

Von Univ.-Prof.
Dr. Christian Koenig,
LL.M. (LSE), Bonn
und Simon Ciszewski,
Bonn.

Mehr über die Autoren
erfahren Sie auf S. VIII.

Das Online-Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Lichte der Dienstleistungsfreiheit

Der Aufsatz befasst sich mit dem in § 4 Abs. 4 des Entwurfs eines Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland – Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) mit Stand vom 14. Dezember 2006 vorgesehenen Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet und seinen Ausnahmen nach § 4 Abs. 2, 4 i.V.m. § 25 Abs. 6 GlüStV und bewertet diese Regelungen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG in Ansehung des EuGH-Urteils in der Rechtssache *Placanica* vom 6. März 2007.

I. Einleitung

Die Frage nach der Vereinbarkeit des Online-Verbots mit dem Gemeinschaftsrecht ist von großer Bedeutung, da der Glücksspielmarkt im Internet – trotz teilweise unklarer Rechtslage – boomt und für die Veranstalter der jeweiligen Glücksspiele mit enormen Einnahmen verbunden ist.

Die einschlägigen Maßstäbe für die Prüfung von mitgliedstaatlichen Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung auf den Lotteriemarkten anhand der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH vor allem in den Entscheidungen *Schindler*¹, *Zenatti*², *Läärä*³, *Gambelli*⁴ und nun *Placanica*⁵ entwickelt.

II. Die Veranstaltung von Glücksspielen und Sportwetten im Internet als Dienstleistungen nach Art. 49 ff. EG

Im Jahre 1994 stellte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache *Schindler* fest, dass die Veranstaltung von Glücksspielen ganz allgemein als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist und damit – bei Grenzüberschreitung – grundsätzlich von der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG umfasst ist.⁶ In der 1999 ergangenen Entscheidung *Zenatti* hat der EuGH ausgeführt, dass Wetten auf den Ausgang sportlicher Ereignisse zwar mit Glücksspielen nicht gleichgestellt werden können, in Anbetracht der Höhe der Beträge der möglichen Einnahmen und der Gewinne aber mit denselben Gefahren verbunden und daher zumindest vergleichbar sind.⁷ Der EuGH bestätigte seine Rechtsprechung im Fall *Schindler* und stellte klar, dass die Bestimmungen des

EG-Vertrages auf Tätigkeiten Anwendung finden, die die Möglichkeit bieten, gegen Entgelt an einem Glücksspiel teilzunehmen. Eine solche Tätigkeit fällt, wenn sie grenzüberschreitend ausgeübt wird, in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG.⁸ In der „*Gambelli*-Entscheidung“ stellte der EuGH klarstellend fest, dass eine Tätigkeit, die darin besteht, die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats an in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Wetten teilnehmen zu lassen, auch dann zu den Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 EG gehört, wenn sich die Wetten auf ein in dem erstgenannten Mitgliedstaat veranstaltetes Sportereignis beziehen.⁹

Ferner stellte der Gerichtshof fest, dass Artikel 49 EG Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer mit Sitz in einem Mitgliedstaat über das Internet – und damit ohne Ortswechsel – in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Leistungsempfängern anbietet. Jede Beschränkung dieser Tätigkeiten stellt danach eine Beschränkung der freien Erbringung von Dienstleistungen dar.¹⁰ Das Gleiche gilt nach den Ausführungen des EuGH für das an Vermittler gerichtete Verbot, die Erbringung von

- 1 EuGH – Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 ff. – *Schindler*.
- 2 EuGH – Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 ff. – *Zenatti*.
- 3 EuGH – Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 ff. – *Läärä*.
- 4 EuGH – Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13076 ff. – *Gambelli*.
- 5 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04 – *Placanica*, Palazzese und Sorricchio.
- 6 EuGH – Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rn. 33–37 – *Schindler*.
- 7 EuGH – Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289, Rn. 18, 19 – *Zenatti*.
- 8 EuGH – Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289, Rn. 24 – *Zenatti*; EuGH – Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067, Rn. 27 – *Läärä*.
- 9 EuGH – Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13076, Rn. 52 – *Gambelli*.
- 10 EuGH – Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13076, Rn. 54 – *Gambelli*.

