

Quo vadis Luxemburg? Die europäische Rechtsprechung zum Glücksspielrecht*

Quo vadis Luxembourg? European case-law in the area of gambling

Eva Lein



Published online: 16 August 2007
© ERA 2007

Zusammenfassung Der Europäische Gerichtshof beschäftigte sich bereits in einer Vielzahl von Fällen mit der Vereinbarkeit von nationalem Glücksspielrecht mit dem Gemeinschaftsrecht. Es wurde erwartet, dass die aktuelle *Placanica*-Entscheidung und zwei darauf folgende Urteile des EFTA-Gerichtshofes zur norwegischen Rechtsetzung einen neuen Meilenstein setzen würden. Haben diese Entscheidungen jedoch tatsächlich einen der strittigsten Punkte des Primärrechts der Gemeinschaft revolutioniert, vorherige Urteile weiterentwickelt oder lediglich den bisher eingeschlagenen Weg bestätigt? Welche Konsequenzen können sich möglicherweise aus diesen Urteilen ergeben? Der vorliegende Artikel versucht, die vom EuGH aufgestellten Kriterien bezüglich Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit der nationalen Beschränkungen im Bereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu analysieren. Vor rechtswissenschaftlichem Hintergrund werden die Defizite erläutert und die Schwierigkeiten, mit welchen die nationalen Institutionen bei der Anwendung und Interpretation dieser Prinzipien zu kämpfen haben. Bis zur *Placanica*-Entscheidung herrschte wenig Klarheit. Der den Mitgliedstaaten durch den EuGH ehemals gewährte große Spielraum und die späteren Versuche, diesen wieder zu begrenzen, führten nicht zu einer klaren Bestimmbarkeit von gemeinschaftsrechtskompatiblen Beschränkungen. Speziell die Argumentation des EFTA-Gerichtshofes kann nun als ein präziser Indikator für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auf nationaler Ebene herangezogen werden. Ein kurzer Vergleich mit EuGH Rechtsprechung in anderen

Eva Lein, Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (ISDC)
Dorigny, 1015 Lausanne, Schweiz
e-mail: eva.lein@isdc-dfjp.unil.ch

* Der Artikel basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin im Rahmen der ERA Tagung „Die Zukunft des Glücksspiels im Binnenmarkt – Das Ende der staatlichen Monopole?“ am 9. Februar 2007 in Trier gehalten hat. Die Ausführungen geben die persönliche Meinung der Verfasserin wieder.

sensiblen Bereichen und mögliche Lösungswege über das Primärrecht vervollständigen die Analyse.

Abstract The ECJ has frequently been called upon to assess compatibility of national gambling legislation with EC law. The most recent *Placanica* decision, followed by two judgments of the EFTA Court concerning the Norwegian legislation, was expected to fix a new milestone. Did these rulings revolutionise one of the most controversially discussed matters in the context of EC and EEA primary law, develop certain aspects of the former judgments or rather confirm the course pursued? What can their possible impact be? This paper seeks to analyse the criteria which the ECJ has established as to the justifiability and proportionality of national restrictions upon the fundamental freedoms of services and establishment. It explains the jurisprudential background in order to set forth its shortcomings and *lacunae* and to demonstrate the difficulties faced by national authorities in interpreting and applying the principles developed by the jurisprudence in a convincing way. Until the *Placanica* decision, little clarity was achieved. The wide scope for manoeuvre formerly accorded by the ECJ to Member States and its later attempts at delimitation were not sufficiently precise to lead to a clear identification of restrictions of primary law which are EC law compatible. As regards the findings and the role of the recent judgments and their usefulness in shaping a way forward, the argumentation of the EFTA-Court is considered to be a more precise indicator of the proportionality test on the national level, than is the *Placanica* case. A short comparison with the ECJ's jurisprudence in other sensitive areas and possible advances beyond primary law complete the analysis.

Schlüsselwörter Glücksspielrecht · Grundfreiheiten · Kohärenz und Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen · EuGH und EFTA-Gerichtshof

Keywords Gambling Law · Fundamental freedoms · consistency and necessity of national restrictions · ECJ and EFTA-Court

1. Einleitung

Glücksspiele gibt es seit Jahrtausenden. Archäologen datierten ausgegrabene Würfel auf das Jahr 1573 v. Chr., und der römische Ausspruch *alea iacta est* findet seinen Ursprung in der Spielleidenschaft der griechisch-römischen Antike.¹ Seit jeher ist das Glücksspiel ein Spagat zwischen *Rausch und Regel*.² Es war eine beliebte Beschäftigung des *uomo universale* der Neuzeit³ und als *Hazardspiel* eine noble

¹ Plutarch, *Pompeius* 60, *Caesar* 31. *Ineichen* [5]; vgl. zum historischen Kontext des Glücksspiels Métraux [6], S. 22ff.

² So der Titel einer Ausstellung: *Spielen. Zwischen Rausch und Regel*, 22.1.–31.10.2005, Katalog der Stiftung Deutsches Hygiene-Museum, Dresden 2005.

³ Cardano G., *Liber de Ludo Aleae*, 1564. Dante Alighieri, *La Divina Commedia*, Teil II, Purgatorio, canto VI, “*Quanto si parte il gioco della zara, colui che perde si riman dolente, repetendo le volte, e tristo impara; con l'altro se ne va tutta la gente; qual va dinanzi, e qual di dietro il prende, e qual dallato li si reca a mente*”.

Vergnügung des Adels, zugleich aber Quelle moralischer und ordnungspolitischer Bedenken gegen die Gefahren der Verarmung der Unterschicht und seit jeher von finanziellem Nutzen für den *Souverain* – durch Steuern und durch Abgaben der Spielbetreiber.⁴

Heute sind Glücksspiele durch den erleichterten Zugang via Internet ein boomender globaler Markt, für Spieler ein begehrter Zeitvertreib mit Suchtpotential, für Verbraucherschützer eine Herausforderung, für Anbieter eine Goldgrube, für Gerichte eine Dauerbeschäftigung und im Binnenmarkt vor allem eines: sie sind Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EG⁵ und damit grundsätzlich an den Grundfreiheiten des EG-Vertrags zu messen, wenn ein Gemeinschaftsbezug vorliegt.

2. Gambling und Grundfreiheitenkontrolle – ein Glücksspiel?

Grundfreiheiten als Marktfreiheiten sind von jedem nationalen Rechtsanwender zu beachten, haben unmittelbar subjektiv-rechtliche Wirkung und etablieren ein strenges Schutzsystem für marktrelevante grenzüberschreitende Betätigungen. Sie sind die zentrale Säule des Binnenmarktes,⁶ der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist.⁷ Relevante Grundfreiheiten bei grenzüberschreitender Tätigkeit im entgeltlichen Dienstleistungsgewerbe sind insbesondere die Dienst- bzw. die Niederlassungsfreiheit der Artt. 43 und 49 EG, je nach Grad der Etablierung, der Dauer und dem Schwerpunkt der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat.

Das Prinzip sollte bekannt sein: Beide Grundfreiheiten verbieten über den Grundsatz der Inländergleichbehandlung Diskriminierungen⁸ und darüber hinaus jegliche Beschränkung des freien Zugangs zum Markt eines anderen EU-Staates und der dortigen Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, mithin jeden Eingriff, der die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit in irgendeiner Form behindert oder verunmöglicht oder den Zugang zu inländischen Leistungen erleichtert⁹ oder hierzu geeignet ist,¹⁰ so typischerweise Monopolstrukturen, zahlenmäßig eingeschränkte Zulassung von Anbietern, Lizenzpflichten. Die gleichen Grundsätze gelten nach den Artt. 31 und 36

⁴ Vgl. hierzu *Zollinger* [10].

⁵ Vgl. die Argumentation des EuGH in Rs. C-275/92, 24. 3. 1994, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rn. 25 und EuGH, Rs. C-124/97, 21. 9. 1999, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, Rn. 20 ff.; EuGH, Rs. C-67/98, 21. 10. 1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rn. 19 und EuGH, Rs. C-6/01, 11. 9. 2003, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621, Rn. 52 ff. und zum Begriff der Dienstleistung allgemein auch EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, 31. 1. 1984, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377, Rn. 16, und Rs. C-294/97, 26. 10. 1999, *Eurowings Luftverkehr*, Slg. 1999, I-7447, Rn. 33, 34 sowie in der Rs. C-384/93, 10. 5. 1995, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rn. 22.

⁶ Art. 14 Abs. 2 EG.

⁷ Art. 3 Abs. 1 lit c, 14 Abs. 2 EG; vgl. zur Auslegung des Art. 3 EG auch EuGH, Rs. C-6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company*, Slg. 1973, 215, 244.

⁸ Vgl. auch Art. 43 Abs. 2 und Art. 50 Abs. 2 EG.

⁹ Im Bereich der Niederlassungsfreiheit jedenfalls hinsichtlich des Marktzugangs EuGH, Rs. C-107/83, *Klopp*, Slg. 1984, 2971 ff.; EuGH, Rs. C-255/97, *Pfeiffer/Löwa*, Slg. 1999, I-2835; siehe zu Art. 49 EuGH, Rs. C-33/74, *van Binsbergen*, Slg. 1974, 1299 ff. EuGH, Rs. C-76/90, *Säger/Dennemeyer*, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12.

¹⁰ So EuGH, Rs. C-55/94, 30. 11. 1995, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

des EWR-Abkommens,¹¹ die inhaltsgleiche Parallelvorschriften enthalten, über den EU-Raum hinaus auch im Verhältnis zu Norwegen, Island und Liechtenstein.¹²

Derartige Beschränkungen trifft man jedoch im Glücksspielsektor regelmäßig an: staatliche Monopole, einen *numerus clausus* der Anbieter, repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt, Genehmigungserfordernisse, polizeiliche Bewilligungen, *de facto*-Ausschlüsse ausländischer Glücksspielanbieter.¹³ Wie können sich diese Beschränkungen im Binnenmarkt trotz des Gewichtes der Grundfreiheiten halten?

Die Grundfreiheiten werden trotz ihrer Bedeutung für den Binnenmarkt nicht schrankenlos gewährt. Ausnahmen von den Artt. 43 und 49 EG sind möglich, allerdings bedarf es für die Annahme einer solchen Ausnahme besonderer Umstände und eines entsprechenden Begründungsaufwands.¹⁴ Neben ausdrücklichen primärrechtlichen Bereichsausnahmen¹⁵ können die im EG-Vertrag ausdrücklich erwähnten Rechtfertigungsgründe der Artt. 55 i. V. m. 46 Abs. 1 EG (öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit) und darüber hinaus weitere *zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls*¹⁶, wie zum Beispiel Verbraucherschutz, Gründe der Sozialordnung, etc. Ausnahmen zu den in Artt. 43 und 49 EG gewährten Freiheiten rechtfertigen. Die-

¹¹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1 vom 3. 1. 1994, S. 3–36. *Artikel 31 (1)* Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt die freie Niederlassung von Staatsangehörigen eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten keinen Beschränkungen. Das gilt gleichermaßen für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates, die im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten ansässig sind. – Vorbehaltlich des Kapitels 4 umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 34 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen. – *Artikel 36 (1)* Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt der freie Dienstleistungsverkehr im Gebiet der Vertragsparteien für Angehörige der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten, die in einem anderen EG-Mitgliedstaat beziehungsweise einem anderen EFTA-Staat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, keinen Beschränkungen. [...] – *Artikel 37* Dienstleistungen im Sinne dieses Abkommens sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit unterliegen. – Als Dienstleistungen gelten insbesondere: – (a) gewerbliche Tätigkeiten, (b) kaufmännische Tätigkeiten, (c) handwerkliche Tätigkeiten, (d) freiberufliche Tätigkeiten. – Unbeschadet des Kapitels 2 kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

¹² Über die Auslegung des EWR Abkommens im Verhältnis zu Norwegen, Island und Liechtenstein entscheidet der EFTA-Gerichtshof, der wie der EuGH Binnenmarktrecht auslegt.

¹³ Die Ausgestaltung der restriktiven nationalen Glücksspielangebote variiert je nach Mitgliedstaat und Glücksspielsektor. Teils unterliegen verschiedene Sektoren unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen und in der Konsequenz auch anderen Anforderungen an eine „legale“ Aktivität, vgl. hierzu etwa in Deutschland die Bundeskompetenz im Glücksspielautomaten- und Rennwettenbereich (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG i. V. m. §§ 33 c ff. GewO und i. V. m. dem Rennwett- und Lotteriegesetz vom 8. 4. 1922, zuletzt geändert am 14. 8. 2002 (BGBl. I 3412)). Vgl. hierzu auch BVerwG, 1 C – 13.93, 4. 10. 1994, NVwZ 1995, 481.

¹⁴ Dieser Aspekt scheint häufig in den Hintergrund zu treten, vgl. nachfolgend unter 1.1.3; dies ist insbesondere vom EFTA-Gerichtshof sehr deutlich gemacht worden: „[...] *the burden of proof is on the State responsible for the restriction*“, EFTA-Gerichtshof, *EFTA Surveillance Authority v. The Kingdom of Norway* (zitiert als: *Gaming Machines*), Rn. 31 und *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 42 (noch nicht in der amtlichen Slg. abgedruckt, jedoch unter <http://www.eftacourt.lu> abrufbar), hierzu unter 1.2.1 und 1.2.2.

¹⁵ So Art. 45 EG i. V. m. Art. 55 EG.

¹⁶ So vom EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkannt; siehe zu diesem Begriff zuerst EuGH, Rs. C-120/81, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, 662 und Rs. 274/87, *Kommission/Deutschland (Fleischzeugnisse)*, Slg. 1989, 229, 252.

nen grundfreiheitenbeschränkende nationale Maßnahmen einem sie rechtfertigenden Ziel, unterliegen sie jedoch einer weiteren Kontrolle: sie müssen zur Erreichung ihres Zieles geeignet sein und dürfen nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen. Stehen mehrere geeignete Mittel zur Verfügung, ist das am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen.¹⁷

Wiederum verwundert der obige Befund: Sind Staatsmonopole oder strenge Zulassungsbeschränkungen von Anbietern, die ausländische Anbieter im Glücksspielsektor von nationalen Märkten verbannen, tatsächlich gerechtfertigt und zur Erreichung der sie rechtfertigenden Ziele nachweislich erforderlich?

2.1 Der EuGH und das Glücksspiel – Prinzipien der Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit nationalen Glücksspielrechts

Die Auslegung des Primärrechts, die im Rahmen des Art. 234 EG zur Klärung der EG-Rechtskonformität nationalen Glücksspielrechts beitragen soll, beschäftigt den EuGH seit weit mehr als einem Jahrzehnt. Die Materie ist also keineswegs neu, hat jedoch durch die wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielsektors und die Möglichkeiten des Internets zunehmend an Brisanz gewonnen. Dabei war es keineswegs von vornherein klar, welche Aktivitäten unter den Begriff des Glücksspiels fallen, letztlich aber jedes Spiel gegen Entgelt, das die Chance auf einen Geldgewinn eröffnet.¹⁸ Von der Sekundärrechtssetzung wurde das Glücksspielrecht bislang stets ausgenommen,¹⁹ zuletzt von der Dienstleistungsrichtlinie.²⁰ Der Grundfreiheitenkontrolle kam daher stets ein besonderes Gewicht zu. Da die Rechtfertigung nationaler grundfreiheitenbeschränkender Maßnahmen über die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf einer Abwägungsentscheidung beruht, die auf interner Ebene zu Problemen im Umgang mit EG-rechtlichen Vorgaben führte, wurde der EuGH mehrfach um Präzisierung des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens ersucht, in welchen sich diese Abwägung einzuordnen hat. Bislang hat seine Judikatur hinsichtlich der Prinzipien, die bei Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeitsprüfung nationaler Maßnahmen zu beachten sind,

¹⁷ Vgl. z.B. EuGH, verb. Rs. 110/78, 111/78, *Van Wesemael*, Slg. 1979, 35 und EuGH, Rs. C-279/80, *Webb*, Slg. 1981, 3305.

