehindert sei, sich

<sup>930</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 84.

<sup>931</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 85.

<sup>932</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 87.

<sup>933</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 91.

<sup>934</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 93.

<sup>935</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 97.

<sup>936</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 98.

<sup>937</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 102.

anderen in Österreich üblichen Arten des Glücksspiels hinzugeben, nicht geeignet sei, die Kohärenz der österreichischen Regelung für Online-Glücksspiele in Frage zu stellen.<sup>938</sup>

### *(9.3.2) Zur Dauer des Monopols*

Dazu führte GA Bot aus,<sup>939</sup> im Urteil Engelman (G1/14) habe der Gerichtshof festgestellt, dass eine Dauer von bis zu 15 Jahren für Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Dort habe der Gerichtshof jedoch auch angenommen, dass die Vergabe für eine solche Dauer insbesondere im Hinblick darauf gerechtfertigt sein könne, dass der Konzessionär ausreichend Zeit benötige, um die für die Gründung einer Spielbank erforderlichen Investitionen zu amortisieren.<sup>940</sup> Diese Rechtsprechung scheint dem GA auf die Einräumung eines Monopols für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet übertragbar, auch wenn die für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlichen Investitionen auf den ersten Blick niedriger erscheinen würden als die für den Betrieb von Casinos.<sup>941</sup> Die Einräumung eines Betriebsmonopols für einen zu kurzen Zeitraum könnte den Inhaber dieses Alleinrechts auch dazu verleiten, seine Gewinne maximieren zu wollen.<sup>942</sup>

### *(9.3.3) Die Rechtsform der Gesellschaft und die Höhe des Gesellschaftskapitals*

Die österreichische Regierung lege hierzu dar, dass die Rechtsform dazu diene, den Monopolinhaber zu einer transparenten Unternehmensstruktur zu zwingen, um Geldwäsche und Betrug vorzubeugen. Die Höhe des Gesellschaftskapitals sei im Hinblick auf die Höhe der Gewinne, die der Monopolinhaber im Rahmen der Spiele, die er über das Internet anbieten dürfe und möglicherweise auszahlen müsse, und die einen Jackpot von mehreren Millionen umfassen könnten, verhältnismäßig.<sup>943</sup>

### *(9.3.4) Der Ort des Gesellschaftssitzes*

Im Urteil Engelman (G1/14) – so der GA<sup>944</sup> – sei das Sitzersfordernis im Inland als eine diskriminierende Maßnahme beurteilt worden.

Es sei nun zu prüfen, ob dieses Erfordernis gerechtfertigt werden könne. Wie der Gerichtshof im Urteil Engelman dargelegt habe, könne dies nur aus einem der in Art. 46 EG genannten Gründe, nämlich dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit oder der Gesundheit möglich sein.<sup>945</sup> Die österreichische Regierung sei der Auffassung, dass ein Gesellschaftssitz im Inland für eine wirksame Kontrolle des Online-Glücksspiels erforderlich sei. Dieser Inlandssitz ermögliche es den zuständigen innerstaatlichen Behörden, die Organbeschlüsse und die Geschäftsabwicklung des Monopolinhabers effektiv zu überwachen. Diese Behörden seien so in der Lage, sich Kenntnis von den Beschlüssen dieses Inhabers vor ihrer Umsetzung zu verschaffen und ggf. Einspruch einzulegen. In Bezug auf einen Anbieter, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sei, verfüge sie nicht über diese Möglichkeiten.<sup>946</sup> Der GA folgte dieser Auffassung.<sup>947</sup>

Allerdings sei der Gerichtshof im Urteil Engelman hinsichtlich des Betriebs einer Spielbank zum gegenteiligen Ergebnis gelangt.<sup>948</sup> Er habe entschieden, dass weniger einschneidende Mittel

<sup>938</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 103.

<sup>939</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 105 ff.

<sup>940</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 105 und 106.

<sup>941</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 107.

<sup>942</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 108.

<sup>943</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 111.

<sup>944</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 118.

<sup>945</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 120: Es sei wiederholt, dass die Rechtfertigungsgründe des Art. 56 EG (inzw. Art. 52 AEUV) – s. o. Teil D, II, 8 – als Sonderregelungen für Ausländer in Betracht kommen und damit auch diskriminierend wirken können. Die Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse dürfen dagegen nur nicht-diskriminierend angewandt werden (s. Teil D, IV, 1).

<sup>946</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 121.

<sup>947</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 122.

<sup>948</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 123.

die Kontrolle der Tätigkeiten und der Konten der Konzessionäre und somit die Kriminalitätsbekämpfung ermöglichen, wie die Möglichkeit, für jede Spielbank eine getrennte Buchführung zu verlangen, die von einem externen Buchprüfer überprüft werde.<sup>949</sup> Jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen könne nämlich unabhängig davon, wo seine Führungskräfte wohnten, kontrolliert und zudem Sanktionen unterworfen werden. Schließlich könnten Überprüfungen in den Räumlichkeiten dieser Spielbanken durchgeführt werden.<sup>950</sup>

Nach Ansicht des GAs könnten diese Begründungen aber nicht auf ein Monopol für den Betrieb von Glücksspielen via Internet übertragen werden.<sup>951</sup> Es stehe fest, dass Glücksspiele über das Internet mit größeren Gefahren verbunden seien als solche in herkömmlichen Spielbanken. *„Die größere Gefährlichkeit ergibt sich aus dem fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen dem Spieler und dem Veranstalter, wodurch betrügerische Handlungen sowohl des Verbrauchers – sein Alter oder seine Identität betreffend – als auch des Veranstalters oder seines Personals hinsichtlich der Einhaltung der Regeln für den Ablauf des Spiels begünstigt werden können“.*<sup>952</sup> *„Diese Gefährlichkeit ergibt sich auch aus der großen Leichtigkeit, mit der jedermann über einen Computer oder ein Mobiltelefon an den Spielen teilnehmen kann, dem ständigen Zugang, der möglicherweise sehr großen Menge an Spielen sowie daraus, dass das Umfeld des Spielers, wenn er dem Spiel verfallen ist, im Allgemeinen durch Isolation, Anonymität und fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnet ist“.*<sup>953</sup>

Die Besonderheit von Internet-Glücksspielen bestehe auch darin, dass sie zur Gänze im Fernabsatz abgewickelt werden könnten. Ihre Abwicklung erfordere in materieller Hinsicht, anders als herkömmliche Glücksspiele wie Casino-Spiele, keine Infrastruktur im Zielmitgliedstaat, die die Behörden dieses Staates selbst kontrollieren könnten.<sup>954</sup>

Derzeit gebe es auch keinen Rechtstext über eine Zusammenarbeit innerhalb der Gemeinschaft, wonach der Mitgliedstaat der Niederlassung eines Anbieters von Online-Glücksspielen verpflichtet wäre, den zuständigen Behörden des Zielmitgliedstaats jede erforderliche Unterstützung zu gewähren, die diese benötigen könnten, um zu kontrollieren, ob ihre eigene Regelung eingehalten werde.<sup>955</sup> In Nr. 137 sagt er weiter:

*„Außerdem ist auf dem besonderen Gebiet des Internet-Glücksspiels eine Berufung auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der bei fehlender Harmonisierung normalerweise anzuwenden ist [...] nicht möglich.“*<sup>956</sup>

Für den GA stand es letztlich damit *„im Einklang, einem Mitgliedstaat zu gestatten, das Erfordernis aufzustellen, dass ein Monopolinhaber auf dem spezifischen Gebiet des Internet-Glücksspiels seinen Sitz im Inland hat, weil er dadurch viel wirksamer kontrollieren kann, ob dieser die staatliche Politik zum Schutz der Verbraucher vor Betrug und Spielsucht beachtet“.*<sup>957</sup>

### (9.3.5) Zum Verbot der Errichtung von Filialbetrieben in einem anderen Mitgliedstaat

Das Verbot der Errichtung von Filialbetrieben in einem anderen Mitgliedstaat stellt nach Auffassung des GA eine ausdrückliche Verweigerung eines der Rechte dar, die die Art. 43 und 48 EG einer Gesellschaft einräumen. Dieses Verbot könne daher die Ausübung des Monopols für den Betrieb von Internet-Glücksspielen in Österreich weniger attraktiv machen und so eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Gesellschaft davon abhalten, sich um die Einräumung die-

<sup>949</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 124.

<sup>950</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nrn. 123–125.

<sup>951</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 126.

<sup>952</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 127.

<sup>953</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 128.

<sup>954</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 132.

<sup>955</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 134.

<sup>956</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 137.

<sup>957</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 142.

ses Monopols zu bewerben.<sup>958</sup> Die österreichische Regierung könne daher einem Unternehmen nicht rechtswirksam verbieten, dieselbe Tätigkeit über einen Filialbetrieb in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben.<sup>959</sup>

#### *(9.4) Zum Verhalten des Monopolinhabers*

Mit seiner Frage 1 b) wolle das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen,<sup>960</sup> ob ein Monopol für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet gerechtfertigt werden könne, wenn der Inhaber dieses Monopols durch intensive Werbung eine expansionistische Politik betreibe.

Nach den Urteilen *Ladbroke* [G1/9b] und *Markus Stoß* [G1/12] sei es nicht notwendigerweise mit dem Bestehen eines solchen Monopols und dem Ziel des Schutzes der Verbraucher vor einem Anreiz zu übermäßigem Spielen unvereinbar, dass der Inhaber eines Betriebsmonopols eine Politik der Expansion betreibe und Werbung für seine Spiele mache.<sup>961</sup> Ein Mitgliedstaat dürfe dem Inhaber eines Monopols für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet erlauben, eine Politik der Expansion zu betreiben und in bestimmtem Umfang Werbung für sie zu machen, wenn nachgewiesen werde, dass illegale Online-Glücksspiele einen erheblichen Umfang aufweisen würden, sodass sich diese Expansion und diese Werbung als erforderlich erweisen könnten, um die Spieler auf rechtmäßige Bahnen zu lenken. Es komme darauf an, dass der Monopolinhaber bestrebt sei, bei der Verfolgung all dieser (Rechtfertigungs-)Ziele ein angemessenes Gleichgewicht zu finden.<sup>962</sup>

#### **(10) Kommentierung**

Den meisten Aussagen des Gerichtshofs kann gefolgt werden. Spruchkörper war mit der Vierten Kammer eine Kammer mit nur fünf Richtern, was darauf hindeutet, dass dem österreichischem Fall an sich keine allzu große (neue) Bedeutung zukam, zumal es sich überwiegend um Fragen handelte, die – von einigen Aspekten abgesehen – bereits in früheren Rechtssachen erörtert worden waren, angefangen von den sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten über das gewählte Schutzniveau, die Gründe für eine Monopollösung, über die Gesellschaftsform des Spielanbieters, den nötigen Sitz im Inland, das erforderliche Mindestkapital bis hin zur kohärenten und systematischen Verfolgung der Ziele der Glücksspielpolitik. Der EuGH zog in der Urteilsbegründung fast „alle Register“ und fasste seine gesamte bisherige Glücksspielrechtsprechung (nochmals) argumentativ zusammen.

Merkwürdig ist, dass der Gerichtshof auf den vorgebrachten Punkt, die Konzession werde nur an denjenigen Bewerber vergeben, der u. a. erwarten lasse, für den Bund bzw. die Gebietskörperschaften den besten Abgabeertrag zu erzielen (s. Vorlagefrage 1. a)) nicht einging. Nur mit der ständig gemachten Aussage, das Ziel, die Einnahmen für die Staatskasse zu maximieren, könne kein alleiniger Rechtfertigungsgrund sein, nahm er dazu Stellung.<sup>963</sup> Fallbezogen werden doch die Bieter, die keine solch hohen Einnahmen abführen können, wohl von der Vergabe ausgeschlossen. Damit ist doch eindeutig, dass finanzielle Interessen bei der Vergabe mitentscheidend sind und nicht nur als eine Nebenfolge betrachtet werden können. Es wäre schon wünschenswert gewesen, wenn der Gerichtshof nachgefragt hätte, auf welche Kriterien sich der Wunsch gründet, den besten Abgabenbetrag zu erzielen, ob es sich dabei um interne Einsparungen bzw. besseres Management der Spielbetreiber handelt oder etwa doch um vermehrte Spielangebote oder dergleichen.

Sachverhaltsmäßig neu war die Frage, ob einem Spielanbieter untersagt werden kann, Glücksspiele im Ausland (über einen Filialbetrieb) anzubieten. Wie der Gerichtshof sah auch *GA Bot*

<sup>958</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 145.

<sup>959</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 149.

<sup>960</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 153.

<sup>961</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 155.

<sup>962</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 159.

<sup>963</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rn. 55.

das Europarecht als einem solchen Verbot entgegenstehend an, weil es die Verweigerung des einer Gesellschaft gemäß Art. 43 und 48 EG (jetzt Art. 49 und 54 AEUV) – i. V. m. Art. 55 EG (jetzt Art. 62 AEUV) – verliehenen Rechts wäre, auch in einem anderen Mitgliedstaat tätig zu werden. Richtigerweise fügt der GA als Ausnahme noch hinzu, es sei denn, dass das Verbot aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses und im Hinblick auf das mit ihm verfolgte Ziel gerechtfertigt sei.<sup>964</sup> Das Verbot, im Ausland Spiele anzubieten, stand also geradezu im Gegensatz zur Rs. Carmen Media (G1/13), in der es dem Anbieter nicht gestattet war, Spiele in Gibraltar anzubieten, wo er seinen Sitz und die Spielerlaubnis erhalten hatte.

Interessant sind die Ausführungen zum (fallrelevant nicht bejahten) Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Obwohl Malta sogar strengere Kontrollen durchführt als andere Länder, wurden diese vom Gerichtshof nicht anerkannt, weil er konkret nicht nur auf die maltesischen Umstände abstellte, sondern abstrakt alle ausländischen Kontrollen ansprach, von denen einige eventuell nicht ausreichend sein könnten.<sup>965</sup> Schwer verständlich ist allerdings die Aussage zu den qualitativ tatsächlich besseren Kontrollen der Spielanbieter in einem anderen Mitgliedstaat. Der Gerichtshof meinte hierzu, es gebe für einen anderen Mitgliedstaat gute Gründe – welche das sein können, wurde nicht gesagt –, die wirtschaftliche Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet zu überwachen, „*was ihm nicht möglich wäre, wenn er sich auf die Kontrollen verlassen müsste, die von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats anhand von Regulierungssystemen durchgeführt werden, die er selbst nicht beherrscht*“ (Hervorhebung durch den Verf.). Dies bedeutet doch wohl, dass die technisch „hinterherhinkenden“ Staaten, die (noch) keine solch qualifizierten Kontrollen durchführen können, mittelbar „geschützt“ werden.

Wie auch schon in früheren Urteilen erwähnt, sei eine gegenseitige Anerkennung auch wegen der fehlenden Harmonisierung der Glücksspielregelungen nicht möglich. Was damit gesagt werden soll, ist unverständlich. Wenn dieser Rechtsbereich (schon) harmonisiert wäre, wäre eine gegenseitige Anerkennung doch – trotz eventuell möglicher „kleinerer Abweichungen“ der einzelstaatlichen Regelungen – sowieso selbstverständlich und systemkonform. M. E. ist die Aussage des GAs im ersten Satz der Nr. 137 seiner Schlussanträge zur vorliegenden Rs. zutreffender. Er sagt dort, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung normalerweise bei der fehlenden Harmonisierung anzuwenden sei.

Auch auf die eigentlich überzeugenden Hinweise Dickingers und Ömers sowie der maltesischen Regierung zum Internet (Nachvollziehbarkeit aller computergestützten Transaktionen, Notwendigkeit eines Bankkontos für die Gewinnauszahlung usw.) ging der Gerichtshof leider nicht ein. Seine Bestätigung eines Internetverbots wegen der größeren Gefahren des Internets (Anonymität, jederzeitige Verfügbarkeit usw.) ist hinlänglich bekannt.

Es sei noch festgehalten, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei der Regulierung der Glücksspiele bzw. bei der Festlegung der verfolgten Ziele und des Schutzniveaus nunmehr – wie vorher schon einige Generalanwälte – „einen weiten Wertungsspielraum“ einräumt, nachdem er in früheren Urteilen (nur) von einem „ausreichenden Ermessen“ ausging. Ob zwischen beiden Begriffen im Hinblick auf die Folgen tatsächlich ein Unterschied besteht, ist jedoch fraglich.

Im Übrigen überrascht, wie GA Bot nunmehr in der Frage der Anwendbarkeit der Binnenmarktfreiheiten auf Glücksspiele „zurückrudert.“ In seinen früheren Schlussanträgen in den Rechtssachen Liga Portuguesa (G1/8) und Sporting Exchange (G1/9a) bzw. Ladbrokes (G1/9b) hatte er – weil Glücksspiele eigentlich nicht binnenmarktrelevant seien – noch vorgeschlagen, die Binnenmarktfreiheiten nur zur „Umrahmung“ der mitgliedstaatlichen Kompetenzen heranzuziehen. Nunmehr hält er lapidar fest – allerdings eher verschämt nur bei der Darstellung des Unionsrechts und nicht im Rahmen seiner Fallbewertung –, dass Glücksspiele eine wirtschaftliche Tä-

<sup>964</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 152.

<sup>965</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rnn. 96 ff.

tigkeit darstellen und (somit) in den Geltungsbereich der Verkehrsfreiheiten fallen würden und zwar insbesondere unter die Dienstleistungsfreiheit.

GA Bot geht im Hinblick auf die „Kohärenz“ nicht unbedingt von einer (nötigen) „Gesamtkohärenz“ unter Einbeziehung gleicher Spielarten aus. Er sagt nämlich, dass *„der Umstand, dass der Betrieb von Spielbanken nach österreichischem Recht nicht Gegenstand eines Monopols, sondern eines Konzessionssystems ist, [...] an der Gemeinschaftsrechtskonformität des fraglichen Monopols nichts ändern [kann]. Das Anbieten von Spielen über das Internet und ihr Anbieten in Casinos weisen nämlich erhebliche Unterschiede auf, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen die Spieler an ihnen teilnehmen können, die es rechtfertigen, dass Erstere einem viel engeren Rahmen unterliegen.“*

Auch die Limitierung eines wöchentlichen Höchsteinsatzes auf 800 €, die nur für Internet-Lotterien gelte, sodass ein Spieler, der dieses Limit erreicht habe, nicht daran gehindert sei, sich anderen [...] Arten des Glücksspiels hinzugeben, ist für den GA nicht geeignet, die Kohärenz der österreichischen Regelung für Online-Glücksspiele in Frage zu stellen.<sup>966</sup> Eine nähere Begründung dieser Aussagen wäre schon wünschenswert gewesen.

### **3.1.17 Die verbundenen Rechtssachen COSTA und CIFONE (G1/17)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Neben den bereits aus früheren italienischen Rsn. bekannten Fragen zur Wirkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf eine Konzession und einer polizeilichen Genehmigung und i. Z. m. einer kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor sowie im Hinblick auf die Bekämpfung des illegalen Glücksspiels ging es in diesen Rsn. zudem um die Vereinbarkeit folgender (neuer) italienischer Regelungen mit dem Unionsrecht:

- der Regelung der Mindestabstände zwischen den Annahmestellen (und damit der behaupteten Begünstigung bereits bestehender Annahmestellen),
- dem Entzug einer Konzession wegen einer grenzüberschreitenden Tätigkeit und
- dem Entzug der Konzession i. Z. m. Vorbeugungsmaßnahmen bzw. der Einleitung eines Strafverfahrens.

Zeitlich vor dem Urteil Costa und Cifone waren die – steuerrelevanten – Urteile in den Sachen Henfling (G2/13) und Rank Group (G2/14) ergangen.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die beiden gleichlautenden Vorabentscheidungsersuchen der Corte Suprema di Cassazione waren am 09.02.2010 beim EuGH eingegangen. Spanien, Belgien, Portugal, Italien, die Kommission und die Herren Costa und Cifone haben schriftliche Erklärungen eingereicht und – mit Ausnahme Spaniens – auch an der mündlichen Verhandlung am 29.06.2011 teilgenommen, an der sich zudem noch Malta beteiligt hat.<sup>967</sup> GA Cruz Villalón hat am 27.10.2010 seine (26-seitigen) Schlussanträge (mit 97 Nummern) vorgelegt. Die Vierte Kammer mit fünf Richtern hat am 16.02.2012 ihr 16-seitiges Urteil mit 93 Rnn. erlassen. Die Rs. war also rd. ein Jahr und vier Monate anhängig.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Italienische Rechts- und Sachlage*

Wegen der italienischen Regelungen – vor allem zu den erforderlichen Konzessionen und polizeilichen Genehmigungen – wird auf deren Darstellung in Teil C, III verwiesen.

<sup>966</sup> Schlussanträge Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Nr. 103.

<sup>967</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), GA Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2011:699, Nrn. 28–30.

Im Jahr 1999 führten die italienischen Behörden ein Verfahren zur Vergabe von 1 000 Konzessionen für den Vertrieb von Sportwetten mit einer Gültigkeitsdauer von sechs Jahren, die um weitere sechs Jahre verlängerbar waren, durch. Nach den damals geltenden Vorschriften über die Transparenz der Eigentumsstruktur der Konzessionäre waren Angebote von Bieter, die wie Stanley auf reglementierten Märkten notierte Gesellschaften waren, ausgeschlossen. Die Herren Costa und Cifone waren für den britischen Wettanbieter Stanley tätig. Nachdem der Gerichtshof in den Urteilen Zenatti (G1/3) und Gambelli (G1/5) festgestellt hatte, dass das Europarecht diesen Vorschriften entgegenstand, gestattete der italienische Gesetzgeber allen Kapitalgesellschaften ohne Rücksicht auf ihre Struktur, an den Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Diesen Änderungen folgte die Reform durch das Bersani-Dekret, das zum Gesetz Nr. 248 v. 04.08.2006 führte. Art. 38 dieses Gesetzes verlangte den Erlass von Maßnahmen gegen illegales Spielen sowie neue Modalitäten des Vertriebs von Spielen.<sup>968</sup> Die fallrelevant bedeutendste der neuen Maßnahmen war die Einhaltung von Mindestabständen zwischen den Annahmestellen.

Auf der Grundlage des Bersani-Dekrets hat die Autonome Staatsmonopolverwaltung – AAMS zwei Ausschreibungsverfahren für die Vergabe von mehr als 16.000 (!) Konzessionen für den Vertrieb von Sportwetten einschließlich Pferdewetten veröffentlicht. Die Verfahren endeten im Dezember 2006 mit der Vergabe von 14.000 neuen Konzessionen an verschiedene nationale und ausländische Wirtschaftsteilnehmer.

Der der Ausschreibung beigefügte „Mustervertrag“ für die Konzessionsvergabe sah weitere Bedingungen vor. Im streiterheblichen Art. 23 Abs. 2 Buchst. a des Mustervertrags, dessen Eindeutigkeit unklar war, wurde gesagt,<sup>969</sup> dass die AAMS die Konzession entziehen muss, wenn „*gegen den Konzessionär [...] Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden oder der zuständige Richter um Entscheidung in der Sache ersucht wird wegen eines im Gesetz Nr. 55 genannten Straftatbestands oder sonstiger Straftatbestände, die geeignet sind, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS zu zerrütten.*“ [Hervorhebungen durch den Verf. – diese unklare Formulierung war streiterheblich.] Im Fall eines Konzessionsentzugs verfiel auch die Kautions.

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die Beschuldigten Costa und Cifone betrieben in Italien Datenübertragungszentren (DÜZ) für den in Liverpool lizenzierten Spielbetreiber Stanley International Betting Ltd. (i. F.: Stanley). Gegen beide Herren waren Strafverfahren eingeleitet worden, da sie weder eine Konzession, noch eine polizeiliche Genehmigung zum Betrieb der DÜZ hatten.

Die Stanley Ltd. selbst war auch nicht im Besitz einer Konzession bzw. Genehmigung. Sie hatte sich zwar bei der AAMS nach den Voraussetzungen für den Erhalt einer Konzession erkundigt und dabei insbesondere um Klarstellungen zu Art. 23 des „Mustervertrags“ zwischen der AAMS und den künftigen Konzessionsnehmern gebeten. Dieser Artikel nannte – wie oben erwähnt – eine Reihe von Straftaten, vor allem solche, die geeignet waren, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS zu zerrütten.<sup>970</sup> Angesichts der Erläuterungen der AAMS – die der GA in den Nrn. 75 und 76 seiner Schlussanträge als eine bemerkenswert unbestimmte Antwort bezeichnete – nahm die Stanley Ltd. von einer Teilnahme an der Ausschreibung Abstand, wohl auch, um ihre künftige Lage in Folge einer möglichen Bestrafung nicht zu verschlechtern. Die Herren Costa und Cifone hatten dennoch die entsprechende polizeiliche Genehmigung für ihre Tätigkeit als Wettvermittler beantragt, die ihnen offensichtlich verweigert wurde.

<sup>968</sup> Urteil Costa und Cifone (G1/17), verb. Rsn. C-72/10 und C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80, Rnn. 6 ff.

<sup>969</sup> Urteil Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Rn. 17.

<sup>970</sup> Weitere Einzelheiten im Urteil Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Rnn. 17–19.

Die von den Angeklagten Costa und Cifone zuletzt angerufene Corte Suprema di Cassazione hat dem Gerichtshof<sup>971</sup> folgende, in beiden Fällen gleichlautende Vorlagefrage gestellt [Formatierung der Frage durch den Verf.]:

### (5) Vorlagefrage

*„Wie sind die Art. 43 EG und 49 EG in Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Sportwetten auszulegen, um festzustellen, ob die angeführten Bestimmungen des Vertrags eine nationale Regelung zulassen, die eine Monopolstellung zugunsten des Staates und ein System von Konzessionen und Genehmigungen festlegt und [...] Folgendes vorsieht:*

- a) eine allgemeine Ausrichtung des Schutzes für die Inhaber von Konzessionen, die früher aufgrund eines Verfahrens erteilt wurden, das rechtswidrig einen Teil der Wirtschaftsteilnehmer ausschloss;*
- b) die Geltung von Vorschriften, die praktisch die Aufrechterhaltung von Geschäftspositionen sicherstellen, die aufgrund eines Verfahrens erworben wurden, das rechtswidrig einen Teil der Wirtschaftsteilnehmer ausschloss (wie etwa das Verbot für neue Konzessionsnehmer, ihre Schalter näher als in der festgelegten Entfernung von einem bereits bestehenden Schalter zu eröffnen);*
- c) die Festlegung von Tatbeständen des Konzessionsentzugs oder des Verfalls von Sicherheitsleistungen in erheblicher Höhe, darunter den Fall, dass der Konzessionsnehmer unmittelbar oder mittelbar grenzüberschreitenden Wetttätigkeiten nachgeht, die mit den konzessionierten vergleichbar sind? “*

### (6) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof die Frage wie folgt beantwortet:

- „1. Die Art. 43 EG und 49 EG sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Effektivität sind dahin auszulegen, dass sie es einem Mitgliedstaat, der unionsrechtswidrig eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern von der Vergabe von Konzessionen für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen hat und diesen Verstoß durch Ausschreibung einer großen Zahl von neuen Konzessionen beheben will, verbieten, die von den bestehenden Betreibern erworbenen Geschäftspositionen u. a. durch das Vorschreiben von Mindestabständen zwischen den Einrichtungen der neuen Konzessionäre und denen der bestehenden Betreiber zu schützen.*
- 2. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie Sanktionen wegen Sammelns von Wetten ohne Konzession oder polizeiliche Genehmigung gegen Personen, die an einen Wirtschaftsteilnehmer gebunden sind, der von einer Ausschreibung unionsrechtswidrig ausgeschlossen worden war, auch nach der Neuausschreibung zur Behebung dieses Unionsrechtsverstößes entgegenstehen, soweit diese Ausschreibung und die daraus folgende Vergabe neuer Konzessionen den rechtswidrigen Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der früheren Ausschreibung nicht wirksam behoben haben.*
- 3. Aus den Art. 43 EG und 49 EG, dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Transparenzgebot und dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgt, dass die Bedingungen und Modalitäten eines Vergabeverfahrens wie des in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden und insbesondere Bestimmungen, die wie Art. 23 Abs. 2 Buchst. a und Abs. 3 des Mustervertrags zwischen der [AAMS] und dem Zuschlagsempfänger über die Konzession betreffend Glücksspiele in Bezug auf andere Ereignisse als Pferderennen den Entzug von nach einer solchen Ausschreibung vergebenen Konzessionen*

<sup>971</sup> Urteil Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Rn. 39.

*vorsehen, klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Cruz Villalón hatte folgende Antwort vorgeschlagen:<sup>972</sup>

*„Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sind in Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Sportwetten dahin auszulegen, dass sie im Rahmen einer Monopolregelung zugunsten des Staates und eines Konzessions- und Genehmigungssystems*

- a) einer nationalen Regelung entgegenstehen, die ausdrücklich und eindeutig einen Schutz für die Inhaber von Konzessionen, die früher aufgrund eines Verfahrens erteilt wurden, das rechtswidrig einen Teil der Wirtschaftsteilnehmer ausschloss, vorsieht. Es ist Sache der nationalen Gerichte, festzustellen, ob die nationale Regelung eine derartige Bestimmung mit dieser Reichweite enthält;*
- b) einer nationalen Regelung entgegenstehen, die praktisch die Aufrechterhaltung von Geschäftspositionen sicherstellt, die aufgrund eines Verfahrens erworben wurden, das rechtswidrig einen Teil der Wirtschaftsteilnehmer ausschloss, und insbesondere einem Verbot für neue Konzessionsnehmer, ihre Annahmestellen näher als in der festgelegten Entfernung von einer bereits bestehenden Annahmestelle zu eröffnen;*
- c) einer nationalen Regelung entgegenstehen, die einen Konzessionsentzug vorsieht, wenn der Konzessionsnehmer eine grenzüberschreitende Tätigkeit im Glücksspielsektor ausübt, ungeachtet der Art und Weise ihrer Durchführung und auch wenn die Möglichkeit des unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Wirtschaftsteilnehmer und der physischen Kontrolle der im Staatsgebiet ansässigen Vertreter des Unternehmens zu ordnungspolizeilichen Zwecken besteht;*
- d) einer nationalen Regelung, die es lediglich zulässt, die in einem Katalog oder einer Liste aufgeführten Spiele anzubieten, und das Angebot aller anderen Spiele mit dem Entzug der Konzession bestraft, nicht entgegenstehen, sofern die Verwaltungsentscheidungen hinsichtlich der Erstellung der Liste auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, die gerichtlich nachprüfbar sind;*
- e) einer nationalen Regelung, die den Entzug einer Glücksspielkonzession vorsieht, wenn gegen den Konzessionsnehmer, seinen gesetzlichen Vertreter oder seine Verwaltungsratsmitglieder Vorbeugemaßnahmen ergriffen werden oder der zuständige Richter um Entscheidung in der Sache ersucht wird, nicht entgegenstehen, sofern sich diese Bestimmung auf eindeutig bestimmte Straftatbestände im Zusammenhang mit dem Glücksspiel bezieht.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Für den Gerichtshof waren zwei Probleme getrennt zu prüfen. Zum einen, ob das Unionsrecht nicht den Maßnahmen des Gesetzgebers zur Korrektur des rechtswidrigen Ausschlusses von Wirtschaftsteilnehmern wie Stanley von der Ausschreibung im Jahr 1999 entgegen stand, und zum anderen, ob die mit dem Erlass des Bersani-Dekrets neu eingeführten Beschränkungen – insbesondere die vorgesehenen Tatbestände des Entzugs der Konzession und des Verfalls der Kautions – europarechtskonform waren. Im ersten Punkt ging es um die Vergabe von bis zu 16.000 neuen Konzessionen, was dem ersten Anschein nach den Anforderungen des Gerichtshofs entsprach.<sup>973</sup> Es gab jedoch Zweifel, ob das Unionsrecht nicht doch der in Art. 38 Abs. 2 und 4 des Bersani-Dekrets vorgesehenen Verpflichtung für die neuen Konzessionäre, mit ihren

<sup>972</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Nr. 97.

<sup>973</sup> Urteil Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Rn. 63.

Einrichtungen einen Mindestabstand zu den bereits vorhandenen Konzessionären einzuhalten, entgegenstand.<sup>974</sup>

Die nachfolgende Darstellung folgt – inklusive der Zwischenüberschriften – der Urteilsbegründung. Dazu heißt es nach der Zwischenüberschrift „Zum Schutz der Geschäftspositionen von Wirtschaftsteilnehmern, die nach der Ausschreibung von 1999 Konzessionen erhalten haben“:<sup>975</sup>

- „51 *Insoweit ist zunächst auf die Feststellung des Gerichtshofs in Rn. 63 des Urteils Placanica u. a. hinzuweisen, dass es Aufgabe des innerstaatlichen Rechts ist, Verfahrensmodalitäten vorzusehen, die den Schutz der Rechte der rechtswidrig von der ersten Ausschreibung ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer gewährleisten, wobei diese Modalitäten jedoch nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als für entsprechende Sachverhalte innerstaatlicher Art (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz).*
- 52 *Weiter hat der Gerichtshof in dieser Rn. des Urteils Placanica u. a. ausgeführt, dass sowohl eine Rücknahme und Neuverteilung der alten Konzessionen als auch die Ausschreibung einer angemessenen Zahl neuer Konzessionen eine angemessene Lösung sein könnten. [...]*
- 53 *Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die von den bestehenden Betreibern erworbenen Geschäftspositionen durch innerstaatliche Rechtsvorschriften geschützt werden. Bereits der Umstand, dass die bestehenden Betreiber einige Jahre früher als die rechtswidrig ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer ihre Tätigkeit aufnehmen und sich auf dem Markt mit einer gewissen Bekanntheit und Stammkunden etablieren konnten, verschafft ihnen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil. [...]*
- 54 *In diesem Kontext ist daran zu erinnern, dass die öffentlichen Stellen, die Konzessionen auf dem Gebiet der Glücksspiele vergeben, die Grundregeln der Verträge, insbesondere die Art. 43 EG und 49 EG, sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten haben. [...]*
- 55 *Auch wenn das Transparenzgebot, [...], nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potentiellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Konzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind [...]*
- 56 *Die Vergabe solcher Konzessionen muss daher auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden. [...]*
- 57 *[...]*
- 58 *Insbesondere bewirkt die [...] vorgesehene Maßnahme, nach der neue Konzessionäre verpflichtet sind, mit ihren Einrichtungen einen Mindestabstand zu den bereits vorhandenen Konzessionären einzuhalten, [... und sich ...] an Orten niederlassen müssen, die geschäftlich weniger interessant sind als die der etablierten Betreiber. Eine solche Maßnahme bedeutet somit eine Diskriminierung der von der Ausschreibung von 1999 ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer.*
- 59 *Hinsichtlich einer etwaigen Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung können nach ständiger Rechtsprechung wirtschaftliche Gründe wie das Ziel, den Wirtschaftsteilnehmern, die bei der Ausschreibung von 1999 eine Konzession erhielten, Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den getätigten Investitionen zu*

<sup>974</sup> Urteil Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Rnn. 47–49.

<sup>975</sup> Urteil Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Rnn. 51 ff. mit zahlreichen Verweisen auf EuGH-Urteile.

- gewährleisten, nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses [...] anerkannt werden. [...]
- 60 Im Übrigen kann sich die italienische Regierung [...] nicht mit Erfolg auf das angeführte Ziel berufen, durch eine gleichmäßige Verteilung der Annahmestellen für Glücksspiele auf das Staatsgebiet solle zum einen verhindert werden, dass Verbraucher, die in der Nähe dieser Annahmestellen wohnten, einem Überangebot ausgesetzt seien, und zum anderen der Gefahr entgegengetreten werden, dass sich die in schlechter versorgten Orten lebenden Verbraucher auf illegale Spiele einließen.
- 61 [...]
- 62 [...], was das erste dieser Ziele angeht, [war ...] der italienische Glücksspielsektor lange Zeit durch eine expansive Politik gekennzeichnet, die mit dem Ziel einer Erhöhung der Staatseinnahmen betrieben wurde, sodass vor diesem Hintergrund weder das Ziel einer Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch das einer Eindämmung des Spielangebots als Rechtfertigung dienen können. Da durch das Dekret Bersani die Zahl der Gelegenheiten zum Spiel [...] noch deutlich erhöht wurde, gilt dieses Ergebnis in der derzeitigen Situation des Sektors erst recht.
- 63 Sodann ergibt sich, was das zweite der angeführten Ziele angeht, aus einer ständigen Rechtsprechung, dass von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen und dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn die eingesetzten Mittel kohärent und systematisch sind.
- 64 [... Es gilt aber] die Mindestabstandsregelung ausschließlich für die neuen Konzessionäre und nicht für die bereits etablierten. [...].“

Weiter heißt es in der Begründung:

- „Zu den neuen Beschränkungen, die mit Erlass des Dekrets Bersani eingeführt wurden
- 67 Mit dem zweiten Teil seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen sind, dass sie einem innerstaatlichen rechtlichen Rahmen [...] entgegenstehen, der den Entzug der Konzession [...] sowie den Verfall [...] gestellten finanziellen Sicherheit vorsieht, wenn
- gegen den Konzessionär, [...] wegen eines Straftatbestands, ‚der geeignet ist, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS zu zerrütten‘, ein Strafverfahren eingeleitet wird (Art. 23 Abs. 2 Buchst. a des Mustervertrags);
  - der Konzessionär im Inland oder über Server, die sich im Ausland befinden, Glücksspiele anbietet, die mit von der AAMS verwalteten Glücksspielen oder nach innerstaatlichem Recht verbotenen Glücksspielen vergleichbar sind (Art. 23 Abs. 3 des Mustervertrags).
- 68 – 75 [...]
- Zum Entzug der Konzession wegen Einleitung eines Strafverfahrens
- 76 [... Es] kann der Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern, deren Betreiber strafrechtlich verurteilt worden sind, grundsätzlich als zur Bekämpfung der Kriminalität gerechtfertigte Maßnahme angesehen werden. [...]
- 77 Der Entzug der Konzession stellt jedoch [...] eine besonders schwerwiegende Maßnahme dar, erst recht [...], wo er nach Art. 23 Abs. 6 des Mustervertrags automatisch den Verfall einer beträchtlichen finanziellen Sicherheit und eventuell Verpflichtungen zum Ersatz von der AAMS entstandenen Schäden nach sich zieht.
- 78 Damit ein potentieller Bieter das Risiko, dass ihn solche Sanktionen treffen, sicher abschätzen kann, [...] und um schließlich die Einhaltung des Grundsatzes der Rechtssicherheit zu gewährleisten, muss daher klar, genau und eindeutig bestimmt sein, unter welchen Umständen diese Sanktionen zur Anwendung kommen.

- 79 Die Bezugnahme in Art. 23 Abs. 2 Buchst. a des Mustervertrags auf die ‚im Gesetz Nr. 55 v. 19. März 1990 genannten Straftatbestände‘, die Mafia-Delikte und andere eine schwere Gefahr für die Gesellschaft darstellende Formen der Kriminalität betreffen, scheint – vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht – diesem Erfordernis zu genügen. Dagegen scheint dies – wiederum vorbehaltlich der Überprüfung durch das vorlegende Gericht – nicht der Fall zu sein, soweit in der genannten Bestimmung auf ‚sonstige Straftatbestände, die geeignet sind, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS zu zerrütten‘, Bezug genommen wird. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Bezugnahme hätte verstehen können.
- 80 Es wird dabei insbesondere zum einen die Tatsache, dass die potentiellen Bieter für die Prüfung der Ausschreibungsunterlagen über eine Frist von weniger als zwei Monaten verfügten, und zum anderen das Verhalten der AAMS auf die Ersuchen um Klarstellung, die Stanley an sie gerichtet hatte, zu berücksichtigen haben.
- 81 Jedenfalls dürfen [...] die durch innerstaatliche Rechtsvorschriften auferlegten Beschränkungen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels erforderlich ist. Somit kann es zwar unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, gegen einen Betreiber von Glücksspielen, der aufgrund beweiskräftiger Indizien unter Verdacht steht, in kriminelle Aktivitäten verwickelt zu sein, Vorkehrungen zu treffen, doch kann ein Ausschluss vom Markt durch Entzug der Konzession nur dann als dem Ziel der Bekämpfung der Kriminalität angemessen betrachtet werden, wenn er auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer hinreichend schweren Straftat beruht. Eine Rechtsvorschrift, die einen Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern [...] vom Markt zulässt, könnte nur dann als angemessen betrachtet werden, wenn ein wirksames gerichtliches Verfahren und, falls sich der Ausschluss später als ungerechtfertigt erweisen sollte, Ersatz für den entstandenen Schaden vorgesehen sind.
- 82 [...].
- 83 In diesem Kontext ist daran zu erinnern, dass die Italienische Republik, wie aus dem Urteil *Placanica* u. a. hervorgeht, keine strafrechtlichen Sanktionen wegen Sammelns von Wetten ohne Konzession oder polizeiliche Genehmigung gegen Personen verhängen kann, die an einen Wirtschaftsteilnehmer gebunden sind, der von den maßgeblichen Ausschreibungen unionsrechtswidrig ausgeschlossen worden war. [...]
- 84 Folglich ist im Fall eines Wirtschaftsteilnehmers wie Stanley davon auszugehen, dass sein Ausschluss von der früheren Ausschreibung durch die neue im Dekret Bersani vorgesehene Ausschreibung nicht wirksam behoben wurde, da gegen ihn [...] im Zeitpunkt dieser neuen Ausschreibung Strafverfahren – die, wie sich später [...] herausstellte, einer rechtlichen Grundlage entbehrten – anhängig waren, die seine Teilnahme an dieser Ausschreibung in der Praxis ausschlossen, weil ihm seine Konzession wegen dieser Strafverfahren sofort wieder entzogen worden wäre.
- 85 Somit können [...] keine Sanktionen wegen Sammelns von Wetten ohne Konzession oder polizeiliche Genehmigung gegen Personen verhängt werden, die wie Herr Costa und Herr Cifone an einen Wirtschaftsteilnehmer wie Stanley gebunden sind, der von früheren Ausschreibungen unionsrechtswidrig ausgeschlossen worden war.
- 86 [...].  
Zum Entzug der Konzession wegen des Angebots von Glücksspielen über Server, die sich außerhalb des Staatsgebiets befinden
- 87 Sowohl der [...] Schriftwechsel zwischen Stanley und der AAMS als auch der Umstand, dass der Generalanwalt Anlass gesehen hat, in den Nrn. 72 bis 89 seiner

*Schlussanträge zwei Lösungsalternativen vorzutragen, denen völlig unterschiedliche Auslegungen von Art. 23 Abs. 3 des Mustervertrags zugrunde liegen, machen deutlich, dass es dieser Bestimmung an Klarheit fehlt.*

- 88 *Es ist nämlich unklar, welchen Zweck und welche Wirkung diese Bestimmung hat. Sie könnten darin bestehen, zu verhindern, dass ein Konzessionär im italienischen Staatsgebiet andere Glücksspiele anbietet als die, für die er eine Konzession besitzt, oder darin, jede grenzüberschreitende Tätigkeit im Glücksspielsektor zu verhindern [...].*
- 89 *Zwar obliegt die Auslegung nationaler Vorschriften im Rahmen des durch Art. 267 AEUV geschaffenen Systems der Zusammenarbeit den nationalen Gerichten [...]. [Das] Unionsrecht [verlangt] jedoch, dass die Bedingungen und Modalitäten eines Vergabeverfahrens [...] genau und eindeutig formuliert sind. Dies ist bei Art. 23 Abs. 3 des Mustervertrags selbst im Licht der von der AAMS auf Anfrage von Stanley gelieferten zusätzlichen Erläuterungen nicht der Fall.*
- 90 *Einem Wirtschaftsteilnehmer wie Stanley kann nicht vorgeworfen werden, auf eine Bewerbung um eine Konzession angesichts fehlender Rechtssicherheit verzichtet zu haben, [...]. Soweit ein solcher Wirtschaftsteilnehmer von der [...] Ausschreibung unionsrechtswidrig ausgeschlossen war, ist davon auszugehen, dass dieser Ausschluss durch die neue Ausschreibung nicht wirksam behoben wurde.“*

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

Der GA prüfte die Vorlagefrage vor allem unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Urteile Schindler (G1/1), Läärä (G1/2), Zenatti (G1/3), Gambelli (G1/5), Placanica u. a. (G1/6), Liga Portuguesa (G1/8) und Markus Stoß u. a. (G1/12). Er ging von einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs aus. Zu den Rechtfertigungsgründen meinte er jedoch:<sup>976</sup>

- „41 *Der Gerichtshof hat im Urteil Placanica [...] festgestellt, dass ‚der italienische Gesetzgeber im Bereich der Glücksspiele eine expansive Politik mit dem Ziel betreibt, die Staatseinnahmen zu erhöhen‘, sodass ‚die italienischen Rechtsvorschriften weder mit dem Ziel einer Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch mit dem einer Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt werden können‘. Im aktuellen Kontext scheint diese kategorische Feststellung [...] durch die Entscheidung der italienischen Behörden, im Jahr 2006 14.000 neue Glücksspielkonzessionen zu vergeben, noch bestärkt worden zu sein.*
- 42 *[...]. Es geht sicher nicht zu weit, wenn man [...] feststellt, dass die italienische Politik [...] das Glücksspiel trivialisiert hat, [...] so] dass man praktisch von einem ‚liberalisierten‘, wenn auch reglementierten, Sektor sprechen kann. Daher sind die Bekämpfung der Spielsucht und die Verringerung der Gelegenheiten zum Spiel weiterhin keine glaubhaften Ziele der italienischen Glücksspielregelung [...].“*

Was nun die Neuvergabe von 14.000 Konzessionen anbelangt – ausgeschrieben waren 16.000 –, meinte der GA:<sup>977</sup>

- „53 *[...] Seit den Ausschreibungen im Jahr 2006 teilen sich die alten Konzessionsnehmer allerdings den Markt für Sportwetten mit den Inhabern der 14.000 neuen Konzessionen. Diese Option wurde im Urteil Placanica ausdrücklich für zulässig erklärt. [...].*
- 54 *[...].*
- 55 *Es darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass die im nationalen Recht vorgesehene Regelung zur Wiederherstellung der Rechte der rechtswidrig ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer ‚die Ausübung der durch die Gemeinschafts-*

<sup>976</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Nrn. 41 ff.

<sup>977</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Nrn. 53 ff.

*rechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren [darf] (Effektivitätsgrundsatz)'. [...].*

- 56 *Die Herren Costa und Cifone haben geltend gemacht, dass die neuen Bestimmungen, [...] die Teilnahme von Stanley [...], aufgrund der Einführung von Regeln, die einerseits den Wettbewerbsvorteil der alten Konzessionsnehmer übermäßig schützten (insbesondere durch die Einführung von Mindestabständen zwischen den Annahmestellen) und durch die andererseits die Teilnahme des Unternehmens sinnlos geworden sei (da es den automatischen Entzug der Konzession riskiert habe), praktisch unmöglich gemacht hätten.“*

Zu den Mindestabständen meinte der GA in den Nrn. 61 ff. weiter:

- „61 [...] Nach Art. 38 Abs. 2 Buchst. f und g des Bersani-Dekrets mussten Annahmestellen einen Mindestabstand zu ,denen, für die bereits eine Konzession vergeben worden war', einhalten. [...].
- 62 *Die italienische Regierung macht zur Rechtfertigung der Maßnahme geltend, dass damit eine gleichmäßige Verteilung der Wettannahmestellen über das Staatsgebiet gewährleistet werden solle, um die zweifach schädliche Folge einer Anhäufung von Wettbüros an bestimmten Orten für die Verbraucher zu vermeiden: dass diejenigen, die in der Nähe solcher Orte leben, einem Angebotsüberschuss ausgesetzt sind, und diejenigen, die in schlechter versorgten Orten leben, an illegalen Spielen teilnehmen. [...]*
- 63 *Die Berufung auf die Bekämpfung der Spielsucht ist [...] im italienischen Kontext, der sich im Glücksspielsektor [durch] eine expansive Politik auszeichnet, wenig überzeugend. [...]*
- 64 *Es bliebe der Rechtfertigungsgrund der Verhütung von Straftaten und des Betrugs im Glücksspielsektor, der [...] ein Ziel im Allgemeininteresse darstellt [...]. Meiner Ansicht nach weist das System der Mindestabstände zwischen Wettbüros [jedoch] so gut wie keinen Anknüpfungspunkt mit diesem Ziel auf.*
- 65 [...]
- 66 *Zwar besteht mangels einer zwingenden Mindestabstandsregelung in der Tat die Gefahr, dass sich ein bedeutender Teil der Annahmestellen auf dichter besiedelte oder wirtschaftlich aktivere Gegenden des Staatsgebiets konzentriert, doch ist eine gewisse Skepsis angebracht im Hinblick darauf, dass dieser Umstand einen bedeutenden Teil der Spieler, die ihren Wohnsitz in Gegenden mit geringerem oder gar nicht vorhandenem Angebot haben, dazu veranlassen wird, sich für illegale Anbieter zu entscheiden. [...].*
- 67 *Auf der anderen Seite ist daran zu erinnern, dass die Mindestabstandsregelung ausschließlich für die neuen Konzessionsnehmer gegenüber den bereits etablierten gilt. Dies scheint den im Vorlagebeschluss zum Ausdruck kommenden Gedanken zu bestätigen, dass die Mindestabstandsregelung auf die Wahrung der ,Geschäftspositionen' der alten Konzessionsnehmer gerichtet ist [...]. Dadurch wird die Kohärenz der Maßnahme im Hinblick auf das von der italienischen Regierung angeführte Ziel der Verhütung der Kriminalität in Frage gestellt.“*

Zusammenfassend sah der GA die Art. 49 und 53 AEUV als der fallrelevanten nationalen Regelung entgegenstehend an.<sup>978</sup>

Zur Regelung über den Konzessionsentzug – und zwar zunächst im Hinblick auf den Entzug wegen des „Vertriebs von Spielen, die öffentlichen oder verbotenen Glücksspielen vergleichbar sind, ,in Italien oder über Server, die sich außerhalb des Staatsgebiets befinden' (Art. 23 Abs. 3 des Vertragsschemas für Konzessionsnehmer)“ – meinte der GA in Nr. 72, der unklare Wortlaut

<sup>978</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Nr. 69.

der streitigen Vorschrift im Mustervertrag und die Antwort des AAMS veranlassten ihn dazu, mit zwei alternativen Auslegungshypothesen zu Art. 23 Abs. 3 zu arbeiten.<sup>979</sup>

Zur 1. Hypothese, dem Entzug der Konzession wegen einer grenzüberschreitenden Tätigkeit, führte er in den Nrn. 75 ff. aus:

- „75 Auf die Frage von Stanley, ob ‚die von Stanley [...] angeschlossenen DÜZ ausgeübte Tätigkeit von der Verwaltung als Verletzung der Grundsätze und Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen (insbesondere Art. 23 des Konzessionsschemas) betrachtet wird‘, hat die AAMS [...] geantwortet, dass die Teilnahme an den Ausschreibungen [...] auf die Ausübung grenzüberschreitender Tätigkeiten voraussetze und insbesondere bestätigt, dass es das neue System den Bewerbern ermöglichen würde, ‚Netze von Annahmestellen zu schaffen, die nach Maßgabe einer eigenständigen Beurteilung auch nationalen Charakter haben können‘, und präzisiert, dass ‚diese Netze naturgemäß dazu neigen, die alten Netze zu ersetzen, und in diesem Zusammenhang durch Art. 23 des Konzessionsschemas ein geeigneter Schutz für die Investitionen geschaffen wird, den diese Konzessionsnehmer getätigt haben‘.
- 76 Neben der **bemerkenswerten Unbestimmtheit dieser Antwort** hatte der Eindruck, dass die Tätigkeit von Stanley [...] mit der Vergabe einer der neuen Konzessionen unvereinbar war, zur Folge, dass das Unternehmen von der Teilnahme an der Ausschreibung Abstand nahm. [Hervorhebung durch Verf.]
- 77 Wenn die Corte Suprema di Cassazione zu dem Ergebnis käme, dass Art. 23 Abs. 3 des Konzessionsschemas einen automatischen Konzessionsentzug vorsieht, nur weil eine grenzüberschreitende Wetttätigkeit erfolgt, müsste man feststellen, dass die Maßnahme eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt. Zudem erscheint mir ihre Rechtfertigung mit dem Ziel der Verhütung von Straftaten und Betrug [...] ausgesprochen künstlich.
- 78 Der Gerichtshof hat zwar in seinem Urteil Liga Portuguesa anerkannt, dass die Mitgliedstaaten bezüglich der über das Internet angebotenen Glücksspiele über einen weiten Handlungsspielraum verfügen. Dieser Gedanke kann aber nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, in dem, wenn sich die hier vertretene Hypothese bestätigt, nicht die Kontrolle des Spiels über das Internet in Frage steht, sondern das Verbot jeder grenzüberschreitenden Tätigkeit in diesem Sektor. [...].
- 79 Grundsätzlich weist die hier in Rede stehende Tätigkeit daher nicht das wesentliche Merkmal des Spielens über das Internet auf, [...]: den ‚fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter‘. Eine ‚grenzüberschreitende Tätigkeit‘ steht diesem Kontakt nicht notwendig entgegen. [...].
- 80 [...].
- 81 Im vorliegenden Fall jedoch ginge [...] die auferlegte Beschränkung weit über das Erfordernis hinaus, dass sich ausländische Wirtschaftsteilnehmer der Kontrolle durch die nationalen Behörden unterwerfen müssen, um eine Glücksspieltätigkeit ausüben zu können. Sie würden schlicht und einfach daran gehindert, an diesem Markt teilzunehmen, aus dem einzigen Grund, dass das Unternehmen seine Hauptniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat und das mit den Kunden abgeschlossene Rechtsgeschäft grenzüberschreitenden Charakter hat, obwohl die Möglichkeit besteht, die gegebenenfalls ständig im Staatsgebiet anwesenden Vertreter einer polizeilichen Kontrolle zu unterziehen.
- 82 Zusammenfassend bin ich der Auffassung, dass eine [solche] nationale Regelung [...] gegen die Art. 49 und 56 AEUV verstößt.“

<sup>979</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Nr. 72.

Zur 2. Hypothese, dem Entzug der Konzession wegen des Anbietens nicht genehmigter Spiele, meinte der GA in den Nrn. 83 ff.:

- „83 *Eine alternative Auslegung von Art. 23 Abs. 3 des Konzessionsschemas würde zu der Annahme führen, dass die Bestimmung vor allem darauf gerichtet ist, eine Vielzahl von Spielen zu verbieten, unabhängig davon, ob sie grenzüberschreitend (‘über Server, die sich außerhalb des Staatsgebiets befinden’) oder unmittelbar (‘auf italienischem Gebiet’) angeboten werden. Konkreter wären [...] die Spiele, deren Angebot zum Entzug der Konzession führt, solche, ‘die mit öffentlichen Glücksspielen oder anderen von der AAMS verwalteten Glücksspielen oder in Italien verbotenen Glücksspielen vergleichbar sind’. Zunächst ist die ausgesprochene Ungenauigkeit dieser Formulierung hervorzuheben, die im Gegensatz zu ihren schwerwiegenden Folgen steht.*
- 84 *Die Vorträge der Kommission und Herrn Costas ermöglichen es, ein wenig Licht auf diesen Punkt zu werfen. Beide haben [...] eine Liste von Spielen erwähnt, die wöchentlich von der AAMS aktualisiert werden und die den Anwendungsbereich der Konzessionen eingrenzen, sodass die Konzessionsnehmer nur Spiele anbieten können, die in dieser Liste enthalten sind, und das Angebot nicht enthaltener Spiele zum Entzug der Konzession führt. [...].*
- 85 *[...].*
- 86 *[...]. Tatsächlich können die Konzessionsnehmer bei der AAMS beantragen, dass bestimmte Spiele in die Liste aufgenommen werden [...].*
- 87 *Die Verwaltungsentscheidung, ein bestimmtes Spiel in die Liste aufzunehmen, würde damit unbestreitbar die Funktion einer ‘vorherigen behördlichen Genehmigung’ erfüllen, durch die die Vertragsfreiheiten beschränkt würden, die aber nach der Rechtsprechung gerechtfertigt sein kann, soweit sie auf objektiven, nicht diskriminierenden und gerichtlich nachprüfbaren Kriterien beruht. [...].*
- 88 *Hinzu kommt ein weiterer Umstand [...]. Ich beziehe mich auf den Umstand, dass die von der Liste der AAMS ausgeschlossenen Spiele mehrheitlich von ausländischen Wirtschaftsteilnehmern angeboten werden und gegebenenfalls den ‘interessantesten’ Teil ihres Angebots darstellen könnten, der es vom Angebot der nationalen Wirtschaftsteilnehmer unterscheidet. Sollte sich dieses Vorbringen als zutreffend erweisen, könnte man in diesem Fall das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung behaupten, die kaum anhand der geltend gemachten Ziele zu rechtfertigen wäre.“*

Zum Entzug aufgrund des Ergreifens von Vorbeugemaßnahmen bzw. der Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Konzessionsnehmer führte der GA in den Nr. 93 ff. aus:

- „93 *Eine Maßnahme, die darauf gerichtet ist, zu unterbinden, dass Personen, deren Leumund zweifelhaft ist, dieser Art von Tätigkeiten nachgehen, scheint grundsätzlich ein für die Erreichung des Ziels der Bekämpfung des Betrugs und des illegalen Glücksspiels geeignetes Instrument zu sein [...]. Unabhängig davon könnte dieser Tatbestand des Konzessionsentzugs [...] unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit [aber] einige Probleme aufwerfen.*
- 94 *Das erste beruht auf dem scheinbar verfrühten Charakter der Entscheidung über den Konzessionsentzug, der zu Beginn eines eventuellen Strafverfahrens und damit ohne eine strafrechtliche Verurteilung erfolgen würde. [...].*
- 95 *Der zweite Einwand bezüglich einer zu weitgehenden Definition der zum Konzessionsentzug führenden Straftatbestände in Art. 23 Abs. 2 des Konzessionsschemas erscheint stichhaltiger. Diese Bestimmung bezieht sich in erster Linie auf die ‘im Gesetz Nr. 55 v. 19. Mai 1990 geregelten Straftatbestände’, bildet also einen Tatbestand, der hinreichend eingegrenzt und im Hinblick auf die Schwere der Straftaten, auf die er sich bezieht, gerechtfertigt erscheint (es handelt sich um Straftaten, die im*

*Wesentlichen mit Mafiaaktivitäten im Zusammenhang stehen). Sodann nimmt sie allerdings viel allgemeiner auf ‚Straftaten, die geeignet sind, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS zu zerrütten‘, Bezug. Sofern das vorliegende Gericht nicht der Auffassung ist, dass dieser letzte Halbsatz hinreichend klar die Art von Straftaten umschreibt, auf die sich die Bestimmung bezieht, könnte sie insoweit unverhältnismäßig sein, [...]‘.*

## **(10) Kommentierung**

Die praktisch wortgleiche Wiedergabe der entscheidenden Ausführungen des EuGH und des GA, denen zuzustimmen ist, erübrigen bereits vielfach eine ausführliche Kommentierung.

Fallbezogen hatte das Urteil konkrete Auswirkungen im Hinblick darauf, dass gegen die Herren Costa und Cifone keine Sanktionen verhängt werden durften und Regelungen über die Mindestabstände geändert bzw. alle Konzessionen – also auch die „alten“ von 1999 – neu ausgeschrieben hätten werden müssen, was jedoch aus Gründen des Rechts- und Bestandsschutzes nicht erfolgt ist. Sicher wäre dies auch nicht leicht möglich gewesen.

Den Festhaltungen des Gerichtshofs (und des GAs), trotz der Vergabe von 14.000 neuen Konzessionen würde die Benachteiligung vieler Bewerber, die im Jahr 1999 von der Vergabe ausgeschlossen worden seien, nicht behoben, ist zu folgen. Der Aussage, die Einführung von Regelungen über die Mindestabstände würde die Situation der neuen Konzessionäre „eher verschlechtern“, ist zuzustimmen. Zur Lösung der Diskrepanz zwischen den „alten“ und „neuen“ Konzessionen hat der italienische Gesetzgeber eine pragmatische Lösung gewählt und dazu weder die Bestimmungen über die Mindestabstände aufgehoben, noch für eine Neu-Ausschreibung der alten Konzessionen votiert, sondern einfach die Laufzeit der neuen Konzessionen auf das Ende der Geltungsdauer der alten Konzessionen festgesetzt.<sup>980</sup>

Auch der Beanstandung der unklaren Bestimmungen über Straftaten, die zum Konzessionsentzug führen, und der Kritik, dass bereits „einleitende Strafverfolgungsmaßnahmen“ für einen Entzug der Konzession ausreichen, ist voll zuzustimmen. Erfreulich klar ist auch die Aussage des GA,<sup>981</sup> in der er die Antwort der AAMS auf eine Anfrage der Stanley Ltd. als bemerkenswert unbestimmt bezeichnet. Ansonsten sind die Rsn. Costa und Cifone sachverhältnismäßig und inhaltlich den Fällen Gambelli (G1/5) und Placanica (G1/6) vergleichbar, auf die daher verwiesen werden kann.

Es sei nochmals angemerkt, dass Italien 16.000 (!) Konzessionen im Wettbereich ausgeschrieben hatte, von denen aber nur rund 14.000 „abgerufen“ worden sind. Es stellt sich angesichts dieser Zahlen die Frage, warum dieser Glücksspielbereich nicht gleich voll liberalisiert worden ist.

### **3.1.18 – 3.1.25 Die verb. Rechtssachen FERAZOLLI u. a. (G1/18), SACCHI, MINESI, PULIGANI, RUSSO, RIZZO, ARRICHELLO und VENERUSO (G1/19)–(G1/25)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Die nachfolgenden Rsn. (18)–(25) können zusammen dargestellt werden, da sie alle sowohl sachverhältnismäßig wie auch im Hinblick auf die Rechtsfragen und den rechtlichen Rahmen der vorigen Rs. Costa und Cifone (G1/17) gleichen. Die gemäß Art. 104 § 3 UAbs. 1 der Verfo (inzwischen Art. 99) gefassten Beschlüsse sind am gleichen Tag wie das Urteil Costa und Cifone,

<sup>980</sup> In diesem Zusammenhang sei auf das EuGH-Urteil v. 22.01.2015 in der Rs. C-463/13, ECLI:EU:C:2015:25 hingewiesen. Stanley International Betting und Stanleybet Malta, das von den früheren Konzessionsausschreibungen der Jahre 1999 und 2006 ausgeschlossen war, erhielt später doch eine Konzession, deren Laufzeit allerdings auf 40 Monate beschränkt war im Gegensatz zu den 9 bzw. 12 Jahren der früher vergebenen Konzessionen, worin Stanley eine Diskriminierung sah. Die Geltungsdauer dieser neuen Konzessionen endete damit mit dem Zeitpunkt der Beendigung der früheren Konzessionen, da damit der Zeitpunkt für spätere Ausschreibungen vereinheitlicht werden sollte. Diese Regelung hielt der EuGH für gerechtfertigt.

<sup>981</sup> Schlussanträge Costa und Cifone (G1/17), a. a. O., Nr. 76.

also am 16.02.2012, gefasst worden, allerdings von einer Dreierkammer (der Achten) und nicht von einer Fünferkammer (der Vierten) wie in der Rs. Costa und Cifone. Berichterstatter war allerdings (wie in den Rsn. Costa und Cifone) der (britische) Richter Schiemann. Auch die Richterin Toader gehörte beiden Kammern an. GA Cruz Villalon war jeweils gehört worden. Die 3 Ziffern des jeweiligen Tenors der 8 Beschlüsse sind wortgleich und identisch mit den 3 Ziffern des Urteilstenors Costa und Cifone, auf die deshalb verwiesen wird.

## **(2) Die Vorlagefragen**

In den verb. Rsn. hatten die Tribunali Amministrativi Regionale del Lazio, di Roma, del Riesame di Verbania, Ordinario di Prato, di Santa Maria Capua Vetere (in zwei Rsn.), Ordinario di Milano sowie der Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana im Wesentlichen wörtlich übereinstimmend oder zumindest sinngemäß gefragt, ob mit den Art. 43 und 49 EG eine nationale Regelung wie die im Anschluss an das Bersani-Dekret (Decreto-legge Nr. 223 v. 04.07.2006, umgewandelt in Gesetz Nr. 248 v. 04.08.2006) eingeführte insoweit vereinbar sei, als die internen Vorschriften u. a. Folgendes vorsehen: Es folgen dann die drei schon in den vorigen Rs. Costa und Cifone gestellten Frageteile a)–c).

## **(3) Antworten des Gerichtshofs**

Die 3 Ziffern des Tenors der jeweiligen Beschlüsse sind wortgleich und identisch mit den 3 Ziffern des Urteilstenors in der Rs. Costa und Cifone (G1/17). Auch die wesentlichen Rnn. der Begründungen der Antworten – überwiegend die Rnn. 5–9 – sind in allen Beschlussssachen identisch. Deshalb kann auch auf die zur verb. Rs. Costa und Cifone gemachte Kommentierung verwiesen werden.

### **3.1.26 Die Rechtssache HIT Hoteli und HIT LARIX (G1/26)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In diesem österreichischen Vorabentscheidungsersuchen ging es um die Frage; ob eine Werbung für in anderen Staaten gelegene Spielbanken möglich ist. Zugleich ging es darum, ob das dortige Spielerschutzniveau dem im Inland geltenden Niveau entsprechen muss.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen war beim EuGH am 14.04.2011 eingegangen. Die mündliche Verhandlung hat am 09.02.2012 stattgefunden. GA Mažak hat am 17.04.2012 seine 7-seitigen Schlussanträge (mit 28 Nrn.) gestellt. Am 12.07.2012 erging das 7-seitige Urteil (mit 37 Rnn.). Spruchkörper war die 4. Kammer, eine Fünferkammer. Die Rs. war also rund 15 Monate anhängig. Am Verfahren haben sich neben der Kommission die österreichische, belgische, griechische, spanische und portugiesische Regierung beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Österreichisches Recht*

S. dazu die §§ 21,25 und 56 GSpG (zit. o. Teil C, II). Besonders hinzuweisen ist auf die letztgenannte Bestimmung.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

HIT und HIT LARIX sind zwei Aktiengesellschaften mit Sitz in Slowenien, die dort erlaubterweise Glücksspiele veranstalten. Sie beantragten in Österreich Bewilligungen, um dort ihre slowenischen Glücksspiele – insbesondere in Spielbanken – bewerben zu dürfen, was abgelehnt wurde, weil die Bewerber nicht nachgewiesen hätten, dass die slowenischen Glücksspielregelungen ein gleichwertiges Schutzniveau gewährleisten würden. HIT und HIT LARIX beschritten daraufhin in Österreich den Rechtsweg.

### (5) Vorlagefrage

Der vorliegende Verwaltungsgerichtshof stellte dem EuGH (s. Rn. 15) folgende Vorlagefrage:

*„Ist eine Regelung eines Mitgliedstaats, die die Werbung für im Ausland gelegene Betriebsstätten von Spielbanken in diesem Mitgliedstaat nur dann erlaubt, wenn die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen an diesen Standorten den inländischen entsprechen, mit der Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren?“*

### (6) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH beantwortete die Frage im Urteilstenor wie folgt:

*„Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die die Werbung in diesem Mitgliedstaat für in einem anderen Mitgliedstaat gelegene Betriebsstätten von Spielbanken nur dann erlaubt, wenn die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen dieses anderen Mitgliedstaats im Wesentlichen gleichwertige Garantien bieten wie die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des ersten Mitgliedstaats.“*

### (7) Antwortvorschlag des Generalanwalts

GA Mažak hatte in Nr. 28 seiner Schlussanträge folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die eine Werbewilligung für im Ausland gelegene Spielbanken davon abhängig macht, dass der Spielbankbetreiber nachweist, dass das gesetzliche Spielerschutzniveau im Mitgliedstaat der Niederlassung dieser Spielbank dem des Mitgliedstaats entspricht, in dessen Hoheitsgebiet Werbung betrieben werden soll.“*

### (8) Würdigung durch den Gerichtshof

Der EuGH sah in der österreichischen Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs. Im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung wiederholte er in den Rnn. 20 ff. praktisch wortgleich die schon in früheren Judikaten erwähnten möglichen Rechtfertigungsgründe und die beträchtlichen sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschiede sowie das Faktum, dass der Umstand, dass ein Mitgliedsstaat ein anderes Schutzsystem gewählt habe, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit habe.<sup>982</sup>

Weiter heißt es in den Rnn. 31 und 32:

*„31 Da es den Mitgliedstaaten freisteht, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen [...], geht eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche nicht über das hinaus, was erforderlich ist, sofern sie sich darauf beschränkt, für die Erteilung der Werbewilligung den Nachweis zu fordern, dass die anwendbare Regelung in dem anderen Mitgliedstaat einen im Wesentlichen gleichwertigen Schutz vor den Gefahren des Glücksspiels gewährleistet wie sie selbst.*

*32 Anders wäre es allerdings – und die Regelung müsste als unverhältnismäßig angesehen werden –, wenn sie fordern würde, dass in dem anderen Mitgliedstaat identische Vorschriften gelten, oder wenn sie Vorschriften verlangen würde, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Schutz vor den Gefahren des Glücksspiels stehen.“*

### (9) Würdigung durch den Generalanwalt

Zunächst meinte der GA, dass zum Begriff Dienstleistungen i. S. v. Art. 56 AEUV nicht nur die Teilnahme am Glücksspiel selbst gehöre, sondern auch die Werbetätigkeit, da eine solche Tätig-

<sup>982</sup> Urteil HIT hoteli und HIT LARIX (G1/26), Rs. C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454, Rn. 28.

keit nur eine konkrete Einzelheit der Veranstaltung und des Ablaufs der Spiele darstelle.<sup>983</sup> Im Übrigen sah auch der GA in der österreichischen Regelung eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs.<sup>984</sup> Im Hinblick auf die Rechtfertigung kam der GA jedoch zu einem anderen Ergebnis. Eine Beschränkung dürfe nicht über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgehen und müsse zudem in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden.<sup>985</sup> Zwar sei nach der Rspr. u. U. ein totales Werbeverbot gerechtfertigt. Doch lasse sich „auf Grund des Arguments a maiore ad minus nicht der Schluss ziehen, dass, wenn ein absolutes Werbeverbot gerechtfertigt war, dies auch für ein System der vorherigen Genehmigung der Werbung zu gelten hätte“.<sup>986</sup>

Weiter führte der GA in den Nrn. 23 ff. aus:

- „23 Meines Erachtens geht ein solches System der vorherigen Genehmigung über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels des Verbraucherschutzes erforderlich ist, und zwar aus zwei verschiedenen Gründen.
- 24 Erstens könnte das in Rede stehende System der vorherigen Genehmigung ein ‚verdecktes‘ absolutes Verbot der Werbung für ausländische Spielbanken darstellen. Dies wäre dann der Fall, wenn die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats systematisch die Ansicht verträten, dass das gesetzliche Spielerschutzniveau in allen anderen Mitgliedstaaten niedriger sei als das in ihrem eigenen Staat bestehende. In diesem Zusammenhang möchte ich erneut auf meine Zweifel hinsichtlich der Möglichkeit eines effektiven Vergleichs der in den verschiedenen Rechtsordnungen bestehenden Spielerschutzniveaus hinweisen, wenn man die fehlende Harmonisierung im Bereich der Glücks- und Gewinnspiele und die Vielfalt der einschlägigen Regelungen in den Mitgliedstaaten berücksichtigt.
- 25 Zweitens führt das in Rede stehende System der vorherigen Genehmigung im Endeffekt jedenfalls zu einer Diskriminierung aufgrund der Herkunft des Antragstellers, da Spielbankbetreiber, die eine Bewilligung nach § 56 Abs. 2 GSpG beantragen, nach dem Mitgliedstaat der Niederlassung der Spielbank und insbesondere nach dessen Rechtsordnung bewertet werden. [...].
- 26 [...]
- 27 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen bin ich im Ergebnis der Ansicht, dass der Schutz der Verbraucher vor Werbung für im Ausland gelegene Spielbanken durch weniger einschneidende Maßnahmen verwirklicht werden kann als durch ein System der vorherigen Genehmigung, das die Erteilung einer solchen Genehmigung davon abhängig macht, dass der Spielbankbetreiber nachweist, dass das gesetzliche Spielerschutzniveau im Mitgliedstaat der Niederlassung dieser Spielbank dem des Mitgliedstaats entspricht, in dessen Hoheitsgebiet Werbung betrieben werden soll.“

## (10) Kommentierung

Der Bewertung durch den Gerichtshof kann gefolgt werden. Er wiederholt zudem – wie erwähnt praktisch wortgleich – seine bisherige Argumentation zur Rechtfertigung der Beschränkung einer Grundfreiheit. Positiv zu werten ist die Aussage, dass die Bestimmungen des anderen Mitgliedstaats nur im Wesentlichen gleichwertige Garantien bieten müssen; er verlangt also keine gleichartigen Garantien.

Die Ausführung des GA sind demgegenüber etwas wagen und vor allem zu konditionell sowie zu sehr auf Vermutungen gestützt.

<sup>983</sup> Schlussanträge HIT hoteli und HIT LARIX (G1/26), GA Mazák, ECLI:EU:C:2012:208, Nr. 11.

<sup>984</sup> Schlussanträge HIT hoteli und HIT LARIX (G1/26), a. a. O., Nr. 12.

<sup>985</sup> Schlussanträge HIT hoteli und HIT LARIX (G1/26), a. a. O., Nr. 18.

<sup>986</sup> Schlussanträge HIT hoteli und HIT LARIX (G1/26), a. a. O., Nr. 20.

### 3.1.27 Die Rechtssache SIA GARKALNS (G1/27)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

Das lettische Vorabentscheidungsersuchen betraf die Frage, ob für eine Glücksspieleinrichtung in einem Einkaufszentrum eine Erlaubnis erteilt werden konnte, wenn das nationale Recht ein Verbot für solche Einrichtungen vorsieht, die in Gebieten liegen, in denen durch sie die Interessen des Staates und der Einwohner des betreffenden Verwaltungsbezirks erheblich beeinträchtigt werden.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Ersuchen ist am 14.09.2011 beim EuGH eingegangen. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden. GA Bot hat auch keine Schlussanträge gestellt. Am 19.07.2012 ist das 9-seitige Urteil (mit 49 Rnn.) ergangen. Der Fall war also rund 10 Monate anhängig. Spruchkörper war die 4. Kammer, eine Fünferkammer. Schriftliche Erklärungen haben neben der EU-Kommission nur die lettische und die portugiesische Regierung abgegeben.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Lettisches Recht

Art. 26 Abs. 1 des lettischen Glücksspiel- und Lotterieggesetzes sieht vor, dass es zur Eröffnung einer Spielbank, einer Spielhalle oder eines Bingo-Lokals einer besonderen Erlaubnis bedarf, die Kapitalgesellschaften erteilt werden kann, die eine Erlaubnis zum Betreiben von Spielautomaten, Roulette, Karten- und Würfelspielen oder Bingospielen besitzen.<sup>987</sup> Art. 41 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes untersagt jedoch die Veranstaltung von Glücksspielen u. a. in Behörden, Gotteshäusern, Heil- und Bildungseinrichtungen, Apotheken, Postämtern und Kreditinstituten sowie an Orten, an denen öffentliche Veranstaltungen durchgeführt werden während deren Durchführungen, sowie in Marktbereichen, Bahnhöfen, Flugplätzen, Bars und Cafés, Studenten-, Arbeiter- und ähnlichen Wohnheimen sowie in Wohngebäuden, wenn der Gebäudeeingang zugleich der Zugang zum Glücksspiellokal wäre.<sup>988</sup> Im Übrigen prüft die zuständige Selbstverwaltungskörperschaft immer, ob die Veranstaltung von Gewinnspielen an dem jeweiligen Ort nicht eine „erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks“ zur Folge habe.<sup>989</sup>

#### (4) Sachverhalt

Garkalns hatte bei der Selbstverwaltungskörperschaft Rigas dome die Erlaubnis zur Eröffnung einer Spielhalle in einem innerstädtischen Einkaufszentrum beantragt. Der Antrag wurde abgelehnt, wogegen SIA Garkalns den Rechtsweg beschritt.<sup>990</sup> Das zuletzt mit der Sache befasste lettische Gericht stellte dem EuGH<sup>991</sup> nachfolgende Vorlagefrage.

#### (5) Vorlagefrage

*„Sind Art. 49 EG und das damit verknüpfte Transparenzgebot dahin auszulegen, dass eine zulässige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, wenn in einem im Voraus öffentlich bekannt gemachten Gesetz ein unbestimmter Rechtsbegriff wie der der „erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks“ verwendet wird, der in jedem Einzelfall anhand von Auslegungsleitlinien zu konkretisieren ist, aber zugleich eine gewisse Flexibilität bei der Beurteilung einer Beeinträchtigung der Freiheit erlaubt?“*

<sup>987</sup> Urteil SIA Garkalns (G1/27), Rs. C-470/11, ECLI:EU:C: 2012:505, Rnn. 3 und 4.

<sup>988</sup> Urteil SIA Garkalns (G1/27), a. a. O., Rn. 5.

<sup>989</sup> Urteil SIA Garkalns (G1/27), a. a. O., Rn. 6.

<sup>990</sup> Urteil SIA Garkalns (G1/27), a. a. O., Rnn. 7 und 14.

<sup>991</sup> Urteil SIA Garkalns (G1/27), a. a. O., Rnn. 15.

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Der Gerichtshof beantwortete die Frage wie folgt:

*„Art. 49 EG ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegensteht, die den lokalen Behörden ein weites Ermessen einräumt, indem sie es ihnen ermöglicht, eine Erlaubnis zur Eröffnung einer Spielbank, einer Spielhalle oder eines Bingo-Lokals aufgrund einer „erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks“ zu versagen, sofern diese Regelung tatsächlich zum Ziel hat, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen oder die öffentliche Ordnung zu gewährleisten, und sofern das Ermessen der zuständigen Behörden auf eine transparente Weise ausgeübt wird, die eine Nachprüfung ermöglicht, ob die Genehmigungsverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.“*

Der EuGH machte zunächst – wie in früheren Urteilen – Ausführungen zur Abgrenzung der Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit.<sup>992</sup> Im Hinblick auf die lettische Regelung selbst ging der Gerichtshof von einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit aus.

Was deren Rechtfertigung anbelangt, so verwies er wiederum auf die verschiedenen sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschiede sowie auf das Ermessen der Mitgliedstaaten zur Verfolgung der legitimen Ziele. Wörtlich heißt es in den Rnn. 41 ff.:

- „41 Daher ist zu prüfen, ob die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs [...] geeignet ist, die Erreichung des Ziels des Schutzes der Verbraucher gegen die mit Glücksspielen verbundenen Gefahren zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.*
- 42 Zudem muss ein System der Genehmigung von Glücksspielen, damit es dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Transparenzgebot genügt, auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ausübung des Ermessens durch die Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern (vgl. in diesem Sinne Urteil Sporting Exchange, Rn. 50).*
- 43 Um eine Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Genehmigungsverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind, ist es im Übrigen erforderlich, dass die zuständigen Behörden jede ihrer Entscheidungen auf eine öffentlich zugängliche Argumentation stützen, in der genau angegeben wird, aus welchen Gründen eine Genehmigung gegebenenfalls versagt wurde.*
- 44 Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass es den nationalen Gerichten obliegt, sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. [...]*
- 45 Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, räumt im vorliegenden Fall die in Rede stehende nationale Regelung, indem sie es ermöglicht, eine Erlaubnis zur Eröffnung einer Glücksspielstätte aufgrund einer erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks zu versagen, den Verwaltungsbehörden unbestreitbar ein weites Ermessen ein, insbesondere bei der Beurteilung der Art der so zu schützenden Interessen.*
- 46 Ein Ermessen wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende könnte gerechtfertigt sein, wenn die nationale Regelung selbst zum Ziel hätte, tatsächlich dem Anliegen zu*

<sup>992</sup> Urteil SIA Garkalns (G1/27), a. a. O., Rnn. 22–32.

*entsprechen, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen oder die Ruhe der Anwohner oder ganz allgemein die öffentliche Ordnung zu gewährleisten, indem sie zu diesem Zweck den lokalen Behörden eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung der Regelung über die Veranstaltung von Glücksspielen einräumt.*

- 47 *Zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der [...] nationalen Regelung hat daher das vorlegende Gericht insbesondere zu prüfen, ob der Staat eine strikte Kontrolle über Glücksspieltätigkeiten ausübt, ob mit der Weigerung der lokalen Behörden, die Eröffnung neuer Niederlassungen dieser Art zu genehmigen, tatsächlich das angeführte Ziel des Verbraucherschutzes verfolgt wird und ob das Kriterium der ‚erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks‘ in nicht diskriminierender Weise angewandt wird.“*

## **(7) Würdigung durch den Gerichtshof und Kurzkomentierung**

Das Urteil ist die konsequente Fortsetzung der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zu den mitgliedstaatlichen Glücksspielregelungen. Neue Aussagen enthält es nicht. Wegen des fehlenden Neuigkeitswerts hat wohl auch der GA auf Schlussanträge verzichtet. Das vorlegende Gericht hätte bei entsprechender Würdigung der bestehenden EuGH-Rspr. ohne Vorlage entscheiden können, zumal ihm der EuGH die Verhältnismäßigkeitsprüfung sowieso überlässt.

### **3.1.28 Die Rechtssache STANLEYBET, HILL und SPORTINGBET (G1/28)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In den beiden miteinander verbundenen griechischen Vorabentscheidungsverfahren ging es um ein Glücksspielmonopol. Der einzige Anbieter soll eine expansive Geschäftspolitik betrieben haben und nur unzureichend kontrolliert worden sein. Die Anträge der Kläger des Ausgangsverfahrens auf eine Erlaubnis waren stillschweigend abgelehnt worden.

Es ging zugleich um die Frage, ob eine nationale Regelung während einer Übergangszeit in Kraft bleiben kann, falls deren Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht festgestellt wird.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Vorabentscheidungsersuchen waren am 20.04. bzw. am 04.05. 2011 beim EuGH eingegangen und am 22.06.2011 miteinander verbunden worden. Am 13.06.2012 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. GA Mažak hat am 20.09.2012 seine 11-seitigen Schlussanträge (mit 74 Nrn.) gestellt. Das 12-seitige Urteil der 4. Kammer – einer Fünferkammer – mit 49 Rnn. ist am 24.01.2013 ergangen. Die Rs. war also rd. 1 Jahr und 9 Monate anhängig.

Am Verfahren haben sich neben der EU-Kommission die 3 Kläger des Ausgangsverfahrens, die beiden beklagten Ministerien, der Streithelfer<sup>993</sup> OPAP<sup>994</sup> sowie die griechische, belgische, polnische und portugiesische Regierung beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Griechisches Recht*

Für den Glücksspielbereich gelten in Griechenland die Gesetze 2433/1996, 2843/2000 (i. d. F. des Gesetzes 2912/2001), 3336/2005 und 3429/2005 sowie das Präsidialdekret 228/1999.<sup>995</sup> Zusammengefasst kann gesagt werden, dass in Griechenland für Glücksspiele ein Monopol gilt. In der Begründung des Gesetzes 2433/1996 heißt es, dass *„es für notwendig erachtet wird, für Wet-*

<sup>993</sup> An sich sind Streithelfer in Vorabentscheidungsverfahren nicht zugelassen, da es sich um keine kontradiktorischen Verfahren handelt. Ausgenommen sind nur Streithelfer die – wie fallrelevant – schon im Ausgangsverfahren beigetreten waren.

<sup>994</sup> OPAP ist das Akronym aus Organismos prognostikon agonon podosfairou AE. Dieser Organisation obliegt die Verwaltung der Glücksspiele.

<sup>995</sup> Näheres dazu s. Rnn. 3–8 des Urteils bzw. Nrn. 3–12 der Schlussanträge.

*ten jeder Art Wettscheine vorzuschreiben, um die Bekämpfung unerlaubter Wetttätigkeiten wirksamer zu gestalten, die u. a. unmittelbar zu einem Devisenverlust führen, da die Unternehmen die derzeit unerlaubte Glücksspiele in Griechenland veranstalten, mit ausländischen Unternehmen zusammenarbeiten und auch in deren Namen Wetten annehmen.“*

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Stanleybet, Hill und Sportingbet sind britische Unternehmen, die im Vereinigten Königreich über Konzessionen für die Veranstaltung von Glücksspielen verfügen. Sie wollten ihre Tätigkeit auch auf Griechenland ausdehnen, wozu sie 2004 bzw. 2007 bei den zuständigen griechischen Behörden – dem Minister für Kultur und dem Minister für Wirtschaft und Finanzen – sowie bei der OPAP Anträge auf die Erteilung von Konzessionen stellten, die „stillschweigend“ abgelehnt worden waren, woraufhin die Antragsteller den Rechtsweg beschritten.<sup>996</sup>

#### **(5) Vorlagefragen**

- „1 *Ist eine nationale Regelung mit den Art. 43 EG und 49 EG vereinbar, die zu dem Zweck, das Angebot von Glücksspielen zu begrenzen, das ausschließliche Recht für die Durchführung, die Verwaltung, die Organisation und das Funktionieren von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, das in der Form einer börsennotierten Aktiengesellschaft errichtet worden ist, zumal dieses Unternehmen Werbung für die von ihm organisierten Glücksspiele betreibt, seine Tätigkeit auf andere Staaten ausdehnt, die Spieler frei teilnehmen und der Höchstbetrag des Einsatzes und des Gewinns je Teilnahmechein und nicht je Spieler bestimmt wird?*
- 2 *Falls die erste Frage verneint wird, ist dann eine nationale Regelung, die ausschließlich auf die Bekämpfung von Straftaten gerichtet ist, indem die in dem fraglichen Sektor tätigen Unternehmen kontrolliert werden, damit sich diese Tätigkeiten ausschließlich innerhalb überwachter Kreise entfalten, und die das ausschließliche Recht für die Durchführung, die Verwaltung, die Organisation und das Funktionieren von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, auch wenn diese Übertragung gleichzeitig eine unbegrenzte Ausdehnung des entsprechenden Angebots bewirkt, mit den Art. 43 EG und 49 EG vereinbar, oder ist die fragliche Begrenzung im Hinblick auf das Ziel, Straftaten zu bekämpfen, in jedem Fall nur dann geeignet, wenn die Ausweitung des Angebots in irgendeiner Weise kontrolliert, d. h. lediglich auf das für die Verfolgung dieses Zwecks notwendige Maß begrenzt wird? Falls diese Entwicklung unbedingt kontrolliert werden muss, ist sie unter diesem Gesichtspunkt als kontrolliert anzusehen, wenn in diesem Sektor einer Einrichtung mit den in der ersten Vorlagefrage aufgeführten Merkmalen ein ausschließliches Recht übertragen wird? Geht schließlich, falls davon auszugehen ist, dass die in Rede stehende Verleihung des ausschließlichen Rechts zu einer kontrollierten Ausweitung des Angebots von Glücksspielen führt, diese Verleihung an ein einziges Unternehmen insofern über das erforderliche Maß hinaus, als das gleiche Ziel zweckmäßigerweise auch mit der Verleihung dieses Rechts an mehr als ein Unternehmen erreicht werden könnte?*
- 3 *Wenn in Bezug auf die beiden vorstehenden Vorlagefragen festgestellt wird, dass die Verleihung eines ausschließlichen Rechts für die Durchführung, die Verwaltung, die Organisation und das Funktionieren der Glücksspiele nach den in Rede stehenden nationalen Bestimmungen nicht mit den Art. 43 EG und 49 EG vereinbar ist,*
  - a) *ist es dann im Sinne der Bestimmungen des Vertrags zulässig, dass die nationalen Behörden während einer Übergangszeit, die für den Erlass mit dem EG-Vertrag vereinbar Bestimmungen erforderlich ist, keine Anträge von in ande-*

<sup>996</sup> Rnn. 9 ff. des Urteils bzw. Nrn. 13ff. der Schlussanträge.

ren Mitgliedstaaten niedergelassenen Antragstellern auf Aufnahme solcher Tätigkeiten prüfen?

- b) Falls diese Frage bejaht wird, anhand welcher Kriterien bestimmt sich dann die Dauer dieser Übergangszeit?
- c) Wenn eine Übergangszeit nicht zulässig ist, auf der Grundlage welcher Kriterien müssen die nationalen Behörden dann die betreffenden Anträge beurteilen?“

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hat die Fragen wie folgt beantwortet:

- „1 Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen, die das ausschließliche Recht für die Durchführung, die Verwaltung, die Veranstaltung und den Betrieb von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, entgegenstehen, wenn zum einen diese Regelung dem Anliegen, die Gelegenheiten zum Spiel kohärent und wirksam zu verringern und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu beschränken, nicht wirklich gerecht wird, und zum anderen eine strenge behördliche Kontrolle der Ausdehnung des Glücksspielsektors – nur soweit dies für die Bekämpfung von Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen erforderlich ist – nicht gewährleistet ist; dies zu prüfen ist Sache des vorlegenden Gerichts.
- 2 Falls die innerstaatliche Regelung für die Veranstaltung von Glücksspielen mit den Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar ist, können die nationalen Behörden nicht während einer Übergangszeit davon absehen, Anträge wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen, die die Erteilung von Genehmigungen im Glücksspielsektor betreffen, zu prüfen.
- 3 Die zuständigen nationalen Behörden können unter Umständen wie denen der Ausgangsverfahren die ihnen unterbreiteten Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für die Veranstaltung von Glücksspielen im Hinblick auf das von ihnen angestrebte Niveau des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung beurteilen, müssen dabei aber objektive und nichtdiskriminierende Kriterien zugrunde legen.“

## (7) Antwortvorschlag des Generalanwalts

GA Mažak hatte folgende Antwort vorgeschlagen:<sup>997</sup>

„Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sind in dem Sinne auszulegen, dass eine nationale Regelung, die das ausschließliche Recht zur Durchführung, zur Verwaltung, zur Organisation und zum Betrieb von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, das in der Form einer börsennotierten Aktiengesellschaft errichtet worden ist, gerechtfertigt sein kann, soweit sie tatsächlich das Ziel der Verminderung des Angebots von Glücksspielen oder das Ziel der Bekämpfung der mit Glücksspielen zusammenhängenden Kriminalität durch Lenkung der Spieler in kontrollierte Bahnen verfolgt und soweit sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, diese Ziele kohärent und systematisch zu erreichen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, welches dieser Ziele mit der streitigen nationalen Regelung tatsächlich verfolgt wird und ob die Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, die Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Insbesondere kann das nationale Gericht, soweit es entscheidet, dass das Ziel der streitigen nationalen Regelung in der Beschränkung des Glücksspielangebots in Griechenland besteht, nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen, wenn es feststellen sollte, dass der

<sup>997</sup> Schlussanträge Stanleybet, Hill und Sportingbet (G1/28), GA Mažak, ECLI:EU:C:2012:582, Nr. 74.

*Monopolinhaber tatsächlich eine Expansionspolitik betreibt und dass das ihm übertragene ausschließliche Recht zu einer Ausweitung statt einer Verminderung des Glücksspielangebots führt. Sollte das nationale Gericht hingegen feststellen, dass das alleinige Ziel der streitigen nationalen Regelung darin besteht, die mit Glücksspielen zusammenhängende Kriminalität zu bekämpfen, indem Spieler in erlaubte und geregelte Bahnen gelenkt werden, kann eine vom Monopolinhaber betriebene Expansionspolitik, die u. a. durch eine Ausweitung des Glücksspielangebots und Werbung für diese Glücksspiele gekennzeichnet ist, nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Glücksspiel in Griechenland tatsächlich ein Problem erheblichen Umfangs darstellen, dem eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten abhelfen könnte. Im Übrigen müssen erstens die Ausweitung des Glücksspielangebots und die Werbung für diese Glücksspiele maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken, und zweitens muss das Glücksspielangebot des Monopolinhabers einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegen.*

*Die streitige nationale Regelung, mit der das ausschließliche Recht zur Durchführung, zur Verwaltung, zur Organisation und zum Betrieb von Glücksspielen übertragen wird, darf, sofern sie nach den Feststellungen des nationalen Gerichts nicht mit den Art. 49 AEUV und 56 AEUV vereinbar ist, weil sie nicht dazu beiträgt, Wetttätigkeiten zu begrenzen oder Spieler in systematischer und kohärenter Weise in kontrollierte Bahnen zu lenken, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.“*

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

### *(8.1) Zur 1. und 2. Frage – Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und deren Rechtfertigung*

Der EuGH führte zu diesen Fragen aus:

- „20 *Mit seiner ersten und seiner zweiten Frage, die zusammen zu behandeln sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung [...], die das ausschließliche Recht zur Durchführung, zur Verwaltung, zur Organisation und zum Betrieb von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, entgegenstehen, weil das Unternehmen, dem dieses ausschließliche Recht eingeräumt wurde, eine expansive Geschäftspolitik verfolgt, obwohl der Zweck der nationalen Regelung entweder darin besteht, das Angebot von Glücksspielen zu begrenzen, oder darin, die Bekämpfung von Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen zu fördern.*
- 21 *Es steht fest, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die vom vorliegenden Gericht beschriebene eine Beschränkung des [...] freien Dienstleistungsverkehrs oder der [...] Niederlassungsfreiheit darstellt, da sie der OPAP ein Monopol einräumt und Dienstleistern wie Stanleybet, William Hill und Sportingbet, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, untersagt, in Griechenland Glücksspiele anzubieten.*
- 22 *Es ist allerdings zu prüfen, ob eine solche Beschränkung im Rahmen von Ausnahmeregelungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die in den Art. 45 EG und 46 EG ausdrücklich vorgesehen sind und gemäß Art. 55 EG auch im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs gelten, zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.*
- 23 *So können nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein.*

- 24 *Der Gerichtshof hat insoweit wiederholt entschieden, dass die Regelung der Glücksspiele zu den Bereichen gehört, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. In Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben.*
- 25 *Im vorliegenden Fall gehören die angeführten Ziele [...], d. h., das Angebot von Glücksspielen zu begrenzen und Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen zu bekämpfen, indem diese im Rahmen einer kontrollierten Expansion reguliert werden, zu den Zielen, die nach der Rechtsprechung Beschränkungen von Grundfreiheiten auf dem Gebiet des Glücksspiels rechtfertigen können.*
- 26 *Für die Klärung der Frage, welche Ziele mit den nationalen Rechtsvorschriften tatsächlich verfolgt werden, ist jedoch [...] das vorlegende Gericht zuständig [...].*
- 27 *Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die von den Mitgliedstaaten auferlegten Beschränkungen die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs insoweit aufgestellten Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung erfüllen müssen. Danach ist eine nationale Regelung nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.*
- 28 *Der bloße Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, kann keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.*
- 29 *Ein Mitgliedstaat, der bestrebt ist, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, kann deshalb, [...], Grund zu der Annahme haben, dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ihm erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksam zu verfolgen.*
- 30 *Soweit die nationalen Behörden nämlich das genannte Erfordernis der Verhältnismäßigkeit beachten, steht es ihnen frei, den Standpunkt zu vertreten, dass der Umstand, dass sie als Kontrollinstanz der mit dem Monopol betrauten Einrichtung über zusätzliche Mittel verfügen, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen können, ihnen eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebots und bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik zu gewährleisten vermag, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Veranstalter in einer Wettbewerbssituation der Fall wäre, selbst wenn diese eine Erlaubnis benötigen und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterlägen.*
- 31 *Hinsichtlich des [...] ersten Ziels, das Angebot von Glücksspielen zu begrenzen, obliegt es den nationalen Gerichten, sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.*
- 32 *In diesem Kontext darf das vorlegende Gericht insbesondere die verschiedenen, in der Vorlageentscheidung dargelegten Umstände berücksichtigen, die den Regelungsrahmen der OPAP und die Art und Weise, wie dieses Organ in der Praxis funktioniert, kennzeichnen, wie z. B. die Tatsache, dass die OPAP bestimmte Rechte und*

*Privilegien bezüglich der Werbung für von ihr veranstaltete Glücksspiele genießt, oder die Tatsache, dass der maximale Einsatz je Teilnahmechein und nicht je Spieler festgelegt ist. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob diese oder sonstige Umstände, die in dieser Hinsicht einschlägig sein mögen, zu der Schlussfolgerung führen können, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung den in der vorstehenden Rn. des vorliegenden Urteils genannten Erfordernissen nicht genügt.*

- 33 *Hinsichtlich des zweiten Ziels, Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen zu bekämpfen, obliegt es dem vorlegenden Gericht [...] zu prüfen, ob die staatliche Kontrolle, der die Tätigkeiten des das Monopol innehabenden Unternehmens unterliegen, wirksam durchgeführt wird und damit die Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, die mit der Errichtung der Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines solchen Unternehmens angestrebt werden.*
- 34 *Das vorlegende Gericht muss die Wirksamkeit dieser staatlichen Kontrolle unter Berücksichtigung der Tatsache beurteilen, dass eine so restriktive Maßnahme wie ein Monopol u. a. einer strengen behördlichen Kontrolle unterstehen muss.*
- 35 *Auch wenn bestimmte in der Vorlageentscheidung dargelegte Umstände – insbesondere die Tatsache, dass die OPAP eine an der Börse notierte Aktiengesellschaft ist, und die Einschätzung, dass die OPAP vom griechischen Staat nur oberflächlich überwacht wird – die Annahme nahelegen, dass die in den Rnn. 33 und 34 des vorliegenden Urteils genannten Erfordernisse nicht erfüllt sind, ist es doch Sache des vorlegenden Gerichts, [...] festzustellen, ob dies der Fall ist.“*

(8.2) *Zum 1. und 2. Teil der 3. Vorlagefrage – Zu einer eventuell möglichen Übergangszeit*

Dazu meinte der EuGH:

- „37 *Mit dem ersten Teil der 3. Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die nationalen Behörden, falls die innerstaatliche Regelung für die Veranstaltung von Glücksspielen mit den Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar ist, während einer Übergangszeit davon absehen können, Anträge auf Erteilung von Genehmigungen im Glücksspielsektor wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen zu prüfen.*
- 38 *Der Gerichtshof hat [...] bereits entschieden, dass aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine nationale Regelung über ein staatliches Monopol im Glücksspielbereich, die [...] Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden darf.“*

Diese Feststellung führte zur Ziff. 2 des Urteilstenors, aufgrund derer der 2. Teil der dritten Vorlagefrage vom EuGH nicht geprüft wurde.<sup>998</sup>

(8.3) *Zum 3. Teil der 3. Frage – Zu den Kriterien der Prüfung von Genehmigungsanträgen bei einer unzulässigen Übergangszeit*

Dazu führte der Gerichtshof in den Rnn. 41 ff. aus:

- „41 *Mit dem dritten Teil der 3. Frage möchte das vorlegende Gericht [...] wissen, anhand welcher Kriterien die zuständigen nationalen Behörden Genehmigungsanträge wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden beurteilen müssen, und welche Konsequenzen aus einer etwaigen Versagung einer Übergangszeit für den Ausgang des Verfahrens zur Prüfung dieser Genehmigungsanträge zu ziehen sind.*

<sup>998</sup> Urteil Stanleybet, Hill und Sportingbet (G1/28), verb. Rsn. C-186/11 und C-209/11, ECLI:EU:C:2013:33, Rn. 40.

