

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

## **Sieg oder Niederlage für das Glücksspielmonopol nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages?**

*Am 01.01.2008 ist der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) in Kraft getreten. Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, welche Folgen sich aus etwaigen Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtsverstößen der staatsvertraglichen Regelungen für das Angebot von gewerblichen Glücksspielanbietern ergeben.*

### **A. Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtskonformität des Glücksspielstaatsvertrages**

#### *I. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG und Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit*

Im seinem sog. „Sportwettenurteil“<sup>1</sup> hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Anforderungen an ein staatliches Wettmonopol formuliert, die im Rahmen einer Novellierung der gesetzlichen Grundlagen des Sportwettenrechts erfüllt werden mussten. Um diesen Vorgaben zu entsprechen, haben die Länder den GlüStV beschlossen, der am 01.01.2008 in Kraft getreten ist.

Das BVerfG verwies darauf, dass seiner Einschätzung nach der Gesetzgeber angesichts seines weiten Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Suchtgefahren davon ausgehen darf, dass diese Gefahren mit Hilfe eines auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichteten Wettmonopols mit staatlich verantwortetem Wettangebot effektiver beherrscht werden können als im Wege einer Kontrolle privater Wettunternehmen<sup>2</sup>. Diese Ausführungen hatten nur Bedeutung für die Bekämpfung von Spielsucht, nicht jedoch für andere durch eine Regulierung von Glücksspielen verfolgte Ziele. Das bedeutet, dass nach dem BVerfG die einzig überzeugenden Gründe für ein Wettmonopol des Staates die Suchtprävention und Suchtbekämpfung sein können. Der Ausschluss gewerblicher Wettangebote ist nur dann verhältnismäßig, wenn das Monopol in seiner konkreten (rechtlichen und tatsächlichen) Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dient<sup>3</sup>. Insoweit laufen nach den Feststellungen des BVerfG die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel zu den vom EuGH zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben<sup>4</sup>.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt die Aufrechterhaltung des staatlichen Glücksspielmonopols einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar<sup>5</sup>.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) war in einer Reihe von Entscheidungen mit gesetzlichen Beschränkungen im Bereich der Glücksspiele befasst<sup>6</sup>. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts stellt das durch den GlüStV aufrecht erhaltene Glücksspiel-

\* Der Autor *Koenig* ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, der Autor *Ciszewski* ist ebendort als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig.

<sup>1</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 ff.

<sup>2</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (206), Rn. 118.

<sup>3</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (206), Rn. 119.

<sup>4</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (208), Rn. 144.

<sup>5</sup> Vgl. zu Schutzbereich und Eingriff die Ausführungen des BVerfG, GewArch 2006, 199 (203), Rn. 80 ff.

<sup>6</sup> EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 ff. – *Schindler*; EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 ff. = GewArch 2000, 19 ff. – *Zenatti*; EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 ff. = GewArch 1999, 476 ff. – *Läärä*; EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13076 ff. = GewArch 2004, 30 ff. – *Gambelli*; EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 ff. – *Placantica* u.a., vgl. hierzu die Anmerkungen von *Backu*, GewArch 2007, 225 ff.

monopol einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) dar. Durch das Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet nach § 4 Abs. 4 GlüStV wird zusätzlich zum rechtlichen auch ein faktischer Marktausschluss von in anderen Mitgliedstaaten konzessionierten Veranstaltern bewirkt'. Auch dies stellt eine zusätzliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

## II. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob die Beschränkungen des Art. 12 Abs. 1 GG und der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn den das Glücksspielmonopol begründenden Vorschriften als objektive Berufswahlbeschränkungen *überwiegend wichtige Gemeinwohlziele* bzw. – auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene – *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* zugrunde liegen und sie im Übrigen verhältnismäßig sind<sup>8</sup>. Sie müssen geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung der im Rahmen der Regulierung verfolgten Ziele der Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten sein.

Bei der Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren handelt es sich nach dem BVerfG um überragend wichtige Gemeinwohlziele<sup>9</sup>. Als Unterfall des Verbraucherschutzes stellen die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses dar. Fraglich ist jedoch, ob das Glücksspielmonopol in der rechtlichen Ausgestaltung, die es durch den GlüStV erhalten hat, verhältnismäßig ist.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Lindman*, auf die der EuGH auch in seiner „*Placania*-Entscheidung“ verweist, müssen „*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* ...“<sup>10</sup>. Die Beweislast hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der staatsvertraglichen Regelungen trifft damit die Bundesländer, die den Glücksspielstaatsvertrag geschlossen und dessen Regelungen im Rahmen von Landesgesetzen umgesetzt haben. Sie müssen einen besonderen Zusammenhang zwischen den mit Glücksspielen verbundenen Gefahren und der Teilnahme von Nachfragern aus Deutschland an den von in anderen Mitgliedstaaten konzessionierten Veranstaltern angebotenen Glücksspielen nachweisen<sup>11</sup>.

### 1. Das Online-Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV

Vor allem das Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet ist weder geeignet noch erforderlich, die Erreichung des Spielerschutzziels zu befördern. Die von den Ländern behauptete Gefahr des Internet-Vertriebs wegen der dabei bestehenden Anonymität des Spielenden<sup>12</sup> besteht nicht<sup>13</sup>. Die Digitalisierung des Spielbetriebs und -verlaufs ermöglicht nicht nur eine Identifizierung und Authentifizierung der Spieler, sondern auch eine lückenlose Erfassung und Kontrolle des Spielverhaltens der Teilnehmer. Diese Feststellungen werden bereits

<sup>7</sup> *Koenig/Ciszewski*, K&R 2007, 257 ff.

