

## I. AUFSätze

## Gemeinschaftsrechtliche Kohärenzanforderungen an mitgliedstaatliche Beschränkungsmaßnahmen im Glücksspielbereich

Zur Relevanz des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache C-169/07 vom 10. März 2009 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbh / Wiener Landesregierung u.a.)\*

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

### I. Die relevanten Ausführungen im Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache - C 169/07 (Hartlauer)

In dem von der großen Kammer<sup>1</sup> des EuGH erlassenen Vorabentscheidungsurteil (Art. 234 EG) qualifiziert der Gerichtshof eine österreichische Regelung über Zulassungsvoraussetzungen für selbständige Ambulatorien für Zahnheilkunde als mit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (Art. 43 EG in Verbindung mit Art. 48 EG) unvereinbar<sup>2</sup>, weil das Erfordernis einer auf den gesundheitlichen Bedarf der Bevölkerung gestützten Prüfung nur auf selbständige Ambulatorien, nicht aber auf Gruppenpraxen angewandt wird und dem Ermessen der nationalen Behörden keine hinreichenden Grenzen gesetzt sind. Damit ist die große Kammer nicht dem Schlussantrag von Generalanwalt Bot gefolgt. Zwar räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten die Gestaltungsfreiheit ein, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit gewährleisten können und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Gleichzeitig bindet der Gerichtshof die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Gestaltungsfreiheit und damit das konkret mitgliedstaatlich festgelegte Schutzniveau an die Verhältnismäßigkeitsgrundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit, ausgerichtet an dem nunmehr fest im Gemeinschaftsrecht verankerten regulatorischen Kohärenzgebot:

„(44) Insofern ist daran zu erinnern, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann, sofern sie geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist (Urteil Kommission/Griechenland, Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(...)

(47) Aus der Rechtsprechung geht hervor, dass insbesondere zwei Ziele unter diese Ausnahme<sup>3</sup> fallen können, wenn sie zur Erreichung eines hohen Niveaus des Gesundheitsschutzes beitragen, nämlich zum einen das Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen ärztlichen oder klinischen

Versorgung und zum anderen das Ziel der Vermeidung einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit (vgl. in diesem Sinne Urteil Watts, Randnrn. 103 und 104 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

(...)

(50) Folglich ist zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Beschränkungen geeignet sind, die Erreichung der Ziele zu garantieren, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene und allgemein zugängliche medizinische Versorgung aufrechtzuerhalten und eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu vermeiden.“

Die hohe Intensität und – konkret auf den zugrundeliegenden Vorlagesachverhalt ausgerichtete – strenge Prüfungsdichte des Geeignetheitsmaßstabes, den der Gerichtshof an die mitgliedstaatliche Ausübung der Gestaltungsfreiheit und an das mitgliedstaatlich festgelegte Schutzniveau im Sinne eines regulatorischen Kohärenzgebotes anlegt, ergibt sich aus den folgenden Ausführungen im Urteil Hartlauer.

„(54) Im vorliegenden Fall verwehren es jedoch zwei Reihen von Erwägungen, eine Eignung der fraglichen Regelung zur Erreichung der genannten Ziele anzuerkennen.

(55) Erstens ist daran zu erinnern, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. März 2007, Placanica u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Randnrn. 53 und 58, und vom 17. Juli 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, Slg. 2008, I-0000, Randnrn. 39 und 40).

(56) Nach § 3 Abs. 1 und 2 KAG und den entsprechenden Bestimmungen des KAKuG, die durch § 4 Wr. KAG und § 5 Oö. KAG ausgeführt werden, wird für die Errichtung und den Betrieb neuer selbständiger Zahnambulatorien unabhängig von deren Größe eine auf eine Prüfung des Marktbedarfs abstellende vorherige Genehmigung verlangt, wohingegen die Einrichtung neuer Gruppenpraxen unabhängig von deren Größe keiner Genehmigungsregelung unterliegt.

(57) Aus der Vorlageentscheidung geht jedoch hervor, dass die räumliche und apparatemäßige Ausstattung der Gruppenpraxen und der Zahnambulatorien ähnliche Merkmale aufweisen können und dass der Patient in vielen Fällen keinen Unterschied zwischen diesen Einrichtungen erkennen wird.

(58) Außerdem bieten die Gruppenpraxen im Allgemeinen die glei-

\* Die Abhandlung beruht auf einem Kurztgutachten.

\*\* Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

<sup>1</sup> In nahezu gleicher Besetzung wie in der Rechtssache *Liga Portuguesa*; vgl. dazu den Schlussantrag des Generalanwalts Bot in der Rechtssache C-42/07 vom 14.10.2008, Rn. 235 – *Liga Portuguesa*.