- 42 *Aus Rn. 38 des vorliegenden Urteils folgt zwar, dass der Grundsatz des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts dem entgegensteht, im vorliegenden Fall eine Übergangszeit zu gewähren.*
- 43 *Zu prüfen bleibt jedoch, ob, wenn festgestellt wird, dass die fragliche innerstaatliche Regelung mit den Art. 43 EG und 49 EG unvereinbar ist, und eine Übergangszeit zu versagen ist, die nationalen Behörden gezwungen sein können, nach Abschluss des Prüfverfahrens Genehmigungen [...] zu erteilen.*
- 44 *In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die staatlichen Stellen in dem besonderen Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen über ein ausreichendes Ermessen bei der Festlegung der Anforderungen verfügen, die sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben, und dass – sofern die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestehenden Anforderungen im Übrigen erfüllt sind – es Sache jedes Mitgliedstaats ist, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Spiel- und Wetttätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen [...].*
- 45 *Außerdem steht fest, dass im Gegensatz zur Einführung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs auf einem traditionellen Markt die Betreibung eines derartigen Wettbewerbs auf dem sehr spezifischen Markt für Glücksspiele, d. h. zwischen mehreren Veranstaltern, die die gleichen Glücksspiele betreiben dürfen, insofern nachteilige Folgen haben könnte, als diese Veranstalter versucht wären, einander an Einfallreichum zu übertreffen, um ihr Angebot attraktiver als das ihrer Wettbewerber zu machen, sodass für die Verbraucher die mit dem Spiel verbundenen Ausgaben und die Gefahr der Spielsucht erhöht würde.*
- 46 *Es ist daher festzustellen, dass, falls die innerstaatliche Regelung mit den Art. 43 EG und 49 EG unvereinbar ist, die Versagung einer Übergangszeit nicht zwangsläufig zur Folge hat, dass der betroffene Mitgliedstaat, wenn er eine Liberalisierung des Glücksspielmarkts mit dem von ihm angestrebten Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung nicht für vereinbar hält, zu einer derartigen Liberalisierung verpflichtet wäre. Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts steht es den Mitgliedstaaten nämlich frei, das bestehende Monopol zu reformieren, um es mit den Bestimmungen des Vertrags in Einklang zu bringen, indem es insbesondere einer wirksamen und strengen behördlichen Kontrolle unterworfen wird.*
- 47 *Ist der betroffene Mitgliedstaat jedoch der Ansicht, dass eine derartige Reform des bestehenden Monopols nicht in Betracht kommt und eine Liberalisierung des Glücksspielmarkts eher dem von ihm angestrebten Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung entspricht, muss er die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art. 43 EG und 49 EG, den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot beachten (vgl. in diesem Sinne Urteil Costa und Cifone, Rn. 54 [...]). In einem solchen Fall muss die Einführung eines Systems der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot bestimmter Arten von Glücksspielen in diesem Mitgliedstaat auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der [...] Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern.“*

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

Der GA war letztlich trotz der scheinbar anders lautenden Formulierungen zum gleichen Ergebnis gekommen wie nach ihm der Gerichtshof. Für ihn kann die Beschränkung gerechtfertigt sein, „soweit ...“. Für den EuGH dagegen stehen die EU-Bestimmungen einer nationalen Regelung entgegen, „wenn ...“. Gleiches gilt für nationale Regelungen, die für eine Übergangszeit weiter

angewendet werden sollen. Für den GA können sie nicht weiter angewandt werden, für den Gerichtshof dagegen u. U. schon. Wenn man jedoch die jeweiligen Begründungen bewertet, wird man erkennen, dass die Argumentation jeweils auf den gleichen und ausführlichen Begründungen i. S. einer Regel und Ausnahme bzw. umgekehrt fußt.

### **(10) Kurzkomentierung**

Obwohl die Rs. eigentlich keine neuen Fragen aufwarf, erstaunt, mit welcher Gründlichkeit sowohl der Gerichtshof wie auch der GA auf die Fragen eingingen. Sie wiederholten dabei vielfach die Ausführungen des EuGH in früheren EuGH-Urteilen, die sie namentlich nannten, und auch mit identischen Worten zitierten. Da die Begründungen wie eine Zusammenfassung der bisherigen Rspr. zu den Glücksspielen wirken, sind sie vom Verf. auch ausführlicher dargestellt worden.

Wegen der eigentlich mangelnden Neuigkeit der Problematik hätte das vorliegende Gericht wohl ohne Vorlage an den EuGH entscheiden können und zwar nicht nur im Hinblick auf die Prüfung von Tatsachen – worauf der EuGH mehrmals hinwies –, sondern auch in rechtlicher Sicht. Es erstaunt, wie viele mitgliedstaatliche Gerichte die Rechtsprechung des EuGH wohl nicht gebührend kennen.

### **3.1.29 Die verb. Rechtssachen BIASCI u. a. (G1/29)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Im italienischen Vorabentscheidungsersuchen Biasci u. a. ging es wiederum um die Genehmigungsvoraussetzung für die Annahme von Wetten. Zugleich ging es um Mindestabstände zwischen den Wettannahmestellen sowie die gegenseitige Anerkennung von Glücksspiellizenzen.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Vorabentscheidungsersuchen waren beim Gerichtshof am 27.12.2011 und am 02.01.2012 eingegangen. Erst am 18.04.2013 hat die mdl. Verhandlung stattgefunden. GA Cruz Villalón hat keine Schlussanträge gestellt. Am 12.09.2013 erging das 17-seitige Urteil mit 45 Rnn. Der Fall war also 21 Monate anhängig.

Am Verfahren hatten sich die Kläger des Ausgangsverfahrens sowie 3 Streithelfer – das Sindicato Nazionale Agenzie Ippice (SNAI), Stanley International und Stanleybet Malta – beteiligt, die schon am Ausgangsverfahren teilgenommen haben. Ebenfalls beteiligt waren neben der EU-Kommission die italienische, belgische, maltesische und portugiesische Regierung.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Nationales Recht*

Im Hinblick auf das italienische Recht wird auf dessen Darstellung in Teil C, III verwiesen. Auch aus den Vorlagefragen ergeben sich weitere Einzelheiten der ital. Regelung.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Die insgesamt 9 Kläger der Ausgangsverfahren betreiben in Italien Datenübertragungszentren (DÜZ) für Rechnung der Goldbet, einer österreichischen Gesellschaft, die über eine vom Bundesland Tirol ausgestellte Buchmacherkonzession verfügt. Die Kläger meinten, die Wetten würden ausschließlich von dieser Gesellschaft angenommen und organisiert; sie selbst würden nur die Wettteilnehmer mit dem ausländischen Buchmacher in Kontakt bringen. Dennoch hatten sie in Italien eine polizeiliche Genehmigung i. S. v. Art. 88 des Regio Decreto beantragt, die abgelehnt wurde, wogegen sie den Rechtsweg beschritten.

#### **(5) Vorlagefragen**

Das vorliegende Tribunale amministrativo hat folgende Vorlagefragen gestellt:

- „1 Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen, dass sie einer mitgliedstaatlichen Regelung wie der italienischen nach Art. 88 des Regio Decreto und Art. 2 Abs. 2ter des Decreto-legge Nr. 40 v. 25. März 2010, umgewandelt in das Gesetz Nr. 73/2010, grundsätzlich entgegenstehen? Nach Art. 88 des Regio Decreto kann „nur Personen, die Inhaber einer Konzession oder Genehmigung sind, die ihnen von Ministerien oder anderen Stellen, die nach dem Gesetz zur Veranstaltung und Verwaltung von Wetten befugt sind, erteilt worden ist, und Personen, die vom Inhaber der Konzession oder der Genehmigung aufgrund eben dieser Konzession oder dieser Genehmigung beauftragt sind, die Erlaubnis für die Annahme von Wetten erteilt werden“, und nach Art. 2 Abs. 2ter des Decreto-legge Nr. 40 ist „Art. 88 des Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza nach dem Regio Decreto ... dahin auszulegen, dass die darin vorgesehene Erlaubnis, wenn sie für einen Geschäftsbetrieb erteilt wurde, in dessen Rahmen öffentliche Spiele mit Geldgewinnen durchgeführt und gesammelt werden, erst dann wirksam wird, wenn dem Inhaber dieses Betriebs die entsprechende Konzession für die Durchführung und das Sammeln solcher Spiele vom Ministero dell'economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS) erteilt worden ist.“
- 2 Sind die Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie Art. 38 Abs. 2 des Dekrets Bersani grundsätzlich entgegenstehen, wonach „Art. 1 Abs. 287 des Gesetzes Nr. 311 v. 30. Dezember 2004 [Haushaltsgesetz 2005] ... durch den folgenden Artikel ersetzt [wird]:
- „287. Mit Verfügungen des Ministero dell'economia e delle finanze – (AAMS) – werden die neuen Modalitäten für den Vertrieb von Spielen mit Ausnahme der Pferderennenwetten unter Beachtung der folgenden Kriterien festgelegt:
- a) Die Einbeziehung von Totalisatorwetten und Wetten zu festen Quoten auf der Grundlage anderer Ereignisse als Pferderennen, von Spieltipps auf der Grundlage von Sportereignissen, von den Totip genannten Spieltipps, von Pferdewetten nach Abs. 498 sowie von allen weiteren öffentlichen Spielen, die sich nicht auf Pferderennen beziehen, unter die Spiele auf der Grundlage anderer Ereignisse als Pferderennen;
  - b) die Möglichkeit für Wirtschaftsteilnehmer, die die Tätigkeit des Sammelns von Wetten in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ausüben, Wirtschaftsteilnehmer von Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelszone sowie Wirtschaftsteilnehmer anderer Staaten, sofern sie die von der Amministrazione autonoma dei monopoli festgelegten Anforderungen an die Zuverlässigkeit erfüllen, Spiele auf der Grundlage anderer Ereignisse als Pferderennen zu sammeln;
  - c) die Durchführung des Sammelns durch Annahmestellen, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Haupttätigkeit betreiben, und durch Annahmestellen, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Nebentätigkeit betreiben; den Annahmestellen, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Haupttätigkeit betreiben, kann das Anbieten einiger Arten von Wetten ausschließlich vorbehalten werden;
  - d) die Einrichtung von mindestens 7 000 neuen Annahmestellen, von denen mindestens 30 % die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Haupttätigkeit betreiben;
  - e) die Festlegung der Höchstzahl der Annahmestellen je Gemeinde im Verhältnis zur Einwohnerzahl und unter Berücksichtigung bereits bestehender Annahmestellen;
  - f) die Festlegung des Orts der Annahmestellen, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Haupttätigkeit betreiben, in einer Mindestentfer-

nung von 800 Metern zu bereits bestehenden Annahmestellen in Gemeinden mit mehr als 200 000 Einwohnern und in einer Mindestentfernung von 1 600 Metern zu bereits bestehenden Annahmestellen in Gemeinden mit weniger als 200 000 Einwohnern;

- g) die Festlegung des Orts der Annahmestellen, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Nebentätigkeit betreiben, in einer Mindestentfernung von 400 Metern zu bereits bestehenden Annahmestellen in Gemeinden mit mehr als 200 000 Einwohnern und in einer Mindestentfernung von 800 Metern zu bereits bestehenden Annahmestellen in Gemeinden mit weniger als 200 000 Einwohnern, unbeschadet der Annahmestellen, in denen am 30. Juni 2006 Spieltipps auf der Grundlage von Sportereignissen gesammelt wurden;
- h) die Vergabe der Annahmestellen nach Durchführung eines oder mehrerer Verfahren, die allen Wirtschaftsteilnehmern offenstehen und deren Richtwert nicht weniger als 25.000 Euro für eine Annahmestelle, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Haupttätigkeit betreibt, betragen darf und nicht weniger als 7.500 Euro für eine Annahmestelle, die die Vermarktung öffentlicher Glücksspielerzeugnisse als Nebentätigkeit betreibt;
- i die Möglichkeit, nach Zahlung einer Vergütung von mindestens 200.000 Euro Distanzspiele einschließlich Geschicklichkeitsspiele mit Geldgewinnen zu sammeln;
- ...
- l) die Festlegung der Modalitäten des Schutzes der Inhaber einer Konzession für das Sammeln von Wetten zu festen Sätzen auf der Grundlage anderer Ereignisse als Pferderennen, geregelt durch die Verordnung gemäß dem Dekret Nr. 111 des Ministers für Wirtschaft und Finanzen v. 1. März 2006. “

Die Frage nach der Vereinbarkeit von Art. 38 Abs. 2 des Dekrets Bersani mit den genannten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen betrifft ausschließlich die Teile dieser Bestimmung, die Folgendes vorsehen: a) Konzessionen, die vor der Änderung der Rechtsvorschriften erteilt wurden, allgemein zu schützen; b) die Verpflichtung, neue Annahmestellen nur in einer bestimmten Entfernung von den bereits bestehenden zu errichten, was die Aufrechterhaltung bereits bestehender Geschäftspositionen zur Folge haben könnte. Die Frage betrifft außerdem die von der AAMS vorgetragene allgemeine Auslegung von Art. 38 Abs. 2 des Dekrets Bersani, wonach für den Fall der unmittelbaren oder mittelbaren grenzüberschreitenden Ausübung vergleichbarer Tätigkeiten die bereits genannte Verfallsklausel in die Konzessionsvereinbarungen (Art. 23 Abs. 3) eingefügt wurde.

- 3 Falls die Frage bejaht wird, d. h., wenn die in den vorhergehenden Rnn. angeführten nationalen Vorschriften für mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erachtet werden, ist Art. 49 EG dann dahin auszulegen, dass im Fall einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs aus Gründen des Allgemeininteresses vorab zu prüfen ist, ob diesem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Vorschriften, Kontrollen und Überprüfungen, denen der Dienstleister im Niederlassungsstaat unterworfen ist, hinreichend Rechnung getragen wurde?
- 4 Muss das vorliegende Gericht, falls die vorstehende Frage bejaht wird, bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer derartigen Beschränkung berücksichtigen, dass die im Staat der Niederlassung des Dienstleistungserbringers anzuwendenden Vorschriften Kontrollen gleicher oder sogar höherer Intensität vorsehen als im Staat, in dem die Dienstleistungen erbracht werden?“

## **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der EuGH hat die Fragen wie folgt beantwortet:

- „1 Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die Gesellschaften, die im Glücksspielsektor tätig werden wollen, für die Ausübung derartiger Tätigkeiten neben einer staatlichen Konzession die Einholung einer polizeilichen Genehmigung vorschreibt und insbesondere die Erteilung einer solchen Genehmigung auf Antragsteller beschränkt, die bereits über eine derartige Konzession verfügen.
- 2 Die Art. 43 EG und 49 EG sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Effektivität sind dahin auszulegen, dass sie es einem Mitgliedstaat, der unter Verstoß gegen das Unionsrecht eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern von der Vergabe von Konzessionen für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen hat und diesen Verstoß durch Ausschreibung einer großen Zahl neuer Konzessionen beheben will, verwehren, die von den bestehenden Betreibern erworbenen Geschäftspositionen u. a. durch die Festlegung von Mindestabständen zwischen den Einrichtungen der neuen Konzessionäre und denen der bestehenden Betreiber zu schützen.
- Aus den Art. 43 EG und 49 EG, dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Transparenzgebot und dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgt, dass die Bedingungen und Modalitäten eines Vergabeverfahrens wie des in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden und insbesondere Bestimmungen, die wie Art. 23 Abs. 3 des Mustervertrags den Entzug von nach einer solchen Ausschreibung vergebenen Konzessionen vorsehen, klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.
- Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die praktisch jede grenzüberschreitende Tätigkeit im Glücksspielsektor unterbindet, ungeachtet der Art und Weise ihrer Durchführung und insbesondere in Fällen, in denen es zu einem unmittelbaren Kontakt zwischen dem Verbraucher und dem Wirtschaftsteilnehmer kommt und die im Staatsgebiet ansässigen Vertreter des Unternehmens zu ordnungspolizeilichen Zwecken einer physischen Kontrolle unterzogen werden können. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies im Hinblick auf Art. 23 Abs. 3 des Mustervertrags der Fall ist.
- 3 Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin gehend auszulegen, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts der Umstand, dass ein Veranstalter in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, über eine Erlaubnis für das Anbieten von Glücksspielen verfügt, es einem anderen Mitgliedstaat nicht verwehrt, unter Beachtung der Anforderungen des Unionsrechts die Möglichkeit für solche Veranstalter, derartige Dienstleistungen den Verbrauchern in seinem Hoheitsgebiet anzubieten, vom Besitz einer von seinen eigenen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig zu machen.“

## **(7) Würdigung durch den Gerichtshof**

### *(7.1) Zur 1. Frage – Verpflichtung einer polizeilichen Genehmigung neben einer Konzession*

Der EuGH sah in der ital. Regelung eine Beschränkung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit.<sup>999</sup> Er listete sodann – vor allem unter Bezugnahme auf die Urteile Placanica (G1/6) und Stanleybet International (G1/28) die möglichen Rechtfertigungsgründe auf. Weiter führte er in den Rnn. 26 ff. aus:

- „26 Zu dem Erfordernis einer polizeilichen Genehmigung, wonach die in diesem Sektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer und deren Räumlichkeiten einer vorherigen Kontrolle und einer fortwährenden Überwachung unterzogen werden, hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass es eindeutig dem Ziel dient, eine Einbeziehung dieser Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten zu unterbinden, und

<sup>999</sup> Urteil Biasci u. a. (G1/29), verb. Rsn. C-660/11 und C-8/12, ECLI:EU:C:2013:550, Rn. 21.

*im Hinblick auf dieses Ziel als eine ohne Weiteres verhältnismäßige Maßnahme erscheint (vgl. in diesem Sinne Urteil Placanica u. a., Rn. 65).*

27 [...]

28 *Da jedoch die polizeilichen Genehmigungen lediglich Inhabern einer Konzession erteilt werden, haften Mängel im Rahmen des Verfahrens zur Konzessionsvergabe auch dem Verfahren zur Gewährung einer polizeilichen Genehmigung an. Das Fehlen einer polizeilichen Genehmigung kann daher Personen, die sich eine solche nicht haben beschaffen können, weil ihre Erteilung den Besitz einer Konzession voraussetzt, von deren Erhalt sie unter Verstoß gegen das Unionsrecht ausgeschlossen wurden, nicht zum Vorwurf gemacht werden (vgl. Urteil Placanica u. a., Rn. 67).“*

#### *(7.2) Zur 2. Frage – Festlegung von Mindestabständen*

Dazu hielt der EuGH in Rn. 31 fest, diese Frage stimme inhaltlich im Wesentlichen mit den Fragen überein, die der Gerichtshof bereits im Urteil Costa und Cifone entschieden habe.

#### *(7.3) Zur 3. Frage – Gegenseitige Anerkennung*

Zu diesem Aspekt meinte der EuGH in den Rnn. 40 ff.:

„40 *In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass es angesichts des weiten Wertungsspielraums der Mitgliedstaaten hinsichtlich der von ihnen angestrebten Ziele und des von ihnen gewünschten Verbraucherschutzniveaus sowie in Ermangelung jeglicher Harmonisierung auf dem Gebiet der Glücksspiele beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse geben kann (vgl. in diesem Sinne Urteil v. [...], Stoß u. a., [...], Rn. 112, und v. [...], Dickinger und Ömer, [...], Rnn. 96 und 99).*

41 [...]

42 *Die verschiedenen Mitgliedstaaten verfügen nämlich nicht zwangsläufig alle über die gleichen Mittel für die Kontrolle von Glücksspielen und treffen insoweit nicht unbedingt die gleichen Entscheidungen. Der Umstand, dass die Verbraucher durch die Verwendung von technisch hochentwickelten Kontroll- und Überwachungssystemen in einem gegebenen Mitgliedstaat besonders geschützt werden können, lässt nicht den Schluss zu, dass in anderen Mitgliedstaaten, die nicht über diese Mittel verfügen oder nicht dieselben Entscheidungen getroffen haben, das gleiche Schutzniveau möglich ist. Zudem kann ein Mitgliedstaat eine wirtschaftliche Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet aus guten Gründen überwachen wollen, was ihm nicht möglich wäre, wenn er sich auf die Kontrollen verlassen müsste, die von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats anhand von Regulierungssystemen durchgeführt werden, die er selbst nicht beherrscht (vgl. in diesem Sinne Urteil Dickinger und Ömer, Rn. 98).“*

#### *(7.4) Zur 4. Frage – Gleichwertige oder höhere Intensität der Kontrollen in einem anderen Staat*

Diese Frage brauchte für den Gerichtshof in Anbetracht der auf die 3. Frage gegebenen Antwort nicht beantwortet zu werden.<sup>1000</sup> Zur höheren Intensität von Kontrollen (z. B. in Malta) s. aber Urteil Dickinger und Ömer (G1/16).<sup>1001</sup>

### **(8) Kommentierung**

Die Aussagen des Gerichtshofs zur Beschränkung einer Grundfreiheit und die (abstrakten) Angaben zu deren möglichen Rechtfertigung entsprechen seiner bisherigen Rspr.

<sup>1000</sup> Urteil Biasci u. a. (G1/29), a. a. O., Rn. 44.

<sup>1001</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/16), a. a. O., Rn. 91–98.

Die Ausführungen zu den Mindestabständen zwischen den Glücksspielstätten sind jedoch m. E. unzureichend. Zwar wird der eventuelle Schutz bereits bestehender Spielstätten beanstandet, Kriterien zur Behebung dieses Umstandes werden jedoch nicht genannt. Mit keinem Wort wird ein Hinweis darauf gegeben, ob die bereits existierenden Spielstätten nicht auch neu auszuschreiben wären. Diese Frage zu klären, überlässt der Gerichtshof ausschließlich dem nationalen Gericht, was formal gesehen zwar richtig, aber nicht gerade hilfreich ist. Lakonisch heißt es in Rn. 35 nur, „in den vorliegenden Rechtssachen ist es daher Sache des vorlegenden Gerichts, den Sachverhalt und die Konsequenzen zu beurteilen, die sich für diesen aus dem Urteil *Costa und Cifone* ergeben.“

Bedauerlicherweise ging der Gerichtshof auch nicht auf die 4. Frage ein. Wie in der Rs. *Dickinger und Ömer* (G1/16) hat er strengere und wirksamere Kontrollen in anderen Mitgliedsstaaten nicht zur Kenntnis genommen und lehnt selbst bei deren Vorliegen eine gegenseitige Anerkennung ab. Daraus könnte man schließen, dass der EuGH die jeweilige nationale Glücksspielordnung schützt und so zumindest mittelbar dazu beiträgt, dass die daraus resultierenden Einnahmen nicht geschmälert werden.

### **3.1.30 Die Rechtssache PFLEGER u. a. (G1/30)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

Neben den gleichen Fragen wie in den vorigen Rsn. zur Beschränkung einer Grundfreiheit und deren Rechtfertigung ging es in diesem österreichischen Fall erstmals (im Hinblick auf Glücksspielregelungen) um mehrere Rechte der Europäischen Grundrechtcharta (GRCh), und zwar um die Berufsfreiheit, das Eigentumsrecht, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sowie um die Abgrenzung verwaltungsbehördlicher und strafrechtlicher Sanktionen.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen war am 20.08.2012 beim EuGH eingegangen. Die mündliche Verhandlung hat am 17.06.2013 stattgefunden. Die GA in Sharpston hat am 14.11.2013 ihre 22-seitigen Schlussanträge (mit 90 Nrn.) gestellt. Das 16-seitige Urteil (mit 65 Rnn.) der Dritten Kammer – einer 5er-Kammer – ist am 30.04.2014 ergangen. Die Rs. war also rd. 21 Monate anhängig. Am Verfahren hatten sich neben dreien der fünf Kläger und der Kommission die österreichische, belgische, niederländische, polnische und portugiesische Regierung beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Das Ersuchen betraf die Auslegung von Art. 56 AEUV sowie mehrerer Art. des Titels II „Freiheiten“ und des Titels VI „Justizielle Rechte“ der GRCh (i. F. auch: Charta). Im Einzelnen ging es dabei um die Berufsfreiheit (Art. 15), die unternehmerische Freiheit (Art. 16), das Eigentumsrecht (Art. 17), das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht (Art. 47) sowie um den Grundsatz des *ne bis in idem* (Art. 50). Des Weiteren ging es um den Geltungsbereich der GRCh (Art. 51) sowie um die Abgrenzung verwaltungsbehördlicher und strafrechtlicher Sanktionen.

##### *(3.2) Mitgliedstaatliches Recht*

Zum österreichischen Recht s. o. Teil C, III.

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Dem Vorabentscheidungsersuchen lagen 4 beim vorlegenden Gericht anhängige Rechtsstreitigkeiten zugrunde, denen gemeinsam war, dass im Anschluss an Kontrollen, die an verschiedenen Orten in Österreich durchgeführt worden waren, Glücksspielautomaten beschlagnahmt worden waren, die ohne Konzessionen betrieben wurden. Gegen einen der Betreiber und gegen den Ei-

gentümer der Geräte wurden zudem Geldstrafen verhängt.<sup>1002</sup> Gegen alle Entscheidungen ist beim vorlegenden Gericht „Berufung eingebracht“ worden.<sup>1003</sup>

## (5) Vorlagefragen

„Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich hat [...] dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1 Steht das in Art. 56 AEUV und in den Art. 15 bis 17 der Charta zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsprinzip einer nationalen Regelung wie den in den Ausgangsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der §§ 3 bis 5 sowie §§ 14 und 21 GSpG, die die Durchführung von Glücksspielen mittels Automaten nur unter der – sowohl strafsanktionierten als auch unmittelbar sacheingriffsbedrohten – Voraussetzung der Erteilung einer vorangehenden, jedoch nur in begrenzter Anzahl verfügbaren Erlaubnis ermöglicht, obwohl bislang – soweit ersichtlich – von staatlicher Seite in keinem einzigen gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren nachgewiesen wurde, dass eine damit verbundene Kriminalität und/oder Spielsucht tatsächlich ein erhebliches Problem, dem nicht durch eine kontrollierte Expansion von zugelassenen Spieltätigkeiten auf viele Einzelanbieter, sondern nur durch eine kontrollierte, mit bloß maßvoller Werbung verbundene Expansion eines Monopolisten (bzw. sehr weniger Oligopolisten) abgeholfen werden kann, darstellen, entgegen?
- 2 Für den Fall, dass diese erste Frage zu verneinen ist: Steht das in Art. 56 AEUV und in den Art. 15 bis 17 der Charta zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsprinzip einer nationalen Regelung wie den §§ 52 bis 54 GSpG, § 56a GSpG und § 168 StGB, durch die im Wege unbestimmter Gesetzesbegriffe im Ergebnis eine nahezu lückenlose Strafbarkeit auch vielfältiger Formen von nur sehr entfernt beteiligten (unter Umständen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen) Personen (wie bloßen Vertreibern, Verpächtern oder Vermietern von Glücksspielautomaten) eintritt, entgegen?
- 3 Für den Fall, dass auch die zweite Frage zu verneinen ist: Stehen die demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen, wie diese offenkundig dem Art. 16 der Charta zugrunde liegen, und/oder das Fairness- und Effizienzgebot des Art. 47 der Charta und/oder das Transparenzgebot des Art. 56 AEUV und/oder das Doppelverfolgungs- und -bestrafungsverbot des Art. 50 der Charta einer nationalen Regelung wie den §§ 52 bis 54 GSpG, § 56a GSpG und § 168 StGB, deren wechselseitige Abgrenzung mangels eindeutiger gesetzlicher Regelung für einen Bürger ex ante kaum vorhersehbar und berechenbar, sondern im konkreten Einzelfall jeweils erst im Wege eines aufwendigen förmlichen Verfahrens klärbar ist, an die sich jedoch weitreichende Unterschiede hinsichtlich der Zuständigkeiten (Verwaltungsbehörde oder Gericht), der Eingriffsbefugnisse, der damit jeweils verbundenen Stigmatisierung und der prozessualen Stellung (z. B. Beweislastumkehr) knüpfen, entgegen?
- 4 Für den Fall, dass eine dieser drei ersten Fragen zu bejahen ist: Steht Art. 56 AEUV und/oder die Art. 15 bis 17 der Charta und/oder Art. 50 der Charta einer Bestrafung von Personen, die in einer der in § 2 Abs. 1 Z 1 und § 2 Abs. 2 GSpG genannten Nahebeziehung zu einem Glücksspielautomaten stehen, und/oder einer Beschlagnahme bzw. Einziehung dieser Geräte und/oder einer Schließung des gesamten Unternehmens solcher Personen entgegen?“

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hat die Fragen wie folgt beantwortet:

<sup>1002</sup> Urteil Pflieger u. a. (G1/30), Rs. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, Rnn. 9–14.

<sup>1003</sup> Urteil Pflieger u. a. (G1/30), a. a. O., Rn. 15.

„Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.“

### (7) Antwortvorschlag der Generalanwältin

GAin Sharpston hatte folgende Antwort vorgeschlagen:<sup>1004</sup>

- 1 *Art. 56 AEUV steht einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, wonach nur eine begrenzte Anzahl von Konzessionsinhabern Glücksspiele durchführen darf, es sei denn, diese Beschränkung ist aufgrund eines zwingenden im Allgemeininteresse liegenden Ziels wie des Verbraucherschutzes und/oder der Verbrechensprävention gerechtfertigt, verfolgt dieses Ziel unter Berücksichtigung der Geschäftspolitik der Konzessionsinhaber kohärent und widerspruchsfrei und ist verhältnismäßig. Ob diese Kriterien erfüllt sind, ist vom nationalen Gericht zu entscheiden. Sofern eine Beschränkung diese Kriterien erfüllt, stehen ihr die Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (i. F.: Charta) nicht entgegen.*
- 2 *Art. 56 AEUV und die Art. 15, 16 und 17 der Charta stehen einer Bestimmung nicht entgegen, durch die die Strafbarkeit auf Personen erstreckt wird, die für den Verstoß gegen eine Beschränkung der Erbringung von Glücksspieldienstleistungen unmittelbar oder mittelbar verantwortlich sind, sofern der persönliche Anwendungsbereich der Strafbarkeitsbestimmung nur Personen erfasst, die wussten oder hätten wissen müssen, dass sie eine Teilnahmehandlung an dem Verstoß begehen.*
- 3 *Weder Art. 56 AEUV noch die Art. 16, 47 oder 50 der Charta stehen einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, wonach strafrechtliche Sanktionen bei verbotenen Ausspielungen mit Einsätzen von mindestens 10 Euro und bei „Serienspielen“ verhängt werden, bei denen ein Einzeleinsatz unter diesem Betrag, die Summe aller Einsätze aber darüber liegt, und wonach verwaltungsrechtliche Sanktionen bei verbotenen Ausspielungen mit Einsätzen von unter 10 Euro Anwendung finden.*
- 4 *Art. 56 AEUV und die Art. 15, 16 und 17 der Charta stehen einer nationalen Regelung entgegen, wonach Geräte, die für nicht konzessionierte Glücksspiele verwendet werden, automatisch eingezogen und vernichtet werden, ohne dass die Möglichkeit einer anderen Rechtsfolge unter Berücksichtigung des Grades des Verschuldens des Glücksspielautomateneigentümers und/oder des Umfangs der Zuwiderhandlung besteht. Art. 56 AEUV und die Art. 15, 16 und 17 der Charta stehen einer nationalen Regelung jedoch nicht entgegen, wonach ein Mitgliedstaat nach seinem Ermessen einen Betrieb schließen kann, in dem nicht konzessionierte Glücksspielautomaten öffentlich zugänglich gemacht worden sind.“*

### (8) Würdigung durch den Gerichtshof

#### (8.1) Zur Zuständigkeit und Zulässigkeit sowie zur Anwendbarkeit der GRCh

Im Hinblick auf die Ausführungen des Gerichtshofs zu den Einwänden der Unzuständigkeit (rein innerstaatlicher Sachverhalt) und zur Unzulässigkeit (keine hinreichenden Darlegungen) – vgl. die Rnn. 20-29 – kann auf die bisherige Rspr. des EuGH (zit. u. unter Gruppe 6) verwiesen werden. Der EuGH bejahte sowohl die Zuständigkeit wie auch die Zulässigkeit.

<sup>1004</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), GAin Sharpston, ECLI:EU:C:2013:747, Nr. 90.

Neu in diesem Zusammenhang war hingegen die Frage der Anwendbarkeit der GRCh. Dazu meinte der Gerichtshof in den Rnn. 33 ff.:

- „33 Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich im Wesentlichen, dass die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in alle unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden. Insoweit hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass er eine nationale Rechtsvorschrift nicht im Hinblick auf die Charta beurteilen kann, wenn sie nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Sobald dagegen eine solche Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, hat der im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens angerufene Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle Auslegungshinweise zu geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung er sichert (Urteil Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, Rn. 19).
- 34 Da folglich die durch die Charta garantierten Grundrechte zu beachten sind, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte (Urteil Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, Rn. 21).
- 35 Wie der Gerichtshof hierzu bereits entschieden hat, ist, wenn ein Mitgliedstaat sich auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, diese im Unionsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Licht der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und insbesondere der nunmehr durch die Charta garantierten Grundrechte auszulegen. Die vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten steht, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat (vgl. in diesem Sinne Urteil ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, Rn. 43).
- 36 Erweist sich eine nationale Regelung als geeignet, die Ausübung einer oder mehrerer durch den Vertrag garantierter Grundfreiheiten zu beschränken, können nach dieser Rechtsprechung die im Unionsrecht vorgesehenen Ausnahmen somit für die betreffende Regelung nur insoweit als Rechtfertigung dieser Beschränkung gelten, als den Grundrechten, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, Genüge getan wird. Diese Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte fällt offensichtlich in den Geltungsbereich des Unionsrechts und folglich der Charta. Nimmt ein Mitgliedstaat im Unionsrecht vorgesehene Ausnahmen in Anspruch, um eine Beschränkung einer durch den Vertrag garantierten Grundfreiheit zu rechtfertigen, muss dies daher, wie die Generalanwältin in Nr. 46 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, als „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta angesehen werden.“

#### (8.2) Zur Prüfung anhand von Art. 56 AEUV

Der EuGH sah in der österreichischen Regelung der Notwendigkeit einer Erlaubnis eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.<sup>1005</sup> Art. 56 AEUV stehe einer solchen nationalen Regelung jedoch nur dann entgegen,<sup>1006</sup> wenn sie nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der

<sup>1005</sup> Urteil Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Rn. 39.

<sup>1006</sup> Urteil Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Rnn. 40 ff. mit Verweisen auf die Urteile Garkalns (G1/27), Carmen Media (G1/13), Costa und Cifone (G1/17), Liga Portuguesa (G1/8), Hit und Hit Larix (G1/26), Stoß u. a. (G1/11), Stanleybet International (G1/28) sowie Dickinger und Ömer (G1/16).

Kriminalitätsbekämpfung verfolge und nicht *tatsächlich* dem Anliegen entspreche, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheit zum Spiel zu verringern.<sup>1007</sup>

*(8.3) Prüfung anhand der Art. 15 bis 17 GRCh*

Dazu meinte der EuGH in Rn. 58:

*„Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta muss eine solche Einschränkung, damit sie zulässig ist, gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Freiheiten und Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf sie außerdem nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht.“*

Weiter heißt es in den Rnn. 59 und 60, dass eine nichtgerechtfertigte oder im Hinblick auf den in Art. 56 AEUV verankerten Dienstleistungsverkehr unverhältnismäßige Einschränkung auch nicht nach Art. 52 Abs. 1 der Charta in Bezug auf deren Art. 15–17 zulässig sei.

*„Folglich erfasst im vorliegenden Fall eine Prüfung der Einschränkung, die die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung in Bezug auf Art. 56 AEUV darstellt, auch mögliche Einschränkungen der Ausübung der in den Art. 15–17 der Charta vorgesehenen Rechte und Freiheiten, sodass es keiner getrennten Prüfung in dieser Hinsicht bedarf.“*

Im Hinblick auf Art. 56 GRCh führte der EuGH in Rn. 64 noch aus, dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen könne, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar sei.

**(9) Würdigung durch die Generalanwältin**

Die GAin war – wenn auch mit scheinbar anderen Formulierungen – zum gleichen Ergebnis wie nach ihr der Gerichtshof gekommen. Ihre Ausführungen waren jedoch weit umfangreicher als diejenigen des EuGH. Vor allem ging sie auf die mit der Anwendbarkeit der Charta verbundenen Fragen näher ein. Sie sagte dazu in den Nrn. 34 ff.:

*„34 Mit allen Vorlagefragen wird um die Auslegung von Bestimmungen der Charta er-  
sucht. Es stellt sich die Vorfrage, ob die Charta Anwendung findet, wenn ein nationa-  
les Gericht eine nationale Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche  
überprüft, die eine Ausnahme von den durch das Unionsrecht verliehenen Rechten  
vorsieht.*

*35 Diese Problematik wird von Herrn Zehetner,<sup>1008</sup> der niederländischen, der österrei-  
chischen, der polnischen und der portugiesischen Regierung sowie von der Kommis-  
sion angesprochen. Die vier Regierungen, die Erklärungen zu diesem Punkt abgege-  
ben haben, sind der Ansicht, dass die Charta auf die in den Ausgangsverfahren in  
Rede stehende nationale Regelung keine Anwendung finde. Herr Zehetner und die  
Kommission vertreten die entgegengesetzte Auffassung.*

*36 Meiner Meinung nach ist die Charta auf eine nationale Regelung anwendbar, die ei-  
ne Ausnahme von den durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten beinhaltet.*

*37 Der Anwendungsbereich der Charta ist in ihrem Art. 51 Abs. 1 festgelegt, wonach sie  
für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“  
gilt.*

*38 Fraglich ist, ob der Begriff „Durchführung“ in Art. 51 der Charta deren Anwendung  
auf Fälle beschränkt, in denen ein Mitgliedstaat zu einem konkreten Tätigwerden*

<sup>1007</sup> Die Auslegung des Begriffs „tatsächlich“ spielt in der noch anhängigen Rs. C-464/15 (Admiral) eine Rolle, in der das vor-  
legende Landesgericht Wiener Neustadt die Frage stellt, ob bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer nationalen Rege-  
lung, die ein Monopol vorsieht, für deren unionsrechtliche Zulässigkeit nicht nur auf den Zeitpunkt der Zielsetzung der Rege-  
lung ankommt, sondern auch auf ihre empirisch mit Sicherheit festzustellenden (künftigen) Auswirkungen.

<sup>1008</sup> Herr Zehetner war einer der Kläger des Ausgangsverfahrens.

(z. B. zur Umsetzung einer Richtlinie) verpflichtet ist, um dem Unionsrecht nachzukommen.

- 39 Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen.
- 40 Es sei darauf hingewiesen, dass der Wortlaut der Charta in den verschiedenen gleichermaßen verbindlichen Sprachfassungen (erwartungsgemäß) in gewissem Grad sprachlich voneinander abweicht. So heißt es im Englischen „implementing“, im Deutschen „bei der Durchführung des Rechts der Union“ und im Französischen „lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.“ Die spanische und die portugiesische Sprachfassung (zum Beispiel) enthalten weitergehende Formulierungen („cuando apliquen el Derecho de la Unión“ bzw. „quando apliquem o direito da União“). Angesichts dessen liegt es nahe, sich an die Erläuterungen zur Charta zu halten, die nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 der Charta bei der Auslegung der Charta zu berücksichtigen sind. Die Erläuterungen geben folgende Hinweise zu Art. 51 Abs. 1:

*„Was die Mitgliedstaaten betrifft, so ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs eindeutig zu entnehmen, dass die Verpflichtung zur Einhaltung der im Rahmen der Union definierten Grundrechte für die Mitgliedstaaten nur dann gilt, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln ...“*

In der weiteren Prüfung ging die GAin näher auf das Urteil ERT ein:<sup>1009</sup>

- „43 Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Rechtssache ist das Urteil ERT. Dieses betraf ein nationales Gesetz, wonach es [nur] einem einzigen Fernsehveranstalter gestattet war, das Fernsehmonopol im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats innezuhaben und Fernsehübertragungen jeder Art vorzunehmen. In diesem Rahmen stellte sich die Frage, ob die durch den Vertrag garantierte Dienstleistungsfreiheit diesem Gesetz entgegensteht. Der Gerichtshof hat entschieden, dass Art. 59 EWG-Vertrag (jetzt Art. 56 AEUV) einem solchen Monopol entgegenstehe, wenn sich dieses auf Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten diskriminierend auswirke und die Regelung nicht durch einen der Gründe gerechtfertigt sei, die in Art. 56 EWG-Vertrag (jetzt Art. 52 Abs. 1 AEUV) angegeben seien, auf den Art. 66 EWG-Vertrag (jetzt Art. 62 AEUV) verweise. Die Rechtssache ERT betrifft daher eine Fallgestaltung, bei der ein Mitgliedstaat eine Ausnahme von der Grundfreiheit zur Erbringung von Dienstleistungen vorsieht.
- 45 Dem Urteil ERT lässt sich somit entnehmen, dass eine Maßnahme, die ein Mitgliedstaat als Ausnahme von einer durch den AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheit erlässt, in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Die Befugnis, unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme von der unionsrechtlich verbürgten Grundfreiheit vorzusehen, ist den Mitgliedstaaten vorbehalten und im Unionsrecht auch anerkannt; die Ausübung dieser Befugnis unterliegt jedoch den unionsrechtlichen Voraussetzungen. Prüft ein Gericht – sei es ein nationales Gericht oder der Gerichtshof –, ob für eine die Ausübung der Grundfreiheit behindernde nationale Regelung eine im Vertrag vorgesehene Ausnahme gilt (und die Regelung daher zulässig ist), wird diese Prüfung anhand des Unionsrechts und der daraus hergeleiteten Kriterien durchgeführt und nicht nach nationalem Recht und seinen Maßstäben. So ergeben sich z. B. sowohl die Auslegungsregel, dass solche Ausnahmen eng auszulegen sind, als auch die Voraussetzung, dass eine prima facie zulässige Ausnahme verhältnismäßig sein muss, aus dem Unionsrecht selbst. Da eine nationale Ausnahmeregelung nur dann zulässig ist, wenn die entsprechenden unionsrechtlichen Kriterien erfüllt sind (andernfalls hat die im Vertrag verankerte Freiheit Vorrang), fällt folglich die Ausnahmeregelung selbst in den Geltungsbereich des Unionsrechts. Meiner Meinung nach

<sup>1009</sup> Zum Urteil ERT s. Fn. 263.

*ist dies die notwendige Konsequenz sowohl der bekannten Systematik des Vertrags (geschütztes Recht, Ausnahme von diesem Recht in begrenzten Fällen) als auch der Aufnahme des Urteils ERT in die Erläuterung zu Art. 51 der Charta.*

- 46 *Es ist daher davon auszugehen, dass ein Mitgliedstaat „bei der Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne von Art. 51 handelt, wenn er eine Ausnahme von einer Grundfreiheit einführt. Folglich findet die Charta Anwendung. Da die in den Ausgangsverfahren hier in Rede stehende nationale Maßnahme in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt und mit ihr deshalb das Recht der Union durchgeführt wird, ist sie im Licht der Charta auszulegen.“*

Die GAin prüfte danach die vorgelegten Fragen.<sup>1010</sup> Im Hinblick auf Art. 56 AEUV meinte sie, dass eine Beschränkung vorliege, die aber u. U. rechtfertigbar sei, wobei sie die bereits in der früheren Rspr. genannten Gründe wiederholte und in Nr. 61 festhielt:

*„Es ist Sache des nationalen Gerichts, das tatsächliche Ziel der in den Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung zu ermitteln sowie zu beurteilen, ob – sollte es sich um ein zulässiges Ziel handeln – die Regelung in einem angemessenen Verhältnis zu diesem steht und es kohärent und frei von Widersprüchen verfolgt.“*

Für die GAin stellte sich sodann die Frage, ob eine weitere Prüfung der nationalen Rechtsvorschriften im Lichte der Art. 15–17 der Charta erforderlich sei.<sup>1011</sup> Nach Meinung der GAin stellen diese Artikel keine strengeren Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs auf als diejenigen, die sich bereits der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 56 AEUV entnehmen lassen.<sup>1012</sup> Sofern eine Beschränkung diese Voraussetzungen erfülle, stünden ihr die Art. 15, 16 und 17 nicht entgegen.<sup>1013</sup>

Zur 2. Frage meinte die GAin, mit ihr wolle das vorlegende Gericht wissen, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip der nationalen Regelung entgegenstehe, durch die im Wege unbestimmter Gesetzesbegriffe die Strafbarkeit auf nur sehr entfernt beteiligte Personen (wie bloße Vertreiber, Verpächter oder Vermieter von Glücksspielautomaten) erstreckt werde.<sup>1014</sup> Zunächst meinte die GAin in Nr. 74 dazu:

*„Soweit die Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht berechtigt sind, Ausnahmen von Art. 56 AEUV vorzusehen und die Erbringung von Glücksspieldienstleistungen zu beschränken, dürfen sie auch strafrechtliche Sanktionen zur Durchsetzung dieser Beschränkungen verhängen, sofern diese Sanktionen verhältnismäßig und grundrechtskonform sind. Meiner Meinung nach stehen daher Art. 56 AEUV und die Art. 15, 16 und 17 der Charta einer Bestimmung nicht entgegen, durch die die Strafbarkeit auf Personen erstreckt wird, die für den Verstoß gegen eine Beschränkung der Erbringung von Glücksspieldienstleistungen unmittelbar oder mittelbar verantwortlich sind, sofern der persönliche Anwendungsbereich der Strafbarkeitsbestimmung nur Personen erfasst, die wussten oder hätten wissen müssen, dass sie eine Teilnahmehandlung an dem Verstoß begehen.“*

Zur 3. Frage im Hinblick auf strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen für Rechtsverstöße, wobei es der betreffenden Person aber nicht möglich ist, sich im Voraus sicher zu sein, nach welcher Vorschrift sie zur Verantwortung gezogen werde, meinte die GAin:<sup>1015</sup>

*„Eine Verletzung von Art. 47 der Charta, der das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht verbürgt, liegt dann nicht vor, wenn die Person, der eine*

<sup>1010</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nrn. 48 ff.

<sup>1011</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 62.

<sup>1012</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 70.

<sup>1013</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 71.

<sup>1014</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 72.

<sup>1015</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 83.

*Straftat zur Last gelegt wird, Zugang zu einem Gericht hat, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich um ein Verwaltungs- oder um ein Strafgericht handelt.“*

In der 4. Frage ging es um Sanktionen wie die Einziehung und die Vernichtung der Glücksspielautomaten sowie die Schließung des Betriebs. Diese Sanktionen müssten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundrechte beachten.<sup>1016</sup> Es scheine so zu sein, dass im Fall der Durchführung von Glücksspielen mittels Automaten ohne Konzession die Geräte automatisch eingezogen und anschließend vernichtet würden. Die entsprechenden Ermächtigungsnormen erlaubten offenbar kein alternatives Vorgehen je nach dem Grad des Verschuldens bzw. nach der Schwere der Rechtsverletzung.<sup>1017</sup> Sollte es wirklich keine Möglichkeit zur Anpassung der Sanktion geben, wäre diese unverhältnismäßig.<sup>1018</sup>

Im Gegensatz dazu sei die Entscheidung über eine Betriebsschließung offenbar Ermessenssache. Das nationale Gericht werde zu prüfen haben, ob die Befugnis in der Praxis unter gebührender Berücksichtigung der Begleitumstände und folglich mit der erforderlichen Flexibilität gehandhabt werde, um das Kriterium der Verhältnismäßigkeit zu erfüllen.<sup>1019</sup>

## **(10) Kommentierung**

Die Ausführungen zur Zuständigkeit und Zulässigkeit sowie zur Beschränkung einer Grundfreiheit des AEUV und zu deren Rechtfertigung entsprechen der bisherigen EuGH-Rspr. und sind insofern nicht neu. Allerdings fällt auf, dass der Gerichtshof – im Gegensatz zur GAin – auf die Frage nicht vertieft einging und einige gar nicht beantwortete. Fallrelevant ist dies zwar nachvollziehbar, allerdings im Hinblick auf die fehlende Unterscheidung des Ermessens bei den Sanktionen, konkret bei der Beschlagnahme der Spielautomaten einerseits und der Schließung des Glücksspielbetriebs andererseits – wie sie die GAin vorgenommen hat – doch bedauerlich. Gleiches gilt für die Prüfung anhand der GRCh. Der EuGH meinte lakonisch, eine Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten erfasse auch die Einschränkung der Ausübung der Chartarechte der Art. 15–17, sodass es keiner getrennten Prüfung in dieser Hinsicht bedürfe.<sup>1020</sup> Die GAin ging dagegen auf diesen Aspekt näher ein, hielt allerdings fest,<sup>1021</sup> dass die betreffenden Chartaartikeln keine strengeren Voraussetzungen an die nach Art. 56 AEUV zulässige Beschränkung und deren Rechtfertigung stellten. Ihre sehr detaillierten Ausführungen zum Begriff der „Durchführung des Unionsrechts“ – auf die der EuGH praktisch gar nicht einging – sind sehr interessant, fallbezogen fallen sie jedoch nicht so ins Gewicht.

### **3.1.31 Die Rechtssache DIGIBET und ALBERS (G1/31)**

#### **(1) Betreff und Vorbemerkung**

In dieser Rs. ging es um die Kohärenz des GlüÄndStV von 2012 der (zunächst nur) 15 deutschen Bundesländer und zwar dahingehend, ob das von ihm abweichende schleswig-holsteinische Glücksspielgesetz, das bis zum 09.02.2013 erfolgten Beitritt dieses Bundeslandes zum GlüÄndStV galt, Auswirkungen auf die Kohärenz der Regelungen des Staatsvertrages hatte. Im Gegensatz zur zahlenmäßigen Begrenzung der Konzessionen zum GlüÄndStV waren im schleswig-holsteinischen Gesetz keine Limitierungen vorgesehen.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) war am 28.03.2013 beim EuGH eingegangen. Am 02.04.2014 hat die mdl. Verhandlung stattgefunden. Schlussanträge wurden keine gestellt. Die Dritte Kammer – eine 5er-Kammer – hat am 12.06.2014 ihr 8-

<sup>1016</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 86.

<sup>1017</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 87.

<sup>1018</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 88.

<sup>1019</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 89.

<sup>1020</sup> Urteil Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Rn. 60.

<sup>1021</sup> Schlussanträge Pfleger u. a. (G1/30), a. a. O., Nr. 70.

seitiges Urteil (mit 42 Rnn.) erlassen. Die Sache war also etwas mehr als 14 Monate anhängig. Am Verfahren beteiligt waren neben der EU-Kommission, den Klägern und der Beklagten des Ausgangsverfahrens die deutsche, belgische, maltesische und portugiesische Regierung.

### **(3) Rechtlicher Rahmen**

#### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Auszulegen war Art. 56 AEUV.

#### *(3.2) Mitgliedstaatliches Recht*

Zum relevanten deutschen Recht s. o. Teil C, I, insbesondere. 3.3.

### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Digibet ist eine Gesellschaft mit Sitz in Gibraltar, die auf ihrer Internetseite Glücksspiele und Sportwetten anbietet. Sie besitzt eine hierfür in Gibraltar erteilte Lizenz. Herr Albers ist Geschäftsführer der Gesellschaft. Beide wurden in Deutschland von der (staatlichen) Westdeutschen Lotterie auf Unterlassung verklagt, diese Spiele im Internet anzubieten. Gegen die im Sinne der Westdeutschen Lotterie ergangenen Urteile legten sie Rechtsmittel ein. Der zuletzt mit der Sache befasste BGH fragte, ob die deutsche Regelung wegen der abweichenden schleswig-holsteinischen Lösung noch kohärent sei und legte dem EuGH deshalb nachfolgende Vorlagefragen vor.

### **(5) Vorlagefragen**

- „1 Stellt es eine inkohärente Beschränkung des Glücksspielsektors dar,
- wenn einerseits in einem als Bundesstaat verfassten Mitgliedstaat die Veranstaltung und die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet nach dem in der überwiegenden Mehrheit der Bundesländer geltenden Recht grundsätzlich verboten ist und – ohne Rechtsanspruch – nur für Lotterien und Sportwetten ausnahmsweise erlaubt werden kann, um eine geeignete Alternative zum illegalen Glücksspielangebot bereitzustellen sowie dessen Entwicklung und Ausbreitung entgegenzuwirken,
  - wenn andererseits in einem Bundesland dieses Mitgliedstaats nach dem dort geltenden Recht unter näher bestimmten objektiven Voraussetzungen jedem Unionsbürger und jeder diesem gleichgestellten juristischen Person eine Genehmigung für den Vertrieb von Sportwetten im Internet erteilt werden muss und dadurch die Eignung der im übrigen Bundesgebiet geltenden Beschränkung des Glücksspielvertriebs im Internet zur Erreichung der mit ihr verfolgten legitimen Ziele des Allgemeinwohls beeinträchtigt werden kann?
- 2 Kommt es für die Antwort auf die erste Frage darauf an, ob die abweichende Rechtslage in einem Bundesland die Eignung der in den anderen Bundesländern geltenden Beschränkungen des Glücksspiels zur Erreichung der mit ihnen verfolgten legitimen Ziele des Allgemeinwohls aufhebt oder erheblich beeinträchtigt?“

### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof hat die Fragen wie folgt beantwortet:

„Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer der Mehrheit der Gliedstaaten eines föderal strukturierten Mitgliedstaats gemeinsamen Regelung, die die Veranstaltung und die Vermittlung von Glücksspielen im Internet grundsätzlich verbietet, während ein einzelner Gliedstaat für einen begrenzten Zeitraum neben den restriktiven Rechtsvorschriften der übrigen Gliedstaaten bestehende weniger strenge Rechtsvorschriften beibehalten hat, dann nicht entgegensteht, wenn diese gemeinsame Regelung den in der Rechtsprechung des Ge-

*richtshofs aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt, was das vorliegende Gericht zu prüfen hat.“*

### **(7) Würdigung durch den Gerichtshof**

Der Gerichtshof hielt zunächst fest, dass zwar nach Erlass der Vorlageentscheidung Schleswig-Holstein dem GlüÄndStV beigetreten sei, allerdings sei damals vorgesehen worden, dass die bereits erteilten Genehmigungen für eine Übergangszeit fortgelten würden.<sup>1022</sup> Gemäß der schleswig-holsteinischen Regelung waren neben der Unbegrenztheit der Zahl der Konzessionen auch Spiele im Internet und eine umfassendere Werbung erlaubt. Unter Berücksichtigung dessen wollte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 56 AEUV dahin auszulegen sei, „*dass er einer der Mehrheit der Gliedstaaten eines föderalstrukturierten Mitgliedstaats gemeinsamen Regelung entgegen stehe, die die Veranstaltung und die Vermittlung von Glücksspielen im Internet grundsätzlich verbiete, während ein einzelner Gliedstaat für einen begrenzten Zeitraum [...] Anbietern Genehmigungen für das Angebot von Glücksspielen im Internet erteilt hat, die nach Aufhebung der weniger strengen Regelung für eine Übergangszeit fortgelte*“.<sup>1023</sup>

Im konkreten Fall ging der Gerichtshof davon aus, dass die Glücksspielregelung der 15 Bundesländer zu einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs führt. Das vorliegende Gericht stelle jedoch keine Frage zu deren Rechtfertigung,<sup>1024</sup> sondern dazu, ob die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit, der Nichtdiskriminierung und der Geeignetheit erfüllt seien, um die geltend gemachten Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen,<sup>1025</sup> oder ob dies dadurch in Frage gestellt werde, „*dass allein im Land Schleswig-Holstein für einen begrenzten Zeitraum eine weniger strenge Regelung gilt*“.<sup>1026</sup>

### **(8) Kommentierung**

Für den Gerichtshof schien der Fall von geringerer Bedeutung, weshalb auch auf die Stellung von Schlussanträgen (s. Art. 20 UAbs. 4 der Gerichtssatzung) verzichtet wurde. Vom Gesichtspunkt der zu prüfenden Kohärenz her gesehen ist dies nachvollziehbar. Im Hinblick auf die unterschiedlichen föderalen Regelungen – zumal von Schleswig-Holstein erteilte Konzessionen auch nach dem Beitritt dieses Landes zum GlüÄndStV sogar noch eine Zeitlang weitergalten, die insofern noch neue Rechtsfragen aufwarfen –, wären Schlussanträge und eine vertiefte Prüfung durch den EuGH doch sinnvoll gewesen. Überhaupt überlässt der Gerichtshof inzwischen mehr als in früheren Fällen den nationalen Gerichten.

In Rn. 25 hatte der Gerichtshof zwar festgehalten, dass das vorliegende Gericht keine Fragen zur Rechtfertigung der beschränkenden Glücksspielregelungen gestellt habe. Dennoch hat der EuGH zuvor – überflüssigerweise – allgemeine Ausführungen zu den üblichen Rechtfertigungsgründen gemacht,<sup>1027</sup> wobei der Verweis auf „*beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede*“<sup>1028</sup> wiederum nicht fehlen durfte.

Die vom Gerichtshof zur Kohärenz gemachten Ausführungen und den daraus gezogenen Folgerungen, dass die 15 Bundesländer, die den GlüÄndStV abgeschlossen hatten, nicht „*das Verbraucherschutzniveau zu übernehmen hatten, das allein in Schleswig-Holstein für einen begrenzten Zeitraum galt*“,<sup>1029</sup> ist zuzustimmen, wie ebenso der daraus abgeleiteten Folgerung, dass die Kohärenz des GlüÄndStV durch das Glücksspielgesetz von Schleswig-Holstein nicht beeinträchtigt werde.

<sup>1022</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), Rs. C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756, Rn. 19.

<sup>1023</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rn. 20.

<sup>1024</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rn. 25.

<sup>1025</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rn. 26.

<sup>1026</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rn. 27.

<sup>1027</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rnn. 22 und 23.

<sup>1028</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rn. 24.

<sup>1029</sup> Urteil Digibet und Albers (G1/31), a. a. O., Rn. 38.

### 3.1.32 Die Rechtssache INCE (G1/32)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In dieser Rechtssache ging es um die Frage, ob gegen einen Vermittler von Glücksspielen strafrechtlich vorgegangen werden kann, der ohne behördliche Erlaubnis Glücksspiele vermittelte, wenn davon ausgegangen werden konnte, dass Unionsrecht der relevanten mitgliedstaatlichen Regelung entgegenstand und wenn zugleich die entsprechende Bestimmung über technische Vorschriften nicht gemäß der Informations-RL 98/34 notifiziert worden war.

In diesem deutschen Vorabentscheidungsverfahren ging es um die Rechtmäßigkeit strafrechtlicher Sanktionen, die gegen eine in Deutschland lebende Türkin verhängt worden waren, die über in einer "Sportbar" aufgestellte Spielautomaten ohne (deutsche) Erlaubnis Sportwetten an einen Wettveranstalter mit Sitz und Lizenz in Österreich vermittelt zu haben.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen des AG Sonthofen war am 11.07.2014 beim EuGH eingegangen. Am 10.06.2015 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. Am 22.10.2015 hat GA Szpunar seine 16-seitigen Schlussanträge mit 76 Rnn. vorgelegt. Am 04.02.2016 hat die Erste Kammer des EuGH – eine 5er-Kammer – ihr 22-seitiges Urteil mit 96 Rnn. vorgelegt. Der Fall war also rd. 19 Monate anhängig. Am Verfahren hatten sich außer Frau Ince die deutsche, die belgische und die griechische Regierung sowie die EU-Kommission beteiligt.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Einschlägig waren die Art. 56 AEUV sowie die Art. 1 und 8 der Notifizierungs-RL 98/34/EG.<sup>1030</sup>

##### (3.2) Deutsches Recht

Betroffen waren die §§ 4 Abs. 1 und 10 des GlüStV von 2008 sowie der mit Art. 10 GlüStV 2008 gleichlautende § 10 GlüÄndStV 2012.

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Gegen die in Deutschland lebende türkische Staatsangehörige Ince wurden beim Amtsgericht Sonthofen zwei Strafverfahren eingeleitet, weil sie ohne eine (bayrische) Erlaubnis über Wettautomaten für einen österreichischen Betreiber, der in Österreich allerdings eine Lizenz besaß, Sportwetten angenommen habe.<sup>1031</sup> Die beiden Strafverfahren betrafen verschiedene Tatzeiten; sie unterschieden sich im Wesentlichen nur hinsichtlich der deutschen Rechtslage zur Zeit der jeweils zur Last gelegten Tathandlungen,<sup>1032</sup> sodass zum ersten Tatvorwurf von Januar 2012 und zum zweiten Tatvorwurf (bis Ende Juni 2012) der GlüStV von 2008 bzw. seine im bayrischen Ausführungsgesetz normierte Geltungsverlängerung trotz Beendigung des GlüStV von 2008 weiter galt, während hinsichtlich des zweiten Tatvorwurfs für die Zeit ab Juli 2012 der 1. GlüÄndStV von 2012 galt.

#### (5) Vorlagefragen

Das AG Sonthofen hat dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:<sup>1033</sup>

„I) Zum ersten Tatvorwurf (Januar 2012) und zum zweiten Tatvorwurf bis Ende Juni 2012:

<sup>1030</sup> Zum Wortlaut der Art. 1 und 8 der RL 98/34/EG s. o. Teil D, III, 1.3.

<sup>1031</sup> Urteil Ince (G1/32), Rs. C-336/14, ECLI:EU:C:2016:72, Rnn. 23 und 24.

<sup>1032</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 25.

<sup>1033</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 40.

- 1a) *Ist Art. 56 AEUV dahin auszulegen, dass den Strafverfolgungsbehörden untersagt ist, die ohne deutsche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten an im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn die Vermittlung auch eine deutsche Erlaubnis des Veranstalters voraussetzt, den nationalen Stellen aber durch eine unionsrechtswidrige Gesetzeslage (Sportwettenmonopol) verboten ist, nichtstaatlichen Wettveranstaltern eine Erlaubnis zu erteilen?*
- 1b) *Ändert sich die Beantwortung der Frage 1 a), wenn in einem der 15 deutschen Bundesländer,<sup>1034</sup> die das staatliche Sportwettenmonopol gemeinsam errichtet haben und gemeinsam vollziehen, staatliche Stellen in Verbots- oder Strafverfahren behaupten, das gesetzliche Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, werde bei einem eventuellen Antrag auf eine Veranstalter- oder Vermittlungserlaubnis für dieses Bundesland nicht angewendet?*
- 1c) *Sind die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit, sowie das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-186/11<sup>1035</sup> dahin auszulegen, dass sie einer dauerhaften, als präventiv bezeichneten Untersagung oder Sanktionierung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten entgegenstehen, wenn dies damit begründet wird, dass für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar war, dass die Vermittlungstätigkeit alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen – abgesehen von dem monopolistischen Staatsvorbehalt – erfüllt?*
- 2) *Ist die Richtlinie 98/34 dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der ohne deutsche Erlaubnis erfolgten Vermittlung von Sportwetten über einen Wettautomaten an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter entgegensteht, wenn die staatlichen Eingriffe auf einem nicht an die Europäische Kommission notifizierte Gesetz eines einzelnen Bundeslandes beruhen, das den ausgelaufenen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen zum Inhalt hat?*
- II) *Zum zweiten Tatvorwurf für die Zeit ab Juli 2012:*
- 3) *Sind Art. 56 AEUV, das Transparenzgebot, der Gleichheitssatz und das unionsrechtliche Verbot der Günstlingswirtschaft dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter in einem Fall entgegenstehen, der durch den für neun Jahre angelegten Glücksspieländerungsstaatsvertrag mit einer Experimentierklausel für Sportwetten gekennzeichnet ist, der für sieben Jahre die theoretische Möglichkeit vorsieht, maximal 20 Konzessionen auch an nicht staatliche Wettveranstalter mit Legalisierungswirkung für alle deutschen Bundesländer als notwendige Voraussetzung für eine Vermittlungserlaubnis zu vergeben, wenn*
- a) *das Konzessionsverfahren und in diesem Zusammenhang geführte Rechtsstreitigkeiten von der Konzessionsstelle gemeinsam mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei betrieben werden, die die Mehrzahl der Bundesländer und ihre Lotterieu Unternehmen im Zusammenhang mit dem unionsrechtswidrigen Sportwettenmonopol regelmäßig beraten und vor nationalen Gerichten gegen private Wettanbieter vertreten hat und mit der Vertretung der staatlichen Stellen in den Vorabentscheidungsverfahren Stoß u. a. [...], Carmen Media Group [...] und Winner Wetten [...] beauftragt war,*
- b) *aus der am 8. August 2012 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Konzessionsausschreibung keine Details zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte, zum Inhalt der übrigen verlangten Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der maximal 20 Konzessionäre hervorgingen, Details vielmehr erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist mit einem so genannten Informationsmemo-*

<sup>1034</sup> Das Land Schleswig-Holstein war zum damaligen Zeitpunkt noch nicht dem 1. GlüÄndStV beigetreten.

<sup>1035</sup> Es ist dies die Rs. Stanleybet, Hill u. a. (G1/28), Urteil v. 24.01.2013, ECLI:EU:C:2013:33.

- random und zahlreichen weiteren Dokumenten nur Bewerbern mitgeteilt wurden, die sich für eine zweite Stufe des Konzessionsverfahrens qualifiziert hatten,
- c) die Konzessionsstelle acht Monate nach Beginn des Verfahrens entgegen der Ausschreibung nur 14 Konzessionsbewerber zur persönlichen Präsentation ihrer Sozial- und Sicherheitskonzepte einlädt, weil diese die Mindestvoraussetzungen für eine Konzession zu 100 % erfüllt hätten, 15 Monate nach Beginn des Verfahrens aber mitteilt, kein einziger Bewerber habe die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen in prüffähiger Form nachgewiesen,
  - d) der aus einem Zusammenschluss der staatlichen Lotteriegesellschaften bestehende staatlich beherrschte Konzessionsbewerber (Ods, Ods Deutschland Sportwetten GmbH) zu den 14 Bewerbern gehört, die zur Präsentation ihrer Konzepte bei der Konzessionsstelle eingeladen wurden, wegen seiner organisatorischen Verflechtung mit Veranstaltern von Sportereignissen aber wohl nicht konzessionsfähig ist, weil die Gesetzeslage (§ 21 Abs. 3 GlüÄndStV) eine strikte Trennung des aktiven Sports und der ihn organisierenden Vereinigungen von der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten verlangt,
  - e) für die Erteilung einer Konzession unter anderem die Darlegung der rechtmäßigen Herkunft der für die Veranstaltung des beabsichtigten Sportwettenangebotes erforderlichen Mittel verlangt wird,
  - f) die Konzessionsstelle und das über die Vergabe von Konzessionen entscheidende Glücksspielkollegium, das aus Vertretern der Bundesländer besteht, von der Möglichkeit der Konzessionsvergabe an private Wettveranstalter keinen Gebrauch machen, während staatliche Lotterieunternehmen bis ein Jahr nach der eventuellen Konzessionsvergabe Sportwetten, Lotterien und andere Glücksspiele ohne Konzession veranstalten und über ihr flächendeckendes Netz gewerblicher Annahmestellen vertreiben und bewerben dürfen?“

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Die Erste Kammer des EuGH hat wie folgt für Recht erkannt:

- „1 Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er die Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats daran hindert, die ohne Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten durch einen privaten Wirtschaftsteilnehmer an einen anderen privaten Wirtschaftsteilnehmer, der über keine Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten in diesem Mitgliedstaat verfügt, aber Inhaber einer Lizenz in einem anderen Mitgliedstaat ist, zu ahnden, wenn die Erlaubnispflicht für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten im Rahmen eines staatlichen Monopols besteht, das die nationalen Gerichte für unionsrechtswidrig befunden haben. Art. 56 AEUV steht einer solchen Ahndung auch dann entgegen, wenn ein privater Wirtschaftsteilnehmer theoretisch eine Erlaubnis für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten erhalten kann, soweit die Kenntnis von dem Verfahren zur Erteilung einer solchen Erlaubnis nicht sichergestellt ist und das staatliche Sportwettenmonopol, das von den nationalen Gerichten für unionsrechtswidrig befunden wurde, trotz der Annahme eines solchen Verfahrens fortbesteht.
- 2 Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34/EG [...] über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften [...] in der durch die Richtlinie 98/48/EG [...] geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass der Entwurf eines Landesgesetzes, das auf der Ebene des betreffenden Landes die Bestimmungen eines ausgelaufenen Länderstaatsvertrags aufrechterhält, der Notifizierungspflicht des Art. 8 Abs. 1 unterliegt, soweit er technische Vorschriften im Sinne des Art. 1 dieser Richtlinie enthält, sodass der Verstoß gegen diese Pflicht dazu führt, dass diese technischen Vorschriften einem Einzelnen im Rahmen eines Strafverfahrens nicht entge-

gehalten werden können. An der Notifizierungspflicht kann auch der Umstand nichts ändern, dass der besagte Staatsvertrag der Kommission zuvor im Entwurfsstadium gemäß Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34 notifiziert worden war und ausdrücklich die Möglichkeit einer Verlängerung der Geltungsdauer vorsah, von der allerdings kein Gebrauch gemacht wurde.

- 3 Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einen Mitgliedstaat daran hindert, die ohne Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten in seinem Hoheitsgebiet an einen Wirtschaftsteilnehmer, der in einem anderen Mitgliedstaat eine Lizenz für die Veranstaltung von Sportwetten innehat, zu ahnden,
- wenn die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten daran geknüpft ist, dass der genannte Wirtschaftsteilnehmer eine Konzession nach einem Konzessionserteilungsverfahren wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erhält und das vorlegende Gericht feststellt, dass dieses Verfahren den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot nicht beachtet, und
  - soweit trotz des Inkrafttretens einer nationalen Bestimmung, nach der privaten Wirtschaftsteilnehmern eine Konzession erteilt werden kann, die von den nationalen Gerichten für unionsrechtswidrig befundenen Bestimmungen, mit denen ein staatliches Monopol auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten eingeführt wurde, faktisch weiter angewandt werden.“

## (7) Antwortvorschlag des Generalanwalts

GA Szpunar hat vorgeschlagen, die Fragen wie folgt zu beantworten:<sup>1036</sup>

- „1) Hat ein nationales Gericht festgestellt, dass ein Sportwettenmonopol gegen Unionsrecht verstößt, und können nach den Bestimmungen des nationalen Rechts nur öffentliche Einrichtungen eine innerstaatliche Erlaubnis erlangen, so hindert Art. 56 AEUV nationale Strafverfolgungsbehörden daran, die ohne innerstaatliche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten an einen in einem anderen Mitgliedstaat lizenzierten Wettveranstalter zu sanktionieren.
- 2) Art. 8 der Richtlinie 98/34/EG [...] hindert daran, die ohne innerstaatliche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten über einen Spielautomaten an einen in einem anderen Mitgliedstaat lizenzierten Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn die staatlichen Eingriffe auf technischen Vorschriften beruhen, die der Europäischen Kommission nicht notifiziert worden sind. Nationale Bestimmungen wie die §§ 4 Abs. 1 und 10 Abs. 2 und 5 des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen sind keine „technischen Vorschriften“ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34.
- 3) Art. 56 AEUV steht der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne innerstaatliche Erlaubnis an einen in einem anderen Mitgliedstaat lizenzierten Wettveranstalter entgegen, wenn ein nationales Gericht festgestellt hat, dass ein Konzessionsverfahren, in dem höchstens 20 Konzessionen für Wettveranstalter vergeben werden, nicht mit allgemeinen Grundsätzen wie dem Gleichheitsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und dem Transparenzgrundsatz in Einklang steht.“

## (8) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt

### (8.1) Zur inhaltlichen Beantwortung der ersten Frage

Mit seiner ersten Frage wollte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 56 AEUV dahin auszulegen sei, dass er die Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats daran hindere, die ohne Er-

<sup>1036</sup> Schlussanträge Ince (G1/32), GA Szpunar, ECLI:EU:C:2015:724, Nr. 76.

laubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten durch einen privaten Wirtschaftsteilnehmer an einen anderen privaten Wirtschaftsteilnehmer, der über keine Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten in diesem Mitgliedstaat verfügt, aber Inhaber einer Lizenz in einem anderen Mitgliedstaat ist, zu ahnden, wenn die Erlaubnispflicht für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten im Rahmen eines staatlichen Monopols besteht, das die nationalen Gerichte für unionsrechtswidrig befunden haben. Außerdem wollte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 56 AEUV einer solchen Ahndung auch dann entgegenstehe, wenn ein privater Wirtschaftsteilnehmer theoretisch eine Erlaubnis erhalten könne, soweit die Kenntnis von dem Verfahren zur Erteilung einer solchen Erlaubnis aber nicht sichergestellt sei und das staatliche Sportwettenmonopol, das von den nationalen Gerichten für unionsrechtswidrig befunden wurde, trotz der Annahme eines solchen Verfahrens fortbestehe.<sup>1037</sup>

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass gemäß des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts die Bestimmungen der Verträge bewirkten, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts ohne Weiteres unanwendbar werde.<sup>1038</sup> Er habe auch klargestellt, dass aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nicht dazu beitrage, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden dürfe.<sup>1039</sup> Die Versagung einer Übergangszeit im Fall der Unvereinbarkeit der innerstaatlichen Regelung mit Art. 56 AEUV habe jedoch nicht zwangsläufig zur Folge, dass der betroffene Mitgliedstaat, wenn er eine Liberalisierung des Glücksspielmarkts mit dem von ihm angestrebten Niveau des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung nicht für vereinbar hält, zu einer derartigen Liberalisierung verpflichtet wäre. Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts steht es den Mitgliedstaaten nämlich immer noch offen, das bestehende Monopol zu reformieren, um es mit den Bestimmungen des AEU-Vertrags in Einklang zu bringen, indem es insbesondere einer wirksamen und strengen behördlichen Kontrolle unterworfen wird.<sup>1040</sup>

Jedenfalls müsse der betroffene Mitgliedstaat, wenn er der Ansicht sein sollte, dass eine derartige Reform des bestehenden Monopols nicht in Betracht kommt und die Liberalisierung des Glücksspielmarkts eher dem von ihm angestrebten Niveau des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung entspricht, die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art. 56 AEUV, den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot beachten. In einem solchen Fall müsse die Einführung eines Systems der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot bestimmter Arten von Glücksspielen in diesem Mitgliedstaat auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern.<sup>1041</sup>

Im Licht dieser Grundsätze sei zu prüfen, ob eine Praxis wie das fiktive Verfahren<sup>1042</sup> zur Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten von objektiven,

<sup>1037</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 50.

<sup>1038</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Nr. 52 mit Verweis auf die Urteile Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49 Rn. 17, Factortame u. a., C-213/89, EU:C:1990:257 Rn. 18, und Winner Wetten (G1/11), Rn. 53.

<sup>1039</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Nr. 53 mit Verweis auf die Urteile Winner Wetten (G1/11), Rn. 69, sowie Stanleybet International u. a. (G1/28), Rn. 38.

<sup>1040</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 54 mit Verweis auf das Urteil Stanleybet International u. a. (G1/28), Rn. 46.

<sup>1041</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 55 mit Verweis auf die Urteile Carmen Media Group (G1/13), Rn. 90, sowie Stanleybet International u. a. (G1/28), Rn. 47.

<sup>1042</sup> Zum „fiktiven Erlaubnisverfahren“ führte der EuGH in Rn. 29 aus, verschiedene (deutsche) Gerichte seien der Meinung, nur § 10 Abs. 5 GlüStV 2012, der den Ausschluss privater Veranstalter vorsehe, sei „mit dem Unionsrecht unvereinbar [...], wo hingegen die in § 4 Abs. 1 GlüStV aufgestellte Erlaubnispflicht grundsätzlich damit vereinbar sei.“ Weiter heißt es dazu in der besagten Rn. 29: „Somit ist nach diesen Gerichten in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein privater Anbieter nach einem fiktiven Erlaubnisverfahren eine Erlaubnis unter den Bedingungen bekommen kann, die für die staatlichen Monopolträger und ihre Vermittler vorgesehen sind.“ Zum fiktiven Verfahren s. auch nachfolgend die umfassenderen Ausführungen des GAs in seinen Schlussanträgen.

nichtdiskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien geleitet sei.<sup>1043</sup> Dazu sei festzustellen, dass eine solche Praxis definitionsgemäß nicht kodifiziert sei. Es sei nicht sicher, dass diese Praxis Gegenstand von Publizitätsmaßnahmen gewesen wäre.<sup>1044</sup> Zudem ergebe sich aus der Vorlageentscheidung, dass die Behörden der Länder das fragliche fiktive Erlaubnisverfahren nicht einhellig und einheitlich anwenden, da nur manche von ihnen darauf zurückgreifen. Auch seien die deutschen Gerichte uneins über die Rechtmäßigkeit eines solchen Verfahrens.<sup>1045</sup>

Unter diesen Umständen könne nicht ausgeschlossen werden, dass private Wirtschaftsteilnehmer weder das Verfahren zur Beantragung einer Erlaubnis für die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten noch die Voraussetzungen, unter denen ihnen eine Erlaubnis erteilt oder versagt wird, kennen konnten. Bei einer derartigen Unbestimmtheit sei für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer der Umfang ihrer Rechte und Pflichten aus Art. 56 AEUV nicht erkennbar, sodass das betreffende System gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoße.<sup>1046</sup> Das vorliegende Gericht weist insoweit darauf hin, dass private Wirtschaftsteilnehmer in der Praxis die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten, die nach dem Glücksspielstaatsvertrag und den Ausführungsgesetzen der Länder für die staatlichen Veranstalter gälten, niemals erfüllen könnten, da diese Voraussetzungen gerade darauf abzielten, den Abschluss der privaten Wirtschaftsteilnehmer zu rechtfertigen. Dies gelte erst recht nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 16.05.2013, nach denen die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten durch private Wirtschaftsteilnehmer präventiv verboten werden könne, wenn die Erlaubnisfähigkeit Letzterer nicht offensichtlich sei.<sup>1047</sup> Aus dieser Feststellung folge, dass bei einer Praxis wie dem fiktiven Erlaubnisverfahren nicht davon ausgegangen werden könne, dass damit die Unionsrechtswidrigkeit innerstaatlicher Rechtsbestimmungen, mit denen ein staatliches Monopol auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten eingeführt wurde, behoben worden sei.<sup>1048</sup> Zu den Konsequenzen einer solchen Unionsrechtswidrigkeit sei daran zu erinnern, dass ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt habe.<sup>1049</sup>

## (8.2) Zur 2. Frage

In dieser Frage ging es darum, ob Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34 dahin auszulegen ist, dass der Entwurf eines Landesgesetzes, der die Bestimmungen eines ausgelaufenen Länderstaatsvertrags aufrechterhält, der Notifizierungspflicht des Art. 8 Abs. 1 unterliegt.<sup>1050</sup>

Insoweit sei zu betonen, dass Art. 8 Abs. 1 zwar verlange, dass der Kommission ein Gesetzesentwurf, der technische Vorschriften enthält, vollständig übermittelt werde, die Unanwendbarkeit, die sich aus der Missachtung dieser Pflicht ergebe, aber nicht alle Bestimmungen eines solchen Gesetzes erfasse, sondern nur die darin enthaltenen technischen Vorschriften<sup>1051</sup>. Deshalb sei als Erstes zu prüfen, ob die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags, gegen die Frau Ince verstoßen haben soll und die nach dessen Auslaufen aufgrund des Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag als bayerisches Landesrecht weitergalten, „technische Vorschriften“ waren.<sup>1052</sup>

<sup>1043</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 56.

<sup>1044</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 57.

<sup>1045</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 58.

<sup>1046</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 59 mit Verweis auf die Uteile *Église de scientologie*, C-54/99, EU:C:2000:124 Rn. 22, *Kommission vs. Frankreich*, C-483/99, EU:C:2002:327 Rn. 50, und *Festersen*, C-370/05, EU:C:2007:59 Rn. 43.

<sup>1047</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 61.

<sup>1048</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 62.

<sup>1049</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 63 unter Bezugnahme auf die Urteile *Placanica u. a.* (G1/6), Rn. 69, *Markus Stoß u. a.* (G1/12), Rn. 115, sowie *Costa und Cifone* (G1/17), Rn. 43.

<sup>1050</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 66.

<sup>1051</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 68.

<sup>1052</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 69.

Der Begriff der technischen Vorschrift umfasse vier Kategorien von Maßnahmen, nämlich erstens „technische Spezifikationen“ im Sinne von Art. 1 Nr. 3 der Richtlinie 98/34, zweitens „sonstige Vorschriften“ gemäß der Definition in Art. 1 Nr. 4, drittens „Vorschriften betreffend Dienste“ nach Art. 1 Nr. 5 und viertens „Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, mit denen die Herstellung, die Einfuhr, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines Erzeugnisses verboten würden.“<sup>1053</sup>

Der Glücksspielstaatsvertrag enthalte keine Bestimmung, die unter die erste Kategorie falle. Dieser Begriff stelle nämlich ausschließlich auf die nationalen Maßnahmen ab, die sich auf das Erzeugnis oder seine Verpackung als solche bezögen und daher eines der für ein Erzeugnis vorgeschriebenen Merkmale festlege.<sup>1054</sup>

Der Glücksspielstaatsvertrag enthalte auch keine Bestimmungen, die unter die zweite Kategorie der technischen Vorschriften fielen, da dieser Begriff auf den Lebenszyklus eines Erzeugnisses nach seinem Inverkehrbringen abstelle.<sup>1055</sup>

Was die dritte und/oder die vierte Kategorie der technischen Vorschriften anbelange, die in Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34 aufgezählt werden, sei festzustellen, dass einige der Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags als „Vorschriften betreffend Dienste“ qualifiziert werden könnten. Dazu gehörten das in § 4 Abs. 4 GlüStV vorgesehene Verbot des Anbietens von Glücksspielen im Internet, die in § 25 Abs. 6 GlüStV aufgezählten Ausnahmen von diesem Verbot, die Beschränkungen der Möglichkeit, Sportwetten über Telekommunikationsmittel anzubieten, nach § 21 Abs. 2 GlüStV sowie das Verbot der Werbung für Glücksspiele im Internet oder über Telekommunikationsmittel gemäß § 5 Abs. 3 GlüStV.<sup>1056</sup>

Es werde vom vorlegenden Gericht zu prüfen sein, ob Frau Ince ein Verstoß gegen manche der eben genannten Bestimmungen, die als Normierung von Vorschriften betreffend Dienste im Sinne von Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 98/34 anzusehen sind, verstoßen hat.<sup>1057</sup>

Weiter sei zu untersuchen, ob das bayerische Ausführungsgesetz zum Glücksspielstaatsvertrag, indem es die Bestimmungen des Letzteren nach dessen Auslaufen als bayerisches Landesrecht anwendbar machte, der Pflicht zur Notifizierung an die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34 unterlag.<sup>1058</sup> Insoweit sei festzustellen, dass sich die Vorschriften über die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten nach dem Ausführungsgesetz, obwohl sie inhaltlich mit den zuvor der Kommission notifizierten Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags übereinstimmen, von diesen hinsichtlich ihres zeitlichen und räumlichen Geltungsbereichs unterscheiden.<sup>1059</sup> Daher sei die Notifizierung erforderlich. Der Gerichtshof verwies dabei auf die Erwägungsgründe 5, 6 und 7, aus denen sich ergebe, dass eine vorbeugende Kontrolle der beabsichtigten technischen Maßnahmen sichergestellt werden müsse und zwar auch durch die regelmäßige Veröffentlichung der geplanten technischen Vorschriften.<sup>1060</sup>

Es sei wichtig, dass die Wirtschaftsteilnehmer eines Mitgliedstaats von den Entwürfen technischer Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats und dem zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich dieser Vorschriften unterrichtet würden, damit sie den Umfang der ihnen auferlegbaren Pflichten kennen und durch eine etwaige rechtzeitige Anpassung ihrer Erzeugnisse oder ihrer Dienstleistungen vorausschauend an den Erlass dieser Texte herangehen könnten.<sup>1061</sup>

<sup>1053</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 70.

<sup>1054</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 71 mit Verweis auf die Urteile Fortuna u. a., C-213/11, C-214/11 und C-217/11, EU:C:2012:495 Rn. 28, sowie Ivansson u. a., C-307/13, EU:C:2014:2058 Rn. 19.

<sup>1055</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 72.

<sup>1056</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 73 und 75.

<sup>1057</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 77.

<sup>1058</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 78.

<sup>1059</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 81.

<sup>1060</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 82.

<sup>1061</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 83.

*(8.3) Zur 3. Frage*

In dieser Frage ging es darum, ob ein Mitgliedstaat gehindert sei, die ohne Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten zu ahnden,

- wenn die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten daran geknüpft ist, dass der Wirtschaftsteilnehmer eine Konzession zwar erhalten hat, aber das vorliegende Gericht feststellt, dass dieses Verfahren den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot nicht beachtet, und
- soweit trotz des Inkrafttretens einer nationalen Bestimmung, nach der privaten Wirtschaftsteilnehmern eine Konzession erteilt werden kann, die von den nationalen Gerichten für unionsrechtswidrig befundenen Bestimmungen, mit denen ein staatliches Monopol auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten eingeführt wurde, faktisch weiter angewandt werden.<sup>1062</sup>

Der Gerichtshof erinnerte vorab daran, dass die öffentlichen Stellen, die Dienstleistungskonzessionsverträge schließen, die Grundregeln des Vertrags im Allgemeinen, insbesondere Art. 56 AEUV, sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot im Besonderen zu beachten hätten.<sup>1063</sup>

Dieses Transparenzgebot, das mit dem Gleichheitssatz einhergehe, solle gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer die Entscheidung über die Teilnahme an Ausschreibungen auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen treffen können und die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Vergabestelle ausgeschlossen sei. Es verlange, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert seien, sodass zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstünden und sie in gleicher Weise auslegen könnten und zum anderen dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt würden und diese tatsächlich überprüfen könne, ob die Gebote der Bieter die für das betreffende Verfahren geltenden Kriterien erfüllten.<sup>1064</sup> Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, dies zu überprüfen. Es habe festgestellt, dass die konzessionserteilende Stelle von der in § 10a GlüÄndStV vorgesehenen Möglichkeit der Konzessionserteilung an private Veranstalter (bislang) keinen Gebrauch gemacht habe, da die Erteilung der Konzessionen an die im Anschluss an das Auswahlverfahren zurückbehaltenen Bewerber durch mehrere Beschlüsse deutscher Gerichte im Rahmen von Eilanträgen vorläufig untersagt wurde.<sup>1065</sup>

Dagegen durften, die staatlichen Anbieter, die im Besitz einer nach dem Glücksspielstaatsvertrag oder den Ausführungsgesetzen der Länder erteilten Erlaubnis für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten waren, nach der Übergangsbestimmung des § 29 GlüÄndStV solche Tätigkeiten während eines Jahres nach Erteilung der ersten Konzession weiterhin ausüben, ohne selbst über eine Konzession zu verfügen.<sup>1066</sup> Der Gerichtshof habe im Urteil *Stanleybet International u. a. (G1/28)*<sup>1067</sup> entschieden, dass eine solche innerstaatliche Regelung nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden dürfe. Die Versagung einer Übergangszeit verpflichte

<sup>1062</sup> Urteil *Ince (G1/32)*, a. a. O., Rn. 85.

<sup>1063</sup> Urteil *Ince (G1/32)*, a. a. O., Rn. 86 mit Verweis auf das Urteil *Sporting Exchange (G1/9)*, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung.

<sup>1064</sup> Urteil *Ince (G1/32)*, a. a. O., Nr. 87 mit Verweis auf das Urteil *Costa und Cifone (G1/17)*, Rn. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung.

<sup>1065</sup> Urteil *Ince (G1/32)*, a. a. O., Rnn. 88 und 89.

<sup>1066</sup> Urteil *Ince (G1/32)*, a. a. O., Rn. 90.

<sup>1067</sup> Urteil *Ince (G1/32)*, a. a. O., Rnn. 38, 46 und 47.

den betroffenen Mitgliedstaat jedoch nicht zur Liberalisierung des Glücksspielmarkts, da er das bestehende Monopol auch reformieren könne.<sup>1068</sup>

In Anbetracht des Vorstehenden könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass eine Legislativreform wie die aus der Einführung der in § 10a GlüÄndStV vorgesehenen Experimentierklausel für Sportwetten resultierende die Unvereinbarkeit eines staatlichen Monopols auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten wie desjenigen, das sich aus den Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags und seiner Ausführungsgesetze ergibt, mit Art. 56 AEUV behebe, soweit das Monopol trotz des Inkrafttretens der besagten Reform in der Praxis weiter Bestand habe.<sup>1069</sup>

Wie bereits ausgeführt, dürfe ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt habe.<sup>1070</sup>

### 3.1.33 Die Rechtssache LAEZZA (G1/33)

Der Sachverhalt und die Problematik des Vorabentscheidungsfalles ergeben sich aus dem Urteilstenor, der wie folgt lautet:

*„Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer einschränkenden nationalen Bestimmung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, nach der der Konzessionär verpflichtet ist, die in seinem Eigentum stehenden materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände, die die Infrastruktur der Spielverwaltung und -annahme bilden, bei Beendigung der Tätigkeit aufgrund des Ablaufs der Konzessionsfrist einem anderen unentgeltlich zum Gebrauch zu überlassen, entgegenstehen, sofern diese Beschränkung über das hinausgeht, was zur Erreichung des mit dieser Bestimmung tatsächlich verfolgten Ziels erforderlich ist; dies zu prüfen ist Sache des vorlegenden Gerichts.“*

Der GA hatte den Fall genauso gesehen und deshalb in Nr. 101 seiner Schlussanträge folgende Antwort auf die Vorlagefrage vorgeschlagen:

*Die Art. 49 ff. AEUV und 56 ff. AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer auf dem anwendbaren nationalen Recht beruhenden Klausel im Entwurf eines Konzessionsvertrags entgegenstehen können, die die Pflicht des Konzessionärs vorsieht, die in seinem Eigentum stehenden materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände, die die Infrastruktur der Spielverwaltung und -annahme bilden, bei Beendigung der Tätigkeit eines Konzessionärs aufgrund des Ablaufs der Konzessionsfrist oder aufgrund von Entzugs- oder Widerrufsentscheidungen einem anderen unentgeltlich zum Gebrauch zu überlassen.*

### 3.1.34 Die Rechtssachen ROSA, TOMASSI u. a., SANTORO, CONTI und TONATELLA (G1/34)

Diese Rsn. betrafen die gleiche Problematik wie in der Rs. Laezza. Deshalb hat der Gerichtshof die Rsn. am 07.04.2016 auch nur durch kurze, praktisch gleichlautende Beschlüsse entschieden, in denen er auf die Rs. Laezza verwiesen hat.

<sup>1068</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 92.

<sup>1069</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 93.

<sup>1070</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 94.

### 3.2 GRUPPE 2: Urteile und Schlussanträge zu Glücksspielen mit steuerrechtlichen Bezügen

Zu den auch für Glücksspiele infrage kommenden europarechtlichen steuerlichen Rechtsgrundlagen s. zunächst Teil D, III, 1.2. Es ging dabei vor allem um die Sechste (Mehrwertsteuer-)Richtlinie und zwar um die inhaltliche Auslegung einiger Artikel dieser Richtlinie.

Vorab sei nochmals darauf hingewiesen, dass die nachfolgend zuerst zitierten Urteile Bergholz (G2/1) und Bergandi (G2/2) zeitlich schon vor dem in der Gruppe 1 genannten ersten „binnenmarktrelevanten“ Urteil Schindler (G1/1) – von 1994 – ergangen waren. Inhaltlich hatten diese Urteile jedoch keine Auswirkungen auf die Rsn. der Gruppe 1.

#### 3.2.1 Die Rechtssache BERKHOLZ (G2/1)

##### (1) Betreff und zu prüfende europarechtliche Bestimmungen

In diesem (deutschen) Mehrwertsteuerfall von 1985 ging es primär um die nationale, örtliche Zuordnung mehrwertsteuerpflichtiger Glücksspieldienstleistungen, die (überwiegend) „auf hoher See“ erbracht worden waren. Es ging also um die Festlegung des Ortes der Dienstleistungserbringung bzw. um den Ort der Niederlassung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie. Zugleich war zu prüfen, ob auf dem Schiff aufgestellte Spielautomaten zum – steuerbefreiten – Schiffszubehör gehörten.

##### (2) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Der in Hamburg ansässige Gunter Berkholz betrieb Geldspielautomaten. Einige waren an Bord von Fährschiffen installiert, die zwischen Deutschland und Dänemark verkehrten. Das deutsche Finanzamt unterwarf die gesamten auf den Fährschiffen erzielten Einnahmen der Mehrwertsteuer (i. F.: MWSt), während Herr Berkholz meinte, allenfalls 35 % der Einnahmen könnten der MWSt unterliegen. Ungefähr 10 % der Umsätze würden während der Liegezeit der Schiffe in deutschen Häfen und 25 % während der Fahrt in deutschen Hoheitsgewässern erzielt. Im Grunde müssten die Einnahmen eigentlich steuerbefreit sein, so Bergholz, da die Spielautomaten für den unmittelbaren Bedarf von Seeschiffen bestimmt seien, weil sie den Passagieren zur Unterhaltung dienten.<sup>1071</sup>

##### (3) Vorlagefragen

Das vorliegende Finanzgericht Hamburg hatte folgende Fragen gestellt:<sup>1072</sup>

- „1) Ist Art. 9 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie [...] dahin auszulegen, daß unter dem Begriff der festen Niederlassung auch die Einrichtung für eine gewerbliche Betätigung (z. B. der Betrieb von Geldspielautomaten) auf einem außerhalb des Inlands auf der hohen See verkehrenden Schiff zu verstehen ist; gegebenenfalls welche Merkmale müssen für den Begriff der festen Niederlassung erfüllt sein?
- 2) Ist Art. 15 Nr. 8 der Sechsten Umsatzsteuer-Richtlinie<sup>1073</sup> dahin auszulegen, daß nur solche Dienstleistungen für den unmittelbaren Bedarf der Seeschiffe bestimmt sind, die mit der Seeschifffahrt notwendigerweise zusammenhängen, oder gehören dazu auch weitere Dienstleistungen auf Schiffen, die sich von entsprechenden Dienstleistungen auf dem Lande nicht unterscheiden, wie z. B. der Betrieb von Geldautomaten?“

<sup>1071</sup> Urteil Berkholz (G2/1), Rs. C-168/84, ECLI:EU:C:1985:299, Rnn. 2–4.

<sup>1072</sup> Urteil Berkholz (G2/1), a. a. O., Rn. 9.

<sup>1073</sup> Artikel 15 der Sechsten Richtlinie sah schon damals in Ziff. 5 und 8 vor: „Unbeschadet sonstiger Gemeinschaftsbestimmungen befreien die Mitgliedstaaten unter den Bedingungen, die sie zur Gewährleistung einer korrekten und einfachen Anwendung der nachstehenden Befreiungen sowie zur Verhütung von Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und etwaigen Missbräuchen festsetzen, von der Steuer: 5. Lieferungen, Umbauten, Instandsetzungen, Wartungen [...], 8. andere Dienstleistungen als die nach Nummer 5, die für den unmittelbaren Bedarf der dort bezeichneten Seeschiffe und ihrer Ladungen bestimmt sind.“

#### (4) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hatte die Zweite Kammer (mit damals 3 Richtern) für Recht erkannt:

- „1) Art. 9 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie [...] ist dahin auszulegen, daß eine Einrichtung für eine gewerbliche Betätigung wie der Betrieb von Geldspielautomaten auf einem außerhalb des Inlands auf der hohen See verkehrenden Schiff nur dann als feste Niederlassung im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden kann, wenn diese Niederlassung ein ständiges Zusammenwirken von persönlichen und Sachmitteln voraussetzt, die für die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen erforderlich sind, und wenn es nicht zweckdienlich ist, diese Dienstleistungen dem Sitz der wirtschaftlichen Tätigkeit des Dienstleisters zuzuordnen.
- 2) Art. 15 Nr. 8 der Sechsten Richtlinie ist dahin auszulegen, daß die darin vorgesehene Steuerbefreiung nicht für den Betrieb von Geldspielautomaten gilt, die auf den in diesem Artikel genannten Seeschiffen installiert sind“.