¹⁸ Indirekt EuGH, Rs. C-275/92, 24.3.1994, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rn. 27; Rs. C-124/97, 21.9.1999, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, Rn. 17; Rs. C-67/98, 21.10.1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rn. 18, 19; vgl. zur Abgrenzung EuGH, Rs. C-368/95, 26.6.1997, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689. Zur Definition des Glücksspiels auf mitgliedstaatlicher Ebene z.B. in Deutschland: § 284 StGB stellt eine Tätigkeit unter Strafe, für die er keine Legaldefinition gibt; vgl. zur Definition jedoch BGH, 5 StR 579/57, 4.2.1958, BGHSt 11, 209 und BGH 4 StR 148/86, 29.9.1986, BGHSt 34, 171. Zu den Divergenzen der Auslegung des Begriffs im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren auch BGH, 6.2.1972, BGHZ 60, 392. Nur das Länderglücksspielrecht enthält in § 3 Abs. 1 Satz 1 LottStV eine einheitliche Legaldefinition des Glücksspiels (Staatsvertrag zum Lotteriewesen, 18.12.2003, 13.4.2004). Sportwetten gelten mittlerweile einheitlich als Glücksspiel, vgl. nur VGH Baden-Württemberg, 12.1.2005, 6 S 1288/04, GewArch 2005, 113. Vgl. rechtsvergleichend zu Definitionen des Glücksspiels auch Tschechien: Gesetz Nr. 202/1990 über Lotterien und ähnliche Spiele; Belgien: Art. 3 der *Loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs* (M.B., 30.12.1999).

¹⁹ Vgl. nur Art. 1 Abs. 5 lit. d dritter Spiegelstrich und Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2000/31/EG, wonach diese keine Anwendung auf Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz wie Glücksspiele einschließlich Lotterien und Wetten findet. Auch Sekundärrecht im Bereich der Telekommunikationsmärkte bezieht das Glücksspielrecht nicht ausdrücklich mit ein.

²⁰ Vgl. nach langen Diskussionen die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EG L 376 vom 27.12.2006, S. 36–68.

nur teilweise Klarheit geschaffen und daher auf nationaler Ebene nicht ausreichend zur Lösung der umstrittenen Materie beitragen können. Die Darstellung soll sich im Folgenden auf die Vorgaben des EuGH zur Rechtfertigung und insbesondere zur Verhältnismäßigkeitskontrolle nationaler Maßnahmen beschränken, die Probleme ihrer Übertragung auf die nationale Ebene aufzeigen und die neuen Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung beleuchten.²¹

2.1.1 Spielraum und Schranken

Im Fall *Schindler*²² hatte der EuGH zunächst die Beschränkung der grenzüberschreitenden Bewerbung und Organisation von Lotterien mittels eines nationalen *Totalverbotes* des Vereinigten Königreiches gemeinschaftsrechtlich zu beurteilen. Nach Bejahung des Dienstleistungscharakters von Lottereausspielungen, die sich als Austausch einer Leistung gegen Entgelt im Sinne der Artt. 49, 50 EG präsentieren, erkannte der EuGH auch *Totalbeschränkungen* der Dienstleistungsfreiheit durch nationale Glücksspielverbote als gerechtfertigte Beschränkung an, wenn diese aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, darunter insbesondere die Verhinderung persönlicher Bereicherung, die Suchtprävention und die Bekämpfung von Betrugsgefahren gerechtfertigt sind;²³ auch die Finanzierung von im Gemeinwohl liegenden Tätigkeiten sei hierbei zwar nicht ohne Bedeutung, wengleich auch kein alleiniger Rechtfertigungsgrund.²⁴ Weiter wurde ein entscheidender Aspekt klargestellt: Es bestehe ein Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich des „ob“ und des „wie“ von Glücksspielveranstaltungen.²⁵ Es stehe ihnen frei, diese völlig zu verbieten oder zu beschränken und die Absicht, die eigenen Staatsangehörigen stärker schützen zu wollen als die Nachbarstaaten, verstoße als solche nicht gegen EG-Recht.²⁶

Diese Rechtsprechung wurde im Folgenden auch für andere Glücksspiele bestätigt, zunächst im Bereich des Automatenglückspiels in der Rechtssache *Läärä*.²⁷ Hier ging es um die EG-rechtliche Überprüfung des finnischen Automatenglücksspielmonopols an Art. 49 EG. Im Rahmen des im Fall *Schindler* klargestellten Ermessenspielraums der Mitgliedstaaten könnten nach Ansicht des EuGH neben Totalverboten auch Beschränkungen oder Kontrollen im Glücksspielsektor vorgesehen werden, wie etwa *Exklusivrechte* eines öffentlichen Anbieters. Abweichungen in den nationalen Schutzsystemen bedingen allein noch keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit.²⁸ Die begrenzte Zulassung eines einzelnen Anbieters stehe den vom nationalen Gesetzge-

²¹ EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, 6. 3. 2007, *Placanica u. a.* (noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, das Urteil ist unter <http://www.curia.europa.eu> einsehbar); EFTA-Gerichtshof, *EFTA Surveillance Authority v. The Kingdom of Norway* (zitiert als: *Gaming Machines*), sowie *Ladbrokes Ltd.* (die Urteile sind unter <http://www.eftacourt.lu> abrufbar). Die Darstellung umfasst daher nur die wesentlichen Fakten und Begründungen. Zu den Einzelheiten des Sachverhalts, der Vorlagefragen, des Tenors und der Urteilsbegründung wird jeweils auf den Volltext des Urteils verwiesen.

²² EuGH, Rs. C-275/92, 24. 3. 1994, *Schindler*, Slg. 1994, I- 1039.

²³ EuGH, Rs. C-275/92, 24. 3. 1994, *Schindler*, Slg. 1994, I- 1039, Rn. 57, 58, 60.

²⁴ EuGH, Rs. C-275/92, 24. 3. 1994, *Schindler*, Slg. 1994, I- 1039, Rn. 60.

²⁵ EuGH, Rs. C-275/92, 24. 3. 1994, *Schindler*, Slg. 1994, I- 1039, Rn. 61.

²⁶ EuGH, Rs. C-275/92, 24. 3. 1994, *Schindler*, Slg. 1994, I- 1039, Rn. 61.

²⁷ EuGH, Rs. C-124/97, 21. 9. 1999, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067.

²⁸ EuGH, Rs. C-124/97, 21. 9. 1999, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, Rn. 36.

ber vorgebrachten Schutzziele nicht *per se* im Wege, denn eine begrenzte Erlaubnis könne diesen Zielen ebenfalls dienen und lenke zudem den Spieltrieb in geordnete Bahnen.²⁹ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle stellte der EuGH zudem klar, dass die alleinige Zulassung einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung eine „deutlich wirksamere Maßnahme“ zur Beschränkung der Gewinne aus Glücksspielaktivitäten, zur Betrugsbekämpfung und zur Verwendung der Gewinne zu gemeinnützigen Zwecken sei.³⁰

Diese Rechtsprechung wurde auch in der Rechtssache *Anomar*³¹ fortgeführt. Die fraglichen portugiesischen Rechtsvorschriften teilten das Glücksspiel in Kategorien ein und machten dessen Gestattung je nach Kategorie von bestimmten rechtlichen und logistischen Voraussetzungen abhängig, wie etwa Ausschreibungsverfahren und verwaltungsrechtlichen *Konzessionsverträgen*. Weiter wurde das Glücksspiel auf bestimmte Spielzonen und dort insbesondere auf Casinosäle beschränkt.³² Diesen Einschränkungen unterlag auch das Geldautomatenglücksspiel.³³

Im Fall *Anomar* wurde eine Rechtfertigung der nationalen Vorschriften auf Erwägungen der Sozialpolitik und des Verbraucherschutzes gestützt.³⁴ Der Einschätzungs- und Prognosevorrang der nationalen Legislativeorgane wurde bestätigt: Die interne Schutzniveaubestimmung obliege allein dem nationalen Gesetzgeber.³⁵ Auch sei „die Wahl der Bedingungen für die Organisation und die Kontrolle der Tätigkeiten der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücksspielen, wie z. B. der 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“, die hierüber im Rahmen ihres Ermessens zu entscheiden haben.³⁶

Diese Urteile bestätigen insoweit eines: Das Glücksspiel ist weitgehend Sache der Mitgliedstaaten, und dessen Bekämpfung ist durch die Grundfreiheiten einschränkende Maßnahmen verschiedener Intensität, sei es durch Totalverbote, Monopole oder Lizenzpflichten möglich, solange von staatlicher Seite Rechtfertigungsgründe angeführt werden, die diese Maßnahmen tragen und die nationalen Regelungen verhältnismäßig sind. Als Rechtfertigungsgründe im Glücksspielbereich wurden folgende Ziele anerkannt, die auch in den jüngeren Urteilen wiederkehren: Gründe der öffentlichen Ordnung:³⁷ Betrugs- und Verbrechensbekämpfung,³⁸ Individualschutz und sozialpolitische Gründe: so etwa Verhindern des Ausnutzens der Spielleidenschaft zur

²⁹ EuGH, Rs. C-124/97, 21. 9. 1999, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, Rn. 37.

³⁰ EuGH, Rs. C-124/97, 21. 9. 1999, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, Rn. 41.

³¹ EuGH, Rs. C-6/01, 11. 9. 2003, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621.

³² So die Art. 9 und 10 des Decreto-Lei Nr. 422/89.

³³ EuGH, Rs. C-6/01, 11. 9. 2003, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621.

³⁴ EuGH, Rs. C-6/01, 11. 9. 2003, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621, Rn. 73.

³⁵ EuGH, Rs. C-6/01, 11. 9. 2003, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621, Rn. 80, 81.

³⁶ EuGH, Rs. C-6/01, 11. 9. 2003, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621, Rn. 88.

³⁷ In EuGH, Rs. C-36/02, 14. 10. 2004, *Omega/Laserdome*, Slg. 2004, I-9609 wurde der Begriff der öffentlichen Ordnung als Rechtfertigungsgrund konkretisiert: als Ausnahme von der Dienstleistungsfreiheit sei er zwar eng zu verstehen und setze eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre (siehe auch EuGH, Rs. C-54/99, 14. 3. 2000, *Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335). Es bestehe jedoch ein eingeschränkter Beurteilungsspielraum im Rahmen der konkreten Umstände, die die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, da diese von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein können.

³⁸ EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Rn. 60; EuGH, Rs. C-6/01, *Anomar*, Rn. 62, 73.

Profiterzielung und Prävention gegen schädliche finanzielle Folgen und im weiteren Sinne Verbraucherschutz³⁹ sowie moralische und kulturelle Erwägungen.⁴⁰

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen verfügt der nationale Gesetzgeber über eine weite Einschätzungsprärogative. Dass er sich gleichwohl der Prüfung zu unterziehen hat, ob die nationalen Maßnahmen im Hinblick auf die Gründe des Allgemeininteresses in den von den Gemeinschaftsgerichten aufgestellten Grenzen verhältnismäßig sind,⁴¹ wird vom EuGH jedoch kaum betont: Auch gibt er keine die Verhältnismäßigkeitsprüfung näher präzisierenden Kriterien an, um den nationalen Gerichten die Auslegung des Gemeinschaftsrechts und die Prüfung ihrer nationalen Vorschriften im Lichte des Primärrechts zu erleichtern.

2.1.2 Kohärenz und Kontrolle

Ein gewisser Wandel zeigte sich durch die Entscheidungsreihe zur italienischen Rechtslage im Sportwettensektor, die jüngst im Fall *Placanica*⁴² den EuGH bereits zum dritten Mal beschäftigte. Die beiden ersten Vorabentscheidungsverfahren *Zenatti*⁴³ und *Gambelli u. a.*⁴⁴ betrafen verschiedene Vorlagefragen in vergleichbaren, jedoch nicht identischen Fallkonstellationen, wobei ersterem als Ausgangsverfahren eine verwaltungsgerichtliche Streitigkeit, letzterem ein Strafverfahren zugrunde lag. Stets ging es um die Tätigkeiten der Annahme und des Übertragens von Wetten durch italienische Agenturen, die als Datenübertragungszentren für Rechnung einer britischen Buchmacherin tätig wurden.⁴⁵ Im italienischen Sportwettenrecht gilt ein strafbewehrtes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: eine legale Annahme von Wetten erfordert eine Konzession in einem zahlenmäßig beschränkten Konzessionssystem und des weiteren eine polizeiliche Genehmigung. Die Erteilung dieser Autorisationen wird jedoch mit dem Hauptziel des Verbraucherschutzes und der Verbrechensbekämpfung und -vorsorge unter strenge Voraussetzungen gestellt.

Im Fall *Zenatti* hatte der EuGH das im Sportwettenbereich geltende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zugunsten bestimmter Anbieter am Maßstab des Art. 49 EG zu messen. Der Kläger des Ausgangsverfahrens wandte sich gegen die Versagung der von ihm beantragten Konzession.

Auch in diesem Verfahren wurde einmal mehr klargestellt, dass nationale Rechtsvorschriften dann gemeinschaftsrechtskonform sind, wenn sie „tatsächlich durch Ziele der Sozialpolitik, nämlich die Beschränkung der schädlichen Wirkungen solcher Aktivitäten, gerechtfertigt sind, und wenn die in ihnen enthaltenen Beschrän-

³⁹ EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Rn. 60; EuGH, Rs. C-124/97, *Lääriä*, Rn. 32; EuGH, Rs. C-6/01, *Anomar*, Rn. 73; auch EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Rn. 30 und 35.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Rn. 58, 60; EuGH, Rs. C-124/97, *Lääriä*, Rn. 32.

⁴¹ Generalanwalt La Pergola, Schlussanträge in der Rs. C-124/97, *Lääriä*, Rn. 34.

⁴² EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, 6. 3. 2007, *Placanica* u. a. (noch nicht in der amlt. Slg. veröffentlicht; das Urteil ist unter <http://www.curia.europa.eu> einsehbar).

⁴³ EuGH, Rs. C-67/98, 21. 10. 1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289; die Rechtssache *Zenatti* wurde zwar zeitlich vor der Rechtssache *Anomar* entscheiden, steht allerdings sowohl im Hinblick auf den faktischen Hintergrund wie die Entscheidungsbegründung im Zusammenhang mit den weiteren Vorabentscheidungsverfahren zur italienischen Rechtslage.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-67/98, 21. 10. 1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rn. 6 ff.; EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-1303, Rn. 10ff.

kungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.⁴⁴⁶ Weiter wurde die bereits im Fall *Schindler* angeklungene Problematik betont, dass „die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik[...]“⁴⁴⁷ sein dürfe.

Entscheidend war jedoch, dass der EuGH eine Rechtfertigung unter die Bedingung stellte, dass sie „wirklich dem Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern.“⁴⁴⁸ Nationale Gerichte haben demnach zu überprüfen, ob die nationalen Rechtsvorschriften *tatsächlich* den vorgegebenen Zielen entsprechen. Eine Forderung, die bislang noch nicht gestellt worden war und die die italienischen Gerichte vor einige Schwierigkeiten stellen sollte, da die italienische Glücksspielpolitik im Sportwettbewerb in dieser Hinsicht tatsächlich zu wünschen übrig ließ.

Dass die Vorgaben zur Klärung der Gemeinschaftsrechtskonformität des italienischen Sportwettenrechts durch die nationalen Instanzen in der Rechtssache *Zenatti* aus nationaler Sicht jedoch noch Klarheit vermissen ließen, zeigte bereits die Notwendigkeit einer weiteren Vorlage in der Rechtssache *Gambelli u. a.*⁴⁴⁹. Auch hier ging es wiederum um die Annahme von Wetten für eine britische Buchmacherin, für die Herr *Gambelli* sowie weitere Gewerbetreibende als Wettagenturen tätig geworden waren, und die – hierin lag der Unterschied zur Rechtssache *Zenatti* – sich wegen der Organisation illegalen Glücksspiels *strafrechtlich* zu verantworten hatten.