<sup>8</sup> Zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 (197), Rn. 48 f. – *Placania*.

<sup>9</sup> BVerfG v. 26.03.2007, 1 BvR 2228/02, GewArch 2007, 242 (243), Rn. 47.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-3519, Rn. 25 – *Lindman*; vgl. auch den Hinweis der Kommission in einem ergänzenden Aufforderungsschreiben zum Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland (2003/4350), S. 18.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-3519, Rn. 26 – *Lindman*.

<sup>12</sup> Erläuterungen zum GlüStV, S. 15.

<sup>13</sup> *Koenig/Ciszewski*, K&R 2007, 257 (260 ff.).

durch die in § 25 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 GlüStV geregelten Voraussetzungen bestätigt, bei deren Vorliegen – allerdings nur für nach dem GlüStV zugelassene Veranstalter und Vermittler von Online-Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential – eine auf ein Jahr befristete Ausnahme von dem Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV möglich ist. Nach diesen Voraussetzungen ist u.a. der Ausschluss minderjähriger oder gesperrter Spieler zu gewährleisten (Nr. 1, I. HS), die in der Erlaubnis festgelegten Einsatzgrenzen (Nr. 2) sind zu beachten und Suchtanreize durch schnelle Wiederholung und die Möglichkeit interaktiver Teilnahme auszuschließen (Nr. 3). Diese Voraussetzungen und damit der Text des Staatsvertrags selbst widerlegen die Behauptung, dass der Verbraucher- und Jugendschutz im Rahmen des Internetvertriebs nicht gewährleistet werden kann. Wenn als Voraussetzung zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung etwa der Ausschluss minderjähriger Spieler zu gewährleisten ist, setzt dies ja gerade voraus, dass es im Rahmen des Internetvertriebs möglich ist, Jugendliche vom Spiel fernzuhalten.

Diese Auffassung wird auch von der Europäischen Kommission gestützt<sup>14</sup>. Sie weist darauf hin, dass schon im aktuellen Internetangebot des staatlichen Monopolsystems eine Identifizierung und Authentifizierung zuverlässig möglich sei.

Darüber hinaus bietet ein Internet-Angebot die Möglichkeit, den vorhandenen Spieltrieb und die bestehende Nachfrage nach Online-Glücksspielen in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken und auf diesem Wege ein Ausweichen auf unkontrollierte Glücksspiele zu verhindern. Diese Gefahr deutet auch der EuGH in der Rechtssache *Placania* an<sup>15</sup>. 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 Vertriebsmethoden mit sich bringen.“ Als solche Vertriebsmethode ist ein Online-Angebot anzusehen. Nach Ansicht des EuGH kann es somit zur Erreichung des Zieles, die Glücksspieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken, geboten sein, Vertriebsmedien anzubieten, die durch die (potentiellen) Spielteilnehmer auch angenommen werden. Nur so lässt sich das anvisierte Ziel auch tatsächlich erreichen.

Der Einsatz von Vertriebsmedien, die auch tatsächlich nachgefragt werden, ist jedoch nicht nur notwendig, um der Ausbeutung von Glücksspieltätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Auch wenn das Glücksspielangebot durch eine Beschränkung der Zahl der Anbieter reduziert werden soll, ist es erforderlich, solche Vertriebsmedien anzubieten. Denn auch im Falle einer Angebotsreduzierung gilt es, den vorhandenen Spieltrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken. Caspar hingegen führt aus<sup>16</sup>: „Bei der Ausgestaltung nationaler Glücksspielordnungen nennt der EuGH in *Placania*-Urteil zwei unterschiedliche rechtliche Fertigungsfähige Regelungsstrategien zur Beschränkung der Grundfreiheiten: Er verweist einerseits auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, die Gelegenheit zum Spiel insgesamt wesentlich zu vermindern (Präventionsmodell), andererseits auf ein auf Einnahmeerzielung und Expansion gerichtetes Modell, durch das die auf diesem Gebiet tätigen Wirtschaftsteilnehmer einer staatlichen Kontrolle unterzogen werden, um die Glücksspieltätigkeiten aus dem Bereich der Kriminalität in die

<sup>14</sup> Kommission, Stellungnahme v. 22.03.2007, S. 3 f.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 (197), Rn. 55 – *Placania*.

<sup>16</sup> Caspar, Gutachten über europä- und verfassungsrechtliche Aspekte zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV), S. 7.