#### (5) Antwortvorschlag des Generalanwalts

- „1) Art. 9 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie [...] ist dahin auszulegen, daß unter den Begriff ‚feste Niederlassung‘ auch eine Einrichtung (wie ein Geldspielautomat) fällt, vorausgesetzt, sie ist an einem bestimmten Ort dauerhaft aufgestellt und verlangt für ihren Betrieb den Einsatz von Mitarbeitern.
- 2) Art. 15 Nr. 8 der Sechsten Richtlinie ist dahin auszulegen, daß nur solche Dienstleistungen für den unmittelbaren Bedarf der Seeschiffe oder Ladung bestimmt sind, die mit der Seeschiffahrt notwendigerweise zusammenhängen.“

#### (6) Würdigung durch den Gerichtshof

In seinem Urteil hat der Gerichtshof zum Begriff der „festen Niederlassung“ i. S. v. Art. 9 der Sechsten RL ausgeführt, dass von der Zielsetzung von Art. 9 auszugehen sei. „Durch diese Bestimmung sollen [...] Kompetenzkonflikte, die zu einer Doppelbesteuerung führen könnten, sowie die Nichtbesteuerung von Einnahmen verhindert werden“.<sup>1074</sup> Art. 9 schränke nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten ein, Dienstleistungen zu besteuern, die außerhalb ihres Hoheitsgebiets auf ihrer Rechtshoheit unterliegenden Seeschiffen erbracht würden.

Zur Bestimmung, welches der steuerlich zweckdienlichste Anknüpfungspunkt ist, sei der Ort, an dem der Dienstleistende den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit habe, ein vorrangiger Anknüpfungspunkt. Die Berücksichtigung einer anderen Niederlassung sei nur dann von Interesse, wenn die Anknüpfung an den Sitz nicht zu einer steuerlich sinnvollen Lösung führe, oder wenn sie einen Konflikt mit einem anderen Mitgliedstaat zur Folge habe.<sup>1075</sup> Die Einrichtung von Spielautomaten auf einem Seeschiff, die von Zeit zu Zeit gewartet würden, könne keine derartige Niederlassung darstellen, vor allem dann nicht, wenn der ständige Sitz des Betreibers dieser Automaten einen steuerlich brauchbaren Anknüpfungspunkt liefert.<sup>1076</sup>

Bei den nach Nr. 8 von der Steuer befreiten Leistungen handle es sich nur um solche, die unmittelbar mit dem Bedarf der Seeschiffe und deren Ladungen zusammenhängen, d. h. um Leistungen, die für den Betrieb dieser Schiffe notwendig seien. Dies sei bei Geldspielautomaten, die der Unterhaltung der Passagiere dienen, nicht der Fall.<sup>1077</sup>

<sup>1074</sup> Urteil Berkholz (G2/1), a. a. O., Rnn. 14 und 16.

<sup>1075</sup> Urteil Berkholz (G2/1), a. a. O., Rn. 17.

<sup>1076</sup> Urteil Berkholz (G2/1), a. a. O., Rnn. 17 und 18.

<sup>1077</sup> Urteil Berkholz (G2/1), a. a. O., Rn. 21.

## (7) Würdigung durch den Generalanwalt

GA Mancini war in seinen Schlussanträgen schon zum gleichen Ergebnis gekommen wie nach ihm der Gerichtshof. In den Absätzen 4 und 5 der Nr. 2 seiner Schlussanträge schrieb er zum Begriff der festen Niederlassung:

*„Problematisch ist der Begriff ‚feste Niederlassung‘. Dem Finanzgericht möchte ich zunächst sagen, dass ‚fest‘ die gleiche Bedeutung hat wie ‚dauerhaft‘ oder ‚beständig‘ und das Gegenteil von ‚vorläufig‘ oder ‚gelegentlich‘ ist. Das genügt jedoch nicht. Eine wirtschaftliche Niederlassung erfordert, zumal wenn von ihr aus Dienstleistungen über einen gewissen Zeitraum erbracht werden, ein Minimum an Organisation. [...]. Der Dienstleistungserbringer muß daher sowohl über Sachmittel als auch Mitarbeiter verfügen, [...], die Sachmittel zu nutzen und einzusetzen. Eine feste Niederlassung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 kann sehr wohl eine Einrichtung (wie ein Geldspielautomat) sein, unter der Voraussetzung jedoch, daß sie an einem bestimmten Ort dauerhaft aufgestellt ist und für ihren Betrieb den Einsatz menschlicher Energie verlangt.“*

## (8) Kommentierung

Der Gerichtshof und der GA haben den Begriff der „festen Niederlassung“ zwar unterschiedlich definiert, was jedoch für die Entscheidung letztlich ohne Auswirkungen blieb. Während der EuGH den Aufstellungsort der Automaten auf einem Schiff nicht als eine feste Niederlassung ansah, war der GA insoweit „großzügiger.“ Entscheidend ist auch nicht die Festhaltung, dass der Sitz des Leistungserbringers ein vorrangiger Anknüpfungspunkt für die Besteuerung sei, sondern dass die Berücksichtigung einer anderen Niederlassung nur dann von Interesse sei, wenn die Anknüpfung an den Sitz nicht zu einer steuerlich sinnvollen Lösung führe.<sup>1078</sup> Der Gerichtshof hat sich also in nachvollziehbarer Weise für eine pragmatische Lösung entschieden, wie sich auch aus den nachfolgenden Urteilen ergibt. Den weiteren Ausführungen zu Leistungen, die zum unmittelbaren Bedarf eines Schiffes gehören, ist ebenfalls zuzustimmen.

### 3.2.2 Die Rechtssache BERGANDI (G2/2)

Ganz kurz soll auf das Urteil v. 03.03.1988 eingegangen werden.

In diesem französischen Fall Bergandi war Glücksspielrelevant nur die fünfte Vorlagefrage interessant, mit der gefragt wurde, ob Art. 95 EWG-Vertrag<sup>1079</sup> dahin gehend auszulegen sei, dass er es verbiete, die Betriebseinnahmen (u. a. aus Automatenspielen) einer Umsatzsteuer zu unterwerfen, die bei Benutzung überwiegend ausländischer Gegenstände – also der Automaten bzw. von Teilen in ihnen – dreimal so hoch war wie bei gleichartigen überwiegend inländischen Gegenständen. Bergandi meinte, die entsprechenden Spielapparate würden nur im Ausland, vor allem in den USA, hergestellt; die in Frankreich hergestellten hätten andere technische Eigenschaften und seien deshalb nicht vergleichbar, was Frankreich allerdings anders sah.

Der Gerichtshof beantwortete den fallrelevanten Teil der 5. Frage in der Ziff. 4 des Urteilstenors vorsichtig wie folgt: *„Ein System der progressiven Besteuerung nach Maßgabe der verschiedenen Arten von Spielautomaten, das legitime soziale Ziele verfolgt und nicht der inländischen Erzeugung zu Lasten der eingeführten, ähnlichen oder konkurrierenden Erzeugnisse einen steuerlichen Vorteil verschafft, ist mit Art. 95 nicht unvereinbar.“*

<sup>1078</sup> Urteil Berkholz (G2/1), a. a. O., Rn. 17.

<sup>1079</sup> Art. 95 EWG – danach gleichlautend Art. 90 EG und jetzt wortgleich Art. 110 AEUV – besagte im ersten Absatz, dass die Mitgliedstaaten „auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art [erheben dürfen] als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben.“ Abs. 2 lautete: *„Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten keine inländischen Abgaben, die geeignet sind, andere Produktionen mittelbar zu schützen.“*

Ob ein solches Urteil heute noch ergehen würde, darf bezweifelt werden, denn es zeigte protektionistische Tendenzen und stellte (noch) zu sehr – allerdings im Rahmen einer Besteuerung – auf die Einnahmen für den Staat ab.

### 3.2.3 Die Rechtssache GLAWE (G2/3)

#### (1) Betreff

In diesem vom Finanzgericht Hamburg veranlassten Vorabentscheidungsverfahren ging es im Rahmen einer Mehrwertbesteuerung von Automatenspielen vor allem um die Frage der Berechnung der steuerlichen Bemessungsgrundlage und zwar dahin gehend, ob zur Besteuerung des Spielbetreibers dessen Einnahmen nur und erst nach Abzug der ausbezahlten Gewinne in Betracht kamen – wie die im Ausgangsverfahren klagende Glawe GmbH argumentierte – oder – wovon das Finanzamt ausging – die gesamten Münzeinwürfe der Spieler.

#### (2) Rechtlicher Rahmen

##### (2.1) Gemeinschaftsrecht

Einzugehen war insbesondere auf Art. 11 Teil A der Sechsten Richtlinie.

##### (2.2) Nationales Recht

Die Sechste Richtlinie wurde durch das Umsatzsteuergesetz in deutsches Recht umgesetzt, das hier jedoch übergangen werden kann.

#### (3) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

##### *Funktionsweise der Geldspielautomaten*

Zum besseren Verständnis der Rs. Glawe empfiehlt es sich, vorab Erläuterungen zur damaligen Funktionsweise der Geldspielautomaten zu machen, wie es auch der Gerichtshof in Rn. 3 tat. Der Aufsteller war verpflichtet, vor ihrer erstmaligen Inbetriebnahme das für die Gewinnauszahlung vorhandene Münzstapelrohr mit Geldmünzen vollständig aufzufüllen. Wenn ein Spieler ein Geldstück in den Automaten einwarf, fiel es in die Automatenkasse, falls das Münzstapelrohr vollständig gefüllt war. War das Münzstapelrohr infolge von Gewinnauszahlungen nicht mehr vollständig gefüllt, fielen die von den Spielern eingeworfenen Münzen nicht in die Kasse, sondern gelangten in das Münzstapelrohr. Beim Öffnen des Automaten konnte der Aufsteller nur den Inhalt der Kasse entnehmen; vor der Wiederinbetriebnahme des Automaten musste er den Inhalt des Münzstapelrohrs auffüllen, wenn dieses nicht vollständig gefüllt war. Die Automaten mussten so eingestellt sein, dass mindestens 60 % der eingeworfenen Geldstücke (also der Spieleinsätze) – verringert um den jeweils geltenden Umsatzsteuersatz – als Gewinne ausgezahlt wurden, während der Rest von etwa 40 % in der Automatenkasse verblieb.<sup>1080</sup>

Die Mindestgewinnquote von 60 % galt bis Ende 2005. Seit 2006 gibt es stattdessen eine Einsatzbegrenzung und eine Verlustbegrenzung. An die Stelle der Münzstapelrohre sind inzwischen auch sog. Hopper getreten, die an sich die gleiche Funktion haben, wie die Münzstapelrohre, die der Betreiber allerdings jederzeit öffnen kann. Für die Einsätze und Gewinne werden keine getrennten Geldspeicher mehr verwendet. Da nunmehr auch Banknoten eingesetzt werden können, sind Münzstapelrohre nicht mehr angebracht.

Bei der Ermittlung der von Glawe für 1991 geschuldeten Mehrwertsteuer ging das Finanzamt davon aus, dass Besteuerungsgrundlage alle im Laufe dieses Jahres in die Automaten eingeworfenen Geldbeträge abzüglich der Mehrwertsteuer seien; die Höhe dieser Beträge schätzte es, da die Automaten keine [...] Zählwerke zur Ermittlung des Spieleinsatzes hatten.<sup>1081</sup>

<sup>1080</sup> Urteil Glawe (G2/3), Rs. C-38/93, ECLI:EU:C:1994:188, Rn. 3.

<sup>1081</sup> Urteil Glawe (G2/3), a. a. O., Rn. 4.

Da Glawe die Auffassung vertrat, dass das Finanzamt nur die tatsächlich in den Automaten verbliebenen Spieleinsätze, d. h. die eingeworfenen Beträge unter Abzug nicht nur der Mehrwertsteuer, sondern auch der an die Spieler ausgezahlten Gewinne als Besteuerungsgrundlage hätte heranziehen dürfen, legte sie gegen den Steuerbescheid Einspruch ein. Nach dessen Zurückweisung brachte sie den Rechtsstreit vor das Finanzgericht Hamburg, das dem Gerichtshof die nachfolgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.<sup>1082</sup>

#### (4) Vorlagefragen

- „1) Ist bei Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit Besteuerungsgrundlage im Sinne von Artikel 11 Teil A Absatz 1 lit. a der Sechsten Richtlinie<sup>[1083]</sup> die Gesamtheit der Spieleinsätze ohne Abzug der automatisch an die Spieler ausgezahlten Gewinne?
- 2) Für den Fall, daß die ausgezahlten Gewinne abzuziehen sind: Gebietet der Grundsatz der Individualbesteuerung, daß Gewinne nur bis zur Höhe des jeweiligen Einsatzes für ein Spiel bzw. eine Spielserie abgezogen werden können?
- 3) Bei Verneinung der Frage 1: Sind die automatisch ausgezahlten Gewinne vollständig oder teilweise – bis zur Höhe des jeweiligen Spiel- bzw. Spielserieneinsatzes – Rückvergütungen im Sinne von Artikel 11 Teil A Absatz 3 lit. b der Sechsten Richtlinie?“

#### (5) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Artikel 11 Teil A Absatz 1 lit. a der Sechsten Richtlinie [...] ist dahin auszulegen, daß bei Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit der gesetzlich zwingend festgelegte Teil der Gesamtheit der Spieleinsätze, der den an die Spieler ausgezahlten Gewinnen entspricht, nicht zur Besteuerungsgrundlage gehört.“*

#### (6) Antwortvorschlag des Generalanwalts

GA Jacobs war der gleichen Ansicht und hatte vorgeschlagen,<sup>1084</sup> dass die

*„vorgelegten Fragen wie folgt beantwortet werden sollten: Artikel 11 Teil A Absatz 1 lit. a der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie ist dahin auszulegen, dass die Besteuerungsgrundlage bei Dienstleistungen, die in der Bereitstellung von Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit bestehen [...] die in einem bestimmten Zeitraum erfolgen, in einem Fall, in dem ein Mitgliedstaat solche Dienstleistungen der Mehrwertsteuer unterwirft, den Teil der Gesamtheit der Spieleinsätze nicht umfasst, der den in diesem Zeitraum an die erfolgreichen Spieler ausgezahlten Gewinnen entspricht.“*

#### (7) Würdigung durch den Gerichtshof

Der Gerichtshof führte in Rn. 9 zur Begründung der ersten Frage aus:

*„Bei Geldspielautomaten, die [...] aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften so eingestellt sind, daß durchschnittlich mindestens 60 % der Spieleinsätze als Gewinne an die Spieler ausgezahlt werden, besteht die vom Betreiber für die Bereitstellung der Automaten tatsächlich erhaltene Gegenleistung nur in dem Teil der Einsätze, über den er effektiv selbst verfügen kann.“*

Aufgrund dieser Antwort ging der EuGH auf die beiden weiteren Fragen nicht mehr ein.

<sup>1082</sup> Urteil Glawe (G2/3), a. a. O., Rn. 5.

<sup>1083</sup> Zum Wortlaut von Art. 11 s. o. Teil D, III, 1.2.

<sup>1084</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), GA Jacobs, ECLI:EU:C:1994:81, Nr. 35.

## (8) Würdigung durch den Generalanwalt

### (8.1) Zur 1. Frage – Zur Gesamtheit der Spieleinsätze als Bemessungsgrundlage

GA Jacobs hielt in Nr. 12 seiner Schlussanträge zunächst fest:

*„Bei Geldspielautomaten, die dem Spieler eine Gewinnmöglichkeit bieten, haben die Mitgliedstaaten eindeutig die Möglichkeit, aber keine Verpflichtung zur Erhebung der Mehrwertsteuer. Die deutsche Regierung hat darzulegen versucht, daß es bei dem Spiel am Automaten auch auf Geschicklichkeit ankomme und dieses daher nicht als Glücksspiel angesehen werden könne und daß der Betrieb von Geldspielautomaten somit keine unter Artikel 13 Teil B lit. f fallende Tätigkeit sei [...]“*<sup>1085</sup>

Für den GA reichte es aber aus, *„daß der Ausgang des Spiels auch bei einem geschickten Spieler zumindest teilweise vom Zufall abhängt, um die Benutzung solcher Automaten als Glücksspiel einzuordnen“*.<sup>1086</sup>

Die Kommission – so der GA in Nr. 15 – „stimmt der deutschen Regierung zwar darin zu, dass Besteuerungsgrundlage die Gesamtheit der Spieleinsätze sei, vertritt aber die Ansicht, dass die Gewinne als Ausgaben behandelt werden sollten, für die die Steuer in entsprechender Anwendung von Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie abziehbar sei“<sup>[1087]</sup>.

Für den GA bestand das grundlegende Problem darin, dass Glücksspielumsätze für die Erhebung der Mehrwertsteuer schlecht geeignet seien.<sup>1088</sup> Dies sei auch ursprünglich von der Kommission in ihrem Vorschlag für die Sechste Richtlinie anerkannt worden, in dem die uneingeschränkte Befreiung der „Glücksspiele und Lotterien“ von der Steuer vorgesehen gewesen sei (Art. 14 Teil B lit. k des Vorschlags). In der Begründung des Vorschlags habe es geheißen: *„Die im Buchstaben k vorgesehene Steuerbefreiung von Glücksspielen und Lotterien rechtfertigt sich aus rein praktischen Gründen. Diese Tätigkeiten eignen sich nämlich schlecht für die Anwendung der Mehrwertsteuer, und es wäre wirksamer, sie Sondersteuern zu unterwerfen.“*<sup>1089</sup>

Wie die Klägerin und das Vereinigte Königreich ausgeführt,<sup>1090</sup> bestünden die Umsätze des Betreibers praktisch gesehen in den Beträgen, die er dem Automaten entnehmen könne und nicht in der Gesamtheit der von den Spielern eingeworfenen Beträge. *„Andernfalls würde man zu dem überraschenden Ergebnis kommen, daß der Betreiber des Automaten seinen Kunden den größten Teil seiner Umsätze zurückzahle. Ein solches Ergebnis wäre möglich [...], wenn die Rückzahlungen als ‚Rabatte‘ oder ‚Rückvergütungen‘ im Sinne von Artikel 11 Teil A Absatz 3 lit. b angesehen werden könnten, so daß die Besteuerungsgrundlage entsprechend vermindert würde [...]. Eine solche Auffassung wäre auch dann denkbar, wenn die ausgezahlten Gewinne – wie von der Kommission vorgeschlagen – als Ausgaben für Gegenstände oder Dienstleistungen behandelt werden könnten, für die die Mehrwertsteuer [...] abziehbar wäre.“*

<sup>1085</sup> Wohl aufgrund dieser Ansicht unterlagen die Automaten Spiele in Deutschland bis zum Inkrafttreten des 1. GlüÄndStV auch keiner speziellen ordnungspolitischen Regelung, sondern bedurften nur einer gewerberechtlichen Erlaubnis. Von Automatenbetreibern wurde nämlich die Zufälligkeit des Ergebnisses bestritten. In den Apparaten würden Scheiben i. d. R. mit Abbildungen von Früchten oder anderen Gegenständen rotieren. Um einen Gewinn zu erzielen, müssten die zum Stillstand kommenden Scheiben mit den Bildern einer in der Gewinn Tabelle aufgeführten Folge übereinstimmen. Die Scheiben kämen zum Stillstand nicht nur von selbst, sondern überwiegend weil der Spieler (geplant und überlegt) auf eine Taste gedrückt habe. Insbesondere wegen Letzterem handle es sich nicht um Glücks-, sondern um Geschicklichkeitsspiele.

<sup>1086</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 12, Schlussteil.

<sup>1087</sup> In diesem Artikel 17 Absatz 2 hieß es: *„Soweit die Gegenstände und Dienstleistungen für Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet werden, ist der Steuerpflichtige befugt, von der von ihm geschuldeten Steuer folgende Beträge abzuziehen: a) Die geschuldete oder entrichtete Mehrwertsteuer für Gegenstände und Dienstleistungen, die ihm von einem anderen Steuerpflichtigen geliefert wurden oder geliefert werden bzw. erbracht wurden oder erbracht werden, b)-d) [...]“*

<sup>1088</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 16.

<sup>1089</sup> Der GA verwies insoweit in seiner Fn. 3 auf das Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, „Neuer Vorschlag zur Harmonisierung der Mehrwertsteuer“, Beilage 11/73, S. 17. Weitere Gründe zur Steuerbefreiung werden im Bulletin – außer dem genannten Zitat – insoweit nicht genannt.

<sup>1090</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 18.

Art. 17 Abs. 2 war jedoch für den GA seinem Wortlaut nach eindeutig unanwendbar, denn die an die Gewinner ausgezahlten Beträge seien keine Gegenleistung für „Gegenstände oder Dienstleistungen, die [dem Betreiber] von einem anderen Steuerpflichtigen geliefert wurden oder erbracht werden.“<sup>1091</sup>

Nach Ansicht des GAs beschränkte sich die Gegenleistung, die der Betreiber für seine Dienstleistungen erhielt, auf die Beträge, die er dem Automaten entnahm.<sup>1092</sup> Das Glücksspiel um Geld erfordere zwar Ausgaben der Spieler, führe aber nicht zum Verbrauch von Gegenständen oder Dienstleistungen.<sup>1093</sup>

Die mit der Anwendung der Mehrwertsteuer auf Umsätze aus Wetten und Glücksspielen verbundenen Schwierigkeiten schienen dem GA bei Umsätzen i. Z. m. Geldspielautomaten aber nur in geringerem Umfang zu bestehen. Dies möge auch der Grund dafür sein, dass sich die meisten Mitgliedstaaten, die den Betrieb solcher Automaten zuließen, dafür entschieden hätten, die Erlöse nicht von der Mehrwertsteuer zu befreien.<sup>1094</sup>

Als Zwischenergebnis hielt der GA in Nr. 26 fest: „Bei Geldspielautomaten der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art gehört der Teil der Spieleinsätze, der als Gewinn an die erfolgreichen Spieler ausgezahlt wird, nicht zur Besteuerungsgrundlage.“

#### (8.2) Zur 2. Frage – Zum Bruttospielertrag als Bemessungsgrundlage

Das vorliegende Gericht hatte die Frage aufgeworfen, ob der Grundsatz der Individualbesteuerung, d. h. der Grundsatz, nach dem jeder Umsatz gesondert mit Mehrwertsteuer belastet werden sollte, die zu dem gezahlten Preis proportional ist, den Abzug sämtlicher Gewinne ausschließe, weil dadurch die Verluste einiger Spieler mit den Gewinnen anderer verrechnet würden.<sup>1095</sup> Dazu sagte der GA in den Nrn. 29 und 30:

„29 [...] Die Spieleinsätze bilden nur insoweit einen Teil des mehrwertsteuerpflichtigen Umsatzes des Betreibers, als sie in den Einnahmen enthalten sind, die er der Kasse entnimmt. Der übrige Teil der Einsätze und die ausgezahlten Gewinne sind [...] schlicht Teil des Spielvorgangs. Wie das Vereinigte Königreich ausgeführt hat, besteht jeder Spieleinsatz aus zwei Komponenten. Die eine Komponente ist der Preis, der für die vom Betreiber erbrachte Dienstleistung gezahlt wird [...]. Der restliche Spieleinsatz kann als ein Beitrag zu dem für die Auszahlung von Gewinnen verfügbaren Geldvorrat angesehen werden. In einem bestimmten Zeitraum werden diese Komponenten den Beträgen entsprechen, die sich in der Kasse und im Vorrat des Automaten angesammelt haben.

30 Die Mehrwertsteuer wird daher bei jedem einzelnen Umsatz in gleicher Höhe erhoben. Es trifft [zwar] zu, daß der Teil jedes Spieleinsatzes, der den Preis für die Dienstleistungen des Betreibers darstellt, nur durch Anwendung eines Prozentsatzes ermittelt werden kann [...]. Die Auffassung, daß Besteuerungsgrundlage die Gesamtheit der Spieleinsätze sei, ist [aber] dem weitaus schwerwiegenderen Einwand ausgesetzt, daß die Besteuerungsgrundlage selbst bei vielen Automaten anhand der durchschnittlichen Auszahlungen geschätzt werden müsste.“

#### (8.3) Zur 3. Frage – Zur Rechtsnatur der Gewinne

Mit seiner 3. Frage wollte das nationale Gericht wissen, ob die ausgezahlten Gewinne als „Rückvergütungen“ im Sinne von Art. 11 Teil A Absatz 3 lit. b der Sechsten Richtlinie angese-

<sup>1091</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 18.

<sup>1092</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 19.

<sup>1093</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 20.

<sup>1094</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 23.

<sup>1095</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 28.

hen werden konnten.<sup>1096</sup> Für den GA zeigte die Tatsache, dass die an die Spieler zurückfließenden Beträge, die ungefähr 60 % der Spieleinsätze ausmachten, – wohl aufgrund dieser Höhe – vernünftigerweise nicht als „Rückvergütung“ angesehen werden könnten, und dass es gekünstelt wäre, die gesamten Einsätze als Umsätze des Betreibers zu behandeln.<sup>1097</sup>

Der GA hat also die zweite und dritte Frage zwar beantwortet, in seinem Urteilsvorschlag selbst ging er auf diese Fragen jedoch nicht eigens ein, sondern beschränkte sich – wie nach ihm auch der EuGH – auf eine Antwort zur 1. Frage.

## (9) Kommentierung

Die Rs. Glawe ist nicht nur von Bedeutung für die rechtliche Einordnung von Gewinnen, sondern vor allem für die Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage der Glücksspiele. Dem Gerichtshof und dem GA kann gefolgt werden, dass nicht die gesamten Zahlungen der Spieler für die Bemessungsgrundlage herangezogen werden können, sondern dass die Gewinne davon abgezogen werden müssen. Aufgrund dieses Urteils erstaunt es, dass in § 4 d Abs. 2 des 1. GlüÄndStV für die Berechnung der Konzessionsabgabe der gesamte Spieleinsatz zugrunde gelegt wird (5 % des Spieleinsatzes). Zwar ist die Berechnung einer Konzessionsabgabe etwas anderes als die Festlegung einer Bemessungsgrundlage für eine Steuer, doch wäre ein gleichartiges Vorgehen doch eher zu begrüßen.

### 3.2.4 Die verb. Rechtssachen CAREDA, FEMARA und FACOMARE (G2/4)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In diesen verb. (spanischen) Rsn. von 1997 ging es im Hinblick auf eine Ergänzungsabgabe zur Steuer auf Gewinnspiele i. S. v. Art. 33 der Sechsten Richtlinie, die von den Automaten Spielbetreibern erhoben wurde, primär um die Frage, ob eine solche Abgabe den Charakter einer Umsatzsteuer habe und damit unzulässig sei. Die Glücksspiele veranstaltenden Klägerinnen der Ausgangsverfahren hatten geltend gemacht, die von ihnen erhobenen Zusatzabgaben verstießen gegen Art. 33,<sup>1098</sup> da sie die gleichen Merkmale hätten, wie die Umsatzsteuer.<sup>1099</sup>

Eine Abgabe kann nach Ansicht des Gerichtshofs nur dann den Charakter einer Umsatzsteuer haben, wenn sie u. a. auf den Verbraucher abgewälzt werden kann.<sup>1100</sup> Es war nun gesetzlich nirgends ausdrücklich vorgesehen, dass die Ergänzungsabgabe auf die Spieler abgewälzt werden konnte. Die an den Automaten Spielenden hatten natürlich – wegen des automatischen Charakters der besteuerten Tätigkeit und deren kurzfristigen Wiederholbarkeit<sup>1101</sup> – auch keine Rechnungsbelege erhalten, die sie zum Vorsteuerabzug hätten verwenden können.

#### (2) Vorlagefragen

Zur Klassifizierung dieser Abgabe hatte das Vorlagegericht folgende Vorlagefragen gestellt:<sup>1102</sup>

- „1) *Ist eine Abwälzung der Steuer auf den Verbraucher [...], wie sie Voraussetzung für das Vorliegen einer Umsatzsteuer ist, stets und in jedem Fall nur dann gegeben, wenn das betreffende Abgabengesetz ausdrücklich bestimmt, daß die in Rede stehende Abgabe auf den Verbraucher abgewälzt werden kann, oder genügt es, daß die Abgabe bei vernünftiger Auslegung des betreffenden Gesetzes als tatsächlich im Preis, den der Verbraucher zahlt, inbegriffen gelten kann?*
- 2) *Kann eine Abgabe, die zu einem festen Satz erhoben wird, der einen erheblichen Teil der gesamten Einnahmen oder Umsätze ausmacht und der diese Einnahmen berück-*

<sup>1096</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 31.

<sup>1097</sup> Schlussanträge Glawe (G2/3), a. a. O., Nr. 34.

<sup>1098</sup> Zum Wortlaut von Art. 33 s. o. Teil D, III, 1.2.

<sup>1099</sup> Urteil Careda (G2/4), verb. Rsn. C-370/95 und C-372/95, ECLI:EU:C:1997:327, Rn. 7.

<sup>1100</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 15.

<sup>1101</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 20.

<sup>1102</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 10.

*sichtigt, wenn sie letztlich vom Verbraucher getragen wird, als Umsatzsteuer betrachtet werden, selbst wenn sie nicht ausdrücklich auf den Verbraucher abgewälzt (diesem in Rechnung gestellt) wird, weil es sich um mittels Münzen getätigte automatische Umsätze handelt, wobei ein Preis für die Benutzung feststeht? Verstößt eine so ausgestaltete Abgabe gegen Artikel 33 der Sechsten Richtlinie [...], so daß sie daher mit dieser Richtlinie unvereinbar ist?“*

### (3) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hatte der Gerichtshof dazu für Recht erkannt:

- „1. Nach Artikel 33 der Sechsten Richtlinie [...] kann eine Abgabe nicht nur dann den Charakter einer Umsatzsteuer haben, wenn die [...] nationale Regelung ausdrücklich vorsieht, daß sie auf die Verbraucher abgewälzt werden kann.
2. Nach Artikel 33 [...] kann eine Abgabe nicht nur dann den Charakter einer Umsatzsteuer haben, wenn ihre Abwälzung auf die Verbraucher in einer Rechnung oder einem an deren Stelle tretenden Dokument festgehalten ist. [...].“

Zur 2. Frage hat der EuGH festgehalten, dass die Ausstellung einer Rechnung von der RL nicht vorgeschrieben werde und kein wesentliches Merkmal der Umsatzsteuer sei.<sup>1103</sup> Sinn von Art. 33 sei es, zu verhindern, dass Steuern und Abgaben eingeführt würden, die die Funktion des Mehrwertsteuersystems beeinträchtigen.<sup>1104</sup> Eine Abgabe könne also „nicht nur dann den Charakter einer Umsatzsteuer haben [...], wenn ihre Abwälzung auf die Verbraucher in einer Rechnung oder einem an deren Stelle tretenden Dokument festgehalten [sei]“.<sup>1105</sup>

Der Gerichtshof meinte dazu weiter, das nationale Gericht habe bei der Frage, ob die Zusatzabgabe den Charakter der Mehrwertsteuer aufweise, zu prüfen, ob deren wesentliche Merkmale vorlägen, nämlich [Formatierung durch Verf.]

- 1) ihr allgemeiner Charakter,
- 2) die Proportionalität zum Preis der Dienstleistungen bezogen auf deren Mehrwert,
- 3) ihre Erhebung auf jeder Stufe der Erzeugung und des Vertriebs und
- 4) die Möglichkeit der Abwälzung auf den Verbraucher.<sup>1106</sup>

### (4) Antwortvorschlag des Generalanwalts

Im ersten Teil seines Antwortvorschlags<sup>1107</sup> hat GA Léger dazu gemeint, ein nationales Gesetz müsse nicht ausdrücklich erwähnen, dass die Abgabe auf den Verbraucher abgewälzt werden könne; es genüge, dass die nationalen Rechtsvorschriften die Abwälzung erlaubten oder ihr zumindest nicht entgegenstünden. Im Übrigen hatte GA Léger den Fall genauso gesehen wie nach ihm der Gerichtshof.

### (5) Kurzkomentierung

Als Kurzkomentierung kann angefügt werden, dass die Rs. primär die rechtliche Qualifizierung der Mehrwertsteuer und einer Zusatzabgabe beinhaltet. Im Hinblick auf Glücksspiele hat dies zur Folge, dass Zusatzabgaben, die die vier genannten Merkmale<sup>1108</sup> der Mehrwertsteuer aufweisen – auch wenn diese Kriterien nicht ausdrücklich genannt werden –, nicht zulässig sind.

<sup>1103</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 23.

<sup>1104</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 24.

<sup>1105</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 26 und Urteilstenor Ziffer 2.

<sup>1106</sup> Urteil Careda (G2/4), a. a. O., Rn. 25.

<sup>1107</sup> Schlussanträge Careda (G2/4), GA Léger, ECLI:EU:C:1997:96, Nr. 43.

<sup>1108</sup> Schlussanträge Careda (G2/4), a. a. O., Nr. 25.

### 3.2.5 Die Rechtssache FISCHER (G2/5)

#### (1) Betreff

Im deutschen Fall Fischer ging es darum, ob die Veranstaltung unerlaubter und deshalb strafbarer Glücksspiele im Sinne der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG mehrwertsteuerpflichtig sei [...]. Es ging dabei um die Frage der Gleichstellung unerlaubter Glücksspiele mit erlaubten. Letztere waren in Deutschland von der Mehrwertsteuer befreit.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen des Finanzgerichts Baden-Württemberg war beim EuGH am 25.08.1995 eingegangen. Am 30.01.1997 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden, an der sich – wie auch schon am schriftlichen Verfahren – Deutschland, das Vereinigte Königreich und die Kommission beteiligt haben. GA Jacobs hat am 20.03.1997 seine 16-seitigen Schlussanträge (mit 60 Nummern) gestellt. Am 11.06.1998 verkündete die Sechste Kammer des Gerichtshofs – eine Fünfer-Kammer – ihr 6-seitiges Urteil mit 33 Rnn. Das Verfahren dauerte also fast 34 Monate.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Zu prüfen war wie im obigen Fall Glawe (G2/3) die Sechste Richtlinie.

##### (3.2) Deutsches Recht

Nach § 4 Nr. 9 b des fallrelevant geltenden Umsatzsteuergesetzes waren die Umsätze steuerfrei, die unter das RennwettLottG fielen, sowie die Umsätze der zugelassenen öffentlichen Spielbanken, die durch den Betrieb der Spielbank bedingt waren.

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Der Kläger des Ausgangsverfahrens, K. Fischer, veranstaltete in den Jahren 1987–1989 an mehreren Orten in Deutschland Glücksspiele. Er hatte zwar die behördliche Genehmigung für das Betreiben eines Geschicklichkeitsspiels. Von dieser Erlaubnis wich er jedoch derart ab, dass das Spiel einem Roulette gleichkam, wie es in ordnungsgemäß zugelassenen öffentlichen Spielbanken betrieben wird.<sup>1109</sup>

*„Nach Durchführung einer Außenprüfung vertrat das Finanzamt die Auffassung, der Kläger führe im Rahmen der Umsatzsteuer steuerbare und steuerpflichtige Leistungen aus, die in der Gewährung von Gewinnchancen an die Spieler bestünden. Die Bemessungsgrundlage hierfür seien die von den Spielern eingesetzten Geldbeträge abzüglich der erzielten Spielgewinne.<sup>1110</sup> Da diese Umsätze vom Kläger jedoch nicht aufgezeichnet waren, wurde das steuerliche Entgelt aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung in der Weise ermittelt, daß die Spieleinnahmen mit dem Faktor 6 multipliziert wurden“.<sup>1111</sup>*

Gegen diese Entscheidung rief der Kläger das Finanzgericht Baden-Württemberg an.

#### (5) Die Vorabentscheidungsfragen

Das Finanzgericht BW hatte dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, wobei fallrelevant eigentlich nur die erste Frage von Bedeutung war:

<sup>1109</sup> Urteil Fischer (G2/5), Rs. C-283/95, ECLI:EU:C:1998:276, Rn. 11.

<sup>1110</sup> Offensichtlich hat das Finanzamt bereits die Berechnungsweise der Bemessungsgrundlage im Urteil Glawe (G2/3) übernommen.

<sup>1111</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 14.

- „1. Ist Art. 2 Nr. 1 der Sechsten EG-Richtlinie dahin auszulegen, daß sonstige Leistungen, die der Veranstalter unerlaubter und strafbarer Glücksspiele an die Spieler erbringt, nicht steuerbar sind?
2. Für den Fall, daß die Frage 1 zu verneinen ist: Ist Art. 11 Teil A Abs. 1 lit. a der Sechsten EG-Richtlinie dahin auszulegen, daß bei unerlaubten Glücksspielen in Form des Roulettes Bemessungsgrundlage für die sonstigen Leistungen des Veranstalters an die Spieler der Betrag ist, der dem Veranstalter innerhalb eines Besteuerungszeitraums verbleibt?
3. Für den Fall, daß die Frage zu 2 zu verneinen ist: Wie ist die Bemessungsgrundlage in den Fällen der Fragen zu 1 und 2 zu ermitteln?“

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels – hier: des Roulettespiels – fällt in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG [...]. Art. 13 Teil B lit. f dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, daß ein Mitgliedstaat diese Tätigkeit nicht der Mehrwertsteuer unterwerfen darf, wenn die Veranstaltung eines solchen Glücksspiels durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei ist.“*

#### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der GA hatte in Nr. 61 eine auf den ersten Blick verwirrende Antwort vorgeschlagen:

*„Art. 2 Abs. 1 der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie ist dahin auszulegen, daß die unerlaubte Durchführung von Roulettespielen der Mehrwertsteuer unterliegt. Die Mitgliedstaaten sind nicht befugt, den Anwendungsbereich der in Art. 13 Teil B lit. f der Richtlinie vorgesehenen Befreiung auf die erlaubte Durchführung solcher Spiele zu beschränken.“*

#### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

Der EuGH verstand die Frage zur Steuerbefreiung in einem doppelten Sinn einmal dahingehend, ob die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels überhaupt in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie fällt, und zum anderen, ob ein Mitgliedstaat diese Tätigkeit der Mehrwertsteuer unterwerfen darf, wenn die Veranstaltung eines solchen Spiels durch eine zugelassene öffentliche Spielbank mehrwertsteuerfrei ist.<sup>1112</sup>

Zum ersten Teilaspekt stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass die Sechste Richtlinie (erlaubte) Glücksspiele mit Geldeinsatz ausdrücklich erwähne, indem sie in Art. 13 Teil B lit. f deren mögliche Steuerbefreiung vorsehe.<sup>1113</sup> Sodann prüfte der Gerichtshof weiter, ob auch unerlaubte Tätigkeiten der Mehrwertsteuer zu unterwerfen seien. Dabei verwies er auf die Urteile Einberger II,<sup>1114</sup> Mol und Happy Family<sup>1115</sup> sowie Witzemann.<sup>1116</sup> In diesen Urteilen hatte er ausgeführt, dass unerlaubte Einfuhren oder Lieferungen von Betäubungsmitteln oder von Falschgeld, die als solche von der Einführung in den Wirtschafts- und Handelskreislauf der Gemeinschaft ausgeschlossen seien und nur Anlass zu Strafverfolgungsmaßnahmen geben könnten, völlig außerhalb des Regelungsbereichs der Sechsten Richtlinie lägen und somit nicht zum Entstehen einer Mehrwertsteuerschuld führen könnten.<sup>1117</sup> In Rn. 21 sagte der EuGH dann aber ergänzend:

*„Abgesehen von diesen Fällen, in denen jeder Wettbewerb zwischen einem legalen Wirtschaftssektor und einem illegalen Sektor ausgeschlossen ist, verbietet jedoch der Grund-*

<sup>1112</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 17.

<sup>1113</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 18.

<sup>1114</sup> Urteil v. 28.02.1984 in der Rs. 294/82, ECLI:EU:C:1984:81 (Einberger II, Slg. 1984, 1177) Rnn. 19 und 20.

<sup>1115</sup> Urteile v. 05.07.1988 in den Rs. 269/86, ECLI:EU:C:1988:359 (Mol, Slg. 1988, 3627) und Rs. 289/86, ECLI:EU:C:1988:360, (Happy Family, Slg. 1988, 3655) Rnn. 15 bzw. 17.

<sup>1116</sup> Urteil v. 06.12.1990 in der Rs. C-343/89, ECLI:EU:C:1990:445, (Witzemann, Slg. 1990, I-4477) Rn. 19.

<sup>1117</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 19.

satz der steuerlichen Neutralität bei der Erhebung der Mehrwertsteuer eine allgemeine Differenzierung zwischen erlaubten Umsätzen und unerlaubten Geschäften. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, genügt der Umstand, daß bestimmte Waren wegen ihrer möglichen Verwendung zu strategischen Zwecken nicht in bestimmte Gebiete ausgeführt werden dürfen, für sich genommen nicht, um diese Ausfuhren aus dem Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie herausfallen zu lassen“.<sup>1118</sup>

In diesem Zusammenhang verwies der Gerichtshof auf sein Urteil Lange.<sup>1119</sup> Weiter sagte er:<sup>1120</sup>

„Diese Erwägungen zur Einfuhr oder zur Veräußerung von Waren gelten auch für Dienstleistungen wie die Veranstaltung von Glücksspielen. [...] Da die im Ausgangsverfahren fraglichen unerlaubten Geschäfte mit erlaubten Tätigkeiten konkurrieren, verbietet es der Grundsatz der steuerlichen Neutralität, sie unter dem Gesichtspunkt der Mehrwertsteuer anders zu behandeln.“

Schließlich prüfte der EuGH in den Rnn. 24 ff., ob unerlaubte Glücksspiele der Mehrwertsteuer zu unterwerfen sind, wenn die entsprechende Tätigkeit, falls sie in ordnungsgemäß zugelassenen öffentlichen Spielbanken rechtmäßig ausgeübt wird, steuerfrei ist.<sup>1121</sup> Hierzu stellte der Gerichtshof fest, dass die Befreiungstatbestände unter Beachtung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität anzuwenden seien.<sup>1122</sup> Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität verbiete eine allgemeine Differenzierung zwischen erlaubten und unerlaubten Geschäften. Daraus ergebe sich, dass die Mitgliedstaaten die Steuerbefreiung nicht den erlaubten Glücksspielen vorbehalten dürften.<sup>1123</sup>

GA Jacobs hatte dies genauso gesehen, obwohl sein Antwortvorschlag auf den ersten Blick missverständlich erscheint.

## (9) Kommentierung

Das Urteil ist ein wichtiger Beitrag zur Interpretation des Begriffes der steuerlichen Neutralität, also der steuerlichen Gleichbehandlung gleichartiger Glücksspiele ohne Unterscheidung, ob es sich um erlaubte oder unerlaubte Spiele handelt.

Diese Neutralität ist für steuerrechtliche „Laien“ nicht leicht nachvollziehbar. So hat das Urteil Fischer seinerzeit in der Presse – nicht in der steuerrechtlichen Fachpresse, sondern mehr in der „Boulevard-Presse“ – für einigen Unmut gesorgt. Aus steuerlichen Aspekten ist das Urteil unter Betonung des steuerlichen Neutralitätsgebots absolut korrekt. Da aber in der Praxis von unerlaubt tätigen Spielanbietern anstatt einer entfallenden Steuer schwerlich entsprechende und an sich mögliche Abgaben erhoben werden können,<sup>1124</sup> scheinen solche Anbieter missverständlicherweise besser gestellt zu sein. In einem (deutschen) Strafverfahren gegen einen illegalen Betreiber z. B. wurde dieser zwar wegen unerlaubten Glücksspiels verurteilt, jedoch gleichzeitig – unter Bezugnahme auf das EuGH-Urteil Fischer – vom Anklagepunkt der Steuerhinterziehung freigesprochen, was zu heftigsten Angriffen auf den EuGH geführt hat. Dass die Glücksspieleinahmen (und die Apparate) u. U. als Nebenstrafen in ihrer Gänze statt nur in Höhe einer Steuerquote hätten eingezogen werden können, wurde natürlich von den Presseorganen nicht beachtet.

<sup>1118</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 21.

<sup>1119</sup> Urteil v. 02.08.1993 in der Rs. C-111/92, ECLI:EU:C:1993:345, (Lange, Slg. 1993, I-4677) Rnn. 12, 16 und 17. In der Rs. Lange ging es um das Verbot des Exports gewisser Waren nach Osteuropa, das vom Co-ordinating Committee for Multilateral Export Controls (COCOM) veranlasst worden war (siehe dazu auch die Nr. 15 der Schlussanträge in der gleichen Rechtssache Fischer). Es ging dabei um sog. Dual use-Produkte, die sowohl für zivile wie auch für militärische Zwecke verwandt werden konnten. Im Fall Lange waren es Computersysteme.

<sup>1120</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 22.

<sup>1121</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 24.

<sup>1122</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 25. In diesem Zusammenhang verwies der EuGH auf das Urteil v. 25.06.1997 in Rs. C-45/95, ECLI:EU:C:1997:315, (Kommission vs. Italien, Slg. 1997, I-3605) Rn. 15.

<sup>1123</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rn. 28.

<sup>1124</sup> Urteil Fischer (G2/5), a. a. O., Rnn. 29 und 30.

Ansonsten bestätigte der Gerichtshof im Fall Fischer sein Urteil Glawe.

### 3.2.6 Die Rechtsache TOWN & COUNTY (G2/6)

#### (1) Betreff und Vorbemerkung

In diesem britischen Vorabentscheidungsverfahren ging es ebenfalls um die Festlegung der mehrwertsteuerlichen Bemessungsgrundlage für Umsätze aus Rate-Wettbewerben, bei denen die Gewinnerteilung jedoch nicht (wie etwa in der Rs. Glawe) aufgrund einer gesetzlichen oder administrativen Verpflichtung, sondern (nur) aufgrund einer „Ehrenschild“ erfolgte.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Vorlagefragen waren beim EuGH am 22.12.1999 eingegangen. Am 27.06.2010 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. Die GA in Stix-Hackl hat am 27.09.2001 ihre (14-seitigen) Schlussanträge (mit 104 Nummern) vorgelegt. Erst am 17.09.2002 erließ die Sechste Kammer (mit damals 5 Richtern) ihr (6-seitiges) Urteil (mit 32 Rn.). Die Verfahrensdauer betrug also rund 31 Monate. Am Verfahren waren neben Town & County und der Kommission nur Großbritannien und Deutschland beteiligt, wobei die deutsche Regierung lediglich an der mündlichen Verhandlung teilnahm.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

Auszulegen waren die Art. 2 Nr. 1, 6 Abs. 1 und 11 Teil A Abs. 1 der Sechsten RL.

#### (4) Sachverhalt

Town & County war zum Zwecke der Entrichtung der Mehrwertsteuer als vertretungsberechtigtes Mitglied eines Konzerns registriert. Ein Unternehmen dieses Konzerns veranstaltete 1994 und 1995 u. a. einen wöchentlichen Ratewettbewerb namens „spot-the-ball“ („Entdecke den Ball“). Auf die Spielscheine für diese Wettbewerbe war ein während eines Fußballspiels aufgenommenes Foto aufgedruckt, bei dem der Ball wegretuschiert worden war. Ziel des Wettbewerbs war es, die Stelle anzukreuzen, wo sich nach Meinung des Teilnehmers der Mittelpunkt des unkenntlich gemachten Balles befand. Die Teilnehmer konnten bis zu 900 Kreuze auf dem Foto anbringen; die Höhe der von ihnen zu zahlenden Teilnahmegebühr variierte je nach Anzahl der Kreuze. Nach den auf den Spielscheinen abgedruckten Spielregeln für den Wettbewerb willigten die Teilnehmer u. a. darin ein, dass der Wettbewerb für den Veranstalter nur eine Ehrenschild begründe („binding in honour only“).<sup>1125</sup>

Nach Erlass des Urteils Glawe vertrat Town & County, die bei der Berechnung ihrer Mehrwertsteuerschuld bis dahin immer den Gesamtbetrag der eingenommenen Teilnahmegebühren zugrunde gelegt hatte, die Ansicht, dass sie die Mehrwertsteuer nur auf diesen Betrag abzüglich des Wertes der an die Gewinner ausgeschütteten Preise schulde. Die Commissioners of customs and excise (= britische Steuerbehörde) entschieden dagegen, dass Town & County aus dem vollen Betrag der eingenommenen Teilnahmegebühren mehrwertsteuerpflichtig sei, wogegen diese den Rechtsweg beschritt.<sup>1126</sup>

#### (5) Vorlagefragen

Das VAT and Duties Tribunal Manchester hat dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

- „1. *Kann bei korrekter Auslegung der Richtlinie 67/227/EWG des Rates v. 11.04.1967 und der Richtlinie 77/388/EWG des Rates v. 17.05.1977, insbesondere von deren Artikeln 2 Nummer 1 und 6 Absatz 1, und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere des Urteils v. 03.03.1994 in der Rechtssache C-*

<sup>1125</sup> Urteil Town & Country (G2/6), C-498/99, ECLI:EU:C:2002:494, Rnn. 6–8.

<sup>1126</sup> Urteil Town & Country (G2/6), a. a. O., Rnn. 10–12.

16/93 (Tolsma, Slg. 1994, I-743),<sup>1127</sup> ein Geschäft, das nach Vereinbarung der Parteien ‚nur eine Ehrenschild begründet‘ (und das deshalb nach innerstaatlichem Recht nicht gerichtlich durchgesetzt werden kann), für Mehrwertsteuerzwecke einen steuerbaren Umsatz darstellen?

2. *Bejahendenfalls: Ist bei korrekter Auslegung der genannten Richtlinien, insbesondere von Artikel 11 Teil A Absatz 1 der Richtlinie 77/388/EWG, und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere des Urteils Glawe v. 05.05.1994, die Besteuerungsgrundlage für die Mehrwertsteuer auf die Dienstleistung der Veranstaltung eines Wettbewerbs, die für die Teilnehmer vom Veranstalter gegen die von ihnen entrichteten Teilnahmegebühren erbracht wird,*
  - a) *der Betrag der Teilnahmegebühren oder*
  - b) *der Betrag der Teilnahmegebühren abzüglich des Betrages oder des Wertes der an die erfolgreichen Teilnehmer ausgeschütteten Preise oder*
  - c) *ein anderer und, wenn ja, welcher Betrag?“*

### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof hat die Fragen wie folgt beantwortet:

- „1. *Artikel 2 Nummer 1 der Sechsten Richtlinie [...] ist dahin auszulegen, dass eine Dienstleistung, die gegen Entgelt erbracht wird, aber auf eine unvollkommene Verbindlichkeit zurückgeht, weil vereinbart worden ist, dass der Dienstleistende hinsichtlich der Erbringung dieser Dienstleistung nur eine Ehrenschild eingeht, einen der Mehrwertsteuer unterliegenden Umsatz darstellt.*
2. *Artikel 11 Teil A Absatz 1 lit. a der Sechsten Richtlinie 77/388 ist dahin auszulegen, dass der Gesamtbetrag der vom Veranstalter eines Wettbewerbs eingenommenen Teilnahmegebühren die Besteuerungsgrundlage für diesen Wettbewerb bildet, wenn der Veranstalter über diesen Betrag frei verfügen kann.“*

### **(7) Antwortvorschlag der Generalanwältin**

Die GAin Stix-Hackl hatte in Nr. 104 folgende Antwort vorgeschlagen:

- „1. *Nach der Sechsten Richtlinie [...], insbesondere Artikel 2 Nr. 1, kann ein Geschäft, das nach Vereinbarung der Parteien ‚nur eine Ehrenschild begründet‘ (und deshalb nach innerstaatlichem Recht nicht gerichtlich durchgesetzt werden kann), für Mehrwertsteuerzwecke grundsätzlich einen steuerbaren Umsatz darstellen.*
2. *Nach Art. 11 Teil A Absatz 1 der Sechsten Richtlinie ist die Besteuerungsgrundlage für die Mehrwertsteuer auf die Dienstleistung der Veranstaltung eines Wettbewerbs, der für die Teilnehmer vom Veranstalter gegen die von ihnen entrichteten Teilnahmegebühren ausgerichtet wird, der Betrag der Teilnahmegebühren.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

#### *(8.1) Zur 1. Frage – Verbindlichkeit der Vereinbarung*

Der Gerichtshof wies zunächst darauf hin, dass er in Rn. 14 des Urteils Tolsma entschieden habe, dass eine Dienstleistung nur dann im Sinne von Art. 2 Nummer 1 der Sechsten Richtlinie „gegen Entgelt“ erbracht werde und somit steuerpflichtig sei, wenn zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis bestehe, in dessen Rahmen gegenseitige Leis-

<sup>1127</sup> In der Rs. Tolsma war es um die Frage gegangen, ob die „Einnahmen“ eines Straßenmusikanten mehrwertsteuerpflichtig waren, wofür Voraussetzung gewesen wäre, dass zwischen dem Musikanten und dem Spender ein Vertragsverhältnis bestanden hätte. Zur Tolsma-Frage haben nachfolgend der Gerichtshof und die Generalanwältin ausführlich Stellung genommen.

tungen ausgetauscht würden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bilde.<sup>1128</sup>

Nach Ansicht von Town & County bestehe fallbezogen bei der Veranstaltung eines Wettbewerbs der im Ausgangsverfahren fraglichen Art kein solches Rechtsverhältnis zwischen dem Empfänger und dem Erbringer der Dienstleistung, da die den Veranstalter treffende Verbindlichkeit aufgrund einer Klausel, die klarstelle, dass er nur eine Ehrenschild eingehe, unvollkommen sei.<sup>1129</sup>

Für den EuGH stand aber fest, dass bei der Veranstaltung eines Wettbewerbs der im Ausgangsverfahren fraglichen Art zwischen dem Veranstalter des Wettbewerbs und den Teilnehmern gegenseitige Leistungen ausgetauscht würden. Würde man das Bestehen eines Rechtsverhältnisses im Sinne des Urteils Tolsma von der Durchsetzbarkeit der Verpflichtungen des Dienstleistenden abhängig machen, so würde dies die praktische Wirksamkeit der Sechsten Richtlinie beeinträchtigen. Außerdem würde es diese Vorgehensweise einem Steuerpflichtigen ermöglichen, sich durch die Aufnahme einer Klausel der im Ausgangsverfahren fraglichen Art in seine Kauf- oder Dienstleistungsverträge der Zahlung der Mehrwertsteuer zu entziehen.<sup>1130</sup> Für den Gerichtshof unterfiel also auch eine unverbindliche Ehrenschild der Mehrwertsteuer.

### *(8.2) Zur 2. Frage – Bemessungsgrundlage*

Der Gerichtshof wies zunächst darauf hin, dass Art. 11 Teil A Abs. 1 lit. a dahin auszulegen sei, dass Besteuerungsgrundlage bei Erbringung einer Dienstleistung die tatsächlich dafür erhaltene Gegenleistung sei. Bei der Veranstaltung eines Wettbewerbs der im Ausgangsverfahren fraglichen Art werde die Gegenleistung, die der Veranstalter tatsächlich für die gegenüber den Teilnehmern erbrachte Dienstleistung erhalte, durch die von diesen bezahlten Teilnahmegebühren gebildet. Diese Gebühren stünden dem Veranstalter in vollem Umfang zu.

Der vorliegende Fall unterscheide sich jedoch in wesentlichen Punkten von der Rs. Glawe. Für jene Geldspielautomaten sei kennzeichnend gewesen, dass sie so konzipiert waren, dass ein bestimmter Mindestprozentsatz, nämlich 60 % der Einsätze, als Gewinn an die Spieler ausgeschüttet werden musste, wogegen beim im Ausgangsverfahren fraglichen Wettbewerb der Veranstalter über sämtliche eingenommenen Teilnahmegebühren frei verfügen könne.<sup>1131</sup> Somit waren für den EuGH die gesamten Teilnahmegebühren Bemessungsgrundlage.

### **(9) Würdigung durch die Generalanwältin**

Die GAin war (mit sehr ausführlichen Begründungen) zum gleichen Ergebnis gekommen. Im Hinblick auf die erste Frage, dem Zustandekommen eines Rechtsverhältnisses, ging sie in den Nrn. 40 u. 41 besonders auf die sog. „Tolsma-Frage“ ein und führte dazu aus:

- „40. *In der Rechtssache Tolsma lagen eben keine wie immer gearteten Vereinbarungen vor, die einen ausreichenden Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung hergestellt hätten, um von einem ‚entgeltlichen‘ Umsatz im Sinne von Art. 2 der [Sechsten] Richtlinie sprechen zu können: der ‚Leistungserbringer‘ (im Anlassfall ein Straßenmusikant) nahm zwar tatsächlich gewisse Beträge ‚für‘ seine Leistung ein, die ‚Leistungsempfänger‘ zahlten diese aber rein nach ihrem Gutdünken und erhielten die Leistung prinzipiell auch unabhängig von ihrer ‚Gegenleistung‘.*
41. *Im Unterschied zur Rechtssache Tolsma liegt in Fällen wie dem des Ausgangsverfahrens dagegen sehr wohl eine Art Vereinbarung vor, nach der die Teilnahmegebühr für die Leistung des Veranstalters des Spiels entrichtet wird. Um an dem Spiel teilnehmen zu können, muss sich der Teilnehmer nämlich den vom Veranstalter vorgegebenen Spielregeln unterwerfen und sich verpflichten, alle Vertragsbestimmungen,*

<sup>1128</sup> Urteil Town & Country (G2/6), a. a. O., Rn. 18.

<sup>1129</sup> Urteil Town & Country (G2/6), a. a. O., Rn. 19.

<sup>1130</sup> Urteil Town & Country (G2/6), a. a. O., Rnn. 20–22.

<sup>1131</sup> Urteil Town & Country (G2/6), a. a. O., Rn. 30.

*einschließlich der Spielregeln, einzuhalten. Nur wenn der Spieler – einerseits – unter diesen Bedingungen den Spielschein einreicht und die entsprechende Gebühr entrichtet, kann er – andererseits – am Ratewettbewerb teilnehmen und wird ihm die Gewinnchance eröffnet.“*

Was die Festlegung der Bemessungsgrundlage anbelangte, bezog sich die GAin auf die Glawe-Rechtsprechung und stellte die Unterschiede im Fall Town & County heraus. Da sich dieser zwar lesenswerte Teil aber primär mit den allgemeinen steuerlichen Berechnungsmethoden und weniger mit glücksspielrechtlichen Aspekten befasste, kann er hier übergangen werden.

### **(10) Kurzkomentierung**

Dem Gerichtshof ist zuzustimmen, wenn er im Hinblick der Bewertung des Ratespiels als Dienstleistung nur das aus den Teilnahmegebühren der Spielteilnehmer bezogene Entgelt als den tatsächlichen Gegenwert für die Glücksspiel-Dienstleistung einstuft. Insofern hält er also das dem Vorgang zugrunde liegende Rechtsverhältnis für nachrangig. Für die Höhe der Besteuerung ist es jedoch umgekehrt bedeutend, als (zum Nachteil der Spielbetreiber) der gesamte Einsatz der Ratenden als Bemessungsgrundlage anzusehen ist, da der Betreiber über den vollen eingenommenen Betrag verfügen könnte, weil er vertragsrechtlich nicht zur Auszahlung eines Gewinns verpflichtet wäre. So besehen ist dieses Urteil ein weiterer Beitrag zur Festlegung der steuerlichen Bemessungsgrundlage in einer Glücksspielsache.

### **3.2.7 Die Rechtssache LINDMAN (G2/7)**

#### **(1) Betreff**

In diesem finnischen Vorabentscheidungsverfahren ging es um die Besteuerung eines Gewinnes aus einer schwedischen Lotterie durch Finnland, den eine Finnin gewonnen hatte. Gewinne aus finnischen Lotterien waren dagegen steuerbefreit.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Rechtssache war beim Gerichtshof am 15.02.2002 eingegangen. Die mündliche Verhandlung fand am 23.02.2003 statt. Die GAin Stix-Hackl legte am 10.04.2003 ihre Schlussanträge (mit 16 Seiten und 121 Nummern) vor. Das 5-seitige Urteil mit 28 Rnn. erging am 13.11.2003. Die Verfahrensdauer betrug somit rund 22 Monate. Spruchkörper war die Fünfte Kammer mit drei Richtern.

Schriftliche Erklärungen hatten abgegeben: Frau Lindman, die finnische, die belgische, die dänische und die norwegische Regierung sowie die Kommission. An der mündlichen Verhandlung hatten die finnische und belgische Regierung sowie die Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde teilgenommen.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Zu prüfen war die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG. Die GAin prüfte auch Art. 46 EG.

##### *(3.2) Finnisches Recht*

Nach § 3 des finnischen Lotteriesteuergesetzes ist der Veranstalter einer Lotterie steuerpflichtig. Für den Gewinner gilt das Einkommenssteuergesetz, das in § 85 bestimmt: „*Gewinne aus [...] Lotterien unterliegen nicht der Einkommenssteuer [...].*“ Aus den Akten ergibt sich, dass die Nichtsteuerbarkeit aber nur für in Finnland veranstaltete Lotterien galt.<sup>1132</sup>

<sup>1132</sup> Urteil Lindmann (G2/7), C-42/02, ECLI:EU:C:2003:613, Rnn. 4 und 5.

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Frau Lindman, eine finnische Staatsangehörige, gewann bei der Ziehung einer schwedischen Lotterie, die in Stockholm stattfand, einen größeren Betrag. Sie hatte ihren Gewinnschein bei einem Aufenthalt in Schweden gekauft. Im Rahmen der Einkommensteuer für das Jahr 1998 wurde der Gewinn als steuerbares Erwerbseinkommen angesehen und unterlag der finnischen Staatssteuer, der Kommunalsteuer und der Kirchensteuer. Zusätzlich wurde ein Krankenversicherungsbeitrag erhoben. Frau Lindman erhob dagegen Beschwerde, die abgelehnt wurde. Daraufhin legte sie ein Rechtsmittel ein, um die Abänderung der ablehnenden Entscheidung zu erreichen.<sup>1133</sup> Das mit dem Rechtsmittel befasste Gericht legte dem Gerichtshof (zit. in Rn. 12) nachfolgende Frage zur Vorabentscheidung vor.

#### (5) Vorlagefrage

*„Verwehrt Art. 49 EG einem Mitgliedstaat die Anwendung von Vorschriften, nach denen Lotteriegewinne aus Lotterien, die in anderen Mitgliedstaaten veranstaltet werden, bei der Einkommensbesteuerung als steuerbare Einkünfte des Gewinners behandelt werden, während Lotteriegewinne aus Lotterien, die in dem betreffenden Mitgliedstaat veranstaltet werden, von der Einkommensteuer befreit sind?“*

#### (6) Antwort des Gerichtshofs – Urteilstenor

Der Gerichtshof hatte für Recht erkannt:

*„Art. 49 EG steht Vorschriften eines Mitgliedstaats entgegen, nach denen die Gewinne aus in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien als steuerbare Einkünfte des Gewinners behandelt werden, während Gewinne aus in dem betreffenden Mitgliedstaat veranstalteten Lotterien nicht steuerbar sind.“*

#### (7) Antwortvorschlag der Generalanwältin

Die GAin hatte in Nr. 121 vorgeschlagen, die Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

*„Art. 49 EG steht nationalen Vorschriften wie den finnischen entgegen, nach denen Lotteriegewinne aus Lotterien, die in anderen Mitgliedstaaten veranstaltet werden, bei der Einkommensbesteuerung als steuerpflichtige Einkünfte des Gewinners behandelt werden, während Lotteriegewinne aus Lotterien, die in dem betreffenden Mitgliedstaat veranstaltet werden, von der Einkommenssteuer befreit sind.“*

#### (8) Würdigung durch den Gerichtshof

Der Gerichtshof begann seine rechtliche Würdigung in Rn. 18 mit folgendem Standardsatz: *„Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die direkten Steuern<sup>1134</sup> zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, dass diese ihre Befugnisse in diesem Bereich jedoch unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben müssen.“* In diesem Zusammenhang verwies der Gerichtshof auf die Urteile Wielockx, ICI, Royal Bank of Scotland, Verkooijen und Danner.<sup>1135</sup>

Für den Gerichtshof stand fest, *„dass im Ausgangsverfahren die ausländischen Lotterien einer steuerlichen Behandlung unterzogen werden, die sich von der den finnischen Lotterien zugutekommenden Behandlung unterscheidet, und dass sie sich in einer unvorteilhaften Lage diesen gegenüber befinden“.*<sup>1136</sup>

<sup>1133</sup> Urteil Lindmann (G2/7), a. a. O., Rnn. 7–10.

<sup>1134</sup> Für indirekte Steuern gibt es ja bindendes Sekundärrecht, s. oben Teil D, III, 1.2.

<sup>1135</sup> Urteile v. 11.08.1995 in der Rs. C-80/94 (Wielockx, Slg. 1995, I-2493, ECLI:EU:C:1995:271) Rn. 16, v. 16.07.1998 in der Rs. C-264/96 (ICI, Slg. 1998, I-4695, ECLI:EU:C:1998:370) Rn. 19, v. 29.04.1999 in der Rs. C-311/97 (Royal Bank of Scotland, Slg. 1999, I-2651, ECLI:EU:C:1999:216) Rn. 19, v. 06.06.2000 in der Rs. C-35/98 (Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, ECLI:EU:C:1999:373) Rn. 32 und v. 03.10.2002 in der Rs. C-136/00 (Danner, Slg. 2002, I-8147, ECLI:EU:C:2002:198) Rn. 28.

<sup>1136</sup> Urteil Lindman (G2/7), Rs. C-42/02, ECLI:EU:C:2003:613, Rn. 21.

Zu den vorgebrachten Rechtfertigungsgründen – es waren dies die aus den bisherigen Verfahren bereits bekannten – meinte der Gerichtshof weiter, „*dass sie von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit [...] begleitet werden müssten*“.<sup>1137</sup> Im Ausgangsverfahren würden aber die dem EuGH vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten kein Element statistischer oder sonstiger Natur aufweisen, „*das einen Schluss auf die Schwere der Gefahren, die mit dem Betrieb von Glücksspielen verbunden seien, oder gar auf einen besonderen Zusammenhang zwischen solchen Gefahren und der Teilnahme der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats an in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien zuließe*“.<sup>1138</sup>

### (9) Würdigung durch die Generalanwältin

Die GAin, die insgesamt zum gleichen Ergebnis gekommen war – obwohl sie Art. 46 EG mit heranzog, auf den der Gerichtshof in seinem Urteil gar nicht erst einging –, befasste sich in den Nrn. 74 ff. ausführlich mit der Frage der Diskriminierung. Normalerweise knüpfe diese an die Staatsangehörigkeit an, welcher im Fall eines Unternehmens dessen Sitz entspreche.<sup>1139</sup> Frau Lindman sei aber nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert worden. Die diskriminierenden Maßnahmen hätten sich vielmehr auf den Ursprung der Dienstleistung bezogen.<sup>1140</sup>

Den Hinweis Finnlands darauf, dass die fragliche Besteuerung der Lotteriegewinne nicht nur ausländische Lotterien, sondern auch alle Lotterien betreffe, die in Finnland ohne Genehmigung durchgeführt würden, wies die GAin mit der Begründung zurück, legal veranstaltete Glücksspiele könnten nicht mit illegalen Glücksspielen verglichen werden.<sup>1141</sup> Außerdem bestehe „*im vorliegenden Fall – im Unterschied zu den Rechtssachen Schindler, Läärä und Zenatti, wo es um Glückspieltätigkeiten im Mitgliedstaat der Dienstleistungsempfänger ging – kein Zusammenhang mit einer Genehmigung oder Konzession zur Aufnahme von Tätigkeiten im Bereich der Lotterie in Finnland*“.<sup>1142</sup>

Weiter sagte die Generalanwältin in den Nrn. 80 und 81:

*„Im Übrigen kann ich auch nicht der von der finnischen, der belgischen und der niederländischen<sup>[1143]</sup> Regierung vertretenen Ansicht folgen, wonach die streitige Steuerregelung im Wesentlichen deshalb nicht diskriminierend sei, weil die inländischen Lotterieveranstalter der Lotteriesteuer unterlägen und somit Spielgewinne aus in- und ausländischen Lotterien im Ergebnis gleichermaßen besteuert würden.“*

Für die GAin handelte es sich jedoch nicht um eine vergleichbare Besteuerung, denn die Höhe der von den Glücksspielveranstaltern zu entrichtenden Lotteriesteuer (bis zu 56 %) entspreche nicht der wesentlich geringeren Höhe der Steuer, die von Lottogewinnern zu zahlen wäre, wenn solche Gewinne als einkommensteuerpflichtig anzusehen wären.

Für die Generalanwältin handelte es sich also um eine diskriminierende Maßnahme, die nur aus den in Art. 46 EG genannten Gründen gerechtfertigt werden könne.<sup>1144</sup> Hätte die GAin nicht auf Art. 46 EG Bezug genommen, der sogar diskriminierende Beschränkungen erlaubt, sondern

<sup>1137</sup> Urteil, Rn. 25. Neben dem bereits bekannten Urteil v. 30.11.1995 in der Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, (Gebhard, Slg. 1995, I-4165) – s. o. Teil D, IV, 1 und Fn. 330 – zitierte der EuGH das Urteil v. 26.11.2002 in der Rs. C-100/01, ECLI:EU:C:2002:712, (Oteiza Olazabal, Slg. 2002, I-1981). Zur Frage einer vorherigen Untersuchung s. auch die nachfolgende Kommentierung.

<sup>1138</sup> Urteil Lindman (G2/7), a. a. O., Rn. 26.

<sup>1139</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), GAin Stix-Hackl, ECLI:EU:C:2003:234, Nr. 74.

<sup>1140</sup> Zu diesem Anknüpfungspunkt zitierte die Generalanwältin die Urteile v. 26.04.1988 in der Rs. 352/85, ECLI:EU:C:1988:196 (Bond van Adverteerders u. a., Slg. 1988, I-2085) und v. 25.07.1991 in der Rs. C-353/89, ECLI:EU:C:1991:325, (Kommission vs. Niederlande, Slg. 1991, I-4069).

<sup>1141</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), a. a. O., Nr. 78.

<sup>1142</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), a. a. O., Nr. 79.

<sup>1143</sup> Wohl ein Schreibfehler, da die Niederlande nicht am Verfahren beteiligt waren; es muss sich also um die norwegische Regierung gehandelt haben.

<sup>1144</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), a. a. O., Nr. 83.

(nur) auf die zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse, abgestellt wäre eine Rechtfertigung schon wegen der Diskriminierung nicht möglich gewesen.

Die Generalanwältin prüfte aus ihrer Sicht dann folgerichtig weitere evtl. mögliche Rechtfertigungsgründe. Zu den wirtschaftlichen und finanziellen Rechtfertigungsgründen wiederholte sie die bereits aus der bisherigen Rechtsprechung bekannten Feststellungen<sup>1145</sup> und sagte in Nr. 91: „[...] *Ganz allgemein kann jedoch die Notwendigkeit, einen Steuerausfall zu vermeiden – der beispielsweise dadurch entstünde, dass Spieler an Lotterien in anderen Mitgliedstaaten teilnehmen, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit weder gemäß Art. 46 EG noch als zwingender Grund des Allgemeininteresses rechtfertigen.*“<sup>1146</sup>

Zum Nachweis der weiteren Rechtfertigungsgründe und zur Verhältnismäßigkeit führte die Generalanwältin aus: „*Zumindest ein Teil der von der finnischen Regierung vorgebrachten Argumente lässt sich den in Art. 46 EG angeführten Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und vor allem der Gesundheit zuordnen. Wie diese ausgeführt hat, soll die fragliche Regelung insbesondere die Spielleidenschaft eindämmen und die Gefahr der Geldwäsche und anderer Straftaten abwenden.*“<sup>1147</sup>

In Nr. 105 sagte die Generalanwältin dazu:

„*Was nun aber zunächst das Ziel der Verhinderung der Geldwäsche und anderer Straftaten betrifft, also den Schutz der öffentlichen Ordnung, so ist aus den Angaben der beteiligten Regierungen kaum ersichtlich, inwiefern die streitige Besteuerung ausländischer Lotteriegewinne zur Erreichung dieser Ziele geeignet oder erforderlich sein soll.*“

Was sodann das Ziel der Eindämmung der Spielleidenschaft betrifft,<sup>1148</sup> meinte die Generalanwältin in Nr. 113: „*Die Ausführungen der finnischen Regierung [...], dass sie die Besteuerung von Lotterien in Finnland möglichst gering halte, um die Finanzierung gemeinnütziger Tätigkeiten nicht zu gefährden, lassen sich nämlich mit den [...] verfolgten Zielen der gesundheitspolitisch motivierten Eindämmung der Spielsucht kaum in Einklang bringen.*“ Da also die Besteuerung der Lotteriegewinne nicht geeignet war, die Rechtfertigungsgründe zu verwirklichen, stand auch für die Generalanwältin die Dienstleistungsfreiheit der finnischen Regelung entgegen.

## **(10) Kommentierung**

Das Urteil Lindman folgt insoweit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Glücksspielen einerseits und zur Besteuerung der Glücksspiele andererseits. Besonders herausgestellt wurde zu Recht der Aspekt der Diskriminierung bzw. der Ungleichbehandlung, der nicht die Staatsangehörigkeit zugrunde liegt, sondern die des Ursprungsorts der Leistungserbringung.

Das Urteil Lindman gibt auch Anhaltspunkte zur Besteuerung von Gewinnen, die bei ausländischen Spielanbietern erzielt worden waren.

Die zunächst als Verletzung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität erscheinende unterschiedliche Besteuerung von Gewinnen aus erlaubten und unerlaubten Spielen in Finnland ist jedoch gerechtfertigt, da es nicht um die Beachtung der europarechtlich geregelten Mehrwerbesteuerung ging, sondern um die interne finnische Einkommensbesteuerung.

Auf das Urteil Lindman wurde von Prozessbeteiligten auch in anderen Rsn. Bezug genommen und zwar im Hinblick auf die Beweislast. In Rn. 25 hatte der EuGH nämlich festgehalten, dass die Prüfung der Rechtfertigungsgründe von einer „*Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur*

<sup>1145</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), a. a. O., Nrn. 84–95.

<sup>1146</sup> Die GAin verwies in diesem Zusammenhang auf die Urteile v. 03.10.2002 in der Rs. C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (Danner, Slg. 2002, I-8147) Rn. 56 und v. 21.09.1999 in der Rs. C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438, (Saint-Gobain, Slg. 1999, I-6161) Rn. 51.

<sup>1147</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), a. a. O., Nr. 96.

<sup>1148</sup> Schlussanträge Lindman (G2/7), a. a. O., Nr. 110.

*Verhältnismäßigkeit begleitet werden müsse.*“ Wie eine solche Untersuchung auszusehen hat, und welche Punkte dabei zu berücksichtigen sind, wurde allerdings nicht gesagt. Auf den Punkt der Beweisführung wurde besonders in der Rs. Markus Stoß u. a. (G1/12) Bezug genommen und dabei auf das Urteil Lindman verwiesen. In der Rs. Markus Stoß u. a. (G1/12) (s. dortige Rnn. 70 ff.) hat der Gerichtshof die Aussage im Urteil Lindman zur Beweisführung „klargestellt“ und keine vorherige Untersuchung für erforderlich gehalten.

### **3.2.8 Die verb. Rechtssachen LINNEWEBER und ARKRITIDIS (G2/8)**

#### **(1) Betreff**

In diesen beiden Vorabentscheidungsersuchen des Bundesfinanzhofs ging es wiederum um die Frage, ob die fallrelevanten Glücksspiele gemäß Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie von der Mehrwertsteuer zu befreien waren. Gefragt wurde zugleich, ob sich Betroffene direkt auf diese Bestimmung berufen können. Es ging dabei auch darum, ob erlaubte und unerlaubte Glücksspiele steuerlich gleich zu behandeln sind. Ferner war von der deutschen Regierung die Beschränkung der zeitlichen Wirkung des Urteils beantragt worden.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die beiden Vorlagen des BFH waren am 03. bzw. 23.12.2002 beim Gerichtshof eingegangen, dessen Präsident die Rsn. am 06.02.2003 durch Beschluss zur gemeinsamen Entscheidung verbunden hat. Am 26.05.2004 fand die mündliche Verhandlung statt. Die 13-seitigen Schlussanträge mit 75 Nrn. der Generalanwältin Stix-Hackl wurden am 08.07.2004 verlesen. Am 17.02.2005 verkündete die Zweite Kammer (mit 3 Richtern) ihr 7-seitiges Urteil (mit 46 Rnn.). Die Rechtssachen waren also rd. 2 Jahre und 2 Monate anhängig. Am Verfahren hatten sich nur Frau Linneweber, die deutsche Regierung und die Kommission beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Einschlägig war Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie, gemäß dem die Mitgliedstaaten von der Steuer befreien: *„Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz unter den Bedingungen und Beschränkungen, die von jedem Mitgliedstaat festgelegt werden.“*

##### *(3.2) Deutsches Recht*

Nach § 4 Nummer 9 lit. b des zur fallrelevanten Zeit geltenden Umsatzsteuergesetzes 1993 (BGBl. I, S. 566) waren die Umsätze, die unter das Rennwett- und Lotteriegesez fielen, sowie die Umsätze der zugelassenen öffentlichen Spielbanken, die durch den Betrieb der Spielbank bedingt waren, steuerfrei.

#### **(4) Sachverhalte und Ausgangsverfahren**

##### *(4.1) Die Rechtssache Linneweber*

Frau Linneweber war die Gesamtrechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehemannes, der mit behördlicher Genehmigung Geldspielautomaten und Unterhaltungsgeräte in Gaststätten und in ihm gehörenden Spielhallen aufgestellt hatte. Die Linnewebers erklärten für die Wirtschaftsjahre 1997 und 1998 steuerfreie Umsätze aus dem Betrieb dieser Automaten mit der Begründung, dass die Umsätze der zugelassenen Spielbanken aus dem Betrieb von Geldspielautomaten von der Umsatzsteuer befreit seien.<sup>1149</sup>

<sup>1149</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), verb. Rsn. C-453/02 und C-462/02, ECLI:EU:C:2005:92, Rn. 7.

Das Finanzamt Gladbeck vertrat demgegenüber die Ansicht, dass die betreffenden Einnahmen nicht steuerfrei seien, da sie weder der Rennwett- und Lotteriesteuer unterlägen, noch aus dem Betrieb einer zugelassenen öffentlichen Spielbank stammten.<sup>1150</sup>

Das Finanzgericht Münster gab der von Frau Linneweber erhobenen Klage mit der Begründung statt, dass in Fortführung der Grundsätze des Urteils Fischer (G2/5) Umsätze mit Geldspielautomaten von der Umsatzsteuer befreit seien.<sup>1151</sup>

Das Finanzamt Gladbeck legte hiergegen Revision zum Bundesfinanzhof ein.<sup>1152</sup>

#### (4.2) Die Rechtssache Akritidis

Herr Akritidis betrieb in Herne-Eickel einen Spielsalon. Er veranstaltete dort Roulette sowie Kartenspiele. Er hielt sich aber weder beim Roulettespiel, noch beim Kartenspiel an die Vorgaben der zuständigen Behörden, noch führte er Aufzeichnungen über die bei den fraglichen Spielen erzielten Umsätze.<sup>1153</sup>

Das Finanzamt Herne-West schätzte deshalb den Umsatz der nicht genehmigten Roulette- und Kartenspielumsätze. Auf Einspruch von Herrn Akritidis und unter Berücksichtigung des vorerwähnten Urteils Fischer beließ das Finanzamt Herne-West nur die Umsätze aus dem Roulettespiel steuerfrei.<sup>1154</sup> Herr Akritidis erhob beim Finanzgericht Münster Klage gegen diese Entscheidung. Das Finanzgericht kam zu dem Ergebnis, entsprechend den Grundsätzen des Urteils Fischer seien auch die Umsätze aus dem betreffenden Kartenspiel von der Umsatzsteuer zu befreien. Gegen dieses Urteil legte das Finanzamt Revision beim BFH ein.

### (5) Vorlagefragen

Der BFH legte dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor, und zwar

- im Fall **Linneweber**:<sup>1155</sup>

- „1. Ist Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat die Veranstaltung eines Glücksspiels mit Geldeinsatz nicht der Mehrwertsteuer unterwerfen darf, wenn die Veranstaltung eines solchen Glücksspiels durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei ist?
2. Verbietet Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie einem Mitgliedstaat, den Betrieb eines Geldspielautomaten bereits dann der Mehrwertsteuer zu unterwerfen, wenn der Betrieb eines Geldspielautomaten durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei ist, oder muss zusätzlich feststehen, dass die außerhalb der Spielbanken betriebenen Glücksspielautomaten in wesentlichen Punkten, wie beim Höchsteinsatz und beim Höchstgewinn, mit den Geldspielautomaten in den Spielbanken vergleichbar sind?
3. Kann sich der Automatenaufsteller auf die Steuerfreiheit nach Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie berufen?“

- und im Fall **Akritidis**:<sup>1156</sup>

- „1. Verbietet Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie einem Mitgliedstaat, die Veranstaltung eines Kartenspiels bereits dann der Mehrwertsteuer zu unterwerfen, wenn die Veranstaltung eines Kartenspiels durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei ist, oder muss zusätzlich feststehen, dass die außerhalb der Spielbanken

<sup>1150</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 8.

<sup>1151</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 9.

<sup>1152</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 10.

<sup>1153</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rnn. 12 und 13.

<sup>1154</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 14.

<sup>1155</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 11.

<sup>1156</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 17.

*veranstalteten Kartenspiele in wesentlichen Punkten, wie bei den Spielregeln, beim Höchsteinsatz und beim Höchstgewinn, mit den Kartenspielen in den Spielbanken vergleichbar sind?*

2. *Kann sich der Veranstalter auf die Steuerfreiheit nach Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie berufen?“*

#### **(6) Antworten des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof (Zweite Kammer) hat (in beiden Fällen) jeweils für Recht erkannt:

- „1. *Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie 77/388 [...] ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, wonach die Veranstaltung oder der Betrieb von Glücksspielen und Glücksspielgeräten aller Art in zugelassenen öffentlichen Spielbanken steuerfrei ist, während diese Steuerbefreiung für die Ausübung der gleichen Tätigkeit durch Wirtschaftsteilnehmer, die nicht Spielbankbetreiber sind, nicht gilt.*
2. *Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie 77/388 hat unmittelbare Wirkung in dem Sinne, dass sich ein Veranstalter oder Betreiber von Glücksspielen oder Glücksspielgeräten vor den nationalen Gerichten darauf berufen kann, um die Anwendung mit dieser Bestimmung unvereinbarer innerstaatlicher Rechtsvorschriften zu verhindern. “*

#### **(7) Antwortvorschlag der Generalanwältin**

Die Generalanwältin hatte in Nr. 75 folgende Antworten vorgeschlagen:

- „A. *In der Rechtssache C-453/02 [Linneweber]*
1. *Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie steht der Besteuerung des Betriebes eines Geldspielautomaten entgegen, wenn der Betrieb eines gleichartigen Geldspielautomaten durch eine zugelassene öffentliche Spielbank von der Mehrwertsteuer befreit ist. Bei der Beurteilung der Gleichartigkeit der Geldspielautomaten hat das nationale Gericht darauf abzustellen, ob die inner- und außerhalb öffentlicher Spielbanken betriebenen Geldspielautomaten für den Durchschnittsverbraucher von vergleichbarer Verwendung sind und daher miteinander im Wettbewerb stehen, wobei diesbezüglich insbesondere Faktoren wie die mögliche Gewinnhöhe und das Spielrisiko zu berücksichtigen sind.*
2. *Ein Einzelner kann sich vor einem nationalen Gericht auf die Steuerbefreiung gemäß Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie berufen, um sich einer nationalen Regelung zu widersetzen, die mit dieser Bestimmung unvereinbar ist.*
- B. In der Rechtssache C-462/02 [Akritidis] [...].“*

Es folgten wortgleich die beiden Ziffern des eben zit. Antwortvorschlags A.1., nur dass anstelle des Wortes „Geldspielautomaten“ die Bezeichnung „Kartenspiele“ verwandt wurde.

#### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

*(8.1) Zur 1. Frage in der Rs. Linneweber – Steuerliche Neutralität und Gleichartigkeit der Spiele*

Der Gerichtshof präziserte seine Aussagen in der Rs. Fischer (G2/5),<sup>1157</sup> es sei daran zu erinnern, dass sich aus Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie ergebe, dass die Veranstaltung oder der Betrieb von Glücksspielen und Glücksspielgeräten grundsätzlich von der Mehrwertsteuer zu befreien sei, wobei die Mitgliedstaaten aber dafür zuständig blieben, die Bedingungen und Grenzen dieser Befreiung festzulegen.<sup>1158</sup>

<sup>1157</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 23.

<sup>1158</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 25.

Bei der Ausübung dieser Zuständigkeit müssten die Mitgliedstaaten jedoch den Grundsatz der steuerlichen Neutralität beachten. Dieser Grundsatz verbiete es insbesondere, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln. Auf solche Waren oder Dienstleistungen sei daher ein einheitlicher Steuersatz anzuwenden. Der Gerichtshof zitierte in diesem Zusammenhang neben dem Urteil Fischer die 3 Urteile Adam, Kommission vs. Deutschland und Gregg.<sup>1159</sup> Aus dem letztgenannten Urteil Gregg gehe hervor, dass für die Prüfung der Gleichartigkeit der Waren oder Dienstleistungen die Identität des Herstellers oder des Dienstleistungserbringers und die Rechtsform, in der diese ihre Tätigkeiten ausüben, grundsätzlich nicht von Bedeutung seien.<sup>1160</sup>

Da es auf die Identität des Veranstalters eines Glücksspiels für die Feststellung, ob die unerlaubte Veranstaltung dieses Spiels als mit der erlaubten Veranstaltung des gleichen Spiels in Wettbewerb stehend anzusehen sei, nicht ankomme, müsse das Gleiche erst recht für die Feststellung gelten, ob zwei rechtmäßig veranstaltete Glücksspiele oder betriebene Glücksspielgeräte als miteinander im Wettbewerb stehend anzusehen seien.<sup>1161</sup>

*(8.2) Zur 2. Frage in der Rs. Linneweber und zur 1. Frage in der Rs. Akritidis – Vergleichbarkeit der Spiele im Hinblick auf eine Steuerbefreiung*

Angesichts der Antwort auf die erste Frage meinte der Gerichtshof, dass diese Fragen nicht zu beantworten seien.<sup>1162</sup>

*(8.3) Zur 3. Frage in der Rs. Linneweber und zur 2. Frage in der Rs. Akritidis – Direktberufung auf die Steuerbefreiung*

Mit diesen Fragen wollte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie unmittelbare Wirkung in dem Sinne hat, dass sich ein Veranstalter oder Betreiber von Glücksspielen oder Glücksspielgeräten vor den nationalen Gerichten darauf berufen kann, um die Anwendung mit dieser Bestimmung unvereinbarer innerstaatlicher Rechtsvorschriften zu verhindern (Rn. 32). Der EuGH meinte hierzu in den Rnn. 34 ff:

- „34 Was im Einzelnen Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie betrifft, so geht aus der Rechtsprechung hervor, dass [...] ein Mitgliedstaat einem Steuerpflichtigen, der in der Lage ist, zu beweisen, dass er steuerrechtlich unter einen Befreiungstatbestand der Sechsten Richtlinie fällt, nicht die Tatsache entgegenhalten kann, dass er die Vorschriften, die die Anwendung eben dieser Steuerbefreiung erleichtern sollen, nicht erlassen hat (Urteil Becker, Rn. 33<sup>[1163]</sup>).
- 35 [...]. Da diese Glücksspiele nämlich grundsätzlich von der Mehrwertsteuer befreit sind, kann sich jeder, der sie veranstaltet, unmittelbar auf diese Steuerbefreiung berufen, wenn der betreffende Mitgliedstaat auf die Ausübung der ihm durch Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie ausdrücklich zuerkannten Befugnisse verzichtet oder es unterlassen hat, von diesen Befugnissen Gebrauch zu machen.
- 36 Ferner ist festzustellen, dass das [...] erst recht für den Fall gelten muss, dass ein Mitgliedstaat in Ausübung dieser Befugnisse innerstaatliche Rechtsvorschriften erlassen hat, die mit dieser Richtlinie nicht vereinbar sind.“

<sup>1159</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rnn. 24 und 25. Die dort zitierten Rsn. sind die Urteile v. 11.10.2001 in der Rs. C-267/99, (Adam, Slg. 2001, I-7467, ECLI:EU:C:2001:534) Rn. 36, v. 23.10.2003 in der Rs. C-109/02, (Kommission vs. Deutschland, Slg. 2003, I-12691, ECLI:EU:C:2003:586) Rn. 20 sowie v. 07.09.1999 in der Rs. C-216/97 (Gregg, Slg. 1999, I-4947, ECLI:EU:C:1999:390), Rn. 20.

<sup>1160</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rnn. 24 und 25.

<sup>1161</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 28.

<sup>1162</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rn. 31.

<sup>1163</sup> Es ist dies das Urteil v. 19.01.1982 in der Rs. 8/81, ECLI:EU:C:1982:7, (Becker, Slg. 1982, 53).

#### (8.4) Zur zeitlichen Wirkung des Urteils

Der Gerichtshof hat die beantragte zeitliche Beschränkung der Wirkung des Urteils abgelehnt.<sup>1164</sup>

#### (9) Würdigung durch die Generalanwältin

Die GAin war vorher schon zum gleichen Ergebnis gekommen. Im Hinblick auf die steuerliche Neutralität machte sie in den Abgrenzungen der einzelnen Spielarten voneinander noch zusätzliche Anmerkungen. In den Nrn. 41 ff. hielt sie fest, dass wohl nicht sämtliche Glücksspiele als gleichartige Dienstleistungen im Sinne der steuerlichen Neutralität angesehen werden könnten, die sodann alle gleich zu besteuern wären, denn dies würde den Mitgliedstaaten praktisch jedes Ermessen nehmen, die „Bedingungen“ für die Steuerbefreiung festzulegen. Dieses Ermessen soll es den Mitgliedstaaten aber gerade ermöglichen, bestimmte Formen des Glücksspiels mit der Mehrwertsteuer zu belegen. Ein Mitgliedstaat dürfe somit sehr wohl die Besteuerung von Glücksspielen auf bestimmte Glücksspielformen begrenzen. Er könne also nicht durch den Grundsatz der steuerlichen Neutralität zu einer Alles-oder-nichts-Lösung gezwungen werden, sodass er, sobald er etwa ein Glücksspiel bzw. eine Glücksspielform von der Steuer befreie, auch sämtliche anderen Glücksspiele von der Steuer befreien müsse.

Hinsichtlich der Beurteilung der Gleichartigkeit von Glücksspielen im Sinne der steuerlichen Neutralität sei vielmehr im Auge zu behalten, dass dieser Grundsatz die Gleichbehandlung „gleichartiger und deshalb miteinander im Wettbewerb stehender“ Waren und Dienstleistungen beinhalte und somit auch, wie der Gerichtshof bereits festgestellt habe, Ausdruck des Grundsatzes der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen sei.<sup>1165</sup> Wenn man dies auf Glücksspiele umlege, so seien diese als gleichartig anzusehen, wenn sie bei dem Verbraucher, also einem Spieler, „den gleichen Bedürfnissen dienen“, also von vergleichbarer Verwendung seien.<sup>1166</sup>

Auch die Ausführungen der GAin zur unmittelbaren Wirkung der Steuerbefreiung entsprachen denen des Gerichtshofs. Nicht eingegangen ist die GAin dagegen erstaunlicherweise auf den Antrag der deutschen Regierung auf die zeitliche Begrenzung der Wirkungen des Urteils.

#### (10) Kommentierung

Im Hinblick auf die steuerliche Neutralität folgte der EuGH in den verb. Rsn. Linneweber und Akritidis seinen Ausführungen zur Rs. Fischer (G2/5). Erlaubte und verbotene Spiele müssen also steuerlich gleich behandelt werden.

Positiv zu werten ist, dass der Gerichtshof dabei darauf abstellt, ob die Spiele vergleichbar und austauschbar sind und zwar aus der Sicht eines „Durchschnittsverbrauchers.“ Dabei hebt der Gerichtshof nur auf eine „gleiche Tätigkeit des Wirtschaftsteilnehmers“ ab (s. Urteilstenor Ziff. 1), während die Generalanwältin im Hinblick auf die Austauschbarkeit zwar auch von der Sichtweise eines Durchschnittsverbrauchers ausgeht, dabei aber Faktoren wie die Gewinnhöhe und das Spielrisiko einbezieht (s. jeweils Ziff. 1 der Antwortvorschläge). Es reicht jedoch aus, bei der Prüfung der Vergleichbarkeit zu fragen, ob es sich um gleichartige Tätigkeiten handelt, und ob die Spiele miteinander im Wettbewerb stehen.

Positiv ist auch die Aussage, dass sich ein Einzelner direkt auf die Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B lit. f berufen kann, wenn der betreffende Mitgliedstaat nicht von der ihm eingeräumten Möglichkeit einer anderen Regelung Gebrauch gemacht hat. Der Gerichtshof begründet dies zutreffenderweise damit, dass die Steuerbefreiung eigentlich der Regelfall und eine anderweitige Regelung die Ausnahme sei.

<sup>1164</sup> Urteil Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Rnn. 39 ff. Zur zeitlichen Wirkung s. o. die Rs. Winner Wetten (G1/11).

<sup>1165</sup> Schlussanträge Linneweber und Akritidis (G2/8), GAin Stix-Hackl, ECLI:EU:C:2004:417, Nr. 48.

<sup>1166</sup> Schlussanträge Linneweber und Akritidis (G2/8), a. a. O., Nr. 53.

### 3.2.9 Die Rechtssache RAL (G2/9)

#### (1) Betreff

In diesem britischen Vorabentscheidungsersuchen ging es im Rahmen der Mehrwertbesteuerung von Glücksspielen an Geldspielautomaten um die Bestimmung des Ortes der Leistungserbringung und zwar im Hinblick auf den Sitz der Betreibergesellschaft auf den zwar zu Großbritannien gehörenden Kanalinseln, auf denen das Unionsrecht jedoch nicht (voll) gilt (s. Art. 355 Abs. 5 lit. c) AEUV<sup>1167</sup> – Ex-Art. 299 Abs. 6 lit. c) EG).

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Ersuchen des High Court of Justice (England & Wales) war beim EuGH am 27.10.2003 eingegangen; am 24.11.2004 fand die mündliche Verhandlung statt. GA Poiares Maduro hat am 27.01.2005 seine (17-seitigen) Schlussanträge (mit 67 Nummern) vorgelegt. Die Erste Kammer (mit 5 Richtern) hat am 12.05.2005 ihr (7-seitiges) Urteil (mit 35 Rnn.) erlassen. Die Verfahrensdauer betrug also rund 18,5 Monate. Am Verfahren hatten sich außer den RAL-Gesellschaften und der Kommission die britische, irische und portugiesische Regierung beteiligt.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

Auszulegen waren verschiedene Bestimmungen der Sechsten Richtlinie, insbesondere deren Art. 9 Abs. 2 lit. c) zur Bestimmung des Ortes der Dienstleistung und Art. 3 zum Begriff des Inlands.

#### (4) Sachverhalt

Die RAL (Chanel Island) Ltd. (i. F.: CI) ist eine Gesellschaft mit Sitz auf Guernsey, die im Vereinigten Königreich Automatenspiele betreibt, wobei sie dort von anderen RAL-Unternehmen Räumlichkeiten mietet und deren Personal in Anspruch nimmt.

Wohl anknüpfend an das Urteil Berkholz (G2/1), in dem als Ort der Besteuerung nicht der Aufstellungsort der Automaten (auf Fährschiffen), sondern der Ort des Sitzes der Betreibergesellschaft zugrunde gelegt wurde, machte CI geltend, in Großbritannien nicht mehrwertsteuerpflichtig zu sein, und verlangte deshalb die entrichtete Vorsteuer zurück. Gegen die Ablehnung des Antrags beschritt CI den Rechtsweg. Der zuletzt angerufene High Court of Justice legte dem EuGH folgende Vorlagefragen vor:<sup>1168</sup>

#### (5) Vorlagefragen

*„Bezogen auf den vorliegenden Fall und im Hinblick auf die Sechste Richtlinie, insbesondere die Artikel 2, 4 und 9, und die Dreizehnte Richtlinie, insbesondere die Artikel 1 und 2, und die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts:*

1. *Wie ist der Ausdruck „feste Niederlassung“ in Artikel 9 der Sechsten Richtlinie auszulegen?*
2. *Welche Faktoren sind bei der Entscheidung zu berücksichtigen, ob die Geldspielautomatendienstleistungen vom Geschäftssitz einer Gesellschaft wie CI aus oder von jeder festen Niederlassung, über die eine Gesellschaft wie CI möglicherweise verfügt, aus erbracht werden?*
3. *Insbesondere:*
  - a) *Wenn der Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft (A) unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles so strukturiert ist, dass ein verbundenes Unternehmen (B), dessen Niederlassung außerhalb des Gebietes der Gemeinschaft liegt, Geldspielautoma-*

<sup>1167</sup> Art. 355 Abs. 5 lit. c) AEUV lautet wie folgt: „Die Verträge finden auf die Kanalinseln und die Insel Man nur insoweit Anwendung, als dies erforderlich ist, um die Anwendung der Regelung sicherzustellen, die in dem [...] Vertrag über den Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zur Europäischen Atomgemeinschaft für diese Inseln vorgesehen ist.“

<sup>1168</sup> Urteil RAL (G2/9), Rs. C-452/03, ECLI:EU:C:2005:289, Rn. 21.