Die Konzessions- und Genehmigungserfordernisse des italienischen Sportwettenrechts⁵⁰ führten überdies zum Ausschluss einer Konzessionsvergabe an Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten anderer Mitgliedstaaten börsennotiert sind.⁵¹ Im Fall wurden daher auch Aspekte der Niederlassungsfreiheit relevant, da der britischen Buchmacherin als Kapitalgesellschaft eine italienische Konzession versagt worden war. Im übrigen stand eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in gleich dreifacher Hinsicht im Raum, nämlich im Hinblick auf die Buchmacherin, die italienischen Agenturen und die Spieler.⁵²

Der Ton des EuGH im Hinblick auf die hier interessierenden Fragen der Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit der nationalen Beschränkungen wurde schärfer. So sollten Beschränkungen der Grundfreiheiten in Form strafbewehrter nationaler Verbote mit Erlaubnisvorbehalt grundsätzlich möglich sein, wenn diese Zielen der Betrugsverbeugung, des Verbraucherschutzes und weiteren sozialpolitischen Erwägungen dienen, mit der nochmaligen deutlichen Einschränkung, dass die Maßnahmen nicht von der Sorge um Steuermindereinnahmen getragen⁵³ oder vorwiegend durch die Finanzierung sozialer Aktivitäten motiviert sein dürften.⁵⁴

⁴⁴⁶ EuGH, Rs. C-67/98, 21. 10. 1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rn. 38.

⁴⁴⁷ EuGH, Rs. C-67/98, 21. 10. 1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rn. 36.

⁴⁴⁸ EuGH, Rs. C-67/98, 21. 10. 1999, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289, Rn. 36, 37.

⁴⁴⁹ EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031.

⁵⁰ Art. 88 des Decreto Nr. 773 vom 18. Juni 1931, (GURI Nr. 146 vom 26. Juni 1931).

⁵¹ Vgl. hingegen nun Art. 22 Abs. 11 der *Legge finanziaria* n° 289 vom 27. 12. 2002 (GURI n° 305 vom 31. 12. 2002, suppl. ord. n° 240).

⁵² Vgl. Artikel 4 des italienischen Gesetzes Nr. 401/89 und im Urteil in der Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rn. 56.

⁵³ Vgl. EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rn. 61.

⁵⁴ Dies ist eine rein akzessorische Folge, vgl. EuGH Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-1303, Rn. 62.

Im Zentrum der Entscheidung stand allerdings die bereits in *Zenatti* geäußerte Forderung nach Kohärenz. Nationale, die Grundfreiheiten beschränkende Maßnahmen müssen *kohärent und systematisch* zur Erreichung der zu ihrer Rechtfertigung angeführten Ziele beitragen.⁵⁵ Ein Rechtsrahmen, der eine nationale Glücksspielpolitik gestattet, die durch neue Spielangebote und aggressive Werbestrategien zur Teilnahme am Glücksspiel anreizt und sich über Aspekte des Schutzes der Sozialordnung und des Verbraucherschutzes hinwegsetzt, soweit es um das Angebot legaler Anbieter geht, der andererseits jedoch zwingende Allgemeinwohlinteressen ins Feld führt, sofern es um den Marktausschluss weiterer Anbieter geht, sei inkohärent und entledige sich selbst seiner rechtfertigenden Kraft.⁵⁶ Es sei seitens des nationalen Gerichts genau zu untersuchen, ob die Beschränkungen tatsächlich den Zielen dienen, die sie vorgeben. So wurde erstmals ein deutliches Erfordernis an die Rechtfertigungsmöglichkeit aufgestellt: die Kohärenz zwischen den Zielen der nationalen Maßnahmen im Bereich des Glücksspiels und den Realitäten im Glücksspielsektor.

Zudem klang erstmals auch eine deutlichere Mahnung im Bereich der Verhältnismäßigkeitskontrolle an: Zwar erwähnte der EuGH stets die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung *in concreto*, die bei jeder Einschränkung der Grundfreiheiten eine zentrale Rolle spielt,⁵⁷ in *Gambelli* hob er sie jedoch sehr deutlich hervor und gab zugleich jedenfalls ansatzweise genauere Anhaltspunkte hinsichtlich der Untersuchung weniger einschneidender aber ebenso effektiver Maßnahmen.⁵⁸ So sei im Rahmen der Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen kritisch zu prüfen, inwieweit eine Strafbewehrung trotz ausländischer Lizenz und bestehenden ausländischen Sanktions- und Kontrollsystemen nicht eine Maßnahme darstelle, die über das Erforderliche hinausgehe.⁵⁹ Ebenso seien die Hürden für ausländische Kapitalgesellschaften, Konzessionen zu erhalten, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit kritisch zu sehen, da weniger einschneidende Kontrollmöglichkeiten der Integrität von Kapitalgesellschaften denkbar sind.⁶⁰ Allerdings überließ der EuGH die Bewertung der spezifischen nationalen Situation den nationalen Behörden und Gerichten, mit der Maßgabe, dass sie diese „unter Berücksichtigung der [vom EuGH] angeführten Gesichtspunkte“⁶¹ durchzuführen hätten.

Diese Gesichtspunkte, wenngleich bereits konkreter formuliert, waren jedoch selbst in Italien zur Klärung der EG-Rechtskonformität nationaler Vorschriften nur bedingt ausreichend. Dabei war in den Schlussanträgen des Generalanwalts bereits auf die großen Schwierigkeiten nationaler Gerichte bei der Bewertung nationalen Glücksspielrechts im Lichte des EG-Rechts hingewiesen worden,⁶² die sich in der Praxis nicht nur in Italien, sondern auch anderswo bereits im Vorfeld zahlreich bestätigt hatten.⁶³

⁵⁵ EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rn. 67; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Rn. 36.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Rn. 69, 72.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä*, Rn. 32; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Rn. 36, 38; EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 67.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-55/94, 30. 11. 1995, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 und EuGH, Rs. C-100/01, 26. 11. 2002, *Oteiza Olazabal*, Slg. 2002, I-10981; EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 67.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 72, 73, im Hinblick auf die Spieler und die Wettvermittler.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 74.

⁶¹ EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 66.

⁶² *Generalanwalt Alber*, Schlussanträge in der Rs. C-243/01, *Gambelli*, 13. 3. 2003, insb. Rn. 116.

⁶³ Vgl. unten unter 2.1.3.

Insbesondere wurde der Aspekt der Beweislast des Staates für die von ihm vorgesehenen Einschränkungen und ihre Ziele nicht ausreichend hervorgehoben. Diese wichtige Präzisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zeichnete sich erst deutlicher in der Rechtssache *Lindman*⁶⁴ ab, die ein Problem der Besteuerung von Glücksspielgewinnen betraf, die in einem anderen Mitgliedstaat erzielt wurden. In dieser Entscheidung wurde verdeutlicht, dass den Mitgliedstaaten die Darlegungs- und Beweislast dahingehend obliege, dass ihre die Grundfreiheiten beschränkenden nationalen Maßnahmen tatsächlich notwendig sind, was präzise Untersuchungen zu ihrer Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit erfordere.⁶⁵ Im Kontext des *Lindman*-Urteils wirkte dieses Erfordernis jedoch etwas drastisch und unvermittelt, und da es in der Glücksspieljudikatur des EuGH zuvor nicht mit Klarheit angesprochen wurde, verklang es in der nationalen Rechtspraxis meist ungehört.⁶⁶

Diese Urteile zeigen, dass sich das Glücksspielrecht im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischem Spielraum und EG-rechtlichen Kontrollmaßstäben bewegt. Die EuGH-Rechtsprechung verlangt Kohärenz zwischen den nationalen Maßnahmen und ihren intendierten Zielen sowie eine konkrete Prüfung der Verhältnismäßigkeit, die Alternativen nennt. Nationales Glücksspielrecht darf, wie es sich in *Gambelli* vorsichtig abzeichnete, erstens nicht zum Ausschluss von Anbietern einer bestimmten Rechtsform führen⁶⁷ und muss zweitens auch Umstände berücksichtigen, die zugunsten eines ausländischen Anbieters sprechen, wie ausländische Lizenzen oder Kontrollsysteme.⁶⁸

Deutlich genug äußerte sich der EuGH jedoch zu beiden Punkten nicht: Dies belegen hinsichtlich ersterem die in der Rechtssache *Placanica u.a* verbundenen weiteren Vorlagen italienischer Gerichte, die u. a. auf den Folgewirkungen des Ausschlusses von Anbietern wegen ihrer Rechtsform beruhen.⁶⁹ Weiter wären auch zu zweitem Aspekt deutlichere Worte möglich gewesen, denn im Bereich der Dienstleistungsfreiheit entspricht dieser Gedanke an sich der Rechtsprechung des EuGH: Die Frage, ob die Wahrung der zwingenden Allgemeinwohlintressen nicht schon durch Rechtsvorschriften gewährleistet wird, denen der Dienstleistende in seinem Heimatstaat unterliegt und die ihn Kontrollen, Überprüfungen und Genehmigungsverfahren un-

⁶⁴ EuGH, Rs. C-42/02, 13. 11. 2003, *Lindman*, Slg. 2003, I-13519, Rn. 25, 26: „Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme begleitet werden müssen [...]. Im Ausgangsverfahren weisen die dem Gerichtshof vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten kein Element statistischer oder sonstiger Natur auf, das einen Schluss auf die Schwere der Gefahren, die mit dem Betreiben vom Glücksspielen verbunden sind, oder gar auf einen besonderen Zusammenhang zwischen solchen Gefahren und der Teilnahme der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats an in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien zuließe.“

⁶⁵ Vgl. in diesem Sinne auch die Urteile in der Rechtssache C-55/94, 30. 11. 1995, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, und in der Rechtssache C-100/01, 26. 11. 2002, *Oteiza Olazabal*, Slg. 2002, I-10981. Vgl. im übrigen auch *Schütz/Bruha/König* [9], S. 752, die die Betonung auf den Nachweis legen, dass es keine weniger einschneidenden Maßnahmen gibt.

⁶⁶ Vgl. unter 2.1.3.

⁶⁷ So die Kritik am Ausschluss von Kapitalgesellschaften.

⁶⁸ So der Hinweis auf die Berücksichtigung ausländischer Lizenzen und Sanktions- und Kontrollsysteme bei der Verhängung von Strafsanktionen, EuGH, Rs. C-243/01, 6. 11. 2003, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rn. 74. „Dies könnte vor allem deshalb der Fall sein, weil der Leistungserbringer im Mitgliedstaat der Niederlassung einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterliegt [...]“.

⁶⁹ Vgl. unten unter 2.1.4.

terwerfen, ist an sich ein für diesen Bereich etabliertes Kontrollelement innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung. „Der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des EWG-Vertrags darf nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind [...], 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.“⁷⁰ Die Generalanwälte gingen hierbei in ihrer Argumentation noch wesentlich weiter als der Gerichtshof: Das Glücksspiel sei ein in wohl allen Mitgliedstaaten gesetzlich geregelter Bereich und die Gründe, die für die jeweilige Reglementierung angeführt werden, stimmten normalerweise überein. „Wenn also ein Veranstalter eines anderen Mitgliedstaats die dort geltenden Bedingungen erfüllt, dann sollte dies den mitgliedstaatlichen Stellen des Mitgliedstaats der Dienstleistungserbringung genügen und sie sollten dies als hinreichende Gewähr für die Integrität des Veranstalters gelten lassen.“⁷¹ Hier stehe der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Raum.⁷² Es bedürfte danach zumindest einer Begründungspflicht dahingehend, dass die Teilnahme von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates an Glücksspielen eines anderen Mitgliedstaates zu größeren Gefahren führt.

Die Grenzen des mitgliedstaatlichen Spielraums bleiben nach *Gambelli* gleichwohl vage, da die Kontrollmechanismen mitgliedstaatlicher Ausnahmen zu den Grundfreiheiten – Rechtfertigungsgründe und Verhältnismäßigkeitsprüfung – Untersuchungs- und Abwägungsentscheidungen erfordern, für deren Durchführung den nationalen Instanzen mit Ausnahme des neu formulierten Kohärenzgebotes noch zu wenig konkrete und klare Anhaltspunkte zur Verfügung gestellt werden. Dass es diese Anhaltspunkte in einer Materie wie dieser bräuchte, in der die widerstreitenden Interessen teils zu regelrechten nationalen Rechtsprechungsschlachten führten, zeigt sich in nachfolgender kurzer Betrachtung der nationalen Rechtslage vor und nach *Gambelli*.

2.1.3 Echo auf einzelstaatlicher Ebene

Betrachtet man bis zur *Placanica*-Entscheidung im März 2007 die Situation auf mitgliedstaatlicher Ebene und analysiert man den Umgang mitgliedstaatlicher Behörden und Gerichte mit den Vorgaben des EG-Rechts, zeigt sich ein erschreckend gemischtes Bild.

Weitgehende Einigkeit besteht allein hinsichtlich der rechtfertigende Ziele nationaler Maßnahmen. So finden sich auf nationaler Ebene die Gründe wieder, die der EuGH an sich auch zu zulässigen Rechtfertigungsgründen erklärt hat; in der Regel begleitet jede gesetzliche Maßnahme ein ganzes Bündel verschiedener Rechtfertigungsgründe, so etwa sozialpolitische Gründe, Suchtprävention, Verbraucher-

⁷⁰ Vgl. bereits EuGH, Rs. C-205/84, 4.12.1986, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1986, 3755, Leitsatz 4 und Rn. 47. „[D]iese Anforderungen müssen insbesondere sachlich geboten sein“, EuGH, Rs. C-76/90, 15.7.1991, Slg. 1991, I-04221, Rn. 15.

⁷¹ *Generalanwalt Alber* in den Schlussanträgen in der Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 118.