Wettendienstleistungen bei Sportereignissen zu erleichtern, die von einem Leistungserbringer organisiert werden, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem hat, in dem diese Vermittler ihre Tätigkeit ausüben. Ein solches Verbot stellt eine Beschränkung des Rechts des Buchmachers auf freien Dienstleistungsverkehr dar und zwar auch dann, wenn die Vermittler in demselben Mitgliedstaat ansässig sind wie die Empfänger dieser Dienstleistungen.¹¹ In seiner aktuellen „*Placanica*-Entscheidung“ vom 6. März 2007 hat der EuGH diese Feststellungen bestätigt.¹²

Die Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen und Sportwetten im und über das Internet stellen somit im Falle eines grenzüberschreitenden Sachverhalts durch die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG geschützte Tätigkeiten dar. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie). Die Richtlinie soll nach Art. 1 Abs. 1 einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt. Nach Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie ist eine gegenseitige Anerkennung der für Netzdienste geltenden einzelstaatlichen Bestimmungen vorgesehen. Nach Art. 4 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Aufnahme und die Ausübung der Tätigkeit eines Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft nicht zulassungspflichtig sind und keiner sonstigen Anforderung gleicher Wirkung unterliegen.

Jedoch findet die Richtlinie nach Art. 1 Abs. 6 lit. d keine Anwendung auf Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten. Eine entsprechende Ausnahmeregelung enthält auch Art. 2 Abs. 2 lit. h der Richtlinie 2006/123/EG (sog. Dienstleistungsrichtlinie).¹³ Ein sekundärrechtlicher Ausnahmereich darf aber nicht den primärrechtlichen Kern der Dienstleistungsfreiheit antasten. Vielmehr wird die Dienstleistungsfreiheit vollumfänglich gewährleistet. Der Kern der Dienstleistungsfreiheit besteht darin, dass Dienstleistungen grenzüberschreitend erbracht werden können und nicht faktisch unmöglich gemacht werden.

Angesichts der Tatsache, dass die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet für Veranstalter aus einem anderen Mitgliedstaat, gerade unter dem Gesichtspunkt der Kosten die beste und einfachste Möglichkeit darstellt, ihre Dienstleistungen Kunden in anderen Mitgliedstaaten anzubieten, würde das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV eine faktische Marktzugangssperre darstellen. Von der Dienstleistungsfreiheit bliebe nicht mehr viel übrig. Aufgrund des bestehenden stationären Vertriebssystems der inländischen Veranstalter mit etwa 26 000 (Wett-)Annahmestellen für den staatlichen Anbieter ODDSET, ist es völlig ausgeschlossen, dass ein Konkurrent aus einem anderen Mitgliedstaat, der über eine Erlaubnis seines Mitgliedstaates verfügt, mit diesem Vertriebssystem in Wettbewerb treten kann, wenn das Angebot über das Internet verboten ist.

III. Das Online-Verbot als Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit

Ob durch die Regelung des § 4 Abs. 2, 4 i.V.m. § 25 Abs. 6 GlüStV in die Dienstleistungsfreiheit eingegriffen wird, hängt davon ab, ob das Internetverbot eine Diskri-

minierung und/oder eine in sonstiger Weise beschränkende Maßnahme darstellt.

1. Verstoß gegen das Beschränkungsverbot

Das in den §§ 49 ff. EG enthaltene Beschränkungsverbot erfasst alle nichtdiskriminierenden unterschiedslos geltenden Maßnahmen des jeweiligen Bestimmungsstaates, die geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers zu unterbinden oder zu behindern und die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen weniger attraktiv zu machen.¹⁴ Durch das in § 4 Abs. 4 GlüStV enthaltene Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet wird den Glücksspielanbietern die Nutzung eines Vertriebswegs unmöglich gemacht, unabhängig davon, ob der Anbieter seinen Sitz im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat hat. Die Veranstaltung bzw. Vermittlung von Glücksspielen wird dem Anbieter zumindest erschwert, da er gezwungen ist, sich auf andere Vertriebswege zu beschränken.

Im Rahmen der Prüfung des Beschränkungsverbots stellt sich die Frage, ob die für den freien Warenverkehr entwickelte *Keck*-Rechtsprechung¹⁵ auf die Dienstleistungsfreiheit zu übertragen ist und so zu einer Einschränkung des Beschränkungsverbots führt. So beruht die in der *Keck*-Rechtsprechung entwickelte Bereichsausnahme auf einem Rechtsgedanken, der sich auf die anderen Marktfreiheiten erstrecken lässt.¹⁶ Die „*Keck*-Formel“ verengt das Spektrum verbotener, nichtdiskriminierender nationaler Beschränkungen von Vertriebsmodalitäten auf Maßnahmen, die den Marktzugang aus anderen Mitgliedstaaten behindern und belässt es für darüber hinausgehende Behinderungen bei einem Diskriminierungsverbot.¹⁷ Die Frage der Anwendbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung kann indes dahinstehen, da ein Marktzugangshemmnis jedenfalls gegeben ist. Durch ein Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet werden Veranstalter aus anderen Mitgliedstaaten wesentlich stärker als Veranstalter in Deutschland getroffen, da Letztere bereits über ein stationäres Vertriebssystem verfügen, das durch einen Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat erst noch aufgebaut werden müsste. Dies ist jedoch aufgrund der mit einem solchen Aufbau verbundenen Kosten praktisch nicht zu leisten. Aus diesen kostenstrukturellen Gründen ist das Internet für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten faktisch die einzige Möglichkeit, ihre Dienstleistungen Kunden in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat anzubieten. Ein Verbot der Veranstaltung und Vermittlung im Internet würde daher eine faktische Marktzugangssperre für diese Veranstalter bedeuten.