- tendienstleistungen erbringt und der einzige Zweck dieser Struktur die Vermeidung der Verpflichtung von A zur Zahlung der Mehrwertsteuer im Niederlassungsstaat ist:
- i) Können Geldspielautomatendienstleistungen als von einer festen Niederlassung in diesem Mitgliedstaat aus erbracht angesehen werden? Wenn ja,
  - ii) sind diese Geldspielautomatendienstleistungen als von der festen Niederlassung aus oder als vom Geschäftssitz von B aus erbracht anzusehen?
  - b) Wenn der Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft (A) so strukturiert ist, dass unter den Umständen des vorliegenden Falles ein verbundenes Unternehmen (B) für die Zwecke der Regeln über den Ort der Leistungserbringung beabsichtigt, Geldspielautomatendienstleistungen von einer Niederlassung außerhalb des Gebietes der Gemeinschaft aus zu erbringen, das im Mitgliedstaat des Sitzes von A keine festen Niederlassungen hat, von denen aus die Leistungen erbracht werden, und diese Struktur nur dazu dient, die Verpflichtung von A zur Zahlung von Mehrwertsteuer in diesem Staat zu beseitigen:
    - i) Sind die Rechtsgeschäfte zwischen B und verbundenen Unternehmen innerhalb des Mitgliedstaats (A, C und D) für Mehrwertsteuerzwecke als im Rahmen des Geschäftsbetriebs dieser Gesellschaften von diesen oder an diese erbrachte Leistungen anzusehen? Wenn nicht,
    - ii) welche Faktoren sind bei der Bestimmung des Erbringers der Geldspielautomatendienstleistungen zu berücksichtigen?
  - 4.a) Gibt es ein Verbot des Rechtsmissbrauchs, das (unabhängig von der Auslegung der Mehrwertsteuerrichtlinien) den in einem Fall wie dem vorliegenden angestrebten Vorteil ausschließen kann?
  - b) Wenn ja, wie wirkt sich dieses Verbot unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles aus?
  - 5.a) Welche Bedeutung ist gegebenenfalls der Tatsache beizumessen, dass A, C und D keine Tochterunternehmen von B sind und dass B die Unternehmen A, C und D weder rechtlich noch wirtschaftlich kontrolliert?
  - b) Wäre es für irgendeine der Antworten auf die vorstehenden Fragen erheblich, wenn die Art der Geschäftsführung von B an ihrem Geschäftssitz außerhalb des Gebietes der Gemeinschaft für die Erbringung von Geldspielautomatendienstleistungen an Kunden notwendig wäre und weder A noch C, noch D solche Tätigkeiten durchführten?“

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Im Gegensatz zur Anzahl und Länge der Vorlagefragen und zu deren Untergliederungen hat der Gerichtshof im Urteilstenor wesentlich kürzer für Recht erkannt:

*„Die Dienstleistung, die darin besteht, der Allgemeinheit gegen Entgelt die Benutzung von Geldspielautomaten zu ermöglichen, die in Spielhallen im Gebiet eines Mitgliedstaats aufgestellt sind, ist als Tätigkeit auf dem Gebiet der Unterhaltung oder ähnliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 lit. c erster Gedankenstrich der Sechsten Richtlinie [...] <sup>1169</sup> anzusehen, sodass der Ort dieser Leistungserbringung der Ort ist, an dem sie tatsächlich bewirkt wird“.*

## (7) Antwortvorschlag des Generalanwalts

GA Poiares Maduro hatte folgende Antwort vorgeschlagen: <sup>1170</sup>

<sup>1169</sup> Zum Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 und 2 s. o. Teil D, III, 1.2. Gemäß Abs. 2 lit. c gilt als Ort der Dienstleistungen der Ort, an dem u. a. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Unterhaltungen erbracht werden.

<sup>1170</sup> Schlussanträge RAL (G2/9), GA Poiares Maduro, ECLI:EU:C:2005:65, Nr. 67.

*„Eine in einem bestimmten Mitgliedstaat nicht ansässige Gesellschaft, die gegenüber ihren Kunden in diesem Mitgliedstaat Geldspielautomatendienstleistungen durch Geldspielautomaten erbringt, die von ihr gemietet und in Räumlichkeiten in diesem Staat betrieben werden, bewirkt in diesem Mitgliedstaat tatsächlich Dienstleistungen auf dem Gebiet der Unterhaltung im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 lit. c der Sechsten Richtlinie [...] und ist daher in diesem Mitgliedstaat bezüglich dieser Dienstleistungen mehrwertsteuerpflichtig.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Für den EuGH war die Tätigkeit, der Allgemeinheit gegen Entgelt in Spielhallen aufgestellte Geldspielautomaten zur Verfügung zu stellen, eine Dienstleistung.<sup>1171</sup> Hierfür enthalte Art. 9 der Sechsten Richtlinie Regeln zur Bestimmung des steuerlichen Anknüpfungspunkts. Während in Abs. 1 eine allgemeine Regel niedergelegt sei, enthalte Abs. 2 eine Reihe besonderer Anknüpfungspunkte. Zum Verhältnis zwischen den ersten beiden Absätzen von Art. 9 habe der Gerichtshof bereits entschieden, dass Abs. 1 keinen Vorrang gegenüber Abs. 2 habe. In jedem Einzelfall stelle sich vielmehr die Frage, ob eine der Bestimmungen des Art. 9 Abs. 2 einschlägig sei, andernfalls gelte Abs. 1.<sup>1172</sup>

Die Regierung des Vereinigten Königreichs habe vorgebracht, dass die fraglichen Dienstleistungen nicht unter Art. 9 Abs. 1 lit. c) fielen. Den Adressaten der betreffenden Dienstleistung gehe es vor allem darum, Geld zu gewinnen, und nicht um Unterhaltung als solche. Die betreffende Dienstleistung werde nicht allein deshalb, weil die Benutzung eines Geldspielautomaten ebenso wie die eines Mobiltelefons auch unterhaltend sein könne, zu einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Unterhaltung.<sup>1173</sup>

Nach Ansicht der Kommission betreffe das Ausgangsverfahren demgegenüber Geldspielautomatendienstleistungen, die dem Endverbraucher erbracht würden, sodass allein Art. 9 Abs. 1 anwendbar sei.<sup>1174</sup>

Für den EuGH bestand jedoch im konkreten Fall das Hauptziel der Tätigkeit in der Unterhaltung der Benutzer der Geldspielautomaten und nicht darin, ihnen einen Geldgewinn zu verschaffen. Die Ungewissheit in Bezug auf den Geldgewinn sei gerade ein wesentlicher Bestandteil der von den Benutzern von Geldspielautomaten angestrebten Unterhaltung.<sup>1175</sup>

Die Tätigkeiten auf dem Gebiet der Unterhaltung setzten nicht voraus, dass der Dienstleister [selbst] eine künstlerische Leistung erbringe. Eine Tätigkeit – einschließlich des Bereitstellens von Automaten, mit der der Dienstleister hauptsächlich das Ziel verfolge, seine Kunden zu unterhalten, stelle eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Unterhaltung i. S. dieser Vorschrift dar.<sup>1176</sup>

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

Der GA war zum gleichen Ergebnis gekommen. Auch er war davon ausgegangen, dass Art. 9 Abs. 2 eine Reihe besonderer Anknüpfungspunkte enthalte, während in Abs. 1 insoweit eine allgemeine Regel niedergelegt sei.<sup>1177</sup> Bei Art. 9 Abs. 1 handle es sich i. H. a. die Spezialvorschriften des Art. 9 Abs. 2 um einen „Auffangtatbestand.“

Eine Auslegung des Art. 9 ergebe keinen Vorrang von Abs. 1 gegenüber Abs. 2. In jedem Einzelfall stelle sich vielmehr die Frage, ob eine der Bestimmungen des Art. 9 Abs. 2 einschlägig sei, andernfalls gelte Abs. 1.<sup>1178</sup>

<sup>1171</sup> Urteil RAL (G2/9), a. a. O., Rn. 22.

<sup>1172</sup> Urteil RAL (G2/9), a. a. O., Rnn. 23 und 24.

<sup>1173</sup> Urteil RAL (G2/9), a. a. O., Rn. 27.

<sup>1174</sup> Urteil RAL (G2/9), a. a. O., Rnn. 27 und 28.

<sup>1175</sup> Urteil RAL (G2/9), a. a. O., Rn. 31.

<sup>1176</sup> Urteil RAL (G2/9), a. a. O., Rn. 32.

<sup>1177</sup> Schlussanträge RAL (G2/9), a. a. O., Nr. 22.

<sup>1178</sup> Schlussanträge RAL (G2/9), a. a. O., Rnn. 22 und 23.

Was nun die Interpretation des Begriffs „Unterhaltung oder ähnliche Tätigkeiten“ anbelange, so sollte nach Auffassung des GA der Hauptzweck der Tätigkeit entscheidend sein. In Nr. 28 fragte der GA: *„Welchen anderen Zweck kann ein Geldspielautomat haben außer dem, den Spieler durch die Chance zufallsabhängiger Gewinne oder Verluste zu unterhalten?“* Der Hauptzweck von Geldspielautomaten bestehe sicher nicht darin, dass die Spieler damit ihren Lebensunterhalt verdienen könnten. Außerdem sei der eventuelle Ärger eines Spielers, wenn er verliere anstatt zu gewinnen, gerade ein wesentliches Merkmal dieser Art von Unterhaltung. Geld zu gewinnen oder zu verlieren, sei ein Teil dieser im Glücksspiel verkörperten Art von Unterhaltung.

Zur Festlegung des Besteuerungsortes meinte der GA weiter, die in Art. 9 Abs. 2 lit. c beschriebenen Dienstleistungen knüpften gerade deshalb an den Ort an, an dem sie erbracht würden, weil dieser unschwer physisch bestimmt werden könne. Die Anknüpfung an den Ort, an dem die Tätigkeiten bewirkt würden, stimme außerdem weit eher mit dem allgemeinen Grundsatz überein, dass die Mehrwertsteuer am Ort des Verbrauchs zu erheben sei.<sup>1179</sup> *„Zudem hätte die Anwendung der an den Ort des Dienstleistenden anknüpfenden Regelung auf den vorliegenden Fall unerwünschte Folgen in Form von Wettbewerbsverzerrungen und der Verlagerung des Geschäftssitzes der Dienstleistenden [...]“*.<sup>1180</sup>

### **(10) Kommentierung**

Die Rs. RAL ist im Kontext mit der Rs. Bergholz (G2/1) zu sehen. Dort war es um eine Glücksspieldienstleistung gegangen, die außerhalb des Sitzortes des Erbringers der Dienstleistung erbracht worden war, nämlich auf hoher See, also off-shore.

Zu Recht hatte der EuGH damals pragmatisch an den Firmensitz als den Besteuerungsort angeknüpft, weil sonst die Dienstleistung überhaupt nicht hätte besteuert werden können. Der Betrieb der Automaten auf hoher See konnte fallrelevant nicht als eine feste Niederlassung eingestuft werden. Hätte man im Fall RAL auch an den normalerweise einschlägigen Firmensitz angeknüpft, wäre die Mehrwertsteuerrichtlinie nicht zum Tragen gekommen, weil der Ort des Firmensitzes außerhalb des Geltungsbereiches der Richtlinie lag. Doch hier hat der Gerichtshof den Ort des Betriebs der Geräte in Großbritannien als den tatsächlichen Erbringungsort der Dienstleistungen bejaht und ihn damit als einen in Frage kommenden Besteuerungsort eingestuft. Zu Recht meinte er, es gelte die Regelung des Art. 9 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie, wonach Tätigkeiten auf dem Gebiete der Unterhaltung am Ort ihrer Erbringung zu besteuern seien. Glücksspiele dienen der Unterhaltung und trotz der Gewinnmöglichkeiten nicht dem beruflichen Erwerb. Dieser Lösungsansatz erscheint zwar etwas konstruiert, aber zumindest ist er pragmatisch, da sonst eine Besteuerung überhaupt nicht möglich gewesen wäre.

### **3.2.10 Die Rechtssache UNITED UTILITIES (G2/10)**

#### **(1) Betreff und prozessuale Fragen**

In diesem vom House of Lords eingereichten Vorabentscheidungsersuchen ging es wiederum um die Befreiung von Glücksspielen von der Mehrwertsteuer und zwar i. Z. m. Telefonwetten. Gefragt wurde, ob die entsprechenden Leistungen der sog. Call-Center, über die die Wetten vermittelt wurden, auch unter die Steuerbefreiung fallen können. Nur wegen dieses Aspektes, also der Frage, was alles unter den Begriff „Glücksspiele“ subsumierbar ist, kommt diesem Fall im Hinblick auf das Gesamtthema dieser Ausarbeitung eine gewisse Bedeutung zu. Die reinen Steuerfragen können deshalb hier übergangen werden.

Das 5-seitige Urteil der Zweiten Kammer (mit fünf Richtern), das am 13.07.2006 nach einer rund 17-monatigen Verfahrensdauer und ohne vorherige Schlussanträge (der GA in Stix-Hackl) erging, soll daher auch nur verkürzt dargestellt werden.

<sup>1179</sup> Schlussanträge RAL (G2/9), a. a. O., Nr. 29.

<sup>1180</sup> Schlussanträge RAL (G2/9), a. a. O., Nr. 31.

## (2) Sachverhalt

Unites Utilities ist das zur Zahlung der Mehrwertsteuer verpflichtete Mitglied einer Gruppe von Unternehmen, zu der auch Vertex gehört. Vertex bot Call-Center-Dienstleistungen an u. a. für Littlewoods, den Anbieter von Telefonwetten. Littlewoods hatte beschlossen, einen Teil seiner Aktivitäten auszugliedern, und schloss zu diesem Zweck mit Vertex einen Vertrag über Call-Center-Dienstleistungen. Nach diesem Vertrag musste Vertex (lediglich) das Personal, die Räumlichkeiten sowie die Telefon- und Computeranlagen bereitstellen, die zur Entgegennahme der betreffenden Wetten erforderlich waren. Littlewoods dagegen wählte die Sport- und die anderen Ereignisse aus, auf die gewettet werden konnte, legte die Quoten fest, wertete die Wetten aus und verwaltete die damit zusammenhängenden Einnahmen und Ausgaben. Vertex nahm nur die Anrufe entgegen und zeichnete die Wetten entsprechend den von Littlewoods aufgestellten Bedingungen auf. Sie verfügte über keinerlei Ermessensspielraum.<sup>1181</sup>

Untited Utilities, von dem die Zahlung der Mehrwertsteuer verlangt wurde, war nun der Auffassung, dass die von Vertex erbrachten Dienstleistungen in den Anwendungsbereich der Sechsten RL fallen würden und daher in den Genuss der vorgesehenen Befreiung von der Mehrwertsteuer kommen müssten.<sup>1182</sup>

Die Commissionsers of Customs & Excise, das VAT and Duties Tribunal, der High Court of Justice und der Court of appeal verwarfen nacheinander die Argumentation von Untited Utilities.<sup>1183</sup> Das House of Lords, bei dem der Rechtsstreit zuletzt anhängig war, hatte dem Gerichtshof nachfolgende Frage vorgelegt.

## (3) Vorlagefrage

*„Findet die in Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie vorgesehene Steuerbefreiung für Wetten Anwendung, wenn eine Person (der Beauftragte) im Namen einer anderen Person (des Auftraggebers) Dienstleistungen erbringt, die darin bestehen, dass er Wetten von Kunden annimmt und [...] ihre Annahme durch den Auftraggeber mitteilt, wenn*

- a) die Handlungen eines Beauftragten einen notwendigen Schritt bei der Herstellung des Wettrechtsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dessen Kunden darstellen und durch sie die Wette zustande kommt,*
- b) der Beauftragte jedoch keine Entscheidung über die Festlegung der Wettquoten trifft, die durch den Auftraggeber oder in einigen Fällen durch Dritte gemäß den Regeln der betreffenden Sportart festgelegt werden, und*
- c) der Beauftragte im Namen des Auftraggebers über die Annahme oder die Ausschlagung von Wetten nach Kriterien entscheidet, die der Auftraggeber festgelegt hat, so dass der Beauftragte kein Ermessen hat?“*

## (4) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hat die Frage im Urteilstenor wie folgt beantwortet:

*„Artikel 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie [...] ist dahin auszulegen, dass Call-Center-Dienstleistungen, die zugunsten eines Organisators von Telefonwetten erbracht werden und die die Annahme der Wetten im Namen des Wettorganisors durch das Personal des Erbringers dieser Dienstleistungen einschließen, keine Wettumsätze im Sinne dieser Vorschrift darstellen und dass ihnen daher nicht die in dieser Vorschrift vorgesehene Mehrwertsteuerbefreiung zugute kommen kann.“*

<sup>1181</sup> Urteil United Utilities (G2/10), C-89/05, ECLI:EU:C:2006:469, Rnn. 6–9

<sup>1182</sup> Urteil United Utilities, a. a. O., Rn. 11.

<sup>1183</sup> Urteil United Utilities, a. a. O., Rnn. 17 und 18.

### (5) Würdigung durch den Gerichtshof

Zur Begründung hat der EuGH ausgeführt, dass die Begriffe, mit denen Steuerbefreiungen umschrieben würden, eng auszulegen seien, da diese Steuerbefreiungen Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz darstellten, dass jede Dienstleistung der Mehrwertsteuer unterliege. Zudem müsse die Auslegung der Begriffe mit den Zielen in Einklang stehen, die mit den Befreiungen verfolgt würden.<sup>1184</sup>

Was Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele betreffe, so sei festzustellen, dass die Steuerbefreiung durch praktische Erwägungen veranlasst sei, und nicht, wie es bei bestimmten im sozialen Bereich erbrachten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der Fall sei, durch den Willen, diesen Tätigkeiten eine günstigere mehrwertsteuerliche Behandlung zu gewährleisten.<sup>1185</sup>

Im Lichte dieser Erwägungen sei die Tätigkeit im Ausgangsverfahren zu prüfen. Die von Vertex erbrachte Dienstleistung bestehe darin, das Personal, die Räumlichkeiten sowie die Telefon- und Computeranlagen bereitzustellen, die zur Entgegennahme der Wetten erforderlich seien, deren Gegenstand und Quote jedoch vom Empfänger dieser Leistung, Littlewoods, festgestellt würden. Diese Tätigkeit sei im Gegensatz zu dem in der Sechsten RL erfassten Wettumsatz in keiner Weise durch die Einräumung einer Gewinnchance an die Wettteilnehmer und im Gegenzug die Hinnahme des Risikos, diese Gewinne auszahlen zu müssen, gekennzeichnet.<sup>1186</sup> Für den EuGH konnten daher die Call-Center-Dienstleistungen nicht von der Mehrwertsteuer befreit werden.

### (6) Kommentierung

In diesem Judikat wird zu Recht darauf hingewiesen, dass Steuerbefreiungen als Ausnahmen von der allgemeinen Steuerpflicht eng auszulegen sind. Auch die Aussage ist beachtenswert, dass die Ausnahmen glücksspielbezogen nur aus pragmatischen Gründen akzeptiert würden und eigentlich nicht wie die sich aus dem Allgemeininteresse ergebenden Befreiungsgründe politisch gewollt seien. Insofern ist der konkrete Ausschluss der Steuerbefreiung nachvollziehbar.

Das Urteil hat auch eine gewisse Bedeutung für die Ermittlung des Wettumsatzes. Natürlich kann man argumentieren, dass die „ausgegliederten“, eher technischen Tätigkeiten nicht zum Wettbereich als solchem gehören. Andererseits dürfte auch feststehen, dass diese Aktivitäten wohl von der Mehrwertsteuer befreit gewesen wären, wenn sie vom Wettbetreiber Littlewoods selbst vorgenommen worden wären. Zumindest hätte der Gerichtshof zu diesem Gesichtspunkt einige Ausführungen machen sollen.

## 3.2.11 Die Rechtssache C-153/08 KOMMISSION/SPANIEN (G2/11)

### (1) Betreff

In diesem **Vertragsverletzungsverfahren** ging es um die Verweigerung einer Steuerbefreiung für Gewinne aus Glücksspielen, die in anderen Mitgliedstaaten erzielt worden waren, während Gewinne aus gewissen spanischen Glücksspielen, also nicht aus allen, steuerbefreit waren.

### (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Klage war am 15.04.2008 eingereicht worden. GA Mengozzi hat am 16.07.2009 – eine mündliche Verhandlung hatte nicht stattgefunden – seine 18-seitigen Schlussanträge (mit 109 Nummern) vorgelegt. Das 12-seitige Urteil (mit 50 Rnn.) der Ersten Kammer des Gerichtshofs (mit 5 Richtern) erging – nach einer rd. 15-monatigen Verfahrensdauer – am 06.10.2009.

<sup>1184</sup> Urteil United Utilities, a. a. O., Rnn. 21 und 22.

<sup>1185</sup> Urteil United Utilities, Rn. 23.

<sup>1186</sup> Urteil United Utilities, Rnn. 24–26.

### (3) Rechtlicher Rahmen

#### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Fallrelevant zu prüfen waren Art. 49 EG, der die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verbietet, und der vergleichbare Art. 36 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR).

#### (3.2) Nationales Recht

Art. 7 des spanischen Gesetzes 35/2006 (Einkommensteuergesetz) bestimmte:

*„Folgende Einkünfte sind steuerfrei:*

*[...]*

*ñ) Gewinne aus Lotterien und Wetten, die von dem öffentlichen Unternehmen ‚Loterías y Apuestas del Estado‘ [Staatliche nationale Einrichtung für Lotterien und Wetten] und von Organen oder Einrichtungen der autonomen Gemeinschaften veranstaltet werden, sowie aus vom spanischen Roten Kreuz veranstalteten Tombolas oder aus den Arten von Gewinnspielen, die der Organización Nacional de Ciegos Españoles [Nationale Organisation der spanischen Blinden] erlaubt sind.*

*[...].“*

### (4) Klageantrag

Mit ihrer Klage (zit. in Rn. 1) beantragte die Kommission,

*„festzustellen,<sup>[1187]</sup> dass das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere aus Art. 49 EG und Art. 36 [...des EWR-Abkommens] verstoßen hat, dass es eine steuerliche Regelung beibehalten hat, wonach Gewinne aus **allen** außerhalb des Königreichs Spanien veranstalteten Lotterien, Glücksspielen und Wetten besteuert werden, während Gewinne aus **bestimmten** im Königreich Spanien veranstalteten Lotterien, Glücksspielen und Wetten von der Einkommensteuer befreit sind.“* [Hervorhebungen durch Verf.]

### (5) Antwort des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hatte für Recht erkannt:

- „1. Das Königreich Spanien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 49 EG und Art. 36 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 2. Mai 1992 verstoßen, dass es eine steuerliche Regelung beibehalten hat, nach der die Gewinne aus der Teilnahme an Lotterien, Spielen und Wetten, die im Königreich Spanien von einigen öffentlichen Einrichtungen und in Spanien ansässigen gemeinnützigen Einrichtungen, die sozial oder karitativ tätig sind, veranstaltet werden, steuerbefreit sind, ohne dass Gewinnen aus Lotterien, Spielen und Wetten, die von Einrichtungen veranstaltet werden, die in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums ansässig sind und die gleichartige Tätigkeiten ausüben, ebenfalls eine solche Befreiung gewährt würde*
- 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.<sup>[1188]</sup>*

<sup>1187</sup> Die Urteile in Vertragsverletzungsverfahren haben nur „Feststellungscharakter“ (Art. 260 Abs. 1 AEUV, vormals Art. 228 Abs. 1 EG). Dies ist das völkerrechtliche Erbe, das sich auch im Europarecht niederschlägt, und gemäß dem es (noch) nicht üblich ist, Staaten direkt zu einer Leistung oder Handlung zu verurteilen. Allerdings haben die einer Vertragsverletzung befundenen Mitgliedstaaten „die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben“, andernfalls gegen sie ein zweites Vertragsverletzungsverfahren angestrengt werden kann, in dem sie sogar zur Zahlung eines Pauschalbetrags oder/und eines Zwangsgeldes verurteilt werden können (Art. 260 Abs. 1–3 AEUV, Ex-Art. 228 Abs. 1–3 EG). Ein solches „Sanktionsurteil“ ist in der nachfolgend erörterten Rs. C-109/08, Kommission vs. Griechenland (G3/5) ergangen.

<sup>1188</sup> Die Klage wurde nur deshalb teilweise abgewiesen, weil die Kommission alle ausländischen Glücksspielangebote der spanischen Regelung gegenüberstellte, während der EuGH dies nur für gleichartige Spielangebote tat, s. nachfolgend (8).

3. *Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und das Königreich Spanien tragen ihre eigenen Kosten.*“

#### (6) Antwortvorschlag des Generalanwalts

Die Ziffern 1. und 2. des Vorschlags des GAs waren praktisch identisch mit denen des späteren Urteils. Nur zu den Kosten machte der GA in seiner Ziff. 3. einen anderen Vorschlag, nämlich den, *„dem Königreich Spanien zwei Drittel der gesamten Kosten und der Kommission das verbleibende Drittel aufzuerlegen.“*

#### (7) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt

Zum Parteienvortrag meinte der EuGH, die Kommission machte geltend, da die Steuerbefreiung nur Einrichtungen mit Sitz in Spanien zugute komme, stelle sie eine Diskriminierung dar.<sup>1189</sup>

Spanien habe dagegen ausgeführt, die Steuerbefreiung begründe zwar eine Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Einrichtungen, für die sie nicht gelte. Allerdings sei diese Ungleichbehandlung weder diskriminierend, noch verstoße sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, da sich die von der genannten Steuerbefreiung nicht erfassten Einrichtungen nicht in derselben Situation befänden wie diejenigen, die in deren Anwendungsbereich fielen.<sup>1190</sup>

Der Gerichtshof meinte dazu, dass es zwar legitim sei, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung von Steuervergünstigungen Einrichtungen vorbehalte, die bestimmte seiner Gemeinwohlziele verfolgten. Er könne solche Vergünstigungen aber nicht Einrichtungen vorbehalten, die in seinem Hoheitsgebiet ansässig seien und deren Tätigkeiten ihn daher von bestimmten seiner Aufgaben entlasten könnten.<sup>1191</sup>

Weiter führte der EuGH aus: *„Insbesondere können, wenn eine in einem Mitgliedstaat als gemeinnützig anerkannte Einrichtung, die dafür nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt und ihr Ziel die Förderung identischer Interessen der Allgemeinheit ist, sodass sie auch im letztgenannten Mitgliedstaat als gemeinnützig anerkannt werden könnte, die Stellen dieses Mitgliedstaats der Einrichtung das Recht auf Gleichbehandlung nicht allein aus dem Grund verwehren, dass sie nicht im Inland ansässig ist [...]“*.<sup>1192</sup>

Die öffentlichen Einrichtungen und die sozial oder karitativ tätigen gemeinnützigen Einrichtungen, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig seien und dieselben Ziele verfolgten wie die in Art. 7 Buchst. ñ des spanischen Einkommensteuergesetzes aufgeführten Einrichtungen, befänden sich

<sup>1189</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, Rs. C-153/08, ECLI: EU:C:2009:618, Rn. 12.

<sup>1190</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O. Rn. 19.

<sup>1191</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 30. Der Gerichtshof verwies insoweit auf das Urteil v. 27.01.2009 in der Rs. C-318/07, ECLI:EU:C:2009:33 (Persche, Slg. 2009, I-359) Rn. 44. In diesem Fall hatte der deutsche Staatsbürger Persche einem spanischem Seniorenheim Sachspenden zugutekommen lassen. Sein Antrag, dies von der deutschen Steuer absetzen zu können, war abgelehnt worden. Der Gerichtshof hatte aber in der Ziffer 2. des Urteilstenors festgehalten, dass Art. 56 EG dem entgegenstände. Zur Begründung der Ablehnung hatte das deutsche Finanzamt u. a. angegeben, dass die Steuerabzugsfähigkeit deshalb auf Leistungen an einheimische Sozialeinrichtungen beschränkt sei, weil diese durch ihre Tätigkeiten quasi im Gegenzug den Staat von Aufgaben und Ausgaben entlasten würden. Der EuGH war diesem Argument jedoch nicht gefolgt, weil zum einen vergleichbare ausländische, gemeinnützige Einrichtungen sich in der gleichen Situation befänden wie inländische und deshalb nicht unterschiedlich behandelt werden dürften, da sie identische Interessen verfolgten. Zum anderen sei die Verringerung der Steuereinnahmen kein zwingender Grund des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung der Beschränkung einer Grundfreiheit. (Im Fall Persche war es die Freiheit des Kapitalverkehrs.)

<sup>1192</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 31. Der Gerichtshof zitierte dazu das Urteil v. 14.09.2006 in der Rs. C-386/04, ECLI:EU:C:2006:568, (Centro di Musicologia Walter Stauffer, Slg. 2006, I-8203) Rn. 40. Das Centro di Musicologia war eine gemeinnützige Stiftung italienischen Rechts – zur Ausbildung in der Herstellung von Saiteninstrumenten u. a., die in München ein Grundstück besaß. Das dortige Finanzamt unterwarf die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung der vollen Körperschaftsteuer mit der Begründung, die in § 5 Abs. 2 Nr. 3 Körperschaftsteuergesetz vorgesehene Steuerbefreiung für Körperschaften, die gemeinnützigen Zwecken dienten, sei auf beschränkt Steuerpflichtige nicht anwendbar. (Das Centro war in Italien voll und daher in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtig.) Der EuGH hielt diese Ungleichbehandlung für nicht mit dem EU-Recht vereinbar. In der dortigen Rn. 40 wurde festgehalten, dass die Voraussetzungen (für die Steuerbefreiung) auch dann erfüllt seien, wenn das Ziel der ausländischen Stiftung *„die Förderung identischer Interessen der Allgemeinheit [sei].“*

in einer Situation, die mit derjenigen dieser Einrichtungen vergleichbar sei.<sup>1193</sup> Diese Feststellung gelte jedoch nur für Einrichtungen, die mit den in der genannten Vorschrift aufgeführten vergleichbar seien und – anders als die Kommission meine – nicht für sämtliche in einem anderen Mitgliedstaat als dem Königreich Spanien ansässige Veranstalter von Lotterien, Spielen und Wetten.<sup>1194</sup>

Die Beschränkung sei aber nur gerechtfertigt, wenn die verfolgten Ziele Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne des Art. 46 Abs. 1 EG zugeordnet werden könnten und wenn sie mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehe. In diesem Zusammenhang sei hinzuzufügen, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet sei, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht werde, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.<sup>1195</sup>

Was erstens das Ziel der Verhütung von Geldwäsche und der Bekämpfung von Steuerhinterziehung betreffe,<sup>1196</sup> sei zwar klar, dass dieses Ziel dem Begriff „öffentliche Ordnung“ zugeordnet werden könne. Die Behörden eines Mitgliedstaats dürften jedoch nicht allgemein und unterschiedslos davon ausgehen, dass Einrichtungen, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig seien, kriminelle Handlungen begehen würden. Darüber hinaus sei der generelle Ausschluss dieser Einrichtungen von der Steuerbefreiung als unverhältnismäßig anzusehen, da er über das hinausgehe, was zur Bekämpfung der Kriminalität erforderlich sei. Es gebe nämlich mehrere Mittel, die Tätigkeit und die Konten dieser Einrichtungen zu kontrollieren.

Was zweitens die Bekämpfung der Glücksspielabhängigkeit angehe, könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass dieses Ziel dem Schutz der öffentlichen Gesundheit zugeordnet werden könne, doch sei im vorliegenden Fall zunächst festzustellen, dass Spanien nichts vorgetragen habe, woraus hervorgehe, *„dass diese Krankheit in der Bevölkerung Spaniens so weit verbreitet wäre, dass sie als Gefahr für die öffentliche Gesundheit angesehen werden könnte“*.<sup>1197</sup> Ferner sei die Steuerbefreiung der Gewinne „geeignet, die Verbraucher zur Teilnahme an Lotterien, Glücksspielen und Wetten, für die diese Befreiung gilt, zu ermuntern und damit nicht geeignet, die Verwirklichung des angeblich verfolgten Ziels in kohärenter Weise zu gewährleisten. Da die streitige Steuerbefreiung die Typologie der verschiedenen Spiele nicht berücksichtige, könne das Königreich Spanien schließlich nicht mit Erfolg geltend machen, mit der Steuerbefreiung werde das Ziel verfolgt, die Spiellust der Spieler auf bestimmte Spiele zu lenken, deren Ablaufmodalitäten ein geringeres Abhängigkeitspotenzial aufwiesen“.<sup>1198</sup>

Was drittens das Argument des Königreichs Spanien betreffe, wonach die Einnahmen der Einrichtungen, für deren Spiele die fragliche Steuerbefreiung gelte, zur Finanzierung von Infrastrukturmaßnahmen und gemeinnützigen Projekten beitragen, sei daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bereits entschieden habe, dass es zwar nicht gleichgültig sei, dass Lotterien und andere Glücksspiele in erheblichem Maße zur Finanzierung gemeinnütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten beitragen könnten, dies allein aber nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden könne. Wirtschaftliche Gründe gehörten nicht zu den Gründen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könnten.<sup>1199</sup>

<sup>1193</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 33.

<sup>1194</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 35.

<sup>1195</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 38. Der EuGH verwies insoweit auf das Urteil Liga Portuguesa (G1/8), Rn. 61 und auf das Urteil v. 10.03.2009 in der Rs. C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, (Hartlauer, Slg. 2009, I-1751), Rn. 55. Zur Rs. Hartlauer s. Fn. 692.

<sup>1196</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 39.

<sup>1197</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 40.

<sup>1198</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rnn. 41 und 42.

<sup>1199</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 43.

Was viertens den Schutz der Sozialordnung und der Verbraucher anbelange, fänden die Überlegungen, die der Gerichtshof in den Urteilen Schindler, Läärä u. a. sowie Zenatti zu diesen Rechtfertigungsgründen angestellt habe, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung.<sup>1200</sup> Im vorliegenden Fall gelte die Beschränkung nämlich nicht unterschiedslos, sondern sie sei diskriminierend. Sie könne daher nicht durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.<sup>1201</sup> Zudem könne mit der streitigen Steuerbefreiung weder das Ziel des Schutzes der Sozialordnung erreicht werden, da sie zur Teilnahme an Lotterien und Wetten ermuntere, statt hiervon abzuhalten, noch das Ziel des Verbraucherschutzes, da zwischen der Steuerbefreiung und den Verwaltungsmaßnahmen, die dem Schutz der Verbraucherinteressen dienen, kein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Daraus folge, dass die Diskriminierung nicht im Sinne des Art. 46 Abs. 1 EG gerechtfertigt sei.<sup>1202</sup>

GA Mengozzi, den der EuGH im Urteil mehrfach zitierte, hatte den Fall ebenso bewertet.

### **(8) Kurzkomentierung**

Die Rs. war derjenigen in der Rs. Lindman (G2/7) vergleichbar mit dem einzigen Unterschied, dass nicht die Gewinne aus allen spanischen Glücksspielen steuerbefreit waren, sondern nur solche aus bestimmten Spielen. In der Sache Lindman waren dagegen Gewinne aus allen finnischen Glücksspielen steuerbefreit. Dieser Unterschied wirkte sich jedoch nur auf die Kostenregelung aus. Ansonsten sah der Gerichtshof in der spanischen Regelung zu Recht eine Vertragsverletzung.

Positiv zu sehen sind die Ausführungen des Gerichtshofs zu Art. 46 EG (jetzt Art. 52 AEUV), aus denen sich ergibt, dass auf die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit nur zurückgegriffen werden kann, wenn diese Rechtsgüter in einem erheblichen Umfang beeinträchtigt werden.

### **3.2.12 Die Rechtssache LEO-LIBERA (G2/12)**

#### **(1) Betreff**

Auch in der deutschen Rs. Leo-Libera ging es um eine verweigerte Steuerbefreiung für Glücksspiele. Konkret ging es um Einnahmen aus dem Spielbetrieb von Automaten.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesfinanzhofs war am 11.02.2009 beim EuGH eingegangen. Am 04.03.2010 fand die mündliche Verhandlung statt, woraufhin GA Bot schon am 11.03.2010, also nur eine Woche danach – üblich sind sonst mehrere Wochen –, seine 7-seitigen Schlussanträge (mit 50 Nrn.) vorlegte. Die Erste Kammer des Gerichtshofs (mit 5 Richtern) hat am 10.06.2010 ihr 9-seitiges Urteil (mit 40 Rnn.) erlassen. Der Fall war also rund 16 Monate anhängig. Am Verfahren hatten sich außer der Leo-Libera GmbH und der Kommission Belgien, Deutschland, Irland und das Vereinigte Königreich beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Das Vorabentscheidungsersuchen betraf die Auslegung der Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem.<sup>1203</sup> Diese RL ersetzt inzwischen die Sechste Richtlinie.

Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112 sieht vor:<sup>1204</sup>

<sup>1200</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 44.

<sup>1201</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rn. 45.

<sup>1202</sup> Urteil C-153/08 Kommission vs. Spanien, a. a. O., Rnn. 46 und 47.

<sup>1203</sup> Europ. ABl. L 347, S. 1

*„Die Mitgliedstaaten befreien folgende Umsätze von der Steuer:*

*[...]*

*Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz unter den Bedingungen und Beschränkungen, die von jedem Mitgliedstaat festgelegt werden. [...].*

*[...].“*

Diese jetzt geltende Bestimmung ist also wortgleich mit Art. 13 Teil B lit. f der früheren Sechsten RL.

### *(3.2) Nationales Recht*

Wohl in Folge des Urteils Linneweber und Akritidis (G2/8) wurde § 4 Nr. 9 Buchst. b des Umsatzsteuergesetzes 2005 (UStG)<sup>1205</sup> durch das Gesetz zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen (StEindämmG) v. 28.04.2006<sup>1206</sup> geändert. Nunmehr sind umsatzsteuerfrei *„die Umsätze, die unter das Rennwett- und Lotteriegesez fallen. Nicht befreit sind die unter das Rennwett- und Lotteriegesez fallenden Umsätze, die von der Rennwett- und Lotteriesteuer befreit sind oder von denen diese Steuer allgemein nicht erhoben wird.“*

Nach dem UStG i. V. m. dem Rennwett- und Lotteriegesez sind also Pferderennwetten („Pferdewetten“), Wetten zu festen Odds („ODDSET-Wetten“), Lotterien und Ausspielungen von der Umsatzsteuer befreit.<sup>1207</sup>

### **(4) Sachverhalt und Vorbringen von Leo-Libera**

Leo-Libera betrieb eine Spielhalle mit Geldspielautomaten. Gegen die Festsetzung ihrer Umsatzsteuervorauszahlung für den Monat Januar 2007 durch das Finanzamt legte sie Einspruch ein und machte geltend, diese Umsätze seien von der Umsatzsteuer befreit. Gegen die Zurückweisung des Einspruchs erhob Leo-Libera Klage beim Finanzgericht, das die Klage abwies. Zur Begründung ihrer Revision zum Bundesfinanzhof führte Leo-Libera aus, nach Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112 dürfe ein Mitgliedstaat nicht ausschließlich Wetten und Lotterien von der Umsatzsteuer befreien, sondern müsse auch „sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz“ befreien. Zwar könnten die nationalen Gesetzgeber diese Befreiung unter Bedingungen und Beschränkungen stellen. Sie seien jedoch daran gehindert, das „sonstige Glücksspiel mit Geldeinsatz“ generell zu besteuern. Da aber nach deutschem Recht etwa 63 % der gesamten in Deutschland erzielten Glücksspielumsätze umsatzsteuerpflichtig seien, komme die in der Richtlinie 2006/112 vorgesehene Steuerbefreiung nur noch dem geringeren Teil der Umsätze zugute. Die nationalen Rechtsvorschriften seien daher nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.<sup>1208</sup>

### **(5) Vorlagefrage**

Der Bundesfinanzhof hat dem EuGH folgende Frage vorgelegt:<sup>1209</sup>

*„Ist Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112 dahin auszulegen, dass den Mitgliedstaaten eine Regelung gestattet ist, nach der nur bestimmte (Renn-)Wetten und Lotterien von der Steuer befreit und sämtliche ‚sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz‘ von der Steuerbefreiung ausgenommen sind?“*

### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof hat für Recht erkannt:

*„Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112/EG [...] ist dahin auszulegen, dass es den Mitgliedstaaten in Ausübung ihrer Befugnis, Bedingungen und Beschränkungen für die*

<sup>1204</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), Rs. C-58/09, ECLI:EU:C:2010:333, Rn. 4.

<sup>1205</sup> BGBl. 2005 I S. 386

<sup>1206</sup> BGBl. 2006 I S. 1095

<sup>1207</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rnn. 6–9.

<sup>1208</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rnn. 10–12.

<sup>1209</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rn. 16.

*in dieser Bestimmung vorgesehene Befreiung von der Mehrwertsteuer festzulegen, gestattet ist, nur bestimmte Glücksspiele mit Geldeinsatz von dieser Steuer zu befreien.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der GA hatte folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112/EG [...] ist dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat befugt ist, die Befreiung von der Mehrwertsteuer für Glücksspiele mit Geldeinsatz auf eine begrenzte Zahl von Spielen wie Wetten und Lotterien zu beschränken und dieser Steuer alle anderen Glücksspiele mit Geldeinsatz einschließlich der Geldspielautomaten zu unterwerfen.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Der EuGH wies zunächst darauf hin, dass die Begriffe, mit denen die Steuerbefreiungen umschrieben seien, eng auszulegen seien, da sie Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz darstellten, dass jede Dienstleistung, die ein Steuerpflichtiger gegen Entgelt erbringe, der Mehrwertsteuer unterliege.<sup>1210</sup> Was insbesondere Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele betreffe, sei festzustellen, dass die Steuerbefreiung, die ihnen zugutekomme, durch praktische Erwägungen veranlasst sei, da sich Glücksspielumsätze schlecht für die Anwendung der Mehrwertsteuer eigneten, und nicht, wie es bei bestimmten im sozialen Bereich erbrachten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der Fall sei, durch den Willen, diesen Tätigkeiten eine günstigere mehrwertsteuerliche Behandlung zu gewährleisten.

Dazu meinte der EuGH in den Rnn. 24–27, aus der Formulierung des Art. 135 Abs. 1 Buchst. i ergebe sich zunächst, dass dieser Artikel den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Befreiung oder Besteuerung der betreffenden Umsätze einen weiten Wertungsspielraum eingeräumt habe, da er ihnen gestatte, die Bedingungen und Beschränkungen festzulegen, von denen die Gewährung der Befreiung abhängig gemacht werden könne. Ferner liefere der Wortlaut des genannten Artikels keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gemeinschafts-gesetzgeber eine mengenmäßige Beschränkung gleich welcher Art einführen wollte.

Weiter sagte er, dem stehe in Anbetracht der Zielsetzung und der allgemeinen Systematik der Richtlinie nicht entgegen, dass der Gerichtshof wiederholt entschieden habe, dass die Veranstaltung und der Betrieb von Glücksspielen und Glücksspielgeräten grundsätzlich von der Mehrwertsteuer zu befreien seien.<sup>1211</sup> Was die Zielsetzung der fraglichen Befreiung angehe, stehe es den Mitgliedstaaten nicht nur frei, die Bedingungen und Beschränkungen der Befreiung festzulegen, sondern es sei auch ihrem Ermessen überlassen, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten oder sie zu beschränken.<sup>1212</sup> Ein Mitgliedstaat könne daher veranlasst sein, das Angebot an Glücksspielen auf die Arten von Spielen zu beschränken, die sich für die Anwendung der Mehrwertsteuer eigneten.<sup>1213</sup>

Hinzu komme, dass der Grundsatz der steuerlichen Neutralität, der besage, dass gleichartige und deshalb miteinander im Wettbewerb stehende Leistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer nicht unterschiedlich behandelt werden dürften, einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehe.<sup>1214</sup>

Die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung behandle gleichartige Glücksspiele mit Geldeinsatz, die als miteinander im Wettbewerb stehend betrachtet werden könnten, mehrwertsteuerlich

<sup>1210</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rn. 22 ff. Der Gerichtshof verwies in diesem Zusammenhang und auch mehrfach nachfolgend auf sein Urteil United Utilities (G3/4).

<sup>1211</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rn. 28. Der Gerichtshof bezog sich dabei auf die oben besprochenen Urteile Fischer (G2/5) Rn. 25, sowie Linneweber und Akritidis (G2/8) Rn. 23.

<sup>1212</sup> Der EuGH verwies insoweit auf die Urteile Schindler (G1/1) Rn. 61 und Läärä (G1/2) Rn. 35.

<sup>1213</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rnn. 29 und 30.

<sup>1214</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rnn. 34 und 35.

nicht unterschiedlich.<sup>1215</sup> Dass die von der Mehrwertsteuer befreiten Glücksspiele mit Geldeinsatz wie im Ausgangsverfahren nur den geringeren Teil der im Inland zugelassenen Spiele ausmachten und/oder mit ihnen nur der geringere Teil des dort im Glücksspielbereich erzielten Gesamtumsatzes erwirtschaftet werde, sei also in Bezug auf den Grundsatz der steuerlichen Neutralität unerheblich.<sup>1216</sup>

### **(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

GA Bot war – wie sich auch aus seinem mit dem Urteilstenor fast wörtlich übereinstimmenden Antwortvorschlag ergibt – zum gleichen Ergebnis gekommen.

### **(10) Kommentierung**

Das Urteil bestätigte die vom EuGH wiederholt gemachte Aussage, dass Ausnahmen von europarechtlichen Normen zwar eng auszulegen seien, dass die Staaten aber bei der Festlegung der Bedingungen und Beschränkung einer Steuerbefreiung frei seien. Darüber hinaus gab das Urteil bezogen auf die Frage des prozentualen Anteils der von der Mehrwertsteuer zu befreienden Spiele Hinweise zur Interpretation der relevanten Bestimmung des Art. 135 der RL 2006/112. Auch zum Ermessen der Mitgliedstaaten, welche Spiele sie von der Steuer befreien wollen und welche nicht, machte der Gerichtshof hilfreiche Angaben wie ebenso zu den Wirkungen der steuerlichen Neutralität, wobei er darauf abhob, ob die fraglichen Spiele miteinander im Wettbewerb stehen.

## **3.2.13 Die Rechtssache HENFLING (G2/13)**

### **(1) Betreff**

Erneut ging es in dieser belgischen Rs. im Hinblick auf Glücksspiele um eine Befreiung von der Mehrwertsteuer. Im Gegensatz zum Fall Unites Utilities (G2/10) ging es sachverhaltsmäßig jedoch nicht (nur) um bloß „technische“ Abwicklungen durch Wettenannehmer, sondern um von Wettannahmestellen selbstständig erbrachte Wettdienstleistungen.

### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorlageersuchen der Cour d'appel Mons war am 24.09.2010 beim EuGH eingegangen. Am 18.05.2011 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. Am Verfahren hatten sich nur die 3 Berufungsbeklagten des Ausgangsverfahrens sowie die belgische Regierung und die Kommission beteiligt. Das 9-seitige Urteil der 7. Kammer (einer Dreier-Kammer) war am 14.07.2011 ergangen. Der Fall war also nicht ganz 10 Monate anhängig.

GA Bot hatte keine Schlussanträge gestellt.

### **(3) Rechtlicher Rahmen**

Auszulegen waren die Art. 6 Abs. 4<sup>1217</sup> und Art. 13 der Sechsten Richtlinie.

### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Die belgische Tiercé Franco-Belge SA (i. F.: TFB) war eine (mehrwertsteuerpflichtige) AG, die mit der Annahme von Wetten befasst war. Sie hatte mit verschiedenen Wettbürobetreibern sog. „Kommissionsverträge“ abgeschlossen, gemäß denen die Bürobetreiber zwar selbstständig, jedoch für Rechnung der TFB Wetten abschlossen. Die Geschäfte blieben im Eigentum der TFB, die u. a. auch die Hard- und Software zur Verfügung stellte. Die Wettbürobetreiber, die eine

<sup>1215</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rn. 36.

<sup>1216</sup> Urteil Leo-Libera (G2/12), a. a. O., Rnn. 37 und 38.

<sup>1217</sup> Art. 6 Abs. 4, der bei der Zitierung des relevanten Wortlauts der Sechsten RL (s. o. Teil D, III, 1.2) nicht genannt wurde, bestimmte: „Steuerpflichtige, die bei der Erbringung von Dienstleistungen im eigenen Namen, aber für Rechnung Dritter tätig werden, werden so behandelt, als ob sie diese Dienstleistung selbst erhalten oder erbracht hätten.“

Provision bezogen, konnten über ihre Organisation frei entscheiden und selbstständig ihr Personal einstellen. Sie konnten die Annahme einer Wette auch ohne Begründung ablehnen.<sup>1218</sup>

Die belgische Steuerverwaltung verlangte nun von der TFB die Nachbesteuerung der an die Wettbürobetreiber bezahlten Provisionen. Sie machte geltend, die Betreiber hätten im Auftrag der TFB gehandelt, sodass ihre Tätigkeiten mehrwertsteuerpflichtig gewesen seien. Die TFB ging dagegen im Klagewege vor und vertrat die Auffassung, die selbstständigen Wettbürobetreiber seien als Kommissionäre anzusehen, die im Rahmen einer von der Mehrwertsteuer befreiten Dienstleistung tätig würden.<sup>1219</sup> Nachdem die TFB in Insolvenz geraten war, wurde das Verfahren von den drei Insolvenzverwaltern Henfling, Davin und Tanghe weiter betrieben.

### (5) Vorlagefragen

Die zuletzt angerufene Cour d'appel de Mons hat dem EuGH folgende Frage vorgelegt:<sup>1220</sup>

*„Sind die Art. 6 Abs. 4 und 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass sie der Gewährung einer Steuerbefreiung für Dienstleistungen eines Kommissionärs entgegenstehen, der im eigenen Namen, aber für Rechnung eines Kommittenten, der von Art. 13 Teil B Buchst. f erfasste Dienstleistungen organisiert, auftritt?“*

### (6) Antwort des Gerichtshofs

Im Urteilstenor hat der EuGH für Recht erkannt:

*„Die Art. 6 Abs. 4 und Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG [...] sind dahin auszulegen, dass, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer bei der Annahme von Wetten, die nach Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie von der Mehrwertsteuer befreit sind, im eigenen Namen, aber für Rechnung eines die Tätigkeit eines Wettannehmers ausübenden Unternehmens auftritt, dieses Unternehmen gemäß Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie so behandelt wird, als ob es dem genannten Wirtschaftsteilnehmer Wettendienstleistungen erbrächte, die unter die genannte Steuerbefreiung fallen.“*

### (7) Begründung durch den Gerichtshof

Zur Begründung hat der EuGH in den Rnn. 31 ff. festgehalten:

- „31 Der Gerichtshof hat [...] festgestellt, dass Call-Center-Dienstleistungen, die zugunsten eines Organisations von Telefonwetten erbracht werden [...] keine Wettumsätze im Sinne [...] der Sechsten Richtlinie darstellen, sodass ihnen die [...] Mehrwertsteuerbefreiung nicht zugutekommen kann (Urteil United Utilities, Rn. 29).*
- 32 Das Ausgangsverfahren unterscheidet sich jedoch in mehreren Punkten von dem, das zum Urteil United Utilities geführt hat. Zum einen ist nämlich die Tätigkeit der Wettbürobetreiber insbesondere insofern anders als die der genannten Call-Center, als [die] Wettbürobetreiber [...], die Annahme einer Wette jederzeit ganz oder teilweise verweigern können, ohne dies begründen zu müssen, und auch für die Auszahlung der Gewinne an die Wetter zuständig sind. Zum anderen betraf die Rechtssache, [...] die Annahme von Wetten im Namen des Wettorganisations, während sich die im Ausgangsverfahren aufgeworfene Frage ausdrücklich auf die Situation eines Wirtschaftsteilnehmers bezieht, der für die Annahme der genannten Wetten zwar für Rechnung des Wettorganisations, jedoch im eigenen Namen auftritt.*
- 33 Ein solches Auftreten im eigenen Namen bedeutet, dass [...] das Rechtsverhältnis [...] zwischen diesem Wirtschaftsteilnehmer und dem Wetter auf der einen und diesem Wirtschaftsteilnehmer und dem genannten Unternehmen auf der anderen Seite entsteht.*

<sup>1218</sup> Urteil Henfling (G2/13), C-464/10, ECLI:EU:C:2011:489, Rnn. 12–20.

<sup>1219</sup> Urteil Henfling (G2/13), a. a. O., Rnn. 22 und 23.

<sup>1220</sup> Urteil Henfling (G2/13), a. a. O., Rn. 26.

- 34 *Was die Beurteilung eines solchen Auftretens in Bezug auf die Mehrwertsteuer angeht, bestimmt Art. 6 Abs. 4 der Sechsten Richtlinie, dass Steuerpflichtige, die bei der Erbringung von Dienstleistungen im eigenen Namen, aber für Rechnung Dritter tätig werden, so behandelt werden, als ob sie diese Dienstleistungen selbst erhalten und erbracht hätten.*
- 35 *Diese Vorschrift begründet somit die juristische Fiktion zweier gleichartiger Dienstleistungen, die nacheinander erbracht werden. Gemäß dieser Fiktion wird der Wirtschaftsteilnehmer, der bei der Erbringung von Dienstleistungen hinzutritt und Kommissionär ist, so behandelt, als ob er zunächst die fraglichen Dienstleistungen von dem Wirtschaftsteilnehmer, für dessen Rechnung er tätig wird und der Kommittent ist, erhalten hätte und anschließend diese Dienstleistungen dem Kunden selbst erbrächte. In dem zwischen Kommittent und Kommissionär bestehenden Rechtsverhältnis werden also ihre jeweiligen Rollen als Dienstleister und als Zahler in Bezug auf die Mehrwertsteuer fiktiv vertauscht.“*

### **(8) Kurzkomentierung**

Wie vom Gerichtshof in Rn. 34 festgehalten worden ist, ergibt sich die fallrelevante Steuerbefreiung klar aus Art. 6 Abs. 4 der Sechsten RL, gemäß dem Wettanbieter, die im eigenen Namen Wetten auf Rechnung eines anderen anbieten, steuerrechtlich diesen anderen gleichgestellt werden. Wohl aufgrund dieser Eindeutigkeit war auch „nur“ eine Dreierkammer mit der Sache befasst worden, und hat der GA keine Schlussanträge vorgelegt.

#### **3.2.14 Die verb. Rechtssachen THE RANK GROUP (G2/14)**

##### **(1) Betreff**

Auch in diesen verb. britischen Rsn. ging es um die steuerliche Neutralität (bei einer Steuerbefreiung) im Hinblick auf gleichartige Glücksspieldienstleistungen. Zu prüfen war in der ersten Rs. C-259/10, ob es mit dem Unionsrecht vereinbar war, wenn eine bestimmte Glücksspielart nur bis zu einem gewissen Einsatz- und Gewinnbetrag steuerbefreit war. In der zweiten Rs. C-260/10 ging es darum, ob zwei Arten von Glücksspielautomaten, von denen nur der Betrieb einer Art steuerbefreit war, vergleichbar waren und deshalb gleich behandelt hätten werden müssen.

##### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Vorabentscheidungsersuchen des Court of Appeal (C-259/10) und des Upper Tribunal (C-260/10) waren am 26.05.2010 beim EuGH eingegangen. Durch Beschluss v. 09.08.2010 waren sie miteinander verbunden worden. Die mündliche Verhandlung hat am 30.06.2011 stattgefunden. Erklärungen haben lediglich die Rank Group abgegeben sowie das Vereinigte Königreich und die Kommission. Am 10.11.2011 erging – ohne vorherige Schlussanträge des GA Bot – das 13-seitige Urteil mit 75 Rnn. Die Rs. war also nicht ganz 1 ½ Jahre anhängig. Spruchkörper war die Dritte Kammer (mit 5 Richtern).

##### **(3) Rechtlicher Rahmen**

###### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Fallrelevant ging es insbesondere um Art. 13 Teil B lit. f der Sechsten Richtlinie, gemäß dem die Mitgliedstaaten Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz von der Mehrwertsteuer befreien (sollen).<sup>1221</sup>

###### *(3.2) Britisches Recht*

Nach dem fallrelevant geltenden Value Added Tax Act 1994 (Mehrwertsteuergesetz) war die Erbringung von Dienstleistungen von der Steuer befreit, wenn sie einem der in Schedule 9 dieses

<sup>1221</sup> Urteil Rank Group (G2/14), verb. Rsn. C-259/10 und C-260/10, ECLI:EU:C:2011:7191, Rnn. 3 und 4.

Gesetzes beschriebenen Umsätze entsprach.<sup>1222</sup> Schedule 9 Gruppe 4 („Wetten, Glücksspiel und Lotterien“) sah in Nr. 1 die Bereitstellung von Vorrichtungen zum Abschließen von Wetten oder zum Spielen von Glücksspielen vor.

In den Anmerkungen 1 und 3 c) dieser Gruppe 4 hieß es aber:<sup>1223</sup>

- „(1) Zur Nr. 1 gehören nicht
- a) [...],
  - b) die Einräumung eines Rechts zur Teilnahme an einem Spiel, für das ein Entgelt [... nach dem Glücksspielgesetz von 1968 ...] erhoben werden kann,
  - c) [...],
  - d) die Bereitstellung eines Glücksspielgeräts.  
[...].
- (2) [...].
- (3) Der Begriff ‚Glücksspielgerät‘ bezeichnet ein Gerät, bei dem folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
- a) u. b) [...].
  - c) Das Zufallselement des Spiels wird vom Gerät zur Verfügung gestellt.“

#### (4) Sachverhalt

Zum Ausgangsverfahren hieß es:<sup>1224</sup>

- „13 Rank ist vertretungsberechtigtes Mitglied einer Mehrwertsteuergruppe, die im Vereinigten Königreich Bingo-Clubs und Casinos betreibt, in denen der Kundschaft insbesondere ‚mechanisiertes Bingo mit in Bargeld ausgezahlten Gewinnen‘ ( ‚mechanised cash bingo‘, i. F.: mc-Bingo) und Geldspielautomaten angeboten werden.
- 14 Rank [hatte] für im Rahmen des mc-Bingo und mit Geldspielautomaten erbrachte Dienstleistungen Mehrwertsteuer abgeführt [...] und] erhob in der Folge zwei Klagen [...], um die Erstattung dieser Steuer zu erwirken. [...].
- 15 Diese Klagen wurden im Wesentlichen darauf gestützt, dass verschiedene Arten von mc-Bingo und Geldspielautomaten unterschiedlichen Mehrwertsteuerregelungen unterlägen, obwohl sie aus der Sicht des Verbrauchers miteinander vergleichbar, wenn nicht identisch seien, sodass die Mehrwertbesteuerung bestimmter Arten von mc-Bingo und Geldspielautomaten gegen den Grundsatz der steuerlichen Neutralität verstoße.“

Zur Klage betreffend mc-Bingo führte der Gerichtshof aus:

- „17 Zwischen den Parteien der Ausgangsverfahren ist unstrittig, dass mc-Bingo [...] nur dann von der Mehrwertsteuer befreit war, wenn der Einsatz höchstens 0,50 GBP [= britische Pfund] und der Gewinn höchstens 25 GBP betrug. War dagegen eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, war das betreffende Spiel nicht mehrwertsteuerfrei. Ebenso ist unstrittig, dass die beiden Arten von mc-Bingo aus der Sicht des Verbrauchers identische Spiele darstellten. [...].“

Im Hinblick auf die Klage betreffend Geldspielautomaten hielt der EuGH weiter fest:

- „19 Die in Schedule 9 Gruppe 4 Nr. 1 des Mehrwertsteuergesetzes von 1994 vorgesehene Mehrwertsteuerbefreiung war auf Geldspielautomaten nicht anwendbar, wenn es sich [...] um ein ‚Glücksspielgerät‘ [...] handelte.
- 20 Insoweit werden die von Rank betriebenen, als solche Glücksspielgeräte angesehenen Geldspielautomaten, die zugleich unter Teil III des Glücksspielgesetzes von 1968

<sup>1222</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rn. 5.

<sup>1223</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rnn. 6 und 7.

<sup>1224</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rnn. 13–22.

- fallen (*Part-III-machines*, i. F.: *Teil-III-Geräte*<sup>1225</sup>), zwei anderen Arten von Geldspielautomaten insbesondere unter dem Gesichtspunkt gegenübergestellt, ob das Zufallselement von dem vom Spieler benutzten Gerät selbst – auf einen Befehl der in ihm eingebauten Software hin – zur Verfügung gestellt wird oder nicht.
- 21 Bei Teil-III-Geräten wird das Zufallselement von einem elektronischen Zufallszahlengenerator (*electronic random number generator*) zur Verfügung gestellt, der in das vom Spieler benutzte Gerät eingebaut ist. Die erste für einen Vergleich herangezogene Art von Geldspielautomaten (i. F.: *Vergleichsgeräte I*) besteht dagegen aus Geräten, von denen mehrere auf elektronischem Wege an einen gemeinsamen, separaten elektronischen Zufallszahlengenerator angeschlossen werden, der allerdings in denselben Räumen wie die von den Spielern benutzten Endgeräte untergebracht ist.
  - 22 Die zweite für einen Vergleich herangezogene Art von Geldspielautomaten stellen Festquotenwettgeräte (*Fixed Odds Betting Terminals*, i. F.: *FOBT*) dar, die nur in LBOs [= *Licensed Betting Offices*] installiert werden konnten. [...]. Da FOBT nicht der Definition von *Glücksspielgeräten* im Sinne des Mehrwertsteuerrechts entsprechen, waren sie von dieser Steuer befreit. [...].
  - 23 Vor dem Tribunal war unstreitig, dass die besteuerten Teil-III-Geräte und die Vergleichsgeräte I aus der Sicht der Verbraucher gleichartig waren. [...].“

Die angerufenen Gerichte entschieden in beiden Fällen zu Gunsten von Rank. Gegen die Urteile legten die Commissioners jedoch jeweils ein Rechtsmittel bei den nachfolgend (in den Vorlagefragen) genannten Gerichten ein.<sup>1226</sup>

## (5) Vorlagefragen

Der Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) hat dem EuGH in der Rs. C-259/10 vier Fragen mit über 10 Unterfragen vorgelegt. Das Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) hat dem Gerichtshof in der Rs. C-260/10 zwar „nur“ drei Fragen, jedoch untergliedert in ebenfalls über 10 Unteraspekte, zur Vorabentscheidung vorgelegt. Da diese sehr langen und umfassenden Fragen z.T. rein steuerrechtliche und eher „praktische“ Punkte sowie solche der begrifflichen und technischen Argumentation betrafen, sollen sie hier nicht wörtlich zitiert werden. Glücksspielrelevant ging es vor allem um die Vergleichbarkeit der Spiele im Hinblick auf die steuerliche Neutralität. Gleichzeitig ging es um mit einer Steuerrückerstattung verbundene Rechtsfragen, sowie um die Drittwirkung von Art. 13 der Sechsten RL und um die Sorgfaltpflicht bei der Festlegung der Steuerpflicht. Näheres dazu ergibt sich auch aus den nachfolgenden Ausführungen und aus dem Urteilstenor.

## (6) Antwort des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hat im Urteilstenor für Recht erkannt:

- „1. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität ist dahin auszulegen, dass es für die Feststellung einer Verletzung dieses Grundsatzes genügt, dass zwei aus der Sicht des Verbrauchers gleiche oder gleichartige Dienstleistungen, die dieselben Bedürfnisse des Verbrauchers befriedigen, hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden. [...].
2. Werden zwei Glücksspiele hinsichtlich der Gewährung der Mehrwertsteuerbefreiung nach Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie [...] ungleich behandelt, so ist der Grundsatz der steuerlichen Neutralität dahin auszulegen, dass nicht zu berücksichtigen ist, dass diese beiden Glücksspiele zu unterschiedlichen Lizenzkategorien

<sup>1225</sup> Teil III der Section 26 (1) des Glücksspielgesetzes von 1968 beschrieb die Art der Geräte, für die dieses Gesetz in Frage kam. Der Begriff „Teil III“ wurde deshalb dieser Art von Geräten beigelegt.

<sup>1226</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rnn. 18, 26 und 27.

- gehören und unterschiedlichen rechtlichen Regelungen hinsichtlich ihrer Aufsicht und Regulierung unterliegen.
3. Bei der im Hinblick auf den Grundsatz der steuerlichen Neutralität vorzunehmenden Prüfung, ob zwei Arten von Geldspielautomaten gleichartig sind und die gleiche Behandlung hinsichtlich der Mehrwertsteuer erfordern, ist zu prüfen, ob die Benutzung dieser Gerätearten aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers vergleichbar ist und dieselben Bedürfnisse des Verbrauchers befriedigt, wobei insoweit insbesondere Gesichtspunkte wie die Mindest- und Höchsteinsätze und -gewinne und die Gewinnchancen berücksichtigt werden können.
  4. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität ist dahin auszulegen, dass ein Steuerpflichtiger, der die Verletzung dieses Grundsatzes geltend macht, nicht die [Rück-]Erstattung der für bestimmte Dienstleistungen entrichteten Mehrwertsteuer verlangen kann, wenn die Steuerbehörden des betreffenden Mitgliedstaats [andere] gleichartige Dienstleistungen in der Praxis wie steuerfreie Umsätze behandelt haben, obwohl diese Leistungen nach der einschlägigen nationalen Regelung nicht mehrwertsteuerfrei sind.
  5. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität ist dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat, der vom Ermessen nach Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie 77/388 Gebrauch gemacht und die Bereitstellung jeglicher Vorrichtungen zum Spielen von Glücksspielen von der Mehrwertsteuer befreit, von dieser Befreiung jedoch eine Kategorie von bestimmte Kriterien erfüllenden Geräten ausgenommen hat, gegen einen auf die Verletzung dieses Grundsatzes gestützten Antrag auf Mehrwertsteuererstattung nicht einwenden kann, mit der gebotenen Sorgfalt auf die Entwicklung einer neuen Geräteart, die diese Kriterien nicht erfüllt, reagiert zu haben.“

#### (7) Würdigung durch den Gerichtshof

Unter (z. T. mehrfacher) Zitierung u. a. der Urteile Fischer (G2/5), Linneweber und Akritidis (G2/8), United Utilities (G2/10) und Leo-Libera (G2/12) prüfte der EuGH den Fall. Von den dazu in den Rnn. 32–75 gemachten Ausführungen sollen nur die zugleich auch für Glücksspiele bedeutenden Rnn. oder diejenigen von allgemeinem Interesse zitiert werden. **Zur steuerlichen Neutralität** allgemein heißt es in den Rnn. 32–35:

- „32 Nach ständiger Rechtsprechung lässt es der Grundsatz der steuerlichen Neutralität insbesondere nicht zu, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln [...].
- 33 Aus dieser Beschreibung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität ergibt sich, dass die Gleichartigkeit zweier Dienstleistungen dazu führt, dass sie in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen.
- 34 Daher stellt das tatsächliche Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen zwei Dienstleistungen dann keine selbständige, zusätzliche Voraussetzung für eine Verletzung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität dar, wenn die betreffenden Dienstleistungen aus der Sicht des Verbrauchers gleich oder gleichartig sind und dieselben Bedürfnisse des Verbrauchers befriedigen [...].
- 35 Entsprechendes gilt auch für das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung. Wenn zwei gleiche oder gleichartige Dienstleistungen, die dieselben Bedürfnisse befriedigen, im Hinblick auf die Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden, führt dies in der Regel zu einer Wettbewerbsverzerrung [...].“

Weiter heißt es in den Rnn. 40 ff.:

- „40 Aus der Formulierung von Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie selbst ergibt sich, dass diese Bestimmung den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Befreiung

oder Besteuerung der betreffenden Umsätze einen weiten Wertungsspielraum eingeräumt hat, da sie ihnen gestattet, die Bedingungen und Beschränkungen festzulegen, von denen die Gewährung der Befreiung abhängig gemacht werden kann [...].

41 und 42 [...]

43 Bei der Beantwortung der Frage, ob zwei Dienstleistungen [...] gleichartig sind, ist in erster Linie auf die Sicht des Durchschnittsverbrauchers abzustellen [...].

44 Zwei Dienstleistungen sind daher gleichartig, wenn sie ähnliche Eigenschaften haben und beim Verbraucher nach einem Kriterium der Vergleichbarkeit in der Verwendung denselben Bedürfnissen dienen und wenn die bestehenden Unterschiede die Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers, die eine oder die andere dieser Dienstleistungen zu wählen, nicht erheblich beeinflussen [...].

45 Nach ständiger Rechtsprechung verbietet jedoch der Grundsatz der steuerlichen Neutralität [...] eine allgemeine Differenzierung zwischen unerlaubten und erlaubten Geschäften [...].

46 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich weiter, dass es für die Prüfung der Gleichartigkeit von Glücksspielen oder Glücksspielgeräten auf die Identität der Veranstalter bzw. Betreiber dieser Glücksspiele und Geräte sowie auf die Rechtsform, in der sie ihre Tätigkeiten ausüben, grundsätzlich nicht ankommt [...].

47 [...] Auch] sind Unterschiede, die zwischen Gaststätten und Spielhallen einerseits und zugelassenen Casinos andererseits hinsichtlich des Rahmens bestehen, in dem dort jeweils Glücksspiele angeboten werden – insbesondere hinsichtlich der räumlichen und zeitlichen Zugangsmöglichkeit sowie des Ambiente –, für die Vergleichbarkeit dieser Spiele unerheblich.

48 [...] Ebensowenig kann] der Umstand, dass nur eine der beiden Arten von Glücksspielen einer nichtharmonisierten Abgabe unterliegt, nicht die Schlussfolgerung rechtfertigen [...], dass diese Glücksspielarten nicht vergleichbar wären. [...].

49 Daraus folgt, dass es für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der betreffenden Glücksspiele auf die [...] Unterschiede in der rechtlichen Regelung nicht ankommt.“

Zur Gleichartigkeit wird sodann in den Rnn. 53 ff. weiter festgehalten:

„53 Zunächst ist festzustellen, dass der Grundsatz der steuerlichen Neutralität [...] nicht dahin ausgelegt werden kann, dass Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz sämtlich als gleichartige Leistungen im Sinne dieses Grundsatzes anzusehen wären. Ein Mitgliedstaat kann daher die Mehrwertsteuerbefreiung auf bestimmte Formen von Glücksspielen beschränken [...].

54 Aus dem Urteil *Leo-Libera* [G2/12] ergibt sich, dass eine Verletzung dieses Grundsatzes nicht vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat die mit Geldspielautomaten erbrachten Dienstleistungen der Mehrwertsteuer unterwirft, jedoch Pferderennwetten, Wetten zu festen Odds sowie Lotterien und Ausspielungen von dieser Steuer befreit [...].

55 Um jedoch den Grundsatz der steuerlichen Neutralität nicht auszuhöhlen [...], kann eine Ungleichbehandlung bei der Mehrwertbesteuerung nicht auf Detailunterschiede in der Struktur, den Modalitäten oder den Regeln der betreffenden Glücksspiele gestützt werden, die, wie Geldspielautomaten, sämtlich zu derselben Kategorie von Glücksspielen gehören.

56 [...] Bei der [...] Prüfung der Gleichartigkeit [...] aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers [...] sind [...] die maßgeblichen oder wichtigen Umstände zu berücksichtigen [...], die dessen Entscheidung, das eine oder das andere Glücksspiel zu spielen, erheblich beeinflussen können.

57 Insoweit können Unterschiede bei den Mindest- und Höchsteinsätzen und -gewinnen, den Gewinnchancen, den verfügbaren Formaten und der Möglichkeit von Interaktionen zwischen dem Spieler und dem Geldspielautomaten erheblichen Einfluss auf die

*Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers haben, da die Anziehungskraft von Glücksspielen mit Geldeinsatz in erster Linie auf der Möglichkeit eines Gewinns beruht.“*

Zur Frage der Rückforderung einer Steuerzahlung weil von anderen diese Steuer rechtsfehlerhaft nicht erhoben worden war, sagte der Gerichtshof in den Rnn. 62 und 63:

- „62 *Zwar kann eine öffentliche Verwaltung, die nach einer allgemeinen Entscheidungspraxis verfährt, an diese gebunden sein [...], jedoch muss der Grundsatz der Gleichbehandlung mit der Beachtung des Gebots rechtmäßigen Handelns in Einklang gebracht werden, wonach sich niemand zu seinem Vorteil auf eine zugunsten eines anderen begangene Rechtsverletzung berufen kann [...].*
- 63 *Daraus folgt, dass ein Steuerpflichtiger nicht verlangen kann, dass ein bestimmter Umsatz derselben steuerlichen Behandlung wie ein anderer Umsatz unterworfen wird, wenn dessen Behandlung nicht mit der einschlägigen nationalen Regelung in Einklang steht.“*

Zur Frage der Sorgfaltspflicht im Hinblick auf das Ermessen bei der Festlegung der Steuerbefreiung i. S. v. Art. 13 Teil B lit. f – und zur unmittelbaren Wirkung dieser Bestimmung – führte der EuGH schließlich in den Rnn. 67 ff. noch aus:

- „67 *Diese Frage betrifft das Vorbringen der Commissioners, bei Erlass der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Rechtsvorschriften, mit denen die Teil-III-Geräte von der Mehrwertsteuerbefreiung für Glücksspiele ausgeschlossen worden seien, habe es keine gleichartigen befreiten Geldspielautomaten gegeben. Die unterschiedliche Behandlung gleichartiger Geräte sei erst später wegen der Entwicklung einer neuen Art von Geldspielgeräten zutage getreten, von der die Steuerbehörden erst einige Zeit nach Beginn ihrer Vermarktung Kenntnis erhalten hätten. [...].*
- 68 *Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich ein Mitgliedstaat dann, wenn die Bedingungen oder Beschränkungen, von denen er die Mehrwertsteuerbefreiung für Glücksspiele mit Geldeinsatz abhängig macht, gegen den Grundsatz der steuerlichen Neutralität verstoßen, nicht auf diese Bedingungen oder Beschränkungen berufen kann, um dem Veranstalter solcher Glücksspiele die Steuerbefreiung, auf die dieser [...] einen Rechtsanspruch hat, zu verweigern [...].*
- 69 *Art. 13 Teil B Buchst. f der Sechsten Richtlinie hat daher unmittelbare Wirkung in dem Sinne, dass sich ein Veranstalter oder Betreiber von Glücksspielen oder Glücksspielgeräten vor den nationalen Gerichten auf diese Bestimmung berufen kann, um die Anwendung mit ihr unvereinbarer innerstaatlicher Rechtsvorschriften zu verhindern [...].“*

In Rn. 73 meinte der EuGH schließlich zur Nichtkenntnis der Steuerbehörden über neue Geräte, dass das Argument der Commissioners, die Steuerbehörden hätten von der Existenz der neuen Geräte erst nachträglich Kenntnis erhalten, sodass die unterschiedliche Behandlung der beiden Arten von Geldspielautomaten während eines bestimmten Zeitraums gerechtfertigt gewesen sei, nicht verfangen könne.

## **(8) Kommentierung**

In der Rs. The Rank Group wurde nochmals festgehalten, dass die Mitgliedstaaten nicht nur befugt sind, Glücksspiele von der Mehrwertsteuer zu befreien, sondern dass sie dies eigentlich auch tun sollen. Dabei wird betont, dass sie aufgrund des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität gehalten sind, die vergleichbaren Spiele gleich zu behandeln. Zur Gleichartigkeit der Spiele bzw. zur Nichtvergleichbarkeit werden im Urteil wichtige Ausführungen gemacht und vor allem die Aspekte aufgelistet, die keine Gleichartigkeit begründen. Insoweit enthält das Urteil zwar keine „Neuigkeiten“; es ist infolge der (fast) zusammenfassenden Aufzählung und Präzisierung der

Vergleichbarkeitskriterien jedoch bedeutsam. Zugleich kann es durch die Auflistung der Punkte, die nicht zu einer Vergleichbarkeit von Glücksspielen führen, gut zur generellen Auslegung des Grundsatzes der Kohärenz in den „eigentlichen“ Glücksspielfällen herangezogen werden.

Betont werden soll die Feststellung, dass die Gleichartigkeit zweier Dienstleistungen dazu führt, dass sie in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen,<sup>1227</sup> und dass diese Tatsache daher keine zusätzliche Voraussetzung für eine Verletzung des Neutralitätsgrundsatzes darstellt.<sup>1228</sup>

Im Hinblick auf die Gleichartigkeit stellt der EuGH auch zu Recht auf die Sichtweise eines Durchschnittsverbrauchers ab.<sup>1229</sup> Positiv ist auch, dass der Gerichtshof bei der Besteuerung – entsprechend des Urteils Fischer (G2/5) – nicht zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen unterscheidet.

Zutreffend sind auch die Ausführungen des EuGH zu einer Verwaltungspraxis, die eigentlich gegen rechtliche Notwendigkeiten verstößt.<sup>1230</sup> Ebenso zu bejahen sind die Ausführungen des Gerichtshofs zur unmittelbaren Wirkung der Steuerbefreiungsbestimmung.<sup>1231</sup>

### 3.2.15 Die Rechtssache TEARC (G2/15)

Der Sachverhalt und die rechtlichen Aspekte ergeben sich aus dem Urteilstenor, der lautet:

- „1. Art. 11 Teil A Abs. 1 Buchst. a der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates v. 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage in der durch die Richtlinie 98/80/EG des Rates v. 12. Oktober 1998 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Besteuerungsgrundlage für die Mehrwertsteuer beim Verkauf von Bingocoupons wie den im Ausgangsverfahren fraglichen nicht den im Vorhinein gesetzlich festgelegten Teil des Verkaufspreises umfasst, der für die Auszahlung der Gewinne an die Spieler bestimmt ist.
2. Die Art. 17 Abs. 5 und 19 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie 77/388 in der durch die Richtlinie 98/80 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten nicht vorsehen können, dass der im Vorhinein gesetzlich festgelegte Teil des Verkaufspreises der Bingocoupons, der an die Spieler als Gewinne auszuzahlen ist, für die Zwecke der Berechnung des Pro-rata-Satzes des Vorsteuerabzugs zum Umsatz gehört, der im Nenner des in Art. 19 Abs. 1 genannten Bruchs zu stehen hat.“

### 3.2.16 Die Rechtssache METROPOL (G2/16)

Der Sachverhalt und die rechtlichen Aspekte ergeben sich aus dem folgenden Urteilstenor:

- „1. Art. 401 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem ist i. V. m. Art. 135 Abs. 1 Buchst. i dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass die Mehrwertsteuer und eine innerstaatliche Sonderabgabe auf Glücksspiele kumulativ erhoben werden dürfen, sofern die Sonderabgabe nicht den Charakter einer Umsatzsteuer hat.
2. Art. 1 Abs. 2 Satz 1 und Art. 73 der Richtlinie 2006/112 sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Vorschrift oder Praxis, wonach beim Betrieb von Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeit die Höhe der Kasseneinnahmen dieser Automaten nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums als Bemessungsgrundlage zugrunde gelegt wird, nicht entgegenstehen.

<sup>1227</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rn. 33.

<sup>1228</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rn. 34.

<sup>1229</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rn. 44.

<sup>1230</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rnn. 62 f.

<sup>1231</sup> Urteil Rank Group (G2/14), a. a. O., Rnn. 66 ff.

3. *Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2006/112 ist dahin auszulegen, dass er einer innerstaatlichen Regelung, wonach die geschuldete Mehrwertsteuer betragsgenau auf eine nicht harmonisierte Abgabe angerechnet wird, nicht entgegensteht.“*

### 3.2.17 Die verb. Rechtssachen BLANCO und FABRETTI (G2/17)

#### (1) Betreff

In diesem italienischen Vorabentscheidungsverfahren ging es um die unterschiedliche Gewinnbesteuerung von Glücksspielen, je nachdem, ob sie im In- oder Ausland stattfanden. Der Fall ist von daher mit der Rs. Lindman (G2/7) vergleichbar.

#### (2) Vorlagefrage

Die Commissione Tributaria Provinciale di Roma hat folgende Vorlagefrage gestellt:<sup>1232</sup>

*„Steht die Unterwerfung unter Erklärungs- und Steuerverpflichtungen zu fiskalischen Zwecken der in Spielkasinos von Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch in Italien ansässige Personen erzielten Gewinne, wie sie in Art. 67 Abs. 1 Buchst. d des DPR Nr. 917/86 vorgesehen ist, im Widerspruch zu Art. 56 AEUV oder ist sie als aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Art. 52 AEUV gerechtfertigt anzusehen?“*

#### (3) Urteilstenor

Der EuGH hat im Urteilstenor für Recht erkannt:

*„Die Art. 52 AEUV und 56 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die Gewinne bei Glücksspielen in Spielkasinos in anderen Mitgliedstaaten der Einkommensteuer unterwerfen und ähnliche Einkünfte aus Spielkasinos im Inland von dieser Steuer befreien.“*

### 3.2.18 Die Rechtssache BERLINGTON HUNGARY u. a. (G2/18)

In der ungarischen Rs. Berlington hat der EuGH am 11.06.2015 sein 23-seitiges Urteil mit 116 Rn. erlassen. Schlussanträge waren keine gestellt worden. Der Sachverhalt und die Rechtsfragen können aus dem Urteilstenor abgeleitet werden, auf den daher verwiesen wird. Er lautet:

- „1. Nationale Rechtsvorschriften wie die im Ausgangsverfahren streitigen, die, ohne einen Übergangszeitraum vorzusehen, den Betrag einer Pauschalsteuer auf den Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen verfünffachen und darüber hinaus eine Proportionalsteuer auf diese Tätigkeit einführen, stellen eine Beschränkung der mit Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit dar, soweit sie geeignet sind, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit in Gestalt des Betriebs von Geldspielautomaten in Spielhallen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, was zu prüfen Sache des nationalen Gerichts ist.*
- 2. Nationale Rechtsvorschriften wie die im Ausgangsverfahren streitigen, die, ohne einen Übergangszeitraum oder eine Entschädigung der Spielhallenbetreiber vorzusehen, den Betrieb von Geldspielautomaten außerhalb von Spielkasinos verbieten, stellen eine Beschränkung der mit Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit dar.*
- 3. Beschränkungen, die sich aus nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren streitigen ergeben können, können nur dann durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn das nationale Gericht nach einer Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen diese Rechtsvorschriften erlassen und durchgeführt worden sind, zu dem Ergebnis gelangt,*

<sup>1232</sup> Urteil Blanco und Fabretti (G2/17), verb. Rsn. C-344/13 und C-367/13, ), ECLI:EU:C:2014:2311, Rn. 18.

- dass sie in erster Linie wirklich Ziele verfolgen, die sich auf den Schutz der Verbraucher vor Spielsucht und die Bekämpfung von Kriminalität und Betrug im Zusammenhang mit dem Spielen beziehen, wobei der bloße Umstand, dass eine Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten als Nebenfolge – im Wege einer Erhöhung der Steuereinnahmen – auch dem Haushalt des betreffenden Mitgliedstaats zugutekommt, der Annahme nicht entgegensteht, dass diese Beschränkung in erster Linie wirklich derartige Ziele verfolgt;
  - dass sie die genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgen;
  - dass sie die Anforderungen erfüllen, die sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, insbesondere den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie dem Eigentumsrecht, ergeben.
4. Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG [...] in der durch die Richtlinie 2006/96/EG [...] geänderten Fassung ist dahin auszulegen,
- dass nationale Rechtsvorschriften, die den Betrag einer Pauschalsteuer auf den Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen verfünffachen und darüber hinaus eine Proportionalsteuer auf diese Tätigkeit einführen, keine „technischen Vorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung sind und
  - dass nationale Rechtsvorschriften, die den Betrieb von Geldspielautomaten außerhalb von Spielkasinos verbieten, „technische Vorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung sind, die als Entwurf gemäß Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie übermittelt werden müssen.
5. Art. 56 AEUV soll dem Einzelnen Rechte verleihen, sodass ein Verstoß gegen diesen Artikel durch einen Mitgliedstaat, einschließlich eines Verstoßes durch dessen Gesetzgebungstätigkeit, zu einem Anspruch des Einzelnen führt, von dem betreffenden Mitgliedstaat Ersatz für den ihm infolge dieses Verstoßes entstandenen Schaden zu erhalten, soweit der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht, was zu prüfen Sache des nationalen Gerichts ist.
6. Die Art. 8 und 9 der Richtlinie 98/34 in der durch die Richtlinie 2006/96 geänderten Fassung sollen dem Einzelnen keine Rechte verleihen, sodass ein Verstoß gegen diese Artikel durch einen Mitgliedstaat auf der Grundlage des Unionsrechts nicht zu einem Anspruch des Einzelnen führt, von dem betreffenden Mitgliedstaat Ersatz für den ihm infolge dieses Verstoßes entstandenen Schaden zu erhalten.
7. Der Umstand, dass nationale Rechtsvorschriften wie die im Ausgangsverfahren streitigen einen Bereich betreffen, der in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, wirkt sich nicht auf die Beantwortung der von dem vorlegenden Gericht gestellten Fragen aus.“

### **3.3 GRUPPE 3: Urteile und Schlussanträge i. Z. m. Glücksspielen, jedoch im Hinblick auf andere, nicht glücksspielspezifische Fragen wie z. B. Konzessionsvergaben, Ausschreibungen und Transparenz- oder Notifizierungspflichten u. a.**

#### **3.3.1 Die Rechtsache C-272/91 (KOMMISSION vs. ITALIEN) (G3/1)**

##### **(1) Betreff**

In dieser Rs., einer Vertragsverletzungsklage, ging es zwar schwerpunktmäßig nicht um Glücksspiele als solche, sondern – allerdings im Hinblick auf Lotteriekonzessionen – vor allem um das Vergaberecht (mangelhafte Ausschreibung, Vergabe nur an einheimische Unternehmen etc.). Aufgrund der Einlassungen Italiens, das auf eine Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Gewalt abhob und deshalb das Vergaberecht für nicht einschlägig hielt, war der Fall aber auch für Glücksspiele von Bedeutung. Bei der nachfolgenden Zitierung der Rechtsache soll jedoch besonders auf den Punkt der mangelnden Bekanntmachung eingegangen werden.

## (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Klage war beim Gerichtshof bereits am 18.10.1991 eingegangen, also zeitlich sogar noch vor dem Fall Schindler (G1/1), der beim EuGH am 18.06.1992 anhängig wurde. Dennoch erging das Urteil erst am 26.04.1994, also fast einen Monat nach dem Urteil Schindler v. 24.03.1994 und nach einer rund 30-monatigen Verfahrensdauer. Die mündliche Verhandlung hatte am 26.05.1993 stattgefunden. Die Schlussanträge von GA Gulmann wurden am 14.07.1993 verlesen. Die „mangelnde Eile“ ließ sich wohl daraus erklären, dass der Gerichtspräsident bereits zweieinhalb Monate nach Eingang der Klage im Wege einer einstweiligen Anordnung<sup>1233</sup> die Aussetzung der Rechtswirkungen der Konzessionsvergabe und des Vollzugs des dazu geschlossenen Vertrags ausgesprochen hatte.<sup>1234</sup>

Mit dem Fall war das Plenum (mit elf Richtern) befasst. Das Urteil umfasst 12 Seiten mit 37 Rnn.; die Schlussanträge haben 20 Seiten mit 45 (z. T. in mehrere Abs. untergliederten) Nrn.

Am Verfahren hatten sich, da sich aus den Akten nichts Anderes ergibt, wohl nur Italien und die Kommission beteiligt.

## (3) Rechtlicher Rahmen

### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Es ging in dieser Rs. um die Auslegung der Art. 52 und 59 EWG [jetzt Art. 49 und 56 AEUV] i. V. m. den Art. 9 und 17-25 der Richtlinie 77/62/EWG zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge i. d. F. der RL 88/295/EWG<sup>1235</sup>. Der Inhalt der einschlägigen Artikel der Vergabe-Richtlinie ist aus dem nachfolgenden Klageantrag ableitbar, wobei im Hinblick auf Glücksspiele aufgrund der Ausführungen Italiens eigentlich nur der dritte Punkt, die Beschränkung der Vergabe auf Gesellschaften, deren Kapital sich mehrheitlich in der öffentlichen Hand befand, von Interesse war. Die ersten 4 Abs. des genannten Art. 9 dieser damals geltenden Vergabe-RL lauteten:

- „(1) Die in Anhang I der Richtlinie 80/767/EWG genannten öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen v. 01. Jan. 1989 an sobald wie möglich nach Beginn ihres jeweiligen Haushaltsjahres eine nicht verbindliche, nach Warenbereichen aufgeschlüsselte Bekanntmachung über alle Beschaffungen, deren geschätzter Wert [...] mindestens 750.000 ECU [= European Currency Unit] beträgt und die sie während der folgenden 12 Monate durchzuführen beabsichtigen. [...].
- (2) Die öffentlichen Auftraggeber, die einen Lieferauftrag im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens oder [...] im Wege eines Verhandlungsverfahrens [...] vergeben wollen, erklären ihre Absicht mittels einer Bekanntmachung.
- (3) [...].
- (4) Die [...] vorgesehenen Bekanntmachungen werden vom öffentlichen Auftraggeber unverzüglich auf dem geeignetsten Wege dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften zugeleitet. [...].
  - a) Die in Absatz 1 vorgesehene Bekanntmachung wird sobald wie möglich nach Beginn des jeweiligen Haushaltsjahres übermittelt.
  - b) [...].“

Die Art. 17–25 der RL enthielten die Kriterien für die qualitative Auswahl und für den Zuschlag des Auftrags.

<sup>1233</sup> Beschl. v. 31.01.1992 in der Rs. C-272/91 R (Kommission vs. Italien, Slg. 1992, I-457).

<sup>1234</sup> Gemäß Art. 278 Satz 1 AEUV – vormals Art. 242 EG – haben Klagen beim EuGH keine aufschiebende Wirkung. (Dasselbe gilt nach Art. 60 der Satzung des Gerichtshofs für Rechtsmittel.) Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes kann der Gerichtshof jedoch die Durchführung der angefochtenen Handlung aussetzen (Art. 278 AEUV, Ex-Art 242 EG) oder einstweilige Anordnungen treffen (Art. 279 AEUV, Ex-Art. 243 EG).

<sup>1235</sup> Europäische Amtsblätter 1977, L 13, S. 1 und 1988 L 127, S. 1.

### (3.2) Italienische Regelung der Glücksspiele

Hierzu wird auf die Darstellung in der italienischen Rechtslage oben in Teil C, III, verwiesen. Italien ist das einzige Land, das „zugab“, dass es ihm auch um die Einnahmen ging, weshalb es (zur Einnahmensteigerung) Konzessionen vergab.

#### (4) Sachverhalt und Einlassung Italiens

Im November 1990 wurde vom italienischen Finanzministerium eine Bekanntmachung über eine „Ausschreibung für die Konzession für ein automatisiertes System des italienischen Lottospiels“ veröffentlicht, allerdings nicht im Europäischen Amtsblatt. Die Bekanntmachung wurde nur in der italienischen Presse und lediglich in italienischer Sprache publiziert. Nach der Bekanntmachung war die Teilnahme am Vergabeverfahren nur den „Einrichtungen, Gesellschaften, Konsortien und Zusammenschlüssen vorbehalten, deren Gesellschaftskapital sich einzeln oder insgesamt mehrheitlich in öffentlicher Hand befindet.“ Dies wurde damit begründet, dass das Finanzministerium die besondere Art und Bedeutung des automatisierten Betriebs des Lottospiels habe berücksichtigen müssen, das im Rahmen der Steuermonopole verwaltet werde, um daraus die höchstmöglichen Einnahmen zu erzielen, wozu besondere Garantien sowie absolutes Vertrauen und absolute Sicherheit in Bezug auf die Einrichtung und den Betrieb des Systems verlangt würden.<sup>1236</sup>

Das automatisierte System für das Spiel, für das die Konzession durch den Auftrag vergeben werden sollte, betraf nach der Bekanntmachung die Räume, die Lieferungen, die Einrichtung, die Wartung, den Betrieb, die Datenübermittlung sowie alles, was sonst für die Verwaltung des Lottospielbetriebs notwendig war.<sup>1237</sup> Die Einführung des automatisierten Systems und dessen Betrieb umfasste also keine Übertragung von Verantwortlichkeiten für die verschiedenen mit dem Lottospiel verbundenen Tätigkeiten im engeren Sinn auf den Konzessionär.<sup>1238</sup> Es waren also eher technische Aspekte, um die es in der Ausschreibung und der Konzession ging. Die Konzession wurde durch Dekret des Finanzministers v. 14.06.1991 dem Konsortium Lotomatica erteilt, mit dem auch am 22.11.1991 ein entsprechender Vertrag abgeschlossen wurde.<sup>1239</sup>

Die italienische Republik bestritt die behauptete Vertragsverletzung. Die Ausschreibung habe eine Konzession betroffen, durch die die öffentliche Verwaltung einem Dritten die Ausübung von Tätigkeiten, die zur öffentlichen Gewalt gehörten, übertragen habe. Nach Art. 55 EWG-Vertrag [inzwischen Art. 51 AEUV] fänden die Art. 52 und 59 keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in den Mitgliedstaaten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien.<sup>1240</sup>

#### (5) Klageantrag (verkürzte Fassung)

Die Kommission hatte „Klage auf Feststellung“ erhoben,<sup>1241</sup> „daß die italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 30, 52 und 59 EWG-Vertrag sowie aus den Art. 9 und 17-25 der Richtlinie 77/62/EWG [...] über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [...] i. d. F. der Richtlinie 88/295 [...] verstoßen hat, daß sie [...] keine [...] nach Warenbereichen aufgeschlüsselte Bekanntmachung über alle Beschaffungen, deren geschätzter Wert mindestens 750.000 ECU betrug [...], und später [...] keine Bekanntmachung über eine Ausschreibung für die Konzession für das automatisierte System des Lottospiels zur Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften übermittelt hat und daß sie die Teilnahme an dieser Ausschreibung Einrichtungen, Gesellschaften, Konsortien und Zusammen-

<sup>1236</sup> Urteil C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), Rs. C-272/91, ECLI:EU:C:1994:167, Rn. 3; Schlussanträge C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), GA Gulmann, ECLI:EU:C:1993:310, Nr. 4 UAbs. 7.

<sup>1237</sup> Schlussanträge C-272/91 Kommission vs. Italien, a. a. O., Nr. 4 UAbs. 2.

<sup>1238</sup> Urteil C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), a. a. O., Rn. 6.

<sup>1239</sup> Schlussanträge C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), a. a. O., Nr. 2.

<sup>1240</sup> Urteil C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), a. a. O., Rn. 5.

<sup>1241</sup> Urteil C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), a. a. O., Rn. 1.

*schlüssen vorbehalten hat, deren Gesellschaftskapital sich einzeln oder insgesamt mehrheitlich in öffentlicher Hand befindet.“*

### **(6) Urteilstenor und Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der Urteilstenor und der Antwortvorschlag des GAs entsprachen im Wesentlichen dem Klageantrag. Lediglich im Hinblick auf Art. 30 EWG, die Warenverkehrsfreiheit betreffend, wurde die Klage abgewiesen, was auch der GA so vorgeschlagen hatte. Da dieser Teilerfolg aber nur als geringfügig anzusehen war, wurde Italien zur vollen Kostentragung verurteilt.<sup>1242</sup>

### **(7) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

#### *(7.1) Zum Verstoß gegen die Art. 52 und 59 EWG-Vertrag*

Für den EuGH war mit der Einführung des automatisierten Systems im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit keine Übertragung von (amtlichen) Verantwortlichkeiten für die verschiedenen mit dem Lottospiel verbundenen Operationen auf den Konzessionär verbunden. In den Rnn. 7 ff. führte er dazu aus:

- „7 Erstens sind [...]die Lottoannahmestellen [nur] für die Annahme der Wetten verantwortlich, da die Funktion des Endgeräts des Konzessionärs sich darin erschöpft, die Daten zu registrieren, automatisch zu kontrollieren und zu übertragen, die sich aus der Behandlung der Lottoscheine durch den Verantwortlichen der Annahmestelle ergeben. [...].*
- 8 Zweitens werden die Ziehungen von Ziehungsausschüssen (Commissioni di estrazione) vorgenommen, die, ebenso wie die Commissioni di zona, die für die Kontrolle und Gültigerklärung der gewinnenden Lottoscheine verantwortlich bleiben, Staatsorgane sind.*
- 9 Drittens werden die Gewinne [...] nach wie vor letztinstanzlich von der öffentlichen Verwaltung genehmigt und ausgezahlt.*
- 10 Viertens lässt der Umstand [...], die Bekanntmachung betreffe auch ‚alles was sonst zur Veranstaltung des Lottospiels erforderlich ist‘, nicht den Schluss zu, dass der Konzessionär an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnimmt, sondern bedeutet lediglich, dass er innerhalb der Grenzen der Konzession tätig werden muss.*
- 11 Fünftens kann man nicht, wie die italienische Regierung dies tut, behaupten, die freiwilligen Zahlungen der Teilnehmer am Lottospiel stellten eine Art Steuererhebung dar, die eine Beteiligung des Konzessionärs an der Ausübung öffentlicher Gewalt impliziere.“*

Weil der Gerichtshof die vom Konzessionär zu erbringenden Leistungen also lediglich als Leistungen technischer Art ansah, hielt er in Rn. 13 fest, *„[...] da [...] die fraglichen Tätigkeiten so nach nicht unter den Ausnahmetatbestand des Artikels 55 EWG-Vertrag fallen, verstößt der streitige Vorbehalt gegen die Art. 52 und 59 EWG-Vertrag. Der Klagegrund des Verstoßes gegen diese Artikel greift somit durch.“*

#### *(7.2) Zum Verstoß gegen Art. 30 EWG-Vertrag*

Für den Gerichtshof stand im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit fest, dass durch die Beschränkung der Teilnahme an der in Rede stehenden Ausschreibung auf Unternehmen, deren Gesellschaftskapital sich in der öffentlichen Hand befand, faktisch Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten ausgeschlossen waren, die somit sowohl daran gehindert waren, ihre Datenverarbeitungssysteme wie auch ihre Software anzubieten. Die Kommission habe aber nicht dargelegt,

<sup>1242</sup> Da es sich bei einem Vertragsverletzungsverfahren um einen kontradiktorischen Prozess handelt, ergeht auch eine echte Kostenentscheidung zu Lasten des Unterlegenen (Art. 137 VerfO, EuGH). Das Gerichtsverfahren ist i. d. R. kostenfrei (Art. 143 VerfO). In Vorabentscheidungen dagegen wird die Entscheidung über die Kosten dem vorliegenden Gericht überlassen, da das Vorabentscheidungsverfahren selbst kostenfrei ist (Art. 102 VerfO).

weshalb der Ausschluss der ausländischen Unternehmen von der Teilnahme an der streitigen Ausschreibung [einen italienischen] Zuschlagsempfänger daran hindere, bei der Einrichtung des in Rede stehenden Datenverarbeitungssystems Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu verwenden. Deshalb war für den Gerichtshof „der Klagegrund des Verstoßes gegen Art. 30 von Amts wegen als unzulässig zurückzuweisen“.<sup>1243</sup>

GA Gulmann war insgesamt zum gleichen Ergebnis gekommen.