⁷² In dieser Hinsicht bereits *Generalanwalt La Pergola* in den Schlussanträgen in der Rechtssache Rs. C-124/97, *Lääriä*, Rn. 36, und zuletzt auch *Generalanwalt Colomer* in den Schussanträgen in der verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, 6.3.2007, *Placanica* u. a. (noch nicht in der Slg. abgedruckt, jedoch unter <http://www.curia.europa.eu> einsehbar), Rn. 129, 130, vgl. sogleich unter 1.1.4.

schutz, Minderjährigenschutz, Verbrechensbekämpfung, Kanalisierung, Begrenzung und Kontrolle des Spieltriebs bei gleichzeitiger Befriedigung der Spielleidenschaft und Verhinderung privaten Profitstrebens, da nur die Mitgliedstaaten ihren Bürgern so nahestünden, dass sie ein legales Minimalangebot gewähren könnten, ohne die Schutzziele zu untergraben.⁷³ Spätestens seit der *Gambelli*-Entscheidung sind die Gesetzgeber bemüht, die Generierung von Steuermehreinnahmen aus ihrer Rechtfertigungsliste zu streichen⁷⁴ und die Nutzung der Einkünfte für Angelegenheiten im öffentlichen Interesse als einen Aspekt unter mehreren in den Hintergrund zu stellen.⁷⁵

Während mutige Instanzgerichte gegen die Unverhältnismäßigkeit der staatlichen Glücksspielpolitik wetteten, das Ziel der Generierung öffentlicher Einnahmen als verstecktes Hauptziel aufdeckten, da die Politik staatlicher Anbieter tatsächlich allein auf Einnahmeerzielung ausgerichtet sei,⁷⁶ und insbesondere eine strafrechtliche Verantwortlichkeit eines im Ausland lizenzierten Anbieters für unverhältnismäßig hielten,⁷⁷ wurde in vielen Entscheidungen nach Bejahung eines oder mehrerer Rechtfertigungsgründe dem nationalen Glücksspielrecht *carte blanche* erteilt, weder in der Strafbewehrung des unlizenzierten Glücksspiels noch im öffentlich-rechtlichen Glücksspielrecht ein Verstoß gegen EG-Recht gesehen oder argumentiert, der EuGH erteile lediglich Hinweise zur gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung des Glücksspielrechts eines anderen Mitgliedstaates, nicht aber zu derjenigen des jeweiligen eigenen Landes.⁷⁸ Auch wurde im Zusammenhang mit der Strafbewehrung unlizenzierten Glücksspiels gerne darauf verwiesen, die Frage der gemeinschaftsrechtswidrigen Versagung einer internen Genehmigung sei eine allein auf der Ebene des Verwaltungsrechts (im Verwaltungsverfahren gegen die Genehmigungsversagung) zu klärende Frage.⁷⁹

⁷³ Vgl. zu den Gründen im einzelnen: Belgien: „Sozialpolitische Gründe, Verbrechensbekämpfung, Suchtprävention“; Deutschland: „Suchtprävention, Ausnutzung der Spielleidenschaft für private Profitzwecke, Kanalisierung des Spiels in geordnete Bahnen und Kontrolle des Spieltriebs, Verbrechensbekämpfung, Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften, Verwendung der Einkünfte zu sozialen Zwecken“; Luxemburg: „Kanalisierung, Befriedigung, Begrenzung und Kontrolle des Spieltriebs“; Malta: „Gründe des öffentlichen Wohls und Verhinderung von Geldwäsche“; Niederlande: „Befriedigung des Spieltriebs und Verhinderung illegalen Spiels, Suchtprävention, Bekämpfung illegaler Anbieter, Verbraucherschutz, Verbrechensbekämpfung und Minderjährigenschutz“; Portugal: „Sozialpolitische Gründe (kulturelle, moralische Erwägungen), Verbrechensbekämpfung, Gesundheitsschutz. Minimalangebot legaler Glücksspiel zur Kanalisierung des Spieltriebs in geordnete Bahnen; nur die Mitgliedstaaten stehen ihren Bürgern so nahe, dass sie dieses legale Minimalangebot wahrnehmen können“; Schweden: „Schutz des Individuums, der Gesellschaft und Nutzung der Gewinne für Angelegenheiten im öffentlichen Interesse“. Weitere Nachweise enthält die vom ISDC für die Kommission erstellte Studie, *Study on Gambling*, http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm.

⁷⁴ In Italien war dies ursprünglich ein Hauptargument, so das Doc. XVII n. 10 (*Documento approvato dalla 6a Commissione Permanente a conclusione dell'indagine conoscitiva sul settore dei giochi e delle scommesse*), März 2003.

⁷⁵ Nach EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Rn. 36 und Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 62. Letzteres gilt nur als akzessorische Erwägung und trägt nicht als eigenständiger Rechtfertigungsgrund.

⁷⁶ Vgl. für Italien *Tribunale di Viterbo*, 25.6.2003; für Deutschland Verwaltungsgericht Osnabrück, 2 B 60/03, 27.5.2004, und den ausdrücklichen Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG 1 BvR 1054/01, 28.3.2006, NJW 2006, 1261ff., dass fiskalische Erwägungen keine Rolle spielen dürfen, dort Rn. 107, 145, 146.

⁷⁷ Vgl. hierzu auch die Entscheidung des österreichischen OGH, 4 Ob 255/04k, 14.3.2005, oder des AG Baden-Baden, 5 Cs 305 Js 2486/04, AK 288/04, 21.10.2004.

⁷⁸ Z.B. VG Münster, 1 L 118/04, 11.3.2005 und BayObLG, 5 St RR 289/03, 26.11.2003.

⁷⁹ Vgl. z.B. in Deutschland BGH, I ZR 317/01, 1.4.2004, oder OLG Köln, 6 U 145/05, 21.4.2006.

Nach der *Gambelli*-Entscheidung hat das Erfordernis der Kohärenz zwar ein größeres Echo gefunden, der Umgang damit erfolgte jedoch unterschiedlich. Auch hier wurde teils die makro- teils die mikro-Inkohärenz der staatlichen Glücksspielpolitik angeprangert, das heißt die Inkonsistenzen, die sich in der Glücksspielpolitik insgesamt (auffallend unterschiedliche Gewichtung der Anforderungen in verschiedenen Sektoren)⁸⁰ und sektorweit (Vermarktung staatlichen Glücksspiels und Kriminalisierung privater Anbieter) zeige, und die Rechtfertigungsgründe wie Verbraucherschutz und Suchtbekämpfung obsolet werden lasse.⁸¹ Die obersten Gerichte vertraten gleichwohl häufig einen gemäßigeren Kurs, hielten die eigene nationale Politik für kohärent⁸² oder weitere Rechtfertigungsgründe für ausreichend, um die nationalen Regelungen zu tragen. Denn zwar möge es sein, dass im Zuge der *Gambelli*-Rechtsprechung Verbraucherschutzaspekte und im weiteren Sinn Aspekte des Individualschutzes und der Suchtprävention nicht mehr als Rechtfertigung greifen würden, wenn öffentliche Anbieter ihre Angebote ausweiten und massiv bewerben. Allerdings seien weitere zwingende Allgemeinwohlinteressen im Spiel, wie etwa die Kanalisierung des Spieltriebs in geordnete Bahnen, um eine effektive Betrugsbekämpfung zu gewährleisten, die von einer Ausweitung des Spielangebotes nicht berührt würden, so die italienische *Corte Suprema di Cassazione*.⁸³ Zudem würde eine Kanalisierung des Spieltriebs auch bei ausgeweitetem Glücksspielangebot bewirkt, denn man müsse illegalen Anbieter zuvor kommen, die Spieler mit neuen Angeboten lockten. Auch Werbung in angemessenen Umfang zur Information über legale Spielangebote müsse daher zulässig sein.⁸⁴

Teils wurde, so etwa in Deutschland, ein konsequenterer Weg versucht, da der Druck zu mehr Kohärenz auch aus den obersten eigenen Reihen kam. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 3. 2006, die das bayerische Sportwettenmonopol im Licht der Kohärenz in seiner derzeitigen marketing- und profitorientierten Ausgestaltung für verfassungswidrig erklärte, stellte den bayerischen Gesetzgeber und mit ihm die länderweite Glücksspielgesetzgebung im Sportwettenbereich in Frage⁸⁵ und die Bundesländer vor die Optionen eines kohärenten Monopols oder einer kontrollierten Liberalisierung. Anders als die *Corte Suprema di Cassazione* relativierte das Bundesverfassungsgericht das Erfordernis der Kohärenz weniger. In der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 28. 3. 2006 heisst es:

⁸⁰ So je nach Mitgliedstaat z. B. Bereich der Pferderennwetten und – jedoch meist differenziert nach Automatentypen – das Automatenspiel.

⁸¹ Zu den Argumenten im Hinblick auf die Kohärenz nationaler Maßnahmen und ihrer Ziele z. B. in den Niederlanden: Verwaltungsgericht Breda, Az. N° 03/1868 WET, 2. 12. 2005; in Deutschland: OVG Sachsen, 3 BS 28/04, 405/03, 22. 12. 2004.

⁸² Z. B. noch BayObLG 5 St RR 289/03, 26. 11. 2003.

⁸³ *Corte Suprema di Cassazione*, Az. 111/04, 26. 4. 2004, *Gesualdi.*; ähnlich: Schwedischer Verwaltungsgerichtshof, n° 5819-01, 26. 10. 2004.

⁸⁴ So die Begründung zur belgischen *Loi du 19 avril 2002*, vgl. auch Doc. Parl. Chambre, 2000-2001, DOC 50-1339/001, S. 65 und *Cour d'Arbitrage*, Az. 33/2004, 10. 3. 2004, B 11.4.

⁸⁵ Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts betraf das im Gesetz über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten (BayStaatslotteriegesezt vom 29. 4. 1999 (GVBl. 1999, 226), zuletzt geändert am 24. 4. 2002 (GVBl. 2001, 140)) festgelegte Monopol der Staatlichen Lotterieverwaltung (Art. 2 Abs. 1 und 4). Jüngst hat das BVerfG erneut zur bayerischen Rechtslage entscheiden, diesmal im Bereich des Casinoglücksspiels (BVerfG 26. 3. 2007, 1 BvR 2228/02), hat die Monopolstruktur im Ergebnis jedoch nicht beanstandet, da diese hier konsequent sei und der Gesetzgeber davon ausgehen durfte, dass ein Monopol die Gefahren der Spielsucht effektiver bekämpfe. Vgl. hierzu aber unter 1.2.2. EFTA-Gerichtshof, Rs. E 3/06, *Ladbroke Ltd.*, Rn. 58.

„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.[...] Die in der gesetzlichen Regelung angelegten und dementsprechend in der Praxis realisierten Defizite bei der Verwirklichung der ein Wettmonopol grundsätzlich rechtfertigenden Ziele bewirken, dass die geltende Rechtslage nicht ausreicht, um dieses Monopol zu legitimieren und allein damit den Ausschluss privatwirtschaftlicher Unternehmen vom Veranstellen von Sportwetten verfassungsrechtlich zu begründen.“⁸⁶

Den Bundesländern wurde mit sofortiger Wirkung aufgegeben, ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung von Wettleidenschaft und Wertsucht und der tatsächlichen Ausübung des Monopols herzustellen.⁸⁷ Der derzeit viel diskutierte Glücksspielstaatsvertrag⁸⁸ zeigt, dass auf Länderebene langfristig fast einstimmig⁸⁹ die Option eines kohärenten Monopols vorgezogen wurde.

Wenn es jedoch auf nationaler Ebene konkret um die Frage der Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen ging, endete in vielen Fällen dann, wenn die Gerichte einen Rechtfertigungsgrund für nationale Maßnahmen bejahten, auch die Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität. Man begnügte sich häufig mit wenig substantiierten Erwägungen bis hin zur pauschalen Feststellung der Verhältnismäßigkeit der nationalen grundfreiheitenbeschränkenden Maßnahmen,⁹⁰ kurz mit einem „gerechtfertigt, daher verhältnismäßig“. Im Ergebnis kommt dies einem gleichsam unkontrollierten Ermessensspielraum nahe. Bezeichnend für die Situation ist folgendes von staatlicher Seite vorgebrachte Argument: „[...] that judicial review of national restrictions

⁸⁶ BVerfG 1 BvR 1054/01, 26. 3. 2006, Rn. 127, 142, NJW 2006, 1261ff.

⁸⁷ Vgl. etwa den Beschluss des Verwaltungsgerichts VG Bremen, 3. 5. 2007, 5 V796/07: Nach den dort getroffenen Feststellungen seien seitens des staatlichen Anbieters die geforderten intermediären Maßnahmen getroffen worden (Einschränkung des Wettangebots, Ausschluss von Halbzeitwetten, Livewetten, SMS-Wetten, Reduzierung des Spieleinsatzes, keine Oddset-Fernseh- oder Bandenwerbung in Stadien, keine Trikotwerbung, Hinweise auf die Suchtgefahr von Sportwetten, etc.).

⁸⁸ Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 13. 12. 2006), vgl. auch die Stellungnahme der Kommission im Notifizierungsverfahren 2006/658/D, 23. 3. 2007.

⁸⁹ Das in der Presse als „Der tapfere Obelix aus Kiel“ bezeichnete Land Schleswig-Holstein erhob gegen den Entwurf des neuen Glücksspielstaatsvertrags Einwände und optierte für ein Konzessionsmodell, das öffentlichen wie privaten Anbietern unter strengen Auflagen und Kontrollen den Marktzugang eröffnen sollte. Vgl. den Staatsvertrag zur Neuordnung des Sportwettenmarktes (Sportwettenstaatsvertrag), Entwurfsfassung alternativer Überlegungen und Vorschläge zur Neuordnung des Sportwettenmarktes vor dem Hintergrund des Entwurfs eines Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 13. 12. 2006), am 6. 3. 2007 vorgelegt von den Abgeordneten *H.-J. Arp* (Vorsitzender des Wirtschaftsausschusses) und *T. Stritzl* (stellv. Vorsitzender der CDU-Landtagsfraktion) im Schleswig-Holsteinischen Landtag. Siehe zu den Turbulenzen um den Staatsvertragsentwurf auch *Arp*, „Dieser Irrsinn muss aufhören“, Pressemitteilung Nr. 396/06, 22. November 2006. Mittlerweile soll auch Schleswig-Holstein dem mehrheitlich akzeptierten Entwurf des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 13. 12. 2006) doch zugestimmt haben (Reuters, 10. 7. 2007).

⁹⁰ Z.B. in Finnland: *Högsta Domstolen*, KKO 2005:27, 24. 2. 2005; in den Niederlanden: *Hoge Raad*, n° C03/306HR, 18. 2. 2005; *Gerechthof s' Hertogenbosch*, n° 20.003207, 2. 3. 2004; in Österreich: *VwGH* 97/17/0175, 21. 12. 1998; in Deutschland: BVerwG 6 C 2.01, 28. 3. 2001; in Frankreich: *Cour de Cassation*, 04-81319, 15. 12. 2004; in Spanien: *Tribunal Superior de Justicia Cataluña*, 319/2002, 4. 5. 2002.

on the provision of gaming is limited, and that the courts ought to assess the necessity of the measures only, where there are reasons to believe that the rules in question are in fact discriminatory or protectionist".⁹¹ Teils wurde im Glücksspielbereich sogar von einer „vorübergehenden Außerkraftsetzung der Grundfreiheiten“ ausgegangen.⁹² Die Mitgliedstaaten konnten das Spannungsfeld zwischen nationalem Spielraum und seinen Schranken oft nur mit Mühe überzeugend auflösen.⁹³ Nicht sehr häufig las man zu Erforderlichkeitserwägungen Konkretes, wie etwa begründende Ausführungen zu einer zahlenmäßigen Begrenzung von Anbietern, die sich auf konkrete Berechnungen im Verhältnis zu den Einwohnerzahlen oder detailliertere Studien stützten. Auf genauere Ausführungen traf man überwiegend dann, wenn die mangelnde Verhältnismäßigkeit nationaler Maßnahmen kritisiert wurde. So wurde seitens der Instanzgerichte gelegentlich die Forderung nach konkreten Untersuchungen weniger einschneidender, aber ebenso effektiver Alternativmaßnahmen wie innerstaatlicher Kontrollsysteme statt Monopolen laut oder die Frage der Relevanz ausländischer Lizenzen und existierender ausländischer Kontrollsysteme angesprochen.⁹⁴ Gerade im deutschen Sportwettensektor, wo bislang eine geringe Zahl privater Anbieter aufgrund von alten DDR-Gewerbeurlaubnissen operierten konnte,⁹⁵ hätte sich eine Detailuntersuchung dahingehend aufgedrängt, ob sich die Gefahren der Begleitkriminalität und eine gesteigerte Gefährdung der Verbraucher oder der Jugendlichen bei privaten Anbietern tatsächlich realisiert haben. Hingegen beschränkte man sich vorwiegend auf die Diskussion über die Gültigkeit und Reichweite dieser Genehmigungen.⁹⁶

Wenngleich also die Forderung nach Kohärenz auf der nationalen Ebene teils ernst genommen wurde, ließ der Umgang mit europarechtlichen Vorgaben auch nach *Gambelli* insgesamt spürbar zu wünschen übrig, was sich insbesondere bei der Prüfung der Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen widerspiegelte. Natürlich kann der EuGH im Rahmen des Verfahrens nach Art. 234 EG nur im Rahmen der ihm gestellten Vorlagefragen auf den jeweiligen Fall eingehen. Auch kann er nicht selbst über die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht urteilen, sondern nur Hinweise zur Auslegung geben, die es den nationalen Gerichten ermöglichen sollen, über die Frage der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nationaler Normen zu entscheiden. Allerdings ist er innerhalb dieses Rahmens berechtigt, *alle* Hinweise zu erteilen, die es dem nationalen Gericht gestatten, seine eigene Antwort

⁹¹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/06, 30. 5. 2007, *Ladbroke's Ltd.* (noch nicht in amtll. Slg. abgedruckt), Rn. 55, vgl. im Einzelnen sogleich unter 1.2.2.