*Legalität zu überführen (Kanalierungsmodell)*.<sup>17</sup> Diese Ausführungen lassen den Eindruck entstehen, dass eine Kanalisierung des Spieltriebs immer auch mit einem auf Expansion gerichteten Modell verbunden sei. Das Glücksspielangebot einerseits zu begrenzen und andererseits den vorhandenen Spieltrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken, ist jedoch kein Widerspruch<sup>17</sup>. Der EuGH stellt lediglich fest, dass die Verfolgung des Zieles, Glücksspieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken, den Einsatz neuer Vertriebsmethoden mit sich bringen könne. Er stellt hingegen nicht fest, dass die Verfolgung des Kanalisierungszieles zwingend mit einer Expansion des Glücksspielangebotes einhergeht. Wie umfangreich das Glücksspielangebot ist, hängt nämlich nicht allein davon ab, welche Vertriebswege angeboten werden. Zumindest ebenso entscheidend ist die Frage, wie viele Anbieter auf dem Markt tätig sind. Eine Begrenzung der Anzahl der Konzessionen ist nach dem EuGH jedoch grundsätzlich möglich. Die Notwendigkeit, den vorhandenen Spieltrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken, ergibt sich nicht erst dann, wenn eine Politik der Expansion im Bereich der Glücksspiele betrieben wird. Denn unabhängig davon, welches Ziel verfolgt wird, besteht die Gefahr, dass Spieler auf unkontrollierte Glücksspiele ausweichen, wenn der von ihnen nachgefragte Vertriebsweg nicht angeboten wird.

Um eine Kanalisierung des Spieltriebs zu erreichen, ist ein Internet-Angebot somit – auch wenn das Glücksspielangebot insgesamt begrenzt werden soll – erforderlich. Ein Verbot ist somit nicht geeignet, die rechtmäßigerweise im Rahmen einer Glücksspielregulierung verfolgten Ziele zu erreichen.

Die Kommission kritisiert darüber hinaus, dass von staatlicher Seite keine Nachweise für die angeblich mit einem Online-Angebot verbundenen Gefahren erbracht werden<sup>18</sup>. Solche Nachweise sind nach der Rechtsprechung des EuGH indes erforderlich<sup>19</sup>.

Festzuhalten bleibt damit, dass dem Online-Verbot die Geeignetheit zur Erreichung des Jugend- und Spielerschutzzieles fehlt.

2. Gewährleistung von Verbraucherschutz auch durch gewerbliche Veranstalter möglichst

Nicht nur gewerbliche Veranstalter wollen durch ihr Glücksspielangebot Gewinn erzielen. Auch staatliche Anbieter verfolgen fiskalische Interessen, um mit den Einnahmen aus Glücksspielen etwa sportliche oder kulturelle Aktivitäten zu fördern. Diese Förderung müsste bei Fehlen der Einnahmen aus Glücksspielen aus den allgemeinen Haushalten erfolgen. Der Wille, Maßnahmen zum Spielerschutz zu ergreifen, steht somit sowohl für staatliche als auch für gewerbliche Anbieter in einem Spannungsverhältnis zum Ziel der Erzielung von Einnahmen bzw. Gewinn<sup>20</sup>. Für die Länder stellen die Einnahmen keine bloße „Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolssystem“<sup>21</sup> oder eine „erfreuliche Nebenfolge“<sup>22</sup> des Monopol-systems dar<sup>23</sup>. Auch dient die Abschöpfung von Einnahmen aus Glücksspielen im Anwendungsbereich des GlüStV nicht der Angebotsreduktion<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> Dies wird auch dadurch belegt, dass beide Ziele in § 1 Nr. 2 GlüStV nebeneinander genannt sind.  
<sup>18</sup> Kommission v. 22.03.2007, Stellungnahme zum Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, S. 3.  
<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Slg. 2003, I-3519, Rn. 25 f. – *Lindman*.  
<sup>20</sup> *Janz* [NwVBl. 2006, 248 (251)] weist zu Recht darauf hin, dass das BVerfG eine Erklärung schuldig bleibt, weshalb ein privates Gewinnstreben anders zu beurteilen sei als ein fiskalisches staatliches Interesse.  
<sup>21</sup> Vgl. BVerfG, GewArch 2006, 199 (205), Rn. 109.  
<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-243/01, GewArch 2004, 30 (31), Rn. 62 – *Gambelli*.  
<sup>23</sup> Kommission, Ergänzendes Aufforderungsschreiben Vertragsverletzung-Nr. 2003/4350, S. 20 f.  
<sup>24</sup> *Koenig/Ciszewski*, DÖV 2007, 313 (318).

Die Frage, wie effektiv Spielsucht bekämpft wird, hängt damit – entgegen den Feststellungen des BVerfG – nicht von einer Systementscheidung ab, sondern schlicht von der Qualität der Regulierung und Überwachung. Der von den Ländern angeführten Gefahr, dass es durch den im Falle einer Zulassung auch gewerblicher Anbieter entstehenden Wettbewerb zu einer unkontrollierten Vergrößerung des Angebotes käme, lässt sich nicht nur durch ein Monopol, sondern auch durch eine Beschränkung der Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer (durch Ausschreibung einer begrenzten Anzahl von Konzessionen) begegnen. Die Voraussetzungen für den Erhalt einer Konzession – und damit die Möglichkeiten zur Bekämpfung von Spielsucht – können im Einzelnen festgelegt werden. Auch könnte eine Erlaubnis mit Nebenbestimmungen oder nachträglichen Auflagen versehen werden. Durch solche Maßnahmen würde die Gewährleistung eines hohen Spielerschutzniveaus durch den jeweiligen Veranstalter weiter verbessert.

Im Hinblick auf den Schutz der Spieler vor betrügerischen Tätigkeiten führt der EuGH in seiner „*Placanica*-Entscheidung“ aus, dass „...der Ausschluss der aufreglementierten 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<sup>25</sup>.