### **(8) Kommentierung**

Dem Vertragsverletzungsurteil ist zuzustimmen. Da mit den Konzessionen zum Betreiben von Glücksspielen keine Ermächtigung zur Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden war, konnte die Ausnahmebestimmung des jetzigen Art. 51 AEUV nicht greifen. Auch durfte die Konzessionsvergabe nicht auf Gesellschaften beschränkt werden, deren Gesellschaftskapital sich ausschließlich in der öffentlichen Hand befand. Wie das Urteil Engelmann (G1/14) jedoch zeigt, kann dagegen die Gesellschaftsform eines Spielanbieters sehr wohl eine Rolle spielen. Dies wird im Fall Engelmann damit begründet, dass bestimmte Schutzziele u. U. es im Hinblick auf die zweckmäßigen Kontrollen rechtfertigen könnten, einem Wirtschaftsteilnehmer eine bestimmte Rechtsform vorzuschreiben.

Auch den Ausführungen zur Ausschreibungspflicht ist zuzustimmen. Im Gegensatz zur Rs. Engelmann (G1/14) und aller vorhergehender fallrelevanter Rsn., in denen keine Richtlinie einschlägig war, aus der sich eine Ausschreibungspflicht ergeben hätte, galt im vorliegenden Fall die Vergaberichtlinie 77/62/EWG mit der sich aus ihr ergebende Ausschreibungspflicht. Dies erscheint zunächst widersprüchlich. Da es Italien mit der Konzessionsvergabe jedoch eingestandenmaßen auch um die Erzielung bzw. sogar um die Erhöhung der (staatlichen) Einnahmen ging, also auch um eine volle wirtschaftliche Betätigung, bestand – im Gegensatz zu allen anderen „vergleichbaren“ Fällen – ein erweitertes Transparenzgebot in Form einer Ausschreibungspflicht gemäß der Vergaberichtlinie 77/62/EWG.

Mittelbar scheint auch GA Bot dieser Meinung zu sein, was aus der Nr. 62 seiner Schlussanträge zu den Rsn. Sporting Exchange und Ladbrokes (G1/9a und b) ableitbar ist, in denen er schreibt, dass „ein Mitgliedstaat nur dann, wenn er sich entschieden hat, ein [Glücks-]Spiel als eine normale oder gewöhnliche Wirtschaftstätigkeit zu behandeln, deren Hauptzweck die Erzielung eines möglichst hohen Gewinns ist, verpflichtet sein sollte, dieses Spiel dem freien Wettbewerb zugänglich zu machen.“

Im konkreten Fall war zudem vor allem zu bedenken, dass es primär ja nicht um die Konzession zur Ausübung einer Glücksspieltätigkeit als solche ging – für die keine Ausschreibungspflicht gemäß der Vergaberichtlinie galt –, sondern mehr um „technische Aspekte“ und entsprechende Lieferungen von Gerätschaften sowie um die Bereitstellung von Räumen und um die Verwaltung des Lottospielbetriebs, also um technische Abläufe.

Unabhängig von diesen Überlegungen kann sich eine Ausschreibung, wenn auch nicht aus einer europarechtlichen Vergabe-RL, so doch aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Transparenzgebot ergeben.<sup>1244</sup> Zumindest ergibt sich aus diesen beiden Aspekten die Notwendigkeit eines erhöhten Grades an Öffentlichkeit.

### **(9) Nachtrag**

Diese Rs. fand eine Fortsetzung in der noch unten zu erörternden Rs. UNIRE (G3/4) und in den bereits oben besprochenen verb. Rsn. Costa und Cifone (G1/17).

<sup>1243</sup> Urteil C-272/91 Kommission vs. Italien (G3/1), a. a. O., Rnn. 14–17.

<sup>1244</sup> S. dazu auch Urteil Engelmann (G1/13), Rnn. 49–52

### 3.3.2 Die Rechtssache LINDBERG (G3/2)

#### (1) Betreff

In diesem (schwedischen) Vorabentscheidungsersuchen ging es zwar ebenfalls nicht direkt um Glücksspiele als solche und auch nicht um die Auslegung primärrechtlicher Binnenmarktregelungen, sondern um (sekundärrechtliche) Notifizierungsfragen im Sinne der Notifizierungsrichtlinie. Da sich die Fragen aber i. Z. m. dem Betrieb von Glücksspielautomaten stellten, soll doch auf den Fall eingegangen werden, allerdings verkürzt und nur soweit die gerichtlichen Aussagen zur Abrundung der generellen Aussagen über Glücksspiele dienlich sein können. Die Frage der Notifizierung spielte auch in der zeitlich später entschiedenen Rs. Liga Portuguesa (G1/8) eine Rolle sowie in der Rs. C-65/05, Kommission vs. Griechenland (G3/3).

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Das Vorabentscheidungsersuchen war beim Gerichtshof am 18.06.2003 eingegangen. Am 07.10.2004 fand die mündliche Verhandlung statt. Am 16.12.2004 wurden die 12-seitigen Schlussanträge (mit 94 Nrn.) des GAs Jacobs verlesen. Die mit dem Fall befasste Zweite Kammer (mit fünf Richtern) erließ am 21.04.2005 ihr (13-seitiges) Urteil (mit 36 Rnn.). Das Verfahren war also fast 19 Monate anhängig. Erklärungen hatten neben Herrn Lindberg und der Kommission die britische, französische, portugiesische und schwedische Regierung abgegeben.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

Fallbezogen war noch die Notifizierungsrichtlinie 83/189/EWG i. d. F. der RL 94/10/EG einschlägig,<sup>1245</sup> gemäß deren Art. 8 und 9 der Kommission die „technischen Vorschriften“ mitzuteilen waren. Es ging dabei um ein Glücksrad, das „rouletteartige“ Merkmale aufwies.

##### (3.2) Schwedisches Recht

Vor Erlass des Lotterieggesetzes 1994 untersagten die Lotterieverordnung von 1979 und das alte Lotterieggesetz von 1984 die Veranstaltung von Automatenspielen außer an Bord von Schiffen, die internationale Linien befuhren. Nach § 9 des fallrelevant und nunmehr geltenden Lotterieggesetzes von 1994 dürfen Glücksspiele jetzt mit einer Genehmigung veranstaltet werden.

§ 3 des Lotterieggesetzes bestimmt, welche Tätigkeiten Lotterien bzw. Glücksspiele i. S. dieses Gesetzes sind. In der Ziffer 3 von § 3 Lotterieggesetz werden (wörtlich) insgesamt folgende Spielarten aufgezählt: „*Bingospiele, Automatenspiele, Roulettespiele, Würfelspiele, Kartenspiele, Kettenspiele und ähnliche Spiele*“. [Hervorhebungen durch Verf.]

Was die Automatenspiele anbelangt, wurden in § 6 des Lotterieggesetzes vier (mögliche) Automatenpielarten (in schwedischen Bezeichnungen) genannt. Die von Herrn Lindberg betriebene Automatenart „lyckohjulsspel“, ein Glücksrad, wurde darunter nicht genannt. Mehrere schwedische Gerichte hatten bereits entschieden, dass ein solches Spiel nicht unter eine der Kategorien von Automatenspielen im Sinne von § 6 des Lotterieggesetzes falle. In Anbetracht dieser Rechtsprechung wurde das Lotterieggesetz durch das Gesetz von 1996 dahin gehend geändert, dass in das Lotterieggesetz ein § 24a eingefügt wurde, der bestimmte: „*Genehmigungen für Automatenspiele werden nur erteilt i. Z. m. [den vier oben genannten Automatenarten]*.“ Aus diesem § 24a ergibt sich, weil nicht genannt, dass das Veranstalten von lyckohjulsspel in Schweden verboten ist, da dieses Spiel nicht genehmigungsfähig ist.<sup>1246</sup>

<sup>1245</sup> Richtlinie 83/189/EWG des Rates v. 28.03.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L109, S. 8) in der durch die Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.03.1994 (ABl. L100, S. 30) geänderten Fassung. Diese, für die Rs. Lindberg relevante Richtlinie ist später durch die RL 98/34 i. d. F. der RL 98/48 ersetzt worden. S. auch zur (jetzigen) Notifizierungs-RL o. Teil D, III, 1.3.

<sup>1246</sup> Urteil Lindberg (G3/2), Rs. C-267/03, ECLI:EU:C:2005:246, Rnn. 5–18.

Nach § 14 in Kapitel 16 des schwedischen Strafgesetzbuches wird mit Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren bestraft, wer ohne Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet. Gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 1 des Lotterieggesetzes wird mit Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten bestraft, wer ohne Erlaubnis eine Lotterie veranstaltet.

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Herr Lindberg wurde 1999 einer Straftat der Veranstaltung unerlaubter Glücksspiele für schuldig befunden und zu einer Geldstrafe verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, ohne Genehmigung v. 01.01.1997 bis zum 20.04.1998 mittels eines Glücksrades Glücksspiele der Kategorie „lyckohjulsspel“ in einem Kiosk veranstaltet zu haben.

Der Angeklagte machte demgegenüber geltend, die Bestimmungen des Gesetzes von 1996, soweit sie das Verbot der Veranstaltung von lyckohjulsspel enthielten, seien „technische Vorschriften“ im Sinne der Richtlinie 83/189, die ihm nicht entgegengehalten werden könnten, da sie nicht vor ihrem Inkrafttreten der Kommission mitgeteilt worden seien, was zutrif.<sup>1247</sup>

Die schwedische Regierung war der Ansicht, dass eine solche Mitteilung nicht notwendig gewesen sei, da das Lotterieggesetz bereits das lyckohjulsspel erfasst gehabt habe, denn diese Spiele seien unter den Begriff [Kettenbriefe und] „ähnliche Spiele“ im Sinne von § 3 Ziffer 3 des Lotterieggesetzes gefallen. Daher sei durch das Gesetz von 1996 nur der Wille des Gesetzgebers verdeutlicht und nicht der sachliche Geltungsbereich des Lotterieggesetzes geändert worden.<sup>1248</sup>

Zu diesen Ausführungen sind einige Anmerkungen zweckdienlich. An der offiziellen schwedischen Auffassung wurden in Schweden doch Zweifel geäußert mit der Begründung, die Kategorie der „ähnlichen Spiele“ beziehe sich nur auf die „Kettenbriefspiele“ im Sinne von § 3 Ziffer 3 des Lotterieggesetzes.<sup>1249</sup> Angesichts dieser Unsicherheit hatte die schwedische Regierung vorgeschlagen, die Gesetze von 1996 (und 1999) aufzuheben und die entsprechenden Änderungen des Lotterieggesetzes in einen Gesetzentwurf aufzunehmen, der der Kommission gemäß der Richtlinie 83/189 mitgeteilt worden sei. Dieser Gesetzentwurf sei später als Gesetz SFS 2001:1045 verabschiedet worden, das am 01.01.2002 in Kraft getreten sei.<sup>1250</sup> Dieses neue Gesetz und die dafür tatsächlich erfolgte Notifizierung waren vom Zeitpunkt her gesehen für den Rechtsstreit jedoch nicht relevant, da die streitigen Tätigkeiten Herrn Lindbergs vorher stattgefunden hatten.

#### (5) Vorlagefragen

Der von Herrn Lindberg zuletzt angerufene Högsta Domstol legte folgende Fragen vor:<sup>1251</sup>

- „1. Kann die Einführung eines Verbotes der Verwendung eines Erzeugnisses in einem nationalen Gesetz eine technische Vorschrift in dem Sinn darstellen, dass sie nach der Richtlinie mitgeteilt werden muss?
2. Kann die Einführung eines Verbotes einer Dienstleistung, die sich auf die Verwendung des Erzeugnisses auswirkt, [...] eine technische Vorschrift in dem Sinn darstellen, dass sie nach der Richtlinie mitgeteilt werden muss?
3. Kann die Neudefinition einer Dienstleistung, die im Zusammenhang mit der Konstruktion eines Erzeugnisses steht, in einem nationalen Gesetz eine technische Vorschrift in dem Sinn darstellen, dass sie nach der Richtlinie mitgeteilt werden muss, wenn sie sich auf die Verwendung des Erzeugnisses auswirkt?
4. Welche Bedeutung für die Mitteilungspflicht nach der Richtlinie 83/189/EWG haben folgende Umstände:

<sup>1247</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 20–24 und 29.

<sup>1248</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 30.

<sup>1249</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 35.

<sup>1250</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 32 und 33.

<sup>1251</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 39.

- *der in einem nationalen Gesetz erfolgte Übergang von einer Erlaubnispflicht zu einem Verbot,*
- *der größere oder geringere Wert des Erzeugnisses/der Dienstleistung,*
- *die Größe des Marktes für das Erzeugnis/die Dienstleistung oder*
- *die Auswirkungen einer neuen nationalen Vorschrift auf die Verwendung, nämlich ein völliges Verbot der Verwendung bzw. ein Verbot oder eine Beschränkung der Verwendung auf einem oder mehreren Anwendungsgebieten?“*

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof hat im Urteilstenor festgehalten:

- „1. *Nationale Bestimmungen wie das Lotteriegesetz (lotterilagen, 1994:1000) i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des Lotteriegesetzes (lag om ändring i lotterilagen, 1996:1168) können eine technische Vorschrift im Sinne von Artikel 1 Nummer 9 der [Notifizierungs-] Richtlinie 83/189/EWG [...] in der durch die Richtlinie 94/10/EG [...] geänderten Fassung sein, soweit sie ein Verbot der Veranstaltung von Glücksspielen durch das Betreiben bestimmter Spielautomaten enthalten und feststeht, dass die Tragweite des in Rede stehenden Verbotes von der Art ist, dass sie keinen Raum für eine andere als bloß marginale Verwendung lässt, wie man sie für das betreffende Erzeugnis vernünftigerweise erwarten kann, oder, sofern dies nicht der Fall ist, wenn feststeht, dass dieses Verbot die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des Erzeugnisses wesentlich beeinflussen kann.*
2. *Die Neudefinition einer mit der Konstruktion eines Erzeugnisses zusammenhängenden Dienstleistung, insbesondere der im Betreiben bestimmter Glücksspielautomaten bestehenden, in einer nationalen Regelung, wie sie durch das Gesetz (1996:1168) zur Änderung des Lotteriegesetzes vorgenommen worden ist, kann eine technische Vorschrift darstellen, die nach der Richtlinie 83/189 in der durch die Richtlinie 94/10 geänderten Fassung mitgeteilt werden muss, wenn diese neue Regelung nicht bloß technische Vorschriften, die, wenn sie nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 83/189 im betreffenden Mitgliedstaat erlassen worden sind, der Kommission ordnungsgemäß mitgeteilt worden sind, wiederholt oder ersetzt, ohne technische Spezifikationen oder sonstige neue oder ergänzende Vorschriften hinzuzufügen.*
3. *Der in einem nationalen Gesetz erfolgte Übergang von einer Erlaubnispflicht zu einem Verbot kann ein Umstand sein, der für die in der Richtlinie 83/189 in der durch die Richtlinie 94/10 geänderten Fassung vorgesehene Mitteilungspflicht erheblich ist. Der größere oder geringere Wert des Erzeugnisses/der Dienstleistung oder die Größe des Marktes für das Erzeugnis/die Dienstleistung ist für die in dieser Richtlinie vorgesehene Mitteilungspflicht unerheblich.“*

#### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

GA Jacobs hatte vorgeschlagen, die Fragen wie folgt zu beantworten:

- „1. *Die Einführung eines Verbotes der Verwendung eines Erzeugnisses in einem nationalen Gesetz stellt eine technische Vorschrift in dem Sinne dar, dass sie nach der Richtlinie 83/189/EWG mitgeteilt werden muss.*
2. *Die Einführung eines Verbotes einer Dienstleistung, die sich auf die Verwendung des Erzeugnisses auswirkt, in einem nationalen Gesetz stellt eine technische Vorschrift in dem Sinne dar, dass sie nach der Richtlinie 83/189 mitgeteilt werden muss, sofern das Verbot bewirkt, dass das Erzeugnis*
  - *überhaupt nicht zu irgendeinem bestimmungsgemäßen, nicht bloß marginalen Zweck rechtmäßig verwendet werden kann oder*

- zu einem bestimmungsgemäßen Zweck nur dann rechtmäßig verwendet werden kann, wenn es bestimmten technischen Spezifikationen genügt.
3. Die Neudefinition einer Dienstleistung, die im Zusammenhang mit der Konstruktion eines Erzeugnisses steht, in einem nationalen Gesetz stellt eine technische Vorschrift in dem Sinne dar, dass sie nach der Richtlinie mitgeteilt werden muss, wenn sie sich auf eine der beiden genannten Weisen auf die Verwendung des Erzeugnisses auswirkt.
  4. Der in einem nationalen Gesetz erfolgte Übergang von einer Erlaubnispflicht zu einem Verbot unterliegt der gleichen Mitteilungspflicht wie die Einführung eines Verbotes.
  5. Umstände wie der größere oder geringere Wert des betreffenden Erzeugnisses oder der betreffenden Dienstleistung oder die Größe des Marktes für dieses Erzeugnis oder diese Dienstleistung haben keinen Einfluss auf die Mitteilungspflicht.“

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

### *(8.1) Zum Geltungsbereich der Notifizierungsrichtlinie*

Die portugiesische Regierung habe geltend gemacht, „dass der Gerichtshof entschieden habe, dass das Betreiben von Glücksspielautomaten als Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrags anzusehen sei, und dass es daher nicht unter die Art. 30 und 34 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 28 EG und 29 EG) über den freien Warenverkehr fallen könne,“<sup>1252</sup> woraus folge, „dass die Richtlinie 83/189, die den gleichen Geltungsbereich wie die Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr habe, [...] fallrelevant] nicht anwendbar [sei]“.<sup>1253</sup>

Der EuGH erwiderte hierauf, dass die RL 83/189 durch eine vorbeugende Kontrolle den freien Warenverkehr schützen solle, der zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehöre. Er bezog sich dabei auf das Urteil Lemmens, Rn. 32.<sup>1254</sup> Allerdings werde der Geltungsbereich der RL 83/189, da er sich im Wesentlichen auf den Begriff der technischen Vorschrift gründe, grundsätzlich autonom festgelegt und hänge nicht in allen Fällen davon ab, dass die Voraussetzungen für die Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr erfüllt seien. Die möglichen Auswirkungen der technischen Vorschrift auf den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr stellten kein Kriterium dar, das die RL 83/189 für die Festlegung ihres Geltungsbereichs verwende.<sup>1255</sup>

### *(8.2) Zu den ersten beiden Fragen – Zu den Begriffen der technischen Vorschrift und den sonstigen Vorschriften*

Der Gerichtshof prüfte diese beiden Fragen zusammen und meinte, im vorliegenden Fall könnten die schwedischen Bestimmungen nicht als „technische Spezifikationen“ im Sinne von Art. 1 Nr.

<sup>1252</sup> In diesem Zusammenhang wurde das Urteil Annomar (G1/4) Rn. 56, zitiert.

<sup>1253</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 46 und 47.

<sup>1254</sup> Urteil v. 16.06.1998 in Rs. C-226/97, ECLI:EU:C:1998:296, (Lemmens, Slg. 1998, I-3711). Dieser Fall ist zugleich aus anderen Gründen von Bedeutung geworden, auf die deshalb hingewiesen werden soll. In der (niederländischen) Rs. Lemmens ging es um ein Alkoholmessgerät. Herr Lemmens war beschuldigt worden, ein Kraftfahrzeug unter Alkoholeinfluss gefahren zu haben. Er machte geltend, das Testgerät sei „nicht in Brüssel angemeldet“, also nicht notifiziert worden, was zutraf. Im Urteilstenor hatte der Gerichtshof zur dennoch erfolgten Verwendung der Testergebnisse jedoch festgehalten: „Die Missachtung der in Art. 8 der Richtlinie 83/189 [...] festgelegten Verpflichtung, eine technische Vorschrift über Alkoholmeter mitzuteilen, hat nicht zur Folge, dass einem Angeklagten, dem Trunkenheit am Steuer vorgeworfen wird, der mit einem nach dieser Vorschrift zugelassenen Alkoholmeter gewonnene Beweis nicht entgegengehalten werden kann.“ Zur Begründung meinte der Gerichtshof in den Rnn. 35 und 36 des Urteils Lemmens: „Werden technische Vorschriften nicht mitgeteilt, stellt dies zwar einen Verfahrensfehler bei ihrem Erlass dar, sodass sie nicht anwendbar sind, soweit sie die Verwendung oder den Vertrieb eines mit diesen Vorschriften nicht konformen Produkts behindern; aber diese Unterlassung hat nicht zur Folge, dass jede Verwendung eines Produkts rechtswidrig ist, das mit den nicht mitgeteilten Vorschriften konform ist. Die behördliche Verwendung des Produkts kann also in einem Fall wie dem vorliegenden nicht zu einer Beschränkung des Handels führen, die hätte vermieden werden können, wenn das Mitteilungsverfahren eingehalten worden wäre.“

<sup>1255</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 48–51.

2 (inzwischen Nr. 3) der RL 83/189 eingestuft werden, da der Begriff der technischen Spezifikation voraussetze, dass sich die nationale Maßnahme auf das Erzeugnis und seine Verpackung als solche beziehe.<sup>1256</sup> Eine nationale Maßnahme der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art enthalte dagegen ein Verbot, das an die Betreiber gerichtet sei, und diene daher der Reglementierung der Tätigkeit von Unternehmen, die sich im Bereich der mit Spielautomaten zusammenhängenden Dienstleistungen betätigten. Eine solche Maßnahme beziehe sich nicht notwendigerweise auf das Erzeugnis als solches und schreibe daher nicht eines der Merkmale für ein Erzeugnis vor.<sup>1257</sup>

Für den Gerichtshof konnten die schwedischen Bestimmungen jedoch unter den Begriff „Sonstige Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Nr. 3 (inzwischen Nr. 4) der RL 83/189 eingestuft werden. Es handle sich nämlich um ein Erfordernis, das im Hinblick auf ein Erzeugnis, nämlich Spielautomaten, im Wesentlichen aus Gründen des Schutzes der Verbraucher, im vorliegenden Fall der betreffenden Spieler, aufgestellt worden sei.<sup>1258</sup> Ferner sei das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Erfordernis für Spielautomaten nicht im Hinblick auf deren Inverkehrbringen eingeführt worden, sondern es habe im Sinne der Definition des Begriffs „Sonstige Vorschrift“ in Art. 1 Nr. 3 [jetzt Nr. 4] der RL 83/189 deren Lebenszyklus nach dem Inverkehrbringen betroffen.<sup>1259</sup> Allerdings könne das Verbot der Verwendung von Spielautomaten nur dann als „Sonstige Vorschrift“ eingestuft werden, wenn es eine Vorschrift darstelle, die die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des Erzeugnisses wesentlich beeinflussen könne.<sup>1260</sup> Dann stelle sich aber die Frage, ob dieses Verbot als Vorschrift für den Gebrauch des betreffenden Erzeugnisses einzustufen sei, oder ob es sich nicht vielmehr um eine nationale Maßnahme handle, die zur dritten in Art. 1 Nr. 9 [nunmehr Nr. 11] der RL 83/189 aufgeführten Kategorie technischer Vorschriften gehöre, nämlich zu den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, mit denen die Verwendung eines Erzeugnisses verboten werde.<sup>1261</sup>

Welcher Kategorie technischer Vorschriften eine nationale Maßnahme angehöre, hänge von der Tragweite des Verbotes ab, das durch diese Maßnahme ausgesprochen werde.<sup>1262</sup>

Im Unterschied zur 2. Kategorie enthalte die dritte Kategorie nicht die Voraussetzung, dass das betreffende Verbot die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des Erzeugnisses wesentlich beeinflussen können müsse. Diese (dritte) Kategorie betreffe „solche Maßnahmen, die keinen Raum für eine andere als bloß marginale Verwendung ließen, wie man sie für das betreffende Erzeugnis vernünftigerweise erwarten könne“.<sup>1263</sup>

Weiter meinte der EuGH in Rn. 79: „Bei den Prüfungen, die das vorlegende Gericht somit vornehmen muss, ist dieses berechtigt, insbesondere den möglichen Einfluss des von der portugiesischen Regierung vorgetragenen Arguments zu prüfen, dass die betreffenden elektronischen Spielautomaten programmiert und nötigenfalls umprogrammiert werden können, damit sie verschiedene Funktionen erfüllen können.“

### (8.3) Zur 3. Frage – Zur Neudefinition einer Dienstleistung

Was eine Neudefinition anbelange, meinte der Gerichtshof, dass eine nationale Maßnahme, die bestehende technische Vorschriften, die der Kommission bereits ordnungsgemäß mitgeteilt worden seien, wiederhole oder ersetze, ohne technische Spezifikationen oder sonstige neue oder ergänzende Vorschriften einzufügen, nicht als „Entwurf“ einer technischen Vorschrift angesehen

<sup>1256</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 56 und 57.

<sup>1257</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 58–60.

<sup>1258</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 69.

<sup>1259</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 71.

<sup>1260</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 72.

<sup>1261</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 73.

<sup>1262</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 74.

<sup>1263</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 77.

werden könne und folglich nicht mitteilungsspflichtig sei.<sup>1264</sup> Dabei handele es sich aber um eine Frage des nationalen Rechts, für die das vorliegende Gericht zuständig sei.<sup>1265</sup>

*(8.4) Zur 4. Frage – Zu den Umständen für eine Mitteilungspflicht*

Hierzu meinte der EuGH, dass er bereits entschieden habe, dass nationale Vorschriften, die lediglich Voraussetzungen für die Errichtung von Unternehmen vorsähen, wie z. B. Vorschriften, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machten, keine technischen Vorschriften darstellten.<sup>1266</sup>

Was die Frage angehe, ob dagegen ein Verbot eine technische Vorschrift sein könne, meinte der EuGH, dies sei unter bestimmten Voraussetzungen möglich.<sup>1267</sup>

Die möglichen Auswirkungen einer technischen Vorschrift auf den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr stellten für den Gerichtshof „kein Kriterium dar, das die Richtlinie 83/189 für die Festlegung ihres Geltungsbereichs, insbesondere, was die von ihr vorgesehene Mitteilungspflicht betrifft, gewählt hat“.<sup>1268</sup>

Der EuGH hielt also den Wert des Erzeugnisses bzw. der Dienstleistung und die Größe des Marktes für keine Umstände, die eine Mitteilungspflicht erforderlich machten.

**(9) Würdigung durch den Generalanwalt**

GA Jacobs, den der Gerichtshof in seinem Urteil mehrfach zitierte, war zuvor zum gleichen Ergebnis gekommen, was sich auch aus seinem Antwortvorschlag ergibt. Nur im Hinblick auf die Unterfrage in der Frage 4, ob der Übergang von einer Erlaubnispflicht zu einem Verbot zu einer Mitteilungspflicht führe, war der GA mit seinem Ja präziser als der Gerichtshof, der die Meinung vertrat, dass dies ein möglicher Umstand für eine Mitteilungspflicht sein könne.

**(10) Kurzkomentierung**

Diese Rs. war weniger aus glücksspielrechtlicher Sicht von Interesse als im Hinblick auf Notifizierungsfragen. Es ging insoweit vor allem um die Abgrenzung technischer Begriffe, und darum, ab wann es sich bei einer technischen Vorschrift nicht mehr um eine bloße Wiederholung einer technischen Definition, sondern um eine Neudefinition handelt.

Erwähnenswert ist, dass der EuGH dabei dem materiellen Wert eines Produkts oder einer Dienstleistung sowie der Größe des relevanten Markts keine Bedeutung zumisst.

**3.3.3 Die Rechtssache C-65/05 (KOMMISSION/GRIECHENLAND) (G3/3)**

**(1) Betreff**

In dieser Rechtssache – einer weiteren Vertragsverletzungsklage – ging es wie im vorvorherigen Fall Lindberg auch um eine unterlassene Notifizierung, hauptsächlich aber um die Frage, ob das griechische, allgemeine Verbot der Einrichtung und des Betriebs elektrischer, elektromechanischer und elektronischer Spiele mit der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar war.

Bei den Spielen handelte es sich nämlich nicht um Glücksspiele mit geldlichem Einsatz und entsprechenden Gewinnmöglichkeiten, sondern um reine Spiele im wörtlichen Sinne, also um Unterhaltungsspiele. Allerdings hätten die Automaten gegebenenfalls technisch in Geld- bzw. Glücksspielautomaten umgebaut werden können.

<sup>1264</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 82.

<sup>1265</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 83.

<sup>1266</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 87 und 88.

<sup>1267</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rnn. 89 und 90.

<sup>1268</sup> Urteil Lindberg (G3/2), a. a. O., Rn. 92.

## (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Vertragsverletzungsklage der Kommission war am 10.02.2005 beim Gerichtshof eingegangen, der ohne mündliche Verhandlung<sup>1269</sup> und ohne Schlussanträge (des GAs Jacobs) als Zweite Kammer (mit fünf Richtern) am 26.10.2006 – also nach einer etwas mehr als 20-monatigen Verfahrensdauer – sein 10-seitiges Urteil mit 69 Rnn. erlassen hat. Am schriftlichen Verfahren hatten sich nur Griechenland und die Kommission beteiligt.<sup>1270</sup>

## (3) Rechtlicher Rahmen

### (3.1) Gemeinschaftsrecht

#### (3.1.1) Primärrecht

Zum Wortlaut der nachfolgend im Klageantrag genannten Primärrechtsartikel 28, 43 und 49 EG wird auf deren Zitierung oben im Teil D verwiesen.

#### (3.1.2) Sekundärrecht

Einschlägig war im vorliegenden Fall wiederum die Notifizierungs-RL 98/34 i. d. F. der RL 98/48. Durch die inzwischen erfolgte Neufassung war die in der vorherigen Rechtssache Lindberg relevante RL 83/198, die sich hauptsächlich auf Waren bezog, im Wesentlichen durch die Aufnahme der Dienstleistungen und der Niederlassungen in den Geltungsbereich der RL erweitert worden. Im Hinblick auf die Definitionen und Bestimmungen der alten RL kann also insoweit auf die vorige Rechtssache Lindberg verwiesen werden. Zu wiederholen wäre nur, dass der im Klageantrag genannte Art. 8 die Pflicht der Mitgliedstaaten betrifft, technische Vorschriften der Kommission zur Notifizierung mitzuteilen.

Hinzuweisen wäre auch nochmals darauf, dass nach Art. 9 Abs. 1-5 der RL 98/34 die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, den Entwurf einer technischen Vorschrift nicht vor Ablauf von drei Monaten (neuerdings vier) nach Eingang der Mitteilung bei der Kommission anzunehmen, wenn diese oder ein anderer Mitgliedstaat eine ausführliche Stellungnahme abgegeben hat, derzufolge die geplante Maßnahme Elemente enthält, die den freien Verkehr der Waren, Dienstleistungen oder der Niederlassung beeinträchtigen könnten.<sup>1271</sup>

Fallrelevant, weil geltend gemacht, wäre dabei Art. 9 Abs. 7 (erster Spiegelstrich) der RL 98/34 zu nennen, auf den in Rn. 5 hingewiesen wird, und der besagt, dass im Fall dringender Gründe, die durch eine ernste und unvorhersehbare Situation entstanden sind, ohne eine vorherige Konsultation technische Vorschriften erlassen werden können. (Zum genauen Wortlaut von Art. 9 s. oben Teil D, III, 1.3). Der Mitgliedstaat, der sich auf Art. 9 Abs. 7 beruft, hat die vorgebrachte Dringlichkeit der betreffenden Maßnahmen allerdings zu begründen (ebenfalls Rn. 5).

### (3.2) Nationales Recht

In Art. 1 des griechischen Gesetzes Nr. 3037/2002 werden unter der Überschrift „Spielekategorien“ die Begriffe mechanisches Spiel, elektrisches Spiel, elektro-mechanisches Spiel, elektronisches Spiel und technisches Unterhaltungsspiel näher definiert.<sup>1272</sup> Diese Definitionen können hier übergangen werden.

<sup>1269</sup> Zwar heißt es in Art. 20 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs: „Das Verfahren vor dem Gerichtshof gliedert sich in ein schriftliches und ein mündliches Verfahren.“ Art. 44a der Verfahrensordnung des Gerichtshofs (künftig Art. 76) beginnt praktisch mit dem gleichen Wortlaut. Es wird dort dann aber weiter gesagt, dass der Gerichtshof nach Anhörung des GAs etwas anderes beschließen kann, „[...] wenn keine Partei einen Antrag stellt, in dem die Gründe aufgeführt sind, aus denen sie gehört werden möchte [...]“. Für Vorabentscheidungsverfahren gilt gemäß Art. 104 § 4 (künftig ebenfalls Art. 76) das Gleiche. Neuerdings – seit dem Vertrag von Amsterdam – müssen also eine mündliche Verhandlung beantragt und Gründe dafür vorgetragen werden.

<sup>1270</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), Rs. C-65/05, ECLI:EU:C:2006:673, Rnn. 16 und 17.

<sup>1271</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 4.

<sup>1272</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 6.

Art. 2 Abs. 1 besagt, dass das Betreiben und die Einrichtung elektrischer, elektro-mechanischer und elektronischer Spiele verboten sind.<sup>1273</sup>

In Art. 3 Abs. 2 heißt es u. a.: „Für den Betrieb eines Internet-Dienstleistungsunternehmens ist eine besondere Genehmigung der Gemeinde, in deren Gebiet sich der Betrieb befindet, und, wenn das Unternehmen auf einem Schiff betrieben wird, der Hafenbehörde des Ausgangshafens erforderlich [...].“<sup>1274</sup>

In den Art. 4 und 5 werden strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen festgelegt (zitiert in den Rnn. 9 und 10).

#### **(4) Klageantrag und Urteilstenor**

Mit ihrer Klageschrift beantragte die Kommission – zit. in Rn. 1 – „die Feststellung, dass die Hellenische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 28 EG, 43 EG und 49 EG sowie aus Art. 8 der [Notifizierung-] Richtlinie 98/34 [...] in der durch die Richtlinie 98/48 [...] geänderten Fassung verstoßen hat, dass sie in den Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2, Art. 4 und 5 des Gesetzes Nr. 33037/2002 [...] ein Verbot für die Einrichtung und den Betrieb elektrischer, elektromechanischer und elektronischer Spiele einschließlich technischer Unterhaltungsspiele und von Spielen für elektronische Rechner an öffentlichen und privaten Orten mit Ausnahme von Spielcasinos eingeführt hat.“

Der Gerichtshof hat im Urteilstenor im Sinne des Klageantrags entschieden.

#### **(5) Würdigung durch den Gerichtshof**

##### *(5.1) Zur 1. Rüge – Zu den Art. 28 und 30 EG, die Warenverkehrsfreiheit betreffend*

Im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit wies der Gerichtshof darauf hin, dass unter „Waren“, Erzeugnisse zu verstehen seien, die einen Geldwert hätten und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein könnten.<sup>1275</sup> Insoweit entsprächen elektrische, elektromechanische und elektronische Spiele einschließlich der Spiele für elektronische Rechner, da sie einen Handelswert hätten und Gegenstand von Handelsgeschäften seien, eingeführt oder ausgeführt würden und dem Verbraucher gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden könnten, diesen Kriterien und stellten Waren dar.<sup>1276</sup> (Bei diesem Entgelt handelte es sich aber fallbezogen nur um eine „Benutzungsgebühr“ und nicht um Geldspieleinsätze – Anmerkung des Verf.)

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, so der EuGH weiter, sei jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.<sup>1277</sup> Der EuGH ging demzufolge von einer Beschränkung aus.

Zur Rechtfertigung hatte Griechenland vorgetragen, das Verbot sei erforderlich gewesen, um die Sittlichkeit und die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen. Insbesondere könnten diese Spiele aufgrund der technologischen Entwicklung der Apparate leicht in Glücksspielapparate umgewandelt werden.<sup>1278</sup> Unter Zitierung der Urteile Schindler und Läärä (G1/1 und 2) wies der Gerichtshof darauf hin, dass derartige Gründe, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien, als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden könnten.<sup>1279</sup>

<sup>1273</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 7.

<sup>1274</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 8.

<sup>1275</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 23.

<sup>1276</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 24.

<sup>1277</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 27.

<sup>1278</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 32.

<sup>1279</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 33.

Voraussetzung für eine Rechtfertigung sei jedoch, dass die streitige nationale Maßnahme gemessen an den damit verfolgten Zielen verhältnismäßig sei.<sup>1280</sup> In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass die hellenische Republik nicht nachgewiesen habe, dass sie alle technischen und organisatorischen Maßnahmen durchgeführt habe, mit denen das verfolgte Ziel durch den Einsatz von Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkten, erreicht werden könnte.<sup>1281</sup> Der Gerichtshof sah also „das Gesetz Nr. 3037/2002 [als] unvereinbar mit Art. 28 EG“ an.<sup>1282</sup>

*(5.2) Zur 2. Rüge, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 43 und 49 EG betreffend*

Der Gerichtshof kam im Hinblick auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zum gleichen Ergebnis wie bei der Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit und folgerte, dass das betreffende „Gesetz Nr. 30/37 auch gegen die Art. 43 und 49 EG verstößt“.<sup>1283</sup>

*(5.3) Zur dritten Rüge im Hinblick auf die Notifizierungs-RL 98/34*

Wie in der vorigen Rechtssache Lindberg ging der Gerichtshof davon aus, dass die technische Vorschrift hätte mitgeteilt werden müssen, was jedoch unstreitig nicht erfolgt sei.<sup>1284</sup> Diese Verpflichtung habe auch nicht mit dem Hinweis in Frage gestellt werden können, das Gesetz Nr. 3037/2002 habe in einem Dringlichkeitsverfahren erlassen werden müssen, um dem durch den Betrieb der entsprechenden Spiele geschaffenen sozialen Problemen schnell und unverzüglich entgegenzutreten und die öffentliche Ordnung zu gewährleisten.<sup>1285</sup> Die Hellenische Republik könne sich nicht auf die in Art. 9 Abs. 7 erster Gedankenstrich der Richtlinie 98/34 vorgesehene Ausnahme berufen, da unstreitig bei Erlass dieses Gesetzes ein durch diese Vorschrift erfasster Sachverhalt in Griechenland nicht vorgelegen habe.<sup>1286</sup>

## **(6) Kurzkomentierung**

Das Urteil ist nachvollziehbar. Da es fallbezogen nicht um Glücksspielapparate ging, erschien das Verbot in der Tat unverhältnismäßig. Die bloße Möglichkeit des Umbaus der Apparaturen in Glücksspielgeräte erschien für ein generelles Verbot unverhältnismäßig. Wie der Gerichtshof betonte, hätte es andere Möglichkeiten gegeben, einen eventuellen Umbau zu verhindern.

## **(7) Nachtrag**

Da Griechenland diesem Urteil nicht nachkam, erwirkte die Kommission am 04.06.2009 gemäß Art. 228 EG (nunmehr Art. 260 AEUV) gegen Griechenland ein zweites Vertragsverletzungsurteil, in dem die hellenische Republik zur Zahlung eines Zwangsgeldes und eines Pauschalbetrags verurteilt wurde (s. u. C-109/08, Kommission vs. Griechenland (G6/3)).

### **3.3.4 Die Rechtssache UNIRE, C-260/04 (KOMMISSION/ITALIEN) (G3/4)**

#### **(1) Betreff**

In diesem Vertragsverletzungsverfahren, das i. Z. m. der Rs. C-272/91 (Kommission vs. Italien (G3/1)) und den verb. Rsn. Costa und Cifone (G1/17) zu sehen ist, ging es um eine von der Kommission beanstandete, automatische Verlängerung von Konzessionen zur Veranstaltung von Pferderennwetten, die ohne vorherige Bekanntmachung erfolgt worden war, was von der Kommission beanstandet wurde. (UNIRE ist das Akronym aus Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine = Nationalverband zur Verbesserung der Pferderassen.)

<sup>1280</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 38.

<sup>1281</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 39.

<sup>1282</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 42.

<sup>1283</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rnn. 54–57.

<sup>1284</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rnn. 60–63.

<sup>1285</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 64.

<sup>1286</sup> Urteil C-65/05 (Kommission vs. Griechenland) (G3/3), a. a. O., Rn. 65.

## (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Vertragsverletzungsklage war am 17.06.2004 beim EuGH eingereicht worden. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden. Die Generalanwältin Sharpston hat am 29.03.2007 ihre (8-seitigen) Schlussanträge (mit 45 Nrn.) vorgelegt. Die Vierte Kammer (mit 5 Richtern) hat am 13.09.2007 ihr (6-seitiges) Urteil (mit 39 Rnn.) erlassen. Die Sache war also rund 37 Monate anhängig. Italien war durch Dänemark und Spanien unterstützt worden.

## (3) Rechtlicher Rahmen

### (3.1) Gemeinschaftsrecht

#### (3.1.1) Primärrecht

Zu prüfen waren die Art. 43, 45, 46 und 49 EG (i. V. m. Art. 55 EG).

#### (3.1.2) Sekundärrecht

Ebenfalls zu prüfen war, wenn letztlich auch nicht einschlägig, die RL 92/50/EWG [...] über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>1287</sup>.

### (3.2) Zur italienischen Rechtslage<sup>1288</sup> und zum Sachverhalt

Mit dem Ministerialdekret v. 07.04.1999 war der Plan zur Verstärkung des Netzes für die Annahme von Pferdewetten genehmigt worden, nachdem die Zahl der Wettannahmestellen im gesamten italienischen Hoheitsgebiet von 329 auf 1000 erhöht werden sollte. Während 671 Konzessionen neu ausgeschrieben wurden, sah die Verordnung des Finanzministers v. 09.12.1999 die Verlängerung der 329 „alten Konzessionen“ vor. Zur Durchführung dieser Verordnung erneuerte der Finanzminister diese Konzessionen mit der Entscheidung v. 21.12.1999 für einen Zeitraum von 6 Jahren ab dem 01.01.2000.

Das Decreto-legge Nr. 452, das in das Gesetz Nr. 16 v. 27.02.2002 umgewandelt wurde, schrieb dann vor, dass die „alten Konzessionen“ gemäß dem Dekret Nr. 169/1998, d. h. im Wege gemeinschaftsweiter Ausschreibungen, künftig neu vergeben werden, jedoch bis zu ihrer endgültigen Neuvergabe gültig bleiben sollten. Schließlich erging das Decreto-legge Nr. 147 v. 24.06.2003, das in das Gesetz Nr. 200/2003 umgewandelt wurde. Zur Durchführung dieses Gesetzes erließ der von der UNIRE benannte Sonderbeauftragte die Entscheidung Nr. 107/2003, mit der die bereits erteilten Konzessionen bis zum 30.10.2011 verlängert wurden.<sup>1289</sup>

## (4) Klageantrag

Die Kommission hatte (zit. in Rn. 1) beantragt,

*„festzustellen, dass die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag, insbesondere gegen den allgemeinen Transparenzgrundsatz und das Publizitätsgebot gemäß den Art. 43 EG und 49 EG, verstoßen hat, indem sie 329 Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten erneuert hat, ohne Ausschreibungsverfahren durchzuführen.“*

Italien hatte natürlich die Abweisung der Klage beantragt.

## (5) Urteilstenor

Der Gerichtshof hatte für Recht erkannt:

*„1. Die Italienische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 43 EG und 49 EG, insbesondere den allgemeinen Transparenzgrundsatz und die Verpflichtung, einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, verstoßen,*

<sup>1287</sup> ABl. L 209 S. 1. Die RL 92/50/EWG ist später durch die RL 2004/18/EG (ABl. L 134 S. 114) ersetzt worden.

<sup>1288</sup> S. dazu o. Teil C, III – Die italienischen Glücksspielregelungen.

<sup>1289</sup> Urteil UNIRE (G3/4), C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508, Rnn. 5–7.

*dass sie 329 Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten erneuert hat, ohne Ausschreibungsverfahren durchzuführen.*

2. *Die Italienische Republik trägt die Kosten.“*

## **(6) Urteilsvorschlag der Generalanwältin**

Die Generalanwältin war in Nr. 45 der Auffassung, dass der Gerichtshof

*„feststellen sollte, dass die Italienische Republik dadurch gegen den allgemeinen Grundsatz der Transparenz verstoßen und die Ausschreibungspflicht verletzt hat, die sich aus den Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit, Art. 43 ff., und den freien Dienstleistungsverkehr, Art. 49 ff., ergeben, dass der Finanzminister ohne vorherige Ausschreibung 329 Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten erneuert hat, und der Italienischen Republik die Kosten auferlegen sollte, mit Ausnahme der Kosten der als Streithelfer beigetretenen Mitgliedstaaten, die ihre eigenen Kosten tragen.“<sup>1290</sup>*

## **(7) Zur Klagebegründung und Klageerwiderung**

### *(7.1) Vortrag der Kommission*

Die Kommission hatte ihre Klage auf einen einzigen Klagegrund gestützt. Sie hatte geltend gemacht, Italien habe gegen den allgemeinen Transparenzgrundsatz und das Publizitätsgebot verstoßen, die sich aus den Art. 43 und 49 EG ergäben. Die Konzessionsvergabe falle als solche zwar nicht in den Anwendungsbereich der RL 92/50 [...] zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Die nationalen Behörden seien jedoch verpflichtet, das Diskriminierungsverbot und das (allgemeine) Publizitätsgebot zu beachten, um einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien<sup>1291</sup>.

### *(7.2) Vortrag der italienischen Regierung*

Italien hatte geltend gemacht, das Gesetz Nr. 200/2003 und die Entscheidung Nr. 107/2003 entsprächen den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der öffentlichen Dienstleistungskonzessionen. Die Verlängerung sei durch die Notwendigkeit gerechtfertigt gewesen, für die Konzessionsinhaber Kontinuität, finanzielle Stabilität und eine angemessene Rendite aus den Investitionen zu gewährleisten und das Ausweichen auf heimliche Aktivitäten zu verhindern. Diese Rechtfertigungsgründe seien zwingende Gründe des Allgemeininteresses.<sup>1292</sup>

## **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Zunächst stellte der Gerichtshof fest, dass das Gesetz Nr. 200/2003 und die Entscheidung Nr. 107/2003 erst nach Ablauf der Frist ergangen seien, die in der begründeten Stellungnahme gesetzt worden war. Nach ständiger Rechtsprechung sei das Vorliegen einer Vertragsverletzung aber anhand der Lage zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befunden habe, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden war. Später eingetretene Änderungen könnten nicht berücksichtigt werden.<sup>1293</sup> Somit gründe sich die vorliegende Klage allein auf eine Prüfung der angefochtenen Entscheidung (des Finanzministers v. 21.12.1999).<sup>1294</sup>

Die Vergabe der Dienstleistungen der Annahme und Abwicklung von Pferdewetten in Italien stellte nach Auffassung des Gerichtshofs eine öffentliche Dienstleistungskonzession dar. Öffent-

<sup>1290</sup> Zu den Kosten der Streithelfer s. Art. 140 VerfO EuGH.

<sup>1291</sup> Die Kommission verwies insoweit auf das Urteil v. 07.12.2000 in der Rs. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, (Telaustria und Telephonadress, Slg. 2000, I-10745). Zu diesem Urteil siehe Fn. 363.

<sup>1292</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rnn. 15 und 16.

<sup>1293</sup> Der EuGH berücksichtigt die (ggf.) positiven Änderungen, die von dem betreffenden Mitgliedstaat erst nach der im Vorverfahren gesetzten Frist vorgenommen worden sind, nicht (mehr). Es gibt insoweit also auch keine „Erledigung in der Hauptsache.“ Er will also die Vertragsverletzung, die zumindest vor den Änderungen vorlag, feststellen, damit dies nicht erst in evtl. möglichen Schadensersatzprozessen Dritter erfolgen muss.

<sup>1294</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rnn. 17–19.

liche Dienstleistungskonzessionen seien aber unstreitig vom Anwendungsbereich der RL 92/50 ausgenommen,<sup>1295</sup> „*doch [müssten] die öffentlichen Stellen, die sie [schließen], gleichwohl die Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen beachten*“.<sup>1296</sup>

Die auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen anwendbaren Art. 43 und 49 EG, sowie das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit seien eine besondere Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung.<sup>1297</sup> „*Insoweit schließen der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit die konzessionserteilende öffentliche Stelle feststellen kann, ob diese Grundsätze beachtet worden sind. Diese der genannten Stelle obliegende Transparenzpflicht besteht darin, dass zugunsten der potentiellen 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.*“<sup>1298</sup>

Im vorliegenden Fall sei festzustellen, dass das völlige Fehlen von Ausschreibungen zur Vergabe von Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten gegen die Art. 43 und 49 EG verstoße und insbesondere gegen den allgemeinen Transparenzgrundsatz, sowie die Verpflichtung verletze, einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen. Unter diesen Umständen sei zu prüfen, ob die Konzessionserneuerung aufgrund der in den Art. 45 und 46 EG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelungen zulässig oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei. In diesem Zusammenhang habe die Rechtsprechung eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses anerkannt, nämlich den Verbraucherschutz, die Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen. Den Mitgliedstaaten stehe es zwar frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet von Glücksspielen festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, jedoch müssten die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen.<sup>1299</sup> Daher sei zu prüfen, ob die Erneuerung von Konzessionen ohne Ausschreibungen geeignet war, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausging, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich war.<sup>1300</sup>

Für die Vergabe ohne Ausschreibung habe sich Italien nicht auf Ausnahmeregelungen, wie sie in den Art. 45 und 46 EG ausdrücklich vorgesehen seien, berufen. Vielmehr habe sie das Vorgehen „*mit der Notwendigkeit begründet, eine Tendenz zum Ausweichen auf heimliche Aktivitäten der Annahme und der Zuteilung von Wetten zu verhindern*“.<sup>1301</sup> Italien habe jedoch nicht dargelegt, inwieweit es dazu notwendig sei, die Durchführung von Auswahlverfahren zu unterlassen. Es sei aber Sache der zuständigen nationalen Behörden, nachzuweisen, dass ihre Regelung zum einen einem wesentlichen Interesse im Sinne der Art. 45 und 46 EG oder einem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses und zum anderen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche. Es sei daher festzustellen, dass die ohne Ausschreibung erfolgte Erneuerung der alten Konzessionen nicht geeignet war, die Erreichung des von der italienischen Republik angestrebten

<sup>1295</sup> Der Gerichtshof verwies insoweit auf das Urteil v. 13.10.2005 in der Rs. C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, (Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585) Rn. 42. Zu diesem Urteil s. Fn. 842.

<sup>1296</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rnn. 21 und 22. Der Gerichtshof zitierte insoweit das bereits in de Fn. 344 genannte Urteil Telaustria und Telefonadress (Rn. 60), sowie die Urteile v. 21.07.2005 in der Rs. C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, (Coname, Slg. 2005, I-7287) Rn. 16, und das bereits in der vorigen Fn. und in der Fn. 842 genannte Urteil Parking Brixen Rn. 46.

<sup>1297</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rn. 23.

<sup>1298</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rn. 24.

<sup>1299</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rnn. 25–28.

<sup>1300</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rn. 29.

<sup>1301</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rn. 31.

Ziels sicherzustellen, und dass sie über das hinausging, was erforderlich war, um zu verhindern, dass die im Pferdewettensektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Aktivitäten verwickelt werden.<sup>1302</sup>

Im Übrigen genüge zu den von der italienischen Regierung angeführten wirtschaftlichen Gründen, wie dem Umstand, dass für die Inhaber einer Konzession Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den in der Vergangenheit getätigten Investitionen gewährleistet werden sollten, der Hinweis, dass diese Gründe nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit rechtfertigen könnten, anerkannt werden könnten.<sup>1303</sup>

### **(9) Würdigung durch die Generalanwältin**

Die Generalanwältin war zum gleichen Ergebnis gekommen.

Interessant sind die von ihr zitierten Äußerungen Dänemarks, das vorgetragen hatte, dass eine Ausschreibung nicht unbedingt vorgeschrieben sei, und der Gebrauch des Wortes „advertising“ in der englischen Fassung des Urteils *Telaustria*<sup>1304</sup> fälschlicherweise auf ein strengeres Erfordernis hindeute als die Entsprechungen von „publicity“ in anderen Sprachfassungen. Dänemark ersuche daher den Gerichtshof um die Klarstellung, ob gemäß diesem Erfordernis der öffentliche Auftraggeber zukünftige Vertragspartner oder Konzessionsinhaber öffentlich suchen müsse, ob potentielle Bieter Zugang zu Ausschreibungsunterlagen haben müssten, oder ob der öffentliche Auftraggeber lediglich die Tatsache veröffentlichen müsse, dass er einen Auftrag oder eine Konzession zu vergeben beabsichtige.<sup>1305</sup>

Der Gerichtshof äußerte sich dazu allerdings nicht. Auch die Generalanwältin meinte in ihrer Nr. 43, sie halte es nicht für erforderlich, die genaue Art oder den Grad der geforderten Öffentlichkeit für die Durchführung einer Ausschreibung zu bestimmen. Es genüge daran zu erinnern, dass die 329 Konzessionen ohne jegliche Transparenz und Öffentlichkeit, die interessierten Parteien Zugang zum Vergabeverfahren ermöglicht hätten, erneuert worden seien.

### **(10) Kommentierung**

Das Urteil ist i. Z. m. der Rs. C-272/91 (*Kommission vs. Italien*) (G3/1) zu sehen. Im Gegensatz zum dortigen Fall ging es in der Rs. UNIRE nicht um neue Konzessionen, die fraglos auszuschreiben gewesen wären, sondern um die Verlängerung bereits bestehender Konzessionen, die erst bei einer späteren Neuvergabe ausgeschrieben werden sollten. Der EuGH leitete eine Ausschreibungspflicht aber schon aus dem Transparenzgebot, dem Diskriminierungsverbot und vor allem aus dem Gleichbehandlungsgebot ab. Im Vergleich zu den ausgeschriebenen neuen Konzessionen ist dies folgerichtig. Ansonsten folgert der Gerichtshof aus diesen Geboten und Verboten nicht unbedingt eine Ausschreibungspflicht, sondern begnügt sich mit dem Erfordernis eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit (s. die Rs. *Engelmann*, G1/13).

### **3.3.5 Die Rechtssachen FORTUNA u. a. (G3/5)**

#### **(1) Betreff**

In diesem polnischen Vorabentscheidungsersuchen ging es im Hinblick auf die Notifizierungs-RL 98/34/EG i. Z. m. Geldspielautomaten um den Begriff „technische Vorschrift“ beim Verbot bei Änderung und Verlängerung der Erlaubnis für die Durchführung. Näheres ergibt sich auch aus dem Urteilstenor.

<sup>1302</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rnn. 32–34.

<sup>1303</sup> Urteil UNIRE (G3/4), a. a. O., Rn. 35.

<sup>1304</sup> Zitiert in der Fn. 344.

<sup>1305</sup> Schlussanträge UNIRE (G3/4), GAin Sharpston, ECLI:EU:C:2007:193, Nr. 38.

## (2) Prozessuale Anmerkungen

Der Fall war am 6. bzw. 11. Mai 2011 beim EuGH eingegangen. Die mündliche Verhandlung hatte am 22. März 2012 stattgefunden. Das 12-seitige Urteil mit 41 Rnn. der Dritten Kammer (einer fünfer Kammer) war – ohne Schlussanträge – am 19. Juli 2012 ergangen; die Rs. war also rund ein Jahr und zwei Monate anhängig. Am Verfahren haben sich außer der drei Klägerinnen der Ausgangsverfahren sowie der Kommission die polnische, belgische und portugiesische Regierung beteiligt.

## (3) Vorlagefragen

Das vorlegende Gericht hat dem Gerichtshof in Rn. 21 drei Fragen vorgelegt und zwar zunächst in der Sache Fortuna:

*“In der Rechtssache C-213/11:*

*Ist Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie [98/34] dahin auszulegen, dass zu den „technischen Vorschriften“, deren Entwürfe nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie der Kommission übermittelt werden müssen, eine Rechtsvorschrift gehört, die die Änderung von Erlaubnissen für eine Tätigkeit im Bereich der Automaten Spiele mit niedrigen Gewinnen insoweit untersagt, als es um eine Änderung des Ortes der Spielveranstaltung geht?*

*In der Rechtssache C-214/11:*

*Ist Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie [98/34] dahin auszulegen, dass zu den „technischen Vorschriften“, deren Entwürfe nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie der Kommission übermittelt werden müssen, eine Rechtsvorschrift gehört, die die Verlängerung von Erlaubnissen für eine Tätigkeit im Bereich der Automaten Spiele mit niedrigen Gewinnen untersagt?*

*In der Rechtssache C-217/11:*

*Ist Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie [98/34] dahin auszulegen, dass zu den „technischen Vorschriften“, deren Entwürfe nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie der Kommission übermittelt werden müssen, eine Rechtsvorschrift gehört, die die Erteilung von Erlaubnissen für eine Tätigkeit im Bereich der Automaten Spiele mit niedrigen Gewinnen untersagt?“*

Die Fragen in den Rsn. Grand und Forta lauten gleich mit Ausnahme der Worte „Änderung von Erlaubnissen“, die im Fall Grand durch die Worte „Verlängerung von Erlaubnissen“ und in der Sache Forta durch „Erteilung von Erlaubnissen“ ersetzt wurden. Auch der Schlussatz in der Sache Fortuna „als es um eine Änderung des Ortes der Spielveranstaltung geht“ wurde in Grand und Forta nicht übernommen.

## (4) Urteilstenor

Im Urteilstenor hat der EuGH für Recht erkannt:

*„Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der durch die Richtlinie 2006/96/EG des Rates v. 20. November 2006 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass nationale Bestimmungen wie jene des Glücksspielgesetzes (Ustawa o grach hazardowich) v. 19. November 2009, welche die Durchführung von Automaten Spielen mit niedrigen Gewinnen an anderen Orten als in Kasinos und Spielsalons beschränken oder sogar allmählich unmöglich machen können, „technische Vorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung darstellen können, deren Entwürfe nach Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie übermittelt werden müssen, sofern feststeht, dass die genannten Bestimmungen Vorschriften darstellen, welche die Art oder die Vermarktung des betreffenden Erzeugnisses wesentlich beeinflussen können, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat.“*

### 3.3.6 Die Rechtssache DANSK AUTOMAT BRANCHEFORENING (G3/6)

#### (1) Betreff

Die Rs. betraf eine Klage auf Nichtigerklärung eines (Beihilfe-)Beschlusses der EU-Kommission über die von Dänemark geplante Maßnahme in Form von Steuern auf Online-Spiele, die als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt und damit genehmigt wurde. Über die Beihilfe selbst wurde allerdings nicht entschieden, da die Klage mangels Klagbefugnis vom EuG als unzulässig abgewiesen wurde. Wegen wichtiger Ausführungen zum dänischen Glücksspielrecht und allgemeinen Einlassungen zu Fragen der Beihilfen soll auf den Fall dennoch eingegangen werden.

#### (2) Vorgeschichte des Rechtsstreits

Die Klägerin ist eine Vereinigung von Unternehmen und Gesellschaften, die zum Betrieb von Geldspielautomaten in Spielhallen und Gastronomiebetrieben zugelassen sind. Sie zählt 80 Mitglieder und vertritt etwa 86 % der Veranstalter von Spielen auf Geldspielautomaten in Dänemark.<sup>1306</sup>

Nachdem die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und dem Königreich Dänemark am 23. März 2007 eine mit Gründen versehene Stellungnahme zu den Hindernissen für den freien Dienstleistungsverkehr mit Sportwetten in Dänemark übermittelt hatte, beschloss dieser Mitgliedstaat, seine Rechtsvorschriften über Spiel- und Wettendienste zu reformieren und das für bestimmte Arten von Spielen bestehende Monopol des öffentlichen Unternehmens durch ein reguliertes, teilliberalisiertes System zu ersetzen.<sup>1307</sup>

In diesem Rahmen meldete das Königreich Dänemark am 6. Juli 2010 gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV den Vorschlag des Gesetzes L 203 über Spielsteuern, der zum Gesetz Nr. 698 v. 25.06.2010 wurde (lov om afgifter af spil, i. F.: Spielsteuergesetz), bei der Kommission an. Dieses Gesetz ist Bestandteil eines Gesetzespakets, das daneben ein Gesetz über Spiele (lov om spil, i. F.: Spielgesetz), ein Gesetz über die Verteilung von Überschüssen aus Lotterien sowie Pferde- und Hundewetten (lov om udlodning af overskud fra lotteri samt heste- og hundevæddemål) und ein Gesetz über die Satzung des öffentlichen Unternehmens umfasst. Das Spielgesetz schreibt für die Bereitstellung und die Veranstaltung von Spielen eine Genehmigungspflicht vor und regelt diese Tätigkeiten. Das Gesetzespaket führt ferner eine Liberalisierung durch, indem es das Monopol des öffentlichen Unternehmens für bestimmte Arten von Spielen beendet.<sup>1308</sup>

Nach dem Spielsteuergesetz unterliegen die Veranstaltung und die Bereitstellung von Spielen der Steuerpflicht. Dieses Gesetz legt für Spiele verschiedene Steuersätze fest, je nachdem, ob diese online oder offline angeboten werden. So unterliegen die Inhaber von Lizenzen für die Bereitstellung von Spielen auf Geldspielautomaten in Spielhallen und Restaurants einem Steuersatz von 41 % der Brutto-Spieleinnahmen. Eine zusätzliche Steuer von 30 % wird auf den Teil der Brutto-Spieleinnahmen erhoben, der bei Geldspielautomaten in Restaurants 30 000 dänische Kronen (DKK) und bei Geldspielautomaten in Spielhallen 250 000 DKK übersteigt. Die Inhaber von Lizenzen für die Bereitstellung von Spielen in herkömmlichen Spielbanken unterliegen, auf monatlicher Basis berechnet, einem Basissteuersatz von 45 % der Brutto-Spieleinnahmen abzüglich des Wertes der Jetons in der Trinkgeldkasse sowie einem zusätzlichen Steuersatz von 30 % für den Teil der Brutto-Spieleinnahmen, der 4 Mio. DKK übersteigt. Dagegen haben die Inhaber von Lizenzen für die Bereitstellung von Spielen in einem Online-Kasino eine Steuer in Höhe von 20 % ihrer Brutto-Spieleinnahmen zu entrichten.<sup>1309</sup>

Mit ihrem Beschluss 2012/140/EU v. 20.09.2011 über die von Dänemark geplante Maßnahme C-35/10 (ex N 302/10) in Form von Steuern auf Online-Spiele nach dem dänischen Spielsteuergesetz

<sup>1306</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), Rs. T-601/11, ECLI:EU:T:2014:839, Rn. 1.

<sup>1307</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rn. 2

<sup>1308</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rn. 3

<sup>1309</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rn. 4.

setz (ABl. 2012, L 68, S. 3) genehmigte die Kommission die von diesem Mitgliedstaat angemeldete Maßnahme. Der verfügende Teil des Beschlusses lautet:

*„Artikel 1*

*Die Maßnahme C 35/10, die Dänemark nach dem dänischen Spielsteuergesetz in Form einer Besteuerung des Online-Spiels anzuwenden beabsichtigt, ist im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 lit. c [AEUV] mit dem Binnenmarkt vereinbar.*

*Die Durchführung der Maßnahme wird daher genehmigt.*“<sup>1310</sup>

In den Gründen des angefochtenen Beschlusses stellte die Kommission als Erstes fest, dass die angemeldete Maßnahme, die für Online-Spiele einen niedrigeren Steuersatz vorsehe, eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV für die in Dänemark ansässigen Anbieter dieser Spiele darstelle. Dazu vertrat sie die Ansicht, das angemeldete Gesetz verschaffe den Anbietern von Online-Spielen einen aus staatlichen Mitteln gewährten Steuervorteil.<sup>1311</sup>

Als Zweites gelangte die Kommission zu der Schlussfolgerung, dass die fragliche Beihilfe die Voraussetzungen erfülle, um nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen zu werden (145. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses). Zur Stützung dieser Auffassung führte sie aus, erstens verfolge das Spielsteuergesetz insoweit, als es zu einer Liberalisierung des Marktes führe und dänischen sowie ausländischen Online-Spielanbietern ermögliche, ihre Dienstleistungen für dänische Bürger anzubieten, und zugleich sicherstelle, dass diese Anbieter die festgelegten Voraussetzungen für die Erteilung einer Lizenz durch die dänischen Behörden erfüllten, ein klar definiertes Ziel von gemeinsamem Interesse (Erwägungsgründe 106–123 des angefochtenen Beschlusses). Zweitens genüge die Beihilfemaßnahme dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, da der für Online-Anbieter geltende Steuersatz von 20 % der Brutto-Spieleinnahmen nicht niedriger als notwendig sei, um die Ziele des Spielgesetzes zu erreichen (Erwägungsgründe 124–137 des angefochtenen Beschlusses). Drittens prüfte die Kommission die Auswirkungen der Beihilfemaßnahme auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Insoweit vertrat sie die Auffassung, dass die Einführung einer Steuer auf Online-Spiele in der gleichen oder in ähnlicher Größenordnung wie die auf herkömmliche Spiele anwendbare Steuer zu einer Situation geführt hätte, in der die Anbieter und die Spieler nicht die Möglichkeit der legalen Bereitstellung von Online-Spielen auf dem dänischen Markt in Anspruch genommen hätten, wodurch die mit dem Spielgesetz verfolgten genannten Ziele von allgemeinem Interesse vereitelt worden wären (Erwägungsgründe 138–142 des angefochtenen Beschlusses).<sup>1312</sup> Das genannte Gesetzespaket trat am 01.01.2012 in Kraft.

### **(3) Anträge der Parteien**

Die Klägerin beantragt,

- „– *Art. 1 des angefochtenen Beschlusses für nichtig zu erklären;*
- *der Kommission die Kosten aufzuerlegen.*“

Die Kommission beantragt,

- „– *die Klage als unzulässig, hilfsweise, als unbegründet abzuweisen;*
- *der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.*“<sup>1313</sup>

### **(4) Rechtliche Würdigung**

Ohne formell eine Einrede der Unzulässigkeit zu erheben, stellt die Kommission die Zulässigkeit der Klage in Abrede. Sie macht geltend, die Klägerin sei nicht klagebefugt, da sie vom angefochtenen Beschluss nicht unmittelbar und individuell betroffen sei.<sup>1314</sup>

<sup>1310</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rn. 7.

<sup>1311</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rn. 8.

<sup>1312</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rnn. 9 und 10.

<sup>1313</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rnn. 24 und 25.

Das EuG sah dies ebenso. Da die Frage der Klagebefugnis jedoch nicht direkt i. Z. m. dem Glücksspielrecht steht, soll an dieser Stelle auf die vom EuG dazu in den Rn. 28–60 gemachten Ausführungen nicht näher eingegangen werden. Das EuG sah dies ebenso und wies die Klage ab.

### 3.3.7 Die Rechtssache i-content Ltd. (G3/7)

In dieser Rs. wurde von der i-content Ltd Zweigniederlassung Deutschland im Wege einer Nichtigkeitsklage beim EuG die Aufhebung der Entscheidung des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (HABM) über die Ablehnung der Eintragung des Wortzeichens BETWIN als Gemeinschaftsmarke begehrt. Die Ablehnung wurde insoweit vom EuG bestätigt.

Das HABM hatte die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, dass das Zeichen BETWIN nur beschreibend sei und ihm auch keine Unterscheidungskraft zukomme.<sup>1315</sup> Die Kombination der Wörter „bet“ und „win“ bedeute, dass man „wetten und gewinnen“ könne.<sup>1316</sup> Dem angemeldeten Wortzeichen komme auch keine Unterscheidungskraft zu, weil damit nur ein allgemeiner Anreiz gegeben werde, an bestimmten Wetten oder Spielen teilzunehmen.<sup>1317</sup>

Die Klägerin beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben; Das HABM beantragte, die Klage abzuweisen.<sup>1318</sup>

Das EuG folgte teilweise dem Antrag des HABM und hob dessen Entscheidung hinsichtlich der in den Klassen 35 und 41 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken von 15.06.1957 nicht auf. Die Aspekte, in denen es die HABM-Entscheidung dagegen aufhob, können hier – weil nicht markenrelevant – übergangen werden.

Das EuG hielt fest, dass „*Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können*“, von der Eintragung ausgeschlossen seien.<sup>1319</sup>

Die Nichteintragungsmöglichkeit verfolge das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass solche Zeichen oder Angaben von jedermann frei verwendet werden können.<sup>1320</sup> Diese Zeichen würden als ungeeignet angesehen, die wesentliche Funktion der Marke zu erfüllen, nämlich die betriebliche Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu identifizieren.<sup>1321</sup> Das EuG bestätigte also insoweit die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer.<sup>1322</sup>

### 3.4 GRUPPE 4: Urteil und Schlussanträge zu bloßen Unterhaltungsspielen ohne Geldgewinn (i. Z. m. der Verletzung von Grundrechten bes. der Menschenwürde)

Zwar gehören bloße Unterhaltungsspiele ohne Geldgewinnmöglichkeit – bei denen auch nur ein Benutzungsentgelt anfällt – nicht zum eigentlichen Bereich der Glücksspiele. Das unter dieser Gruppe aufgeführte Judikat Omega – das bislang einzige in dieser Gruppe ergangene – ist jedoch wegen der Verletzung der Menschenwürde durch den Spielveranstalter (und den Spielenden), die zu einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung führte, von besonderer Bedeutung.

<sup>1314</sup> Urteil Dansk Automat (G3/6), a. a. O., Rn. 27.

<sup>1315</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), Rs. T-258/09, ECLI:EU:T:2011:329, Rn. 5.

<sup>1316</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rn. 6.

<sup>1317</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rn. 9.

<sup>1318</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rnn. 10 und 11.

<sup>1319</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rn. 20.

<sup>1320</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rn. 21.

<sup>1321</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rn. 22.

<sup>1322</sup> Urteil i-content Ltd. (G3/7), a. a. O., Rn. 40.

### 3.4.1 Die Rechtssache OMEGA (G4/1)

#### (1) Betreff

Im Fall Omega bestand in einer von der Omega GmbH in Bonn betriebenen Spielhalle die Möglichkeit des „gespielten Tötens“ mittels Laser, was von der Bonner Oberbürgermeisterin wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde und gegen andere Grundwerte behördlich untersagt worden war. Es ging in diesem Vorabentscheidungsverfahren nun um die Frage, ob die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit dem Verbot entgegenstanden.

#### (2) Prozessuale Anmerkungen

Die Rechtssache war beim Gerichtshof am 12.02.2002 eingegangen. Die mündliche Verhandlung fand (erst) am 04.02.2004 statt. Die Generalanwältin Stix-Hackl stellte am 18.03.2004 ihre 24-seitigen Schlussanträge (mit 114 Nummern). Der Gerichtshof – Spruchkörper war die Erste Kammer mit fünf Richtern – verkündete am 14.10.2004 sein 7-seitiges Urteil (mit 42 Rnn.). Die Verfahrensdauer betrug rund 2 Jahre und 8 Monate. Am Verfahren hatten sich außer der Omega GmbH und der Bonner Oberbürgermeisterin nur die deutsche Regierung und die Kommission beteiligt.

#### (3) Rechtlicher Rahmen

##### (3.1) Gemeinschaftsrecht

##### (3.1.1) Die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit

Auszulegen waren die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 28 bzw. 49 EG) und zwar im Hinblick auf evtl. mögliche Gründe zur Rechtfertigung ihrer Beschränkung. Fallbezogen ging es um die Würde des Menschen.

##### (3.1.2) Die Grundrechte

Nach dem zur fallrelevanten Zeit geltenden Art. 6 Abs. 1 EU (inzwischen sinngemäß Art. 6 EUV) beruht die Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; Grundsätze, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Nach seinem Abs. 2 – s. jetzt Art. 6 Abs. 3 EUV – achtete die Union „die Grundrechte, wie sie in der am 04.11.1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“ (zitiert in Nr. 4 der Schlussanträge).<sup>1323</sup>

##### (3.2) Deutsches Recht

§ 14 Abs. 1 des Ordnungsbehördengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen lautet:

*„Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.“*

#### (4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Die Omega GmbH betrieb in Bonn eine Einrichtung mit dem Namen „Laserdrome.“ Diese Einrichtung dient üblicherweise der Ausübung einer als „Lasersport“ bezeichneten Freizeitbetätigung, die vom Film „Krieg der Sterne“ inspiriert ist.<sup>1324</sup> Die Ausrüstung war von der britischen Firma Pulsar geliefert worden.

<sup>1323</sup> Nach dem nunmehr geltenden Art. 6 EUV – der zur Zeit des Vorgangs Omega (1994–2004) noch nicht in Kraft war – ist inzwischen auch die Europäische Grundrechtecharta in den Abs. 2 einbezogen worden.

<sup>1324</sup> Schlussanträge Omega (G4/1), GA in Stix-Hackl, ECLI:EU:C:2004:162, Nr. 8.

Der Laserdrome wurde am 01.08.1994 eröffnet.<sup>1325</sup> Am 14.09.1994 erließ die Ordnungsbehörde gegenüber Omega eine Verfügung, mit der ihr untersagt wurde,

*„in ihrer [...] Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen (wie z. B. Infrarot), also aufgrund einer Trefferregistrierung, ein sogenanntes ‚spielerisches Töten‘ von Menschen zum Gegenstand haben.“*

Die Verfügung wurde u. a. damit begründet, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliege, weil die simulierten Tötungshandlungen und die damit einhergehende Verharmlosung von Gewalt gegen die grundlegenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit verstießen. Das für den Fall der Zuwiderhandlung festgesetzte Zwangsgeld betrug 10.000 DM pro gespieltes Spiel.<sup>1326</sup>

Omega legte gegen diese Verfügung Widerspruch ein, der von der Bezirksregierung Köln zurückgewiesen wurde. Die dagegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht Köln ab; die dagegen wiederum eingelegte Berufung wurde vom Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen zurückgewiesen. Daraufhin legte Omega Revision beim Bundesverwaltungsgericht ein, das dem EuGH die nachfolgende Frage vorlegte.

#### **(5) Vorlagefrage**

*„Ist es mit den Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar, dass nach nationalem Recht eine bestimmte gewerbliche Betätigung – hier der Betrieb eines so genannten Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen – untersagt werden muss, weil sie gegen grundgesetzliche Wertentscheidungen verstößt?“*

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Das Gemeinschaftsrecht steht einem nationalem Verbot einer in der gewerblichen Veranstaltung von Spielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit, das zum Schutz der öffentlichen Ordnung wegen einer in dieser Tätigkeit gesehenen Verletzung der Menschenwürde ergeht, nicht entgegen.“*

#### **(7) Antwortvorschlag der Generalanwältin**

Die Generalanwältin hatte vorgeschlagen, die Frage wie folgt zu beantworten:

*„Eine einzelstaatliche Ordnungsverfügung gegen eine durch den nationalen Richter für unvereinbar mit verfassungsrechtlichen Grundwertungen befundene gewerbliche Tätigkeit ist mit den Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungsverkehr vereinbar, wenn diese Verfügung tatsächlich durch das am Allgemeininteresse ausgerichtete Ziel der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt ist und sichergestellt ist, dass dieses Ziel nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die die Dienstleistungsfreiheit weniger beschränken.“*

#### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

##### *(8.1) Zur Zulässigkeit*

Da zum Zeitpunkt der Untersagung des Betriebs des Laserdromes kein grenzüberschreitender Bezug vorlag, war die Zulässigkeit des Ersuchens um Vorabentscheidung angezweifelt worden. Der Gerichtshof hielt die Frage jedoch für zulässig. Hier nur so viel: In Rn. 21 meinte der Gerichtshof, auch wenn die Klägerin zum Zeitpunkt der Untersagungsverfügung v. 14.09.1994 noch keinen Franchisevertrag mit der britischen Firma Pulsar geschlossen hatte – ein solcher er-

<sup>1325</sup> Schlussanträge Omega (G4/1), a. a. O., Nr. 10.

<sup>1326</sup> Urteil Omega (G4/1), Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rnn. 3 ff.

folgte erst am 29.05.1997 –, genügt die Feststellung, dass die Verfügung in Anbetracht ihrer Wirkung auch in die Zukunft, „geeignet ist, die künftige Entwicklung von Vertragsbeziehungen zwischen den beiden Geschäftspartnern einzuschränken.“

#### (8.2) Zur Abgrenzung der Grundfreiheiten

Was die vom vorlegenden Gericht angesprochene Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit anbelangt, so wies der Gerichtshof in darauf hin,<sup>1327</sup> dass er eine nationale Maßnahme, wenn sie sowohl den freien Dienstleistungsverkehr als auch den freien Warenverkehr beeinträchtigt, grundsätzlich nur im Hinblick auf eine dieser beiden Grundfreiheiten prüfe, wenn sich herausstelle, dass im konkreten Fall eine der beiden Freiheiten der anderen gegenüber völlig zweitrangig sei und ihr zugeordnet werden könne. Neben dem Urteil Schindler (G1/1) zitierte der Gerichtshof hierbei die Urteile Canal Satélite Digital und Karner.<sup>1328</sup> Er stellte im konkreten Fall demzufolge (nur) auf die Dienstleistungsfreiheit ab.

#### (8.3) Zur Beschränkung

Der EuGH ging von einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus.<sup>1329</sup>

#### (8.4) Zur Rechtfertigung der Beschränkung

Was die Rechtfertigung der Beschränkung anbelange, so der Gerichtshof in den Rnn. 28 ff., so seien „nach dem gemäß Art. 55 EG auf diesem Sachgebiet anwendbaren Art. 46 EG Beschränkungen zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit oder der Gesundheit gerechtfertigt“ seien. Vorliegend stelle die betroffene Betätigung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung dar. Da „die Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung unter eine in Art. 46 EG aufgezählte Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr fallen, braucht nicht geprüft zu werden, ob diese Maßnahmen unterschiedslos sowohl auf im Inland ansässige Dienstleistungserbringer als auch auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungserbringer anwendbar sind“.<sup>1330</sup>

Dass ein Mitgliedstaat sich auf eine vom EG-Vertrag vorgesehene Ausnahme berufen kann, hindert jedoch nicht an der gerichtlichen Nachprüfung der Maßnahmen, „mit denen diese Ausnahme angewandt wird“.<sup>1331</sup> Außerdem sei der Begriff der öffentlichen Ordnung eng zu verstehen, so dass seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden dürfe. Folglich sei eine Berufung auf die öffentliche Ordnung nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre.<sup>1332</sup> Allerdings könnten die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigten, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein. Insoweit sei den zuständigen innerstaatlichen Behörden daher ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EG-Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen.<sup>1333</sup>

Weiter heißt es in den Rnn. 32–40:

<sup>1327</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 26.

<sup>1328</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 26; Urteile v. 22.01.2002, Rs. C-390/99 (Canal, Satélite Digital, Slg. 2002, I-607), Rn. 18, und v. 25.03.2004, Rs. C-71/02 (Karner, Slg. 2004, I-3025) Rn. 46 – i. V. m. den Schlussanträgen des GA Alber v. 08.04.2003.

<sup>1329</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 27.

<sup>1330</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 29. Gemäß Art. 46 EG (inzw. Art. 52 AEUV) ist ja eine Sonderregelung für Ausländer möglich, woraus sich ergibt, dass die Regelung – im Gegensatz zum Rechtfertigungsgrund der zwingenden Erfordernisse im Allgemeininteresse – im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit sogar diskriminierend angewandt werden kann.

<sup>1331</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 30.

<sup>1332</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 30. Der Gerichtshof bezog sich hierbei auf die Urteile v. 04.12.1974 in der Rs. 41/74 (Van Duyn, Slg. 1974, 1337), Rnn. 7 und 18, v. 27.10.1977 in der Rs. 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999), Rn. 33, und v. 14.03.2000 in der Rs. C-54/99 (Eglise de scientologie, Slg. 2000, I-1335), Rn. 17.

<sup>1333</sup> Urteil Omega (G4/1), a. a. O., Rn. 31.

- „32 *Im Ausgangsverfahren waren die zuständigen Behörden der Ansicht, dass die von der Untersagungsverfügung betroffene Betätigung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstelle, weil die gewerbliche Veranstaltung von Unterhaltungsspielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen nach der in der öffentlichen Meinung vorherrschenden Auffassung gegen eine in der nationalen Verfassung verankerte grundlegende Wertvorstellung verstoße, nämlich gegen die Menschenwürde. [...].*
- 33 *In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat; [...].*
- 34 *Wie die Generalanwältin in den Nummern 82 bis 91 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zielt die Gemeinschaftsrechtsordnung unbestreitbar auf die Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde als eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ab. Somit ist das Ziel, die Menschenwürde zu schützen, unzweifelhaft mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, ohne dass es insoweit eine Rolle spielt, dass in Deutschland dem Grundsatz der Achtung der Menschenwürde die besondere Stellung eines selbständigen Grundrechts zukommt.*
- 35 *Da die Grundrechte [...] zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer [...] Grundfreiheit wie des freien Dienstleistungsverkehrs, bestehen [...].*
- 36 *Jedoch können Maßnahmen, durch die der freie Dienstleistungsverkehr eingeschränkt wird, nur dann durch Gründe der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden, wenn sie zum Schutz der Belange, die sie gewährleisten sollen, erforderlich sind, und auch nur insoweit, als diese Ziele nicht mit Maßnahmen erreicht werden können, die den freien Dienstleistungsverkehr weniger einschränken [...].*
- 37 *Insoweit ist es nicht unerlässlich, dass die von den Behörden eines Mitgliedstaats erlassene beschränkende Maßnahme einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung darüber entspricht, wie das betreffende Grundrecht oder berechnigte Interesse zu schützen ist. Zwar hat der Gerichtshof in Rn. 60 des Urteils Schindler auf die sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen Bezug genommen, aufgrund deren alle Mitgliedstaaten die Veranstaltung von Lotterien oder anderen Glücksspielen Beschränkungen unterwerfen, er hat jedoch mit der Erwähnung dieser gemeinsamen Auffassung kein allgemeines Kriterium für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nationaler Maßnahmen formulieren wollen, mit denen die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit beschränkt wird.*
- 38 *[...].*
- 39 *Im vorliegenden Fall ist zum einen darauf hinzuweisen, dass die Untersagung der gewerblichen Veranstaltung von Unterhaltungsspielen, die simulierte Gewalthandlungen gegen Personen, insbesondere die Darstellung von Tötungshandlungen an Menschen, implizieren, dem vorlegenden Gericht zufolge dem Grad des Schutzes der Menschenwürde entspricht, der mit dem Grundgesetz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland sichergestellt werden sollte. Zum anderen ist festzustellen, dass die streitige Verfügung, mit der nur die Variante des Laserspiels untersagt wird, bei der es darum geht, auf menschliche Ziele zu schießen und somit das Töten von Personen zu spielen, nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des von den zuständigen nationalen Behörden verfolgten Ziels erforderlich ist.*
- 40 *Daher kann die Verfügung [...] nicht als eine Maßnahme angesehen werden, die den freien Dienstleistungsverkehr ungerechtfertigt beeinträchtigt.“*

Insgesamt ging der EuGH also von einer Rechtfertigung der Beschränkung aus.

## (9) Würdigung durch die Generalanwältin

Die Generalanwältin war zum gleichen Ergebnis gekommen. Sie ging – anders als der Gerichtshof, der diesen Punkt gar nicht erörterte – zunächst aber auf den sachlichen Geltungsbereich der Dienstleistungsregeln ein. In den Nrn. 34 ff. führte sie aus:

*„Nach Ansicht der Ordnungsbehörde liegt [in der Untersagungsverfügung] kein Verstoß gegen den freien Dienstleistungsverkehr vor. Die Rechtsprechung Keck & Mithouard<sup>1334</sup> könne nämlich auf den vorliegenden Fall in dem Sinne entsprechend angewandt werden, dass weder der Betrieb eines Laserdromes an sich noch die Inanspruchnahme der Dienstleistungen [der britischen Firma] insgesamt, sondern lediglich eine Nutzungsform in Gestalt einer Spielvariante, untersagt sei. Es sei also davon auszugehen, dass die fragliche Maßnahme eine Regelung der Erbringung einer Dienstleistung darstelle, die dem Schutzbereich des Art. 49 EG entzogen sei.“<sup>1335</sup>*

Die Generalanwältin stellte zu dieser rechtsdogmatischen These fest, dass der Gerichtshof sich mit einem ähnlichem Vorbringen bereits im Urteil *Alpine Investments*<sup>1336</sup> auseinandergesetzt und dort hervorgehoben habe, dass eine Regelung der Angebotsmodalitäten im Mitgliedstaat des Leistungserbringers den Zugang zum Dienstleistungsmarkt unmittelbar beeinflusse, da sie nicht nur Leistungsangebote in diesem Mitgliedstaat betreffe, sondern auch solche in anderen Staaten, während der Grund für die Ausnahme der Verkaufsmodalitäten vom Anwendungsbereich des Art. 28 EG darin liege, dass die Anwendung derartiger Regelungen der Verkaufsmodalitäten nicht geeignet sei, den Marktzugang für diese Erzeugnisse im Einfuhrmitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als dies für inländische Erzeugnisse der Fall sei.<sup>1337</sup>

Die Generalanwältin ging also ebenfalls von der Relevanz der Dienstleistungsfreiheit aus, die sie durch die Ordnungsverfügung zwar als beschränkt ansah, wofür es aber Rechtfertigungsgründe gäbe. Im Rahmen dieser Rechtfertigungsgründe – die gleichen wie die anschließend vom Gerichtshof geprüften – machte die Generalanwältin längere Ausführungen zum Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht<sup>1338</sup> und zur Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht,<sup>1339</sup> auf die auch der Gerichtshof zum Teil verwiesen hat.<sup>1340</sup>

Zum Begriff der öffentlichen Ordnung meinte die Generalanwältin,<sup>1341</sup> die Rechtsprechung des Gerichtshofs werde „durch den Versuch gekennzeichnet, ein Gleichgewicht zwischen der notwendigen Eindämmung von Ausnahmen zu den primärrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten und den damit einhergehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten einerseits und dem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten andererseits herzustellen“. <sup>1342</sup> Der Gerichtshof betone dementsprechend, „dass die Mitgliedstaaten zwar im Wesentlichen weiterhin frei nach ihren nationalen Bedürfnissen bestimmen [könnten], was die öffentliche Ordnung und Sicherheit [erfordere]“. <sup>1343</sup> Allerdings müsse zur Wirksamkeit der Geltendmachung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung hinzukommen, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre.<sup>1344</sup> In diesem Kontext sprach die GA in Nr. 108 auch davon, „[...] dass öffentlicher Unmut aufgrund des Spielbetriebs von Omega erregt

<sup>1334</sup> Urteil v. 24.11.1993 in den verbundenen Rs. C-267/91, ECLI:EU:C:1993:905 und C-268/91 (Keck & Mithouard, Slg. 1993, I-6097). S. dazu Fn. 430.

<sup>1335</sup> Urteil *Omega* (G4/1), a. a. O., Rnn. 34.

<sup>1336</sup> Urteil v. 10.05.1995 in der Rs. C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126, (*Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141) Rnn. 36 ff. Zum Inhalt des Urteils s. Fn. 556.

<sup>1337</sup> Urteil *Omega* (G4/1), a. a. O., Rnn. 35.

<sup>1338</sup> Schlussanträge *Omega* (G4/1), a. a. O., Nrn. 46–73.

<sup>1339</sup> Schlussanträge *Omega* (G4/1), a. a. O., Nrn. 74–94.

<sup>1340</sup> Urteil *Omega* (G4/1), a. a. O., Rnn. 34.

<sup>1341</sup> Schlussanträge *Omega* (G4/1), a. a. O., Nrn. 96 ff.

<sup>1342</sup> Schlussanträge *Omega* (G4/1), a. a. O., Nr. 96.

<sup>1343</sup> Schlussanträge *Omega* (G4/1), a. a. O., Nr. 97.

<sup>1344</sup> Schlussanträge *Omega* (G4/1), a. a. O., Nrn. 100 und 108.

wurde. In rechtlicher Hinsicht ist die durch den Schutz und die Achtung der Menschenwürde begründete Ablehnung gewaltverherrlichender oder gewaltfördernder Verhaltensweisen bzw. Dienstleistungen zu nennen.“

Die Geeignetheit der Ordnungsverfügung und die Erforderlichkeit des Verbots bezweifelte die Generalanwältin nicht.<sup>1345</sup> Obwohl sie in ihrem Antwortvorschlag noch von Maßnahmen sprach, „die die Dienstleistungen weniger beschränken“, nannte sie in ihren Ausführungen keine solche, sondern verwies nur auf mögliche andere Konstellationen in anderen Fällen. Das deutsche Verbot hielt sie in jedem Fall aber für konsequent.<sup>1346</sup>

## **(10) Kommentierung**

Diese Rs. ist aus mehreren Gründen von Bedeutung. Zum einen, weil das Verbot des Betriebes des Laserdromes nicht auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses gestützt wurde, sondern ausschließlich auf den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung des Art. 46 EG (inzwischen Art. 52 AEUV). Der EuGH bezeichnet diesen Artikel als Ausnahmeregelung von der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit, was sachlich sicherlich nicht falsch ist, obwohl unter einer „echten“ Ausnahmeregelung eher Art. 51 AEUV (Ex-Art. 45 EG) zu verstehen ist, gemäß dem die Dienstleistungsfreiheit auf Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, keine Anwendung findet.

Die GAin befasste sich interessanterweise auch noch mit den Aspekten der produktbezogenen Modalitäten und der Verkaufsmodalitäten und dabei mit der Frage, ob diese zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Unterscheidungen auch auf die Dienstleistungsfreiheit Anwendung finden können. Der Gerichtshof war auf diesen Punkt dagegen nicht eingegangen.

Der EuGH hat die öffentliche Ordnung ausgehend von der Menschenwürde interpretiert. Seinem Ergebnis kann natürlich gefolgt werden. Ohne den damals geltenden Art. 6 EU namentlich zu nennen, was formal richtig war, weil es sich bei der Untersagungsverfügung ja nicht um eine Maßnahme einer europäischen Institution handelte, bewertete der EuGH die Grundrechtssituation korrekterweise im Hinblick auf das deutsche Grundgesetz. Die GAin war auf die Grundrechte ausführlicher eingegangen, was jedoch zu keinem anderen Ergebnis führte.

Da zum Zeitpunkt des Omega-Urteils die Charta der Grundrechte der Europäischen Union noch nicht in Kraft war, konnte auf sie auch noch nicht verwiesen werden, wie es etwa (später) GA Cruz Villalón in der Rs. Prigge tat, in der er von der Auslegung eines Rechtsaktes auch „im Licht“ der Grundrechtecharta sprach.

## **3.5 GRUPPE 5: Urteile und Schlussanträge zu Gewinnmöglichkeiten (ohne eigenen Geldeinsatz)**

Auch die Rsn. der Gruppe 5 gehören eigentlich nicht direkt zu den Glücksspielen, weil es am Entgelt und damit an einem möglichen Vermögensverlust fehlt. Wegen der mit dem Bereich bloßer Gewinnmöglichkeiten verbundenen Rechtsprobleme soll auf die relevanten Rsn. dennoch (verkürzt) eingegangen werden, zumal einige von ihnen sich mit Fragen der Verkaufsförderung befassen, wie sie auch im Grünbuch, a. a. O. (Teil F, II, 2), Seiten 18 f. unter dem Untertitel 2.2. „Bewerbung von Online-Gewinnspielen“ angesprochen werden.

### **3.5.1 Die Rechtssache FAMILIAPRESS (G5/1)**

#### **(1) Betreff**

In dieser Rs. ging es um ein Verbot des Vertriebs einer deutschen Zeitschrift in Österreich, weil darin Preisrätsel enthalten waren, was in Österreich für dortige Publikationen nicht erlaubt war.

<sup>1345</sup> Schlussanträge Omega (G4/1), a. a. O., Nrn. 111 und 112.

<sup>1346</sup> Schlussanträge Omega (G4/1), a. a. O., Nr. 113.

Es ging insofern um die Warenverkehrsfreiheit. Der Fall ist aber auch dadurch von Interesse, weil es im Rahmen der Rechtfertigung zugleich um den Erhalt der Medienvielfalt ging.

## **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen des Handelsgerichts Wien zu diesem Fall war am 29.11.1995 beim EuGH eingegangen; am 12.11.1996 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden, und am 13.03.1997 wurden die 16-seitigen Schlussanträge – mit 30 in mehrere Unterabsätze gegliederten Nrn. – des GAs Tesauro verlesen. Am 26.06.1997 erging das 11-seitige – und in 35 Rnn. gegliederte – Urteil des Gerichtshofs, der als Plenum (mit elf Richtern) entschied. Die Verfahrensdauer betrug also rund 19 Monate.

Am schriftlichen Verfahren hatten sich neben dem betroffenen deutschen Heinrich Bauer Verlag und der Kommission auch Österreich, Belgien, Deutschland, die Niederlande und Portugal beteiligt, die auch – außer Belgien – an der mündlichen Verhandlung teilnahmen.

## **(3) Rechtlicher Rahmen**

### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Einschlägig war Art. 30 EG-Vertrag, die Warenverkehrsfreiheit betreffend.

### *(3.2) Österreichische Rechtslage*

Zum Zeitpunkt der Klageerhebung sah § 9a Abs.1 Ziff.1 des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) ein Verbot vor, Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben zu gewähren. Nach § 9a Abs.2 Ziff.8 UWG waren demgegenüber Preisausschreiben (mit einem einzelnen Einsatz von 5 Schillingen) und Verlosungen (mit einem Gesamtwert der ausgespielten Gewinne von 300.000 Schillingen) zunächst erlaubt. Durch eine Gesetzesnovelle von 1993 wurde jedoch diese Ausnahmeerlaubnis im Hinblick auf periodische Druckwerke für unanwendbar erklärt. Das deutsche UWG kannte keine vergleichbare Verbotsbestimmung.<sup>1347</sup>

## **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Der Heinrich Bauer Verlag gab in Deutschland eine Wochenzeitschrift heraus, die auch Rätsel enthielt, für deren Lösung vier Preise zwischen 500 und 5.000 DM ausgesetzt waren, die zwischen denjenigen Lesern verlost wurden, die die Rätsel richtig gelöst hatten. Die Zeitschrift wurde auch in Österreich vertrieben, wogegen – wegen der Gewinnmöglichkeiten – die österreichische „Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH“ (i. F.: Familiapress) beim Handelsgericht Wien eine Klage auf Unterlassung einreichte.<sup>1348</sup>

## **(5) Vorlagefrage**

Das Handelsgericht Wien hatte (zit. in Rn. 5) folgende Vorlagefrage gestellt:

*„Ist Art. 30 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß er der Anwendung der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats A entgegensteht, die es einem im Mitgliedstaat B ansässigen Unternehmen untersagen, die dort hergestellte periodisch erscheinende Zeitschrift auch im Mitgliedstaat A zu vertreiben, wenn darin Preisrätsel oder Gewinnspiele enthalten sind, die im Mitgliedstaat B rechtmäßig veranstaltet werden?“*

## **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof hatte für Recht erkannt:

*„Die Anwendung von Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, nach denen in seinem Gebiet der Vertrieb einer in einem anderen Mitgliedstaat hergestellten periodischen Zeitschrift durch ein in diesem Staat niedergelassenes Unternehmen verboten ist, wenn diese*

<sup>1347</sup> Urteil Familiapress (G5/1), C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, Rnn. 4 und 5.

<sup>1348</sup> Urteil Familiapress (G5/1), a. a. O., Rnn. 2 und 3.

*Zeitschrift Preisrätsel oder Gewinnspiele enthält, die in dem zuletzt genannten Staat rechtmäßig veranstaltet werden, verstößt<sup>1349</sup> nicht gegen Art. 30 EG-Vertrag, wenn dieses Verbot in einem angemessenen Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt steht und dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die weniger beschränkend sind. Das setzt insbesondere voraus, daß Zeitschriften, die im Rahmen von Gewinnspielen, Rätseln oder Preisausschreiben eine Gewinnchance eröffnen, mit den kleinen Presseunternehmen in Wettbewerb stehen, von denen angenommen wird, daß sie keine vergleichbaren Preise aussetzen können, und daß eine solche Gewinnchance zu einer Verlagerung der Nachfrage führen kann. Ferner darf das nationale Verbot dem Inverkehrbringen von Zeitschriften nicht entgegenstehen, die zwar Preisausschreiben, Rätsel oder Gewinnspiele enthalten, jedoch Lesern im fraglichen Mitgliedstaat keine Gewinnchance eröffnen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, aufgrund einer Untersuchung des betroffenen nationalen Pressemarktes zu entscheiden, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.“*

### **(7) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der GA hatte in Nr. 30 folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Art. 30 EG-Vertrag ist so auszulegen, daß er der Anwendung einer nationalen Regelung, die die Einfuhr in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellter und in den Verkehr gebrachter periodischer Zeitschriften verbietet, weil sie Preisrätsel und/oder Gewinnspiele enthalten, nicht entgegensteht, sofern diese Regelung notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen, im vorliegenden Fall der Wahrung der Medienvielfalt, zu genügen, und im Verhältnis zu diesem Zweck steht. Dazu ist es Sache des nationalen Gerichts, anhand der Angaben zum inländischen Pressemarkt zu prüfen, ob eine periodisch erscheinende Druckschrift, die diese Merkmale aufweist, im Wettbewerb mit vergleichbaren Unterhaltungszeitschriften steht, die von großen Verlagsgruppen herausgegeben werden, oder mit solchen, die von kleineren Verlegern hergestellt werden, und ob im letztgenannten Fall ein Kaufanreiz geschaffen wird, der sich zum Nachteil der kleineren Verleger auswirkt.“*

### **(8) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

#### *(8.1) Zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit*

##### *(8.1.1) Allgemeine Anmerkungen*

Sowohl der Gerichtshof wie auch der GA begannen die Prüfung der Frage der Anwendbarkeit von Art. 30 EG mit der Abgrenzung „produktbezogener Merkmale“ von den bloßen „Verkaufsmodalitäten.“ Der Gerichtshof führte in den Rnn. 6 und 7 zunächst aus:

*„Nach Art. 30 EWG-Vertrag [später Art. 28 EGV, dann Art. 30 EG und jetzt Art. 34 AEUV] sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Nach ständiger Rechtsprechung stellt jede Maßnahme, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar“<sup>1350</sup>.*

Der EuGH sagte zu den produktbezogenen Maßnahmen noch weiter:

<sup>1349</sup> Diese Formulierung entspricht streng genommen nicht der sonst üblichen Weise, denn sie erweckt den Anschein, als ob – unerlaubterweise – die Geltung des nationalen Rechts geprüft worden sei. Akzeptabel ist dagegen von der Vereinbarkeit (oder Nichtvereinbarkeit) oder vom Nichtentgegenstehen (bzw. Entgegenstehen) zu sprechen. Noch besser ist es jedoch von der „Auslegung“ der europarechtlichen Norm zu sprechen. Zu einer „klassischen“ Formulierung s. den nachfolgenden Antwortvorschlag des GAs.