⁹² OVG Münster, 4 B 961/06, 28. 6. 2006, EuZW 2006, 603; VGH Kassel, 11 TG 1465/06, 25. 7. 2006, NVwZ 2006, 1435.

⁹³ Siehe zu den Einzelheiten die vom ISDC für die Kommission erstellte Studie, *Study on Gambling*, http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm.

⁹⁴ Z.B. in Luxemburg: Verwaltungsgericht, Az. n° 1050569, 7. 4. 2003; in Deutschland OVG Sachsen, 3 BS 28/04, 405/03, 22. 12. 2004; VG Osnabrück, 2 B 60/03, 27. 4. 2004 und VG Karlsruhe, 11 K 160/04, 10. 4. 2004, BVerfG 1 BvR 1054/01, 28. 3. 2006, NJW 2006, 1261ff.

⁹⁵ Insgesamt vier Anbieter auf der Basis von Genehmigungen für die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten gemäß dem Gewerbebesetz der DDR vom 6. 3. 1990.

⁹⁶ Neben der Gültigkeit der Genehmigungen wurde stets diskutiert, inwieweit sich diese aufgrund des Einigungsvertrages auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken können; vgl. zu dieser Problematik BGH, XI ZR 334/97, 29. 9. 1998, NJW 1999, 54; BayVGH 24 BV 03, 3162, 28. 9. 2004; OVG LSA, 1 M 2/02, 28. 1. 2002, GewArch 2002, 199 und Schmidt, WRP 2004, 1145; zuletzt auch VG Bremen, 5 V 796/07, 3. 5. 2007.

zu geben.⁹⁷ Bislang jedoch bleibt die Prüfung der Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen und die Verhältnismäßigkeitsprüfung insgesamt verwaschen. Dies erlaubt im Ergebnis eine teils weitgehende Einschränkung der Grundfreiheiten. Das Risiko des Missbrauchs dieses Spielraums und der Neigung zur pauschalen Betrachtungsweise ohne fundierte Argumentation ist sehr groß. Das in den Schussanträgen zur Rechtssache *Gambelli* geäußerte Anliegen des Generalanwalts: „In jedem Fall ist ein klärendes Urteil des Gerichtshofes von elementarer Bedeutung, das – zwar gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes – den Besonderheiten des vorliegenden Falles Rechnung tragen muss. Es sollte daher sowohl dem vorlegenden Gericht als auch allen anderen mit der gleichen Problematik befassten mitgliedstaatlichen Gerichten den zu beschreitenden Weg klar aufzeigen.“⁹⁸ schien jedenfalls vor der *Placanica*-Entscheidung nicht befriedigt worden zu sein.

2.1.4 Jüngste Entwicklung: *Placanica* – Konkretisierung versus Flexibilisierung?

Unter diesen Umständen verwundert es auch nicht, dass die Schlussanträge der am 6. März 2007 entschiedenen Rechtssache *Placanica u. a.*⁹⁹ mit folgendem Satz beginnen: „*Rien ne va plus. Der Gerichtshof kann sich einer tiefgehenden Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrags im Glücksspielsektor nicht länger entziehen*“.¹⁰⁰

Was jedoch ändert die lang erwartete *Placanica*-Entscheidung?¹⁰¹ Die Reaktionen auf nationaler Ebene von „alles wird anders“¹⁰² bis „nichts neues“¹⁰³ sind allein bezeichnend für das gesamte rechtliche Dilemma des Glücksspielsektors. Wie unterschiedlich können Auffassungen von ein und demselben Urteil sein? Führt das Ganze schließlich zu einem „nichts geht mehr“ an Klarheit bei der Prüfung des Primärrechts?

Die Rechtssachen *Placanica u. a.* knüpfen ein drittes Mal an das italienische Sportwettenrecht und an eine den vorangegangenen Entscheidung *Zenatti*¹⁰⁴ und insbesondere *Gambelli*¹⁰⁵ vergleichbare faktische und rechtliche Situation (italie-

⁹⁷ Vgl. EuGH Urteil vom 7. Juli 1994 in der Rs. C-130/93, *Lamare*, Slg. 1994, I-3215, Rn. 10; Rs. C-63/94, 11. 8. 1995, *Belgacom*, Slg. 1995, I-2467, Rn. 7; Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 19; zuletzt EuGH Rs. C-506/04, 19. 6. 2006, Slg. 2006, I-8613, *Wilson*, Rn. 34 und 35: „Zwar ist es im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 234 EG nicht Sache des Gerichtshofes, über die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden [...]. Doch ist der Gerichtshof befugt, dem nationalen Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, über die Frage der Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden.“

⁹⁸ *Generalanwalt Alber*, Schlussanträge in der Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 60.

⁹⁹ EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, 6. 3. 2007, *Placanica u. a.* (noch nicht in der Slg. abgedruckt, jedoch unter <http://www.curia.europa.eu> einsehbar). Die Entscheidung beruht auf Vorlagen zweier italienischer Gerichte: In der Rechtssache C-338/04 des *Tribunale di Larino* und in den Rechtssachen C-359/04 und C-360/04 des *Tribunale di Teramo*.

¹⁰⁰ *Generalanwalt Colomer*, Schlussanträge *Placanica*, Rn. 1.

¹⁰¹ Zur Auswirkung der Entscheidung in Deutschland vgl. *Reichert/Winkelmüller* [8], S. 215 und unten unter 2.1.

¹⁰² So z. B. „*Placanica-Urteil liberalisiert Sportwettenmarkt*“; „*Es wird ein ordentlicher Ruck durch die europäische Glücksspiel- und Sportwettenbranche gehen*“.

¹⁰³ „*Das Placanica-Urteil bestätigt den eingeschlagenen Weg*“.

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*.

nische Agenturen agieren ohne die erforderlichen internen Genehmigungen als Datenübertragungszentren für eine britische Buchmacherin mit dortiger Lizenz) sowie ein Strafverfahren als Ausgangsverfahren an, mit dem Unterschied jedoch, dass die interne italienische Rechtslage seit der *Gambelli*-Entscheidung modifiziert wurde. Die Annahme und Übermittlung von Sportwetten unterliegt nach wie vor einem Konzessions- und Genehmigungsvorbehalt¹⁰⁶ und das Verbot ist strafbewehrt.¹⁰⁷ Das gesetzliche Verbot der Genehmigungserteilung an Kapitalgesellschaften wurde jedoch zwischenzeitlich aufgehoben,¹⁰⁸ die unter der alten Rechtslage erteilten und einem *numerus clausus* unterliegenden mehrjährigen Konzessionen allerdings weder zurückgenommen noch neue Konzessionen vergeben.¹⁰⁹ Die Zahl der vergebenen Konzessionen beruht auf internen Schätzungen. Statt auf Verbraucherschutzaspekte wird der Fokus des italienischen Wettrechts nun auf das Ziel der Betrugs- und Verbrechensprävention und -bekämpfung gerichtet. Den Vorlagen ging die bereits erwähnte Entscheidung *Gesualdi* der *Corte Suprema di Cassazione*¹¹⁰ vom 26. April 2004 voraus, im Kontext derer sich eine interne Kontroverse über die Auslegung des EG-Rechts entwickelt hatte.

Der EuGH hält die fraglichen italienischen Rechtsnormen in ihrer derzeitigen Ausgestaltung für gemeinschaftsrechtswidrig.¹¹¹ Die Entscheidungsbegründung hinterlässt jedoch einen gespaltenen Eindruck: Es wurde zwar einerseits präziser auf gemeinschaftsrechtswidrige Aspekte nationaler Maßnahmen hingewiesen, an ent-

¹⁰⁶ Decreto Nr. 773 vom 18. Juni 1931, (GURI Nr. 146 vom 26. Juni 1931) in der Fassung des Art. 37 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 388 vom 23. Dezember 2000, (GURI Nr. 302 vom 29. Dezember 2000).

¹⁰⁷ Art. 4 des Gesetzes 401/89 vom 13. 12. 1989, (GURI n° 294 vom 18. 12. 1989).

¹⁰⁸ Vgl. auch Decreto Nr. 174 vom 2. Juni 1998 des Ministero dell'Economia e delle Finanze, (GURI Nr. 129 vom 5. Juni 1998) geändert durch Art. 22 Abs. 11 der *Legge finanziaria* n° 289 vom 27. 12. 2002 (GURI n° 305 vom 31. 12. 2002, suppl. ord. n° 240). Die Teilnahme an den Ausschreibungen ist nun von der Rechtsform des Antragstellers unabhängig.

¹⁰⁹ Zu den Einzelheiten des Sachverhalts siehe Schlussanträge in den verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, 16. 4. 2006, *Placanica u. a.*, Rn. 45 ff. und EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, 6. 3. 2007, *Placanica u. a.*, Rn. 18 ff.

¹¹⁰ *Corte Suprema di Cassazione*, Az. 111/04, 26. 4. 2004, *Gesualdi*. Die *Corte Suprema di cassazione* hält das Ziel der Kanalisierung des Spieltriebs in legale und kontrollierbare Bahnen aus Gesichtspunkten der Kriminalitätsbekämpfung und -vorsorge für eine hinreichende Rechtfertigung nationaler Maßnahmen, auch wenn die nationale Glücksspielpolitik im Hinblick auf ihr intendiertes Ziel des Verbraucherschutzes nicht kohärent ist.

¹¹¹ Der Tenor der Entscheidung lautet: 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 nach den Art. 43 EG und 49 EG 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 Ausbeutung 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 wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen, 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.

scheidenden Stellen scheint der Spielraum der Mitgliedstaaten jedoch eher noch vergrößert worden zu sein.

Im Einzelnen: Der EuGH sieht in dem strafbewehrten Verbot der Annahme und Übermittlung von Wetten ohne Konzession bzw. polizeiliche Genehmigung eine Beschränkung der Grundfreiheiten.¹¹² Auch wird er hinsichtlich der Erforderlichkeit der italienischen Regelungen dort konkret, wo ausreichend Anhaltspunkte zur Feststellung einer Unverhältnismäßigkeit zur Verfügung stehen, so etwa im Hinblick auf die bereits im *Gambelli*-Urteil angeklungenen Erwägungen zum Ausschluss von Kapitalgesellschaften: Nach dem EuGH sind Regelungen klar unverhältnismäßig und damit EG-rechtswidrig, welche Kapitalgesellschaften aufgrund ihrer Rechtsform vom Glücksspielsektor verbannen und darüber hinaus im Sinne eines solchen Ausschlusses fortwirken.¹¹³ Alternative Kontrollmöglichkeiten zum Erreichen der Schutzziele dieser Regelung sind möglich und damit auch wahrzunehmen.¹¹⁴

Ebenso sind strafrechtliche Sanktionen wegen des Sammelns von Wetten ohne die erforderliche Konzession oder polizeiliche Genehmigung unverhältnismäßig und damit gemeinschaftsrechtswidrig, wenn die Konzessionen oder Genehmigungen unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verweigert wurden.¹¹⁵ Das Strafrecht liege zwar grundsätzlich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, jedoch setze das Gemeinschaftsrecht auch dieser Zuständigkeit insofern Schranken, als das Strafrecht nicht die gemeinschaftsrechtlich garantierten Grundfreiheiten beschränken dürfe.¹¹⁶ Ob, wie in der *Gambelli*-Entscheidung angedeutet, Strafandrohungen auch deshalb über das erforderliche Maß hinausgehen könnten, weil der Leistungserbringer (hier die britische Buchmacherin) im Mitgliedstaat der Niederlassung einer Lizenz-, Kontroll- und Sanktionsregelung unterliegt, dem Strafrecht also auch insoweit Schranken durch die Grundfreiheiten gesetzt sind, wird hier allerdings nicht mehr angesprochen, sondern allein der Fall der gemeinschaftsrechtswidrigen Versagung einer beantragten internen Genehmigung.¹¹⁷

Die Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität nationaler Beschränkungen der Grundfreiheiten verliert insofern jedoch nicht an Ambivalenz, als die Entscheidung noch einen weiteren wesentlichen Aspekt anspricht, der die Problematik der Kohärenz nationaler Maßnahmen im Hinblick auf die sie rechtfertigenden Ziele betrifft:

Der EuGH unterscheidet hinsichtlich der Ziele, die Beschränkungen rechtfertigen können, zwischen dem verbraucherschützenden „Ziel, die Gelegenheiten zum Spiel

¹¹² So bereits EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 46, 58 und 59.

¹¹³ EuGH, verb. Rs. C-338/04, C 359/04, C 360/04, *Placanica* u. a., Rn. 62, 63. So könne nach Ansicht des EuGH die Einholung von Informationen über die Anteilseigner von Kapitalgesellschaften bereits eine machbare Alternative sein. Im übrigen zeige die Abschaffung dieses Ausschlussstatbestandes ohne Neuregelung einer alternativen angemessenen Kontrollnorm bereits, dass er offensichtlich nicht erforderlich war.

¹¹⁴ EuGH, verb. Rs. C-338/04, C 359/04, C 360/04, *Placanica* u. a., Rn. 62 und in den Schlussanträgen Rn. 125.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-5/83, 15. 12. 1983, *Rienks*, Slg. 4233, Rn. 10 und 11; EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica* u. a., Rn. 71.

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-348/96, 19. 1. 1999, *Calfa*, Slg. 1999, I-11, Rn. 17.

¹¹⁷ Vgl. Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn 73; in diese Richtung allerdings noch die Schlussanträge in den verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica* u. a., Rn. 130 und 132: „Unter diesen Umständen, die von den meisten Staaten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, leise übergangen werden, scheint es klar zu sein, dass die britischen Behörden besser als die italienischen in der Lage sind, die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit zu überprüfen, und es sind keine Argumente für eine zweifache Kontrolle ersichtlich.“

zu vermindern, und [...] dem Ziel, Straftaten vorzubeugen, indem Glücksspieltätigkeiten eingeschränkt und in Bahnen gelenkt werden, die diesen Kontrollen unterliegen“ und gestattet bei Inkohärenz hinsichtlich des einen Ziels gleichwohl ausdrücklich eine Rechtfertigung durch das andere. Da in Italien auf interner Ebene feststehe, dass die Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher oder die Eindämmung des Spielangebots nicht kohärent verfolgt würden, verlöre dieses Ziel seine rechtfertigende Kraft.¹¹⁸ Als das „wirkliche“ Ziel der italienischen Regelung sei aber „das zu der zweiten Art von Zielsetzungen gehörende Ziel benannt worden [...], die Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, um ihrer Ausbeutung zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen“. Hierbei kann „eine Politik der kontrollierten Expansion im Bereich der Glücksspiele [...] ohne weiteres 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.“¹¹⁹

Im Ergebnis entspricht dies der Linie der *Corte Suprema di Cassazione*.¹²⁰ Die Beurteilung der „zweiten Art von Zielsetzungen“ blieb den vorlegenden italienischen Gerichten überlassen, die die eingeschränkte Gesamtzahl der Konzessionen im Lichte dieses Ziels genauer zu überprüfen haben.¹²¹ Die Vorgaben zur Beweislast des Staates in Bezug auf den stets erforderlichen Nachweis der Erforderlichkeit seiner Maßnahmen hätten jedoch deutlicher sein können.¹²²

Dieser neue Aspekt der europarechtlichen Beurteilung ist jedoch mangels weiterer präzisierender Angaben geeignet, Verwirrung zu stiften, denn es besteht die Gefahr, dass dies als ein Freibrief zu einem bedenkenlosen Austausch von Rechtfertigungsgründen verstanden und inkohärentes staatliches Verhalten hierdurch relativiert wird.¹²³

Kann im Ergebnis eine aggressive Marketingstrategie staatlicher Anbieter folgenlos bleiben, wenn alternative rechtfertigende Gründe vorgebracht werden? Verschwindet Verbraucherschutz hinter „der zweiten Art von Zielsetzungen“? Bislang legte der EuGH Wert darauf, die Rechtfertigungsgründe „in ihrer Gesamtheit zu würdigen.“¹²⁴ Bedürfte es dann aber nicht auch eines ausdrücklicheren kritischeren Blicks auf den Gesamteindruck der rechtfertigenden Ziele statt auf getrennt voneinander zu beurteilende „Arten von Zielen“? Hier scheint selbst das deutsche Bundesverfassungsgericht¹²⁵ im Sinne einer Gesamtbetrachtung insoweit konsequenter zu sein als der EuGH oder die *Corte Suprema di Cassazione*.¹²⁶

Im Ergebnis mag die *Placanica*-Entscheidung in nationalen Strafverfahren bei Angeklagten, die erfolglos eine interne Genehmigung beantragt haben, Änderungen

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica* u. a., Rn. 54.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica* u. a., Rn. 55 *et seq.*

¹²⁰ *Corte Suprema di Cassazione*, Az. 111/04, 26. 4. 2004, *Gesualdi*.