Angesichts eines möglichen Konzessionensystems, im Rahmen dessen auch gewerbliche Veranstalter eine Erlaubnis bei Erfüllung der an ihre Erteilung gestellten Voraussetzungen erlangen könnten, muss der Ausschluss von Veranstaltern aus anderen Mitgliedstaaten im Sinne dieser Ausführungen als nicht erforderlich angesehen werden. Zwar bezieht der EuGH seine Ausführungen auf das Ziel, Spieler vor betrügerischen Tätigkeiten zu schützen. Die Feststellungen des EuGH müssen jedoch auch im Hinblick auf andere dem Spielerschutz dienende Maßnahmen Geltung beanspruchen. Durch die mit Glücksspielen erzielten Einnahmen steht auf staatlicher Seite das fiskalische Interesse in einem Spannungsverhältnis mit dem Ziel des Spielerschutzes. Der Anreiz, die Spiel Leidenschaft zu begrenzen und Spielsucht zu bekämpfen ist daher für den Staat grundsätzlich nicht größer als für einen gewerblichen Veranstalter. Insofern ist nicht ersichtlich, warum das durch einen gewerblichen Glücksspielveranstalter gewährleistete Spielerschutzniveau bei Erfüllung der an die Erteilung einer Konzession gestellten Voraussetzungen und einer wirksamen repressiven Kontrolle durch eine Aufsichtsbehörde nicht ebenso effektiv sein soll wie das durch einen staatlichen Veranstalter gewährleistete.

Angesichts von Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden sowohl des Herkunftsmitgliedstaates als auch des Bestimmungsstaates geht der völlige Ausschluss von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten über das hinaus, was zur Zielerreichung erforderlich ist<sup>26</sup>. Insbesondere obliegt es den Herkunftsmitgliedstaaten sowie den Bestimmungsstaaten im Wege der Zusammenarbeit der nationalen Aufsichtsbehörden, eine ausreichende Überwachung von Glücksspielangeboten im Binnenmarkt zu gewährleisten. Der Erforderlichkeitsgrundsatz gebietet damit eine Kontrolle als gegenüber einem vollständigen Ausschluss von Veranstaltern aus anderen Mitgliedstaaten milderem und damit gemeinschaftsrechtlich gebotenen Mittel zur Erreichung der verfolgten Ziele. Der durch das BVerfG nicht beanstandeten Einschätzung des Gesetzgebers, dass Suchtgefahren mit Hilfe eines staatlichen Welt-

<sup>25</sup> EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 (198), Rn. 62 – *Placanica*.  
<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 (198), Rn. 62 – *Placanica*.

monopols besser bekämpft werden können als im Wege einer Kontrolle privater Wettunternehmer<sup>27</sup>, kann daher nicht gefolgt werden.

Auch wenn sich das BVerfG die Einschätzung des Gesetzgebers, dass Suchtgefahren mit Hilfe eines staatlichen Monopols effektiver bekämpft werden können, zu Eigen machen wollte, hat dies für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung keine Bedeutung. Zwar hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel zu den vom EuGH zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben laufen<sup>28</sup>. Das BVerfG verweist indes selbst darauf, dass es für die Beantwortung der Frage, ob innerstaatliche Normen des einfachen Rechts mit den Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts vereinbar sind, nicht zuständig ist<sup>29</sup>. Die Ausführungen des BVerfG zur Erforderlichkeit eines Wett- bzw. Glücksspielmonopols sind jedoch auch aus einem anderen Grunde nicht auf die Prüfung übertragbar, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist. Ob eine Beschränkung von Grundfreiheiten gerechtfertigt ist, hängt vorliegend davon ab, ob zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen und die Beschränkung verhältnismäßig ist. Die Verhältnismäßigkeit der Regelungen muss durch den Mitgliedstaat, der die Beschränkung vornimmt, nachgewiesen werden. Dies ergibt sich nicht nur konkret etwa aus der *Lindman*-Entscheidung, sondern auch aus der Überlegung, dass andernfalls die Gewährleistung der Grundfreiheiten teilweise leer laufen würde. Müsste ein Mitgliedstaat nicht nachweisen, dass die von ihm vorgenommenen Beschränkungen geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung der verfolgten Ziele sind, bestünde ein Spielraum für Mitgliedstaaten zur Beschränkung von Grundfreiheiten, ohne dass die Beschränkungen konkret gerechtfertigt werden müssten. Es darf jedoch nicht der Beurteilung durch einen Mitgliedstaat unterliegen, wie umfassend die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte gewährleistet werden. Die Vornahme von Beschränkungen setzt immer voraus, dass diese gerechtfertigt sind. Die Notwendigkeit einer Rechtfertigung dadurch zu umgehen, dass auf den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers verwiesen wird, würde die durch das Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Rechte aushöhlen.