<sup>1350</sup> Der Gerichtshof zitierte insoweit das Urteil v. 11.07.1974 in der Rs. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82, (Dassonville, Slg. 1974, 837) Rn. 5. Zur „Dassonville – Formel“ s. auch o. Teil D, II, 7.1 und Fn. 281.

*„Auch stellen nach dem Urteil Cassis de Dijon<sup>1351</sup> Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschrift daraus ergeben, daß Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Art. 30 verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.“<sup>1352</sup>*

Zu den Verkaufsmodalitäten führte der Gerichtshof in Rn. 9 mit Verweis auf das Urteil Keck und Mithouard (s. Fn. 430) aus:

*„Demgegenüber ist die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.“*

#### *(8.1.2) Zur fallrelevanten Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit*

Österreich hatte geltend gemacht, das streitige Verbot falle nicht unter Art. 30 EG-Vertrag. Die Möglichkeit, den Lesern einer periodischen Druckschrift die Teilnahme an Preisausschreiben anzubieten, stelle nur eine verkaufsfördernde Maßnahme und damit eine Verkaufsmodalität im Sinne des Urteils Keck und Mithouard dar.<sup>1353</sup>

Der Gerichtshof folgte dieser Auffassung jedoch nicht, da sich für ihn die Regelung auf den Inhalt der Erzeugnisse selbst bezog, denn die fraglichen Preisausschreiben seien Bestandteil der Zeitschrift, in der sie sich befänden. Daher beträfen sie keine Verkaufsmodalität im Sinne des Urteil Keck und Mithouard sondern stellten grundsätzlich eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 30 EG-Vertrag dar.<sup>1354</sup>

Auch der GA sah dies so, weil das Verbot den Marktzugang für die fraglichen Zeitschriften versperrte.<sup>1355</sup>

Sowohl der Gerichtshof wie auch der GA gingen also von der Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit aus, die sie durch das Verbot als beschränkt ansahen.

#### *(8.2) Zum Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Regelung der Glücksspiele*

GA Tesauo verglich den Fall zunächst mit der Rs. Schindler (G1/1) und meinte dazu:<sup>1356</sup>

<sup>1351</sup> Urteil v. 20.02.1979 in der Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, (Rewe-Zentral, Slg. 1979, 649).

<sup>1352</sup> Urteil Familiapress (G5/1), a. a. O., Rn. 8. Vorschriften und Angaben wie die in Rn. 8 im Klammersatz genannten, werden als „produktbezogene Maßnahmen“ bezeichnet. Weil aufgrund der Dassonville-Formel, – s. dazu o. Fn. 281 – nach der schon bloße potentielle Behinderungen zu einer verbotenen mengenmäßigen Einfuhr- (bzw. Ausfuhr-)Beschränkung führen können, eine „Ausuferung“ der Beschränkungsfälle drohte, unternahm der Gerichtshof im Urteil Keck und Mithouard v. 24.11.1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 Rn. 15 durch die Schaffung des Begriffs der (bloßen) „Verkaufsmodalitäten“ eine „Korrektur.“ Diese Verkaufsmodalitäten, wie z. B. Ladenöffnungszeiten, Werberegulungen u. a., werden demzufolge nicht als Beschränkungen bzw. Maßnahmen gleicher Wirkung angesehen, weil sie nicht den unmittelbaren Zugang eines Produkts zum Markt betreffen. (Siehe dazu auch die Nrn. 9 ff. der Schlussanträge des GAs Tesauo in der vorliegenden Rs. Familiapress – G5/1). Auf die Abgrenzung produktbezogene Maßnahmen/Verkaufsmodalitäten war auch die GAIN Stix-Hackl in der Rs. Omega (G4/1) eingegangen (s. dort und GA Gulmann in der Rs. Schindler (G1/1)).

<sup>1353</sup> Urteil Familiapress (G5/1), a. a. O., Rn. 10.

<sup>1354</sup> Urteil Familiapress (G5/1), a. a. O., Rnn. 11 und 12.

<sup>1355</sup> Schlussanträge Familiapress (G5/1), GA Tesauo, ECLI:EU:C:1997:150, Nr. 9.

*„Die Besonderheiten der Lotterien und, noch allgemeiner, der Glücksspiele, haben den Gerichtshof [im Fall Schindler] zu der Feststellung veranlasst, daß ‚die staatlichen Stellen‘ über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich bezüglich der Art und Weise der Veranstaltung von Lotterien, der Höhe der Einsätze sowie der Verwendung der dabei erzielten Gewinne aus dem Schutz der Spieler und allgemeiner nach Maßgabe der sozio-kulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaats aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben. Somit kommt den Staaten nicht nur die Beurteilung der Frage zu, ob eine Beschränkung der Tätigkeiten im Lotteriewesen erforderlich ist, sondern sie dürfen diese auch verbieten, sofern diese Beschränkungen nicht diskriminierend sind. Mit anderen Worten, der Gerichtshof hat zwar berücksichtigt, daß das in Rede stehende Verbot geeignet ist, die verfolgten Ziele zu erreichen, er hat jedoch festgestellt, daß es die Besonderheit der Glücksspiele rechtfertigt, den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen auf diesem Gebiet einzuräumen, mit der Folge, daß es nicht mehr erforderlich ist – sofern es sich um nichtdiskriminierende Maßnahmen handelt, ihre Verhältnismäßigkeit unter dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins von Maßnahmen, die den Handel weniger einschränken und zur Erreichung derselben Ziele geeignet sind, zu prüfen. Der Gerichtshof hat daher [im Fall Schindler] keine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen.“*

Für den GA war es aber angebracht,

*„die im Urteil [Schindler] gewählte Lösung auf die Besonderheiten jenes Falles zu beschränken. Wäre dem nämlich nicht so und müsste davon ausgegangen werden, daß diese Lösung für jedes Spiel gilt, das als Glücksspiel betrachtet werden kann [...], so würde damit eine gefährliche Bresche geschlagen, die in Anbetracht der Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten überhaupt nicht gerechtfertigt wäre. Etwaige Beschränkungen dieser Freiheiten [...] stellen nämlich Ausnahmen dar, die als solche eng auszulegen und daher einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen sind.“<sup>1357</sup>*

Auch der Gerichtshof ging von dieser Argumentationslinie aus. Aus dem Urteil Schindler ergebe sich, dass den Staaten nicht nur die Beurteilung der Frage zustehe, ob eine Beschränkung der Tätigkeiten im Lotteriewesen erforderlich sei, sondern sie dürften diese Tätigkeiten auch verbieten. Jedoch ließen sich Spiele von der Art, um die es im Ausgangsverfahren [Familiapress] gehe, nicht mit Lotterien vergleichen, deren Merkmale im Urteil Schindler untersucht worden seien. Der dortige Sachverhalt habe ausschließlich im größeren Rahmen veranstaltete Lotterien betroffen, bei denen das den nationalen Stellen zugebilligte Ermessen durch die erhöhte Gefahr von Betrug und anderen Straftaten gerechtfertigt gewesen sei.<sup>1358</sup>

Unter diesen Gesichtspunkten prüften sowohl der GA wie auch der EuGH dann die von Österreich vorgetragene Rechtfertigungsgründe.

### *(8.3) Zu den Rechtfertigungsgründen*

#### *(8.3.1) Schutz des Verbrauchers und Lauterkeit des Handelsverkehrs*

GA Tesauo erwähnte in Nr. 18: *„Es ist von einer Seite vorgetragen worden, daß der Verbraucher mehr vom Spiel und von der damit verbundenen Gewinnhoffnung angezogen werden könnte als von der Qualität der Zeitschrift und daß hierdurch die Wettbewerbsbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Lauterkeit des Handelsverkehrs verfälscht werden könnten. Im Übrigen könne der Verbraucher in Bezug auf den tatsächlichen Preis des Erzeugnisses irreführt werden.“*

<sup>1356</sup> Schlussanträge Familiapress (G5/1), a. a. O., Nr. 16.

<sup>1357</sup> Schlussanträge Familiapress (G5/1), a. a. O., Nr. 16 Teil 2.

<sup>1358</sup> Urteil Familiapress (G5/1), a. a. O., Rnn. 20–22.

In Nr. 19 wies GA Tesauro jedoch darauf hin, dass von einem durchschnittlichen Verbraucher, d. h. von einem verständigen Verbraucher auszugehen sei<sup>1359</sup>. Unter diesen Umständen müsse eingeräumt werden, dass sowohl der Verbraucherschutz als auch die Lauterkeit des Handelsverkehrs keine Ziele von selbstständiger Bedeutung darstellten, sondern vielmehr i. Z. m. dem Ziel der Erhaltung der Medienvielfalt stünden.<sup>1360</sup>

Der Gerichtshof sah dies auch so. Er meinte, im vorliegenden Fall fehle es dem Verbot an Bestrebungen zum Schutz der Sozialordnung. Zunächst würden die fraglichen Verlosungen in kleinem Rahmen veranstaltet; bei ihnen stehe weniger auf dem Spiel. Dann stellten sie keine unabhängige wirtschaftliche Betätigung dar, sondern nur einen Gesichtspunkt des redaktionellen Inhalts einer Zeitschrift unter anderen. Schließlich verbiete das österreichische Recht Verlosungen nur in den Printmedien vollständig.<sup>1361</sup> Wenn ein Mitgliedstaat sich auf zwingende Erfordernisse berufe, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet sei, den freien Warenverkehr zu behindern, sei diese Rechtfertigung im Übrigen im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Zu diesen Grundrechten gehöre die in Art. 10 EMRK verbürgte Meinungsfreiheit.<sup>1362</sup>

### (8.3.2) Erhalt der Medienvielfalt

Der Gerichtshof führte in Rn. 26 aus, das Verbot, Zeitschriften zu verkaufen, die die Teilnahme an Preisausschreiben ermöglichten, könne die Meinungsfreiheit beeinträchtigen. Art. 10 der EMRK lasse jedoch Ausnahmen von der Meinungsfreiheit zum Zweck der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt zu, soweit sie durch Gesetz geregelt und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich seien<sup>1363</sup>. Der EuGH meinte dazu in den Rnn. 27–33 weiter:

- „27 [...] *Es ist] zu untersuchen, ob ein nationales Verbot der im Ausgangsverfahren streitigen Art in einem angemessenen Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Medienvielfalt steht und ob dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr sowie die Meinungsfreiheit weniger beschränken.*
- 28 *Zu diesem Zweck ist zum einen zu ermitteln, ob Zeitschriften, die im Rahmen von Preisausschreiben, Rätseln oder Gewinnspielen eine Gewinnchance eröffnen, mit kleinen Presseunternehmen im Wettbewerb stehen, von denen angenommen wird, daß sie keine vergleichbaren Preise aussetzen können, und die die streitige Regelung schützen will, zum anderen ob eine solche Gewinnchance einen Kaufanreiz darstellen kann, der zu einer Verlagerung der Nachfrage führen kann.*
- 29 *Es ist Sache des nationalen Gerichts, auf der Grundlage einer Untersuchung des österreichischen Pressemarktes zu beurteilen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.*
- 30 *Im Rahmen dieser Untersuchung wird es den Markt des betreffenden Erzeugnisses abzugrenzen und die Marktanteile, die die einzelnen Herausgeber oder Pressekonzerne halten, sowie deren Entwicklung zu berücksichtigen haben.*
- 31 *Zudem muß das nationale Gericht anhand sämtlicher Umstände, die die Kaufentscheidung beeinflussen können – etwa von Werbung auf der Titelseite, die auf die Gewinnchance verweist, der Wahrscheinlichkeit des Gewinns, des Wertes der Preise, der Abhängigkeit des Gewinns von der Lösung einer Aufgabe, die einen gewissen Grad von Einfallsreichtum, Geschicklichkeit oder Kenntnissen erfordert, beurteilen,*

<sup>1359</sup> GA Tesauro verwies in diesem Zusammenhang auf das Urteil v. 06.07.1995 in der Rs. C-470/93, ECLI:EU: C:1995:224, (Mars, Slg. 1995, I-1923) Rn. 13.

<sup>1360</sup> Schlussanträge Familiapress (G5/1), a. a. O., Nr. 20.

<sup>1361</sup> Schlussanträge Familiapress (G5/1), a. a. O., Nr. 23.

<sup>1362</sup> Schlussanträge Familiapress (G5/1), a. a. O., Nr. 24. In diesem Zusammenhang verwies der EuGH auf das Urteil 18.06.1991 in der Rs. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, ERT, Slg. 1991, I-2925) Rnn. 43 und 44. Zum Urteil ERT s. auch Fn. 263.

<sup>1363</sup> Der EuGH zitierte in diesem Zusammenhang das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte v. 24.11.1993, Informationsverein Lentia u. a./Österreich, A Rn. 276.

*inwieweit das betreffende Erzeugnis in den Augen des Verbrauchers die Zeitschriften ersetzen kann, die keine Gewinnchance bieten.*

- 32 *Die belgische und die niederländische Regierung vertreten die Ansicht, daß der österreichische Gesetzgeber Maßnahmen hätte ergreifen können, die den freien Warenverkehr weniger beeinträchtigen [...], etwa die Schwärzung oder Entfernung der Seite, die das Gewinnspiel enthalte, in der für Österreich bestimmten Ausgabe, oder den Hinweis, daß die Gewinnchance Lesern in Österreich nicht offen stehe.*
- 33 *Aus den Akten ergibt sich nicht, daß das fragliche Verbot dem Inverkehrbringen von Zeitschriften entgegenstünde, bei denen solche Maßnahmen ergriffen worden wären. Sollte das nationale Gericht feststellen, daß dies gleichwohl der Fall ist, wäre das Verbot unverhältnismäßig.“*

## **(9) Kommentierung**

Das Urteil ist weniger aus glücksspielrelevanten Aspekten von Interesse als aus den Ausführungen zur Warenverkehrsfreiheit und zwar im Hinblick auf die Abgrenzung der Verkaufsmodalitäten von produktbezogenen Maßnahmen. Nennenswert sind auch die beiden Rechtfertigungsgründe der Lauterkeit des Handelsverkehrs und vor allem des Schutzes der Medienvielfalt. Letzterem legte der Gerichtshof eine große Bedeutung zu. Positiv zu werten ist der Verweis auf Grundrechte und hierbei auf Art. 10 der EMRK. Ein Hinweis auf Art. 11 der GRCh<sup>1364</sup> war mangels ihrer Geltung zur Zeit des Falls nicht möglich. Der Inhalt von Art. 11 kann jedoch rückblickend die Argumentation des Gerichtshofs und des GAs unterstreichen.

### **3.5.2 Die Rechtssache GINTEC (G5/2)**

#### **(1) Betreff und prozessuale Anmerkungen**

Nur zur Ergänzung soll kurz auf das (11-seitige) Urteil des Gerichtshofs (Zweite Kammer mit 5 Richtern) v. 08.11.2007 in der Rs. Gintec eingegangen werden. GA war Ruiz-Jarabo Colomer, der am 13.02.2007 seine 21-seitigen Schlussanträge vorgelegt hatte.

Das Vorabentscheidungsersuchen des BGH betraf die Auslegung der RL 2001/83/EG [...] zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. L311, S. 67) in der durch die Richtlinie 2004/27/EG [...] geänderten Fassung (ABl. 136, S. 34).

Die Rs. betraf zwar keine Glücksspiele, sondern reine Verlosungen, die als Werbeaktionen gedacht waren. Da die Gewinne aber „Arzneimittel“ waren, ist der Fall von daher, also von der Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Werbung her, von gewisser Bedeutung. Gleichzeitig ging es um die Wirkungen einer Harmonisierung.

#### **(2) Sachverhalt und rechtlicher Rahmen**

Neben einer (allgemeinen) Werbung für Roten Ginseng, bei der vor allem auf Befragungen von Kunden und deren natürlich positive Antworten hingewiesen wurde, hatte Gintec außerdem auf ihrer Internetseite eine monatliche Auslosung angekündigt, an der man durch Ausfüllen eines Formulars teilnehmen, und bei der man eine Packung „Roter Imperial Ginseng von Gintec Extrapulver“ gewinnen konnte.<sup>1365</sup>

Der Verband Sozialer Wettbewerb, dessen Hauptaufgabe die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist, beanstandete mit einer Unterlassungsklage die Werbemaßnahmen. Die auf der Internetseite von Gintec angekündigte Auslosung verstoße gegen § 11 des (deutschen) Gesetzes

<sup>1364</sup> Art. 11 GRCh – Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit – lautet: „(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne auf Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. (2) Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.“

<sup>1365</sup> Urteil Gintec (G5/2), C-374/05, ECLI:EU:C:2007:654, Rnn. 12 und 13.

über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWG – BGBl. 1994 I S. 3068), der in seinem ersten Absatz bestimme:<sup>1366</sup>

- „(1) Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel [...] nicht geworben werden  
 1. – 10. [...],  
 11. mit Äußerungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen,  
 12. [...],  
 13. mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist,  
 14. u. 15. [...].“

Nachdem das OLG Frankfurt der Unterlassungsklage stattgegeben hatte, legte Gintec dagegen beim BGH Revision ein, der dem EuGH die nachfolgenden Vorlagefragen stellte.<sup>1367</sup>

### (3) Vorlagefragen

- „1. Setzen die Vorschriften der Richtlinie 2001/83/EG, welche die Bezugnahme auf Äußerungen fachkundiger Dritter und die Werbung mit Auslosungen betreffen, nicht nur einen Mindest-, sondern einen abschließenden Höchststandard für die Verbote der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel?  
 2. Im Falle der Bejahung von Frage 1:  
 a) Liegt eine missbräuchliche oder irreführende Bezugnahme auf eine „Genesungsbescheinigung“ im Sinne des Art. 90 Buchst. j der Richtlinie 2001/83 vor, wenn der Werbende das Ergebnis einer Umfrage bei fachkundigen Dritten mit einer pauschal positiven Gesamtbewertung des beworbenen Arzneimittels wiedergibt, ohne die Bewertung bestimmten Anwendungsgebieten zuzuordnen?  
 b) Führt das Fehlen eines ausdrücklichen Verbots der Werbung mit Auslosungen in der Richtlinie 2001/83 dazu, dass diese grundsätzlich erlaubt sind, oder enthält Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 einen Auffangtatbestand, der das Verbot einer Internetwerbung mit der monatlichen Auslosung eines Preises von geringem Wert begründen kann?<sup>[1368]</sup>  
 3. Sind die vorgestellten Fragen für die Richtlinie 92/28/EWG entsprechend zu beantworten?“

Von diesen 3 Fragen war im Hinblick auf Gewinne eigentlich nur die Unterfrage b) der 2. Frage von Interesse. Die erste Frage betraf dagegen den Aspekt der Wirkung einer europarechtlichen (Voll-)Harmonisierung gegenüber einer (weitergehenden) mitgliedstaatlichen Regelung. Auf diesen Teil soll erst im Rahmen der in der Gruppe 6 erörterten Rechtsfragen eingegangen werden. Nur „Im Vorgriff“ wird in den ersten beiden Absätzen des Punktes V. „Würdigung durch den Gerichtshof und den GA“ das Ausmaß der Harmonisierung kurz angesprochen.

### (4) Antwort des Gerichtshofs

Der EuGH hatte im Hinblick auf die zweite Frage für Recht erkannt:

- „1. [...].  
 2. a) [...].  
 b) Die Art. 87 Abs. 3, 88 Abs. 6 und 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verbieten die Werbung für ein Arzneimittel in

<sup>1366</sup> Urteil Gintec (G5/2), a. a. O., Rn. 11.

<sup>1367</sup> Urteil Gintec (G5/2), a. a. O., Rn. 16.

<sup>1368</sup> Die in der Vorlagefrage 2 zitierten Art. 87 Abs. 3 und 90 lit. j der RL 2001/83 lauten (zit. in den Rnn. 5 und 7): (Art. 87 Abs.3) „Die Arzneimittelwerbung – muss einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern, indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstellt; – darf nicht irreführend sein.“ (Art. 90 Buchst. j) „Die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel darf keine Elemente enthalten, die sich in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise auf Genesungsbescheinigungen beziehen [...].“

*Form einer im Internet angekündigten Auslosung, weil sie die unzweckmäßige Verwendung dieses Arzneimittels fördert und zu seiner direkten Abgabe an die Öffentlichkeit sowie zur Abgabe von Gratismustern führt.*

3. [...]“

### **(5) Antwortvorschlag des Generalanwalts**

Der GA hatte – beschränkt auf die hier interessierende Frage – vorgeschlagen,<sup>1369</sup> dem BGH wie folgt zu antworten:

„1. [...].

2. *Die [Humanarzneimittel-] Richtlinie steht einer nationalen Regelung entgegen, die allgemein oder abstrakt Publikumswerbung für Medikamente in folgender Weise untersagt:*

a) *Äußerungen Dritter [...],*

b) *Wettbewerbe, Auslosungen und andere Verfahren mit zufallsbedingtem Ausgang, es sei denn, dass der Ausschluss davon abhängig gemacht wird, dass diese Instrumente entgegen Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 zu einem unvernünftigen Gebrauch des Arzneimittels verleiten. Diese Bestimmung sowie Art. 88 Abs. 6 der Richtlinie lassen es nicht zu, dass ein Medikament im Internet mit einer monatlichen Auslosung eines Preises von geringem Wert, der aus einer Packung dieses Medikaments besteht, beworben wird.*

3. [...]“

### **(6) Würdigung durch den Gerichtshof und den Generalanwalt**

Zunächst befasste sich der EuGH mit der Frage, ob der fallrelevante Werbebereich durch die RL 2001/83 harmonisiert worden sei, sodass für darüber hinausgehende mitgliedstaatliche Regelungen kein Raum mehr sei. Er sagte dazu in Rn. 36, dass die RL eine gewisse Werbung nicht derart allgemein und unbedingte wie § 11 HWG verbiete. Er hielt aber in Rn. 37 fest, dass die Verwirklichung des Ziels der RL gefährdet wäre, wenn ein Mitgliedstaat die in der RL vorgesehenen Pflichten erweitern und ein uneingeschränktes und unbedingtes, in der RL nicht ausdrücklich vorgesehenes Verbot einführen könnte. Demzufolge sagte der EuGH in Rn. 39, „[...] dass mit der Richtlinie 2001/83 eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt ist [...]“. Der GA meinte in Ziff. 1 seines Antwortvorschlags, die Vorschriften über die Werbung der RL 2001/83 setzten „einen Höchststandard für die Harmonisierung, sodass die Mitgliedstaaten keine weitergehenden Verbote oder Beschränkungen erlassen können, als es die Richtlinie selbst erlaubt.“

Der EuGH hat in den Rnn. 55–58 zur fallbezogenen wichtigeren Frage 2 b) ausgeführt:

„55 *Die Richtlinie 2001/83 enthält zwar keine besonderen Vorschriften über Arzneimittelwerbung in Form von Auslosungen, eine solche Werbung ist jedoch angesichts der im 45. Erwägungsgrund der Richtlinie angeführten Notwendigkeit, übertriebene und unvernünftige Werbung, die sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken könnte, zu verhindern, kaum hinnehmbar. Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie wiederholt diese Notwendigkeit, wenn er fordert, dass die Werbung für Arzneimittel deren zweckmäßigen Einsatz fördert.*

56 *[...Bei] der Werbung für ein Arzneimittel in Form von Verlosungen [wird] der unzweckmäßigen und übermäßigen Verwendung dieses Arzneimittels Vorschub geleistet, indem es als Preis oder Geschenk dargestellt wird und der Verbraucher so von einer sachlichen Prüfung der Frage, ob eine Einnahme des Arzneimittels erforderlich ist, abgelenkt wird.*

<sup>1369</sup> Schlussanträge Gintec (G5/2), GA Ruiz-Jarabo Colomer, ECLI:EU:C:2007:93, Nr. 81.

57 [...]

58 *Darüber hinaus kann die Möglichkeit, bei einer Auslosung ein Arzneimittel zu gewinnen, einer kostenlosen Abgabe gleichgestellt werden. Insoweit ist daran zu erinnern, dass Art. 88 Abs. 6 der Richtlinie 2001/83 die direkte Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit durch die pharmazeutische Industrie zum Zwecke der Verkaufsförderung untersagt. Ferner dürfen nach Art. 96 Abs. 1 dieser Richtlinie Gratismuster nur ausnahmsweise unter den in dieser Bestimmung aufgeführten Voraussetzungen an die zur Verschreibung von Arzneimitteln berechtigten Personen abgegeben werden.“*

Der GA war, wie sich aus seinem Antwortvorschlag ergibt, zum gleichen Ergebnis gekommen.

## **(7) Kommentierung**

Aus diesem Urteil ergibt sich also, dass nicht alle Gegenstände als Gewinne ausgespielt werden dürfen, selbst wenn sie als solche nicht schädlich, sondern im Gegenteil sogar gesundheitsfördernd sein können. Gleichzeitig ergibt sich aus dem Judikat, wie der Gerichtshof richtigerweise europarechtliche Bestimmungen nach ihrem Sinn interpretiert, auch wenn ein direkter Wortlaut fehlt. Ferner zeigt das Urteil die Wirkung einer Vollharmonisierung auf, die keinen Raum mehr für mitgliedstaatliche Abweichungen lässt.

### **3.5.3 Die Rechtssache PLUS (G5/3)**

#### **(1) Betreff**

In dem ebenfalls vom BGH eingereichten Vorabentscheidungsersuchen ging es darum, ob dem deutschen Verbot, gemäß dem es untersagt war, die Teilnahme an einem Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig zu machen, Europarecht entgegenstand.

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Die Rs. war beim EuGH am 09.07.2008 eingegangen. Am 11.06.2009 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. Die GA in Trstenjak hat am 03.09.2009 ihre (30-seitigen!) Schlussanträge (mit 114 Nummern) vorgelegt. Am 14.01.2010 hat die Erste Kammer (mit 5 Richtern) ihr (14-seitiges) Urteil (mit 55 Rnn.) verkündet. Der Fall war somit rund 18 Monate anhängig.

Am Verfahren hatten sich außer der Klägerin und der Beklagten des Ausgangsverfahrens die deutsche, belgische, tschechische, spanische, italienische, österreichische, polnische, portugiesische und finnische Regierung sowie die Kommission beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Das Vorabentscheidungsersuchen betraf vor allem die Auslegung von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG [...] über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG [...], 97/7/EG, 97/27/EG und 2002/65/EG [...] sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 [...] über unlautere Geschäftspraktiken.

Der einschlägige rechtliche Rahmen wurde in den Rnn. 3–11 zitiert; hier einige Auszüge:

Art. 2 der RL 2005/29 sieht vor:

*„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck*

*a)-c) [...];*

*d) ‚Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern‘ [...] jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit*

*der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt;*

*e)-l) [...].“*

Art. 3 Abs. 1 bestimmt:

*„Diese Richtlinie gilt für unlautere Geschäftspraktiken im Sinne des Art. 5 von Unternehmen gegenüber Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts.“*

In Art. 4 heißt es:

*„Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen, einschränken.“*

Art. 5 („Verbot unlauterer Geschäftspraktiken“) lautet wie folgt:

- „(1) Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.*
- (2) Eine Geschäftspraxis ist unlauter, wenn*
  - (a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und*
  - (b) sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers [...] wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.*
- (3) [...].*
- (4) Unlautere Geschäftspraktiken sind insbesondere solche, die*
  - (a) irreführend [...] oder*
  - (b) aggressiv [...] sind.*
- (5) Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind [...].“*

*(3.2) Deutsches Recht*

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (i. F.: UWG)<sup>1370</sup> sagt in § 3:

*„Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.“*

§ 4 UWG bestimmt:

- „Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer*
  - 1.-5. [...];*
  - 6. die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden;*
  - 7.-11.[...].“*

#### **(4) Sachverhalt**

Die im Ausgangsverfahren verklagte Plus Warenhandelsgesellschaft hatte die Werbekampagne „Ihre Millionenchance“ betrieben, in deren Rahmen die Öffentlichkeit aufgefordert wurde, in den Läden von Plus verkaufte Waren zu erwerben, um Punkte zu sammeln. Mit der Ansammlung von 20 Punkten wurde die Möglichkeit erworben, kostenlos an den Ziehungen des Deutschen Lottoblocks am 06.11. oder 27.11.2004 teilzunehmen. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. beantragte beim Landgericht Duisburg, Plus diese Geschäftspraxis zu

<sup>1370</sup> BGBl. 2004 I, S. 1414, zitiert in den Rnn. 9–11.

untersagen. Nachdem Plus in erster und in zweiter Instanz verurteilt worden war, legte sie Revision beim BGH ein,<sup>1371</sup> der (zit. in Rn. 19) folgende Vorlagefrage stellte:

**(5) Vorlagefrage**

*„Ist Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik<sup>1372</sup>, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt?“*

**(6) Antwort des Gerichtshofs**

Im Urteilstenor hat der Gerichtshof für Recht erkannt:

*„Die Richtlinie 2005/29/EG [...] über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der [Richtlinien] 84/450/EWG [...], 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG [...] sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 [...] ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung [...] entgegensteht, nach der Geschäftspraktiken, bei denen die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls grundsätzlich unzulässig sind.“*

**(7) Antwortvorschlag der Generalanwältin**

Die Generalanwältin hatte in Nr. 114 folgende Antwort vorgeschlagen:

*„Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG [...] und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG [...], der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG [...] sowie der Verordnung Nr. 2006/2004 [...] ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt.“*

**(8) Würdigung durch den Gerichtshof**

Der EuGH wies zunächst darauf hin, dass Art. 2 lit. d) der zit. RL den Begriff der Geschäftspraxis besonders weit fasse. Werbekampagnen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, stellten folglich Geschäftspraktiken dar.<sup>1373</sup>

In Rn. 41 sagte der Gerichtshof dann weiter:

*„Nach dieser Feststellung ist sodann darauf hinzuweisen, dass die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern mit der RL 2005/29 auf Gemeinschaftsebene **vollständig harmonisiert** werden. Daher dürfen die Mitgliedstaaten, wie dies in Art. 4 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen ist, keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen, und zwar auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen.“<sup>1374</sup> [Hervorhebung durch den Verf.]*

<sup>1371</sup> Urteil Plus (G5/3), C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12, Rnn. 12–14.

<sup>1372</sup> Es heißt im zit. Text der Vorlagefrage tatsächlich Geschäftspraktik und nicht Geschäftspraxis.

<sup>1373</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rnn. 35–37.

<sup>1374</sup> Der Gerichtshof verwies insofern auf das Urteil v. 23.04.2009 in den Rsn. C-261/07, ECLI:EU:C:2009:244 und C-299/07, ECLI:EU:C:2007:484, (VTB-VAB und Galatea, Slg. 2009, I-2949) Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung.

In Art. 5 Abs. 4 der RL 2005/29 würden zwei präzise Kategorien von unlauteren Geschäftspraktiken festgelegt, nämlich die „irreführenden Praktiken“ und die „aggressiven Praktiken.“ Solche Praktiken seien insbesondere dann verboten, wenn sie unter Berücksichtigung ihrer Merkmale und des tatsächlichen Kontextes einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen würden oder zu veranlassen geeignet seien, die er sonst nicht getroffen hätte.<sup>1375</sup>

Schließlich stelle die RL 2005/29 in ihrem Anhang I eine erschöpfende Liste von 31 Geschäftspraktiken auf, die nach Art. 5 Abs. 5 der RL „unter allen Umständen“ als unlauter anzusehen seien, und die ohne eine Beurteilung des Einzelfalls als unlauter gelten würden.<sup>1376</sup>

Die Frage des vorlegenden Gerichts sei somit im Licht des Inhalts und der allgemeinen Systematik der Bestimmungen der RL 2005/29 zu prüfen. Insoweit sei festzustellen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, nicht den Anforderungen der RL 2005/29 entspreche.<sup>1377</sup>

Nach § 4 Nr. 6 UWG sei nämlich bereits jede geschäftliche Handlung verboten, mit der der Erwerb von Waren oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen mit der Teilnahme der Verbraucher an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel gekoppelt werde und zwar ohne Prüfung – anhand des tatsächlichen Kontexts des Einzelfalls, ob die fragliche geschäftliche Handlung im Licht der in der RL 2005/29 aufgestellten Kriterien „unlauter“ sei.<sup>1378</sup>

Es stehe zudem fest, dass solche Praktiken auch nicht vom Anhang I dieser RL erfasst würden, der die Praktiken abschließend aufzähle, die allein schon ohne eine Einzelfallprüfung verboten werden dürften. Zum anderen widerspreche eine Regelung der im Ausgangsverfahren fraglichen Art dem Inhalt von Art. 4 der RL 2005/29, der es den Mitgliedstaaten ausdrücklich untersage, strengere nationale Maßnahmen beizubehalten oder zu erlassen, selbst wenn damit ein höheres Verbraucherschutzniveau erreicht werden solle.<sup>1379</sup>

Daher sei festzustellen, dass die RL 2005/29 einem (generellen) Verbot wie dem des Ausgangsverfahrens entgegenstehe.<sup>1380</sup> Dieser Schluss werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass § 4 Nr. 6 UWG eine Ausnahme zu Gunsten von Praktiken vorsehe, die ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben betreffen, das naturgemäß mit der fraglichen Ware oder Dienstleistung verbunden sei. Auch wenn diese Ausnahme geeignet sei, die Tragweite des in dieser Vorschrift aufgestellten Verbots zu beschränken, könne sie nämlich als beschränkte und im Voraus definierte Ausnahme nicht die notwendige, anhand des Sachverhalts des konkreten Falls vorzunehmende Beurteilung ersetzen, ob eine Geschäftspraxis nach den in der RL 2005/29 angeführten Kriterien als „unlauter“ einzustufen sei, wenn es sich wie im Ausgangsverfahren um eine Praxis handle, die nicht im Anhang I der RL aufgeführt sei.<sup>1381</sup>

## **(9) Würdigung durch die Generalanwältin**

Die Generalanwältin war – mit wesentlich ausführlicheren Begründungen – zum gleichen Ergebnis gekommen. Sie erläuterte zudem die Regelungsstruktur der RL 2005/29 und des Verbots in §§ 3 und 4 Nr. 6 UWG (Nrn. 73 ff. und 78 ff.). Sie unterstrich auch die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung (Nrn. 82 ff.). Sie nahm zum Begriff der „beruflichen Sorgfaltspflicht“ Stellung (Nrn. 89 ff.), bevor sie sich mit der Notwendigkeit einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls befasste (Nrn. 98 ff.). Sie fragte auch, welche Folgen die Rücknahme des Vorschlags der Kommission für eine „Verordnung über Verkaufsförderung im

<sup>1375</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rn. 44.

<sup>1376</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rn. 45.

<sup>1377</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rnn. 46 und 47.

<sup>1378</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rn. 48.

<sup>1379</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rnn. 49 und 50.

<sup>1380</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rn. 51.

<sup>1381</sup> Urteil Plus (G5/3), a. a. O., Rn. Rnn. 52 und 53.

Binnenmarkt“ fallbezogen haben könnte (Nrn. 106 ff.). Da diese Aspekte aber nicht in einem direkten Zusammenhang mit Glücksspielen stehen, können sie hier übergangen werden.

### **(10) Kurzkomentierung**

Das Urteil zeigt – ohne davon direkt zu sprechen – die Vorrangswirkung europäischer Harmonisierungs-Rechtsakte gegenüber nationalen Bestimmungen auf, die demzufolge keine „schärferen“ Regelungen enthalten dürfen, sofern dies nicht europarechtlich ausdrücklich vorgesehen ist.

### **3.5.4 Die Rechtssache MEDIAPRINT (G5/4)**

#### **(1) Betreff**

In diesem österreichischen Vorabentscheidungsersuchen ging es letztlich um die gleiche Problematik wie in der Rs. Plus, also um das mitgliedstaatlich verbotene Angebot von Zugaben an Verbraucher, das vom Erwerb einer Ware abhängig gemacht wurde (Näheres s. Sachverhalt).

#### **(2) Prozessuale Anmerkungen**

Das Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs Österreichs war am 04.12.2008 beim EuGH eingegangen. Am 19.01.2010 hat die mündliche Verhandlung stattgefunden. Die (35-seitigen!) Schlussanträge (mit 135 Nrn.) der GA in Trstenjak wurden am 24.03.2010 verlesen. Das (13-seitige) Urteil (mit 48 Rnn.) der Großen Kammer<sup>1382</sup> (mit 11 Richtern) erging am 09.11.2010. Die Rs. war also 1 Jahr und 11 Monate anhängig.

Am Verfahren hatten sich außer den beiden Parteien des Ausgangsverfahrens die österreichische, belgische und die deutsche Regierung sowie die Kommission beteiligt.

#### **(3) Rechtlicher Rahmen**

##### *(3.1) Gemeinschaftsrecht*

Da die rechtliche Problematik derjenigen der Rs. Plus entsprach, kann im Hinblick auf die fallerheblichen Richtlinien über unlautere Geschäftspraktiken voll auf den Gemeinschaftsrechtsrahmen der Sache Plus verwiesen werden.

##### *(3.2) Österreichisches Recht (zit. in Rn. 9 des Urteils)*

§ 9a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I Nr. 448/1984) in der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 136/2001 geänderten Fassung (i. F.: UWG) lautet wie folgt:

- „(1) *Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs*
1. *in öffentlichen Bekanntmachungen oder anderen Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, ankündigt, dass er Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) gewährt, oder Verbrauchern neben periodischen Druckwerken unentgeltliche Zugaben (Prämien) anbietet, ankündigt oder gewährt oder*
  2. *Unternehmern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) anbietet, ankündigt oder gewährt, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Dies gilt auch dann, wenn die Unentgeltlichkeit der Zugabe durch Gesamtpreise für Waren oder Leistungen, durch Scheinpreise für eine Zugabe oder auf andere Art verschleiert wird.*
- (2) *Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Zugabe besteht*
1. *in handelsüblichem Zugehör zur Ware oder handelsüblichen Nebenleistungen,*
  2. *in Warenproben,*

<sup>1382</sup> Die Große Kammer war nicht unbedingt wegen der inhaltlichen Bedeutung der Rs. mit dem Fall befasst worden, sondern weil Österreich dies als Mitgliedstaat beantragt hatte (s. Art. 44 § 3 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs künftig Art. 60 Abs. 1 VerfO i. V. m. Art. 16 UAbs. 3 der Satzung).

3. *in Reklamegegenständen, die als solche durch eine auffallend sichtbare und dauerhafte Bezeichnung des reklametreibenden Unternehmens gekennzeichnet sind,*
4. *in geringwertigen Zuwendungen (Prämien) oder geringwertigen Kleinigkeiten, sofern Letztere nicht für Zusammenstellungen bestimmt sind, die einen die Summe der Werte der gewährten Einzelgegenstände übersteigenden Wert besitzen,*
5. *in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag, der der Ware nicht beigefügt ist,*
6. *in einer bestimmten oder lediglich nach Bruchteilen zu berechnenden Menge derselben Ware,*
7. *in der Erteilung von Auskünften oder Ratschlägen oder*
8. *in der Einräumung einer Teilnahmemöglichkeit an einem Preisausschreiben (Gewinnspiel), bei dem der sich aus dem Gesamtwert der ausgespielten Preise im Verhältnis zur Zahl der ausgegebenen Teilnahmekarten (Lose) ergebende Wert der einzelnen Teilnahmekarte 0,36 € und der Gesamtwert der ausgespielten Preise 21.600 € nicht überschreitet; dies kann nur mittels eigener Teilnahmekarten erfolgen.*

Z 8 gilt nicht für Zugaben zu periodischen Druckwerken. “ [„Z“ steht für Ziffer – Anmerkung des Verf.]

#### **(4) Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

Ende 2007 veranstaltete die Tageszeitung „Österreich“ die Wahl eines „Fußballers des Jahres“ und forderte das Publikum auf, daran per Internet oder mittels eines in der Tageszeitung abgedruckten Wahlcoupons teilzunehmen. Die Teilnahme an der Wahl ermöglichte den Gewinn eines Abendessens mit dem gewählten Fußballer. Der Zeitungs- und Zeitschriftenverlag Mediaprint war der Auffassung, dass die vom Erwerb der Zeitung abhängige Gewinnmöglichkeit eine unzulässige Zugabe im Sinne des § 9a Abs. 1 Z 1 (= Ziffer) UWG sei.<sup>1383</sup> In dem sich daraus ergebenden Rechtsstreit legte der zuletzt angerufene Oberste Gerichtshof dem EuGH die nachfolgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor.<sup>1384</sup>

#### **(5) Vorlagefragen**

- „1. *Stehen Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie [2005/29...über unlautere Geschäftspraktiken...] oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung, wonach das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen abgesehen von abschließend genannten Ausnahmen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende, aggressive oder sonst unlautere Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste, auch dann entgegen, wenn diese Regelung nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch anderen Zwecken dient, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber?*
2. *Wenn Frage 1 bejaht wird: Ist die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel allein deswegen eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet?“*

#### **(6) Antwort des Gerichtshofs**

Der Gerichtshof hat im Urteilstenor entschieden:

<sup>1383</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), C-540/08, ECLI:EU:C:2010:660, Rnn. 10 und 11.

<sup>1384</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rn. 13.

- „1. Die Richtlinie 2005/29/EG [...] ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die ein allgemeines Zugabeverbot vorsieht und nicht nur auf den Schutz der Verbraucher abzielt, sondern auch andere Ziele verfolgt.
2. Die mit dem Kauf einer Zeitung verbundene Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel ist nicht allein deshalb eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Verbraucher das ausschlaggebende Motiv für den Kauf dieser Zeitung bildet.“

### (7) Antwortvorschlag der Generalanwältin

Die Generalanwältin hatte in Nr. 135 folgende Antwort vorgeschlagen:

- „1. Die Bestimmungen der Richtlinie 2005/29/EG [...] sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG, wonach das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen abgesehen von abschließend genannten Ausnahmen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende, aggressive oder sonst unlautere Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste, auch dann entgegenstehen, wenn diese Regelung nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch anderen Zwecken dient, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber.
2. Die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel ist nicht allein deswegen eine unlautere Geschäftspraxis im Sinn von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet.“

### (8) Begründung durch den Gerichtshof und die Generalanwältin

#### (8.1) Zur 1. Frage – Zum Begriff der Geschäftspraxis und zu den verfolgten Zielen

Wie in der vorigen Rs. Plus sah der Gerichtshof in den Zugaben Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie, da der Begriff „Geschäftspraxis“ weit zu fassen sei.<sup>1385</sup>

Sodann prüfte der EuGH, ob eine nationale Bestimmung wie § 9a Abs. 1 Ziffer 1 UWG, weil sie nicht nur Verbraucher schützen wolle, sondern auch andere Ziele verfolge, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen könne. Er bejahte dies ebenfalls, weil vom Anwendungsbereich der Richtlinie nur solche nationalen Rechtsvorschriften ausgenommen seien, die unlautere Geschäftspraktiken betreffen, die „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigten oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden bezögen. Dies sei bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Bestimmung jedoch offensichtlich nicht der Fall. Art. 9a Abs. 1 Z 1 UWG ziele „ausdrücklich auf den Schutz der Verbraucher und nicht nur auf den Schutz der Mitbewerber und der anderen Marktteilnehmer ab“.<sup>1386</sup>

Die österreichische Regierung habe nun geltend gemacht, die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Bestimmung falle nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, da mit ihr im Wesentlichen das Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt in Österreich verfolgt werde.<sup>1387</sup> Dazu meinte der Gerichtshof, selbst wenn man davon ausgehe, dass die Bestimmung im Wesentlichen das Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt verfolge, sei darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Geschäftspraktiken aus Gründen der Aufrechterhaltung der

<sup>1385</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rnn. 16 und 17.

<sup>1386</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rnn. 20–23.

<sup>1387</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rn. 25.

Medienvielfalt als unlauter einzustufen, nicht zu den in der Richtlinie genannten Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich gehöre.<sup>1388</sup>

Anschließend prüfte der EuGH, ob die Richtlinie einem Zugabeverbot wie dem in § 9a Abs. 1 Z 1 UWG vorgesehenen entgegenstehe.<sup>1389</sup> In Rn. 30 sagte er:

*„Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass, weil die Richtlinie die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern vollständig harmonisiert, die Mitgliedstaaten, wie dies in Art. 4 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen ist, keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen dürfen, und zwar auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen (Urteil Plus Warenhandels-gesellschaft, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).“*

Nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie sei eine Geschäftspraxis (nur dann) unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspreche und in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusse oder dazu geeignet sei, es wesentlich zu beeinflussen. Zudem nenne Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie zwei präzise Kategorien von unlauteren Geschäftspraktiken, nämlich die „irreführenden Geschäftspraktiken“ und die „aggressiven Geschäftspraktiken.“ Schließlich stelle die Richtlinie im Anhang I eine abschließende Liste von 31 Geschäftspraktiken auf, die nach ihrem Art. 5 Abs. 5 „unter allen Umständen“ als unlauter anzusehen seien. Folglich könnten nur diese Geschäftspraktiken ohne eine Beurteilung des Einzelfalls anhand der Bestimmungen der Art. 5–9 der Richtlinie als unlauter gelten. Praktiken, wonach Verbrauchern mit dem Kauf von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen verbundene Zugaben angeboten würden, seien in Anhang I der Richtlinie nicht aufgeführt. Sie dürften daher nicht unter allen Umständen, sondern nur nach einer konkreten Beurteilung untersagt werden, anhand derer ihr unlauterer Charakter festgestellt werden könne.<sup>1390</sup>

Nach § 9a Abs. 1 Z 1 UWG sei aber jede geschäftliche Handlung verboten, die das Anbieten einer Zugabe mit dem Kauf von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen verknüpfe. Eine derartige Praxis sei mit anderen Worten allgemein verboten, ohne dass anhand des tatsächlichen Kontextes des Einzelfalls geprüft werden müsste, ob die fragliche geschäftliche Handlung im Licht der in den Art. 5–9 der Richtlinie aufgestellten Kriterien „unlauter“ sei. Vor diesem Hintergrund sei festzustellen, dass die Richtlinie einem Verbot – wie es die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Bestimmung aufstelle – entgegenstehe.<sup>1391</sup>

#### *(8.2) Zur 2. Frage – Zum Motiv des Erwerbs des Presseorgans*

Zum Aspekt, dass die Möglichkeit eines Gewinns zumindest für einen Teil der angesprochenen Verkehrskreise das ausschlaggebende Motiv dafür bilde, die Hauptware zu kaufen, meinte der EuGH, dass dies einer der Faktoren sei, die das nationale Gericht im Rahmen seiner Beurteilung berücksichtigen könne. Dieser Umstand könnte nämlich das nationale Gericht zu der Feststellung veranlassen, dass die fragliche Geschäftspraxis das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie wesentlich beeinflusse oder geeignet sei, es wesentlich zu beeinflussen. Dennoch gestatte dieser Umstand allein keineswegs den Schluss, ein Verkauf mit Zugabe sei eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie. Dazu müsse auch überprüft werden, ob die fragliche Praxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie widerspreche.<sup>1392</sup>

<sup>1388</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rn. 26.

<sup>1389</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rn. 29.

<sup>1390</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rnn. 32–35.

<sup>1391</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rnn. 36 und 38.

<sup>1392</sup> Urteil Mediaprint (G5/4), a. a. O., Rnn. 42–46.

Die Generalanwältin war – wiederum wie in der Rs. Plus mit ausführlicherer Begründung als der Gerichtshof – zum gleichen Ergebnis gekommen.

### (9) Kurzkomentierung

Das Urteil Mediaprint zeigt wie das Urteil Plus deutlich die Wirkung einer (Voll-)Harmonisierung auf. Da der Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken durch europäisches Sekundärrecht geregelt worden ist, verbleibt den Mitgliedstaaten demzufolge kein Spielraum für abweichende oder gar verschärfende Regelungen mehr. Die an sich (im Fall Mediaprint) zum Erhalt der Medienvielfalt gedachten nationalen Maßnahmen des Verbots von „Zugaben, Preisen oder Gewinnen“ in Presseerzeugnissen sind also nicht mit der Richtlinie über den unlauteren Geschäftsverkehr vereinbar. Demgegenüber hat der EuGH im Urteil Familiapress (G5/1), in dem er eigentlich nur die Vereinbarkeit der Maßnahme mit der Warenverkehrsfreiheit geprüft hat, dem Erhalt der Medienvielfalt ein größeres Gewicht beigemessen.

#### 3.5.5 Die Rechtssache PURELY CREATIVE u. a. (C-428/11)

Der Sachverhalt und die Rechtsfragen ergeben sich aus den Vorlagefragen und dem Urteilstenor. Der englische Court of Appeal stellte dem EuGH in Rn. 23 folgende Vorlagefragen:

- „1. Ist Nr. 31 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken dahin auszulegen, dass es einem Gewerbetreibenden verboten ist, Verbrauchern mitzuteilen, dass sie einen Preis oder einen sonstigen Vorteil gewonnen hätten, wenn der Verbraucher in Wirklichkeit in Bezug auf die Inanspruchnahme des Preises oder eines sonstigen Vorteils dazu angehalten wird, Kosten, einschließlich geringfügiger Kosten, zu übernehmen?
2. Für den Fall, dass der Gewerbetreibende dem Verbraucher für die Inanspruchnahme des Preises oder sonstigen Vorteils verschiedene Vorgehensweisen anbietet: Ist Nr. 31 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken verletzt, wenn jegliche Möglichkeit des Verbrauchers, eine Handlung in Bezug auf die Inanspruchnahme des Preises oder eines sonstigen Vorteils – nach welcher Vorgehensweise auch immer – vorzunehmen, von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten, einschließlich geringfügiger Kosten, durch den Verbraucher abhängig gemacht wird?
3. Falls Nr. 31 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken nicht verletzt sein sollte, wenn die Vorgehensweise bei der Inanspruchnahme des Preises oder sonstigen Vorteils für den Verbraucher bloß mit geringfügigen Kosten verbunden ist: Wie soll das nationale Gericht feststellen, ob solche Kosten geringfügig sind? Müssen solche Kosten insbesondere in vollem Umfang dafür anfallen:
  - a) dass die Werbefirma den Verbraucher als Gewinner des Preises identifizieren kann und/oder
  - b) dass der Verbraucher den Preis in Besitz nehmen kann und/oder
  - c) dass der Verbraucher das Erlebnis genießen kann, das als Preis beschrieben wird?
4. Folgt aus dem Ausdruck „fälschlicher Eindruck“ in Nr. 31 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, dass zusätzlich zu dem Erfordernis, dass die Inanspruchnahme des Preises von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten durch den Verbraucher abhängig gemacht wird, noch andere Kriterien erfüllt sein müssen, damit ein nationales Gericht einen Verstoß gegen die Bestimmungen der Nr. 31 feststellen kann?
5. Wenn ja: Wie soll ein nationales Gericht feststellen, ob ein solcher „fälschlicher Eindruck“ erweckt wurde? Soll das nationale Gericht bei der Entscheidung, ob ein „fälschlicher Eindruck“ erweckt wurde, insbesondere den relativen Wert des Preises

*verglichen mit den Kosten seiner Inanspruchnahme berücksichtigen? Wenn ja: Sollte dieser „relative Wert“ ermittelt werden bezogen auf:*

- a) die Stückkosten, die der Werbefirma für die Anschaffung des Preises erwachsen, oder*
- b) die Stückkosten, die der Werbefirma für die Bereitstellung des Preises für den Verbraucher erwachsen, oder*
- c) den Wert des Preises aus Sicht des Verbrauchers im Hinblick auf den geschätzten „Marktwert“ eines zum Verkauf stehenden gleichwertigen Gegenstands?“*

Im Urteilstenor hat das EuGH für Recht erkannt:

*„Nr. 31 zweiter Gedankenstrich des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) ist dahin auszulegen, dass er aggressive Praktiken verbietet, mit denen Gewerbetreibende wie die an dem Ausgangsverfahren beteiligten den fälschlichen Eindruck erwecken, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen, obwohl die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen in Bezug auf die Inanspruchnahme des Preises vorzunehmen, wie etwa die Erkundigung nach der Natur dieses Preises oder dessen Entgegennahme, von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten durch den Verbraucher abhängig gemacht wird. Es ist unerheblich, wenn die dem Verbraucher auferlegten Kosten, wie z. B. die Kosten einer Briefmarke, im Vergleich zum Wert des Preises geringfügig sind oder dem Gewerbetreibenden keinen Vorteil bringen.*

*Unerheblich ist auch, wenn der Gewerbetreibende dem Verbraucher für die Inanspruchnahme eines Preises etwa verschiedene Vorgehensweisen anbietet, von denen zumindest eine gratis ist, sofern eine oder mehrere der angebotenen Vorgehensweisen voraussetzen, dass der Verbraucher Kosten übernimmt, um sich über den Preis oder die Modalitäten seiner Entgegennahme zu informieren.*

*Es ist Sache der nationalen Gerichte, die den Verbrauchern übermittelten Informationen im Licht der Erwägungsgründe 18 und 19 sowie des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken, d. h. unter Berücksichtigung der Klarheit und der Verständlichkeit dieser Informationen für das Zielpublikum der betreffenden Praktik, zu beurteilen.“*

### **3.6 GRUPPE 6: Urteile und Schlussanträge sowie Einzelaspekte – z. T. aus bereits in den vorigen Gruppen genannten Urteilen i. V. m. den Rechtssachen Santa Casa da Misericórdia (G6/1); Unibet (G6/2); De Nationale Loterij (G6/3); Kommission vs. Griechenland) (G6/4) verschiedenen, nicht glücksspielrelevanten, jedoch i. Z. m. Glücksspielen stehenden Rechtsfragen**

In einigen der nachfolgend erwähnten Rechtssachen der Gruppe 6 ging es zwar auch um bereits bekannte glücksspielrelevante, ordnungspolitische und binnenmarktbezogene Aspekte, sodass sie ebenso in der Gruppe 1 hätten besprochen werden können. Da es aber gleichzeitig noch um andere (generelle, also nicht auf Glücksspiele beschränkte) Rechtsfragen ging, soll nunmehr hier auf diese Fragen gesondert eingegangen werden. Die insoweit relevanten noch nicht in den vorigen Gruppen genannten Urteile werden im Rahmen der jeweiligen nachfolgenden Punkte dargestellt. Es sind dies in der Reihenfolge ihrer Erwähnung die Rechtssachen: Santa Casa da Misericórdia (G6/1); Unibet (G6/2); De Nationale Loterij (G6/3); Kommission vs. Griechenland) (G6/4). Bei den nachfolgenden einzelnen Rechtsfragen geht es u. a. um die folgenden Aspekte:

### 3.6.1 Zur Zuständigkeit von Vorabentscheidungsersuchen in Glücksspielsachen

Belgien hatte im Fall Ince (G1/32) die Zuständigkeit des EuGH in Abrede gestellt, weil der Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit falle, da diese nur Angehörigen der EU zugutekomme; Frau Ince sei jedoch türkische Staatsangehörige.<sup>1393</sup> Der Gerichtshof führte dazu jedoch aus, dass die einem Wirtschaftsteilnehmer auferlegten Beschränkungen seiner Tätigkeit in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen, wenn ein Gesellschafter mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Tätigkeit der Wettannahme durch Vermittlung seitens eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmers nachgehe.<sup>1394</sup>

### 3.6.2 Zur Zulässigkeit einer Vorabentscheidung

#### (1) Zur Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs

In mehreren Rechtssachen wurde ferner geltend gemacht, die gestellten Fragen seien unzulässig, da es sich bei den Glücksspielregelungen um rein inländische Bestimmungen handle und ein grenzüberschreitender Bezug nicht vorliege. Doch ausgehend von der Dassonville-Formel,<sup>1395</sup> dass schon eine bloß potentielle Behinderung zu einer Beschränkung der relevanten Freizügigkeit führen könne, lässt sich leicht ein grenzüberschreitender Bezug herstellen. So meinte ebenfalls der Gerichtshof in der Rs. Omega (G4/1), auch wenn zum Zeitpunkt der deutschen Verfügung noch kein Franchise-Vertrag mit dem britischen Eigentümer des Spielapparats bestanden habe, genüge die Feststellung, dass die Verfügung aufgrund ihrer Wirkung – auch in die Zukunft – geeignet sei, die künftige Entwicklung der Vertragsbeziehungen zwischen den beiden Geschäftspartnern einzuschränken.

#### (2) Zur Erheblichkeit einer Frage und der Erforderlichkeit einer Antwort

Der EuGH ist grundsätzlich gehalten, über vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung des Unionsrechts betreffen. Die Entscheidung über eine Vorlagefrage kann nur dann abgelehnt werden, wenn offensichtlich ist, dass die erbetene Auslegung in keinem Zusammenhang mit dem Ausgangsrechtsstreit steht oder wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die nötigen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der Fragen erforderlich sind.<sup>1396</sup>

#### (3) Zur Gegenstandslosigkeit einer Vorlagefrage

Zur Gegenstandslosigkeit eines Vorlagebeschlusses sowie zu einer bloß hypothetischen Frage wird im Urteil Winner Wetten (G1/11) zugleich ausführlich auf die Aufgabenverteilung zwischen dem nationalen Vorlagegericht und dem EuGH eingegangen. In Rn. 37 dieses Urteils wird festgehalten:

*„37 Die Entscheidung über eine Vorlagefrage eines nationalen Gerichts kann nur dann abgelehnt werden, wenn offensichtlich ist, dass die erbetene Auslegung des Unionsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [...].“*

#### (4) Zu einer bloß hypothetischen Frage

Die deutsche Regierung hatte in der Rs. Ince (G1/32) eingewandt, die Frage 1 a) sei unzulässig, da sie hypothetisch sei. In Anbetracht der Praxis bayerischer Verwaltungsbehörden und Gerichte, die Erlaubnisvoraussetzungen, die zur Auswahl der Träger ausschließlicher Rechte nach dem für

<sup>1393</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 41.

<sup>1394</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rnn. 42 und 43 unter Bezugnahme auf das Urteil Gambelli (G1/5), Rn. 46.

<sup>1395</sup> S. o. Teil D, II, 7.1 und Fn. 281.

<sup>1396</sup> Urteil Winner Wetten (G1/11), Rnn. 35–37.

unionsrechtswidrig befundenen staatlichen Monopol vorgesehen seien, auf private Anbieter „fiktiv“ anzuwenden, bestehe dieses Monopol in Wirklichkeit nämlich nicht mehr.<sup>1397</sup>

Der EuGH folgte dem nicht, da die Vereinbarkeit dieser Praxis mit Art. 56 AEUV gerade Gegenstand des zweiten und des dritten Teils der ersten Frage sei. So bliebe die Antwort des Gerichtshofs auf den ersten Teil dieser Frage für die Entscheidung im Ausgangsverfahren erforderlich, falls der Gerichtshof in Beantwortung des zweiten und des dritten Teils der ersten Frage der Auffassung sein sollte, dass mit einer solchen Praxis nicht sichergestellt werden kann, dass eine Staatsmonopolregelung wie diejenige, die sich aus den nach den Feststellungen der nationalen Gerichte für unionsrechtswidrig befundenen Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags und seiner Ausführungsgesetze auf Landesebene ergibt, mit Art. 56 AEUV in Einklang gebracht wird.<sup>1398</sup>

Außerdem stellte die griechische Regierung die Zulässigkeit von Frage 1 b) und c) mit der Begründung in Abrede, sie sei hypothetisch, weil die deutschen Behörden keine Gelegenheit zu der Prüfung gehabt hätten, ob Frau Ince für die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten in Betracht gekommen wäre.<sup>1399</sup>

Insoweit erinnerte der Gerichtshof daran, dass nach der Rechtsprechung ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt habe. Da es in Vorlagefrage 1 b) und c) darum gehe, ob die Voraussetzungen des nationalen Rechts für die Erteilung einer Erlaubnis unionsrechtswidrig waren, könne die Entscheidungserheblichkeit dieser Frage für das beim vorliegenden Gericht anhängige Verfahren nicht in Zweifel gezogen werden.<sup>1400</sup>

##### **(5) Zu den nötigen Angaben durch das Vorlagegericht**

Ob die vom Vorlagegericht gemachten Angaben ausreichend waren oder nicht, spielte in der Rs. Santa Casa da Misericórdia (G6/4) eine Rolle. Das Tribunal Judicial da Comarca do Porto hatte dem Gerichtshof folgende Vorlagefragen gestellt:

*„Steht es im Einklang mit den erwähnten<sup>[1401]</sup> Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die die Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs, des freien Wettbewerbs und des Verbots staatlicher Monopole aufstellen, wenn dem Staat das ‚Recht der Durchführung von Glücks- oder Geldspielen‘ (Art. 9 des DL 422/89<sup>[1402]</sup> v. 02.12.1989 in der durch das DL 10/95 v. 19.01.1995 und durch das DL 40/2005 v. 17.02.2005 geänderten Fassung) und ‚der Förderung von Wetten‘ (Art. 1 des DL Nr. 84/85 v. 17.12.1985 in der durch das Decreto Lei 317/2002 geänderten Fassung) vorbehalten ist?*

*Anhand welcher Kriterien ist das innerstaatliche Recht, das diese Grundsätze beschränkt, auszulegen, um festzustellen, ob diese Beschränkung in Anbetracht der erwähnten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zulässig ist?*

*Steht das Verbot der Werbung für Glücks<sup>[1403]</sup> und Geldspiele, wenn diese wesentlicher Gegenstand der Werbebotschaft sind, mit Ausnahme der Werbung für die von der Santa Casa [...] veranstalteten Spiele, mit den oben aufgeführten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts im Einklang, die die Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs, des freien Wettbewerbs und des Verbots staatlicher Monopole aufstellen?“*

<sup>1397</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 45.

<sup>1398</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 46.

<sup>1399</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 47.

<sup>1400</sup> Urteil Ince (G1/32), a. a. O., Rn. 48 mit Verweis auf das Urteil Urteil Costa und Cifone (G1/17), Rn. 43.

<sup>1401</sup> Genannt waren im Vorlagebeschluss des vorliegenden Gerichts die Art. 2–4, 31, 43, 45, 46, 49 und 50 EG.

<sup>1402</sup> DL = Akronym aus Decreto Lei (= Gesetzesdekret).

<sup>1403</sup> Es müsste Glücks- heißen; der Bindestrich fehlt im Originaltext.

Die Rs. betraf den Sachverhalt der Klage der Liga Portuguesa und von Bwin gegen die Casa da Misericórdia (G1/8). Der Unterschied lag nur darin, dass dieses Mal umgekehrt die Santa Casa gegen die Liga Portuguesa und Bwin klagte.

Der EuGH prüfte den Fall inhaltlich jedoch nicht, sondern befasste sich nur mit der Zulässigkeit. Dazu hielt er lapidar fest, da die Casa nicht einmal ein Minimum an Angaben gemacht habe, warum, wozu und in welchem sachlichem Zusammenhang sie die Auslegung der zitierten Artikel wissen wolle, sei das Ersuchen gemäß Art. 92 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs (künftig Art. 53 Abs. 2) unzulässig.<sup>1404</sup>

Der EuGH hat daher durch den (4-seitigen) Beschluss v. 25.02.2010 entschieden:

*„Das durch die Entscheidung v. 19.12.2007 vom Tribunal Judicial da Comarca do Porto eingereichte Vorabentscheidungsersuchen ist offensichtlich unzulässig.“<sup>1405</sup>*

### 3.6.3 Zum effektiven und vorläufigen Rechtsschutz

#### (1) Betreff

Im schwedischen Vorabentscheidungsersuchen in der Rs. Unibet (G6/1) ging es auch um Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes.

#### (2) Sachverhalt und Klagantrag

Die Unibet (London) Ltd. und Unibet (International) Ltd. sind zwei Gesellschaften mit Sitz im Vereinigten Königreich bzw. in Malta. Sie veranstalteten Spiele, insbesondere Sportwetten, Poker, Casino- und andere Glücksspiele, und zwar in Übereinstimmung mit den im Vereinigten Königreich und in Malta erteilten Genehmigungen, mit denen die Veranstaltung von Spielen u. a. für Kunden außerhalb dieser Staaten erlaubt worden war. Unibet bot die Spiele in erster Linie über das Internet an. Sie hatte nicht vor, eine Niederlassung in Schweden zu errichten oder dort Spiele zu veranstalten; sie wollte in Schweden nur für ihre Dienstleistungen werben.<sup>1406</sup>

Unibet hatte im November 2003 bei mehreren schwedischen Medienunternehmen Anzeigenflächen und Werbezeiten erworben, um für ihre über das Internet angebotenen Wetten zu werben. Gestützt auf das schwedische Lotteriegesetz ergriff der schwedische Staat verschiedene Maßnahmen – wie Anordnungen und die Einleitung von Strafverfahren – gegenüber den Medienunternehmen, die sich bereit erklärt hatten, Unibet Anzeigenflächen oder Werbezeiten zur Verfügung zu stellen<sup>1407</sup>. Ohne dass Unibet selbst Adressat administrativer Maßnahmen oder von Strafverfolgungsmaßnahmen geworden wäre, erhob sie beim Tingsrätt.<sup>1408</sup>

*„Klage mit dem Antrag, erstens, festzustellen, dass sie nach Art. 49 EG das Recht habe, in Schweden für ihre Spiele und Wettdienste zu werben [...] (Feststellungsantrag), zweitens, Ersatz der Schäden zugesprochen zu bekommen, die sie aufgrund dieses Förderungsverbots erlitten habe (... Schadensersatzantrag) und drittens, festzustellen, dass das betreffende Verbot sowie die mit ihm verbundenen Maßnahmen und Sanktionen ihr gegenüber nicht angewandt werden dürften (... erster Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz).“* [Formatierung durch den Verf.]

Der Antrag wurde abgelehnt, wogegen Unibet Berufung zum Hovrätt einlegte, die ebenfalls abgewiesen wurde. Die schwedische Gerichtsbarkeit war der Auffassung, der Feststellungsantrag

<sup>1404</sup> Urteil Santa Casa da Misericórdia (G6/1), a. a. O., Rnn. 14–17.

<sup>1405</sup> Die Rs. ist lediglich auf Französisch und Portugiesisch veröffentlicht worden. Auf Deutsch sind nur die Vorlagefragen und eine stark verkürzte Fassung unter [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) abrufbar.

<sup>1406</sup> Schlussanträge Unibet (G6/2), a. a. O., Nrn. 9 und 10.

<sup>1407</sup> Der Fall ist mit der Rs. Sjöberg und Gerdin (G1/10) vergleichbar.

<sup>1408</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rnn. 17 und 18. Das Tingsrätt ist in Schweden die unterste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Straf- und Zivilsachen.

stelle eine nach dem schwedischen Recht unzulässige Feststellungsklage dar. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe sich auch nicht,

*„dass der Grundsatz des gerichtlichen Rechtsschutzes verlange, dass eine abstrakte Normenkontrolle ermöglicht werden müsse, wenn sie nach dem nationalen Recht nicht vorgesehen sei.“<sup>1409</sup>*

Der zuletzt von Unibet angerufene Högsta Domstol (Oberster Gerichtshof) hat dem EuGH (zit. in Rn. 30) folgende Fragen vorgelegt:

### **(3) Vorlagefragen**

- „1. *Ist das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis, dass nationale Verfahrensvorschriften für die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte des Einzelnen effektiven Rechtsschutz gewähren müssen, dahin auszulegen, dass eine Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Art. 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn die Vereinbarkeit der materiellen Rechtsvorschriften mit diesem Artikel andernfalls nur als Vorfrage z. B. im Rahmen einer Schadenersatzklage, eines Verfahrens wegen Verstoßes gegen die nationale materielle Rechtsvorschrift oder eines Verfahrens der gerichtlichen Überprüfung geprüft werden kann?*
2. *Bedeutet das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis effektiven Rechtsschutzes, dass die nationale Rechtsordnung einen vorläufigen Rechtsschutz ermöglichen muss, durch den nationale Vorschriften, die der Ausübung eines angeblich auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechts entgegenstehen, gegenüber dem Einzelnen außer Anwendung bleiben können, damit dieser das Recht ausüben kann, bis ein nationales Gericht über das Bestehen dieses Rechts abschließend entschieden hat?*
3. *Falls Frage 2 bejaht wird: Ergibt sich aus dem Gemeinschaftsrecht, dass ein nationales Gericht in dem Fall, dass die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt wird, bei einer materiellen Prüfung der Anträge auf vorläufigen Schutz von auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechten nationale Rechtsvorschriften über die Voraussetzungen für den vorläufigen Rechtsschutz anwenden muss, oder muss das nationale Gericht in einem solchen Fall gemeinschaftsrechtliche Kriterien für den vorläufigen Rechtsschutz anwenden?*
4. *Falls Frage 3 dahin beantwortet wird, dass gemeinschaftsrechtliche Kriterien anzuwenden sind: Welche sind diese Kriterien?“*

### **(4) Antwort des Gerichtshofs (Urteilstenor)**

- „1. *Der Grundsatz effektiven gerichtlichen Schutzes der den Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte ist dahin auszulegen, dass er nicht verlangt, dass es in der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats einen eigenständigen Rechtsbehelf gibt, der mit dem Hauptantrag auf die Prüfung der Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit Art. 49 EG gerichtet ist, wenn andere Rechtsbehelfe, die nicht weniger günstig ausgestaltet sind als entsprechende nationale Klagen, die Prüfung dieser Vereinbarkeit als Vorfrage ermöglichen; es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob dies der Fall ist.*
2. *Der Grundsatz effektiven gerichtlichen Schutzes der den Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte ist dahin auszulegen, dass er verlangt, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats die Möglichkeit vorsieht, vorläufige Maßnahmen zu treffen, bis das zuständige Gericht über die Vereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht entschieden hat, wenn der Erlass solcher Maßnah-*

<sup>1409</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rn. 20.

*men erforderlich ist, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der betreffenden Rechte sicherzustellen.*

3. *Der Grundsatz effektiven gerichtlichen Schutzes der den Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte ist dahin auszulegen, dass bei Zweifeln an der Vereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht für den Erlass vorläufiger Maßnahmen zur Aussetzung der Anwendung nationaler Bestimmungen, bis das zuständige Gericht über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht entschieden hat, die durch das vom zuständigen Gericht anzuwendende nationale Recht festgelegten Kriterien gelten, sofern diese Kriterien weder weniger günstig ausgestaltet sind als die für entsprechende innerstaatliche Klagen noch die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“*

##### **(5) Antwortvorschlag der Generalanwältin**

Die GAin hatte folgende Antwort vorgeschlagen:

- „1. *Das Gemeinschaftsrecht verlangt nicht, dass eine gesonderte Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn gezeigt werden kann, dass diese Frage als Vorfrage im Rahmen einer Schadensersatzklage unter Voraussetzungen geprüft werden wird, die nicht weniger günstig sind als die, die bei entsprechenden Klagen gelten, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und die die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.*
2. *Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet einen Mitgliedstaat nicht, die vorläufige Aussetzung oder Nichtanwendung nationaler Normen vorzusehen, die der Ausübung eines angeblich aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechts entgegenstehen, wenn der Antrag des Klägers in der Hauptsache nach nationalem Recht unzulässig ist. Wenn der Antrag in der Hauptsache zulässig ist, aber auf einen Ausgleich über Schadensersatz für den aufgrund dieser nationalen Normen erlittenen Schaden gerichtet ist, dann verlangt das Gemeinschaftsrecht, dass das nationale Gericht nach seinem Ermessen solchen vorläufigen Rechtsschutz gewähren kann, wenn es angebracht ist.*
3. *Wird die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt, so muss ein nationales Gericht bei seiner inhaltlichen Prüfung eines Antrags auf vorläufigen Schutz von durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechten die nationalen Bestimmungen über vorläufigen Rechtsschutz anwenden, wobei immer Voraussetzung ist, dass auch der Grundsatz der Effektivität beachtet wird.“*

##### **(6) Begründung durch den Gerichtshof**

###### *(6.1) Zur 1. Frage – Zum effektiven Rechtsschutz*

Das schwedische Recht sah in der Tat keinen eigenständigen Rechtsbehelf vor, mit dem der Verstoß nationaler Vorschriften gegen übergeordnete Normen gerügt werden konnte. Der Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes als solcher verlange jedoch nicht, meinte der EuGH, dass es einen eigenständigen Rechtsbehelf geben müsse, der mit dem Hauptantrag auf die Feststellung gerichtet sei, dass nationale Vorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen, sofern im Rahmen des Systems der nationalen Rechtsbehelfe sichergestellt sei, dass die Grundsätze der Gleichwertigkeit und der Effektivität gewahrt seien.<sup>1410</sup> Das schwedische Recht lasse dem Einzelnen jedoch die Möglichkeit, im Rahmen von gerichtlichen Verfahren inzident prüfen zu las-

<sup>1410</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rnn. 46 und 47.

sen, ob ein Verstoß gegen europäisches Recht vorliege,<sup>1411</sup> was für den Gerichtshof eigentlich ausreichte. (Zur Inzidentkontrolle s. Art. 277 AEUV.)

Das schwedische Gericht habe über diese Inzidentkontrolle hinaus noch ausgeführt,

*„wenn Unibet gegen die Bestimmungen des Lotterieggesetzes verstieße und die zuständigen nationalen Behörden administrative Maßnahmen ergriffen oder die Strafverfolgung gegen sie einleiteten, hätte Unibet die Möglichkeit, im Rahmen eines angestrebten Gerichtsverfahrens einen Verstoß dieser Bestimmungen gegen das Gemeinschaftsrecht zu rügen [...]“*<sup>1412</sup>

Hiergegen hatte der Gerichtshof allerdings Bedenken. In Rn. 64 sagte er dazu:

*„Gezwungen, sich Verwaltungs- oder Strafverfahren und den Sanktionen, die sich daraus ergeben können, auszusetzen, weil [die Partei] andernfalls keinen Rechtsbehelf hätte, mit dem sie einen Verstoß der betreffenden nationalen Bestimmungen gegen das Gemeinschaftsrecht rügen könnte, würde [...] nicht ausreichen, um ihr einen solchen effektiven Rechtsschutz zu garantieren.“*<sup>1413</sup>

### (6.2) Zur 2. Frage – Zum vorläufigen Rechtsschutz

Ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht müsse in der Lage sein,<sup>1414</sup> vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen. Da das zuständige nationale Gericht im Rahmen des Antrags auf Schadensersatz die Vereinbarkeit des Lotterieggesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht prüfen werde, müsse es folglich die beantragten vorläufigen Maßnahmen treffen können, deren Erlass erforderlich sei, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen, was das nationale Gericht zu prüfen habe.<sup>1415</sup>

### (6.3) Zur 3. Frage – Zur Anwendung von Kriterien für den vorläufigen Rechtsschutz

Im Hinblick auf die anzuwendenden Kriterien meinte der EuGH in Rn. 79, dass der Antrag von Unibet auf vorläufigen Rechtsschutz nicht auf die Aussetzung der Wirkungen einer nationalen Bestimmung gerichtet sei – die auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhe, deren Rechtmäßigkeit in Frage gestellt werde, sondern auf die Aussetzung der Wirkungen nationaler Rechtsvorschriften, deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht bezweifelt werde. Da es an einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung fehle, bestimme sich somit nach der nationalen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats, unter welchen Voraussetzungen vorläufige Maßnahmen zum

<sup>1411</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rn. 49.

<sup>1412</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rn. 62.

<sup>1413</sup> Diese Problematik war derjenigen der individuellen Betroffenheit vergleichbar, die vorliegen musste, um im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG (inzwischen Art. 263 UAbs. 4 AEUV) gegen eine Verordnung vorzugehen, die keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zog. S. dazu die Urteile v. 01.04.2004 in der Rs. C-263/02 P (Jégo-Quéré, Slg. 2004, I-3425, ECLI:EU:C:2004:216) und v. 25.07.2002 in der Rs. C-50/00 P (Union de Pequeños Agricultores, Slg. 2002, I-6677, ECLI:EU:C:2002:462), in denen die Betroffenen von einer Verordnung zwar unmittelbar, aber nicht individuell betroffen waren, sodass sie nicht klagen konnten. (Art. 230 Abs. 4 EG hatte nämlich zur Klagebefugnis bestimmt: „Jede natürliche oder juristische Person kann [...] gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung [...] ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen.“) In diesen beiden genannten Rsn. hatte GA Jacobs sein Unverständnis darüber geäußert, dass ein nicht individuell Betroffener, der aber von einer Verordnung direkt betroffen war, keine Nichtigkeitsklage erheben konnte, sondern erst – gegebenenfalls in einem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren – eine Vorabentscheidung über die Nichtigkeit einer Verordnung erwirken müsse. Diese Ungereimtheit und Unzumutbarkeit ist durch den Lissabon-Vertrag korrigiert worden, in dem es in Art. 263 Abs. 4. AEUV nunmehr heißt, dass Personen auch „gegen Rechtsakte mit Verwaltungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und **keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben**“ können (Hervorhebg. durch den Verf.). Eine individuelle Betroffenheit ist also in solchen Fällen nicht (mehr) nötig. S. dazu auch *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, Art. 263 AEUV Anm. 30 ff.

<sup>1414</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rn. 75.

<sup>1415</sup> Urteil Unibet (G6/2), a. a. O., Rn. 76.

Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährt werden könnten.<sup>1416</sup> Diese Kriterien dürften jedoch weder weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatlicher Klagen (Grundsatz der Gleichwertigkeit [bzw. der Äquivalenz]), noch dürften sie die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).<sup>1417</sup> Der Gerichtshof äußerte sich also nur theoretisch zur Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, ohne sich inhaltlich zur Frage der Auslegung von Art. 49 EG im Hinblick auf die Spielangebote von Unibet Stellung zu nehmen.

#### (6.4) Zur 4. Frage – zu den konkreten Kriterien

Auf diese Frage war der Gerichtshof gar nicht eingegangen.

#### (7) Würdigung durch die Generalanwältin

Die Generalanwältin hatte genauso argumentiert. Sie hatte lediglich zur 4. Frage noch (hilfsweise) angefügt, dass – falls europarechtliche Kriterien herangezogen werden sollten statt nur mitgliedstaatliche – sich solche aus den Urteilen Zuckerfabrik und Atlanta<sup>1418</sup> ergäben, was hier jedoch mangels Direktbezug zu Glücksspielen dahingestellt bleiben kann.

#### (8) Kurzkomentierung

Der Gerichtshof drückt sich im Hinblick auf den effektiven bzw. einstweiligen Rechtsschutz nicht so eindeutig aus, wie es wünschenswert gewesen wäre. Wenn er auch keinen eigenständigen (nationalen) Rechtsbehelf zu fordern scheint, spricht er im Urteilstenor doch davon, dass vorläufige Maßnahmen möglich sein müssen, bis das mitgliedstaatliche Gericht über die Vereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit dem Europarecht entschieden habe.

Positiv ist, dass der EuGH insoweit die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz betont, gemäß denen die durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden dürfen. Wie meist üblich, überlässt der Gerichtshof die Einzelprüfungen jedoch dem nationalen Gericht.

### 3.6.4 Zur Entscheidung durch ein übergeordnetes nationales Gericht vor Abschluss des Vorabentscheidungsverfahrens

In der Rs. De Nationale Loterij (G6/3) hat die Rechtbank van coophandel te Hasselt (Belgien) dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung gestellt,<sup>1419</sup> in denen es u. a. um die Auslegung von Art. 49 EG dahin gehend ging, ob „beschränkende nationale Bestimmungen wie Art. 37 des Gesetzes v. 19.04.2002, die den Marktzugang eines Unternehmens im Hinblick auf einen auf Gewinnerzielung gerichteten Verkauf von Gruppenteilnahmeformularen an Euro Millions behindern, dennoch unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses (Verhinderung von Geldverschwendung durch Spielen) in Anbetracht [mehrerer, vom vorlegenden Gericht genannter Umstände] zulässig sind [...]“

<sup>1416</sup> Urteil Unibet (G6/1), a. a. O., Rn. 80.

<sup>1417</sup> Urteil Unibet (G6/1), a. a. O., Rn. 82.

<sup>1418</sup> Urteile v. 21.02.1991 in den verbundenen Rsn. C-143/88 und C-92/98 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest, Slg. 1991, I-415, ECLI:EU:C:1991:65) und v. 09.11.1995 in der Rs. C-465/93 (Atlanta Fruchthandels-gesellschaft u. a., Slg. 1995, I-3761, ECLI:EU:C:1995:369). Das Urteil Zuckerfabrik ist dadurch bekannt geworden, dass es einem mitgliedstaatlichen Gericht erlaubt, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ausnahmsweise (und vorläufig, sowie unter bestimmten Bedingungen) über die Gültigkeit oder besser gesagt über die Ungültigkeit eines europäischen Rechtsaktes zu befinden. Wörtlich heißt es dazu in der Ziff. 2 des Urteilstenors: „Ein nationales Gericht darf die Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts nur aussetzen, wenn es erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung hat und die Frage dieser Gültigkeit, sofern der Gerichtshof mit ihr noch nicht befasst ist, diesem selbst vorlegt, wenn die Entscheidung dringlich ist und dem Antragsteller ein nicht wieder gut zu machender Schaden droht und wenn das Gericht das Interesse der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt.“

<sup>1419</sup> Urteil De Nationale Loterij (G6/3), Rn. 3.

Nach Anrufung des Gerichtshofs legte die Nationale Loterij beim Hof van beroep te Antwerpen Berufung gegen die Vorlageentscheidung ein. In seinem Urteil stellte dieses Gericht fest, dass das erstinstanzliche Gericht die Frage nach der Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit Art. 49 EG zwar zu Recht aufgeworfen habe. Die Antwort auf diese Frage sei jedoch offensichtlich, sodass es nicht erforderlich sei, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen. Nach einer Prüfung der nationalen Regelung im Licht des Urteils in der Sache Gambelli (G1/5) kam dieses Gericht zu dem Ergebnis, dass sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.<sup>1420</sup>

Selbst wenn dem so war, wäre eine Aussage des EuGH zum Verkauf von Gruppenteilnahmeformularen zu begrüßen gewesen. So aber hielt der Gerichtshof lapidar fest, dass der Hof van beroep te Antwerpen den Rechtsstreit selbst entschieden und damit die Verantwortung für die Wahrung des Gemeinschaftsrechts übernommen habe. Daher sei festzustellen, dass es den Rechtsstreit vor dem vorlegenden Gericht nicht mehr gebe.<sup>1421</sup> Da die Rechtfertigung des Vorabentscheidungsersuchens nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen liege, sondern darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich sei, erübrige sich somit die Beantwortung der Vorlagefragen.<sup>1422</sup> Der Gerichtshof hat daher in seinem Beschluss v. 24.03.2000 festgehalten:

*„Das Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache C-525/06 ist nicht zu beantworten.“*

Interessant ist, dass es nach belgischem Recht offensichtlich möglich ist, gegen eine Vorlageentscheidung zum EuGH ein Rechtsmittel einzulegen.

Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass andererseits von den Prozessparteien eine Vorlage zum EuGH nicht erzwungen werden kann. Falls ein – aus europarechtlicher Sicht – zur Vorlage verpflichtetes Gericht nicht vorlegt, ist dagegen auch keine (nationale) Unterlassungsklage möglich. Da der EuGH jedoch ein „gesetzlicher Richter“ ist, wäre in einem solchen Fall in Deutschland eine Verfassungsbeschwerde – gestützt auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG – möglich (s. BVerfGE 73, 339, 366 ff.).

### 3.6.5 Zu Sanktionen in einem (zweiten) Vertragsverletzungsverfahren

Im Vertragsverletzungsverfahren in der Rs. C-109/08, Kommission vs. Griechenland (G6/3) – gewissermaßen der „Fortsetzung“ des Vertragsverletzungsverfahrens C-65/01, Kommission vs. Griechenland (G3/3) – ging es nicht (mehr) primär um „glücksspielrechtliche“ Fragen, sondern um die Verhängung von Sanktionen in Folge der Nichtbeachtung eines (vorangegangenen) Vertragsverletzungsurteils. Deshalb soll auf die glücksspielrelevanten Aspekte hier nicht weiter eingegangen werden, da bezüglich der Auslegung der Art. 28, 43 und 49 EG i. Z. m. Glücksspielen voll auf die Rs. C-65/05, Kommission vs. Griechenland (G3/3), verwiesen werden kann.

#### (1) Klageantrag, Urteilstenor und Vorschlag des Generalanwalts

Da Griechenland dem Urteil in der Rs. C-65/05 nicht nachgekommen war, beantragte die Kommission neben der Feststellung einer weiteren Vertragsverletzung (erster Spiegelstrich):<sup>1423</sup>

- „[...]“;
- *die Hellenische Republik zu verurteilen, an die Kommission auf das Konto ‚Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaft‘ für jeden Tag des Verzugs bei der Durchführung des genannten Urteils [v. 26.10.2006 in der Rs. C-65/05 – G3/3] ab dem Tag der Verkündung des Urteils in der vorliegenden Rechtssache und bis zum Tag der vollständigen*

<sup>1420</sup> Urteil De Nationale Loterij (G6/3), Rnn. 4 und 5.

<sup>1421</sup> Urteil De Nationale Loterij (G6/3), Rn. Urteil De Nationale Loterij (G6/3), Rnn. 8 und 9.

<sup>1422</sup> Urteil De Nationale Loterij (G6/3), Rn. 10.

<sup>1423</sup> Urteil in Rs. C-109/08, Kommission vs. Griechenland (G6/4), Rn. 1.

Durchführung des genannten [Erst-]Urteils ein **Zwangsgeld** von 31.798,80 Euro zu zahlen;

- die Hellenische Republik zu verurteilen, [...] für jeden Tag des Verzugs bei der Durchführung des genannten [Erst-] Urteils und bis zum Tag der Verkündung des Urteils in der vorliegenden Rechtssache oder bis zum Tag der Durchführung des [Erst-] Urteils, falls diese vorher erfolgt, einen **Pauschalbetrag** von 9.636 Euro zu zahlen.“ [Hervorhebungen durch Verf.]

GA Bot hatte das gleiche Zwangsgeld jedoch einen Pauschalbetrag von 2 Mio. € gefordert.<sup>1424</sup>

Der Gerichtshof verurteilte Griechenland zu einem täglichen Zwangsgeld in Höhe von 31.536 € und zu einem Pauschalbetrag von 3.000.000 €.<sup>1425</sup>

Zu den Berechnungskoeffizienten (Grundbetrag, Schwerekoeffizient, Dauerkoeffizient und Leistungskoeffizient des betreffenden Mitgliedstaats s. die jeweilige „Mitteilung der Kommission – Aktualisierung der Daten zur Berechnung der Pauschalbeträge und Zwangsgelder, die die Kommission dem Gerichtshof bei Vertragsverletzungsverfahren vorschlägt“.

### 3.6.6 Zur Antwort auf eine nicht gestellte Frage

In der Rs. Liga Portuguesa (G1/8) artikulierte GA Bot auch den Aspekt, ob der Gerichtshof eine Antwort auf eine vom vorlegenden Gericht gar nicht gestellte Frage geben könne und dürfe. Konkret ging es – und zwar im Hinblick auf das der Santa Casa gewährte Ausschließlichkeitsrecht, Glücksspiele im Internet anzubieten – um die Einschlägigkeit der Notifizierungsrichtlinie 98/34, nach der in der Tat nicht gefragt worden war. GA Bot meinte jedoch in Nr. 158:

*„158 Dass der Gerichtshof die Richtlinie 98/34 auslegen darf, obwohl das vorlegende Gericht ihm zu dieser Richtlinie keine Frage gestellt hat, folgt aus der ständigen Rechtsprechung. Ist der Gerichtshof der Auffassung, dass das vorlegende Gericht ihm keine Frage zu der im Ausgangsverfahren anwendbaren Bestimmung des Gemeinschaftsrechts gestellt hat, prüft er von Amts wegen die Tragweite dieser Bestimmung. Nach einer oft gebrauchten Formulierung kann sich daher der Gerichtshof, um dem Gericht, das ihm eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, eine sachdienliche Antwort zu geben, veranlasst sehen, gemeinschaftsrechtliche Vorschriften zu berücksichtigen, die das vorlegende Gericht in seiner Frage nicht angeführt hat.“*

Da es sich für GA Bot beim Betrieb von Internet-Lotterien und Internet-Wetten (auch) um technische Vorschriften i. S. der Richtlinie 98/34 handelte, die tatsächlich der Kommission von Portugal nicht mitgeteilt worden waren, konnten sie seiner Meinung nach dem verklagten Spielveranstalter Bwin nicht entgegen gehalten werden.<sup>1426</sup>

Für den GA erhob sich nun die Frage – falls dies auch im EuGH-Urteil so festgehalten würde, ob einem solchen Urteil im Hinblick auf die nicht gestellte Frage die gleiche Bindungswirkung zukomme wie den sonstigen Auslegungsurteilen. Er bejahte dies, weil die Bindungswirkung die logische Folge dessen sei, dass die nationalen Gerichte verpflichtet seien, „die wirksame Umsetzung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.“<sup>1427</sup> In den Nrn. 211 und 212 meinte er, diesen Punkt abschließend:

<sup>1424</sup> Schlussanträge Kommission vs. Griechenland (G6/4), Nr. 83; Trotz der scheinbar anderslautenden Formulierung von Art. 260 AEUV – Pauschalbetrag oder Zwangsgeld – ist die gleichzeitige Verhängung beider Sanktionen möglich. (S. dazu Urteil v. 12.07.2005 in der Rs. C-304/02, ECLI:EU:C:2005:444, (Kommission vs. Frankreich, Slg. 2005, I-6263) Rn. 82.

<sup>1425</sup> Zur fallbezogenen Berechnung der konkreten Beträge wird auf Urteil Kommission vs. Griechenland (G6/4), Rnn. 18 und 20 verwiesen.

<sup>1426</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nr. 181.

<sup>1427</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Nr. 205.

„211 Den Vorabentscheidungen kommt daher zwingend Bindungswirkung zu, wenn der Gerichtshof eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts auslegt, auf die das vorliegende Gericht keinen Bezug genommen hat.

212 Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Antwort für das vorliegende Gericht dahin zu ergänzen, dass eine Vorabentscheidung das vorliegende Gericht auch insoweit bindet, als sie sich auf eine Norm des Gemeinschaftsrechts erstreckt, die das vorliegende Gericht in seiner Frage nicht erwähnt hat.“

Der Gerichtshof war auf diesen Aspekt jedoch nicht eingegangen, wohl auch, weil er fallbezogen nur Auswirkungen auf den nationalen Ausgangsrechtsstreit hatte.

### 3.6.7 Zur Zersplitterung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit

In der Rs. Carmen Media (G1/13) war in der 2. Frage vom vorlegenden Gericht noch danach gefragt worden, ob, bzw. welche Auswirkungen es auf die Kohärenz habe, wenn die verschiedenen Glücksspielregelungen sich aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen ergäben.

Zu diesem Umstand, dass die verschiedenen Glücksspiele zum Teil in die Zuständigkeit der Bundesländer und zum Teil in die des Bundes fielen, wies der Gerichtshof darauf hin, dass sich ein Mitgliedstaat nicht auf die Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen könne, um die Nichteinhaltung seiner aus dem Unionsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen. Die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats, namentlich zwischen zentralen, regionalen und lokalen Behörden, könne ihn nicht davon entbinden, den genannten Verpflichtungen nachzukommen.<sup>1428</sup> Dementsprechend müssten in einem solchen Fall die Behörden des betreffenden Bundeslandes und die Bundesbehörden gemeinsam die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland erfüllen, nicht gegen Art. 49 EG zu verstoßen, und dabei die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten koordinieren.<sup>1429</sup>

Manche sprechen im Hinblick auf die Nichtbeachtung föderaler Strukturen nicht nur durch den EuGH, sondern durch die Union schlechthin, von einer „Länderblindheit der Europäischen Gemeinschaft, die darin besteht, dass europarechtliche Forderungen an die Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung diese stets insgesamt in den Blick nimmt und innerstaatliche Kompetenzteilungen ignoriert“.<sup>1430</sup>

## 4 Zusammenfassende Bewertung der EuGH-Rechtsprechung zu den Glücksspielen – Fazit und Kritikpunkte

### 4.1 Einige, vom EuGH ständig wiederholte Formulierungen

In Ergänzung zu den vorher gemachten Einzelkommentierungen der EuGH-Urteile soll nunmehr auf einige Hauptpunkte nochmals zusammenfassend eingegangen werden. Zunächst fällt auf, dass der Gerichtshof in den meisten Judikaten gewisse Passagen ständig und zudem wortgleich – in mitunter langen Schachtelsätzen – wiederholt. Dies zeigen die deshalb bewusst ausführlich und überwiegend wörtlich oder zumindest in indirekter Rede dargestellten Aussagen der oben zitierten Urteile deutlich auf.

Die ständigen, meist wortgleichen Wiederholungen – zitiert werden soll nachfolgend i. d. R. jeweils nur noch aus einem Urteil – werden vom EuGH zudem ergänzt durch vielfache Verweise auf frühere Urteile, wobei er dabei selbst die ersten fallrelevanten Rechtssachen aus den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts immer wieder mit einbezieht. In Erinnerung zu rufen sind Sätze wie (alle Hervorhebungen durch den Verf.),

<sup>1428</sup> Urteil Rs. Carmen Media (G1/13), a. a. O., Rn. 69. Der Gerichtshof bezog sich dabei u. a. auf das Urteil v. 13.09.2001 in der Rs. C-417/99, ECLI:EU:C:2001:445, (Kommission vs. Spanien, Slg. 2001, I-6015) Rn. 37.

<sup>1429</sup> Urteil Rs. Carmen Media (G1/13), a. a. O., Rn. 70.

<sup>1430</sup> So Becker, Wie weit geht der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Regulierung des Glücksspielmarktes?, ZfWG 2009, S. 1 ff. (1).

- a) dass (im Hinblick auf die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungen) die „**sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen**, die in allen Mitgliedstaaten zu [...] Glücksspielen angestellt werden, nicht außer Betracht bleiben [können].“ So schon Rn. 60 des zeitlich ersten Falls, der Rs. Schindler (G1/1), und danach in fast allen Urteilen bis hin zu den letzten glücksspielrelevanten Urteilen wie z. B. in der Rs. Dickinger und Ömer (G1/16) Rn. 45, oder
- b) dass es (im Hinblick auf die gewählte Beschränkungsmaßnahme) den Mitgliedstaaten zwar **frei steht**, „**die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen**“ – sie können die Spiele also (mit möglichen Zwischenlösungen) entweder gänzlich verbieten oder auch liberalisieren, „jedoch müssen die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshof ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen“,<sup>1431</sup> oder
- c) dass (im Hinblick auf das Schutzniveau) „[...] allein der **Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem** als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, **keinen Einfluss** auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben [kann]. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betreffenden Staates verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen“,<sup>1432</sup> oder
- d) dass (im Hinblick auf die Einnahmenerzielung) **verhindert** werden soll, dass Glücksspiele „zu einer **Quelle persönlichen Gewinns** werden“,<sup>1433</sup> oder
- e) dass (im Hinblick auf die Erzielung von Einnahmen) die **Einnahmen** zur Finanzierung sozialer Aktivitäten usw. „**nur eine erfreuliche Nebenfolge**, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik“ sein dürfen,<sup>1434</sup> oder
- f) dass (im Hinblick auf die Verwirklichung des angestrebten Zieles) eine „**nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen** [...]“,<sup>1435</sup> oder
- g) dass (im Hinblick auf mehrere Beschränkungsmaßnahmen und mehrere Rechtfertigungsgründe) die mit ihnen verfolgten „**Ziele in ihrer Gesamtheit zu würdigen [sind]**“,<sup>1436</sup> wobei „**eine gesonderte Prüfung hinsichtlich jeder Beschränkung und jeder Spielform vorzunehmen**“ sei,<sup>1437</sup> oder
- h) dass (im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der Beachtung des Rechtfertigungsgrundes der Bekämpfung der Spielsucht und der Ermöglichung gewisser Spielangebote) „**das richtige Gleichgewicht gefunden werden [muss] zwischen dem Erfordernis einer kontrollierten Expansion der zugelassenen Glücksspiele, um das Glücksspielangebot für die Öffentlichkeit attraktiv zu machen [um sie von illegalen Angeboten wegzuführen] und der Notwendigkeit, die Spielsucht der Verbraucher so weit wie möglich zu verringern**“,<sup>1438</sup> oder

<sup>1431</sup> Schlussanträge Placanica (G1/5), a. a. O., Nr. 48.

<sup>1432</sup> Schlussanträge Läärrä (G1/2), a. a. O., Nr. 36.

<sup>1433</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rn. 60.

<sup>1434</sup> Schlussanträge Zenatti (G1/3), a. a. O., Nr. 36.

<sup>1435</sup> Schlussanträge Liga Portuguesa (G1/8), a. a. O., Rn. 61; ähnlich schon Rs. Gambelli (G1/5), a. a. O., Rn. 67.

<sup>1436</sup> Schlussanträge Ladbrokes (G1/9b), a. a. O., Nr. 26.

<sup>1437</sup> Schlussanträge Markus Stoß u. a. (G1/11), a. a. O., Nr. 72.

<sup>1438</sup> Urteil Ladbrokes (G1/9b), a. a. O., Rn. 32.