Der Marktzugang darf jedoch nicht nur theoretisch möglich sein. Der EuGH hat nun in der Rechtssache *Placa-*

11 EuGH – Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13076, Rn. 58 – Gambelli.

12 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04 – *Placanica*, Palazzese und Sorricchio.

13 In Art. 2 Abs. 2 lit. h heißt es: „Diese Richtlinie findet auf folgende Tätigkeiten keine Anwendung: [...] Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten ...“

14 EuGHE 1996, I/1905, Rn. 10 – Guiot; EuGHE 2002, I/787, Rn. 16 – *Portugaia Construcoes*.

15 EuGH 1993, I/6097, Rn. 14 ff. – *Keck* und *Mithouard*.

16 *Herdegen*, *Europarecht*, 8. Aufl. 2006, § 16 Rn. 10.

17 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 5. Aufl. 2006, Rn. 878.

nica entschieden, dass Art. 49 EG dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, „die Wirtschaftsteilnehmer mit der Rechtsform von Kapitalgesellschaften, deren Anteile auf reglementierten Märkten gehandelt werden, vom Glücksspielsektor ausschließt ...“¹⁸ Bei den wichtigsten Wirtschaftsteilnehmern der Gemeinschaft im Bereich der Glücksspiele handelt es sich um auf reglementierten Märkten notierte Kapitalgesellschaften.¹⁹ Im Sinne der Ausführungen des EuGH steht Art. 49 EG somit einem Online-Verbot als faktischem Marktausschluss entgegen. Konsequenz aus den Feststellungen des EuGH muss sein, dass es einem Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat – gleich welcher Rechtsform – nicht nur in rechtlicher Hinsicht durch Erhalt einer Konzession bei Erfüllung der an ihre Erteilung gestellten Voraussetzungen möglich sein muss, Glücksspiele anzubieten, sondern auch in faktischer Hinsicht. Denn die rechtliche Möglichkeit ist nur eine leere Hülse, wenn das Angebot faktisch unmöglich oder zumindest erheblich erschwert ist. Auch der EuGH stellt fest, dass das innerstaatliche Recht zu gewährleisten habe, dass die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.²⁰

Die Regelung des § 4 Abs. 4 GlüStV stellt mithin eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG dar.

2. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Der Gerichtshof sieht die Dienstleistungsfreiheit auch als Ausprägung des Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG an, das durch Art. 49 EG für besondere Anwendungsfälle konkretisiert wird.²¹ Als eine solche Konkretisierung des Art. 12 EG beinhaltet die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs daher ein Verbot aller tatbestandlichen Ungleichbehandlungen zwischen Inländern und Personen aus anderen Mitgliedstaaten, die auf der Staatsangehörigkeit beruhen und für die Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten zu Nachteilen führen.²²

In der Fassung vom 14. 12. 2006 lässt der Länderentwurf in § 25 Abs. 6 GlüStV für Lotterien Ausnahmen vom Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet (§ 4 Abs. 4 GlüStV) unter bestimmten, in § 25 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 GlüStV normierten Voraussetzungen zu. Nach diesen festgelegten Voraussetzungen ist der Ausschluss minderjähriger oder gesperrter Spieler zu gewährleisten (Nr. 1, 1. HS), die Richtlinien der Kommission für Jugendschutz (Nr. 1, 2. HS) und die in der Erlaubnis festgelegten Einsatzgrenzen (Nr. 2) sind zu beachten und Suchtanreize durch schnelle Wiederholung und die Möglichkeit interaktiver Teilnahme sind auszuschließen (Nr. 3). Außerdem soll sichergestellt werden, dass nur solche Personen teilnehmen können, die sich im Geltungsbereich der Erlaubnis aufhalten (Nr. 4) und ein an die besonderen Bedingungen des Internets angepasstes „Sozialkonzept“ entwickelt und eingesetzt wird (Nr. 5).