¹²¹ EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica* u. a., Rn. 56–58.

¹²² Vgl. unten die Vorgaben des EFTA-Gerichtshofs in den Rechtssachen E-1/06 (*Gaming Machines*) und E-3/06 (*Ladbrokes Ltd.*)

¹²³ *Cashin-Ritain/Lein* [2].

¹²⁴ EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Rn. 31.

¹²⁵ BVerfG, 1 BvR 1054/01, 28. 3. 2006, NJW 2006, 1261ff., Rn. 97ff., 119ff., insb. 127, 142; vgl. oben unter 1.1.3. Zu den möglichen Auswirkungen der *Placanica*-Entscheidung in Deutschland siehe auch *Reichert/Winkelmüller* [8], S. 215.

¹²⁶ *Corte Suprema di Cassazione*, Az. 111/04, 26. 4. 2004, *Gesualdi*.

bedingen, zumal hier schwerlich noch pauschal mit einer mangelnden Entscheidungserheblichkeit des Europarechts argumentiert und auf ein Verwaltungsverfahren verwiesen werden kann. Allerdings verschiebt sich die eigentliche Problematik damit nur um eine Ebene, denn die Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität einer Genehmigungsversagung verlangt die Kohärenz- und Erforderlichkeitskontrolle nationaler Maßnahmen, für welche noch immer wenig konkrete Anhaltspunkte zur Verfügung stehen. Viele Fragen bleiben offen: Inwieweit spricht es gegen die Erforderlichkeit einer Maßnahme, wenn sie ganz offensichtlich nicht dem Verbraucherschutz, wohl aber der Betrugsbekämpfung dient? Werden hinsichtlich der Erforderlichkeit nun in größerem Umfang Beweisanstrengungen unternommen oder war die Hinweiskraft des Urteils hier wiederum zu schwach? Und wird es schließlich nicht vorschnell heißen: „In der *Placanica*-Entscheidung setzt sich der EuGH nur mit der Regelung des Glücksspielmarktes in Italien auseinander. Die dortigen Regelungen unterscheiden sich jedoch maßgeblich von der hiesigen Rechtslage“?¹²⁷ Zwar hat die Entscheidung anderswo tatsächlich keine rechtliche Bindungswirkung, *de facto* wirkt die Argumentation des EuGH in gleichartigen Fällen jedoch auch in anderen Mitgliedstaaten sowie allgemein als Richtschnur für die nationale Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹²⁸

2.2 Die Sicht des EFTA-Gerichtshofs zur Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit nationaler Maßnahmen

Klarere Aussagen hört man hingegen seitens des EFTA-Gerichtshofs. Anfang 2007 fielen die Würfel in Luxemburg letztlich gleich mehrfach. Eine Woche nach dem EuGH war auch der EFTA-Gerichtshof mit dem Glücksspielrecht befasst. In der Rechtssache *EFTA Surveillance Authority v. Norway* (zitiert als *Gaming Machines*)¹²⁹ hatte er über die Vereinbarkeit der neuen norwegischen Gesetzgebung mit den Artt. 31, 36 des EWR-Abkommens zu entscheiden, die im Automatenglücksspielsektor ein Monopol einführt, weil Studien zufolge in diesem Sektor eine nachweislich erhebliche Suchtgefahr herrsche.¹³⁰ Zwei Monate später folgte am 30. 5. 2007 eine weitere Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren *Ladbroke's Ltd.*¹³¹ Der EFTA-Gerichtshof hatte in letzterem über mehrere Vorlagefragen zu den in anderen Glücksspielsektoren bereits bestehenden Monopolen zu entscheiden, die im vor dem *Oslo tingrett* anhängigen Verfahren der *Ladbroke's Ltd.* gegen die Genehmigungsversagung ihrer Tätigkeit als Glücksspielanbieter in Norwegen relevant wurden.

¹²⁷ So bereits der Hinweis von *Reichert/Winkel Müller* [8], S.215 auf den Kommentar des Deutschen Lotto-Toto-Blocks: „Vergleichbare Verlautbarungen sind in der Folge des *Gambelli*-Urteils des EuGH zu beobachten gewesen und haben sich vereinzelt auch in der Rechtsprechung niedergeschlagen.“

¹²⁸ Vgl. auch Art. 104 § 3 VerfO EuGH.

¹²⁹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-1/06, 14. 3. 2007, *EFTA Surveillance Authority v. Norway (Gaming Machines)*, (noch nicht in Slg. abgedruckt, die Entscheidung ist unter <http://www.eftacourt.lu> einsehbar).

¹³⁰ Gesetz n° 90 vom 29. 8. 2003 zur Änderung des Glücksspiel- und Lotterierechts (*Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningene*). Das Gesetz trat zum 1. 7. 2007 in Kraft (15. Juni, Nr. 622 2007, *Norsk Lovtidend* 893).

¹³¹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/06, 30. 5. 2007, *Ladbroke's Ltd.* (die Entscheidung ist unter <http://www.eftacourt.lu> einsehbar).

Auch in Norwegen unterliegt unautorisiertes Glücksspiel einem strafbewehrten Verbot.¹³² In mehreren Gesetzen sind allerdings Ausnahmen vorgesehen, so für Lotterien, Wetten und Pferdewetten sowie im Bereich des „kleinen Glücksspiels“, unter welches kleine Lotterien und ursprünglich auch das Automatenglücksspiel fielen, das unter der alten Rechtslage einer Pluralität von Anbietern gestattet war, die soziale Zwecke verfolgen.¹³³ Die kommerziellen Lotterie- und Wettangebote nehmen die staatlichen Monopolisten *Norsk Rikstoto* und *Norsk Tipping* wahr. Letzterem werden auch die neuen Exklusivrechte im Automatenglücksspielsektor übertragen.

2.2.1 Gesamtbetrachtung und Beweislast

Im Fall *Gaming Machines* wurde von den bisherigen Anbietern gegen die Etablierung eines Monopols der öffentlichen Hand im Bereich des Automatenglücksspiels¹³⁴ nicht nur auf nationaler Ebene gerichtlich vorgegangen,¹³⁵ sondern auch seitens der *EFTA Surveillance Authority* ein Verfahren wegen Verletzung der Artt. 31 und 36 des EWR-Abkommens eingeleitet. Der EFTA-Gerichtshof¹³⁶ wertete das geänderte norwegische Automatenglücksspielrecht jedoch als konform mit den Artt. 31 und 36 des EWR-Abkommens.¹³⁷

Präsentiert sich die Sachlage auch völlig anders als im Fall *Placanica* – die Grundfreiheitenprüfung unter dem EWR-Abkommen erfolgt parallel zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Auch der EFTA-Gerichtshof hatte die Rechtfertigung der restriktiven nationalen Gesetzgebung zu beurteilen, für die vom norwegischen Gesetzgeber eine Reihe von Zielen vorgegeben wurde, so der Verbraucherschutz und der Schutz vor Spielsucht, der Kampf gegen Begleitkriminalität und der Ausschluss privaten Profitstrebens bei gleichzeitiger Reduzierung der Einkünfte für soziale Zwecke, die von den bisher agierenden Anbietern erzielt wurden.¹³⁸

Dem EFTA-Gerichtshof gelingt hierbei jedoch eine klarere Sprache als dem EuGH. Er betont insbesondere zweierlei: die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung der Rechtfertigungsgründe für den jeweiligen Sektor und die Beweislast des

¹³² Artt. 298, 299 norwegisches Strafgesetzbuch.

¹³³ Vgl. das Glücksspielgesetz (*lov 28. august 1992, nr. 103*), das Totalisatorgesetz (*lov 1. juli 1927 nr. 3 om veddemal ved totalisator*) und das Lotteriegesezt (*lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v.*).

¹³⁴ Gesetz n° 90 vom 29. 8. 2003 zur Änderung des Glücksspiel- und Lotterierechts (*Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningene*). Das Automatenglücksspiel fällt nunmehr unter das strenge monopolistische Regime des Glücksspielgesetzes (*lov 28. august 1992, nr. 103*).

¹³⁵ Die Entscheidung des *Høyesterett* wurde am 26. Juni 2007 (n° 2005/1320) im Sinne der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs getroffen.

¹³⁶ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-1/06, 14. 3. 2007, *Gaming Machines*.

¹³⁷ Vgl. insb. EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 51, 52.

¹³⁸ EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 19. Im Umkehrschluss aus der EuGH-Rechtsprechung zur Akzessorietät des Ziels der Einkünftegenerierung zu Zwecken des öffentlichen Interesses (vgl. insb. EuGH *Zenatti* und *Gambelli*) folgt, dass die bezweckte Reduzierung solcher Einkünfte nicht zu den Gründen gehört, die eine Rechtfertigung tragen oder ausschließen. Vgl. EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 37 und 40: „The *Zenatti* judgement cannot be understood to the effect that the Norwegian legislation in question would a priori be rendered unacceptable by the fact that one of the aims of the legislation is to limit the reduction in revenue for humanitarian and socially beneficial causes.[...] Based on the above, the Court concludes that limiting the reduction in revenues for humanitarian and social causes from machine gaming was not the real justification, within the meaning of *Zenatti*, for the restrictive policy adopted, but a beneficial consequence which is incidental in the meaning that it is accessory. [...] [T]his does not, however affect the overall legitimacy of the motives behind the contested legislation.“

Staates zur Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit seiner Maßnahmen,¹³⁹ die bereits in den Entscheidungen *Restamark*¹⁴⁰ und *EFTA Surveillance Authority v. Iceland*¹⁴¹ hervorgehoben worden war.

Ziel des norwegischen Gesetzgebers ist es in erster Linie, Verbraucher zu schützen und Kriminalität zu bekämpfen. In Norwegen werden durch die neue Gesetzgebung im Automaten Sektor diese Ziele nachweislich *beide* verfolgt, und es stand nicht die Frage der Ziel-Mittel-Kohärenz, sondern allein die Frage der Erforderlichkeit des Monopols im Raum. Im fraglichen Sektor wurden im Hinblick auf das Ziel der Spielsucht bekämpfung ein hohes Abhängigkeitsrisiko ausreichend belegt¹⁴² und gerade keine Inkohärenzen festgestellt.¹⁴³

Das Gericht sah die Entscheidung für ein Monopol zwar als verhältnismäßig an, da private Anbieter, selbst wenn sie karitative Zwecke verfolgten, gegen Gewinnstreben nicht immun seien und einen geringeren Schutz der suchtsgefährdeten Spieler gewährleisten würden als ein zudem leichter zu kontrollierender staatlicher Monopolist.¹⁴⁴ Hingegen schien die Erforderlichkeit des Monopols zur Verbrechensbekämpfung dem Gericht gerade nicht ausreichend nachgewiesen.¹⁴⁵ Der Gesetzgeber habe die Verhältnismäßigkeit des Monopols zum Ziel der Vermeidung von Kriminalität im Glücksspielsektor jedoch zu belegen.¹⁴⁶ Anders als der EuGH in *Placanica* überließ der EFTA-Gerichtshof die Letztentscheidung über die Verhältnismäßigkeit des Monopols im Lichte der Verbrechensbekämpfung nicht den nationalen Gerichten, sondern traf sie selbst – wo kein Nachweis des Gesetzgebers, da auch keine ausreichende Rechtfertigung. An der Zulässigkeit des Monopols änderte dies letztlich nichts, da es aus Verbraucherschutzgründen als erforderlich erachtet wurde.

2.2.2 Konkretisierung der Kontrolle

Wesentlich konkretere Hinweise erteilte der EFTA-Gerichtshof insbesondere in seiner zweiten Entscheidung *Ladbroke's Ltd.* vom 30.5.2007. In dieser Entscheidung ging es insbesondere um eine Beurteilung staatlicher Monopole im Lichte der Grundfreiheiten, eine Beschränkung der Lizenzerteilung auf bestimmte Anbieter (konkret auf Organisationen, die nicht-lukrative Zwecke verfolgen oder sich bestimmten z. B. sozialen Zwecken widmen), den Rechtfertigungsgrund der Vermeidung privaten Profitstrebens und die Frage des Glücksspielverbotes mangels inländischer, aber trotz ausländischer Lizenz.

¹³⁹ EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 31.

¹⁴⁰ EFTA-Gerichtshof, E-1/04, *Restamark*, Slg. 1994-1995, 15, Rn. 60.

¹⁴¹ EFTA-Gerichtshof, E-1/03, *EFTA Surveillance Authority v. Iceland*, Slg. 2003, 143, Rn. 34, 35. Zur EuGH-Rspr. vor allem EuGH, Rs. C-42/02, 13.11.2003, *Lindman*, Slg. 2003, I-13519, Rn. 25, 26.

¹⁴² EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 45: „Studies in the field of gambling presented to the Court point at gaming machines as the single most potentially addictive form of gambling.“

¹⁴³ EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 38, 43.

¹⁴⁴ „Through its ownership role the State has additional ways of influencing the behaviour of the operators besides public law regulations and surveillance“, EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 51.

¹⁴⁵ EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 50: „[T]he Defendant has failed to demonstrate that a licensing scheme allowing private operators, if necessary with more restrictive rules on who may qualify, will not be equally effective as an exclusive right [...] in preventing money laundering and embezzlement.“

¹⁴⁶ EFTA-Gerichtshof, E-1/04, *Restamark*, Rn. 60 ; EFTA-Gerichtshof, E-1/03, *EFTA Surveillance Authority v. Iceland*, Slg. 2003, 143, Rn. 34, 35.