### 3. Fehlende Kohärenz und Systematik der Glücksspielregulierung

Ein Verstoß gegen das Übermaßverbot ergibt sich ferner aus der fehlenden Kohärenz und Systematik der deutschen Glücksspielregulierung. Im Anwendungsbereich von Lotterien und Sportwetten, die ein vergleichsweise geringes Suchtgefahrenpotential aufweisen<sup>30</sup>, kommt es durch den GlüStV zu einem Ausschluss von gewerblichen Veranstaltern. Der Betrieb von Automatenglücksspielen, die mit deutlich höheren Suchtgefahren verbunden sind, ist hingegen mit einer Erlaubnis nach § 33 c GewO möglich. Vorgesehen ist dort ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Eine Erlaubnis muss damit erteilt werden, wenn die an die Erlaubniserteilung gestellten Anforderungen erfüllt werden. Der EuGH fordert jedoch, dass Beschränkungen im Bereich der Glücksspiele (insgesamt) kohärent und systematisch sein müssen<sup>31</sup>. Auch wenn man der Auffassung sein sollte, dass sich das Kohärenzverbot nur auf die Regelungen in Bezug auf eine einzelne Glücksspielart bezieht, wird ein Mitgliedstaat unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht plausibel darlegen können, warum es erforderlich und angemessen sein soll, strengere Regelungen für den Anwendungsbereich von Glücksspielen vorzusehen, deren Suchtge-

<sup>27</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (206), Rn. 118.

<sup>28</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (208), Rn. 144.

<sup>29</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (203), Rn. 77.

<sup>30</sup> Vgl. die Ausführungen des BVerfG, GewArch 2006, 199 (204 f.), Rn. 100 f.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 (197), Rn. 53 – *Placanica*.

fahrenpotential geringer ist als das Gefahrenpotential von Glücksspielen, für die liberalere Regeln gelten. Hierauf weist auch die Kommission hin<sup>32</sup>.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass die Regelungen des GlüStV sowohl gegen Verfassungs- als auch gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen. Sie sind weder geeignet, erforderlich noch angemessen, die vorgebildeten verfolgten Ziele zu erreichen.

Auch in einer Vielzahl verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen ist inzwischen gewerblichen Vermittlern von Glücksspielen Eilrechtsschutz wegen Zweifeln an der Vereinbarkeit der staatsvertraglichen Regelungen bzw. der sie umsetzenden Regelungen der jeweiligen Landesgesetze mit Verfassungs- und insbesondere Gemeinschaftsrecht gewährt worden<sup>33</sup>.

## B. Folgen der Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtsverstöße

### I. Zulässigkeit des Angebots gewerblicher Veranstalter (aus anderen Mitgliedstaaten)?

#### 1. Verfassungsrechtliche Sicht

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 28.03.2006 die zum damaligen Zeitpunkt bestehende Rechtslage als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt<sup>34</sup>. Diese Unvereinbarkeit ergab sich aus der fehlenden Verhältnismäßigkeit der damaligen Regelungen. Das BVerfG setzte eine Frist bis zum 31.12.2007, innerhalb derer das gewerbliche Veranstalter von Wettten durch private Wettunternehmen sowie die Vermittlung von nicht durch den Monopolisten veranstalteter Glücksspiele als verboten angesehen werden durfte.

Auch die derzeitige Ausgestaltung des Glücksspielmonopols ist nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Fraglich ist, welche Folgen sich hieraus im Hinblick auf die Zulässigkeit des Angebots gewerblicher Veranstalter ergeben.

Grundsätzlich gilt: Verstößt ein Gesetz gegen das Grundgesetz, ist es von Anfang an nichtig, also unwirksam<sup>35</sup>. Unter Umständen kann statt der Nichtigkeit der verfassungswidrigen Norm lediglich ihre Unvereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht festgestellt werden. Von der Frage der materiellen Wirkung des Verfassungsverstößes eines Gesetzes zu trennen ist jedoch die Frage, wer diesen Verstoß feststellen darf, wer also über die Anwendung oder Nichtanwendung entscheiden kann. Für den Bereich der Rechtsprechung hindert das sog. Verwerfungsmonopol der zuständigen Verfassungsgerichte nach Art. 100 Abs. 1 GG andere Gerichte daran, formelle und nachkonstitutionelle Gesetze ohne vorherige verfassungsgerichtliche Entscheidung außer Anwendung zu lassen<sup>36</sup>. Die Frage, ob die Verwaltung ein ihrer Meinung nach gegen Verfassungsrecht verstoßendes Gesetz nicht anwenden darf, wird nicht einheitlich beurteilt<sup>37</sup>. Auch wenn man ein Recht der Verwaltungsbehörden zur Nichtanwendung anerkennen sollte, würde die einfache Nichtanwendung nicht dazu führen, dass ein deutscher Glücksspielanbieter Glücksspiele recht-

<sup>32</sup> Kommission v. 22.03.2007, Stellungnahme zum Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, S. 3.

<sup>33</sup> U.a. VG Frankfurt v. 09.01.2008, 7 G 4107/07; VG Minden v. 28.02.2008, 3 L 14/08; VG Arnsberg v. 13.03.2008, 1 L 29/08; VG Braunschweig v. 10.04.2008, 5 B 4/08; andere Auffassung hingegen u.a. VG Baden-Württemberg v. 17.03.2008, 6 S 3069/07.

<sup>34</sup> BVerfG, GewArch 2006, 199 (208), Rn. 145 f.

<sup>35</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 33.

<sup>36</sup> Sachs, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 96.

<sup>37</sup> Gegen ein Verwerfungsrecht u.a. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 36; für ein Recht zur Nichtanwendung u.a. Sachs, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 97.

mäßigerweise veranstalten dürfte. Denn er verfügt weder über eine Erlaubnis, noch unterliegt er einer aufsichtsbehördlichen Kontrolle.