Eine Erlaubnis der Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien im Internet kann jedoch gem. § 25 Abs. 6 S. 1 GlüStV nur dann erteilt werden, wenn keine Versagungsgründe nach § 4 Abs. 2, 4 GlüStV vorliegen. Nach § 4 Abs. 2 S. 2 GlüStV darf die Erlaubnis nicht für das Vermitteln nach diesem Staatsvertrag nicht erlaubter Glücks-

spiele erteilt werden. Das bedeutet, dass eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien im Internet nur für diejenigen Veranstalter und Vermittler in Betracht kommt, die nach § 4 Abs. 1 GlüStV zugelassen sind. Für Veranstalter und Vermittler von Online-Lotterien mit in anderen Mitgliedstaaten erteilter Erlaubnis bleibt es bei der Regelung des § 4 Abs. 4 GlüStV, wonach die Veranstaltung und die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten sind.

Zwar knüpft die Ausnahmeregelung des § 25 Abs. 6 i. V. m. § 4 Abs. 2 GlüStV nicht unmittelbar an den Sitz oder die Niederlassung des jeweiligen Anbieters an und kann daher auch keine offene Diskriminierung darstellen. Neben offenen Diskriminierungsmaßnahmen umfasst das Diskriminierungsverbot des Art. 49 EG aber auch versteckte sowie faktische Diskriminierungen.²³ Versteckte Diskriminierungen sind solche, die durch die Art und Weise der Regelung bestimmter Sachverhalte den ausländischen Dienstleister nachteilig behandeln; das Diskriminierungsverbot erstreckt sich damit auch auf andere Unterscheidungsmerkmale als den Sitz bzw. die Niederlassung eines Unternehmens, sofern sie im Wesentlichen dieselben nachteiligen Wirkungen erreichen.²⁴ Faktische Diskriminierungen erfassen hingegen unterschiedslos anwendbare Regelungen, die den ausländischen Leistungserbringer oder den Empfänger einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in tatsächlicher Hinsicht stärker belasten oder benachteiligen.²⁵

Ein in einem anderen Mitgliedstaat zugelassener Veranstalter oder Vermittler hat nach dem Entwurf keine Möglichkeit, nach § 4 Abs. 1 GlüStV zugelassen zu werden. §§ 25 Abs. 6, 4 Abs. 2, 4 GlüStV sehen Ausnahmemöglichkeiten vom Online-Verbot jedoch nur für in Deutschland zugelassene Veranstalter und Vermittler vor. Dies stellt eine erhebliche Schlechterstellung der Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten im Vergleich zu nach dem GlüStV zugelassenen Veranstaltern dar. Mithin liegt eine versteckte Diskriminierung vor. Indem Online-Anbieter von Glücksspielen aus anderen Mitgliedstaaten durch das Online-Verbot vom deutschen Markt ferngehalten werden und Ausnahmen nur zugunsten der nach dem GlüStV zugelassenen Anbieter möglich sind, wird mithin gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 49 EG verstoßen.

IV. Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit

Eine Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen, die einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen, kann bei Vorliegen der – über den Verweis des Art. 55 EG

18 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 64 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

19 Vgl. EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 59 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

20 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 63 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

21 EuGHE 1974, 1405, Rn. 16 – Wallace; EuGHE 2004, I/2229, Rn. 21 – Kommission/Frankreich; EuGHE 1993, I/3777, Rn. 10 – Hubbard.

22 Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 17), Rn. 868.

23 EuGHE 1991, I/4069, Rn. 14, 15 – Mediawet; EuGHE 1991, I/4007, Rn. 10, 1 – Gouda; EuGHE 2003, I/13389, Rn. 21 – Schilling.

24 Vgl. Roth, in: Dausen: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: Oktober 2006, E. I Rn. 160 f.

25 Roth (Fn. 24), E. I Rn. 161.

auch für Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit gelten – in Art. 46 Abs. 1 EG genannten Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gegeben sein.

1. Verstoß gegen das Beschränkungsverbot

Vorliegend kommt eine Rechtfertigung in Anlehnung an die vom EuGH in der sog. *Cassis*-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses in Betracht. In einer nicht abschließenden Aufzählung nennt der EuGH als mögliche zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls eine wirksame steuerliche Kontrolle, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz.²⁶ Es dürfen dabei nur solche Maßnahmen an den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gemessen werden, die insoweit unterschiedslos Anwendung finden, als sie nicht diskriminierend für Inländer und Personen aus anderen Mitgliedstaaten gelten.²⁷ Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV betrifft sowohl Veranstalter und Vermittler mit Sitz in Deutschland als auch solche aus anderen Mitgliedstaaten.