<sup>2</sup> EuGH, Rs. C 169/07 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbh/Wiener Landesregierung u. a.), Rn. 72.

<sup>3</sup> Art. 46 Abs. 1 EG.

chen medizinischen Leistungen wie die Zahnambulatorien an und unterliegen denselben Marktbedingungen.

(59) In Gruppenpraxen und in Zahnambulatorien können auch etwa gleich viele Ärzte beschäftigt sein. Die Ärzte, die medizinische Leistungen in einer Gruppenpraxis erbringen, haben zwar die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters und sind befugt, die Zahnheilkunde selbständig auszuüben, während die Ärzte, die ihre Tätigkeit in einem Ambulatorium ausüben, die Stellung eines Arbeitnehmers haben. Aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten ergibt sich jedoch nicht, dass dies eine sichere Auswirkung auf die Natur und den Umfang der erbrachten Leistungen hat.

(60) Da diese beiden Kategorien von Leistungsanbietern vergleichbare Merkmale und eine vergleichbare Zahl von Ärzten haben und medizinische Leistungen in gleichwertigem Umfang erbringen können, können sie demnach auf dem betreffenden Markt für medizinische Leistungen eine ähnliche Bedeutung haben, und sie können daher die wirtschaftliche Situation der Vertragsärzte in bestimmten geografischen Gebieten und mithin die Erreichung der von den zuständigen Behörden verfolgten Planungsziele in gleicher Weise berühren.

(61) Diese Inkohärenz beeinträchtigt auch die Erreichung des Ziels, eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu vermeiden. Selbst wenn man unterstellt, dass die unkontrollierte Ansiedelung selbständiger Zahnambulatorien zu einem erheblichen Anstieg des Umfangs medizinischer Leistungen bei konstanten Preisen zulasten dieses Systems führen kann, hat die österreichische Regierung nichts dargetan, was erklären könnte, warum die Ansiedelung dieser Ambulatorien, nicht aber die der Gruppenpraxen eine solche Wirkung haben soll.

(62) Im Übrigen kann sich die zahnmedizinische Versorgung in selbständigen Ambulatorien als rationeller erweisen, wenn man ihre Organisationsweise, die Vielzahl der Ärzte und die Bündelung medizinischer Apparate und Ausstattung berücksichtigt, die es ihnen erlaubt, die Betriebskosten zu senken. Sie können daher insbesondere im Vergleich zu Vertragsärzten, die nicht über solche Möglichkeiten verfügen, medizinische Leistungen zu weniger kostenintensiven Bedingungen erbringen. Die Erbringung von Versorgungsleistungen durch diese Einrichtungen kann daher auch zu einer effizienteren Verwendung der dem gesetzlichen Krankenversicherungssystem zugewiesenen öffentlichen Mittel führen.

(63) Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung die geltend gemachten Ziele nicht kohärent und systematisch verfolgt, da sie die Errichtung von Gruppenpraxen – im Gegensatz zu dem, was für neue Zahnambulatorien gilt – nicht einem System der vorherigen Genehmigung unterwirft.

(...)

(65) In den Ausgangsrechtsstreitigkeiten machen die betreffenden Regelungen die Erteilung der Bewilligung für die Schaffung eines neuen Zahnambulatoriums nur von einer einzigen Bedingung abhängig, nämlich dem Bestehen eines Bedarfs an den von dieser neuen Einrichtung angebotenen Leistungen.

(...)

(66) Aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten geht hervor, dass diese Bedingung in der Praxis je nach dem betreffenden Land anhand unterschiedlicher Kriterien geprüft wird.

(...)

(70) Daher ist festzustellen, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende System einer vorherigen behördlichen Genehmigung nicht auf einer Bedingung beruht, die geeignet ist, der Ausübung des Ermessens durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen zu setzen.

(71) Nach alledem ist die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung nicht geeignet, die Erreichung der Ziele zu gewährleisten, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene und allgemein zugängliche medizinische Versorgung aufrechtzuerhalten und eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu vermeiden.“

Diese auffallend hohe Prüfungsdichte des Geeignetheitsmaßstabes, den der Gerichtshof an die mitgliedstaatliche Ausübung der Gestaltungsfreiheit und an das mitgliedstaatlich festgelegte Schutzniveau anlegt, wird durch das Zitat des Kohärenzgebotes nach seiner – den Glücksspielsektor betreffenden – Placencia-Entscheidung in Randnummer 55 pointiert, wonach „eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.