## 2. Gemeinschaftsrechtliche Sicht

Der EuGH hat den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt, „die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen...“ und festgelegt, dass „...ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen...“ dahingehend gerechtfertigt sein könne, „festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben“<sup>38</sup>.

Die Forderung des Generalanwaltes Colomer in seinem der Entscheidung vorausgehenden Schlussantrag nach einer Anerkennung der in anderen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse<sup>39</sup> ist damit zwar nicht ausdrücklich, jedoch implizit verworfen worden. Vielmehr hat der EuGH den Mitgliedstaaten Ermessen bei der Festlegung der ihrer Ansicht nach erforderlichen Regelungen zum Schutz der Verbraucher zugesprochen.

Eine pauschale Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung der Erlaubnisse ergibt sich damit nicht. Mit den Ausführungen des EuGH durchaus vereinbar wäre jedoch eine Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung unter bestimmten Voraussetzungen. Der EuGH spricht nämlich von der Befugnis, „gegebenenfalls“ das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen. Diese Einschränkung macht deutlich, dass die Befugnis zur Bestimmung des Schutzniveaus kein Selbstzweck sein kann. Sinnvoll und gerechtfertigt ist die Wahrnehmung der Befugnis nur, wenn ein Mitgliedstaat von dem Schutzniveau anderer Mitgliedstaaten abweichen will.

Die Einschränkung des EuGH („gegebenenfalls“) kann durchaus so verstanden werden, dass zwar grundsätzlich keine Pflicht zur Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnissen besteht; eine solche Pflicht besteht indes dann, wenn das durch die im Bestimmungsstaat vorgesehene Regulierung gewährleistete Schutzniveau dem durch die Vorschriften des Herkunftsmitgliedstaates gewährleistet entspricht oder dieses unterschreitet.

Auch wenn man sich dieser Auslegung entgegenstellt, so ergibt sich jedoch aus dem festgestellten Verstoß der deutschen Vorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht in Verbindung mit den Ausführungen des EuGH in der *Placanica*-Entscheidung folgendes: Solange Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten durch die Vorschriften des GlüStV die Möglichkeit verweigert wird, eine Zulassung zu beantragen und bei Erfüllung der an ihre Erteilung gestellten Voraussetzungen auch zu erhalten, muss deren herkunftsmitgliedstaatliche Zulassung und Deutschland ausreichen, soweit die herkunftsmitgliedstaatliche Zulassung und Überwachung zumindest dem Schutzniveau des deutschen GlüStV tatsächlich entspricht. Dies folgt zwingend aus dem festgestellten Gemeinschaftsrechtsverstoß sowie dem Effektivitätsgrundsatz, wonach die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-338/04 u.a., GewArch 2007, 196 (197), Rn. 47 f. – *Placanica*.

<sup>39</sup> Schlussantrag in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Rn. 130. Colomer führt aus, dass das Glücksspiel in wohl allen Mitgliedstaaten gesetzlich geregelt sei und dass die Gründe, die für die Regulierung angeführt würden, normalerweise übereinstimmen. Wenn danach ein Veranstalter aus einem anderen Mitgliedstaat die dort geltenden gesetzlichen Anforderungen erfülle, müssten die Behörden des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, davon ausgehen, dass dies eine ausreichende Garantie für seine Integrität sei.

## II. Folgerungen aus dem Gemeinschaftsrecht für die Anwendung der das Glücksspielmonopol begründenden und seiner Durchsetzung dienenden Vorschriften

### 1. Anwendung der das Glücksspielmonopol begründenden Vorschriften

Ein Verstoß der staatsvertraglichen Regelungen gegen die Dienstleistungsfreiheit wurde bereits festgestellt. Die Europäische Kommission weist darüber hinaus auf eine Reihe weiterer Verstöße gegen Grundfreiheiten bzw. das europäische Wettbewerbsrecht durch die staatsvertraglichen Regelungen hin<sup>40</sup>.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH gilt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts<sup>41</sup>. Dieser Vorrang verlangt, dass jede nationale Rechtsvorschrift, die einer Gemeinschaftsrechtsvorschrift entgegensteht, unangewendet bleibt<sup>42</sup>. Einer vorherigen Beseitigung der gemeinschaftsrechtswidrigen Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege bedarf es nicht<sup>43</sup>.

Die Nichtanwendungspflicht obliegt nicht nur den nationalen Gerichten, sondern allen staatlichen Organen einschließlich der Verwaltungsbehörden<sup>44</sup>. Sie folgt für alle staatlichen Organe aus Art. 10 EG<sup>45</sup>.

Einige deutsche Gerichte<sup>46</sup> haben sich in dem Zeitraum bis zum 31.12.2007, den das BVerfG dem Gesetzgeber zur Schaffung einer verfassungskonformen Neuregelung des Rechts der Sportwetten eingeräumt hatte, über diesen grundsätzlichen Vorrang des Gemeinschaftsrechts hinweggesetzt. Für den Zeitraum zwischen seiner Sportwettenentscheidung und dem genannten Datum hatte das BVerfG die ordnungsrechtliche Fortgeltung des Wettmonopols angeordnet. Das OVG Münster etwa, das einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit zum damaligen Zeitpunkt durchaus als gegeben ansah, setzte sich über den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts mit dem Argument hinweg, dass anderenfalls eine „inakzeptable Gesetzeslücke“ entstehe<sup>47</sup>. Diese Voraussetzung sei u.a. dann erfüllt, „wenn aus der Nichtanwendung des nationalen Rechts absehbar eine Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen resultiert, diese Gefährdung ersichtlich schwerer wiegt als die Beeinträchtigung der durch die jeweils verletzte europarechtliche Vorschrift geschützten Rechtsgüter, und schließlich die Gefährdung der wichtigen Allgemeininteressen nicht anders abgewendet werden kann als durch eine zeitlich begrenzte weitere Anwendung der betroffenen nationalen Rechtsvorschriften.“ Auch der VGH Kassel stellte auf eine Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen ab<sup>48</sup>.