Als zur Rechtfertigung der Regelung des § 4 Abs. 4 GlüStV in Betracht kommendes zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls kommt der Verbraucher- und Gesundheitsschutz in Betracht. In den Erläuterungen zum GlüStV wird zu dem grundsätzlichen Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet ausgeführt:²⁸ „Insbesondere vor dem Hintergrund der rechtlich gebotenen Ausrichtung des Wettangebotes am Ziel der Bekämpfung der Wertsucht hat das BVerfG die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internet als bedenklich angesehen, zumal gerade dieser Vertriebsweg keine effektive Kontrolle des Jugendschutzes gewährleistet. Die Anonymität des Spielenden und das Fehlen jeglicher sozialen Kontrolle lassen es unter dem Aspekt der Vermeidung von Glücksspielsucht als notwendig erscheinen, den Vertriebsweg „Internet“ grundsätzlich zu untersagen. Damit wird zudem eine Forderung der Suchtexperten erfüllt, die ein konsequentes Verbot von Internet-Wetten und Online-Glücksspielen verlangen.“ Damit soll das Verbot nach den Ausführungen der Länder der Gewährleistung des Jugendschutzes und der Bekämpfung von (Glücks-)Spielsucht dienen, mithin also dem Verbraucher- und Gesundheitsschutz. Eine Rechtfertigung kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Beschränkung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet.²⁹

a) Geeignetheit des Online-Verbots zur Zielerreichung

In Ziffer 49 der „*Placanica*-Entscheidung“ stellt der EuGH besonders auf das Erfordernis der Geeignetheit einer Beschränkung ab, indem er ausführt: „Daher ist gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen, ob die Beschränkung geeignet ist, die Verwirklichung des von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemachten Ziels oder der von ihm geltend gemachten Ziele zu gewährleisten, ...“³⁰ Fraglich ist somit, ob das Online-Verbot geeignet ist, die zu seiner Rechtfertigung angeführten Ziele zu erreichen.

aa) Jugend- und Spielerschutz

In einem Bericht des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport auf Anfrage der Fraktion der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD) betreffend das Internetspiel der Spielbank Wiesbaden heißt es auf die Frage, wie die Volljährigkeit der Mitspieler beim anonymen Internetspiel sichergestellt würde:³¹ „Ein „anonymes“ Internetspiel gibt es nicht. Im Internetspiel der Spielbank Wiesbaden kann nur mitspielen, wer sich vorher eindeutig identifiziert hat. Dabei werden die Anmelde Daten mit den Daten im vorzulegenden Personalausweis sowie überwiegend auch mit den Daten der zur Bezahlung verwendeten Kreditkarte abgeglichen. Dabei wird auch das Alter der Anmeldenden festgestellt.“ Ferner wird ausgeführt, dass „das Spielverhalten bei der Teilnahme am Internetspiel für die Spielbank sehr viel transparenter“ sei. Das „gesamte Spielverhalten eines Spielers beim Internetspiel“ werde „vollständig kontrolliert“. Dies sei „beim klassischen Spiel nicht möglich“. Daher sei die Teilnahme am Internetspielangebot „weder anonym noch unkontrolliert möglich“.

Bezüglich des Einwandes, dass es im Rahmen des Internetspiels keine „soziale Kontrolle“ gebe, wird angeführt, dass die Annahme, dass es beim klassischen Spiel eine solche Kontrolle gebe, nur bedingt zutrefte, da auch Spieler in die Spielbank kämen, ohne dass ihr direktes soziales Umfeld davon wisse. Unter der Prämisse, dass Spiele mit einer gewissen Taktfrequenz der Spielabfolge ausgenommen werden und der Einrichtung eines Selbst- und Fremdsperrungssystems, führt die Landesregierung aus:³² „Konkrete Erkenntnisse darüber, dass von diesem Internetangebot unter diesen Rahmenbedingungen Suchtgefahren ausgehen, liegen der Landesregierung bisher nicht vor.“

Nach all dem lässt sich festhalten, dass der Veranstaltungs- und Vertriebsweg „Internet“ offensichtlich nicht den Einwänden begegnet, die in den Erläuterungen des GlüStV vorgebracht werden. Die Ausführungen der Landesregierung zum Internetbetrieb sind auch auf Wetten und andere Glücksspiele übertragbar. Im Rahmen einer Digitalisierung der Spielabläufe lässt sich durch eine entsprechende Programmierung der Software jeder einzelne Spielvorgang lückenlos erfassen und dokumentieren. Dies ist in einem nicht digitalisierten Kontrollsystem nicht möglich. Durch eine Identifizierung und Authentifizierung kann sichergestellt werden, dass Jugendliche oder gesperrte Kunden nicht an den jeweiligen Glücksspielen teilnehmen.