- i) Zur **Errichtung eines Monopols** wird in Rn. 41 des Urteils Zeturf (G1/15) ausgeführt:<sup>1439</sup>

*„Ein Mitgliedstaat, der bestrebt ist, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, kann [...] Grund zu der Annahme haben, dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ihm erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksam zu verfolgen [...].“*

Zur **Ausgestaltung eines Monopols** führte der Gerichtshof wiederholt aus:<sup>1440</sup>

*„Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus rechtfertigen lässt, mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.“*

Zur weiteren Ausgestaltung eines Monopols und zu den erlaubten **Werbemaßnahmen und Spielangeboten** hat der Gerichtshof mehrfach ausgeführt,<sup>1441</sup>

*„63 [...] dass eine Politik der kontrollierten Expansion von Glücksspieltätigkeiten mit dem Ziel im Einklang stehen kann, sie in kontrollierbare Bahnen zu lenken, indem Spielern, die verbotenen geheimen Spiel- oder Wettätigkeiten nachgehen, ein Anreiz gegeben wird, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. [...].*

*64 Um das Ziel, die Spieltätigkeiten in kontrollierbaren Bahnen zu lenken, zu erreichen, müssen die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative [...] bereitstellen, was [...] das Anbieten einer breiten Palette von Spielen, Werbung in einem gewissen Umfang und den Einsatz neuer Vertriebstechiken beinhalten kann [...].“*

Allerdings ist dabei als **weitere Voraussetzung** zu beachten, dass die **illegalen Spiele**, von denen die Spieler weggelenkt werden sollen, **einen gefährlichen Umfang** angenommen haben müssen. So heißt es z. B. in der Ziff. 1 des Urteilstenors in der Sache Ladbrokes (G1/9 b): *„Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die illegalen Spieltätigkeiten im betreffenden Mitgliedstaat ein Problem darstellen können, dem eine Expansion der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten abhelfen kann, und ob diese Expansion nicht einen Umfang hat, die sie mit dem Ziel der Eindämmung der Spielsucht unvereinbar macht.“*

Die **Werbung darf** auch nicht zum Spielen auffordern. Auch darf sie **nicht die Spiele „positiv“ darstellen**, indem etwa darauf hingewiesen wird, dass man mit dem Glücksspiel etwas „Gutes“ bewirke, da die Einnahmen wohltätigen Zwecken zufließen. Die Werbung darf also **nur einen informativen Charakter** haben.

- j) Zur Begründung eines möglichen **Internetverbots** sagte der EuGH:<sup>1442</sup>

*„[...]Neben dem [...] fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen Verbraucher und Anbieter stellen auch der besonders leichte und ständige Zugang zu den im Internet angebotenen Spielen sowie die potentiell große Menge und Häufigkeit eines solchen Angebots mit internationalem Charakter in einem Umfeld, das überdies durch die Isolation des Spielers,*

<sup>1439</sup> Unter Verweis auf Urteil Markus Stoß u. a. (G1/11), a. a. O., Rnn. 81 und 83.

<sup>1440</sup> Z. B. Urteil Markus Stoß u. a. (G1/11), a. a. O., Rn. 83.

<sup>1441</sup> Zuletzt Urteil Dickinger und Ömer (G1/15), a. a. O., Rnn. 63 und 64, unter Verweis auf Urteil Placanica (G1/6), a. a. O., Rn. 55, und Urteils Markus Stoß u. a. (G1/11), a. a. O., Rn. 101.

<sup>1442</sup> Z. B. Urteil Zeturf (G1/14), a. a. O., Rn. 80.

*durch Anonymität und durch fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnet ist, Faktoren dar, die die Entwicklung von Spielsucht und übermäßige Ausgaben für das Spielen begünstigen und aufgrund dessen die damit verbundenen negativen sozialen und moralischen Folgen, die in ständiger Rechtsprechung herausgestellt worden sind, vergrößern können. [...].“*

In Ergänzung zu den vom EuGH ständig wiederholten Formulierungen sei auch an dieser Stelle nochmals auf die vom EuGH entwickelten, nicht normierten Grundsätze hingewiesen,<sup>1443</sup> die er ebenfalls ständig anwendet, mit Ausnahme des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, den er im Glücksspielbereich nicht akzeptiert. Die ständig wiederholten Aussagen und die vielen Verweise auf frühere Urteile beweisen die Kontinuität der EuGH-Rechtsprechung in glücksspielrelevanten Fällen. Lediglich zu einigen Aspekten können gewisse Varianten festgestellt werden, die jedoch eher als Präzisierungen zu sehen sind.

Diese betreffen zum einen die Einnahmenerzielung und die Mittelverwendung, denen der Gerichtshof zunächst zu Beginn seiner Rechtsprechung in Glücksspielsachen einen etwas höheren Stellenwert zur Rechtfertigung einer Beschränkung einer Binnenmarktfreiheit beigemessen hat, obwohl er von Anfang an die Erzielung von Einnahmen und deren Verwendung für im Allgemeinwohl liegende Zwecke ausdrücklich nicht als einen allein ausreichenden Rechtfertigungsgrund angesehen hat. Seit dem Urteil Zenatti (G1/3) ist nun jedoch klaggestellt, dass die Erzielung von Einnahmen nur eine „erfreuliche Nebenfolge“ und nicht der Hauptzweck der Beschränkungsmaßnahme sein dürfen.

Zum anderen gilt dies für den Grundsatz der Kohärenz, den der EuGH zunächst unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung erörterte und erst seit dem Urteil Gambelli (G1/5) als einen eigenständigen Aspekt thematisierte, um ihn dann vor allem in den Rsn. Markus Stoß u. a. (G1/12) sowie Carmen Media (G1/13) noch genauer zu präzisieren.

Auf diese Urteile, denen voll zuzustimmen ist, kann an dieser Stelle verwiesen werden. Bedeutsam ist, dass der EuGH dabei auch konkret solche Maßnahmen und Verhaltensweisen benannt hat, aus denen das nationale Gericht „berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben“ kann, dass die entsprechenden Tätigkeiten nicht „in kohärenter und systematischer Weise“ zur Bekämpfung der Spielsucht beitragen. Solche präzisierenden Angaben hätte der Gerichtshof auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit machen sollen (s. nachfolgend).

Positiv ist auch, dass der Gerichtshof das Veranstalten von Glücksspielen als eine wirtschaftliche Tätigkeit einstuft – sodass die Grundaussagen der Binnenmarktfreiheiten gelten – und sich nicht (wie ursprünglich GA Bot) in der Vorfrage verloren hat, ob Glücksspiele überhaupt binnenmarktrelevant sind. Die frühere Auffassung von GA Bot, die Prinzipien der Binnenmarktfreiheiten könnten nur der „Umrahmung“ der mitgliedstaatlichen Kompetenzen dienen, war wenig hilfreich, zumal eine Umrahmung schwerlich präzisierbar und konkretisierbar wäre.

#### **4.2 Zum Aspekt der mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Glücksspielregelung**

Trotz der generellen Zustimmung zu den grundsätzlichen Festhaltungen des Gerichtshofs sind jedoch einige Aspekte dennoch zu hinterfragen bzw. vertiefter zu klären. Dies gilt vor allem für

- die Kompetenz zur Regelung der Glücksspiele insbesondere durch ein Monopol,
- die Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung der Regelungen,
- die Bejahung des Internetverbots,
- die Beweislast und für
- die Einnahmenverwendung.

Zu diesen Punkten sollen nun nachfolgend einige Anmerkungen gemacht werden.

<sup>1443</sup> S. zu diesen Grundsätzen o. Teil D, IV.

Im Hinblick auf die Kompetenz zu Monopolgestaltungen sind vorab jedoch einige allgemeine Bemerkungen zur mitgliedstaatlichen Kompetenz generell angebracht.

### 4.3 Allgemeine Anmerkungen zur mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Regelung der Glücksspiele

Der Gerichtshof hält an seiner richtigen Grundaussage eisern fest, dass – mangels einer europarechtlichen Regelung der Materie – die Mitgliedstaaten befugt sind, den Glücksspielbereich national zu regeln. Dies ist eigentlich als eine Selbstverständlichkeit anzusehen; der Regelungen in den Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 2 UAbs. 2 EUV<sup>1444</sup> hätte es dazu nicht bedurft. Die Mitgliedstaaten können also – und dies kommt besonders deutlich in der Rs. Placanica (G1/6) zum Ausdruck – die Glücksspiele entweder völlig verbieten oder auch völlig liberalisieren. Aus der Möglichkeit, Glücksspiele gänzlich zu verbieten, wird gefolgert, dass die Mitgliedstaaten auch weniger restriktive Lösungen wählen können. Sie können also auch Zwischenstufen wählen, wobei Monopollösungen zugunsten eines staatlichen Betreibers bzw. die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechtes oder die Vergabe von Konzessionen, ja sogar u. U. verschiedene Regelungen je nach Glücksspielart möglich sind, wenn nicht eine Gesamtkohärenz eine einheitliche Regelung erfordert.

Trotz dieser eigentlich allumfassenden Kompetenzbestätigung für die Mitgliedstaaten ist dennoch zu fragen, wieweit diese Regelungszuständigkeit eigentlich geht. Dabei ist vor allem mit auf die beiden hauptsächlich vorgetragenen Rechtfertigungsgründe einzugehen, nämlich die Suchtbekämpfung und die Verhinderung von Straftaten.

Vorab ist jedoch generell zu fragen, aus welchen Gründen Staaten überhaupt über Regelungskompetenzen verfügen und welchem Zweck diese dienen.

### 4.4 Mitgliedstaatliche Grundlagen für eine Gesetzgebungskompetenz generell

Zwar verfügen Staaten – im Gegensatz zur Europäischen Union – über die sog. Kompetenz-Kompetenz zum autonomen Erlass von legislativen Rechtsakten. Diese an sich abstrakte Begründung reicht jedoch nicht dafür aus, festzustellen, was Staaten überhaupt gesetzlich regeln sollen und aus welchen Gründen.

Stettner schreibt zu diesen Grundlagen<sup>1445</sup> unter der Zwischenüberschrift: „I. Die Kompetenzkategorie: vom formellen Grenz- oder Konfliktbegriff zum sachlich bestimmten Integrationsfaktor“:

*„Konsequenz der positivistischen Entleerung des staatsrechtlichen Begriffsarsenals war, die Kompetenz vornehmlich, wenn nicht ausschließlich, als Grenze oder Schranke, als Prophylaktikum zur Verhinderung von Streitfällen bei der Ausübung anvertrauter Amtsmacht oder als therapeutisches Mittel zur Behebung aufgetretener Kollisionsfälle aufzufassen und handzuhaben. Das dahinterstehende, von der Schranke der formalen Begrenzung ausgehende staatsrechtliche Konzept entsprach dem Modell des bürgerlichen Rechtsstaats mit seinem Eingriffs- und Schrankendenken, mit seinem ‚Verteilungsprinzip‘, das dem Bürger grundsätzlich alle Freiheit, dem Staat aber nur die Eingriffsmöglichkeiten beließ, die sich auf verfassungsrechtlich begründete und enumerierte Befugnisse stützen konnten, während nach dem korrespondierenden ‚Organisationsprinzip‘ die staatliche Gewalt als grundsätzlich geteilt und in einem System umschriebener Kompetenzen erfasst angesehen wurde.*

*Ein solches Verfassungs- und Kompetenzverständnis scheint heute – unter einer Verfassung, die zu einem ihrer tragenden Grundsätze das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit erhoben hat, deren Grundrechte ihren bloß abwehrenden Charakter verloren und [...] als*

<sup>1444</sup> In Art. 4 Abs. 1 heißt es: „Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Art. 5 bei den Mitgliedstaaten“. Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 lautet genauso, allerdings ohne die Zwischenworte „gemäß Art.5.“

<sup>1445</sup> Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983, S. 6 u nd 7.

*Elemente objektiver Ordnung, als Teilhaberrechte ja sogar als Rechte ‚zum Staat‘ [...] verstanden werden [...], nicht mehr zeitgemäß“*

Zwar sieht auch Stettner eine gewisse gegenläufige Strömung, ein „roll back“, das „aus der unbestimmten Angst vor einer Kompetenz und Verfahrenshypertrophie erwachsen [mag], die auch noch den letzten Freiraum politischer Zukunftsgestaltung in den Schnürleib normativer Zwänge zu pressen droht [...]“.<sup>1446</sup>

Für Stettner ist die Kompetenz u. a. ein „Medium der Gemeinwohlbestimmung“. Sie erscheint „in diesem Verständnis als Legitimation zu Gemeinwohlkonkretisierung, die nicht in Rechtskonkretisierung aufgeht, als ‚anvertraute Macht zur Suche und Erfüllung von in differenzierter Determiniertheit und Offenheit aufgegebenen öffentlichen Interessen‘. Der materiell-rechtlich nicht fassbare Rest des Gemeinwohls ist ‚Kompetenz‘ und damit eine andere Umschreibung für das Gemeinwohl als Auftrag und Grenze.“<sup>1447</sup>

Wieder sagt Stettner weiter, das Gemeinwohl, das „als Kürzel für das aufgegebene materielle und immaterielle Wohlergehen von Kollektiven einen Ausschnitt aus dem ewigmenschlichen ‚pursuit of happiness‘“ bezeichne, sei jedoch in seinen „Konturen nichts weniger als bestimmt [...]“.<sup>1448</sup>

Auf S. 203 führt Stettner – unter der weiteren Zwischenüberschrift „1. Gemeinwohl als Kompetenzfrage“ – sodann aus:

*„Es ist in der neueren Dogmatik nahezu nicht mehr bestritten, daß die Ermittlung von Gemeinwohlgehalten nicht ein ‚Wahrheits‘-problem oder eine mit dem Instrumentarium von Auslegungslehren [...] zu bewältigende Aufgabe darstellt. Die nahezu unbeschränkten Optionsmöglichkeiten, welche Gemeinwohlformeln in einer pluralen Gesellschaft zulassen, machen mehr denn je den Anspruch auf einzig richtige, allgemeingültige Festlegung zu einer leeren Redensart. [...]“*

Für Stettner stellt sich „[...] die Gemeinwohlfrage in einem pluralistisch verfassten, sich mit keiner Weltanschauung identifizierenden Gemeinwesen wesentlich als Kompetenzproblem dar, als Frage, wer zur Realisierung des gemeinen Besten, zu seiner materialen Auffüllung berufen ist [...]“.<sup>1449</sup>

Nach Stettner geht es dabei auch um die „Prärogativfunktion“ der Kompetenzen. Ihre „Legitimation setzt stets den Bezug zu einem konkreten Substrat voraus [...]. Eine allumfassende, für alle Sachverhalte zu bejahende Legitimation der Legislative würde das gegliederte Befugnis- und Verantwortungssystem überrollen, das die Verfassung aufrichten wollte und aufgerichtet hat. [...]“.<sup>1450</sup>

Nun mag man die Bekämpfung der Kriminalität als im Gemeinwohlinteresse liegend ansehen. Bei der Bekämpfung der Spielsucht könnte dies jedoch anders gesehen werden, da es sich hier nicht um den Schutz vor Anderen handelt, sondern um einen Schutz des Betroffenen vor sich selbst, was Dietlein als einen „aufgedrängten Grundrechtsschutz“ bzw. als „Grundrechtsschutz gegen sich selbst“ bezeichnet.<sup>1451</sup> Zwar stuft auch die WHO die pathologische Spielsucht als eine Krankheit ein,<sup>1452</sup> sodass insoweit auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit rekurriert werden könnte. Diese „Krankheit“ ist jedoch, im Gegensatz zu anderen, keine solche, die mit der Gefahr einer Ansteckung anderer Personen verbunden wäre. Dennoch kann sie negative Auswirkungen auf Dritte haben, was für Dietlein zur Regelungsbefugnis des Staates ausreicht. Zu den-

<sup>1446</sup> Stettner, a. a. O., S. 30.

<sup>1447</sup> Stettner, a. a. O., S. 72.

<sup>1448</sup> Stettner, a. a. O., S. 202.

<sup>1449</sup> Stettner, a. a. O., S. 203.

<sup>1450</sup> Stettner, a. a. O., S. 205 und 206.

<sup>1451</sup> Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, S. 219.

<sup>1452</sup> S. Teil E, I, 6.

ken wäre z. B. an Fürsorgepflichten von Angehörigen bei Vermögensverlust des Spielers. (Als andere Fallgestaltungen nennt Dietlein das Verbot von Peep-Shows oder die Gurt- und Helmpflicht von Fahrzeugführern.<sup>1453</sup>

Für Dietlein ist dabei die Festlegung einer Unverzichtbarkeitsgrenze „*grundrechtsdogmatisch kaum verifizierbar. [...] Gedanklicher] Ansatz der grundgesetzlichen Freiheitsgewährleistungen [...] sei, dass [...] sämtliche Formen – auch selbstschädigender – menschlicher Betätigung, die nicht durch spezielle Eingriffsgewährleistungen geschützt sind, dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG<sup>1454</sup> zuzuordnen sind.*“ Für Dietlein ist demzufolge nur „*eine aufgedrängte staatliche Schutzgewährung gegen freiverantwortliche, **ausschließlich** selbstgefährdende Handlungen des einzelnen Grundrechtsträgers verfassungsrechtlich nicht legitimierbar*“.<sup>1455</sup> [Hervorhebung durch den Verf.]

Aus der Gesamtschau der oben zitierten Ausführungen ist also ableitbar, dass die Mitgliedstaaten nicht nur generell über eine Kompetenz zur Regelung der Glücksspiele verfügen, sondern auch infolge der Bejahung und Verfolgung der hauptsächlich vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Kriminalitätsbekämpfung und dem Willen, die Spielsucht einzudämmen.

Wenn man nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus allgemeinen und gesellschaftlichen Gründen eine Kompetenz zum gesetzlichen Handeln bejaht, ja sogar für erforderlich hält, stellt sich natürlich die nächste Frage, wie die normative Regelung aussehen, bzw. woran sie sich ausrichten soll.

Bumke<sup>1456</sup> setzt sich insoweit für eine rationale Gesetzgebung ein. Die Rationalität bilde eine wesentliche Legitimationsgrundlage. Der Rationalitätsanspruch weise eine verfassungsrechtliche Ausprägung aus, die besonders den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beinhalte.<sup>1457</sup> Dabei komme dem Gesetzgeber ein Gestaltungs- und Prognosespielraum zu, innerhalb dessen sich vor allem die Frage nach dem Gemeinwohl stelle.<sup>1458</sup> Im Rahmen der Rationalitätskontrolle gehe es insbesondere um das verfassungsrechtliche Konsistenzgebot.<sup>1459</sup> Aus der Pflicht zum „systemgerechten“ Gesetz, also zum „guten“ Gesetz, die früher abgelehnt worden sei, folgten für Bumke mehrere Gebote, wie z. B. das „Gebot der Widerspruchsfreiheit“, das dem Grundsatz einer kohärenten Kompetenzordnung entstamme, sowie das „Gebot folgerichtiger Konzeptverwirklichung“. Der Gesetzgeber sei zwar bei der Zielsetzung frei; habe er sich aber für ein Ziel entschieden, so müsse er für dessen Verwirklichung ein in sich stimmiges Konzept entwickeln und dieses konsequent umsetzen.<sup>1460</sup> Das Rechtsstaatsprinzip habe die rechtliche Disziplinierung politischer Herrschaft zum Ziel. Die Ausübung hoheitlicher Gewalt solle frei von Willkür und unparteiisch sein. Willkürfreiheit, Sachlichkeit, Vorhersehbarkeit und Regelhaftigkeit seien zwar nicht allein, aber immer auch Ausdruck von Rationalität.<sup>1461</sup> Der Gesetzgeber sei zur inhaltlichen Gestaltung der Rechtsordnung berufen. Er wähle die rechtlichen Ziele aus, bestimme die öffentlichen Interessen und lege fest, wie die widerstreitenden privaten und öffentlichen Positionen auszugleichen seien. Das Ausmaß dieser Befugnis hänge von den verfassungsrechtlichen Vorgaben ab.<sup>1462</sup> Im Rahmen der Kontrollarbeit habe das Bundesverfassungsgericht – so Bumke –<sup>1463</sup> „*die denkbaren Kontrollmaßstäbe zu drei verschiedenen Kontrollstufen zusammengefasst, nämlich die Evidenz*

<sup>1453</sup> Dietlein, a. a. O., S. 221 unter Angabe von Rechtsprechungshinweisen.

<sup>1454</sup> Art. 2 GG, der ein allgemeines Freiheitsrecht beinhaltet, sagt in seinem Abs. 1: „*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*“

<sup>1455</sup> Dietlein, a. a. O., S. 225 und 230.

<sup>1456</sup> Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung.

<sup>1457</sup> Bumke, a. a. O., S. 78.

<sup>1458</sup> Bumke, a. a. O., S. 79.

<sup>1459</sup> Bumke, a. a. O., S. 80.

<sup>1460</sup> Bumke, a. a. O., S. 87–89.

<sup>1461</sup> Bumke, a. a. O., S. 93.

<sup>1462</sup> Bumke, a. a. O., S. 97.

<sup>1463</sup> Bumke, a. a. O., S. 98, unter Zitierung von BVerfGE 50, 290 (332 f); BVerfG 10.06.2009, 1 BvR 706/08.

eines gesetzgeberischen Mangels, der Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidung und einer intensiven inhaltlichen Kontrolle [...]“. Ausgehend von diesen Aspekten spricht Bumke von einer inkonsequenten Umsetzung der Grundentscheidung des Glücksspielsstaatsvertrages. Es zeige sich, dass er sein primäres Ziel der Suchtbekämpfung nur unzureichend und inkonsequent verwirkliche.<sup>1464</sup> Was die Vergleichbarkeit der Vertriebswege anbelange, sei der Vertriebsweg der Internetvermittlung nicht gefährlicher als der über die Annahmestellen. Bumke hält daher auch das Internetvermittlungsverbot für unverhältnismäßig.<sup>1465</sup>

#### 4.5 Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Kompetenz

Aufgrund der den Mitgliedstaaten zustehenden Kompetenz steht es diesen auch frei, die Glücksspiele inhaltlich entsprechend ihrer Auffassungen zu regeln. Sie gehen dabei einerseits von ihren Wertevorstellungen aus wie auch andererseits von dem Schutzniveau, das sie für nötig erachten.

#### 4.6 Zur moralischen Bewertung

Obwohl sich der EuGH bewusst jeder moralischen Bewertung enthält,<sup>1466</sup> akzeptiert er die verschiedenen Wertauffassungen der Mitgliedstaaten zu den Glücksspielen.

Der Gerichtshof begründet die Kompetenzausgestaltung der mitgliedstaatlichen Regelung der Glücksspiele – und zwar im Hinblick auf die von Land zu Land verschiedenen Regelungen – auch mit den unterschiedlichen „sittlichen, religiösen und kulturellen“ Einstellungen in den verschiedenen Ländern zu den Glücksspielen. Diese seit den ersten Glücksspielurteilen fast in jedem nachfolgendem Judikat ständig wiederholte Aussage überrascht eigentlich schon vom Ansatz her. Im Hinblick auf die religiöse Dimension könnte man erheiternd bemerken, dass diese insoweitige Feststellung des Gerichtshofs der einzige Bezug auf die Religion im Europarecht ist, der ja sonst vehement abgelehnt wird. Aber gerade die religiös Gebundenen in allen Ländern haben eher eine einheitliche (ablehnende) Einstellung zu Glücksspielen als etwa andere, was also – aus religiöser Sicht – nicht für verschieden nötige bzw. mögliche Regelungen spricht. Entsprechendes gilt – wenn auch in abgeschwächter Form – im Hinblick auf die sittlichen und kulturellen Aspekte, in denen sich die abendländischen Staaten eher einheitlich darstellen. Die unterschiedlichen Einstellungen zu Glücksspielen ergeben sich daher eher aus pragmatischen, ökonomischen, emotionalen oder ideologischen Gründen als aus den sittlichen, religiösen oder kulturellen Überlegungen. Im Übrigen haben sich die vor 20 bis 30 Jahren tatsächlich bestandenen unterschiedlichen Einstellungen zwischenzeitlich so angenähert – wie die ständigen Weiterentwicklungen und Anpassungen der mitgliedstaatlichen Glücksspielregelungen zeigen –, dass sich die Verschiedenheiten minimalisiert und marginalisiert haben, sodass die fast zur bloßen Floskel gewordene Aussage der verschiedenen sittlichen, religiösen oder kulturellen Einstellungen besser aufgegeben werden sollte.<sup>1467</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch nochmals zu erwähnen, dass der Gerichtshof es akzeptiert,<sup>1468</sup> dass die Einnahmen aus Glücksspielen nicht „zu einer Quelle persönlichen Gewinns werden.“ Damit nimmt er allerdings doch – zumindest mittelbar – eine moralische Bewertung vor. Diese Aussage ist auch schwerlich mit der vom EuGH geäußerten Ansicht zu vereinbaren, Glücksspiele seien Teil des Wirtschaftslebens. Zum Wirtschaftsleben gehört das Erzielen eines Gewinns systemimmanent dazu, wobei man nur über dessen Höhe ethisch streiten mag. Der Gerichtshof hätte sich also zur Frage des Gewinns präziser äußern sollen.

<sup>1464</sup> Bumke, a. a. O., S. 101; hier nennt Bumke eine Reihe von Beispielen für die inkonsequente Umsetzung.

<sup>1465</sup> Bumke, a. a. O., S. 104.

<sup>1466</sup> Urteil Schindler (G1/1), Rn. 32.

<sup>1467</sup> S. dazu auch Dietlein oben in der Fn. 103.

<sup>1468</sup> Urteil Schindler (G1/1), Rn. 60.

#### 4.7 Zum gewählten Schutzniveau

Was nun die inhaltliche Ausgestaltung der Glücksspielregelungen im Hinblick auf das Schutzniveau anbelangt, so können – so der EuGH – die Mitgliedstaaten dieses selbst bestimmen, worauf die Regelungen in anderen Mitgliedstaaten keinen Einfluss hätten. Wörtlich heißt es dazu in vielen Judikaten, z. B. schon in den Rnn. 36 und 37 des Urteils Läärä (G1/2), dass *„allein der Umstand, daß ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben [kann]. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betreffenden Staates verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.“* *„Die Tatsache, daß die [...] streitigen Spiele nicht vollständig verboten sind, genügt [...] nicht, um nachzuweisen, daß die nationale Regelung die am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele [...] nicht wirklich zu erreichen sucht.“* Man kann dem zustimmen, doch ist gleichzeitig zu bedenken, dass es dabei letztlich um die Frage geht, warum private Anbieter nicht zugelassen werden, die dieses Schutzniveau auch gewährleisten könnten.

Der Gerichtshof anerkennt natürlich für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Glücksspiele eine Monopolregelung vorzusehen. M. E. vernachlässigt er dabei jedoch den Aspekt der Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme. Man kann dies nachvollziehen, da eine solche Prüfung sowieso in die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte fällt. Dennoch wären einige grundsätzliche Aussagen zu diesem Punkt – auch als Orientierungshilfe für die mitgliedstaatlichen Gerichte – begrüßenswert gewesen.

#### 4.8 Zu Monopolregelungen im Unionsrecht

Mit der (Vor-)Frage, ob Monopolregelungen überhaupt mit dem Sinn und dem Wesensgehalt des Binnenmarktes vereinbar sind, befasst sich der EuGH nicht. Da er Glücksspiele sowieso als Sonderfälle des Wirtschaftslebens ansieht, braucht er diese auch nicht voll in den Binnenmarktgedanken einzuordnen. M. E. trägt dies aber nicht mehr der inzwischen erreichten tatsächlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Glücksspiele Rechnung.

Wenn man sie voll in die Wirtschaftsordnung einbezieht – und meiner Ansicht nach ist dies aufgrund der eingetretenen nationalen Regelungsdichte des Glücksspielbereichs und aufgrund von dessen zunehmender ökonomischer Bedeutung nunmehr auch angebracht –, so sollte man nicht nur die allgemeinen Grundsätze des Binnenmarkts heranziehen – also die generellen Verbote der Beschränkung seiner Freizügigkeiten –, sondern auch auf weitere Grundgedanken der europäischen Wirtschaftsordnung zurückgreifen. Pointiert ausgedrückt kann man aus diesen ableiten, dass Monopole eher Fremdkörper einer freiheitlichen Rechtsordnung sind. Dies zumindest dann, wenn sie nicht der Garantie der Leistungserbringung im Bereich der Daseinsvorsorge dienen. Es hat sicher seine Gründe, warum Art. 37 AEUV (Ex-Art. 31 EG) verlangt, dass die Mitgliedstaaten *„ihre staatlichen Handelsmonopole derart um[formen sollen], dass jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.“* Zwar betrifft Art. 37 AEUV nur den Warenhandel, also nicht Dienstleistungen, wie sich aus dem oben zit. Urteil Anomar (G1/4) ergibt. Dennoch kann gefolgert werden, dass der Bestimmung ein allgemeiner Gedanke zugrunde liegt, der besagt, dass Monopole generell nicht eine „Ideallösung“ sind.

Auch aus Art. 119 AEUV, der die Grundsätze der europäischen Wirtschaftsverfassung betrifft, können entsprechende Schlüsse abgeleitet werden. In dessen Abs. 1 bekennt sich die Union zu *„einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.“* Khan schreibt dazu<sup>1469</sup>: *„Die europäische Wirtschaftsverfassung ist alles andere als ordnungspolitisch neutral, sondern sie folgt explizit dem Leitbild einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb [...]. Dieses Ordnungs-*

<sup>1469</sup> Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, Anm. 7 zu Art. 119 AEUV.

*prinzip bleibt aber (bewusst) vage, und indiziert allenfalls eine Wirtschaftsordnung, die prinzipiell auf das sich frei entfaltende Handeln privater Wirtschaftssubjekte hin orientiert ist. Wie viel Staatseinfluss auf das Marktgeschehen im Einzelfall zulässig oder gar geboten ist („soziale Marktwirtschaft: Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV) bleibt offen [...]. Der EuGH hat diese Formulierung dann auch zu Recht (nur) als einen ‚allgemeinen Grundsatz [bezeichnet] [...]‘:*

Es mag zu weitgehend erscheinen – insoweit über die Binnenmarktregeln hinausgehend, Bedenken gegen Monopole aus Bestimmungen des VIII. Titels des AEUV abzuleiten, der die Wirtschaft- und Währungspolitik betrifft. Eines ist jedoch sicher: Die Schaffung eines Monopols bedarf einer besonderen Begründung und der Abwägung mit Rechten Anderer.

Ein besonderes Beispiel hierfür war die seinerzeitige Diskussion um das (staatliche) Rundfunkmonopol. Auch damals – also in der zweiten Hälfte der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts – ging es um die Frage, ob (bei den seinerzeit zahlenmäßig noch beschränkten Sendekanälen und Frequenzen) private Anbieter zuzulassen waren. Es ging dabei letztlich auch um das Spannungsverhältnis zwischen der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG<sup>1470</sup> und der Berufsfreiheit des Art. 12 GG.<sup>1471</sup>

Für Stettner<sup>1472</sup> konnte ein „[...] Berufsgrundrecht die Wirkung zeitigen, daß die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unterhöhlt oder wirkungslos würden. [...]. Jedenfalls [...] kann nicht aus Art. 12 GG ein Ergebnis gefolgert werden, das mit den Kautelen der Rundfunkfreiheit im Widerspruch stünde (und umgekehrt)“.<sup>1473</sup>

Für Stettner war aber zur Lösung des Spannungsverhältnisses die „Lehre von der ‚republikanischen Bereichstrias‘ [sehr hilfreich], welche nicht das Staatliche und das Private schroff gegeneinanderstellt, sondern auf ein zwischen beiden existierendes Feld des ‚Öffentlichen‘ verweist [...]“.<sup>1474</sup> Er sprach in diesem Zusammenhang auch von einer „Sonderbefindlichkeit“ der Programmanbieter.“

Wie dem auch sei: Die bisher bekannten Fallgestaltungen, denen ein Monopol zugrunde liegt, zeigen, dass sie dem Schutz besonderer Rechte von grundsätzlicher Bedeutung dienen. Ob Monopole deshalb auch zur Verfolgung von (bloßen) Rechtfertigungsgründen zur Beschränkung einer Binnenmarktfreiheit herangezogen werden können, erscheint zumindest zweifelhaft bzw. begründungsbedürftig. Allerdings geht es bei den Glücksspielmonopolen um nationale Regelungen und nicht um europäische. Dennoch sollten die eben gemachten Ausführungen auch bei der Bewertung der mitgliedstaatlichen Monopollösungen, wenn schon nicht als verpflichtende Grundsätze, so doch als überlegungswerte Gesichtspunkte wenigstens „komplementär“ herangezogen werden.

#### **4.9 Zur Schaffung und Erforderlichkeit eines Monopols für Glücksspiele**

Wenn man davon ausgeht, dass Monopole zur Verwirklichung der Rechtfertigungsgründe zur Beschränkung von Glücksspielen zwar geeignet sind, so ist doch fraglich, ob sie dazu auch notwendig sind. Konkret geht es also darum, ob es zur Erreichung der Rechtfertigungsziele statt der Errichtung von Monopolen (bzw. der Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten) nicht auch mildere Mittel gibt etwa in der Zulassung privater Anbieter. M. E. kommt die relevante Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit durch den EuGH zu kurz; der Gerichtshof überlässt die Prüfung dieses Aspektes sowieso den Mitgliedstaaten. Die mitunter vom EuGH gemachte Begründung, dass ein Mitgliedstaat Glücksspiele auch ganz verbieten könne, sodass auch die („nur

<sup>1470</sup> Dieser Satz lautet: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung für Rundfunk und Film werden gewährleistet.“

<sup>1471</sup> Im Abs. 1 von Art. 12 GG heißt es: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“

<sup>1472</sup> Stettner, Die Öffnung des Rundfunks für Private durch das Bayerische Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetz, ZUM 11, 1989, S. 559 ff.

<sup>1473</sup> Stettner, a. a. O., S. 561.

<sup>1474</sup> Stettner, a. a. O., S. 564.

zweitstärkste“) Beschränkungsform, also die Regelung durch ein Monopol, möglich sein müsse, überzeugt – weil zu formalistisch – nicht unbedingt.

Gleiches gilt für die Annahme, „*dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, es diesen erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen [...]*.“<sup>1475</sup> In Rn. 49 heißt es dazu:

*„Den Behörden eines Mitgliedstaats steht es [...] frei, den Standpunkt zu vertreten, dass die Tatsache, dass sie als Kontrollinstanz der mit dem Monopol betrauten Einrichtung über zusätzliche Mittel verfügen, mit denen sie deren Verhalten außerhalb der gesetzlichen Regulierungsmechanismen und Kontrollen beeinflussen können, ihnen eine **bessere Beherrschung** des Glücksspielangebots und **bessere Effizienzgarantien** bei der Durchführung ihrer [Glücksspiel-]Politiken zu gewährleisten vermag, als es bei der Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten durch private Anbieter, die im Wettbewerb stehen, der Fall wäre, selbst wenn diese eine Erlaubnis benötigen und einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterlägen [...]“* (Hervorhebungen durch den Verf.).

Dies wurde auch schon in den Rnn. 41 und 42 der Rs. Zeturf festgehalten. Diesen Standpunkt können die nationalen Behörden in der Tat vertreten, ob er jedoch den Tatsachen entspricht, erscheint fraglich. Doch selbst wenn er zutreffen sollte, sagen die Worte eine „bessere Beherrschung“ bzw. „bessere Effizienzgarantien“ nicht, dass Kontrollen durch private Anbieter – bzw. deren Kontrolle selbst – nicht auch ausreichend sein können. Nur darauf kommt es letztlich an; eine qualitativ gesteigerte Form der Kontrollen ist wohl nicht erforderlich. Bei der Abwägung ist immerhin zu bedenken, dass Privaten die Ausübung des Grundrechts der freien Berufsausübung verwehrt wird.

Konkret geht es also darum, ob es zur Erreichung der Rechtfertigungsziele – statt der Errichtung von Monopolen (bzw. der Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten an nur wenige Glücksspielanbieter) – nicht in einer Vergabe einer erweiterten Anzahl von Konzessionen an private Anbieter mildere Mittel als eine Monopolregelung gibt. Bedenken gegen diese Regelungsvariante werden mit einer mangelnden ausreichenden Kontrollmöglichkeit der privaten Anbieter durch staatliche Stellen begründet. Diese Aussage ist nicht überzeugend. Zunächst darf bezweifelt werden, ob staatliche Kontrollen generell effizient genug sind. Entsprechende Kontrollen etwa im Banken- oder Umweltbereich lassen zumindest gewisse Zweifel daran aufkommen. Zum anderen könnten evtl. fehlende rechtliche Möglichkeiten zur Kontrolle privater Anbieter legislativ geschaffen werden.

Andererseits lässt der EuGH diese Frage offen. So sagt er in Rn. 39 des Urteils Läära (G1/2) nur: „*[w]as die Frage betrifft, ob es zur Erreichung [der Rechtfertigungsziele] besser wäre, eine Regelung mit den erforderlichen Auflagen für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu erlassen, statt einer zugelassenen öffentlich-rechtlichen Vereinigung ein ausschließliches Betriebsrecht zu gewähren, so liegt diese Entscheidung im Ermessen der Mitgliedstaaten, allerdings unter dem Vorbehalt, daß sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel nicht unverhältnismäßig erscheint.*“

Im Übrigen darf auch nicht übersehen werden, dass seriöse private Anbieter von sich aus ein großes Interesse daran hätten, dass nicht unseriöse oder gar kriminelle Veranstalter im Glücksspielsektor tätig werden. Sie selbst würden daher diesen Bereich im Eigeninteresse „überwachen.“ Sie würden auch selbst Verhaltenskriterien entwickeln, auf die auch staatliche Stellen zurückgreifen könnten. Beispielsweise hat einer der größten Anbieter von Glücksspielen, die *Bwin*,

<sup>1475</sup> Urteil Dickinger und Ömer (G1/15), a. a. O., Rn. 48.

schon vor einigen Jahren ein Positionspapier erstellt,<sup>1476</sup> in dem u. a. folgende Vorgaben<sup>1477</sup> aufgelistet wurden, die von (privaten) Anbietern einzuhalten bzw. zu beachten wären:

- Prinzip know your customer,
- Evaluierung von Kundenkontakten,
- Vorbeugung,
  - Administration von Einzahlungs- und Einsatzlimits,
  - Administration von Gewinnlimits,
  - zeitnahes Monitoring des Kunden-Verhaltens  
(kein anonymes Setzen, Glücksspieleinsatz nur über Kreditkarten, Gewinnauszahlung nur durch Überweisung usw.),
- Intervention,
  - schnelle Reaktion auf abnormales Kundenverhalten,
  - Hinweise auf Hilfsangebote von professionellen Einrichtungen,
  - temporäre Zugangssperre,
- Behandlung, Delegation an durch eine Stiftung approbierte Hilfseinrichtungen,
- Evaluierung von Interventions- und Behandlungserfolgen,
  - eigene Forschungsprogramme: Tests von Forschungshypothesen an realen Kundendaten,
- Kooperationen mit vielfältigen Einrichtungen (Forschung, Beratung, NGOs).

Eine optimale Einhaltung aller vom Gesetzgeber und Lizenzgeber vorgegeben Kriterien könnte nach *Bwin* durch die Installation einer anbieterunabhängigen, plattformübergreifenden Stiftung gewährleistet werden. Diese sollte Funktionen wahrnehmen, die gleichermaßen im Interesse von Spielern und Anbietern sind. Die Mitgliedschaft sollte für alle Lizenznehmer verpflichtend sein. Auch die Vergabe eines Qualitätssiegels würde zu einer höheren Produktakzeptanz führen. Nach dem Motto „fair, simple and efficient“ sollte ein Code of Conduct für alle Konzessionsinhaber erstellt werden.

Sicherlich wären noch weitere Schutzmaßnahmen denkbar. Es ist also nicht zu erkennen, weshalb seriöse private Anbieter, die die oben genannten Sicherheitskriterien einhalten und die entsprechend kontrolliert werden, nicht gleichermaßen in der Lage sein sollten, die zur Bekämpfung der Spielsucht hilfreichen und zu begrüßenden Maßnahmen zu erfüllen.<sup>1478</sup>

Auch die Behauptung, die Vergabe mehrerer Lizenzen würde zu einem verstärkteren Wettbewerb und damit zu einem Anstieg der Zahl der Spieler führen, ist noch kein Beleg dafür, dass auch die Spielsucht zunimmt. Eine kontrollierte Freigabe und geregelte Marktöffnung wäre demzufolge in Anbetracht der Beschränkung einer europarechtlichen Grundfreiheit (bzw. des Grundrechts der Berufsfreiheit) ein milderer Mittel als der gänzliche Ausschluss privater Anbieter und die Aufrechterhaltung des Monopols. Manche Maßnahmen scheinen – weil leicht umgehbar – schon nicht geeignet zu sein. In den USA wurde z. B. den Finanzinstituten verboten, an Betreiber von Internet-Wettseiten Geldzahlungen zu überweisen. Bleibt abzuwarten, ob und wie das funktioniert.

Für die Befürworter einer Zulassung auch privater Anbieter von Glücksspielen anstatt einer bloßen Monopolregelung ist sicher positiv, dass der Gerichtshof die Lösung dieser Frage den Mitgliedstaaten überlässt. Dieser Aspekt fällt in der Tat in deren Regelungskompetenz. Dabei ist zudem zu beachten, dass es sich – weil rechtliche Gesichtspunkte einer Konzessionslösung nicht

<sup>1476</sup> www.bwin.com (s. dazu auch das Interview mit dem Bwin-Vorstand N. Teufelberger in der Stuttgarter Zeitung v. 22.06.2007, S. 13. Bwin schlug damals vor, Lotto unter Staatsaufsicht zu belassen, Sportwetten, Casino und Poker im Internet aber freizugeben).

<sup>1477</sup> Dazu schon *Alber* in: *Becker* (Hrsg.), *Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung*, S. 34 f., und *Alber* in: *ERA-Forum* Band 8 (2007), 3, S. 353.

<sup>1478</sup> So schon *Alber* in: *Becker* (Hrsg.), *Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung*, S. 34 f., und *Alber* in: *ERA-Forum* Band 8 (2007), 3, S. 353.

entgegenstehen – eigentlich eher um eine politische Frage handelt. Dessen ungeachtet hätte der EuGH jedoch – wie er es auch im Hinblick auf eine nötige kohärente und systematische Regelung getan hat – zur Frage der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit eines Monopols doch einige konkrete Einzelheiten als „Hilfestellungen“ für die nationalen Gerichte nennen sollen. Dabei hätte er, ohne dass dies die Kompetenz der mitgliedstaatlichen Gerichte beeinträchtigt hätte, begründen sollen, warum er es für die Güterabwägung (bei einem Monopolbetrieb durch öffentlich-rechtliche oder entsprechend kontrollierte Betreiber einerseits und der Wahrnehmung des Rechts der freien Berufsausübung durch private Anbieter andererseits) genügen lässt, dass im ersteren Fall „bessere“ Kontrollen möglich seien. M. E. ist die Argumentation des EuGH zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer Monopolregelung relativ schwach.

#### 4.10 Zur Kontrolle und zur Errichtung eines normativen Rahmens

Wenn man die Möglichkeit der Mitgliedstaaten bejaht, Glücksspiele durch Monopole betreiben zu lassen, müssen diese allerdings besonders ausgestaltet sein. Nicht nur ist „*ein besonders hoher Grad an staatlicher Kontrolle*“ notwendig,<sup>1479</sup> vielmehr „*muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestattet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.*“<sup>1480</sup>

Eine nähere Begründung für die Doppelnennung einer kohärenten und systematischen Zielverfolgung wäre vielleicht zu begrüßen gewesen. M. E. kann in dieser Doppelnennung jedoch nur eine unterstreichende Bedeutung gesehen werden; genannt werden also nur zwei in etwa gleichbedeutende Begriffe und nicht zwei voneinander abweichende Aspekte, die womöglich noch kumulativ vorliegen müssten.

Der verlangte „hohe Grad an staatlicher Kontrolle“ und die nötige „Errichtung eines normativen Rahmens“ sind zu begrüßen. Es ist aber nicht zu erkennen, warum dies nicht auch im Hinblick auf die Zulassung (seriöser) privater Anbieter möglich sein könnte.

### 5 Zur Prüfung der Rechtfertigungsgründe im Glücksspielbereich und zu deren Gewichtung

Der Gerichtshof akzeptiert die jeweils vorgebrachten Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung einer Grundfreiheit insbesondere zur Bekämpfung der Spielsucht und der Begleitkriminalität. Finanzielle oder verwaltungstechnische Gründe lehnt er dagegen ab. So sagte er, es sei „*darauf hinzuweisen, dass die bloße Tatsache, dass die Zulassung und Kontrolle [...] privater Betreiber sich als kostspieliger erweisen [können] als die Aufsicht über einen einzigen Betreiber, unerheblich [sei]. [...] V]erwaltungstechnische Nachteile [könnten] die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit [...] nicht rechtfertigen [...].*“<sup>1481</sup>

Dass die akzeptierten Rechtfertigungsgründe, wenn zugleich mehrere vorliegen, einzeln zu prüfen sind, erscheint selbstverständlich. Der Gerichtshof verlangt aber zugleich deren Prüfung in ihrer Gesamtheit. Was darunter zu verstehen ist, ist nicht eindeutig. M. E. kann darunter nicht verstanden werden, dass mehrere „schwache“ Gründe, die einzeln nicht eine Beschränkung rechtfertigen könnten, in ihrer Gesamtheit doch als Rechtfertigung ausreichen. Sie können wohl in ihrer Gesamtheit die Rechtfertigungswirkung verstärken, jedoch nicht erst schaffen. Dabei ist nun zu unterscheiden, ob zur Beschränkung einer einzelnen Glücksspielart mehrere, verschiedene Rechtfertigungsgründe vorliegen, oder ob zur Beschränkung verschiedener Glücksspielarten mehrere, verschiedenartige Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden. Im ersten Fall muss

<sup>1479</sup> So z. B. Urteil Zeturf (G1/14), a. a. O., Rn. 56.

<sup>1480</sup> So u. a. Urteil Zeturf (G1/14), a. a. O., Rn. 58 mit Verweis auf das Urteil Stoß u. a. (G1/11), a. a. O., Rn. 83.

<sup>1481</sup> Z. B. Urteil Zeturf (G1/15), a. a. O. Rn. 48.

mindestens einer der Rechtfertigungsgründe die betreffende Beschränkung allein und voll rechtfertigen können. Im zweiten Fall ist die Prüfung der Rechtfertigungsgründe in ihrer Gesamtheit jedoch insofern sinnvoll, als die Gründe insgesamt ein stimmiges Gesamtkonzept in der Verfolgung der Rechtfertigungsgründe ergeben müssen.

Es reicht auch nicht aus, dass die Mitgliedstaaten das Vorliegen bestimmter Rechtfertigungsgründe nur behaupten. Zutreffend macht der EuGH geltend, dass zu prüfen ist, ob konkrete Maßnahmen (oder fallbedingt auch Unterlassungen) getroffen werden, aus denen abgeleitet werden kann, dass die sich aus dem Rechtfertigungsgrund ergebenden Ziele auch tatsächlich verfolgt werden. GA Mengozzi hat dies in den verb. Rsn. Markus Stoß u. a. (G1/12) in einprägsamer Weise mit der Durchführung eines Hypokrisie-Tests („hypocrisy test“) gekennzeichnet.

Dabei geht es auch um die Beweislast, die bei dem die Beschränkungsmaßnahme einführenden Mitgliedstaat liegt. Bezugnehmend auf das Urteil Lindman (G 2/7), das nach dem EuGH anders zu interpretieren sei, sei dafür zwar keine vorherige (wissenschaftliche) Studie erforderlich. Es hätte aber doch näher gesagt werden sollen, welche Fakten für eine entsprechende Kenntnisbildung in Frage kommen können bzw. müssen. Bloße subjektive Annahmen ohne objektive Grundlagen dürften wohl kaum ausreichen. (Zur Beweislast s. auch nachfolgend 6.)

Im Hinblick auf die Gewichtung der Rechtfertigungsgründe ist nun besonders auf die Gründe der Bekämpfung der Spielsucht und der Begleitkriminalität abzuheben.

## 6 Zur Bekämpfung der Spielsucht

Was die **Kriterien der Glücksspielsucht** anbelangt, so wurde im Jahr 1980 das pathologische Glücksspiel von der APA (= Akronym aus **A**merican **P**sychopathological **A**ssociation) in das diagnostische und statistische Manual psychischer Störungen in der dritten Fassung (Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders version 3: DSM – III) als eigenständige Krankheit aufgenommen. Im Jahr 1991 folgte durch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) die Aufnahme auch in die Internationale Klassifikation psychischer Störungen ICD-10 (= Akronym aus **I**nternational **s**tatistical **C**lassification of **D**iseases and related health problems version 10).<sup>1482</sup> Nach DSM-IV sind 10 diagnostische Kriterien für pathologisches Spielen entwickelt worden:

Die betreffende Person

- (1) ist stark eingenommen vom Glücksspiel (z. B.: starkes Beschäftigtsein mit gedanklichem Nacherleben vergangener Spielerfahrungen, Planen der nächsten Spielunternehmungen, Nachdenken über Wege, Geld zum Spiel zu beschaffen),
- (2) muss mit immer höheren Einsätzen spielen, um die gewünschte Erregung zu erreichen,
- (3) hat wiederholt erfolglose Versuche unternommen, das Spielen zu kontrollieren, einzuschränken oder aufzugeben,
- (4) ist unruhig und gereizt beim Versuch, das Spielen einzuschränken oder aufzugeben,
- (5) spielt, um Problemen zu entkommen oder um dysphorische Stimmung (z. B.: Gefühle von Hilflosigkeit, Schuld, Angst, Depression) zu erleichtern,
- (6) kehrt, nachdem er beim Glücksspiel Geld verloren hat, oft am nächsten Tag zurück, um den Verlust auszugleichen (dem Verlust „hinterherjagen“),
- (7) belügt Familienmitglieder, den Therapeuten oder andere, um das Ausmaß seiner Verstrickung in das Spielen zu vertuschen,
- (8) hat illegale Handlungen wie Fälschung, Betrug, Diebstahl oder Unterschlagung begangen, um das Spielen zu finanzieren,

<sup>1482</sup> So auch Rn. 99 des Urteils des BVerfG v. 28.03.2006, in der es heißt: „Nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung steht fest, dass Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen können (vgl. allg. Meyer, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, Jb. Sucht 2005, S. 83 [91 ff.]; Hayerl/Meyer, Sucht 2003, 212). Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat die pathologische Spielsucht in die internationale Klassifikation psychischer Störungen (ICD-10) aufgenommen. [...]“ Im Urteil des BVerwG v. 21.11.2010 werden (unter dem dortigen Punkt C. 4.) weitere Ausführungen (mit Zahlenangaben) zur pathologischen Spielsucht gemacht.

- (9) hat eine wichtige Beziehung, seinen Arbeitsplatz, Ausbildungs- oder Aufstiegschancen wegen des Spielens gefährdet oder verloren,  
 (10) verlässt sich darauf, dass andere ihm Geld bereitstellen, um die durch das Spielen verursachte hoffnungslose, finanzielle Situation zu überwinden.<sup>1483</sup>

Ein pathologisches Spielverhalten liegt vor, wenn mindestens fünf Merkmale erfüllt sind. Von einem problematischen Spielverhalten spricht man dann, wenn drei bis vier der oben genannten Merkmale vorliegen. Bei einem bis zwei Kriterien wird von einem risikoreichen Spielverhalten ausgegangen bzw. von einem übermäßigen Spiel gesprochen.

Was das Suchtpotenzial verschiedener Formen des Glücksspiels anbelangt (die Prozentsätze dürften sich im Laufe der Jahre nicht wesentlich verändert haben), so teilte Meyer schon 1989 diese anhand von befragten Mitgliedern von Selbsthilfegruppen, die eine bestimmte Form des Glücksspiels als Problem erlebt haben, wobei Mehrfachnennungen möglich waren, in folgende Gefährdungsgruppen ein:

- Geldspielautomaten 91,8 %
- Glücksspielautomaten 25,4 %
- Roulette 15,6 %
- Illegales Glücksspiel 12,4 %
- Black Jack 6,4 %
- Private Spielcasinos 5,0 %
- Toto-Lotto 5,0 %
- Baccara[t] 4,3 %
- Pferdewetten 2,3 %
- Rubbellotto 1,6 %
- PS/Gewinnsparen 0,7 %
- Börsenspekulationen 0,5 %
- Fernsehlotterien 0,2 %.

Mit dem pathologischen Glücksspiel befassen sich auch mehrere Online-Glücksspielstudien der Harvard Medical School, die von Wilcke und Fiedler besprochen werden.<sup>1484</sup> Positiv sehen die Autoren, dass diese Studien (auch) anhand des tatsächlichen Spielverhaltens gemacht worden sind und nicht auf Befragungen und Selbstauskünften der Spielenden beruhen, denn pathologische Spieler seien oftmals auch pathologische Lügner.

Was das **Gefährdungspotential bei der Spielsucht** anbelangt, so ist die Spielsucht, also die „Prävalenz des pathologischen Spielverhaltens“, <sup>1485</sup> sicher ein Phänomen, gegen das vorzugehen ist. Bevor (nochmals) auf die Suchtgefährdung durch die verschiedenen Spielarten einzugehen ist, ist als Vorfrage zu klären, wie viele Spieler überhaupt spielsuchtgefährdet sind. Aufgrund der Therapienachfrage von Suchtpatienten einerseits und aufgrund von Prävalenzschätzungen durch epidemiologische Studien andererseits sind entsprechende Hochrechnungen möglich.<sup>1486</sup>

Meyer<sup>1487</sup> geht auf Grund der Therapienachfrage davon aus, dass nur 3–5 % aller pathologischen Spieler tatsächlich eine Therapie nachfragen. Bei Unterstellung dieses Prozentsatzes ergäben sich hieraus 87.200–145.400 pathologische Spieler. Bei einer Bevölkerungszahl von 52.616.837 Bundesbürgern zwischen 18 und 65 Jahren entspreche dies einer Prävalenzrate von 0,17–0,28 %

<sup>1483</sup> Diese Auflistung entstammt *Meyer/Bachmann*, Glücksspiel, S. 40 f.

<sup>1484</sup> Wilcke, Ann-Christin und Fiedler, Ingo; Zur Aussagekraft der Online-Glücksspiel-Studie der Harvard Medical School, ZfWG 2011, 316 ff.

<sup>1485</sup> So *Becker*, Wie weit geht der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Regulierung des Glücksspielmarkts, ZfWG 2009, 1 ff.

<sup>1486</sup> Mehrere Zahlenangaben sind dem erwähnten Aufsatz von *Becker* entnommen. Siehe auch: Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung, Drogen- und Suchtbericht, Mai 2011, Teil 6, Pathologisches Glücksspiel (S. 76–83).

<sup>1487</sup> *Meyer*, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V. (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2006, S. 125.

der Gesamtbevölkerung. Prävalenzschätzungen auf Grund epidemiologischer Studien kommen zu einer Prävalenzrate von 0,17–0,56 %, was 87.240–296.674 pathologischen Spielern entspricht. (Einige rechnen noch etwa 0,51 % „Problemspieler“ hinzu.)

Im Hinblick auf die Suchtgefährdung nach den verschiedenen Spielarten kommen Becker und Meyer auf folgende Verteilung:

<b>Problematische Glücksspielform</b>	<b>Becker (2008)</b>	<b>Meyer und Hayer (2002-2004)</b>
Geldspielautomaten in Spielhallen/ Gaststätten	69,0 %	63,5 %
Geldspielautomaten in Spielbanken	11,4 %	13,5 %
Sportwetten (Wettbüros, Internet)	6,8 %	1,7 %
Roulette	5,8 %	6,2 %
Poker (Karten- und Würfelspiele)	3,6 %	1,7 %
ODDSET Kombi-/TOP-Wette	1,6 %	2,8 %
Pferdewetten	0,6 %	1,7 %
Zahlenlotto 6 aus 49	0,5 %	0,9 %
Rubbellose	0,4 %	0,0 %
Toto-/Auswahl-/13er-Wette	0,2 %	0,0 %
Klassenlotterie (SKL/NKL)	0,1 %	0,2 %
Summe gesamt:	100 %	100 %

Auch wenn die Erhebungen schon etwas älter sind, dürfte sich an den Prozentsätzen zwischenzeitlich kaum etwas wesentlich geändert haben.

Auch Haltern<sup>1488</sup> kommt auf ähnliche Zahlen. Er geht von mindestens 200.000 pathologischen Spielern aus, was 11 % aller Spieler entsprechen (S. 18). Nach ihm entfallen – bei möglichen Mehrfachnennungen –

- 60 % auf illegale Online-Spiele,
- 56 % auf gewerbliche Automaten Spiele,
- 38 % auf Spielbanken,
- 30 % auf Sportwetten und
- 4 % auf Lotterien.

Nur etwa ein Viertel der Spielsüchtigen hat nach Haltern keine Schulden. Rund ein Fünftel habe Schulden von mehr als 25.000 €. Buschle meint, es gäbe in Deutschland bis zu 500.000 spielsüchtige Spieler, von denen zwei Drittel solche mit niedrigem Einkommen seien.<sup>1489</sup>

Laut einem Artikel der „SüdwestPresse“ v. 10.02.2011 liegt der Anteil der pathologischen Spieler in Spielhallen bei 42 % und bei Automaten Spielen in Gaststätten bei 30 %, weshalb die Drogenbeauftragte des Bundes, Mechthild Dyckmans, die rund 70.000 Gewinnspielgeräte aus Gaststätten verbannen wolle.

Trotz gewisser Unterschiede in den einzelnen Sektoren zeigen alle Tabellen doch eine gleiche Tendenz auf. Aus ihnen ergibt sich, dass die Automaten Spiele mit das höchste Suchtpotenzial aufweisen, während dieses bei Lotterien überschaubar gering ist. Dies dürfte bzw. sollte Auswirkungen auf die künftige gesetzliche Regelung des Glücksspielbereichs haben.

Entscheidend sind m. E. aber nicht die Prozentsätze bezogen auf die Spielarten, sondern die Bezugsberechnungen auf die Gesamtzahl der Spieler bzw. – noch sachgerechter – auf die Gesamtbevölkerung. Wenn man dabei – wie eben dargestellt – von einer Prävalenzrate von höchstens

<sup>1488</sup> Haltern, Lotteriemonopol und Öffnung des Sportwettenmarktes – Teil 1, ZfWG 2011, S. 13 ff.

<sup>1489</sup> Buschle, Der Spieler – Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts.

0,56 % pathologischer Spieler bezogen auf die Gesamtbevölkerung ausgeht, dann muss schon die Frage erlaubt sein, ob zur Bekämpfung der Spielsucht die Schaffung eines Monopols erforderlich ist. Es sei wiederholt, dass entsprechende ordnungspolitische Regelungen und strikte Kontrollen der Spielanbieter nötig und sinnvoll sind. Ob jedoch angesichts dieser Zahlen eine solch restriktive Beschränkungsmaßnahme wie ein Monopol erforderlich ist, erscheint doch zweifelhaft.

Weiter ist zu bedenken, dass sich die Spielsucht – wie sich aus obigen Tabellen ergibt – unterschiedlich auf die verschiedenen Spielarten verteilt. Von Lotterien geht ein relativ geringes Suchtrisiko aus. Dies ergibt sich auch aus dem geringeren Reiz, der Lotterien innewohnt (geringere Einsätze, Bekanntgabe der gezogenen Zahlen nicht sofort, relative „Langweiligkeit“ des Spielablaufs). Doch ausgerechnet für diese Glücksspielart will Deutschland die Monopolregelung beibehalten. Dies deutet eher auf wirtschaftliche Interessen der Betreiber hin als auf die Absicht, die Spielsucht zu bekämpfen. Auch die geplante (und nötige) Verschärfung der Regelungen für Automatenspiele kann diesen „Verdacht“ nicht entkräften.

Zur sozialen Schichtgebundenheit der Nachfrage schreiben Beckert und Lutter: *„Für Angehörige unterer sozialer Schichten hat die egalitäre Chancenverteilung eine größere Attraktivität, weil im Vergleich mit meritokratischen oder asprktiv geprägten Verteilungssituationen die Chancen, ‚zu den Gewinnern‘ zu gehören, relativ besser sind. Umgekehrt verhält es sich für die oberen sozialen Schichten.“* Hier gilt, *„dass der absolut bemessene Spieleinsatz mit Zunahme des Einkommens nahezu monoton ansteigt, der relativ am Einkommen bemessene Spieleinsatz mit steigendem Einkommen jedoch sehr deutlich abnimmt.“*<sup>1490</sup>

Zur Suchtbekämpfung sei auch auf den (147-seitigen) Drogen- und Suchtbericht vom Mai 2011 der Drogenbeauftragten der Bundesregierung verwiesen,<sup>1491</sup> der sich – neben der Alkohol-, Tabak- und Drogensucht (im eigentlichen Sinn) – auch im 6. Kapitel mit Zahlenangaben zum pathologischen Glücksspiel befasst und dazu auch auf die PAGE-Studie<sup>1492</sup> der Universität Greifswald verweist. Im Suchtbericht wird auch (in Kap. 6.3) „Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zum Glücksspielwesen in Deutschland“ auf die EuGH-Urteile Markus Stoß u. a. (G1/12) und Carmen Media (G1/13) Bezug genommen.

Auch im (166-seitigen) Drogen- und Suchtbericht vom Mai 2012 werden im Teil B, Kap. 5 „Pathologisches Glücksspiel“ auf den Seiten 37–41 – unter Bezugnahme auf eine Studie der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung und auf die PAGE-Studie – Zahlenangaben zu den pathologischen, zu den risikoreichen und zu den problematischen Spielern gemacht. Innerhalb der letzten 12 Monate hätten von den befragten 14- bis 64-Jährigen 0,35 % pathologisch, 0,4 % risikoreich und 0,3 % problematisch an Glücksspielen teilgenommen.

Für die PAGE-Studie (vgl. Kurzbericht v. 02.08.2011, herausgegeben von Christian Meyer u. a. sowie dem Institut für Epidemiologie der Universität Greifswald u. a.) wurden 15023 Personen im Alter von 14–64 Jahren telefonisch befragt. Auf der Basis der erhaltenen Daten wurde geschätzt, dass rund 1 % der Spieler die Kriterien für pathologisches, etwa 1–1,8 % für problematisches und 5,5 % für risikoreiches Glücksspielen erfüllten. Analysiert man die Lebenszeitprävalenzraten nach dem Geschlecht, so finde man für pathologisches Glücksspielen bei Männern 1,7 % und bei Frauen 0,2 %, für problematisches Spielen bei Männern 2,3 % und bei Frauen 0,5 %, sowie für risikoreiches Spielen bei Männern 8 % und bei Frauen 2,9 %.

Auch auf europäischer Ebene läuft ein Forschungsprojekt zur Spielsucht, nämlich seit April 2011, das auf fünf Jahre angelegte Projekt ALICE RAP.<sup>1493</sup> Dieses interdisziplinäre Projekt „Sucht- und Lebensstile im modernen Europa – Projekt zur Veränderung von Suchtverhalten“

<sup>1490</sup> Jens Beckert u. Mark Lutter, Die Verteilungswirkung des Lottos in Deutschland, ZfWG 2008, S. 315 ff.

<sup>1491</sup> Drogen- und Suchtbericht vom Mai 2011 der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, S. 75–83.

<sup>1492</sup> PAGE = Akronym aus Pathologisches Glücksspielen und Epidemiologie.

<sup>1493</sup> ALICE RAP = Akronym aus Addiction and Lifestyles in Contemporary Europe; Reframing Addictions Project.

hat zum Ziel, einen Beitrag zur Diskussion über gegenwärtige Normen und künftige Auswirkungen von Sucht- und Lebensstilen in Europa über die nächsten 20 Jahre zu leisten.

## 7 Zur Bekämpfung der Begleitkriminalität

Im Hinblick auf die Kriminalität i. Z. m. Glücksspielen sind mehrere Varianten zu unterscheiden:

1. Das Betreiben illegaler Glücksspiele,
2. Betrugereien und Manipulationen durch Spielbetreiber (zu Lasten der Spielenden),
3. Betrugereien und Manipulationen durch andere Spielende,
4. Geldwäsche und
5. andere Straftaten.

Zur ersten Kriminalitätsart wäre anzumerken, dass durch das Betreiben illegaler Glücksspiele nicht unbedingt die Teilnehmer an diesen Spielen geschädigt werden. Betroffen sind eher die Staaten, da ihnen entsprechende Einnahmen entgehen. Die Spielenden selbst mögen durch „bessere“ Konditionen dieser sich strafbar machenden Anbieter eher zu einer Teilnahme – und damit zu höheren Ausgaben – verführt werden; eine Schädigung ist damit direkt jedoch nicht immer verbunden, wenn dies auch zu einer Erhöhung der Suchtgefährdung führen dürfte. Durch eine „adäquate“ Angebotsausweitung legaler Spiele und durch eine nicht „reißerische“, sondern informative Werbung soll dem begegnet werden, wie auch aus vielen Glücksspielurteilen ableitbar ist.

Zur zweiten Kriminalitätsart wäre zu sagen, dass sich durch tatsächliche Kontrollen der Betreiber und der Örtlichkeiten, durch technische Überwachungen der Gerätschaften sowie durch eine Transparenz der Vorgänge (wie z. B. die Ziehung der Lottokugeln im Fernsehen) Straftaten auf diesem Gebiet „minimalisieren“ lassen. Sie dürften zahlenmäßig nicht über Straftaten in anderen Bereichen (s. Lebensmittelskandale, Nichteinhaltung von Hygienevorschriften u. dgl.) hinausgehen. Anderes mag beim Betreiben solcher Spiele über das Internet gelten. Hier sind sicher strenge (und zeitlich schnellere) Kontrollen der Anbieter geboten.

Was die dritte Kriminalitätsart anbelangt, so dürften sich die meisten strafbaren Vorgänge hierbei außerhalb des (engeren) Glücksspielbereichs abspielen und damit mit den Glücksspielen als solchen eigentlich nichts zu tun haben. Als Beispiel wäre im Sportbereich die Schiedsrichter- bzw. Spielerbestechung zu nennen, um auf manipulierte Spielergebnisse wetten zu können. Zu dieser Art der Begleitkriminalität im Sportbereich schreiben Adams und Rock:<sup>1494</sup>

*„In regelmäßigen Intervallen erschüttern ‚Wettskandale‘ die nationale wie internationale Sportwelt. Nach dem Fall ‚Hoyzer‘ stehen z. Zt. 200 Spiele unter Manipulationsverdacht. Davon sollen immerhin 32 Begegnungen in Deutschland stattgefunden haben.“*

Adams und Rock zitieren in ihrer Fn. 1, dass es sich nach Angaben der Staatsanwaltschaft Bochum um vier Spiele der zweiten Bundesliga, drei Partien der dritten Liga und 18 der Regionalligen handle. Die erste Bundesliga sei nicht betroffen.

Zum Urteil des BGH v. 15.12.2006 (= BGHSt 51, 165) meint Beatrice Schäfers,<sup>1495</sup> für sie habe sich der Verdacht bestätigt, *„die Karlsruher Richter hätten um jeden Preis eine Strafbarkeit im ‚Hoyzer-Fall‘ begründen wollen, um die Rufe der Öffentlichkeit nach ‚Gerechtigkeit‘ zum Schweigen zu bringen und den gestörten Rechtsfrieden wieder herzustellen.“*

W. Schild<sup>1496</sup> prüfte im Vorfeld des Verfahrens vor dem BGH insbesondere die Probleme der Täuschungshandlung, des Irrtums, des Vermögensschadens und der Beihilfehandlung.

<sup>1494</sup> Adams/Rock, Sportwetten und Spielmanipulation, ZfWG 2010, S. 381 ff.

<sup>1495</sup> Schäfers, Das Meinungsspektrum zum „Hoyzer-Fall“ – Eine Bestandsaufnahme, ZfWG 2008, S. 236 ff.

<sup>1496</sup> Schild, Straffbarer Wettbetrug? Zum Fall Sapina/Hoyzer, ZfWG 2006, S. 213 ff.

Im Hinblick auf die vierte Kriminalitätsart, die Geldwäsche, gibt es – wie eigentlich auch für die anderen Arten – keine ausreichenden Zahlen für deren Vorliegen im Glücksspielbereich. Sicher dürfte die Teilnahme an Glücksspielen, in der Hoffnung, große Gewinne zu erzielen, für Geldwäscher nicht unbedingt interessant sein. Anders mag dies beim Erwerb von Glücksspielstätten sein, doch hat dies mit einer Begleitkriminalität i. Z. m. Glücksspielen im engeren Sinne eigentlich nichts zu tun.

Zur Geldwäsche lautet auch das Fazit von Jüstel,<sup>1497</sup> dass Online-Casinos und Online-Wettspiele aus verschiedenen Gründen nicht für Geldwäscheaktivitäten geeignet seien, weil u. a. die „*Beiträge, die eingesetzt werden können, [...] aufgrund der angewendeten Limiten zu gering [sein]*“, und weil der Kunde eigentlich ein „*gläserner Kunde*“ sei, „*dessen sämtliche Transaktionen bis ins Detail nachvollzogen und überprüft werden [könnten]*.“

Auch aus der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS)<sup>1498</sup> für das Jahr 2010 lassen sich keine belastbaren Zahlen zur Kriminalität i. Z. m. Glücksspielen ableiten. Unter der Position 633000 sind zwar (zusammen mit der Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte) insgesamt 6.764 Fälle von Geldwäsche aufgelistet, die jedoch nicht in einzelne Bereiche aufgeteilt sind, so dass nicht erkennbar ist, wie viele auf Glücksspiele entfallen. Das gleiche gilt für die insgesamt 968.162 Fälle von Betrug (der Position 510000), die ebenfalls nicht aufgliedert sind. Unter den Positionen 661010 und 661020 werden 884 Fälle der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels und 699 Fälle der Beteiligung an einem unerlaubten Glücksspiel aufgelistet, wobei auch noch nicht einmal sicher ist, dass alle zu einer Verurteilung führten. Wenn man diese Zahlen in Relation zur Gesamtzahl der 2010 ermittelten Straftaten setzt, nämlich 5 933 278 (PSK S. 37), dann ist der Anteil der Straftaten im Glücksspielsektor sicher nicht höher als der in anderen Rechts- und Geschäftsbereichen.

In der zuletzt veröffentlichten PKS von 2015 wird festgehalten, dass von insgesamt 6,33 Mio. Straftaten 0,96 Mio. auf Betrugsdelikte entfallen. Geldwäschefälle sind nicht besonders aufgeschlüsselt, sondern werden zusammen mit Helereidelikten geführt, die insgesamt rund 30.000 Straftaten umfassen. Strafbare Glücksspieldelikte gab es nur 502, von denen 372 unerlaubte Veranstaltungen von Glücksspielen, 126 die Beteiligung an solchen und 4 die unerlaubte Veranstaltung einer Lotterie waren. Die Betrügereien im Bereich der Glücksspiele halten sich also in Grenzen. So sehen es auch Dawes und Struckmann, die schreiben: *However, in reality, there is little evidence of fraud practiced by EU-Licensed Gambling operators.*<sup>1499</sup>

Im Hinblick auf die Verhinderung der Geldwäsche gibt es zudem andere Maßnahmen als Monopole beispielsweise die Anwendung der RL 2005/60 zur Verhinderung der Nutzung der Finanzsysteme zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Was hier also staatliche Monopole besser machen können, lässt sich nicht erschließen.

Was die Begleitkriminalität im Glücksspielbereich generell anbelangt, so zeigen die tatsächlich begangenen und bekannt gewordenen Straftaten auf, dass auch öffentliche Stellen hiergegen genauso hilflos sind, wie es private wären. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass private und kontrollierte Konzessionäre weniger erfolgreich gegen Delikte und Manipulationen krimineller Akteure vorgehen könnten als öffentliche Stellen. Solange beispielsweise die Spielbank Baden-Baden von privaten Konzessionären betrieben wurde, gab es (angeblich) genauso wenig Anstände wie danach.

Was die anderen Straftaten (Gruppe 5) anbelangt, so ist auch möglich, dass Spieler insoweit kriminell werden, als sie sich durch Straftaten – wie Unterschlagungen usw. – Geld zum Spielen beschaffen, was jedoch mit den Spielen als solchen und der damit verbundenen Begleitkriminali-

<sup>1497</sup> Jüstel Peter, (LustenbergerGlaus & Pachtner), Gutachten betreffend die Problematik der Geldwäsche im Zusammenhang mit Online-Casinos und -Sportwetten, 2007.

<sup>1498</sup> Abrufbar unter [http://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/pks\\_node.html](http://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html)

<sup>1499</sup> Dawes and Struckmann, a. a. O., S. 244.

tät direkt nichts zu tun hat. Das Gleiche gilt für den sog. Verstärkungseffekt der Begleitkriminalität im Umfeld von Spielhallen. Selbst wenn die Vermutung stimmen sollte, dass es in der Nachbarschaft solcher Hallen – etwa durch Raubüberfälle oder Körperverletzungen – zu vermehrten Straftaten kommen sollte (sog. Kaskadeneffekt), so hätte auch dies nichts mit den Glücksspielen direkt zu tun. Dass Nachbarn von Spielhallen sich unsicherer fühlen und um den Wert ihrer Wohnungen fürchten, steht ebenfalls auf einem anderen Blatt.<sup>1500</sup>

## 8 Zum Internetverbot

Zur Breite der Internetregelungen in Deutschland – und dies gilt für alle Mitgliedstaaten sinngemäß – schreiben Hilf, Ploeckl und Gindler:<sup>1501</sup>

*„Das Internet ist in seinen Angeboten unüberschaubar und verändert sich fortlaufend. Als derart entgrenztes und sich ständig wandelndes Phänomen entzieht es sich als Regelungsgegenstand faktisch weitgehend staatlichen Kontrollversuchen [...]. Das Internet als weltweit zugängliches System scheint somit mit den überkommenen Vorstellungen der Begrenzung der Hoheitsmacht auf das eigene Territorium nur schwer greifbar zu sein. [...].“*

Fallbezogen geht es aber nicht um die Breite der mitgliedstaatlichen Regelungen, sondern um mitgliedstaatliche Verbote des Anbietens von Glücksspielen und des Werbens für diese durch das Internet. Der Gerichtshof legt dabei das europäische Recht allerdings so aus, dass es einem Verbot der Veranstaltung von Glücksspielen über das Internet – und der Internetwerbung hierfür – eigentlich nicht entgegen steht. Zur Begründung wird auf die großen Gefahren hingewiesen, die durch den fehlenden Kontakt zwischen Anbieter und Spieler, die Anonymität, die ständige Verfügbarkeit usw. entstehen können.

Hingewiesen wird auch auf eine schwierigere Kontrolle als sie bei „Präsenzspielen“ möglich sei. Dabei wird aber übersehen, dass sich Internetvorgänge (technisch) leichter nachverfolgen lassen – etwa durch die Geolokalisation der IP-Adresse des Nutzers – als Spiele mit Anwesenheit des Spielenden, bei denen der Spielvorgang mit dem (Bezahlen und) Verlassen der Örtlichkeit durch die Spieler beendet ist. Der Einwand, eine Internetadresse sei leicht zu eröffnen und genauso leicht und schnell wieder aufzugeben, überzeugt sachverhältnismäßig nicht. Technisch mag dies zwar so sein, doch dürfte es für einen Betrüger nicht interessant sein, nur kurzfristig via Internet als Spielanbieter tätig zu sein, da er insoweit kaum „erhebliche Einnahmen“ erzielen dürfte.

Anders mag dies auch für Pokerspieler sein. Für sie dürften – z. B. beim Internet-Poker – „kriminelle“ Absprachen verführerischer sein.

Der EuGH erhebt also gegen Internetverbote an sich keine Einwände. Er sagt aber nichts zur tatsächlichen Konkretisierung des Verbots und zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit einer entsprechenden Maßnahme. Es geht dabei um gewisse Sperren bzw. um Löschungen, die als ein milderes Mittel gegenüber einer völligen Zugangssperre anzusehen sind. Dabei ist rechtlich allerdings zu unterscheiden, ob es sich um generell unerlaubte Spiele handelt oder um solche, die (nur aus inländischer Sicht) unzulässigerweise von einem Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat angeboten werden und zwar Spiele, die in dessen Heimatstaat legal veranstaltet werden. Im ersten Fall dürften wohl keine rechtlichen Einwände gegen Sperren oder Löschungen bestehen. Im zweiten Fall ist aber zu bedenken, dass damit eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit eines ausländischen Anbieters einhergeht. Zwar muss ein ausländischer Dienstleistungserbringer, wenn er vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat Dienste anbietet, gemäß Art. 57 AEUV die Voraussetzungen beachten, die der andere Mitgliedstaat für dessen eigene Angehörige vorschreibt, womit auch für ihn das Internetverbot verbindlich wäre. Dies würde aber nur gelten, wenn der Provider (ebenfalls vorübergehend) in dem anderen Land stehen würde. In der Praxis

<sup>1500</sup> Zu Letzterem s. Urteil des Landgerichts München I v. 04.04.2011 – Az. 1 S 16861/09, juris.

<sup>1501</sup> Juliane Hilf, Barbara Ploeckl und Michael Gindler, Untersagung von Internetglücksspiel nach dem GlStV – Kein Halt an Landesgrenzen?, ZfWG 2010, 1–9; s. zu Internetregelungen auch Fn. 229, 2. Teil.

dürfte aber der Provider in dem Mitgliedstaat stehen, in dem die Spiele legal angeboten werden. Inwieweit hier eine Verbotsverfügung wirken können soll, erscheint fraglich.

Was nun entsprechende Internetsperren anbelangt, so ist unbestritten, dass technisch versierte User entsprechende Sperren umgehen und Löschungen wieder rückgängig machen können.

Neben der Rechtsproblematik der Reichweite der Verbotsregelung geht es also auch um die Aspekte der Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der Verbotsmaßnahmen. Zwar wird insoweit auf den „Durchschnittsbenutzer“ abgestellt; doch wird auch dieser immer versierter. Internetverbote sind daher wahrscheinlich nicht geeignet. Es wird also wohl dabei bleiben, wie Hilf/Ploeckl/Gindler schreiben:<sup>1502</sup>

*„Nicht vermeidbare Spielmöglichkeiten, die sich aus den Unzulänglichkeiten der Geolokalisationstechnik und deren technischen Umgehungsmöglichkeiten ergeben, müssen [also] hingenommen werden.“*

Für Ennuschat/Klestil reicht es dagegen zur Geeignetheit einer Sperrverfügung aus, *„dass es sich nicht um ein gänzlich untaugliches Mittel handelt“*.<sup>1503</sup>

Zur Strafbarkeit von Glücksspielen im Internet sei zudem auf Mintas verwiesen,<sup>1504</sup> die sich auch mit der „Theorie des virtuellen Auslands“ befasst, da der Internet-Nutzer oftmals nicht immer am Ort seiner körperlichen Anwesenheit tätig wird und es somit schwierig wird, den Veranstaltungsort zu bestimmen.

## 9 Zur Beweislast

Aus der Rs. Markus Stoß u. a. (G1/12) ergibt sich,<sup>1505</sup> dass der EuGH zur Begründung der Erforderlichkeit einer Beschränkungsmaßnahme zwar nicht die vorherige Einholung eines Gutachtens verlangt. Dies entbindet den die Beschränkungsmaßnahme Erlassenden m. E. jedoch nicht von seiner Beweislast für deren Notwendigkeit.

Zur Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Beschränkungsmaßnahme betont auch Jarass,<sup>1506</sup> dass es *„kein weniger einschneidendes gleich wirksames Mittel geben [darf]. Der Betroffene (und nicht der Grundrechtsverpflichtete) soll Alternativen substantiiert darzulegen haben, was zweifelhaft ist, soweit es nicht um Umstände aus dem Bereich des Betroffenen geht. [...]“*<sup>1507</sup>

Die Schlussfolgerung, der Betroffene selbst habe Alternativen nachzuweisen, kann m. E. aus dieser Entscheidung nicht gezogen werde, was Jarass auch durch die Verwendung des Wortes „soll“ und durch eigenen Zweifel im Hinblick auf die Beschränkung auf Umstände aus dem Bereich des Betroffenen vorsichtshalber selbst abschwächt. Schon die Zitierung der Rs. ist aber nicht ganz vollständig, denn es ging um einen Beschluss v. 13.11.2000 in der Rs. C-317/00 P (R), also um ein Rechtsmittel (= P des Aktenzeichens) im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes (= R), in dem weniger „scharfe“ Anforderungen bestehen. In der Sache selbst war es um das *„Einfrieren von Geldern und [um ein] Investitionsverbot betreffend Jugoslawien“* gegangen. Dazu hatten die Betroffenen in Rn. 34 vorgetragen: *„Der Rat hätte weniger belastende Mittel als eine brutale Sperrung der Bankkonten vorsehen können, etwa ein System selektiver Exportverbote [...]. Es müsse [...] genügen, dass sie vorbrächten, dass derartige Maßnahmen praktikabel seien. Die Ausarbeitung dieser Maßnahmen könne nicht ihre Aufgabe sein [...]“*

<sup>1502</sup> Hilf/Ploeckl/Gindler, a. a. O., S. 7 und 8.

<sup>1503</sup> Ennuschat/Klestil, Sperrverfügungen gegenüber dem Access-Provider als Instrument zur Bekämpfung des illegalen Online-Glücksspiels?, ZfWG 2009, 389 ff. (394). S. auch Hoeren, Thomas; Geolokalisation und Glücksspielrecht, ZfWG 2008, 229 ff. (Teil 1) und 311 ff. (Teil 2).

<sup>1504</sup> Mintas, a. a. O., Fn. 48.

<sup>1505</sup> Urteil Markus Stoß u. a., a. a. O., Rnn. 70 ff.

<sup>1506</sup> Jarass, Die Gewährung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta, EuGRZ 2011, 360 (363 – VII. 1.).

<sup>1507</sup> Jarass verweist in seiner dazu gemachten Fn. 71 auf „EuGH, Rs. C-317/00 – Invest, Slg. 2000, I-9541 Rn. 61“. Es handelt sich dabei um den Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs v. 13.11.2000.

Sinnvoll ist es, in diesem Zusammenhang auch die Rn. 62 zu zitieren, in der vom EuGH gesagt wird: „Daher hat die Vorinstanz angesichts der wenig konkreten Rügen der Rechtsmittelführerinnen [...] zu Recht festgestellt, dass die Rüge, es lägen ein Verstoß gegen elementare Rechtsgrundsätze und ein ‚excès de pouvoir‘ vor, auf den ersten Blick unsubstantiiert sei und bei der im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen – und ausreichenden – summarischen Prüfung kein offensichtlicher Verstoß des Rates gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz feststellbar sei.“

Aus der genannten Rs. kann also m. E. nicht geschlossen werden, dass die Betroffenen evtl. mögliche mildere Maßnahmen selbst nachzuweisen hätten. Die Beweislast dafür, dass es keine mildere Mittel gibt, liegt also generell bei dem, der die Beschränkungsmaßnahme erlässt.

## 10 Zur Einnahmenerzielung und zur Mittelverwendung

Da der Gerichtshof – wie schon mehrfach ausgeführt – zu Recht die Erzielung von Einnahmen aus Glücksspielen nur als eine erfreuliche Nebenfolge billigt, ist auch der z. B. in Rn. 35 der Rs. UNIRE (G3/4) gemachten Aussage voll zuzustimmen, dass die Einnahmen, die „für die Inhaber einer Konzession Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den in der Vergangenheit getätigten Investitionen“ gewährleisten sollen, wirtschaftliche Gründe seien, die nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses die Beschränkung einer Grundfreiheit rechtfertigen könnten. In diesem Zusammenhang ist allerdings schwer nachvollziehbar, dass der EuGH das Ziel der Amortisation von Investitionen bei der Errichtung von Spielbanken (i. Z. m. den langen Laufzeiten der Konzessionen) anerkennt.<sup>1508</sup>

## 11 Abschließende Bemerkungen zur Bewertung der EuGH-Rechtsprechung

In Ergänzung der vielen Einzelkommentierungen der oben besprochenen zahlreichen Glücksspielrechtssachen kann abschließend zur Bewertung der Rechtsprechung insoweit gesagt werden, dass den glücksspielrelevanten Urteilen des Gerichtshofs inhaltlich voll zugestimmt werden kann. Sie waren und sind ein wichtiger Beitrag zu den Binnenmarktbezügen der Glücksspiele und haben dadurch auch die mitgliedstaatliche Ausgestaltung der Regelung der Glücksspiele wesentlich beeinflusst. Besonders die Betonung der nötigen kohärenten und systematischen Verfolgung der Rechtfertigungsziele in der Praxis war ein deutlicher Hinweis zur Notwendigkeit einer binnenmarktkonformen Ausgestaltung der Glücksspiele.

Vielleicht wurde im Hinblick auf die Würdigung der nationalen Regelungen – die natürlich nicht Aufgabe des EuGH ist – statt konkrete Interpretationshilfen zu geben, etwas zu viel den mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen, doch scheinen diese die Rechtsprechung des EuGH zutreffend zu interpretieren und die richtigen Konsequenzen aus den Anregungen des EuGH zu ziehen, was zugleich Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung hat.

Erfreulich ist in diesem Zusammenhang auch die Einbeziehung und Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG durch den EuGH, wie dies vor allem in der oben genannten Rs. Winner Wetten (G1/11) und – im Hinblick auf die Beachtung der EuGH-Rechtsprechung durch das BVerfG – im unten zu besprechenden Urteil des BVerfG v. 24.11.2010 – auch ohne eine Vorlage zum EuGH – zum Ausdruck kommt.

## II Zu Vertragsverletzungsvorverfahren bei der EU-Kommission – Vertragsverletzungsverfahren statt Harmonisierung

Bereits im Jahr 1989 wurde die Kommission mit mehreren Beschwerden des britischen Buchmachers Ladbrokes befasst. Sie veranlasste daraufhin 1991 die Erstellung des Berichts „Gambling in the single market“.<sup>1509</sup> Unter dem Druck der Mitgliedstaaten unterließ es die Kommission je-

<sup>1508</sup> S. dazu o. die Kommentierung des Verf. in der Rs. Engelmann (G1/13).

<sup>1509</sup> Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1991.

doch, konkretere Pläne zur Harmonisierung oder gar Liberalisierung auszuarbeiten. Erst nach dem Urteil Gambelli von 2003 (G1/5) stellte sie neue Überlegungen an. Zunächst sollte die Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr auf Glücksspiele anwendbar gemacht werden, wozu es jedoch nicht kam. Auch blieb die Aufnahme der Glücksspiele in die Richtlinie 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, wie bereits genannt, erfolglos.

Inzwischen hat die Kommission es aufgegeben, den Glücksspielmarkt zu liberalisieren. Stattdessen wollte sie vermehrt den Europäischen Gerichtshof einschalten. Bezeichnend ist ein Interview, das der damals zuständige Binnenmarktkommissar Charlie McCreevy im Jahr 2006 dem „Spiegel“ gab.<sup>1510</sup>

**„Spiegel:** Was geht es Brüssel eigentlich an, wie in Deutschland oder Frankreich Lotto oder Toto organisiert ist? Muss auch dieser Bereich harmonisiert und liberalisiert werden?

**McCreevy:** Nein, das muss er überhaupt nicht. Die mentalen, kulturellen, rechtlichen Unterschiede beim Umgang mit Glücksspielen sind in den EU-Mitgliedsländern riesig, noch größer als etwa bei der Einstellung zum Alkohol. Deswegen will niemand in Brüssel den Bereich harmonisieren oder liberalisieren. Der Versuch brächte auch nichts. Darauf könnten ich und die nächsten zehn Kommissare 50 Jahre verschwenden und hätten doch keinen Erfolg.

**Spiegel:** Was stört Sie denn dann?

**McCreevy:** Auch die nationalen Regeln, so unterschiedlich sie sein mögen, müssen sich an das europäische Grundprinzip halten: Gleiches Recht für alle.

**Spiegel:** Und das tun sie nicht?

**McCreevy:** Nein. Es gibt viele Fälle von Diskriminierung. Da wird zum Beispiel dem nationalen, staatlichen Anbieter mannigfaltige Werbung erlaubt, dem privaten Konkurrenten aber verboten. Das geht nicht. Oder es werden Internet-Wettanbieter aus einem anderen Land blockiert, während Online-Aktivitäten des eigenen staatlichen Monopolisten toleriert werden. Da sind wir verpflichtet einzuschreiten. [...].

**Spiegel:** Deutsche Politiker verteidigen ihr Beharren auf dem staatlichen Monopol damit, dass sie ihre Bürger vor den Gefahren der Spielsucht schützen und den Spielbetrieb in geordnete Bahnen lenken müssen.

**McCreevy:** Wer hindert sie daran? [...]

**Spiegel:** Wäre auch ein generelles Glücksspielverbot möglich?

**McCreevy:** Klar, das wäre ja nicht diskriminierend.

**Spiegel:** Aber es gibt auch die Vorstellung, dass staatseigene Anbieter weniger profitorientiert sind als private und mehr am Gemeinwohl orientiert.

**McCreevy:** Glauben Sie das?

**Spiegel:** Sie nicht?

**McCreevy:** Ich glaube kein Wort davon [...].“

Auch in der Debatte v. 14.11.2006 des Europäischen Parlaments hatte sich Kommissar McCreevy auf die mündliche Anfrage O-1/06 ähnlich geäußert<sup>1511</sup>. Er sagte dort:

*„The Commission does not seek to liberalise the market in any way, but rather to be assured that whatever measures Member States have in place are fully compatible with existing EU law. Member States are well aware of the case law of the European Court of Justice, which I expect will develop further.“*

Die Kommission wendet sich also nicht prinzipiell gegen bestehende Monopole und die staatlichen Lotterien als solche. Es geht ihr vielmehr um die Vereinbarkeit der betreffenden innerstaat-

<sup>1510</sup> Spiegel Nr. 43/2006 v. 23.10.2006, S. 90. Dieses Interview hat der Verf. schon zitiert in: *Alber: Grundprinzipien des europ. Glücksspielrechts*, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung der Universität Hohenheim, Bd. 3, S. 1.

<sup>1511</sup> PV 14/11/2006 – 18; CRE 14/11/2006 – 18.

lichen Rechtsvorschriften der Glücksspiele mit dem Unionsrecht, sowie um die Frage, ob die beschränkenden Maßnahmen notwendig und verhältnismäßig sind und ob Diskriminierungen vermieden werden. Statt einer praktisch und politisch „unmöglichen“ Harmonisierung sollten also vermehrt gerichtliche Entscheidungen herbeigeführt werden, also Vertragsverletzungsurteile, was praktisch jedoch nicht erfolgt ist. Die große Anzahl der EuGH-Entscheidungen beruhte ja auf Vorabentscheidungsersuchen mitgliedstaatlicher Gerichte. Die Kommission hat lediglich ab dem Jahre 2006 aufgrund von Beschwerden mehrerer Dienstleistungsunternehmen, deren Tätigkeit als Glücksspielanbieter beschränkt oder ganz untersagt worden war, sowie aufgrund eigener Erkenntnisse gegen ursprünglich mehrere Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsvorverfahren eingeleitet. Vertragsverletzungsklagen selbst hat die Kommission insoweit i. H. a. Glücksspielfälle (außer in einigen Fällen zur Besteuerung von Glücksspielen) jedoch bislang keine erhoben.

### III Glücksspielrelevante Urteile des EFTA-Gerichtshofs

Vom EFTA-Gerichtshof sind u. a. die beiden nachfolgend genannten glücksspielrelevanten Urteile erlassen worden. Sie stammen v. 14.03.2007 und 30.05.2007. Sie waren unmittelbar nach dem EuGH-Urteil v. 06.03.2007 in der Rs. Placanica (G1/6) ergangen.

#### 1 Das Urteil EFTA-Überwachungsbehörde/Norwegen

In diesem Urteil,<sup>1512</sup> Spielapparate betreffend, ging es um Folgendes:<sup>1513</sup> In Norwegen betrieben 183 Gesellschaften 15600 Spielapparate. Die Zahl der Automaten wurde durch Gesetz auf 10.000 herabgesetzt und der Betrieb der voll im Staatsbesitz befindlichen Norsk-Tipping vorbehalten. Gegen diese Regelung erhob die EFTA-Überwachungsbehörde gegen Norwegen eine Vertragsverletzungsklage. Sie hielt die Art. 31 und 36 des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR bzw. EEA = European Economic Area) für verletzt. (Diese Artikel entsprechen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrags, also den Art. 43 und 49 EG – heute Art. 49 und 56 AEUV.)

Auch unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung prüfte der EFTA-Gerichtshof die für die Monopolstellung vorgebrachten üblichen Rechtfertigungsgründe in ihrem Gesamtzusammenhang. Der EFTA-Gerichtshof ging davon aus, die Rechtfertigungsgründe könnten in ihrer Gänze durch ein Monopol besser gewährleistet werden als durch private Anbieter; er bestand aber darauf, dass die Rechtfertigungsgründe tatsächlich und konkret verfolgt werden müssten. Er ging auch davon aus, dass ein Monopol leichter zu kontrollieren sei, und dass dieses wiederum das Betreiben der Spiele besser kontrollieren könne.

#### 2 Das Urteil Ladbrokes

In diesem vom Oslo Tingrett vorgelegten Verfahren<sup>1514</sup> ging es um die Auslegung der eben genannten Art. 31 und 36 EWR i. Z. m. der von Ladbrokes beantragten Zulassung zum Betrieb von Sportwetten. Solche sind in Norwegen jedoch dem Staat bzw. nicht-gewinnorientierten Organisationen bzw. Vereinigungen mit humanitären und sozialen Zielen vorbehalten. Der EFTA-Gerichtshof stellte dabei wiederum klar, dass die dafür geltenden Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Bekämpfung der Spielsucht und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, tatsächlich verfolgt und in einer verhältnismäßigen Weise ausgeübt werden müssten. Die Finanzierungsmöglichkeit humanitärer und sozialer Zwecke dürfe nur eine Nebenfolge und nicht der eigentliche Sinn der Spielangebote sein. Ausländischen Anbietern könne die Zulassung versagt werden, auch wenn sie in ihrem Heimatstaat legal tätig seien. Allerdings müssten bei einer even-

<sup>1512</sup> Urteil v. 14.03.2007 in der Rs. E-1/06, (EFTA Surveillance Authority/Norway, unter [www.eftacourt.lu](http://www.eftacourt.lu) abrufbar).

<sup>1513</sup> Der nachfolgende Abschnitt wurde vom Verf. vorab veröffentlicht in: *Becker* (Hrsg.), *Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung*, S. 25 f., sowie in: *ERA-Forum* Band 8 (2007), 3, S. 347.

<sup>1514</sup> Urteil v. 30.05.2007 in der Rs. E-3/06 (Ladbrokes, unter [www.eftacourt.lu](http://www.eftacourt.lu) abrufbar). Der nachfolgende Abschnitt wurde vom Verf. vorab veröffentlicht in: *Becker* (Hrsg.), *Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung*, S. 26, sowie in: *ERA-Forum* Band 8 (2007), 3, S. 347.

tuellen Konzessionsvergabe die in anderen Mitgliedstaaten erfüllten Voraussetzungen gebührend berücksichtigt werden.

Zu beiden Urteilen kann zusammenfassend insoweit gesagt werden, dass die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs zu Glücksspielen derjenigen des EuGH entspricht, auf die der EFTA-Gerichtshof ja auch mehrfach verwiesen hat.

#### IV Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Wie bereits erwähnt, wurde der EGMR noch nicht mit Fällen befasst, in denen es um Menschenrechte in direktem Zusammenhang mit dem Betrieb von bzw. der Beteiligung an Glücksspielen ging. Bislang war er insoweit nur mit zwei Rechtssachen befasst, die zwar i. Z. m. Glücksspielen standen, wenn auch nicht unmittelbar. Zwei weitere Fälle sind noch anhängig.

In der Rs. *Kingsley vs. Vereinigtes Königreich* (application no. 35605/97 – Urteil v. 28.05.2002) ging es letztlich – zwar i. Z. m. Glücksspielen – um Art. 6 Abs. 1 der EMRK, der das Recht auf ein faires Verfahren betrifft.<sup>1515</sup> Der Kläger Kingsley war geschäftsführender Direktor der London Clubs Ltd. (LCL), die 6 der 20 Londoner Spielcasinos besaß und betrieb. Zusammen mit der Londoner Polizei führte der Gaming Board von Great Britain, eine amtliche Einrichtung (a statutory body), die die Spielbetreiber reguliert und überwacht (which regulates and monitors the gaming industry), eine Durchsuchung bei der LCL durch. Im Laufe der weiteren Auseinandersetzung bezeichnete ein Vertreter des Gaming Boards den Kläger öffentlich als für seinen Posten ungeeignet (expressed the view that the applicant was not a fit and proper person to remain an executive director of London Clubs). Herr Kingsley wollte dagegen bei einem ordentlichen Gericht vorgehen, was der Gaming Board verhinderte. Der EGMR sah darin eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren i. S. v. Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Die zweite Rs., der Fall *Mondero* (no. 32798/06 – Urteil v. 02.02.2010), betraf „nur“ Besteuerungsfragen im Hinblick auf Glücksspiele. In dieser EGMR-Entscheidung wurde allerdings auf die EuGH-Urteile *Schindler* (G1/1) und *Liga Portuguesa* (G1/8) Bezug genommen.

Anhängig ist noch die Beschwerde Nr. 21 252/09 v. 22.05.2009, die von der Tipp 24 AG eingelegt wurde.<sup>1516</sup> Beim EGMR ist seit April 2010 noch eine vierte Rechtssache anhängig, die die unterschiedliche und damit angeblich diskriminierende Besteuerung von Automatenspielen betrifft. Diese Rs. hat jedoch noch immer kein Az. bekommen (Stand: 02.01.2012), was bei dem „Rückstau“ an Rechtssachen beim EGMR (gegenwärtig ca. 150.000 (!) Fälle) nicht verwundert.

#### V Ausgewählte deutsche Rechtsprechung zu Glücksspielen

##### 1 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

###### 1.1 Das (Sportwetten-)Urteil des BVerfG v. 28.03.2006

Dieses Urteil des BVerfG<sup>1517</sup> erging zeitlich zwischen den EuGH-Urteilen *Gambelli v. 08.11.2003* (G1/5) und *Placanica v. 06.03.2007* (G1/6). Die nachfolgende Darstellung folgt wegen der im Urteil so nicht erfolgten Bezifferung im Wesentlichen der Zitierung in der NJW 18/2006/1261 ff.

<sup>1515</sup> „Art. 6, Recht auf ein faires Verfahren“ lautet: „(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. [...] (2) u. (3)[...]“

<sup>1516</sup> S. o. Fn. 61.

<sup>1517</sup> Urteil v. 28.03.2006 – 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276 ff. (=NJW 18/2006/1261).