Auch in diesem Verfahren wurde wiederholt betont, dass die Beweislast für die Rechtfertigung grundfreiheitenbeschränkender Maßnahmen beim Gesetzgeber liege¹⁴⁷ und die von ihm angeführten Rechtfertigungsgründe einer Gesamtbetrachtung unterlägen.¹⁴⁸ Auch der EFTA-Gerichtshof unternimmt hinsichtlich der rechtfertigenden Wirkung der Schutzziele staatlicher Regelungen eine genaue Untersuchung und eine Kohärenzprüfung der getroffenen Maßnahmen im Lichte jedes einzelnen Zieles, so auch zur Rechtfertigung durch das Argument der Vermeidung privaten Profitstrebens, das zum Gegenstand einer eigenen Vorlagefrage wurde. Dieses könne nur dann tragen, wenn die staatlichen Maßnahmen, die dieses Ziel verfolgen, tatsächlich auch die moralischen Bedenken zu erkennen geben, auf die sie sich berufen. „If a State owned monopoly is allowed to offer a range of gambling opportunities, the measure cannot be said to genuinely pursue this aim.“¹⁴⁹

Zwar schließt er sich im übrigen insoweit dem EuGH an, als eine im Hinblick auf ein Ziel nicht kohärente Maßnahme gleichwohl zur Erreichung eines anderen Zieles geeignet sein kann,¹⁵⁰ zeigt durch wesentlich weiterreichende allgemeingültige Vorgaben zur Prüfung der Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen jedoch deutlicher als der EuGH, dass eine inkonsistente Politik im Ergebnis gleichwohl zur Unverhältnismäßigkeit der nationalen Maßnahmen führen kann, und relativiert dadurch die zur *Placanica*-Entscheidung geäußerten Bedenken.¹⁵¹

Hinsichtlich der Frage der Erforderlichkeit nationaler Maßnahmen (hier: eines Monopols) wird zunächst vorab klargestellt, dass diese einer gerichtlichen Prüfung unterliegen kann und muss: „Even though the Contracting Parties do have discretion in setting the level of protection in the field of gambling this does not mean that the measures are sheltered from judicial review as to their necessity.“¹⁵² Angesichts der bisherigen nationalen Gerichtspraxis war dieser Hinweis auch erforderlich.¹⁵³

Zugleich wird bei Vorhandensein vergleichbar wirksamer Alternativen klargestellt, dass ein „exclusive rights system could not be considered necessary simply because it might offer an even higher level of protection.“ Dies scheint das häufig geäußerte Argument, ein staatliches Monopol sei letztlich die „effektivere Variante“, zu relativieren und pauschaler Betrachtung ein Stück weit entgegenzuwirken.¹⁵⁴

Zur Prüfung der Erforderlichkeit im einzelnen wird es dann konkret: Wenn durch viele Spielmöglichkeiten und Anreize ein hohes Spielniveau und *de facto* ein geringes Schutzniveau herrscht, ist dies ein generelles Argument gegen Monopolstrukturen, denn umso wahrscheinlicher wird es, dass auch ein Lizenzsystem ausreichenden Schutz bietet.¹⁵⁵ Zur Beurteilung dieser Problematik sind verschie-

¹⁴⁷ EFTA-Gerichtshof, *Gaming Machines*, Rn. 31, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 42.

¹⁴⁸ EFTA-Gerichtshof, *Gaming Machines*, Rn. 34, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 44.

¹⁴⁹ EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 48.

¹⁵⁰ EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 54, EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04 *Placanica*, Rn. 55.

¹⁵¹ Vgl. oben unter 2.1.4.

¹⁵² EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 55.

¹⁵³ Vgl. oben unter 2.1.3.

¹⁵⁴ EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 58, als Präzisierung bzw. Relativierung von EuGH, Rs. C-124/97, *Lääri*, Rn. 41 aber auch von EFTA-Gerichtshof, E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 51. Vgl. hierzu auch die Argumentation des BVerfG, 26. 3. 2007, 1 BvR 2228/02, ein Monopol bekämpfe die Gefahren der Spielsucht „effektiver“, die im Lichte dessen fraglich wird.

¹⁵⁵ EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 59.

dene Vorgaben zu berücksichtigen, so die Anzahl der Spielangebote pro Woche oder Tag, die Zahl der Spielannahmestellen, die Marketing-Aktivitäten, die Höhe der Werbeausgaben, die Wirkungen der Werbung, insbesondere im Hinblick auf die Beeinflussbarkeit der jeweiligen Zielgruppe, die Werbebeschränkungen, die Entwicklung neuer Spielmöglichkeiten durch den Monopolisten.¹⁵⁶ Auch das Argument der Kanalisierung des Spieltriebs reiche allein nicht aus: Es sei auch hier zu prüfen, inwieweit nicht ein Lizenzsystem in gleich effektiver Weise vermag, diese Kanalisierung zu bewirken.¹⁵⁷

Wie weit die Untersuchungspflicht auf nationaler Ebene reichen soll, bevor die Erforderlichkeit der strengen nationalen Lösung bejaht werden kann, verdeutlichen insbesondere folgende Vorgaben: Das nationale Gericht habe auch zu prüfen, ob der staatliche Monopolist wirklich geringere Interessen finanzieller Art verfolge, das Glücksspiel effektiv zu vermarkten, als ein privater Anbieter unter einem Lizenzsystem.¹⁵⁸ Weiter sei zu untersuchen, inwieweit eine effektive Kontrolle der Tätigkeit des Monopolisten möglich und gegenwärtig gewährleistet ist und ob eine vergleichbare Kontrolle nicht auch hinsichtlich privater Anbieter möglich wäre.¹⁵⁹ Dass dem Staat hierbei die Beweislast obliegt, wurde bereits erwähnt.¹⁶⁰

Einem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung ausländischer Lizenzen wurde hingegen eine ausdrückliche Absage erteilt, da das Schutzniveau nicht in allen Staaten gleich hoch sei.¹⁶¹ Allerdings sei bei der Erteilung inländischer Lizenzen zu berücksichtigen, dass der ausländische Anbieter bereits die Anforderungen an die Lizenzerteilung im Ausland erfüllt habe.¹⁶² Deckungsgleiche inländische Anforderungen müssten daher als erfüllt gelten. Da auch hier der Grund dieser Lösung in einem höheren Schutzstandard des jeweiligen Staates liegt, fragt sich allerdings, ob diese Argumentation auch dort trägt, wo dieser höhere Schutz *de facto* nicht gewährt wird.

3. Lösungswege

3.1 Der verschlungene Weg über das Primärrecht

Es herrscht noch zuwenig Klarheit darüber, dass Ausnahmen zu den primärrechtlich garantierten Grundfreiheiten des EG-Vertrages und des EWR-Abkommens streng zu beurteilen sind und die Nachweispflichten der Mitgliedstaaten hier sehr weit rei-

¹⁵⁶ EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn 59 ff., insb. Rn. 61.

¹⁵⁷ EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 59.

¹⁵⁸ So die Frage des Gerichts nach „[...] less economic incentives to breach the rules regulating the sector of games of chance or less of an interest in aggressive marketing strategy than a commercial operator“, EFTA-Gerichtshof, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 62.

¹⁵⁹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-03/06, *Ladbrokes Ltd.*, Rn 59 ff., insb. Rn. 61 und 62.

¹⁶⁰ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-03/06, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 42. und Rs. E-1/06, *Gaming Machines*, Rn. 31

¹⁶¹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-03/06, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 85.

¹⁶² EFTA-Gerichtshof, Rs. E-03/06, *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 86: „However, national measures must not be excessive in relation to the aims pursued. This would be the case if the requirements to which the issue of a licence is subject coincided with the requirements in the home State. [T]he Contracting Party in which the service is to be provided [...] must take into account the requirements already fulfilled by the provider of the services for the pursuit of activities in the home State“, unter Berufung auf EuGH, Rs. C-279/80, *Webb*, Slg. 1981, 3305, Rn. 19-21.

chen.¹⁶³ Die Frage der Verhältnismäßigkeitskontrolle der nationalen Maßnahmen seitens der nationalen Gerichte war stets problematisch und bleibt ohne detaillierte Kriterien und Methodiken häufig ein Glücksspiel.¹⁶⁴ Obliegt den Mitgliedstaaten die Letztentscheidung über die EG-rechtliche Beurteilung ihrer Maßnahmen, bedeutet dies nicht, dass es reicht, Maßnahmen mit Rechtfertigungsgründen zu belegen und im übrigen von einem weiten Ermessensspielraum auszugehen: „they are not sheltered from judicial review as to their necessity.“¹⁶⁵ Lediglich die Rechtsprechungskompetenz der europäischen Gerichtshöfe endet hier, da sie nicht selbst über die Vereinbarkeit des jeweiligen nationalen Rechts mit dem EG-Vertrag zu befinden haben.¹⁶⁶

Für die Entscheidungsfindung auf nationaler Ebene gab es jedoch seitens des EuGH stets zu wenige und zu ambivalent formulierte Anhaltspunkte;¹⁶⁷ auch die *Placanica*-Entscheidung bleibt in ihrer Hinweiskraft teils vage. Beunruhigend ist vor allem, dass die Bedeutung der Inkohärenz nationaler Regelungen im Lichte des Verbraucherschutzes durch Alternativziele relativiert zu werden scheint. Ein klärender Schritt in die richtige Richtung scheint hingegen das Urteil des EFTA-Gerichtshofs in der Rechtssache *Ladbroke's Ltd.*, das neben der Betonung der Beweislast zu Lasten des Staates präzisere Anforderungen an die Erforderlichkeitskontrolle nationaler Maßnahmen formuliert, die in dieser Deutlichkeit noch nicht angesprochen wurden. Sie bereiten einer umfassenderen kritischen Auseinandersetzung mit nationalen Restriktionen den Weg, weil sie klare Hinweise enthalten insbesondere auch darauf, dass Inkohärenzen der nationalen Politik nicht nur bei der Frage der Geeignetheit nationaler Maßnahmen zur Erreichung der intendierten Ziele, sondern auch in der Erforderlichkeitsprüfung Berücksichtigung finden.¹⁶⁸

Bislang zeichnet sich seit den jüngsten Urteilen noch keine Klärung der Rechtslage durch die Luxemburger Rechtsprechung ab – jedenfalls nicht in Deutschland.¹⁶⁹ So wird etwa vertreten, die Anerkennung ausländischer Lizenzen sei nach *Placanica* obsolet.¹⁷⁰ Weiter hört man, die Frage der Kohärenz nationaler Glücksspielpolitik bestimme sich ausschließlich sektorweit.¹⁷¹ Andererseits werden jedoch gerade die

¹⁶³ Keinesfalls handelt es sich hier um eine Art Suspendierung der Grundfreiheiten entgegen in diese Richtung gehenden Erwägungen des OVG Münster, 4 B 961/06, 28.6.2006, EuZW 2006, 603, und des VGH Kassel, 11 TG 1465/06, 25.7.2006, NVwZ 2006, 1435). Siehe auch die Urteilsanmerkung von *Reichert/Winkel Müller* [8], S. 215.

¹⁶⁴ Aufgrund des Gewichts der jeweiligen Interessen sind zu unklar formulierte europäische Richtersprüche bei ihrer Übertragung auf die jeweilige nationale Ebene der Gefahr subjektiver Färbung ausgesetzt: staatliche Monopolisten können hierin eine Bestätigung ihrer Aktivität sehen, hoffnungsvolle private Anbieter hieraus hingegen zugleich Anhaltspunkte für eine Liberalisierung des Marktes schöpfen.

¹⁶⁵ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/06, *Ladbroke's Ltd.*, Rn. 55.

¹⁶⁶ Vgl. EuGH Urteil vom 7. Juli 1994 in der Rs. C-130/93, *Lamaire*, Slg. 1994, I-3215, Rn. 10; Rs. C-63/94, 11.8.1995, *Belgapom*, Slg. 1995, I-2467, Rn. 7; Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 19; zuletzt EuGH Rs. C-506/04, 19.6.2006, *Wilson*, Slg. 2006, I-8613, Rn. 34 und 35.

¹⁶⁷ Insb. EuGH, Rs. C-506/04, 19.6.2006, *Wilson*, Slg. 2006, I-8613, Rn. 34 und 35.

¹⁶⁸ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/06, *Ladbroke's Ltd.*, Rn. 59-62.

¹⁶⁹ Vgl. die unterschiedlichen Ansichten z. B. des OVG Saarlouis, 3 W 18/06, 4.4.2007 zur noch immer inkohärenten Politik staatlicher Anbieter (keine ausreichende Eindämmung der Spielgelegenheiten, keine ausreichende Suchtprävention wegen der Vielzahl von Lotto-/Wettannahmestellen); hiergegen das OVG Rheinland-Pfalz, 2.5.2007 – 6 B 10086/07, bzw. das Verwaltungsgericht Bremen, 5 V 796/07, 3.5.2007, welche die gegenteilige Ansicht vertreten.

¹⁷⁰ VGH BW, 6 S 1972/06, 28.3.2007; ähnlich BGH KVR 31/6, 8.5.2007 im Zuge seiner Antwort auf den Beschluss des Bundeskartellamtes, B 10 – 92713 – Kc 148/05, 23.8.2006.

¹⁷¹ OVG Hamburg, 1 Bs 378/69.3.2007.

fehlende sektorübergreifende Kohärenz des deutschen Glücksspielrechts bemängelt und vor allem die mangelnden Nachweise und Untersuchungen zum Gefährdungspotential im Sportwettenbereich betont.¹⁷² Für die mangelnde Erforderlichkeit von Monopolstrukturen wird mit den Gegebenheiten in anderen Sektoren argumentiert, insbesondere dem Spielbankenbereich, der das System einer behördlichen Kontrolle privater Anbieter vorlebe, die man dort teils zulässt.¹⁷³ Das VG Gießen hat diese Argumente, die in der Sache die Vermittlung von Sportwetten an einen österreichischen Anbieter betrifft, allerdings nicht zur Grundlage einer Entscheidung werden lassen, sondern zum Anlass für eine Vorlage an den EuGH genommen.¹⁷⁴ Es besteht auch weiterhin Klärungsbedarf.

Ob angesichts der von der Kommission im Hinblick auf Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EG eingeleiteten 16 Vorverfahren gegen zehn Mitgliedstaaten künftig mehr Klarheit geschaffen werden wird, bleibt offen.¹⁷⁵ Die beachtliche Zahl der Vertragsverletzungsverfahren mag zugleich auch eine Reaktion auf die mit Ausnahme der italienischen Verfahren bislang auffallende Zurückhaltung bei Vorabentscheidungsverfahren sein, die sich erst seit kurzem zu wandeln scheint.

Die Ereignisse überschlagen sich hier fast: Im bereits vor dem Gerichtshof anhängigen Verfahren C-260/04 gegen Italien wurde seitens der Generalanwältin die Verurteilung Italiens wegen Verstoßes gegen die Artt. 43, 49 EG beantragt, da dort Pferdewettkonzessionen ohne Ausschreibung erneuert wurden.¹⁷⁶ Das Ende Juni 2007 eingeleitete und bereits zweite Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich weckte jüngst auf nationaler Ebene bereits Befürchtungen in der Tagespresse: „Monopole: Bruxelles menace le PMU et la Française des Jeux“.¹⁷⁷

Unabhängig von diesen Erwägungen drängt sich auf primärrechtlicher Ebene im übrigen auch noch eine weitere Frage auf, die im Zusammenhang mit der jüngeren EuGH-Rechtsprechung in andern sensiblen Bereichen außerhalb des Glücksspielsektors steht. Warum zeigt sich nur wenig Kohärenz zwischen der gemeinschaftsrechtlichen Betrachtung des Glücksspielsektors im Vergleich zu anderen Bereichen, in welchen für die Verbraucher ein ähnliches Gefährdungspotential und daher gewisse Parallelen bestehen?

Am 5. Juni 2007 hat der EuGH auf Vorlage des schwedischen *Högsta domstol* in der Rechtssache C-170/04 *Rosengren u. a.*¹⁷⁸ zum schwedischen Staatsmonopol im Alkoholeinzelhandel entschieden, dass es gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt.

¹⁷²) Vgl. die Argumentation des VG Gießen, 10 E 13/07 vom 7. 5. 2007.

¹⁷³) VG Gießen, 10 E 13/07 vom 7. 5. 2007.

¹⁷⁴) VG Gießen, 10 E 13/07 vom 7. 5. 2007.

¹⁷⁵) Die Kommission hat insgesamt 16 Vorverfahren im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG gegen zehn Mitgliedstaaten eingeleitet. Siehe zu den Verfahren die Kurzinformationen unter IP/06/436, 4. 4. 2006, gegen Dänemark, Finnland, Deutschland, Ungarn, Italien, die Niederlande und Schweden (Sportwetten); IP/06/1362, 12. 10. 2006, gegen Österreich, Frankreich und Italien (Casinos und Sportwetten); IP/07/360, 21. 3. 2007, gegen Dänemark, Finnland und Ungarn (Sportwetten); IP/07/909, 27. 6. 2007, gegen Frankreich, Griechenland und Schweden (Sportwetten). Das Verfahren gegen Deutschland betrifft den Staatsvertrag zum Lotteriewesen aus dem Jahr 2004 (Vertragsverletzungsverfahren 2003/4350).