Insgesamt ist sowohl die Zulassung als auch der gesamte Spielablauf transparent und nachvollziehbar. Gerade der Gesichtspunkt eines Selbst- und Fremdsperrungssystems ist ein Beleg dafür, dass zur Erreichung von Spielerschutz erforderliche Maßnahmen auch durch private Ver-

26 EuGH, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8 – *Cassis de Dijon*.

27 EuGH, Slg. 1999, S. I-2517, Rn. 16 – *Ciola*.

28 Vgl. Erläuterungen zum Länderentwurf vom 14. 12. 2006, S. 15.

29 EuGH, Slg. 1996, S. I-2691, Rn. 26 – *Kommission/Italien*.

30 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 49 – *Placanica*, Palazzese und Sorricchio.

31 Bericht vom 13. 10. 2006 betreffend Internetspiel der Spielbank Wiesbaden – II 3 – 21 w 08.05 – 01 – 06/005, Ausschussvorlage HHA/16/115, Ausschussvorlage INA/16/58, S. 4 f.

32 Bericht vom 13. 10. 2006 betreffend Internetspiel der Spielbank Wiesbaden – II 3 – 21 w 08.05 – 01 – 06/005, Ausschussvorlage HHA/16/115, Ausschussvorlage INA/16/58, S. 5.

anstanter durchgesetzt werden können, da kein Grund dafür ersichtlich ist, dass die Sperrsysteme staatlicher Veranstalter besser bzw. wirksamer als die privater Veranstalter sein sollen. Im Rahmen von durch die einzelnen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnissen lassen sich Anforderungen an die Veranstaltung und den Vertrieb von Glücksspielen im Internet stellen, die die Erreichung der verfolgten Ziele bestmöglich gewährleisten. Diese Feststellung wird ferner belegt durch die in § 25 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 GlüStV geregelten Voraussetzungen, bei deren Vorliegen – allerdings nur für nach dem GlüStV zugelassene Veranstalter und Vermittler – eine Ausnahme von dem Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV möglich ist; denn anscheinend weist das Internetglücksspiel nicht mehr das behauptete Gefahrenpotential auf, wenn die genannten Voraussetzungen gegeben sind. Es ist jedoch keine Voraussetzung ersichtlich, die nicht auch durch einen privaten Veranstalter erfüllt werden könnte. Eine Kontrolle der Einhaltung der in den jeweiligen Erlaubnissen gestellten Anforderungen an Veranstaltungen im Internet und deren Vermittlung ist durch die zuständigen Aufsichtsbehörden des die Erlaubnis erteilenden Mitgliedstaates möglich.

bb) Kanalisierung des Spieltriebs

Ferner steht das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV in Widerspruch zu der in § 1 Nr. 2 genannten Zielsetzung, „den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern, ...“ Denn durch das genannte Verbot wird ein Ausweichen auf – ohne eine in Deutschland oder in einem anderen Mitgliedstaat erteilte Erlaubnis durchgeführte – illegale Glücksspiele geradezu gefördert. Ein Verbot des Vertriebsmediums Internet ist schlichtweg ungeeignet, ein Ausweichen auf illegale Glücksspiele zu verhindern, da für einen großen Teil der, insbesondere jüngeren Bevölkerung, das Internet zum täglichen Leben gehört und ein erheblicher Teil der Bevölkerung Geschäfte, die vormalig nur im Rahmen des stationären Vertriebs abgeschlossen werden konnten, nun im Internet tätig. Für diese Menschen wird es nicht akzeptabel sein, wenn die Teilnahme an Glücksspielen nur noch über „altbackene“ Vertriebswege möglich ist; vielmehr werden sie sich illegalen Angeboten zuwenden, im Rahmen derer der Spielerschutz unter Umständen allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt oder Spieler um ihren Einsatz betrogen werden.

Diese Gefahr deutet auch der EuGH in der Rechtssache *Placanica* an.³³ Der EuGH führt aus, dass es mit dem zu verfolgenden Ziel, „... Glücksspieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken, um ihrer Ausbeutung zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen“, vereinbar sei, durch eine Politik der kontrollierten Expansion im Bereich der Glücksspiele Spieler, die an verbotenen Spielen und Wetten teilnehmen, „... dazu zu veranlassen, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen.“ Dies könne den „... Einsatz neuer Vertriebstechneiken mit sich bringen.“

Als solche Vertriebstechneik ist ein Online-Angebot anzusehen. Auch nach Ansicht des EuGH ist somit bei der Verfolgung des Zieles, die Glücksspieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken, darauf zu achten, Vertriebsmedien anzubieten, die durch die Bevölkerung auch an-

genommen werden. Nur so lässt sich das anvisierte Ziel auch tatsächlich erreichen.

b) *Erforderlichkeit des Online-Verbots zur Zielerreichung*

Im Hinblick auf den Schutz der Spieler vor betrügerischen Tätigkeiten führt der EuGH in seiner „*Placanica*-Entscheidung“ aus, dass „... der Ausschluss der auf regulierten Märkten notierten Kapitalgesellschaften ...“ – gleich ob sie ihren Sitz im regulierenden oder einem anderen Mitgliedstaat haben – über das hinausgehe, „... was zur Erreichung des Ziels, eine Einbeziehung der im Bereich der Glücksspiele tätigen Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten zu unterbinden, erforderlich ...“ sei.³⁴