Auch wenn es den Gerichten nur darum gegangen sein sollte, für den Übergangszeitraum bis zur Schaffung vermeintlich gemeinschaftsrechtskonformer Regelungen vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts abzusehen, kann die Begründung für die Außerachtlassung des Gemeinschaftsrechts nicht überzeugen. Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich nicht entnehmen, dass die Gefahr von Gesetzeslücken im nationalen Recht die Befugnis nationaler Behörden oder Gerichte begründen kann, primäres Gemeinschaftsrecht zeitweise für unanwendbar zu erklären. Dies wäre mit dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar.

<sup>40</sup> Kommission, Stellungnahme v. 14.05.2007.

<sup>41</sup> Grundlegend EuGH, Slg. 1964, S. 1251, 1269 – *Costa/ENEL*.

<sup>42</sup> EuGH, Slg. 2003, S. I-8055, Rn. 48 – *Fiammiferi*.

<sup>43</sup> EuGH, Slg. 1978, I-629.

<sup>44</sup> EuGH, Slg. 1989, 1839, Rn. 31 – *Fratelli Costanzo*.

<sup>45</sup> Siehe nur EuGH, Slg. 2000, S. I-7321, Rn. 38 – *Engelbrecht*; EuGH, Slg. 2003, S. I-8055, Rn. 50 – *Fiammiferi*.

<sup>46</sup> OVG Münster, NVwZ 2006, 1078 ff.; VGH Kassel, NVwZ 2006, 1435 ff.

<sup>48</sup> VGH Kassel, NVwZ 2006, 1435 (1439).

Selbst im Falle einer grundsätzlichen Anerkennung der durch das OVG Münster und den VGH Kassel postulierten Ausnahme vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts müsste der Nachweis geführt werden, dass es im Falle einer Nichtanwendung der nationalen Vorschriften zu einer inakzeptablen Gesetzeslücke oder zu einer erheblichen Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen käme. Wenn gleich nach der Rechtsprechung des EuGH im Herkunftsmitgliedstaat erteilte Konzessionen zur Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen grundsätzlich nicht im Bestimmungsstaat anerkannt werden müssen, verfügen die betreffenden Veranstalter dennoch über eine Konzession. Eine präventive und repressive Kontrolle dieser Anbieter durch die Regulierung im jeweiligen Mitgliedstaat ist damit gewährleistet. Von einer erheblichen Gefährdung wichtiger Allgemeininteressen lässt sich daher nicht sprechen.

Festzuhalten ist, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ohne Einschränkung gilt. Die gegen Gemeinschaftsrecht verstößenden Zulassungsregelungen und das Online-Verbot des GlüStV sowie die Regelungen der diese umsetzenden Gesetze der einzelnen Bundesländer dürfen damit nicht angewendet werden. Nicht nur im Falle von Entscheidungen nationaler Gerichte, sondern auch bei verwaltungsbehördlichem Handeln hängt die Nichtanwendungspflicht nicht davon ab, ob der Verstoß der nationalen Regelung gegen Gemeinschaftsrecht offenkundig ist oder bereits durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft festgestellt wurde<sup>49</sup>. Entscheidend ist vielmehr die objektive Rechtslage. Würde das Eingreifen der Nichtanwendungspflicht davon abhängen, ob der Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht offenkundig ist, stünde es allein im Ermessen der mitgliedstaatlichen Behörde, gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht anzuwenden oder dieses unangewendet zu lassen<sup>50</sup>.

## 2. Anwendung von der Durchsetzung des Glücksspielmonopols dienender Vorschriften

Die Nichtanwendungspflicht bezieht sich nicht nur auf die Vorschriften, die das Glücksspielmonopol begründen, sondern auch auf die seiner Durchsetzung dienenden Vorschriften.

### a) Anwendung von § 284 StGB

Von besonderer Relevanz für die Durchsetzung des Glücksspielmonopols ist § 284 StGB. Danach wird derjenige bestraft, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt. Wenn die Vorschriften über die Erlaubnis- bzw. Genehmigungserteilung sowie das Online-Verbot gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, darf § 284 StGB, der insofern Teil der Gesamtregelung des Glücksspielmonopols ist, nicht angewendet werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ablehnt oder vereitelt hat<sup>51</sup>.

### b) Anwendung von § 9 S. 3 Nr. 4 GlüStV

Ebenfalls der Durchsetzung des Glücksspielmonopols dient § 9 S. 3 Nr. 4 GlüStV. Durch die Regelung wird der zuständigen Aufsichtsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten die Mitwirkung an Zahlungen

für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel zu untersagen. Auf diesem Wege soll Glücksspielveranstaltern, die nicht über eine Erlaubnis nach dem GlüStV verfügen, die Grundlage für ihre grenzüberschreitenden, gegenüber Nachfragern in Deutschland angebotenen Veranstaltungen entzogen werden.