### 1.1.1 Leitsatz des Urteils

Im Leitsatz hielt das BVerfG gleich im Leitsatz fest: „Ein staatliches Monopol für Sportwetten ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.“

### 1.1.2 Urteilstenor

Das BVerfG hat dazu im Urteilstenor für Recht erkannt:

- „1. *Es ist [...] mit Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes unvereinbar, dass [...] in Bayern Sportwetten nur vom Freistaat Bayern veranstaltet und nur derartige Wetten gewerblich vermittelt werden dürfen, ohne das Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten.*
2. *Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten unter Beachtung der sich aus den Gründen ergebenden verfassungsrechtlichen Vorgaben bis zum 31.12.2007 neu zu regeln.*
3. *Bis zu einer Neuregelung darf das Staatslotteriegesetz nach Maßgabe der Gründe weiter angewandt werden.*<sup>1518</sup>
4. *Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen.*
5. *[betrifft die Kosten].“*

### 1.1.3 Sachverhalt und rechtlicher Rahmen

Die Beschwerdeführerin betrieb erlaubterweise ein Wettbüro in München, in dem sie als Buchmacherin gewerbsmäßig Wetten über öffentliche Leistungsprüfungen für Pferde abschloss. Sie meldete eine Erweiterung ihres Gewerbes auf die Vermittlung von Sportwetten an Wettunternehmen im EU-Ausland an. Dies lehnte die Stadt München mit Hinweis auf das strafbewehrte Verbot öffentlichen Glücksspiels gemäß § 284 StGB ab.<sup>1519</sup> Die Beschwerdeführerin beschritt daraufhin den Rechtsweg, hatte jedoch weder beim Verwaltungsgericht (SpuRt 2001, S. 208), noch beim Verwaltungsgerichtshof (GewArch 2001, S. 65), noch beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG 114, 92) Erfolg.<sup>1520</sup>

Sachverhaltsmäßig betraf der Fall zeitlich noch das BayStaatslotterieg v. 29.04.1999<sup>1521</sup>, da der spätere Lotteriestaatsvertrag [von 2004]<sup>1522</sup> erst am 01.07.2004 in Kraft trat. Dennoch konnte im Hinblick auf die Argumentation auf ihn schon im Vorgriff eingegangen werden, zumindest im Hinblick auf die Definition der Ziele. Nach § 1 des Lotteriestaatsvertrags von 2004 war es Ziel des Vertrags,

1. den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,
2. übermäßige Spielanreize zu verhindern,
3. eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken auszuschließen,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß und nachvollziehbar durchgeführt wurden und
5. dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wurde.

<sup>1518</sup> Besonders die befristete Weitergeltung gemäß der Ziff. 3 war Gegenstand in der Rs. Winner Wetten (G1/11), s. dortige Rnn. 53 ff.

<sup>1519</sup> Urteil BVerfG, a. a. O., Rn. 21.

<sup>1520</sup> Urteil BVerwG, a. a. O., Rnn. 23 ff.

<sup>1521</sup> BayGVBl 1999, S. 226.

<sup>1522</sup> BayGVBl 2004, S. 230.

### 1.1.4 Die materielle Prüfung

Zum Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit: Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab war für das BVerfG in erster Linie das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>1523</sup> Zur Begründung führte das BVerfG in den Rnn. 93 ff. dazu aus:

„93 [Das] in Bayern bestehende staatliche Wettmonopol stellt wegen des mit ihm einhergehenden Ausschlusses gewerblicher Wettveranstaltung durch private Wettunternehmen sowie des Ausschlusses der Vermittlung von Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, den rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin dar“ (Rn. 92). „Dieser Eingriff ist angesichts der gegenwärtigen Ausgestaltung des Wettmonopols in Bayern verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.“

Zu den Rechtfertigungsgründen der Beschränkung meinte das BVerfG:

- „98 Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols und die dadurch beabsichtigte Begrenzung und Ordnung des Wettwesens ist die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht. Dabei handelt es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel.“
- „103 Weitere legitime Ziele sind der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung [...].“
- „105 Legitimes Ziel eines staatlichen Wettmonopols ist außerdem die Abwehr von Gefahren aus mit dem Wetten verbundener Folge- und Begleitkriminalität [...].“
- „107 Demgegenüber scheiden fiskalische Interessen des Staates als solche zur Rechtfertigung der Errichtung eines Wettmonopols aus.“
- „109 Eine Abschöpfung von Mitteln ist [...] nur als Weg zur Suchtbekämpfung und als Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolsystem gerechtfertigt, nicht dagegen als selbständiges Ziel [...].“

Zur Geeignetheit sagte das BVerfG:

„111 Die gesetzliche Errichtung eines staatlichen Wettmonopols stellt grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur Erreichung der legitimen Ziele dar.“

Zur Erforderlichkeit hielt das BVerfG fest:

- „115 Der Gesetzgeber durfte auch von der Erforderlichkeit eines Wettmonopols ausgehen.“
- „116 Er verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit [...] über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum [...]. Infolge dieser Einschätzungsprärogative können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts wie der Abwehr der Gefahren, die mit dem Veranstalten und Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind, für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten [...].“
- „117 Nach diesen Maßstäben ist die Einschätzung der Erforderlichkeit eines Wettmonopols durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“

<sup>1523</sup> Urteil BVerfG, a. a. O., Rn. 80.

Zur Verhältnismäßigkeit führte das BVerfG aus:

- „119 Das in Bayern errichtete staatliche Wettmonopol stellt jedoch in seiner gegenwärtigen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Bürgern ist der – strafbewehrte – Ausschluss gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen nur dann zumutbar, wenn das bestehende Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dient.“
- „120 Das im Rahmen des Wettmonopols eröffnete Sportwettenangebot ODDSET ist jedoch nicht konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht ausgerichtet. Das Staatslotteriegesetz enthält keine entsprechenden materiell-rechtlichen Regelungen und strukturellen Sicherungen, die dies hinreichend gewährleisten [...].“
- „121 Der auch im Freistaat Bayern geltende Lotteriestaatsvertrag konkretisiert die für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen maßgeblichen Ziele und enthält Vorgaben für Art und Umfang der Werbemaßnahmen sowie über die Bereithaltung von Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten [...].“
- „122 Diese Vorgaben reichen [jedoch] nicht, um die dem Wettmonopol zugrunde liegenden gewichtigen Gemeinwohlbelange zu verwirklichen.“
- „127 Die rechtliche Ausgestaltung des Wettmonopols gewährleistet nicht hinreichend, dass das staatliche Wettangebot konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Wettleidenschaft gestellt ist und ein Konflikt mit fiskalischen Interessen des Staates nicht zu Gunsten dieser ausgeht.“
- „134 Vor allem aber ist der Vertrieb von ODDSET nicht aktiv an einer Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtet. Das tatsächliche Erscheinungsbild entspricht vielmehr dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung.“
- „135 Dies zeigt sich beispielhaft in der offiziellen Begleitinformation ‚Hintergrund, Perspektiven, Chancen‘ der Staatlichen Lotterieverwaltung im Zusammenhang mit der Einführung von ODDSET. Danach ist die Eröffnung des Wettangebots maßgeblich von dem Ziel der Markterschließung getragen und hat insbesondere die Erschließung der Zielgruppe der 18- bis 40-jährigen im Blick. Es ist dabei die Rede von einem ‚umfangreichen Maßnahmen- und Medienpaket, das die Zielgruppen mehrstufig anspricht und kontinuierlich Lust aufs Mitwetten weckt‘.“
- „136 Dem entspricht eine breit angelegte Werbung, in der das Wetten als sozialadäquate, wenn nicht sogar positiv bewertete Unterhaltung dargestellt wird [...].“
- „137 Ebenso wenig sind die Vertriebswege für ODDSET auf eine Bekämpfung der Suchtgefahren und auf eine Begrenzung der Wettleidenschaft angelegt.“
- „138 Die Staatliche Lotterieverwaltung vertreibt ODDSET über ihr breit gefächertes Netz von Lotto-Annahmestellen, dem die offizielle Maxime ‚weites Land – kurze Wege‘ zugrunde liegt. Dabei handelt es sich vor allem um Zeitschriften- und Tabakläden oder ähnliche kleine oder mittelständische Gewerbebetriebe, sodass der Vertrieb in bewusster Nähe zum Kunden stattfindet. Dadurch wird die Möglichkeit zum Sportwetten zu einem allorts verfügbaren ‚normalen‘ Gut des täglichen Lebens.“
- „139 Vor dem Hintergrund der rechtlich gebotenen Ausrichtung des Wettangebots am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ist auch die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internetangebot der Staatlichen Lotterieverwaltung bedenklich.“

In mehreren Rnn. nahm das BVerfG auch auf das EuGH-Urteil Gambelli Bezug, vor allem auf dessen Rnn. 62 und 69.

Da für das BVerfG die bayerische Regelung bereits mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar war, erübrigte sich für dieses Gericht insoweit eine Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>1524</sup>

### 1.1.5 Zur zeitlichen Geltung des Urteils und zur inhaltlichen Neugestaltung

Im Teil C. II. seines Urteils hielt das BVerfG im Hinblick auf eine befristete Weitergeltung des eigentlich verfassungswidrigen Gesetzes und zum Inhalt einer Neuregelung fest:

- „146 Die Unvereinbarkeit des in Bayern bestehenden staatlichen Wettmonopols mit Art. 12 Abs. 1 GG führt nicht gemäß § 95 III 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der angegriffenen Rechtslage.“
- „149 Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich gehalten, den Bereich der Sportwetten unter Ausübung seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums neu zu regeln [...].“
- „150 Zu den erforderlichen Regelungen gehören inhaltliche Kriterien betreffend Art und Zuschnitt der Sportwetten sowie Vorgaben zur Beschränkung ihrer Vermarktung.“
- „151 Die Werbung für das Wettangebot hat sich zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters bei Wahrung des Ziels, legale Wettmöglichkeiten anzubieten, auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Wetten zu beschränken.“
- „152 Die Einzelausgestaltung ist an dem Ziel der Suchtbekämpfung und damit verbunden des Spielerschutzes auszurichten, auch etwa durch Vorkehrungen wie der Möglichkeit der Selbstsperre [...]. Geboten sind Maßnahmen zur Abwehr von Suchtgefahren, die über das bloße Bereithalten von Informationsmaterial hinausgehen.“
- „153 Die Vertriebswege sind so auszuwählen und einzurichten, dass Möglichkeiten zur Realisierung des Spieler- und Jugendschutzes genutzt werden. Insbesondere eine Verknüpfung von Wettmöglichkeiten mit Fernsehübertragungen von Sportereignissen würde dem Ziel der Suchtbekämpfung zuwiderlaufen und die mit dem Wetten verbundenen Risiken verstärken.“
- „154 Schließlich hat der Gesetzgeber die Einhaltung dieser Anforderungen durch geeignete Kontrollinstanzen sicherzustellen, die eine ausreichende Distanz zu den fiskalischen Interessen des Staates aufweisen.“

Zur Regelungsfrist sagte das BVerfG:

- „156 Für die Neuregelung ist eine Frist bis zum 31.12.2007 angemessen.“

### 1.1.6 Nachtrag

Als Nachtrag sei insoweit noch angefügt, dass die vor dem Urteil des BVerfG v. 28.03.2006 ergangene deutsche Rechtsprechung zur Frage der Europarechtskonformität der Regelungen des Glücksspielbereichs nicht einheitlich und sogar widersprüchlich war.<sup>1525</sup> Aus gutem Grund hatte deshalb das BVerfG in seinem Beschluss v. 27.04.2005<sup>1526</sup> über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in der vorigen Sache in Rn. 35 ausgeführt: „Angesichts [der] Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs könnte im verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren die Konformität der deutschen Rechtslage mit dem Gemeinschaftsrecht kaum ohne eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof festgestellt werden. Sie kann daher auch nicht bei der Bewertung des besonderen Vollzugsinteresses im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren als ausreichend sicher behandelt werden.“

<sup>1524</sup> Urteil BVerfG, a. a. O., Rn. 145.

<sup>1525</sup> Siehe dazu auch *Kment*, Ein Monopol gerät unter Druck, NVwZ 2006, S. 617 ff. (mit weiteren Literaturangaben).

<sup>1526</sup> Beschl. v. 27.04.2005 – 1 BvR 223/05 -. In diesem Beschluss wird in Rn. 33 die deutsche Rechtsprechung und Literatur zitiert.

## 1.2 Weitere, nachfolgende Entscheidungen des BVerfG

Auch nach seinem Sportwetten-Urteil v. 26.03.2006 ist das BVerfG mit glücksspielrechtlichen Aspekten befasst worden, die jedoch durch Beschlüsse entschieden worden sind. Da in ihnen die Rechtsprechung des BVerfG bestätigt und allenfalls weiter präzisiert worden ist, kann auf sie verwiesen werden.<sup>1527</sup>

Formal von Interesse ist auch der Nichtannahmebeschluss v. 14.10.2008 (Az. 1 BvR 928/08 = ZfWG 2008, 351 ff.). Da dieser mit 11 (!) Seiten begründet worden war, wurde von einigen vermutet, das BVerfG habe im Ergebnis doch in der Sache entschieden. Dies traf jedoch nicht zu, weil es weder Aussagen zur tatsächlichen Ausgestaltung des Monopols, noch zu Art. 3 GG und auch nicht zur Kohärenz getroffen hat<sup>1528</sup>. Das BVerfG hielt vielmehr die Voraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG für nicht erfüllt, weil der Verfassungsbeschwerde keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme. Eingelegt war die Verfassungsbeschwerde von der Tipp 24 AG worden.<sup>1529</sup> Die Tipp 24 AG hielt das Glücksspielverbot im Internet für nicht EMRK-konform. Auch hielt sie das Recht auf Eigentum für verletzt. Das BVerfG hatte dagegen ausgeführt, der Gesetzgeber habe bei der Einschätzung der abzuwehrenden Gefahren einen weiten Beurteilungsspielraum, den er konkret nicht überschritten habe. Auch gelte das Recht auf Eigentum nicht im Hinblick auf den Rückgang erwarteter Einnahmen. Gegen den Beschluss v. 14.10.2008, mit dem die Verfassungsbeschwerde der Tipp 24 AG nicht angenommen worden war, legte diese wiederum eine Beschwerde ein.

Mit dem Beschluss v. 20.03.2009 – 1 BvR 2410/08 – hat das BVerfG eine weitere eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Im Ausgangsverfahren war es um einen abgelehnten Rechtsbehelf gegen eine fachgerichtliche Entscheidung gegangen, mit der die sofortige Vollziehung einer die Vermittlung gewerblicher Sportwetten untersagenden Ordnungsverfügung angeordnet worden war. In Rn. 52 (der 9-seitigen Begründung mit 56 Rnn.) hat das BVerfG auch (mittelbar) auf die EuGH-Rechtsprechung verwiesen, indem es dort sagte:

*„Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das [Niedersächsische] Oberverwaltungsgericht [...] annimmt, die Ausgestaltung des staatlichen Sportwettmonopols erfülle grundsätzlich zugleich die Anforderungen, die das Gemeinschaftsrecht ausweislich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs [... im Urteil] Gambelli [... und im Urteil] Placanica [...] stellt.“*

## 1.3 Bewertung der Rechtsprechung des BVerfG

Die Hauptaussagen des BVerfG sind inhaltlich deckungsgleich mit den relevanten – zum Teil aber zeitlich erst später gemachten – Festhaltungen des EuGH. Auch wenn die Begriffe „kohärent und systematisch“ vom BVerfG nicht verwandt wurden, ist doch mit den Formulierungen, dass die Spiele „konsequent“ am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht bzw. „aktiv an einer Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten“ auszurichten seien letztlich das Gleiche gemeint.<sup>1530</sup> (Das Bundesverwaltungsgericht verwendet dagegen im Hinblick auf die Zielverfolgung wie der EuGH die Ausdrücke „kohärent und systematisch.“ Dieses Gericht macht auch zutreffende Ausführungen zu der im Hinblick auf die Kohärenz nötige Vergleichbarkeit der Spielarten – s. nachfolgend 2.)

Im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Monopollösung ist das BVerfG im (Sportwetten-)Urteil genauso „großzügig“ wie der EuGH, wenn es auch zur Erforderlichkeit ausführlichere Aus-

<sup>1527</sup> S. Beschlüsse jeweils der 2. Kammer des Ersten Senats v. 22.10.2007 – 1 BvR 973/05 – juris; v. 22.11.2007 – 1 BvR 2218/06 – NVwZ 2008, S. 301; v. 27.12.2007 – 1 BvR 2578/07 – juris; und Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats v. 10.11.2008 – 1 BvR 2783/06 – NVwZ 2009, S. 295.

<sup>1528</sup> So Hilf/Ploeckl, Der Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 14.10.2008 [...], ZfWG 2009, 8 ff.

<sup>1529</sup> Zur Tipp 24 s. Fn. 61.

<sup>1530</sup> Urteil Sportwetten v. 28.03.2006, Rnn. 120 u. 134.

sagen als der EuGH macht und dabei positiverweise die Frage nach evtl. milderer Mitteln stellt, ohne allerdings solche konkret aufzuzeigen.

Positiv zu bewerten ist auch die Aussage in Rn. 151 des Sportwetten-Urteils v. 26.03.2006, in der gesagt wird, dass sich die Werbung auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Wetten zu beschränken hat. „Zum Wetten“ heißt also nicht zugleich „Zum Gewinnen“ und schon gar nicht zum Gewinnen einer hohen Summe, wie dies z. B. bei der Angabe eines hohen „anstehenden“ Jackpotbetrags suggeriert wird.

Zur zeitlichen Geltung des Urteils nennt das BVerfG zwar eine Reihe von Voraussetzungen, die der EuGH jedoch nur in besonderen Fällen ebenso sieht.<sup>1531</sup>

## 2 Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

### 2.1 Das Urteil v. 24.11.2010

Am 24.11.2010 hat das Bundesverwaltungsgericht (i. F.: BVerwG) über drei bei ihm anhängige Rsn. (BVerwG 8 C13.09, 8 C14.09 und 8 C15.09) entschieden.<sup>1532</sup>

Im ersten Verfahren hat das BVerwG die Revision des Klägers mit der Begründung zurückgewiesen, die von ihm im Vereinsheim eines Sportvereins durchgeführte Vermittlung von Sportwetten sei unabhängig von dem staatlichen Sportwettenmonopol bereits wegen fehlender räumlicher Trennung seiner Wettannahmestelle von Sporteinrichtungen und Sportereignissen rechtswidrig und damit nicht erlaubnisfähig. Auf eine Verletzung der unionsrechtlich garantierten Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit könne er sich als türkischer Staatsangehöriger nicht berufen.

In den beiden anderen Fällen hat das BVerwG die Berufungsurteile aufgehoben und die Sachen an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen. Gegenstand der Verfahren waren Bescheide der Stadt Nürnberg aus dem Jahre 2006. Den Klägern war untersagt worden, Sportwetten an in Österreich bzw. in Malta niedergelassene und dort konzessionierte Unternehmen zu vermitteln. Zur Begründung war angeführt worden, dass es allein den staatlichen bzw. staatlich beherrschten Lottoverwaltungen der Bundesländer gestattet sei, Sportwetten zu veranstalten, und dass zur Vermittlung ausschließlich die zugelassenen Annahmestellen befugt seien.

Das BVerwG folgte insoweit voll der Rechtsprechung des EuGH und führte aus, der Gerichtshof halte zwar ein Monopol für bestimmte Glücksspiele trotz einer liberaleren Regelung in anderen Glücksspielbereichen für zulässig, verlange jedoch, dass derartige Beschränkungen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit die mit ihnen verbundenen Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgen müssten. Die Annahme des Berufungsgerichts, dieses Kohärenzfordernis sei nur isoliert („sektoral“) für den dem jeweiligen Monopol unterworfenen Glücksspielsektor oder allenfalls auf ein krasses Missverhältnis der für die verschiedenen Glücksspielarten erlassenen und praktizierten Regelungen zu prüfen, treffe nicht zu. Das auf die Suchtkämpfung und den Spielerschutz gestützte Sportwettmonopol erfülle die vom EuGH aufgestellten Anforderungen nur, wenn andere Glücksspiele mit ähnlichem oder höherem Suchtpotenzial nicht diesen Zielsetzungen widersprechend behandelt würden. In den Blick zu nehmen sei dabei nicht allein die rechtliche Ausgestaltung, sondern auch die tatsächliche Handhabung. Das Ziel der Begrenzung der Wettstätigkeiten dürfe weder konterkariert, noch dürften ihm entgegenlaufende Ausgestaltungen in den anderen Glücksspielbereichen geduldet werden.

<sup>1531</sup> S. Urteile *Carmen Media* (G1/12), a. a. O., Rnn. 91 ff. bzw. 106 ff., *Linneweber und Akritidis* (G2/8), a. a. O., Rnn. 39 ff. und *Winner Wetten* (G1/11), a. a. O., Rnn. 63 ff.

<sup>1532</sup> S. Pressemeldung des BVerwG Nr. 110/2010 mit der Überschrift „Staatliches Sportwettenmonopol nur bei konsistenter Bekämpfung von Suchtgefahren zulässig.“  
Zur schriftlichen Fassung der Urteile in den Rsn. C13.09 und C14.09 s. *ZfWG* 2011, 96 ff. bzw. 108 ff.

## 2.2 Die Urteile v. 01.06. und 11.07.2011

Am 01.06.2011 hat das BVerwG zwei weitere Urteile zu Glücksspielen erlassen.<sup>1533</sup>

Im erstgenannten Fall ging es um die verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Anforderung an ein staatliches Glücksspielmonopol und zwar im Hinblick auf die kohärente und systematische Verfolgung des Rechtfertigungsziels der Spielsuchtbekämpfung. Der Monopolträger müsse darauf verzichten, „die Wettbereitschaft zu fördern. Er darf dem Wetten kein positives Image verleihen, indem er auf eine gemeinnützige Verwendung der erzielten Einnahmen hinweist, und die Anziehungskraft des Wettspiels nicht durch zugkräftige Werbebotschaften erhöhen, die bedeutende Gewinne in Aussicht stellen [...] oder sonst eine zum Wetten stimulierende Aussage treffen [...]“.<sup>1534</sup> Das BVerwG verwies insoweit auf die Rn. 103 des EuGH-Urteils Markus Stoß u. a. (G1/12). Vermerkt werden soll, dass das BVerwG vielfach auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen hat.

In der zweiten Sache 8 C 5.10 war es um Glücksspiele über das Internet gegangen, deren Unzulässigkeit das BVerwG bestätigte. Am 11.07.2011 folgte ein weiteres Urteil des BVerwG (8 C 12.10). In den beiden Leitsätzen dieses Urteils wird ausgeführt:

- „1. Eine Werbung für das staatliche Sportwettenmonopol, die in stimulierender Weise auf herausragende Sportereignisse Bezug nimmt, ist unzulässig. Gleiches gilt für die Verknüpfung – auch rein informativer – Hinweise auf bestimmte Sportereignisse mit der Ankündigung höherer oder zusätzlicher Gewinnchancen. Unzulässig ist auch eine Aufmachung, die dem Empfänger Entscheidungsdruck suggeriert.
2. Wird die unionsrechtlich gewährleistete Dienst- oder Niederlassungsfreiheit durch die Errichtung eines staatlichen Sportwettenmonopols eingeschränkt, so gebietet das unionsrechtliche Erfordernis der Kohärenz weder die Uniformität sämtlicher Glücksspielregelungen noch eine Optimierung der mit dem Monopol verfolgten Ziele. Es verlangt, dass die rechtliche oder tatsächliche Ausgestaltung anderer Glücksspielbereiche mit vergleichbarem oder höherem Suchtpotenzial der Monopolregelung nicht mit der Folge entgegenwirken darf, dass das Monopol zur Verwirklichung der mit ihm verfolgten Ziele nicht mehr beitragen kann (im Anschluss an das Urteil v. 24. November 2010 – BVerwG 8 C 14.09).“

## 3 Urteile des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof (i. F.: BGH) hat in seinem Urteil v. 28.09.2011<sup>1535</sup> das Verbot des Angebots privater Sportwetten und anderer Glücksspiele im Internet für wirksam erklärt. In der Pressemitteilung hierzu<sup>1536</sup> hieß es u. a., dass sich die Beurteilung des BGH mit der des BVerwG decke, das am 01.06.2011 ebenfalls eine Entscheidung über die Zulässigkeit privater Sportwetten verkündet hatte.<sup>1537</sup> Es war in diesem Fall auch um noch von der DDR erhaltene Erlaubnisse gegangen.<sup>1538</sup> Der BGH meinte, aus diesen Genehmigungen folge keine Berechtigung, Glücksspiel-tätigkeiten auch im Internet auszuüben. Auch auf von Gibraltar oder Malta ausgestellte Lizenzen könne man sich nicht berufen. Das Verbot von Glücksspielen im Internet gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV stelle zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Wegen der größeren Gefahren des Internets dürfe dieser Vertriebsweg stärker als herkömmliche Absatzwege eingeschränkt werden.

Schon am 26.04.2011 hatte der BGH ein Urteil zu einer Hausverlosung erlassen. Er hatte dabei ein Urteil des Landgerichts München I bestätigt, in dem jemand, der sein Haus verlosen wollte,

<sup>1533</sup> Die Urteile sind abgedruckt in der ZfWG 2011, 341 ff. (8 C 4.10) bzw. ZfWG 2011, 332 ff. (8 C 5.10).

<sup>1534</sup> Urteil 8 C 4.10, a. a. O., Rn. 46.

<sup>1535</sup> Az.: I ZR 92/09, I ZR 189/08, I ZR 30/10, I ZR 43/10 und I ZR 93/10.

<sup>1536</sup> S. Pressemitteilung des BGH Nr. 150/2011.

<sup>1537</sup> S. Urteil 8 C 5.10.

<sup>1538</sup> S. o. Teil C, I, 11.3.

zu einer Bewährungsstrafe von 2 Jahren verurteilt worden war. Dabei hatten die Richter gemäß eines Zeitungsberichts<sup>1539</sup> jedoch offengelassen, ob es sich um eine unerlaubte Ausspielung gehandelt hat. *„Jedenfalls habe sich der Immobilieneigner wegen Betrugs in mehr als 18.000 Fällen strafbar gemacht, denn von so vielen Mitspielern habe er eine Teilnahmegebühr von jeweils 19 € entgegengenommen, obwohl er mit einem Einschreiten durch die Aufsichtsbehörde hätte rechnen müssen.“* (Zu Hausverlosungen s. auch nachfolgend die Urteile mehrerer Verwaltungsgerichte.)

#### 4 Rechtsprechung einzelner deutscher Gerichte

Mit Fragen des Glücksspielrechts sind in den letzten Jahren auch zahlreiche mitgliedstaatliche Gerichte befasst worden, die zum Teil zu abweichenden Entscheidungen gekommen sind. Die Rechtsprechung deutscher Gerichte i. Z. m. Glücksspielen ist fast schon „uferlos.“

Die meisten Rechtssachen betrafen allerdings rein inländische Sachverhalte ohne europarechtliche Bezüge, was natürlich nicht ausschloss, dass in einigen Begründungen auf Ausführungen des EuGH Bezug genommen wurde. Insoweit Europarecht betroffen war, hielten die meisten Gerichte die jeweilige nationale Maßnahme – wie z. B. Werbeverbote, Internetverbote oder andere Untersagungsverfügungen – für europarechtskonform. Andere Gerichte äußerten dagegen Zweifel. „Auf den Punkt“ brachte es Marianne Gschwendtner, die dazu sagte:<sup>1540</sup> *„Auf dem Weg zu [gerichtlichen] Entscheidungen reagiert die bundesweite Verwaltungsrechtsprechung – um es freundlich auszudrücken – in Übereinstimmung mit unserer föderalistischen Staatsordnung. Etwas deutlicher ausgedrückt: Sie reagiert bunt.“*

Eine detaillierte Übersicht über die deutsche Rechtsprechung – aufgegliedert in liberalisierungsfreundliche und monopolfreundliche Entscheidungen – hat auch Jörg Ennuschat erstellt.<sup>1541</sup>

Was die Entscheidungen einiger einzelner Gerichte anbelangt, so äußerte z. B. das **OLG Koblenz** Bedenken, ob die fallrelevanten innerstaatlichen Maßnahmen mit Art. 49 EG vereinbar waren. Es hielt zur Lottovermittlung im Internet fest: *„[...] Es bestehen erhebliche Bedenken, ob die innerstaatlichen Regelungen des GlüStV nicht gegen Art. 49 EG verstoßen.“* Und in einer weiteren Entscheidung zum Verbot von Lotto im Internet sagte das gleiche Gericht: *„Es bestehen erhebliche Bedenken, ob die innerstaatliche Regelung des § 4 Abs. 4 GlüStV mit Art. 49 EG-Vertrag vereinbar ist [...]“*.<sup>1542</sup>

Zum Sportwettenverbot hatte das **VG Stuttgart**, das den EuGH in der Rs. Markus Stoß u. a. (G1/12) mit drei Ersuchen angerufen hat, gesagt, dass es einem privaten Sportwettanbieter nicht zuzumuten sei, angesichts nach wie vor durchgreifender gemeinschaftsrechtlicher Bedenken auch gegen die aktuelle nationale Rechtslage und Verwaltungspraxis vor einer Entscheidung des EuGH die Untersagungsverfügung zu befolgen.<sup>1543</sup>

Auch das **VG Gießen**, das an den EuGH 2007 in der Rs. Markus Stoß u. a. ebenfalls drei Ersuchen gestellt hat, und das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht, das 2008 in der Rs. Carmen Media (G1/13) einige Vorlagefragen einreichte, hegten aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung und Handhabung des Glücksspielmonopols gewisse Zweifel an der Vereinbarkeit der nationalen Beschränkungsmaßnahmen mit dem europäischen Recht.

Erwähnt werden soll auch der Beschluss des **VG Münster**,<sup>1544</sup> in dem es – im Rahmen eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz – auch um eine Hausverlosung<sup>1545</sup> ging. Die damalige An-

<sup>1539</sup> FAZ v. 27.04.2011, S.12, „Strafbare Verlosung.“

<sup>1540</sup> Gschwendtner, Glücksspielstaatsvertrag – Aktuelle Entwicklungen, in: Füchtenschnieder-Petry u. a., (Hrsg.), Pathologisches Glücksspielen, S. 38 ff. (41).

<sup>1541</sup> Ennuschat, Auswirkungen europäischer Rechtsprechung auf das deutsche Glücksspielrecht, in: Becker (Hrsg.), Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung, Schriftenreihe zur Glücksspielforschung Band 3, S. 37 ff.

<sup>1542</sup> Beschl. v. 20.01.2009 – 1 W 6/09 und Urteil v. 29.09.2009 – 1 U 349/09 – zitiert in ZfWG (2009), S. 25 bzw. 346.

<sup>1543</sup> Beschl. v. 16.04.2009 – 4 K 1328/09 – ; ZfWG 2009, 227.

<sup>1544</sup> Beschl. v. 14.06.2010 – 1 L 155/10 – ; ZfWG 2010, 364 ff.

tragstellerin unterhielt unter der Adresse [www.i-n.de](http://www.i-n.de) eine Internetseite, auf der sie gegen Überweisung einer Teilnahmegebühr von 39,99 € ein Wissens-Quiz anbot. Der erste Preis bestand im Gewinn eines Einfamilienhauses. Die Antragsgegnerin war die gemäß § 1 Telemediengesetz – TMZG – (GV. NRW 2007, S. 137) zuständige Aufsichtsbehörde für die Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags (i. F.: RStV). Gemäß § 58 Abs. 4 RStV wird § 8a RStV auf Gewinnspiele in vergleichbaren Telemedien entsprechend angewandt. Nach § 8a Abs. 1 Satz 1 RStV sind Gewinnspiele zulässig, die aber nach § 8a Abs. 1 Satz 5 erster Halbsatz der Beschränkung unterliegen, dass für die Teilnahme nur ein Entgelt bis zu 0,50 € verlangt werden darf. Das Internetangebot wurde von der Antragsgegnerin als ein Telemedium eingestuft. Der im RStV vorausgesetzte Begriff der „Telemedien“ werde im Telemediengesetz (i. F.: TMG) bestimmt, das in § 1 Abs. 1 seinen Anwendungsbereich und eben den Begriff der „Telemedien“ regle, sowie in § 1 Abs. 4 darauf verweise, dass sich die an die Inhalte von Telemedien zu richtenden Anforderungen aus dem Rundfunkstaatsvertrag ergäben.

Nach § 1 Abs. 1 TMG, so das VG Münster weiter, sei das Gesetz anwendbar auf alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes (i. F.: TKG) seien, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsgesetze bestünden,

- auf telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 24 TKG,
- oder auf Rundfunk nach § 2 RStV (Telemedien). (Spiegelstriche durch den Verf.)

Die Antragstellerin biete mit ihrer Homepage jedoch weder einen Telekommunikationsdienst, noch einen telekommunikationsgestützten Dienst an. Dass sie keinen Telekommunikationsdienst, also keinen in der Regel gegen Entgelt erbrachten Dienst erbringe, der ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehe, sei offensichtlich. Das VG Münster hat demzufolge festgehalten, dass die Veranstaltung eines Quizspiels im Internet dann als ein Glücksspiel gegen den Rundfunkstaatsvertrag verstoße, wenn eine Teilnahmegebühr von mehr als 50 Cent gefordert werde.

Mit der bereits erwähnten **Hausverlosung** in Deutschland durch einen in Österreich ansässigen Anbieter, der so ein seiner Ehefrau gehörendes Haus bei Potsdam „veräußern“ wollte, waren die **Verwaltungsgerichte Potsdam, Regensburg und Ansbach** befasst<sup>1546</sup>. Sie hielten die Hausverlosung für verboten, da die Internetadresse (Domain) [www.berlin-hausgewinn.at](http://www.berlin-hausgewinn.at) auch in Brandenburg abrufbar war und somit der Veranstaltungsort in Deutschland lag.

Zum Entgeltbegriff hat das **VG Ansbach** in einem Beschluss<sup>1547</sup> festgehalten, dass das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit von keinem Mindestbetrag abhängig sei, sodass auch Minimalbeträge wie 50 Cent, soweit sie (zumindest teilweise) dem Veranstalter zufließen, als entgeltliche Beträge anzusehen seien. Nur wenn überhaupt kein Entgelt verlangt werde, liege kein Glücksspiel vor. Interessant ist dieser Beschluss zugleich dadurch, dass das VG Ansbach auch **Pokern** als ein Glücksspiel eingestuft hat, da der Gewinn trotz der subjektiven Momente beim Spieler doch überwiegend vom Zufall abhängt. Wörtlich heißt es unter der Ziff. 1. 2:

*„[...] Trotz der Möglichkeiten, den Ausgang des Spiels durch geschicktes Taktieren (,Bluffen’) zu beeinflussen, hängt der Erfolg der Spielteilnahme zunächst davon ab, ob die zufällig erhaltenen Karten geeignet sind, eine gewinnträchtige Pokerhand zu bilden. Nachdem jeder Mitspieler nur die eigenen [...] und] daneben noch die aufgedeckten Ge-*

<sup>1545</sup> Zu Hausverlosungen s. das eben gen. (zweite) BGH-Urteil sowie nachfolgend die Urteile der Verwaltungsgerichte Potsdam, Regensburg und Ansbach.

<sup>1546</sup> VG Potsdam, Beschl. v. 12.01.2011 – VG 6 L 327/10 –; ZfWG 2011, 140 ff.; VG Regensburg, Beschl. v. 06.04.2011 – RO 5 S 11.268, ZfWG 2011, 281 ff. und VG Ansbach, Beschl. v. 26.04.2011 – AN 4 S 10.01972, ZfWG 2011, 287 ff.

<sup>1547</sup> Beschl. v. 15.06.2010 – AN 4 S 10, 00 573 –; ZfWG 5, 2010, S. 369 ff. Zu den 50-Cent-Spielen s. auch o. Teil B sowie Liesching, 50 Cent-Games im Internet und im Rundfunk – Straf- und ordnungswidrige Glücksspiele oder zulässige Mediengewinnspiele?; ZfWG 2009, 320 ff. Liesching beklagt – unter Hinweisen auf zahlreiche deutsche Urteile – die mangelhaften Abgrenzungsversuche zum strafrechtlich relevanten Glücksspiel, wenn 50-Cent-Spiele „summiert“ werden.

*meinschaftskarten kennt, bei denen es sich nur um wenige Karten des insgesamt 52 Karten umfassenden Spiels handelt, sind zuverlässige Vorhersagen über die Qualität der Karten der Mitspieler nur eingeschränkt möglich. [...] Zudem hängt der Erfolg des Bluffs maßgeblich von den Reaktionen der Mitspieler und damit ebenfalls vom Zufall ab [...]. [Die] Zufallselemente überwiegen jedoch, sodass bei einer Gesamtbetrachtung des Spiels auch unter Berücksichtigung der Wissens- und Geschicklichkeits Elemente das Zufallselement jedenfalls überwiegt (vgl. OVG Niedersachsen, Beschluss v. 10.08.2009, Az. 10 B 417/09 m. w. N.; juris).“*

Zum Schutz bedürftiger Spieler vor überhöhten Ausgaben sind zwei Landgerichtsurteile erwähnenswert. Laut einer Pressemitteilung von Lotto Rheinland-Pfalz<sup>1548</sup> hat das **LG Trier** „mit Urteil v. 01.06.2011 gegenüber Lotto Rheinland-Pfalz Vorwürfe eines Klägers zurückgewiesen, das Unternehmen habe überschuldeten Personen bzw. Hartz-IV-Empfängern die Spielteilnahme ermöglicht.“ Das Gericht habe in seiner Urteilsbegründung betont, dass „aus banalen Gesprächsinhalten“ nicht mit ausreichender Verlässlichkeit auf eine Überschuldung geschlossen werden könne. Zur Veranlassung von Spielsperren bedürfe es „gesicherte[r] Informationen zur Wahrung des Persönlichkeitsrechtes der Spielinteressenten.“

Laut einem Pressebericht von NWZ-Online v. 08.06.2011<sup>1549</sup> hat das **LG Oldenburg** an diesem Tag (Az.: 12 O 1033/11) eine einstweilige Verfügung aufrecht erhalten, nach der Toto-Annahmestellen keine hohen Wetteinsätze annehmen dürften, wenn sie vermuteten, dass die Kunden sich den Einsatz nicht leisten könnten. Es habe zwei Zeugen gegeben, die sich in einer Toto-Annahmestelle deutlich als HartzIV-Empfänger zu erkennen gegeben hätten. Trotzdem hätten sie für 50,60 € eine Toto-Wette abschließen können. Dies sei nach Ansicht der Richter zu viel gewesen, da im Hartz IV-Paket lediglich 40 € im Monat für Freizeitangebote vorgesehen seien. Die Mitarbeiter der Annahmestellen müssten im Zweifel den Kunden fragen, ob er sich die Wette leisten könne.

Das **VG Bremen** hat am 23.04.2010 einen Beschluss zum Gewinnsparen erlassen<sup>1550</sup>. Dieses Gericht sagte im Leitsatz: „Durch eine Gewinngutschrift auf dem Sparkonto eines Minderjährigen wird bei diesem kein besonderer Anreiz zur Spielteilnahme geschaffen.“

Erwähnenswert ist auch das Urteil des **OVG Münster** v. 29.09.2011 (4 A 17/08)<sup>1551</sup>, in dem (unter vielfachem Bezug auf mehrere relevante EuGH-Urteile) – längere Ausführungen zum Umfang der Werbung für Glücksspiele gemacht werden. Es wird dort in Rn. 50 gesagt: „[...] eine konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtete Werbung darf nicht zum Wetten auffordern, anreizen oder ermuntern. Die Werbung muss sich auf die Information und Aufklärung über Art und Weise legaler Wettmöglichkeiten beschränken. Dem widersprechen alle Werbemaßnahmen, die von einem noch nicht zum Wetten entschlossenen durchschnittlichen Empfänger der Botschaft als Motivierung zum Wetten zu verstehen ist. [...]“ Weiter heißt es in Rn. 61: „[...] Werbung für das Glücksspiel darf aber nicht die Spiellust fördern, sondern sie lediglich kanalisieren. [...]“ Zu hohen Gewinnversprechen wird in Rn. 62 gesagt: „Systematisch unzulässige Werbung betreiben die Monopolträger vor allem mit den [...] Jackpot-Werbekampagnen [...]. [...] Mit dem [...] Hinweis, ‚Der Lotto-Jackpot wurde bei der letzten Ziehung nicht geknackt. Deshalb heute im Jackpot: [x] Mio. Euro‘ werden [...] jenseits der zulässigen Information besonders hohe Gewinne in Aussicht gestellt, um so noch Unentschlossene zum Mitspielen anzuregen. [...]“

<sup>1548</sup> <http://www.isa-guide.de/print/articles/33112.html>.

<sup>1549</sup> [http://www.nwzonline.de/index\\_regionalausgaben\\_artikel.php?id=](http://www.nwzonline.de/index_regionalausgaben_artikel.php?id=)

<sup>1550</sup> Az: 5V143/10. Der Beschluss ist abgedruckt in der ZfWG 2010, 223.

<sup>1551</sup> Verfügbar unter <http://technolex.de/ovg-münster-rechtswidriges-sportwettenmonopol>.

## TEIL F: EVTL. KÜNFTIGE ENTWICKLUNGEN

Im Hinblick auf künftig mögliche Entwicklungen ist zwischen der deutschen und der europäischen Ebene zu unterscheiden.

### I Die Zukunft des Glücksspielrechts in Deutschland

#### 1 Zum Glücksspielstaatsvertrag

Aufgrund der oben genannten Entscheidungen des VG Wiesbaden und des VGH Hessen<sup>1552</sup> sowie der Vorlage von Entwürfen Bayerns und Hessens<sup>1553</sup> für einen neuen GlüStV ist die Debatte um die Zukunft des Glücksspielrechts in Deutschland neu entbrannt. Es wird damit ein neues Kapitel deutschen Glücksspielrechts aufgeschlagen. Es geht nicht nur um die Anzahl der Konzessionen für Spielwetten, sondern auch um die Rechtsstellung und Aufgaben des Glücksspielkollegiums, das auch Kirchhof für nicht verfassungskonform hält. Bleibt zu hoffen, dass bei der nötigen Neuregelung des GlüStV auch die oben aufgezeigten Erkenntnisse aus der EuGH-Rechtsprechung mit einfließen werden.

#### 2 Zu strafrechtlichen Bestimmungen

Es sollen künftig auch die Manipulation von Glücksspielen und die Bestechung von Sportlern strafbar werden. Ein Gesetz gegen Sportwettbetrug und Spielmanipulation ist in Vorbereitung, durch das die §§ 265c und 265d in das StGB eingefügt werden sollen.

### II Europarechtliche Harmonisierung oder gar Liberalisierung des Glücksspielbereichs?

#### 1 Vorbemerkungen

Ob der Glücksspielbereich künftig einmal europarechtlich geregelt wird, ist – wegen der retardierenden Haltung der Mitgliedstaaten und damit des Rats – mehr als fraglich. Es geht dabei nämlich mehr um politische als um rechtliche Aspekte. Wie bereits mehrfach erwähnt, wird die Kommission im Hinblick auf eine Harmonisierung des (gesamten) Glücksspielbereichs nicht initiativ werden. Sie überlegt sich lediglich eventuelle Regelungen der Online-Dienste, wozu sie das nachfolgend erwähnte Grünbuch vorgelegt hat.<sup>1554</sup>

#### 2 Das Grünbuch der EU-Kommission zu Online-Glücksspielen im Binnenmarkt

##### 2.1 Zu den Fragen an die Mitgliedstaaten und zu deren Antworten

Die auch im EP geführten Diskussionen über Online-Spiele haben am 24.03.2011 zur Vorlage des Grünbuchs über Online-Spiele durch die Kommission geführt, in dem auf 39 Seiten 51 Fragen an Mitgliedsstaaten, Organisationen und interessierte Kreise gerichtet wurden. Das Grünbuch ist damit auch eine Reaktion auf den Schaldemose-Bericht des Europäischen Parlaments,<sup>1555</sup> in dem die Kommission aufgefordert worden war, die „wirtschaftlichen und sozioöko-

<sup>1552</sup> S. dazu o. Teil C., I, 7.

<sup>1553</sup> S. o. Teil C, I, 7, die beiden letzten Absätze.

<sup>1554</sup> Grünbuch, Online-Glücksspiele im Binnenmarkt, {SEK (2011) 321} – KOM (2011) 128 endgültig. Zusammen mit dem Grünbuch wurde ein „Commission Staff Working Paper: Accompanying to the Green paper 'on On-line Gambling in the Internal Market'“, COM(2011) 128, veröffentlicht. Es ist (in englischer Sprache) abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/online\\_gambling/sec2011\\_321\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/sec2011_321_en.pdf).

<sup>1555</sup> Bericht v. 17.02.2009 über die Integrität von Online-Glücksspielen (2008/2215 (INI), PE 414.363 v 02-00, A 6-0064/2009) und Entschließung des Europäischen Parlaments v. 10.03.2009 (mit 34 Ziffern) zu der Integrität von Online-Glücksspielen – 2008/2215 (INI); P6-2009-0097. Für den Binnenmarktausschuss (INCO) war auch im Nov. 2008 vom Europe Economic Cancery House eine 68-seitige – nur englischsprachige – Studie (zu Online-Glücksspielen) erstellt worden. S. Parlamentsdrucksache IP/A/INCO/ST/2008-13; PE 408.575. Am 15.11.2011 hat das Europäische Parlament eine weitere Entschließung (mit 44 Ziffern) zu den Online-Glücksspielen – auch unter Berücksichtigung des Grünbuchs – verabschiedet (A 7-0342/2011).

nomischen Auswirkungen des Angebots grenzüberschreitender Glücksspieldienste gründlich zu untersuchen.“

Anlass für die Kommission zum Tätigwerden ist der im Bereich der Online-Glücksspiele entstandene Graumarkt.<sup>1556</sup> Der Markt für Online-Glücksspiele sei sowieso „das am schnellsten wachsende Segment des gesamten Glücksspielmarkts“.<sup>1557</sup> Es seien signifikante Graumärkte und illegale Online-Märkte entstanden. Von „den 14 828 aktiven Glücksspiel-Sites in Europa [hätten] 85 % keine Zulassung“.<sup>1558</sup>

Dem Grünbuch – in dem auf zahlreiche glücksspielrelevante EuGH-Urteile Bezug genommen wird – liegt folgende Gliederung (mit Seitenangaben) zugrunde:

<i>GRÜNBUCH Online-Glücksspiele im Binnenmarkt</i>	3
<i>1. Die Regulierung von Online-Glücksspielen in der EU: jüngste Entwicklungen und aktuelle Herausforderungen aus der Sicht des Binnenmarkts</i>	6
<i>1.1 Zweck dieser Konsultation</i>	6
<i>1.2 Online- Glücksspiele in der EU: aktuelle Lage</i>	8
<i>2. Schlüsselfragen dieser Konsultation</i>	14
<i>2.1 Definition und Organisation von Online-Glücksspieldiensten Verbundene Dienste, die Anbieter von Online-Glücksspieldiensten erbringen und/oder nutzen</i>	14
<i>2.2 Ziele des Allgemeininteresses</i>	18
<i>2.3 Verbraucherschutz</i>	22
<i>2.4 Öffentliche Ordnung</i>	22
<i>2.5 Finanzierung von gemeinnützigen und im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten sowie von Sportereignissen, die Gegenstand von Online-Wetten sind</i>	28
<i>2.6 Durchsetzung und damit verbundene Fragen</i>	32
	37

Die 51 Fragen an die Mitgliedstaaten reichten von deren Daten, Erfahrungen oder Studien zum Online-Glücksspielmarkt über die nationalen Regelungen bzw. Schwierigkeiten bis zu Zahlungssystemen, zu Praktiken zur Kundenidentifizierung, das Ausmaß problematischen Spielverhaltens, das Bestehen nationaler Regulierungsbehörden und zu Fragen der Geldwäsche.

Die Antworten umfassen insgesamt 4546 Seiten;<sup>1559</sup> sie verteilen sich auf 2733 Seiten, die von der Gruppe „Individuals and Others“, auf 1140 Seiten der Gruppe „Registered Organisations“ und auf 673 Seiten, die von der Gruppe „Public Authorities“ eingereicht worden sind. Die Antworten sind von der Kommission in einem undatierten – und nur auf Englisch abgefassten – 39-seitigen „Summary of Responses, Green Paper on Online Gambling in the Internal Market“ zusammengefasst worden. Zur Auswertung der Antworten hat die Kommission eine Gruppe von Experten eingesetzt, die sich aus „Europabediensteten“ und Vertretern der Mitgliedsstaaten zusammengesetzt hat.

<sup>1556</sup> In Fn. 3 des Grünbuchs werden die Glücksspielmärkte wie folgt definiert: „... ‚Graumarkt‘ Märkte, auf denen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ordnungsgemäß zugelassene Anbieter in einem anderen Mitgliedsstaat Online-Glücksspieldienste anbieten, ohne gemäß den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften eine Erlaubnis dafür erhalten haben. Illegale bzw. schwarze Märkte bezeichnen dagegen Märkte, auf denen Online-Glücksspieldienste von nicht zugelassenen Veranstaltern angeboten werden.“

<sup>1557</sup> Grünbuch, S. 3.

<sup>1558</sup> Auf S. 4 des Grünbuchs wird dazu verwiesen auf: Cyber-criminality in Online Gambling, Weißbuch von CERT-LEXSI, (Laboratoire d’ Expertise en Sécurité Informatique, Juli 2006, [http://www.lexsi.com/telecharge/gambling-cybercrime\\_2006.pdf](http://www.lexsi.com/telecharge/gambling-cybercrime_2006.pdf)).

<sup>1559</sup> Die Antworten, die der Kommission mitzuteilen waren sind nur in Englisch abrufbar unter: [http://circabc.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/online\\_gambling/sec2011\\_321\\_en.pdf](http://circabc.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/online_gambling/sec2011_321_en.pdf)

## 2.2 Weitere Folgerungen

### 2.2.1 Aktivitäten des Europäischen Parlaments

Zum Grünbuch hat auch das Europäische Parlament einen Bericht erstellt – Berichtersteller war der liberale Abgeordnete Creutzmann – und dazu am 15.11.2011 eine Entschließung verabschiedet<sup>1560</sup> und dabei die Kommission zu weiteren Prüfungen aufgefordert. Ebenso tat dies der Wirtschafts- und Sozialausschuss.<sup>1561</sup> In einer weiteren Entschließung v. 10.09.2013<sup>1562</sup> wiederholte das Parlament sein Petitem.

### 2.2.2 Die Empfehlung der Kommission zu Online-Glücksspielen

Normalerweise folgt auf ein Grünbuch, in dem die sachrelevanten Fragen aufgelistet werden, die von den Mitgliedstaaten und den aufgeforderten Kreisen beantwortet werden sollen, ein Weißbuch, in dem bereits konkrete Lösungsvorschläge gemacht werden, die dann – nach weiteren Diskussionen – ggf. zum Entwurf eines legislativen Rechtsaktes führen. Doch soweit wollte die Kommission nicht gehen; sie hatte im Herbst 2012 lediglich eine Rahmen-Mitteilung zu Online-Glücksspielen vorgelegt<sup>1563</sup> (Mitteilung „*Ein umfassender europäischer Rahmen für das Online-Glücksspiel*“ i. V. m. mit dem 104-seitigem, englischsprachigem Dokument „*Commission Staff Working Document – Online Gambling in the Internal Market*“ v. 23.10.2012).<sup>1564</sup>

Im Anschluss an die genannte Mitteilung hat die Kommission sodann die „*Empfehlung der Kommission v. 14. Juli 2014 mit Grundsätzen für den Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspieldienstleistungen und für den Ausschluss Minderjähriger von Online-Glücksspielen (2014/478/EU)*“<sup>1565</sup> vorgelegt (i. F.: Empfehlung zu den Online-Glücksspielen).

### 2.2.3 Zum Inhalt der Empfehlung zu den Online-Glücksspielen

Die 12-seitige Empfehlung beinhaltet 30 Erwägungsgründe und 54 Empfehlungspositionen, davon viele mit mehreren Untergliederungen. In den Erwägungsgründen wiederholt die Kommission u. a. Ziele des öffentlichen Interesses zur Vermeidung problematischen Spielverhaltens und zum Schutz Minderjähriger. Im Erwägungsgrund C vermerkt sie, dass die Einnahmen aus Online-Glücksspieldiensten 2012 unionsweit 10,54 Mrd. € betragen hätten. Im 12. Erwägungsgrund hält sie fest,<sup>1566</sup> dass zwischen 0,1 und 0,8 % der erwachsenen Bevölkerung an einer Glücksspielstörung litten und dass bei weiteren 0,1–2,2 % ein potentiell problematisches Spielverhalten zu beobachten sei.

Die Empfehlung selbst ist inhaltlich in folgende 12 Kapitel gegliedert: I Zweck, II Begriffsbestimmungen, III Informationsanforderungen (4 Positionen mit Untergliederungen), IV Minderjährige (7 Positionen, teilweise mit Untergliederungen), V Spielerregistrierung und -konto (9 Positionen mit Untergliederungen), VI Spieleraktivität und -unterstützung (8 Positionen mit Untergliederungen), VII Zeitsperre und Selbstausschluss (7 Positionen mit Untergliederungen), VIII Kommerzielle Kommunikation (7 Positionen mit Untergliederungen – es geht dabei u. a. um Aussagen über Gewinnchancen und suggerierende Aussagen), IX Sponsoring, X Aufklärung und

<sup>1560</sup> Entschließung v. 15.11.2011: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0492&language=DE&ring=A7-2011-0342>,  
Abstimmung: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=PV&reference=20111115&secondRef=ITEM-007-16&language=DE&ring=A7-2011-0342>,  
Aussprache: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20111114&secondRef=ITEM-020&language=DE&ring=A7-2011-0342>;  
Bericht: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0342&language=DE>.

<sup>1561</sup> 2012/2322 (INI).

<sup>1562</sup> P 7\_TA (2013) 0348.

<sup>1563</sup> KOM (2012) 596 final.

<sup>1564</sup> SWD (2012) 345 final.

<sup>1565</sup> ABl. v. 19.07.2014 L 214, 38.

<sup>1566</sup> Unter Verweis auf das Forschungsprojekt ALICE RAP (s. auch Fn. 1493) (Glücksspiel: 2 Seiten einer Medaille – Freizeitangebot und Problem für die öffentliche Gesundheit).

Sensibilisierung sowie XI um die Aufsicht, also um die Benennung der zuständigen Regulierungsbehörden. In Kapitel XII – unter der Überschrift Berichterstattung – werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, der Kommission bis zum 19.01.2016 alle Maßnahmen mitzuteilen, die auf der Grundlage dieser Empfehlung ergriffen worden sind. Bis zum 19.07.2016 sollen auch verlässliche Jahresdaten über angewandte Schutzmaßnahmen (Spielerkarten, Selbstausschlüsse, Beschwerden usw.) übermittelt werden. Die Kommission will sodann bis zum 19.01.2017 die Umsetzung der Empfehlung bewerten.

#### 2.2.4 Reaktionen auf die Empfehlung – die Rs. Belgien vs. Kommission (T-721/14)

Belgien hat gegen diese Empfehlung beim EuG am 13.10.2014 eine Nichtigkeitsklage eingelegt.<sup>1567</sup> In dieser Nichtigkeitsklage ging es darum, ob die Empfehlung v. 14.07.2014<sup>1568</sup> ein – wie von Belgien behauptet –, verbindliche Rechtswirkungen erzeugender Rechtsakt, oder – wie von der EU-Kommission gesehen – eine nur unverbindliche Empfehlung i. S. v. Art. 288 Abs. 4 AEUV sei. Belgien behauptete, die Empfehlung sei in Wirklichkeit ein versteckter und unzulässiger Harmonisierungsakt.

Von der Problematik einer anfechtbaren Handlung her gesehen, hätte die Rs. auch schon oben unter den in Teil E, I der Gruppe 6 besprochenen Rechtsfragen erörtert werden können. Doch wegen des Zusammenhangs mit dem Grünbuch soll auf den Fall erst an der jetzt gewählten Stelle eingegangen werden.

Die Kommission hat am 19.12.2014 zusätzlich eine gesonderte Einrede der Unzulässigkeit erhoben. In Art. 114 § 1 VerfO des EuG heißt es dazu: „*Will eine Partei vorab eine Entscheidung des Gerichts über die Unzulässigkeit [...] herbeiführen, so hat sie dies mit besonderem Schriftsatz zu beantragen [...].*“

#### 2.2.5 Anträge der Parteien und Klagegründe

Belgien hatte beantragt,

- *„die Klage für zulässig zu erklären, hilfsweise, die Entscheidung über die Einrede der Unzulässigkeit dem Endurteil vorzubehalten [...], äußerst hilfsweise, erst nach Anhörung der Parteien und der Streithelferinnen über die Zulässigkeit zu entscheiden;*
- *der Klage stattzugeben und die streitige Empfehlung für nichtig zu erklären;*
- *[...].*“

Die Kommission hatte beantragt, die Klage für unzulässig zu erklären.

Belgien machte fünf Klagegründe geltend, u. a. einen Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 EUV, weil die wesentliche Rechtsgrundlage zum Erlass der angefochtenen Maßnahme nicht genannt worden sei und weil die Verträge die Kommission nicht ermächtigten, im Glücksspielbereich einen Rechtsakt mit harmonisierender Wirkung zu erlassen.

Ferner wurde ein Verstoß gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gerügt, weil sich die Kommission über die Schlussfolgerungen des Rates v. 10.12.2010 zum „Rahmen für Glücksspiele und Wetten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“ (Dokument 16884/10) hinweggesetzt habe. Mit einem weiteren Klagegrund wurde ein Verstoß gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 AEUV im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten gerügt. Zudem sei die angefochtene Maßnahme in Wirklichkeit eine verdeckte Richtlinie.

#### 2.2.6 Beschluss des EuG und Begründung

Das EuG hat die Klage am 27.10.2015 durch einen 17-seitigen Beschluss als unzulässig abgewiesen. Es hielt sich *„aufgrund der Aktenlage für hinreichend unterrichtet“* und beschloss *„ohne*

<sup>1567</sup> Rs. T-721/14 – Belgien/Kommission, ECLI:EU:T:2015:829.

<sup>1568</sup> 2014/478/EU – ABl. L 214/38 v. 19.07.2014.

*Fortsetzung des Verfahrens zu entscheiden*“.<sup>1569</sup> Entscheidend für die Klassifizierung der Empfehlung sei, ob sie inhaltlich verbindliche Rechtswirkungen erzeuge oder nicht.<sup>1570</sup> Von besonderer Bedeutung dabei sei nicht allein der Wortlaut, sondern die Substanz, der Sinn, die Absicht und das Ziel der relevanten Bestimmung. Zwar sei die Empfehlung im Europäischen Amtsblatt der Serie L, also Legislation, veröffentlicht. Es gehe inhaltlich aber vor allem um die Information der Spieler.<sup>1571</sup> Die Empfehlungen seien auch im Konditionell und nicht im Imperativ formuliert worden. Im deutschen sei der Ausdruck „den Mitgliedstaaten wird empfohlen ...“ und im italienischen „gli stati membri sono incoraggiati ...“ gebraucht worden.<sup>1572</sup> In jedem Fall sei bei national voneinander abweichenden Formulierungen vom Zusammenhang und den Zweck der Regelung auszugehen.<sup>1573</sup> Auch aus der Position 2 der Empfehlung sei deren Unverbindlichkeit abzuleiten, weil in ihr gesagt werde, dass die Empfehlung das Recht der Mitgliedstaaten auf Regulierung von Glücksspieldienstleistungen unberührt lasse.<sup>1574</sup> Dass keine (harmonisierende) Regelung der Glücksspiele gewollt werde, ergebe sich auch aus der Mitteilung v. 23.10.2012, in der gesagt werde, dass es „insgesamt ... derzeit nicht angemessen [erscheint], ... Rechtsvorschriften [der Union im Sektor der Online-Glücksspiele] vorzuschlagen“.<sup>1575</sup>

Zwar würden in den Positionen 51–53 die Mitgliedstaaten zu gewissen Maßnahmen „aufgefordert“, es gehe dabei aber nur um die Benennung von Regulierungsbehörden und um Mitteilungen über getroffene Maßnahmen.<sup>1576</sup> Die Kommissionempfehlung sei daher insgesamt keine „versteckte Richtlinie“,<sup>1577</sup> sodass kein anfechtbarer Rechtsakt vorliege, gegen den geklagt werden könne.<sup>1578</sup>

### 2.2.7 Bewertung und Weiterungen

Das EuG hat die an es gestellten Fragen inhaltlich nicht beantwortet, sondern entsprechend Art. 130 Abs. 1 der neuen VerfO des EuG<sup>1579</sup> nur – und damit den Fall abschließend – über die Zulässigkeit entschieden und diese verneint. Es wäre natürlich interessant gewesen, was es zum Klagegrund gesagt hätte, dass die Union nicht ermächtigt sei, im Glücksspielbereich einen Rechtsakt mit harmonisierender Wirkung zu erlassen. Zu diesem Aspekt seien nunmehr einige Ausführungen gemacht. Gegen den Beschluss des EuG ist von Belgien am 11.01.2016 ein Rechtsmittel (Az. C-16/16) eingelegt worden, das noch anhängig ist (Stand 01.06.2016).

## 3 Allgemeine Überlegungen zu einer europarechtlichen Harmonisierung

Im Hinblick auf eine eventuelle europarechtliche Harmonisierung der Glücksspiele stellt sich vorab die Rechtsfrage, ob die Europäische Union überhaupt eine Kompetenz zur europaeinheitlichen, sekundärrechtlichen Regelung des Glücksspielbereichs hätte. Dabei geht es natürlich zuerst darum, ob Glücksspiele in den Anwendungsbereich der Unionsverträge fallen, und inwieweit gegebenenfalls die primärrechtlichen Ermächtigungsnormen für eine Liberalisierung gelten.

Es ist sicher nicht einfach, den Glücksspielbereich zu harmonisieren oder gar zu liberalisieren. Es ist generell schon schwierig, 27 verschiedene Rechtsordnungen angleichen zu wollen. Dazu kommen fallrelevant noch die Besonderheiten des Glücksspielsektors hinzu, die je nach Mitgliedstaat ebenfalls verschieden sein können und die jede Harmonisierung erschweren.

<sup>1569</sup> Beschluss, Rn. 13.

<sup>1570</sup> Beschluss, Rnn. 15–18 mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen.

<sup>1571</sup> Beschluss, Rn. 19.

<sup>1572</sup> Beschluss, Rnn. 22–26.

<sup>1573</sup> Beschluss, Rn. 28 mit Verweis auf das Urteil v. 26.04.2012, BR und TV2 Danmark, C-510/10 ECLI:EU:C:2012: 244 Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung.

<sup>1574</sup> Beschluss, Rn. 31.

<sup>1575</sup> Beschluss, Rn. 36.

<sup>1576</sup> Beschluss, Rnn. 60, 65 ff.

<sup>1577</sup> Beschluss, Rnn. 73 ff.

<sup>1578</sup> Beschluss, Rn. 86 mit Rechtsprechungshinweisen.

<sup>1579</sup> Gem. Art. 114 § 4 VerfO EuG entscheidet das Gericht (gesondert) über den Einreideantrag oder behält die Entscheidung dem Endurteil vor.

Natürlich gibt es gegen Glücksspiele auch moralische Bedenken. Schon im Urteil in der Rs. Schindler (G1/1) nahm der EuGH in Rn. 32 darauf zwar Bezug, fügte aber wohlweislich an:

*„[...] Lotterien mögen für sittlich zumindest fragwürdig gehalten werden, doch ist es nicht Sache des Gerichtshofes, die Beurteilung, die der Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten vorgenommen hat, in denen diese Tätigkeit rechtmäßig ausgeübt wird, durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen [...].“*

Dennoch ist nicht zu übersehen, dass es gegen Glücksspiele auch moralische Einwände gibt, die – wenn sie auch immer schwächer werden – gegen eine Harmonisierung sprechen oder eine solche zumindest erschweren könnten.

Nunmehr ist zu prüfen, ob eine Harmonisierung aus (europa-)rechtlichen Gründen überhaupt möglich wäre. Dies ist eine Frage der Regelungskompetenz.

## **4 Zur Kompetenz für eine europarechtliche Harmonisierung des Glücksspielbereichs**

### **4.1 Die Ermächtigungsgrundlage**

Diesen Teil einleitend, sei Folgendes wiederholt: Da der Europäischen Union mangels eigener Staatlichkeit noch die sog. Kompetenz-Kompetenz zum eigenständigen, autonomen Erlass europäischer Rechtsakte fehlt, bedarf es zu ihrem legislatorischen Handeln einer konkreten Einzelermächtigung durch die Mitgliedstaaten, die nach wie vor die Herren der Verträge sind. Zur Einzelermächtigung heißt es in den ersten beiden Absätzen von Art. 5 EUV:

- „(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.*
- (2) Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. [...]“*

Obwohl, wie eingangs erwähnt, für die Glücksspiele alle 4 Grundfreiheiten des EG-Binnenmarktes in Betracht kommen können, sei die Frage einer Harmonisierungskompetenz schwerpunktmäßig anhand der Dienstleistungsfreiheit geprüft.

Vorab sei nochmals auf Art. 56 Abs. 1 AEUV (vormals Art. 49 Abs. 1 EG) verwiesen. Zwar ist bereits in dem dort genannten Beschränkungsverbot eine gewisse Liberalisierungstendenz zu erkennen, die aber nicht einer Absicht zur Liberalisierung gleichkommt. Dies ergibt sich zudem aus Art. 59 Abs. 1 AEUV (Ex-Art. 52 Abs. 1 EG), der ja sonst überflüssig wäre. Es heißt dort:

*„Das Europäische Parlament und der Rat erlassen [...] Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung.“*

Doch ist in dieser Bestimmung des Art. 59 Abs. 1 AEUV die Ermächtigungsnorm für eine Liberalisierung der Dienstleistungen zu sehen. Im vollen Wortlaut lautet dieser Artikelabsatz:

- „(1) Das Europäische Parlament und der Rat<sup>1580</sup> erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren<sup>1581</sup> und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses<sup>1582</sup> Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung.“<sup>1583</sup>*

<sup>1580</sup> Der vor dem Lissabon-Vertrag geltende relevante Art. 52 Abs. 1 EG lautete: „Der Rat erlässt mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Europäischen Parlaments Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung.“ Vor Lissabon wurde das Europäische Parlament insoweit also nur angehört und konnte noch nicht mitentscheiden.

<sup>1581</sup> Zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, das für das Europäische Parlament eine dem Ministerrat gleichberechtigte Mitentscheidung vorsieht, s. Art. 289 ff. AEUV.

<sup>1582</sup> Zum Wirtschafts- und Sozialausschuss s. Art. 300 ff. AEUV.

<sup>1583</sup> Eine vergleichbare Ermächtigungsbestimmung ist in Art. 50 AEUV – vormals Art. 44 EG – zur Niederlassungsfreiheit enthalten. Dieser Artikel lautet in seinem ersten Absatz wie folgt: „Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß

Gemäß Art. 59 Abs. 1 AEUV sind aber nur Richtlinien möglich und keine (vollbindenden) Verordnungen.<sup>1584</sup> Damit wäre – positiv gesehen – für die Mitgliedstaaten ein gewisser ausschöpfbarer Freiraum gewährleistet, durch den bestimmten Unterschieden Rechnung getragen werden könnte. Art. 59 AEUV beinhaltet jedoch „nur“ eine Ermächtigungsnorm. Eine Pflicht zum Erlass bestimmter Richtlinien besteht also nicht. Trotz der insofern etwas unbestimmten Formulierung: „*Das Europäische Parlament und der Rat erlassen [...]*“ enthält der fragliche Artikel nur eine Kann-Bestimmung und keine Muss-Bestimmung.<sup>1585</sup> Eine Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV wäre bei einem Nichttätigwerden dieser Organe daher nicht möglich.

Ist nun aber in Art. 59 Abs. 2 AEUV eine Kompetenz-Limitierung zu sehen? Der Absatz lautet:

*„(2) Bei den in Absatz 1 genannten Richtlinien sind im Allgemeinen mit Vorrang diejenigen Dienstleistungen zu berücksichtigen, welche die Produktionskosten unmittelbar beeinflussen oder deren Liberalisierung zur Förderung des Warenverkehrs beiträgt.“<sup>1586</sup>*

Aus dieser Formulierung schließen einige, dass Glücksspiele gemäß dieser Bestimmung überhaupt nicht liberalisiert werden könnten, da eine Liberalisierung insoweit keine Produktionskosten senke und den Warenverkehr nicht fördere. M. E. kann aus dieser „Vorrangsregelung“ jedoch nicht geschlossen werden, dass anders geartete Dienstleistungen als die in Abs. 2 genannten gar nicht harmonisiert werden können oder sollen. Die genannte Bestimmung spricht ja nur von einer vorrangigen Berücksichtigung.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass es für die Europäische Union zur Harmonisierung oder gar Liberalisierung der Glücksspiele, die ja Dienstleistungen sind, in der Ermächtigungsnorm des Art. 56 Abs. 1 AEUV sehr wohl eine Kompetenzregelung gibt.

Für GA Bot dienten die Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit (zunächst) allerdings nur zur „Umrahmung“ der mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnisse, wie er in den Nrn. 244–249 in seinen dortigen Schlussanträgen zur Rs. Liga Portuguesa (G1/8) schrieb. Allerdings hat GA Bot insoweit in Nr. 18 der Rs. Dickinger und Ömer (G1/16) eine „Kehrtwendung“ vorgenommen, als er dort festgehalten hat, dass Glücksspiele (doch) eine wirtschaftliche Tätigkeit seien.

Strittig war dies noch im Fall Schindler. Die Frage, ob Lotterien vom EG-Vertrag überhaupt umfasst sind, spielte damals eine Rolle, zumal einige Prozessbeteiligte daran Zweifel äußerten. Der für den damaligen Fall zuständige GA Gulmann führte dazu in den oben in der Rs. Schindler zitierten Nrn. 18 ff. seiner Schlussanträge, auf die verwiesen wird, aus, es werde zwar vorgebracht, der [EG-]Vertrag sei nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung der in Art. 2 des Vertrags festgelegten Ziele anwendbar, und die Tätigkeiten im Lotteriewesen würden keine solche wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen. Diese Auffassung war jedoch [nach Ansicht von GA Gulmann] nicht haltbar. Glücksspiele hätten zwar gesellschaftlich eine Sonderstellung gegenüber den meisten normalen wirtschaftlichen Tätigkeiten, doch handle es sich nicht um Umstände, die die Anwendung des Vertrags als solchen oder seiner Vorschriften über Dienstleistungen grundsätzlich ausschließen.

In seinem Urteil in der Rs. Schindler (G1/1) erwähnte auch der Gerichtshof diese Problematik, allerdings nur im Rahmen der Zitierung<sup>1587</sup> des Vortrags der am Verfahren beteiligten Mitglied-

---

*dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für eine bestimmte Tätigkeit.“*

<sup>1584</sup> Gemäß Art. 288 Teilabsätze 2 u. 3 AEUV (vorm. Art. 249 Teilabsätze 2 u. 3 EG) ist eine Richtlinie „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, [nur] hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“, um dieses Ziel erreichen. Demgegenüber hat eine Verordnung „allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.“

<sup>1585</sup> Anders z. B. Art. 6 Abs. 2 EUV, in dem es heißt: „Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei [...]“. In dieser Vorschrift wird eine (politisch gewollte) Beitrittspflicht gesehen.

<sup>1586</sup> Der früher geltende Art. 52 Abs. 2 EG lautete genauso.

<sup>1587</sup> Urteil Schindler (G1/1), a. a. O., Rnn. 16 ff.

staaten. So trage „eine [...] Gruppe von Regierungen [...] vor, dass Lotterieveranstaltungen nicht zum ‚Wirtschaftsleben‘ im Sinne des EWG-Vertrags gehörten. [...]. Den Lotterien liege kein wirtschaftliches Leistungsverhältnis zu Grunde, da sie auf dem Zufall beruhten. Schließlich seien Lotterien Erholung oder Spiel und keine wirtschaftliche Tätigkeit.“ Im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung folgte der EuGH dieser Argumentation jedoch nicht, sondern betrachtete [...] Lotterien als Teil des Wirtschaftslebens, indem er auf den wirtschaftlichen Charakter (und auf eine Leistung gegen Entgelt) abstellte.

Einige Mitgliedstaaten waren nun der Meinung, aus der Nennung der für eine Dienstleistung in Frage kommenden Tätigkeiten in Art. 50 EG (inzwischen Art. 57 AEUV) könne geschlossen werden, dass nur privatrechtliche Tätigkeiten als Dienstleistungen angesehen werden könnten. Da der Glücksspielbereich jedoch verwaltungsrechtlich geregelt sei, könne auf die Dienstleistungsfreiheit des Binnenmarktes nicht zurückgegriffen werden. Auch dieser Argumentation folgte der EuGH nicht. Der EuGH stuft also die Glücksspiele i. d. R. als Dienstleistungen ein, für die demzufolge das Vertragskapitel über die Dienstleistungen gilt. Wenn dieses Kapitel also gilt, muss es auch in seiner Gänze gelten, also inklusive der Ermächtigungsnorm des Art. 59 Abs. 1 AEUV, denn weder gibt es eine Bestimmung des Unionsvertrages, die festlegt, dass bestimmte Vertragsartikel insoweit nicht gelten sollen, noch wird irgendwo festgelegt, die Dienstleistungsregelungen dienen für gewisse Dienstleistungen nur zur Umrahmung der mitgliedstaatlichen Befugnisse. Allerdings könnte der gegebenen Harmonisierungs-Zuständigkeit der EU die Pflicht zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips entgegenstehen.

#### 4.2 Zum Subsidiaritätsprinzip

Zum Subsidiaritätsprinzip heißt es im neuen Art. 5 EUV:

„(1) und (2) [...]“

- (3) *Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll<sup>1588</sup> vorgesehenen Verfahren.*
- (4) *Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus. Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll der Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an.“*

Es ist nun weniger eine Rechtsfrage als eine tatsächensmäßige (bzw. sogar eine politische) Auffassungssache, ob und inwieweit die Ziele einer in Betracht gezogenen Maßnahme auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf der Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Wenn man bedenkt, dass zu diesen beiden in Abs. 3 genannten unbestimmten Rechtsbegriffen noch das in Abs. 4 erwähnte – ebenso unbestimmte – Verhältnismäßigkeitsprinzip hinzukommt, wonach die Maßnahmen „nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß“ hinausgehen dürfen, ist der Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet. Der EuGH wird im Hinblick auf die auf ihn i. Z. m. dem Subsidiaritätsprinzip zukommenden Verfahren nicht zu beneiden sein.

<sup>1588</sup> Bei dem in den Abs. 3 und 4 genannten Protokoll handelt es sich um das dem Lissabon-Vertrag beigefügte Protokoll Nr. 2 mit neun Artikeln, in denen u. a. die Unterrichtung und Mitwirkungsmöglichkeit der nationalen Parlamente sowie deren Klagerechte und die entsprechenden Fristen geregelt sind.

Für eine europäische Regelung spricht zudem eindeutig die Tatsache, dass jetzt schon viele Spieler auf Spiele in anderen Mitgliedstaaten „ausweichen.“ Auch wenn dies oftmals als illegal angesehen wird, heißt das aber noch lange nicht, dass auch die „ausländischen“ Spiele illegal sind. Wegen der negativen Auswirkungen der nationalen Regelungen auf die Unionsebene wäre es also sicher besser, den Glücksspielsektor europarechtlich zu harmonisieren.

### 4.3 Die Pflicht zur Achtung der nationalen Identität

Auch die Pflicht zur Achtung der nationalen Identität könnte einer europa-einheitlichen Regelung der Glücksspiele entgegenstehen. Gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV achtet die Union unter anderen Punkten die *„jeweilige nationale Identität [ihrer Mitgliedstaaten], die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“* Während in dieser Formulierung eine gewisse Definition der nationalen Identität erkennbar ist, hieß es vor Lissabon in Art. 6 Abs. 3 EU lediglich: *„Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“* Wegen der damals fehlenden Kriterien zur Begriffsbestimmung der nationalen Identität wurde in der Literatur geäußert, hierunter könnten *„Wesen und Selbstverständnis des einzelnen Staates verstanden werden. Sie können politischer, wirtschaftlicher, rechtlicher oder kultureller Natur sein.“*<sup>1589</sup>

Auch Geiger sagt,<sup>1590</sup> mit der nationalen Identität sei das Selbstverständnis eines Staates gemeint, wie es sich aus seiner politischen, sozialen und kulturellen Besonderheit entwickelt habe. Geiger verweist zugleich auf die Präambel des EUV, in der im Abs. 6 von der Achtung der Geschichte, der Kultur und der Traditionen gesprochen werde. Aus alledem könne geschlossen werden, dass die nationale Identität nicht aus „Einzelaspekten“ abgeleitet werden könne, sondern dass sie sich aus grundsätzlichen Gesichtspunkten ergebe.

Hilfreich für die Bestimmung des Begriffs der nationalen Identität kann auch das EuGH-Urteil Ilonka-Sayn-Wittgenstein<sup>1591</sup> sein. Eine österreichische Staatsbürgerin, die in Deutschland lebt, wo sie als Immobilienmaklerin vor allem für Schlösser und Gutshäuser tätig ist, wurde 1991 von dem deutschen Staatsbürger Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein adoptiert, was von einem deutschen Gericht bestätigt wurde, das zugleich bestätigte, dass die Adoptierte berechtigt sei, den Namen ihres Adoptivvaters zu führen. Die österreichischen Behörden trugen diesen Nachnamen (zunächst) ebenfalls in das österreichische Geburtenbuch ein. Nachdem der österreichische Verfassungsgerichtshof 2003 in einer vergleichbaren Sache anders entschieden hatte, wurde 2007, also 15 Jahre nachdem Frau Sayn-Wittgenstein den Fürstentitel geführt hatte, von der Stadt Wien der Namenseintrag berichtigend nur noch mit „Sayn-Wittgenstein“ in das Geburtenbuch eingetragen, wogegen die Adoptierte Beschwerde einlegte.<sup>1592</sup> Neben anderen Punkten berief sie sich hauptsächlich auf den freien Reiseverkehr eines Unionsbürgers gemäß Art. 21 AEUV, da ihr auch beruflich Nachteile entstehen könnten, wenn sie – je nach Land – unter verschiedenen Namen reisen und tätig werden müsse. In diesem Zusammenhang hat Österreich geltend gemacht, dass die Bestimmungen des relevanten Adelsaufhebungsgesetzes *„der Wahrung der verfassungsrechtlichen Identität der Republik Österreich dienen.“* Das Gesetz *„stelle eine fundamentale Entscheidung zugunsten einer formellen Gleichbehandlung aller Staatsbürger vor dem Gesetz dar“.*<sup>1593</sup> Der Gerichtshof folgte dieser Aussage und hielt dazu fest:<sup>1594</sup> *„Ferner ist darauf hin-*

<sup>1589</sup> So Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Kommentar (2006) nach dem Vertrag von Lissabon, Anmerkung 8 zu Art. 6 EU. In der dortigen Anmerkung 6 heißt es zudem, die Aufnahme dieser Bestimmung durch den Maastrichter Vertrag *„entsprach der in vielen Mitgliedstaaten verbreiteten Sorge vorzunehmender ‚Entstaatlichung‘ zugunsten der europäischen Integration, vor einer schleichenden Aushöhlung des Nationalstaates ‚zugunsten von Brüssel‘ ...“*

<sup>1590</sup> Geiger in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV AEUV, Vertrag über die Europ. Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europ. Union, Kommentar, Anm. 3 zu Art. 4 EUV.

<sup>1591</sup> Urteil v. 22.12.2010 in der Rs. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, (Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien).

<sup>1592</sup> Urteil Sayn-Wittgenstein, a. a. O., Rn. 19 ff.

<sup>1593</sup> Urteil Sayn-Wittgenstein, a. a. O., Rn. 74.

<sup>1594</sup> Urteil Sayn-Wittgenstein, a. a. O., Rn. 92.

*zuweisen, dass die Union nach Art. 4 Abs. 2 EUV die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet, zu der auch die republikanische Staatsform gehört.“*

Auch aus diesem Judikat ergibt sich, dass für die nationale Identität nur solche Aspekte in Frage kommen können, die für den Staat von identitätsstiftender Bedeutung sind. Wenn man aus Art. 2 Abs. 4 AEUV überhaupt eine tragfähige Verpflichtung zum Handeln der Union – oder konkreter: zum Nichthandeln dürfen – ableiten will, so gehören die rechtlichen Regelungen der Glücksspiele durch die Mitgliedstaaten sicher nicht zur nationalen Identität dieser Staaten.

Da also weder das Subsidiaritätsprinzip, noch die Pflicht zur Wahrung der nationalen Identität einer europarechtlichen Harmonisierung entgegenstünden, wäre von daher gesehen eine Regelung auf europäischer Ebene möglich, wenn sie denn politisch gewollt würde. Sie wäre auch nötig, wobei ihre Ausgestaltung im Detail zunächst sekundär erscheint. Sie wäre nötig, weil nur so die Ziele erfolgreich verfolgt werden könnten, die mit den Beschränkungsmaßnahmen erreicht werden sollen. Weder die Ablehnung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, noch das Internetverbot vermögen dies nämlich zu erreichen. Der Schwarzmarkt, oder besser gesagt der Graumarkt – der vielfach stillschweigend, wenn auch nicht gerade toleriert, so doch eher gar nicht zur Kenntnis genommen wird – spricht Bände.

Natürlich bedürfte eine europäische Harmonisierung gleichzeitig einer ausgewogenen Regelung der Besteuerung der Glücksspiele.

#### **4.4 Die nötige Steueranpassung**

Die bisherigen EuGH-Urteile zur Besteuerung i. Z. m. Glücksspielen befassten sich überwiegend mit Auslegungsfragen zur Sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie bzw. zu der ihr nachfolgenden RL 2006/112, da es fallbezogen noch keine anderen europäischen Rechtsakte zur Besteuerung der Glücksspiele gibt. Die Urteile zeigen, dass der Gerichtshof bei der Bestimmung des Steuerpflichtigen, des Ortes der steuerbaren Dienstleistung oder bei der Bemessung der Besteuerungsgrundlage pragmatisch vorgeht, um zu erreichen, dass eine erbrachte Leistung überhaupt besteuert wird, soweit keine Ausnahmeregelung einschlägig ist, oder dass die Leistung nicht doppelt besteuert wird. Diesen Urteilen kann daher gefolgt werden; Anlass zur Kritik gibt es insofern nicht.

Nicht befasst hat sich der EuGH dagegen mit den Steuersätzen, da diese sowieso national zu bestimmen sind. Auch zur Besteuerung der Glücksspiele durch andere Steuern als der Mehrwertsteuer bzw. durch andere Abgaben hat er sich nicht geäußert. Zu letzterem Aspekt ist anzumerken, dass es insoweit erhebliche Unterschiede gibt. Am niedrigsten – mit weniger als 5 % – werden Glücksspiele in Malta und Gibraltar besteuert, weshalb international operierende Glücksspielanbieter ihren Sitz gerne dort wählen. In Deutschland beträgt die Lotteriesteuer gem. dem RennwLottG 16 2/3 % der gewetteten Beträge (bei Wetten) bzw. bei Lotterien 20 % des Nennwerts der Lose (abzüglich der Steuer, was dann der Höhe der Wettbesteuerung entspricht).<sup>1595</sup>

Die verschiedenen Steuerhöhen sind auch ein weiterer Grund dafür, dass viele den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Glücksspielbereich ablehnen. Für eine evtl. mögliche europäische Harmonisierung der Glücksspiele ist die aus einer verschiedenen hohen Besteuerung folgende Verzerrung aber zu berücksichtigen. Sonst wäre – bei der Erlaubnis, Angebote ausländischer Anbieter generell annehmen zu können – zu befürchten, dass die Wohnstaaten der Spielenden, erhebliche finanzielle Verluste erleiden würden. Eine Lösung könnte darin bestehen, dass bei der Inanspruchnahme ausländischer Angebote Besteuerungsort der Sitz- bzw. Wohnstaat des Spielenden würde.

<sup>1595</sup> S. dazu o. Teil C, I, 2.3 und 2.6.

Dies schlägt letztlich auch Kirchhof vor, allerdings (nur) bezüglich der illegalen Angebote und primär im Hinblick auf eine deutsche Regelung. Er fasst seine Überlegungen in einem 66-seitigen Gutachten<sup>1596</sup> wie folgt zusammen:

*„Im Gesamtergebnis empfiehlt es sich, die Steuerpflicht des § 17 RennwLottG für im Inland veranstaltete Glücksspiele auch auf die ausländischen illegalen Anbieter anzuwenden. Die gegenwärtige Belastung ausschließlich der Anbieter mit Sitz im Inland ist gleichheitswidrig. § 17 RennwLottG erlaubt eine verfassungskonforme Auslegung, die alle Anbieter gleich belastet. Auch der Vollzug dieser Steuerpflicht ist unter den Bedingungen des modernen Internet[s] möglich. Sollte gegenwärtig Verfahrensrecht und Verfahrenspraxis diesen Vollzug nicht erlauben, [und] damit bei fast 80 Prozent der Sportwettanbieter die Steuer nicht vollzogen werden, bestünde ein strukturelles Defizit, das die materielle Steuerpflicht verfassungswidrig, [und] damit nichtig macht. Die Lotteriesteuer dürfte bis zu einer gesetzlichen Neuregelung auch gegenüber den Veranstaltern mit Sitz im Inland nicht angewandt werden.“*

Eine europarechtliche Harmonisierung der Besteuerung von Glücksspielen kommt für Kirchhof nicht in Betracht, weil der Glücksspielmarkt von der Aufgabe der Gefahrenabwehr und Suchtprävention geprägt sei, er durch ein Staatsmonopol und Erlaubnisvorbehalte bestimmt werde, weshalb und wozu die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV insoweit eingeschränkt werden dürfe. Die Harmonisierung gelte einem freiheitlichen, nicht einem ordnungsrechtlich gebundenen Markt.<sup>1597</sup> Eine Harmonisierung ist für Kirchhof nur insoweit vertretbar, als die Lotteriesteuer vorher in die Umsatzsteuer integriert wäre.

Weiter schreibt Kirchhof, dass Gewinne aus dem Glücksspiel bei dem Glücksspielteilnehmer der Einkommensteuer unterworfen werden könnten. Die Steuer müsste dann aber zumindest alle Spielteilnehmer mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland gleichermaßen belasten. Eine Kompensation von materiellen Ungleichheiten oder Erhebungsdefiziten bei indirekten Steuern durch die direkte Besteuerung des Einkommens scheiterte an der Verschiedenheit von Bemessungsgrundlage und Schuldner. Eine Zweckabgabe (Konzessionsabgabe) stoße auf grundsätzliche rechtsstaatliche Bedenken und erreiche im Übrigen die ausländischen illegalen Anbieter nicht, weil sie in Deutschland nicht zugelassen wurden. Eine Zulassungsfiktion allein für Zwecke der Besteuerung scheitere an dem Verbot, Illegalität zu einem alleinigen Belastungsgrund für Steuern zu machen.

Kirchhof sieht also auch für eine steuerliche Anpassung erhebliche Schwierigkeiten. Um denen zu begegnen, sollte man besser gleich „einen großen Wurf“ anstreben. M. E. wäre es dabei reizvoll, sich zu überlegen, ob man die Steuern auf Glücksspiele nicht generell der EU zukommen lassen sollte, womit alle mitgliedstaatlichen Ungleichgewichte insoweit bedeutungslos würden. Wenn man bedenkt, dass in Deutschland vom Staat an Steuern und Abgaben auf Glücksspiele jährlich etwa 4,5 Mrd. € eingenommen werden und in Italien rund 7 Mrd., dann dürfte eine Hochrechnung aus allen EU-Mitgliedstaaten einen Betrag ergeben, der zumindest einem Großteil des EU-Haushalts – der für das Jahr 2011 126,5 Mrd. € betrug – entsprechen würde, und der insoweit die nationalen Beiträge zum EU-Haushalt fast vollständig ersetzen könnte.<sup>1598</sup> Eine europarechtliche Harmonisierung der Glücksspiele und eine gleichzeitige Überführung der (öffentlichen) Einnahmen aus ihnen in den Haushalt der EU könnte auf einen Schlag viele Probleme und Ungereimtheiten lösen.

<sup>1596</sup> Paul Kirchhof, (nicht veröffentlichtes) Rechtsgutachten zur Frage einer gleichheitsgerechten Besteuerung von Glücksspielen, erstattet im Auftrag der Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Hessen, Heidelberg, November 2009.

<sup>1597</sup> Dies mag bislang in der Praxis zutreffen. Natürlich müssten bei einer Harmonisierung gerade auch die ordnungsrechtlichen Bestimmungen harmonisiert werden.

<sup>1598</sup> Der EU-Haushalt setzt sich aus den Zöllen und Agrarabschöpfungen (rund 13 %), dem Anteil an der nationalen Mehrwertsteuer (etwa 14 %), den mitgliedstaatlichen Zahlungen entsprechend dem nationalen Bruttonationalprodukt (etwa 72 %) und sonstigen Eigenmitteln – wie etwa Strafzahlungen bzw. Sanktionen – (rund 2 %) zusammen. Der Haushalt der EU beträgt im Jahr 2012 rund 129,1 Mrd. €.

Im Grunde hält auch der EU-Ministerrat eine Harmonisierung der Besteuerung der Glücksspiele für erwägenswert. Dazu sei die oben in Teil C, VI am Schluss zit. Ziff. 30 des Sachstandsberichts wiederholt, in der es heißt:

*„Fragen der Besteuerung könnten ebenfalls zu gegebener Zeit in den entsprechenden Gremien im Sachbereich des ECOFIN-Rates erörtert werden. Es handelt sich dabei um eine wichtige Dimension der Glücksspielpolitik, die in Anbetracht der Entwicklung der Online-Spiele besondere Fragen aufwirft. Der Vorsitz ist der Auffassung, dass diese Gremien insbesondere die Frage des Besteuerungsortes mit dem Ziel prüfen könnten, einer Doppelbesteuerung entgegen zu wirken, und zwar evtl. indem die Besteuerung der Spieltransaktionen am Ort der Spielteilnahme erfolgt.“*

Leider hat sich aber insoweit in dieser Frage noch „nichts weiter getan.“

### III Abschließende Schlussbemerkungen

Zunächst sei nochmals wiederholt, dass der EuGH festhält, dass die Regelung der Glücksspiele Sache der Mitgliedstaaten ist, wobei sie allerdings die Grundsätze des europäischen Rechts beachten müssen. Das bedeutet, dass sie die Glücksspiele gänzlich verbieten oder auch völlig liberalisieren oder Zwischenlösungen wählen können. Der Gerichtshof bestätigt in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit einer Monopollösung bzw. die Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten. Er lässt dabei auch die Vergabe von Konzessionen an private Anbieter offen. Es ist also nicht so, dass sich der EuGH (bevorzugt) für Monopollösungen ausspricht, wie vielfach behauptet wird. Diese unrichtige Annahme rührt wohl daher, dass in vielen Vorabentscheidungsersuchen eben (nur) nach der Vereinbarkeit von Monopolen mit dem Europarecht gefragt worden war, die der EuGH allerdings lediglich dann bejahte, wenn die mit der Beschränkungsmaßnahme verfolgten Ziele und Rechtfertigungsgründe kohärent und systematisch verfolgt werden. Monopollösungen sind also nur eine Variante unter verschiedenen Regelungsmöglichkeiten.

Die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Bekämpfung der Spielsucht und der Begleitkriminalität akzeptiert der EuGH, sofern sie erforderlich und verhältnismäßig sind. Zu Letzterem hätte der EuGH deutlicher werden können. In der Praxis geht es ja weniger um diese Rechtsfragen als darum, ob nicht auch private seriöse Anbieter Glücksspiele betreiben dürfen. Obwohl dies eine primär nationale Frage ist, hätte sich der Gerichtshof dazu doch etwas präziser äußern sollen.

Ferner hält der EuGH fest, dass das Veranstellen (oder Vermitteln) von Glücksspielen – als eine wirtschaftliche Tätigkeit – i. d. R. als die Erbringung einer Dienstleistung anzusehen ist. Auch die Teilnahme an einem Glücksspiel ist die Ausübung einer Dienstleistungsfreiheit. Demzufolge finden die Bestimmungen der Art. 56 ff. AEUV voll Anwendung und dienen nicht nur der Umrahmung einer mitgliedstaatlichen Kompetenz.

Folglich muss auch Art. 59 Abs. 1 AEUV gelten, der eine Ermächtigungsnorm zum Erlass von „Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung“ beinhaltet. Von daher gäbe es eine Rechtsgrundlage zur europäischen Harmonisierung des Glücksspielbereichs, die leider noch aussteht. Was bislang fehlt, ist nur der politische Wille der Mitgliedstaaten bzw. des Rates, da aus rechtlicher Sicht keine Bedenken gegen eine Harmonisierung bestünden.

Auch von der Sache her wäre eine europarechtliche Harmonisierung aus zwei Gründen sinnvoll. Zum einen aufgrund der Zunahme grenzüberschreitender Glücksspieltätigkeiten und zum anderen aufgrund des erheblichen Marktumfangs der Glücksspiele. Durch das Internet und durch die Zunahme der Online-Dienste wird es zu vielen grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Glücksspielbereich kommen. Dabei ist auf Dauer nicht hinnehmbar, dass diese Aktivitäten, die sich ja oftmals auf in anderen Mitgliedstaaten legal tätige Anbieter beziehen, als illegal eingestuft werden, und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung vom Gerichtshof fallbezogen für nicht anwendbar erklärt wird. Auch die Beschränkung der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit der

Spieler ist aus den gleichen Gründen zu beanstanden, als ja meistens Dienste von im Ausland legal tätigen und dort ausreichend kontrollierten Anbietern in Anspruch genommen würden. Natürlich würde die Akzeptanz des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung im gegenwärtigen Zeitpunkt noch zu großen Verzerrungen führen. Diese könnten jedoch durch harmonisierende Regelungen ausgeschlossen werden, die sich allerdings nicht nur auf die Regelungen der Online-Dienste beschränken sollten.

Auch die Größe des Glücksspielmarktes spricht für eine Harmonisierung. Es geht nicht an, den 29-größten Markt unter den 50 aufgelisteten Märkten insoweit zu negieren. Wenn man sich angeblich einer moralischen Bewertung der Glücksspiele enthalten will, und auch wenn man im Hinblick auf die Glücksspiele von einem Sondermarkt spricht, bedeutet dies nicht, dass dieser große Markt nicht doch einheitlicher geregelt werden sollte, gerade auch um die für die Spieler eher schädlichen Unterschiede auszuschließen oder zumindest zu minimieren.

Es zeigt sich, dass immer mehr Mitgliedstaaten eine Liberalisierung zumindest der Sportwetten beschließen. Dies ist sicher zu begrüßen, auch wenn es im Hinblick auf die Ausgestaltung (z. B. die Anzahl der zu vergebenden Konzessionen) noch große Unterschiede gibt. Schwerer nachvollziehbar ist die mitunter gewollte Beibehaltung einer Monopolregelung für Lotterien. Da diese bekanntermaßen relativ wenig suchtfördernd und auch kaum mit einer bedenklichen Begleitkriminalität verbunden sind, erscheint eine Monopolregelung für diese Glücksspielart nicht erforderlich zu sein. Die bessere Kontrollmöglichkeit eines Monopols und effizientere Kontrollen durch ein Monopol reichen m. E. für eine Rechtfertigung allein nicht aus. Auch seriöse private Anbieter können entsprechend kontrolliert werden und beobachten sich wahrscheinlich sogar gegenseitig genauer. Dass seriöse private Anbieter Gewinne erzielen wollen, ist nicht verwerflich. Gegebenenfalls wäre eine Limitierung der Gewinne anzustreben. Es sei darauf hingewiesen, dass auch öffentliche oder „karitative“ Anbieter an Einnahmen interessiert sind (s. die Rs. Zeturf, G1/14). Im Zuge einer Harmonisierung sollte all dies berücksichtigt werden.

Natürlich darf eine Harmonisierung nicht zu einer völligen, unregelmäßigen Freigabe der Glücksspiele führen. Präzise restriktive Kriterien zur Ausübung der Glücksspieltätigkeiten und strenge Kontrollmöglichkeiten – gerade auch bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten – wären deshalb vorzusehen. Um eine kohärente und systematische Politik auf diesem Gebiet zu erreichen, wären in eine Harmonisierung auch entsprechende Maßnahmen für die Automatenspiele einzubeziehen.

Da eine Harmonisierung ohne eine Angleichung der steuerlichen Regelungen bzw. der Abgaben nur ein „Bruchstück“ wäre, bedürfte es insoweit ebenfalls einer einheitlichen Regelung. Zwar wäre mit der Festlegung des Ortes des Spielenden als Besteuerungsort – wie vom Ministerrat im Sachstandsbericht auch angedeutet – schon viel gewonnen. Noch besser wäre es jedoch, für die Glücksspiele eine „europäische Steuer“ vorzusehen, die in den EU-Haushalt fließen würde und insoweit die „Beitragszahlungen“ der Mitgliedstaaten verringern könnte.

(Für eine weitgehende europarechtliche steuerliche Regelung müssten vorher natürlich ggf. durch die Mitgliedstaaten die nötigen Kompetenzvoraussetzungen geschaffen werden.)

Eine europarechtliche Harmonisierung der Glücksspiele und die Einführung einer europäischen Steuer auf Glücksspiele wären also nur von Vorteil, da sie die bislang bestehenden Verzerrungen und Ungleichheiten in diesem Bereich beheben würden. Doch so wie man die (zögernden) Mitgliedstaaten und den („bremsenden“) Ministerrat kennt, wird es zu einem solch „großen Wurf“ wohl nicht kommen. Es wäre reizvoll, eine Wette darauf abzuschließen, dass der Rat nicht aktiv werden wird.