Da das Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet zu einem de-facto-Ausschluss von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten führen würde, muss im Sinne dieser Ausführungen auch das Internetverbot als nicht erforderlich angesehen werden. Angesichts von Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden des jeweiligen Mitgliedstaates geht der völlige Ausschluss von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten über das hinaus, was zur Zielerreichung erforderlich ist.³⁵ Dies muss nicht nur für das durch den EuGH konkret in Bezug genommene Ziel gelten, eine Einbeziehung der im Bereich der Glücksspiele tätigen Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten zu unterbinden, sondern auch für die anderen durch den jeweiligen Mitgliedstaat im Rahmen seiner Glücksspielregulierung verfolgten Ziele. So kann etwa auch die Einhaltung von Anforderungen, die der einzelne Mitgliedstaat zur Prävention und Bekämpfung von Spielsucht fordert, kontrolliert werden. Dementsprechend fehlt dem Online-Verbot auch die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Erreichung der vorgeblich verfolgten Ziele. Das in § 4 Abs. 4 GlüStV vorgesehene generelle Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet ist somit weder geeignet noch erforderlich, den Schutz der Spieler zu gewährleisten und Glücksspieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken.

Festzuhalten ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Lindman*, auf die der EuGH auch in seiner aktuellen „*Placanica*-Entscheidung“ verweist, „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.“³⁶ Das bedeutet, dass Deutschland darzulegen und nachzuweisen hat, dass das Verbot des Internets als Veranstaltungs- und Vertriebsweg geeignet, erforderlich und angemessen ist, die vorgeblich verfolgten Ziele des Spieler- und Jugendschutzes zu erreichen.

Zwischenergebnis: Eine Rechtfertigung des Online-Verbots der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen nach § 4 Abs. 4 GlüStV aus zwingenden Gründen des

33 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 55 – *Placanica*, Palazzese und Sorricchio.

34 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 62 – *Placanica*, Palazzese und Sorricchio.

35 Vgl. EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 62 – *Placanica*, Palazzese und Sorricchio.

36 EuGH – Rs. C-42/02, Rn. 25 – *Lindman*.

Allgemeininteresses scheidet aus, da kein Nachweis erbracht worden ist, dass das Verbot geeignet und erforderlich zur Erreichung der zu seiner Rechtfertigung angeführten Ziele ist.

2. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die durch § 25 Abs. 6 GlüStV vorgesehene Diskriminierung von Veranstaltern aus anderen Mitgliedstaaten könnte durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein. Es dürfen nur solche Maßnahmen an den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gemessen werden, die insoweit unterschiedslos Anwendung finden, als sie nicht diskriminierend für Inländer und Personen aus anderen Mitgliedstaaten gelten.³⁷ Mangels Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit werden daher auch Maßnahmen erfasst, die eine faktische oder versteckte Diskriminierung der Dienstleistungsanbieter aus anderen Mitgliedstaaten bewirken.³⁸ Vorliegend ist eine versteckte Diskriminierung der Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten gegeben. Jedoch ist schon ein generelles Verbot des Veranstaltungs- und Vertriebsweges „Internet“ für Glücksspiele weder geeignet noch erforderlich, die mit der Maßnahme angeblich verfolgten Ziele zu erreichen.

Im Sinne der Entscheidung *Lindman* müsste Deutschland den Nachweis erbringen, dass das in § 4 Abs. 4 GlüStV vorgesehene Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet sowie die für nach dem GlüStV zugelassene Anbieter vorgesehene Ausnahmemöglichkeit von diesem Verbot geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung der angeblich verfolgten Ziele sind. Entsprechend führt der EuGH in der vorgenannten Entscheidung *Lindman* aus:³⁹ „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 von Glücksspielen verbunden sind, und erst recht nicht auf einen besonderen Zusammenhang zwischen solchen Gefahren und der Teilnahme der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats an in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien zuließe.“

Zwischenergebnis: Die durch § 25 Abs. 6 i.V.m. § 4 Abs. 2, 4 GlüStV bewirkte versteckte Diskriminierung von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Glücksspielanbietern ist nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