In den Erläuterungen des GlüStV wird ausgeführt, dass bereits nach geltendem Recht jedenfalls die wesentliche Mitwirkung in Form der Abwicklung der Zahlungen für die Teilnahme am Glücksspiel als Beihilfe gemäß § 284 Abs. 1, § 27 StGB strafbar sei<sup>52</sup>.

Durch die Regelung des § 9 S. 3 Nr. 4 GlüStV in Verbindung mit den Erläuterungen soll damit eine Drohkulisse für die jeweiligen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute geschaffen werden, die diese schon präventiv daran hindert, den betreffenden Zahlungsverkehr abzuwickeln.

Das Merkmal der „Unerlaubtheit“ in § 9 S. 3 Nr. 4 GlüStV knüpft an die gegen Gemeinschaftsrecht verstößenden Zulassungsregeln des GlüStV an. Wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts darf die Vorschrift daher ebenfalls nicht angewendet werden.

Darüber hinaus stellt § 9 S. 3 Nr. 4 GlüStV für sich genommen bereits einen Eingriff in die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit dar<sup>53</sup>.

### c) Inanspruchnahme von Access-Providern

Zur Durchsetzung des Glücksspielmonopols – insbesondere des Online-Verbots – könnten staatliche Stellen versucht sein, Access-Provider ordnungsrechtlich in Anspruch zu nehmen<sup>54</sup>. Access-Provider ermöglichen Nutzern den Zugang zum Netz, insbesondere zum Internet<sup>55</sup>. Sie machen damit den Zugang zum Online-Angebot des Glücksspielanbieters erst möglich. Access-Provider sind Diensteanbieter i.S.d. Telemediengesetzes (TMG)<sup>56</sup>. Die §§ 7 - 10 TMG betreffen die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern. Nach § 8 Abs. 1 S. 1 TMG sind Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich, sofern sie die Übermittlung nicht veranlasst, den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt und die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben. Access-Provider vermitteln den Zugang zur Nutzung und sind damit grundsätzlich von der Haftungsprivilegierung erfasst. Nach § 7 Abs. 2 S. 1 TMG sind Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 TMG nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu erforschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben jedoch nach § 7 Abs. 2 S. 2 TMG auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Daher wäre es möglich, einen Access-Provider, der den Zugang zu den Angeboten von Glücksspielanbietern ermöglicht, nach den allgemeinen Grundsätzen der Störerhaftung<sup>57</sup> in Anspruch zu nehmen. Der Provider müsste dann den Zugang zu den jeweiligen Seiten sperren.

<sup>52</sup> Erläuterungen, S. 19.

<sup>53</sup> Vgl. nur die Ausführungen der Kommission in ihrer Stellungnahme v. 14.05.2007, S. 1 f.

<sup>54</sup> Ausführlich zur Haftung von Access-Providern *Bachau/Hertneck*, ITRB 2/2008 (im Erscheinen).

<sup>55</sup> *Koch*, Internet-Recht, 2. Auflage, S. 2 f.

<sup>56</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3078, S. 13.

<sup>57</sup> Vgl. ausführlich hierzu *Koch*, Internet-Recht, 2. Auflage, S. 538 ff.

Aufgrund der umfassenden Nichtanwendungspflicht von nationalem Recht, das gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, wäre auch eine solche Inanspruchnahme von Access-Providern unzulässig. Darüber hinaus ist zu beachten, dass es derzeit ohnehin keine wirksame Möglichkeit für den Staat gibt, unerwünschte Webseiten im Internet gegen den Zugriff aus Deutschland zu sperren<sup>58</sup>. Ferner bestehen erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit einer etwaigen Sperrungsverfügung<sup>59</sup>.

#### **D. Ergebnis**

Das deutsche Glücksspielmonopol verstößt in der rechtlichen Ausgestaltung, die es durch den GlüStV erhalten hat, gegen Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht.

In Ansehung des kaum aufzulösenden Spannungsverhältnisses zwischen den fiskalischen Interessen des Staates und dem Ziel des Spielerschutzes dürfte eine den verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen gerecht werdende Ausgestaltung und Beibehaltung des staatlichen Glücksspielmonopols praktisch nicht möglich sein.

Solange Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten durch die Vorschriften des GlüStV die Möglichkeit verweigert wird, eine Zulassung zu beantragen und bei Erfüllung der an ihre Erteilung gestellten Voraussetzungen auch zu erhalten, muss deren herkunftsmitgliedstaatliche Zulassung für ein Spielangebot in Deutschland ausreichen, soweit die herkunftsmitgliedstaatliche Zulassung und Überwachung zumindest dem Schutzniveau des deutschen GlüStV tatsächlich entspricht.

Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts dürfen die das Glücksspielmonopol begründenden und seiner Durchsetzung dienenden Vorschriften des nationalen Rechts nicht angewendet werden. Hierzu gehören insbesondere das Online-Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV, § 284 StGB, § 9 S. 3 Nr. 4 GlüStV sowie eine Inanspruchnahme von Access-Providern nach den Grundsätzen der Störerhaftung.

<sup>58</sup> Vgl. ausführlich hierzu *Schöttle*, K&R 2007, 366 ff.

<sup>59</sup> Vgl. ausführlich hierzu *Schöttle*, K&R 2007, 366 ff.