¹⁷⁶) Zum bereits vor dem EuGH anhängigen Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien in der Rs. C-260/04, *Kommission/Italien*, vgl. die Schlussanträge von *Generalanwältin Sharpston* 29. 3. 2007 (abrufbar unter www.curia.europa.eu).

¹⁷⁷) *L'Express*, 27. 6. 2007, vgl. IP/07/909 zum Vorverfahren gegen Frankreich, 27. 6. 2007.

¹⁷⁸) EuGH, Rs. C-170/04, 5. 6. 2007, *Rosengren u. a.* (noch nicht in aml. Slg. abgedruckt, einsehbar unter www.curia.europa.eu).

Bislang erforderte ein Privatimport von Alkoholika nach Schweden die Zwischenschaltung einer vollständig vom schwedischen Staat gehaltenen Aktiengesellschaft (*Systembolag*);¹⁷⁹ der Alkoholkonsum wurde aus Verbraucher- und Jugendschutzgründen kanalisiert. Dieses Monopol stellt nach Ansicht des EuGH eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung und somit eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit dar. Es stelle zudem eine zur allgemeinen Limitierung des Alkoholkonsums ungeeignete Maßnahme dar und wurde überdies auch im Lichte des Jugendschutzes als unverhältnismäßig angesehen.

Die Ausführungen in der Urteilsbegründung sind im Vergleich zur Rechtsprechung im Glücksspielrecht durchaus interessant. So heißt es zum Ziel der Verringerung des Alkoholkonsums: „Zwar verringert das für Privatpersonen bestehende Verbot der unmittelbaren Einfuhr alkoholischer Getränke die Angebotsquellen für den Verbraucher und kann in gewissem Umfang dazu beitragen, den schädlichen Wirkungen dieser Getränke wegen der Beschaffungsschwierigkeiten vorzubeugen, doch bleibt dem Verbraucher gemäß Kapitel 5 § 5 des Alkoholgesetzes die Möglichkeit, diese Waren beim Systembolag zu bestellen.“¹⁸⁰

Weiter heißt es: „Daher erweist sich das für Privatpersonen bestehende Verbot der unmittelbaren Einfuhr alkoholischer Getränke als Mittel der Begünstigung eines Vertriebskanals für diese Waren, indem die Nachfrage nach Getränken, die eingeführt werden müssen, auf das Systembolag hingelenkt wird. Dagegen muss dieses Verbot zur Erreichung des Zwecks, nämlich der allgemeinen Beschränkung des Alkoholkonsums zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, als ungeeignet betrachtet werden, weil seine Auswirkungen in dieser Hinsicht eher beiläufig sind.“¹⁸¹ Im Glücksspielbereich scheint eine solche Schlussfolgerung undenkbar, obwohl gewisse Parallelen erkennbar sind.

Zum Ziel des Jugendschutzes heißt es: „Das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Einfuhrverbot gilt jedoch unabhängig vom Alter. Daher geht es offensichtlich über das hinaus, was im Hinblick auf das angestrebte Ziel des Schutzes der Jugend gegen die schädlichen Folgen des Alkoholkonsums notwendig ist.“

Und weiter zur mitgliedstaatlichen Nachweispflicht: „Aus den Informationen, über die der Gerichtshof verfügt, ergibt sich, dass das Systembolag zwar grundsätzlich [...] das Alter der Käufer kontrolliert, dass es aber auch andere Regelungen für den Vertrieb der alkoholischen Getränke gibt, die die Verantwortung für diese Kontrolle Dritten übertragen. [...] Im übrigen ist eine solche Kontrolle nicht eindeutig nachgewiesen und überprüfbar [...] Unter diesen Umständen ist eine Alterskontrolle der Personen, an die diese Getränke abgegeben werden, die in keinem Fall Zweifel an ihrer Wirksamkeit zulässt, nicht vollständig gesichert, so dass das mit dem gegenwärtigen System verfolgte Ziel nur unvollständig verwirklicht wird.“¹⁸² Nach einer konkreten Betrachtung ebenso wirksamer und weniger beeinträchtigender Regelungen wird schließlich entschieden¹⁸³: „Somit ist nicht nachgewiesen, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verbot ein verhältnismäßiges Mittel ist, um das Ziel des Schutzes der Jugend gegen die schädlichen Auswirkungen des Alkoholkon-

¹⁷⁹⁾ Kapitel 4 (insb. Art. 2) und Kapitel 5 (insb. Art. 5) des schwedischen Alkoholgesetzes.

¹⁸⁰⁾ EuGH, Rs. C-170/04, 5. 6. 2007, *Rosengren* u. a., Rn. 45.

¹⁸¹⁾ EuGH, Rs. C-170/04, 5. 6. 2007, *Rosengren* u. a., Rn. 47.

¹⁸²⁾ EuGH, Rs. C-170/04, 5. 6. 2007, *Rosengren* u. a., Rn. 53, 54.

¹⁸³⁾ EuGH, Rs. C-170/04, 5. 6. 2007, *Rosengren* u. a., Rn. 55, 56.

sums zu erreichen¹⁸⁴ – ein sehr deutlicher Hinweis auf die Beweislast des Staates im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle.

Natürlich kann man diesen Sachverhalt mit der glücksspielrechtlichen Problematik nicht völlig zur Deckung bringen. Betrachtet man jedoch die Klarheit der formulierten Anforderungen und das eindeutige Ergebnis, so drängt sich doch die Frage auf: Misst man hier berechtigt mit zweierlei Maß?

Im übrigen ist eine primärrechtliche Prüfung des Glücksspielrechts nicht auf die Grundfreiheiten beschränkt. Parallel zur Grundfreiheitenproblematik steht auch die Frage einer Kartellrechtswidrigkeit nationaler Monopolstrukturen im Raum. Verstöße nationaler Glücksspielvorschriften gegen die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts wurden durch nationale Gerichte bereits bejaht.¹⁸⁵ Die Kontrolle nationalen Glücksspielrechts anhand des Primärrechts weitet sich zur Dauerbeschäftigung aus.

3.2 Der langfristige Weg über das Sekundärrecht

Generalanwalt Colomer hielt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Placanica* „angesichts der betroffenen Bereiche eine Harmonisierung auf diesem Gebiet im Rahmen der Zuständigkeit der Gemeinschaft, für die es hinreichend Gelegenheiten gab,“ für angebracht.¹⁸⁶ Bislang blieben alle Harmonisierungsmöglichkeiten, die sich insbesondere mit der E-commerce-Richtlinie¹⁸⁷ und der Dienstleistungsrichtlinie¹⁸⁸ bereits gestellt hatten, ungenutzt.

Wirklich realistisch scheint eine Harmonisierungsperspektive derzeit allerdings nur in Teilbereichen, so etwa im Bereich der Lizenzierung von Anbietern. Auch wenn einer allgemeinen gegenseitigen Anerkennung mitgliedstaatlicher Lizenzen im Binnenmarkt eine Absage erteilt zu werden scheint,¹⁸⁹ obgleich es mehrere Ansätze hierfür gab,¹⁹⁰ scheint es sinnvoll, zumindest über ein europaweit einheitliches Lizenz- und Kontrollsystem nachzudenken. Auch angesichts der in der Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit geforderten Anerkennung der im Heimatstaat erfüllten Genehmigungsvoraussetzungen im internen Genehmigungsverfahren für ausländische Anbieter, die besonders im jüngsten Urteil des EFTA-Gerichtshofs betont wurde,¹⁹¹ wäre eine gemeinsame Grundlage für Lizenzverfahren ein sinnvoller erster Schritt,¹⁹²

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-170/04, 5. 6. 2007, *Rosengren u.a.*, Rn. 57.

¹⁸⁵ Zu dieser Problematik aus der Sicht der deutschen Rechtsprechung: Bundeskartellamt, B 10 – 92713 – Kc 148/05, 23. 8. 2006; OLG Düsseldorf VI Kart 15/06, 23. 10. 2006 und BGH, KVR 31/06, 8. 5. 2007 zum landesrechtlichen Erlaubnisvorbehalt für den Internetvertrieb staatlicher Lottogesellschaften. Vgl. insb. die Argumentation zu Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG.

¹⁸⁶ Schlussanträge in den verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica u.a.*, Rn. 144.

¹⁸⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178, 17. 7. 2000, S. 1 ff.

¹⁸⁸ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376, 27. 12. 2006, S. 36–68.

¹⁸⁹ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/06, 30. 5. 2007, *Ladbroke Ltd.*, insb. Rn. 84.

¹⁹⁰ So zaghaft EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Rn. 73. Vgl. auch EuGH, Rs. C-222/95, *Parodi* und Rs. C-369/96, C-376/96, *Arblade* und insbesondere *Generalanwälte Alber und Colomer*, Schlussanträge in der Rs. C-243/01 *Gambelli*, Rn. 118 und den verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica u.a.*, Rn. 150.

¹⁹¹ So zuletzt deutlich EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/06, 30. 5. 2007, *Ladbroke Ltd.*, Rn. 86.

¹⁹² Vgl. zu den Unterschieden nationaler Lizenzverfahren auch *Aronovitz* [1], S. 33ff.

denn die Prüfung gemeinsamer Voraussetzungen für in- und ausländische Genehmigungen bleibt angesichts dieser Forderung ohnehin nicht aus.

Langfristig werden die Mitgliedstaaten der EU (und des EWR) um eine gegenseitige Annäherung wohl nicht herumkommen, um in einem boomenden globalen *Online-Gambling*-Markt mit einer Stimme sprechen zu können. Sie werden wohl oder übel von den Fakten überholt, denn das Internet überwindet die Bastionen nationalen Glücksspielrechts und schafft zwangsläufig einen grenzüberschreitenden Markt, auf den angemessen reagiert werden muss. Noch gibt es hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Systeme zwei Extreme, einen liberaleren und einen strengen Pol,¹⁹³ die aber umso versöhnlicher erscheinen, je weniger im Glücksspielbereich soziale und moralische Werte und je mehr die Aspekte öffentlicher Sicherheit und Ordnung betont werden, wie es sich dies derzeit teils abzeichnet.¹⁹⁴

Politische Gespräche und wissenschaftliche Initiativen werden zudem zwangsläufig nicht nur auf EU-Ebene, sondern auch auf globaler Ebene stattfinden müssen, insbesondere im Kontext des GATS.¹⁹⁵ Die Brisanz der Thematik auf der WTO Ebene zeigte sich jüngst im Verhältnis der USA zu den rege tätigen Glücksspielanbietern in der Karibik.¹⁹⁶ Man sollte daher beginnen, ernsthaft nach gemeinsamen europäischen Lösungen zu suchen.

3.3 Der Beginn eines gemeinsamen Weges

Angesichts der bereits längst ein Jahrzehnt überschreitenden Rechtsprechungsgeschichte des EuGH im Glücksspielrecht sind zudem „informelle“ gemeinsame Maßnahmen überfällig und eine für alle Mitgliedstaaten akzeptable Perspektive. So sollte auf europäischer Ebene dringend eine koordinierte Erforschung des Glücksspielwesens angestrebt werden, die in allen Mitgliedstaaten einheitlichen Kriterien folgt¹⁹⁷ und die im übrigen angesichts der Beweislast der Mitgliedstaaten zur Begründung ihrer restriktiven nationalen Maßnahmen eine tragende Rolle spielt.

Auf rechtlicher wie wirtschaftlicher Ebene wurde auf Initiative der Kommission bereits ein Anfang gemacht und das Glücksspielrecht der EU-Staaten in einer rechtsvergleichenden Untersuchung aufgearbeitet, an die sich auch eine ökonomische Marktanalyse anschloss.¹⁹⁸ Erforderlich wäre nun eine umfassende statistische Erfassung

¹⁹³ Ein plastisches Beispiel sind bereits auf interner Ebene die beiden Entwürfe für einen neuen Glücksspielstaatsvertrag: Strenges Monopol gegen offenes Konzessionssystem, vgl. den Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 13. 12. 2006) und sein Gegenmodell, der Staatsvertrag zur Neuordnung des Sportwettenmarktes (Sportwettenstaatsvertrag), am 6. 3. 2007 vorgelegt, mittlerweile aber als gemeinsame Lösung zugunsten Ersterem verworfen.

¹⁹⁴ Vgl. nur EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica u.a.*, Rn.55.

¹⁹⁵ Siehe auch Art. II, XVI und XVII GATS und allgemein WTO Secretariat „The Agreements. Services: rules for growth and investment“ und „Services: GATS: The General Agreement on Trade in Services: Objectives, Coverage and Disciplines“, <http://www.wto.org>.

¹⁹⁶ Siehe zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten im Verhältnis zu Antigua. *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7. 4. 2005; und im Vorfeld *Pruzin* [7].

¹⁹⁷ Die Forderung wird auch verstärkt seitens der deutschen Gerichte gestellt, so OVG Nds., 11 ME 106/07, 2. 5. 2007 und VG Giessen, 10 E 13/07, 7. 5. 2007.

¹⁹⁸ Vgl. die vom ISDC erstellte Studie für die Kommission, *Study on Gambling*, http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm; und hierzu auch *Cashin-Ritaine/Lein* [3]. Bereits 1991 wurde eine erste Studie in Auftrag gegeben, vgl. *Coopers & Lybrand Europe* [4]

des Sektors einschließlich psychologischer und soziologischer Untersuchungen, die auf homogener Basis in allen Mitgliedstaaten erstellt werden. In erster Linie scheint hier die Europäische Kommission als Wegbereiterin angesprochen zu sein.

Bis zu einem Binnenmarkt für Glücksspieldienstleistungen ist es jedoch ein steiniger Weg voller Unwägbarkeiten und ohne Ankunftsgarantie. Ein gangbarer Weg ist das Ziel. In der Zwischenzeit wird jedenfalls ein Markt sicher seinen Weg gehen: der europäische Rechtsberatungsmarkt im Bereich des Glücksspielrechts, der seinerseits über die Einschränkungen der Artt. 49 und 43 EG weitgehend erhaben ist, auf seinem Weg aber von ihnen zehrt.

Literatur

1. Aronovitz, A.: Administrative Requirements to Run a Virtual Casino: The Place and Dimensions of E-Licensing, in: Institut Suisse de Droit Comparé (Hrsg.), Cross Border Gambling on the Internet, Lausanne, S. 33 ff. (2004)
2. Cashin-Ritaine, E., Lein, E.: La notion de proportionnalité appliquée au droit des jeux de hasard – Les cas Placanica et Autorité de surveillance de l’AELE c/Royaume de Norvège, *Annuaire Suisse de Droit Européen* 2006/2007 (im Druck)
3. Cashin-Ritaine, E., Lein, E.: Les jeux de hasard dans l’Union européenne, *Annuaire Suisse de Droit Européen* 2005/2006, Bern, S. 465 ff. (2006)
4. Coopers & Lybrand Europe, *Gambling in the Single Market – A Study of the Current Legal and Market Situation* (1991)
5. Ineichen, R.: Würfel, Zufall und Wahrscheinlichkeit. *Magdeburger Wissenschaftsjournal* 2, 39 (2002)
6. Métraux, B.: Introduction, in: Institut Suisse de Droit Comparé (Hrsg.), Cross Border Gambling on the Internet, Lausanne, S. 15 ff. (2004)
7. Pruzin, D.: Antigua seeks WTO Panel to examine U.S. Rules Restricting Online Gambling, in: *WTO Reporter*, 16.6.2003 (2003)
8. Reichert, R., Winkel Müller, M.: Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urteil vom 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04 – Placanica, Palazzese und Sorzicchio, *EuZW* 2007, 214 (2007)
9. Schütz, H.-J., Bruha, T., und König, D.: *Europarecht Casebook*, München (2004)
10. Zollinger, M.: *Geschichte des Glücksspiels. Vom 17. Jahrhundert bis zum Zweiten Weltkrieg*, Wien (1997)