V. Fazit und Ausblick

Das in § 4 Abs. 4 GlüStV vorgesehene Online-Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen, das sowohl rechtlich wie auch faktisch das deutsche Glücksspielmonopol erhalten soll, ist nicht mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG vereinbar. Der EuGH ist in seiner „Placanica-Entscheidung“ zwar nicht den Ausführungen des Generalanwaltes Colomer gefolgt, der gefordert hatte, nationale Regelungen, die das „Sammeln, die Annahme, die Registrierung und die Übermittlung von Wetten für Rechnung eines Unternehmens“ unter Strafanandrohung verbieten, schlechthin als gemeinschaftsrechtswidrig anzusehen, wenn der Veranstalter eine Genehmigung zur Erbringung dieser Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht erlangen kann,

über die für seine Dienstleistungen erforderliche Konzession oder Genehmigung des Herkunftsstaates aber verfügt.⁴⁰

Jedoch hat der EuGH einen anderen Weg beschritten, indem er zwar den einzelnen Mitgliedstaaten zugebilligt hat, „... die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, ...“⁴¹ Den staatlichen Stellen steht hierbei „... ein ausreichendes Ermessen ...“ zu, „... welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben.“⁴² Jeder Mitgliedstaat kann somit festlegen, welche Voraussetzungen ein Anbieter für die Erteilung einer Erlaubnis erfüllen muss. Sind diese Voraussetzungen jedoch bestimmt, so muss es grundsätzlich jedem Anbieter möglich sein, bei Erfüllung der gestellten Anforderungen eine Konzession zu erhalten. Denn nach dem EuGH müssen die von den Mitgliedstaaten „... vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen.“⁴³

Wenn Anbieter die an die Erteilung einer Konzession gestellten Anforderungen erfüllen, ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit kein rechtlicher und/oder faktischer Ausschluss von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten gerechtfertigt, da das Schutzniveau, das diese Veranstalter gewährleisten, dann dem durch einen inländischen (staatlichen) Veranstalter gewährleisteten entspricht. Die durch den EuGH grundsätzlich als zulässig angesehene Möglichkeit einer Begrenzung der Anzahl der Konzessionen steht dem nicht entgegen. Denn die durch den einzelnen Mitgliedstaat getroffenen Regelungen dürfen in jedem Fall „[...] nicht diskriminierend angewandt werden.“⁴⁴ Veranstalter aus anderen Mitgliedstaaten dürfen somit nicht „durch die Hintertür“ einer zahlenmäßigen Begrenzung der Konzessionen vom Markt ferngehalten werden, indem die begrenzte Zahl an Erlaubnissen nur an Veranstalter mit Sitz in dem die Erlaubnisse erteilenden Mitgliedstaat vergeben wird. Zwar wird von Befürwortern des deutschen Glücksspielmonopols angeführt, die Rechtssache *Placanica* betreffe allein die spezifische Rechtslage in Italien und das dortige Konzessionssystem.

Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache *Placanica* im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht (Art. 234 Abs. 1 lit. a EG) entschieden. Anders als im Rahmen kontradiktorischer Direktklagen,⁴⁵ welche dem subjektiven Rechtsschutz dienen, gewährleistet der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG in erster Linie die Wahrung der gemeinschaftlichen Rechtseinheit und

37 EuGH, Slg. 1999, S. I-2517, Rn. 16 – Ciola.

38 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 17), Rn. 885.

39 EuGH – Rs. C-42/02, Rn. 26 – Lindman.

40 Schlussantrag v. 16. 5. 2006 – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 150 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

41 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 48 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

42 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 47 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

43 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 48 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

44 EuGH – verb. Rs. C-338/04, 359/04, 360/04, Rn. 49 – Placanica, Palazzese und Sorrichio.

45 Art. 230, Art. 232, Art. 235 i.V.m. Art. 288 Abs. 2, Art. 236 EG.

Rechtskohärenz.⁴⁶ Somit dient die Vorabentscheidungs-
befugnis des EuGH nicht nur den Parteiinteressen, son-
dern vor allem der Sicherung der Rechtseinheit der Ge-
meinschaft.⁴⁷ Die Ausführungen des EuGH beziehen sich
demnach gerade auf die Auslegung der Dienstleistungs-
freiheit im Sinne der gemeinschaftlichen Rechtseinheit
und haben damit sehr wohl auch Bedeutung für die
Rechtslage in Deutschland.

Es steht somit zu erwarten, dass der deutsche Glücks-
spielmarkt, der durch das Online-Verbot der Veranstal-
tung und Vermittlung von Glücksspielen gegenüber Ver-
anstaltern aus anderen Mitgliedstaaten abgeschottet wer-
den soll, in Ansehung der „*Placanica*-Entscheidung“
eben gegenüber diesen Veranstaltern geöffnet werden
wird.

46 Koenig/Pechstein/Sander, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl. 2002, Kap. 9
Rn. 752.

47 Koenig/Pechstein/Sander (Fn. 46), Rn. 776.