Im Urteil *Hartlauer* verneint der EuGH in Randnummer 63 unter Zugrundelegung der hohen Prüfungsdichte eine kohärente Regelung, weil die österreichische Regelung zu selbständigen Ambulatorien einerseits und zu Gruppenpraxen andererseits vergleichbare Kategorien unterschiedlich behandelt. Hier offenbart sich die Parallele zum deutschen Glücksspielrecht: Die Inkohärenz im deutschen Glücksspielrecht liegt nicht nur darin, dass gleich gefährliche Glücksspielarten unterschiedlich geregelt werden. Verglichen mit dem Fall *Hartlauer* ist die Inkohärenz im deutschen Glücksspielrecht insoweit noch gravierender, als insbesondere Automaten Spiele, die wesentlich gefährlicher sind als Sportwetten und Lotterien, lediglich einem verhältnismäßig liberalen Genehmigungs- bzw. Konzessionssystem unterliegen.

## II. Konsequenzen aus dem Urteil *Hartlauer* und der vorangegangenen Rechtsprechung für die mitgliedstaatlichen Beurteilungs-, Ermessens- und Gestaltungsspielräume im Rahmen einer kohärenten Glücksspielregulierung

Spätestens mit dem Urteil *Hartlauer*<sup>4</sup> ist das Kohärenzgebot fest in der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle verankert. Bei der Einhaltung des Kohärenzgebotes erlegt der EuGH in Randnummer 61 des Urteils *Hartlauer* dem regulierenden Mitgliedstaat die Darlegungs- und Untersuchungslast für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfrei-

4 Das in Rn. 55 ausdrücklich Bezug nimmt auf die Ausführungen zum Kohärenzgebot in den Urteilen vom 6. März 2007, *Placencia* u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 und 58, und vom 17. Juli 2008, *Corporación Dermoeestética*, C-500/06, Slg. 2008, I-0000, Rn. 39 und 40.

heiten „aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ auf.<sup>5</sup> Für den Glücksspielbereich hat der EuGH schon in der Rechtssache *Lindman* verlangt, 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.“<sup>6</sup> Dabei muss der Mitgliedstaat „genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen“<sup>7</sup> und „konkrete Anhaltspunkte“ dafür liefern, dass die Beschränkung „unabdingbar“ ist.<sup>8</sup>

Zwar räumt der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schutzniveaus einen Ermessens- und Gestaltungsspielraum ein. Dieser mitgliedstaatliche Regulierungsspielraum unterliegt aber spätestens mit dem Urteil *Hartlauer* einer substantiellen Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitskontrolle. Der im nichtharmonisierten Bereich den Mitgliedstaaten zustehende Beurteilungsspielraum bezeichnet den Grad mitgliedstaatlicher Erkenntnis- und Einschätzungsautonomie in Bezug auf die Annahme von Gefahren-, Gefährdungs- sowie Risikolagen, die zur Rechtfertigung der Beschränkung herangezogen werden. Dagegen bezeichnet der Begriff des Ermessensspielraums den Grad mitgliedstaatlicher Autonomie bei der Auswahl einer verhältnismäßigen Rechtsfolge, welche eine Freiheit einzuschränken vermag.<sup>9</sup> Im Rahmen eines Ermessensspielraums beschreibt die mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit das Spektrum der vom Mitgliedstaat gestaltbaren Schutzformate. Das Schutzformat (z.B. Monopol oder Regulierung) kann durch den Mitgliedstaat im nichtharmonisierten Bereich grundsätzlich frei gewählt werden, nachdem dieser die von ihm angestrebten Schutzziele festgelegt hat. Voraussetzung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite, d.h. im Rahmen des Ermessens- und Gestaltungsspielraums, ist jedoch, dass der Mitgliedstaat zuvor auf der vorgelagerten Seite des Rechtfertigungstatbestandes die Gefahren-, Gefährdungs- oder Risikolagen ermittelt und beurteilt hat.

Der Mitgliedstaat muss im Rahmen seines Vortrages zur Erfüllung des Rechtfertigungstatbestandes darlegen, dass er das folgende Beurteilungsprogramm in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH durchlaufen hat, bevor die mitgliedstaatliche Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite überhaupt ausgeübt werden kann:<sup>10</sup>

1. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefahren-, Gefährdungs- oder Risikolagen müssen die zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten erhoben und herangezogen werden.<sup>11</sup>

2. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine Gefahren-, Gefährdungs- oder Risikobewertung vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen bzw. der Fehleinschätzungsgefahr beurteilt werden.<sup>12</sup>

3. Das zur Rechtfertigung nationaler Maßnahmen beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Gefahren-, Gefährdungs- oder Risikobewertung müssen die behaupteten Zusammenhänge, die zu einem Schadenseintritt führen könnten, auch tragen.<sup>13</sup>

Je unberechenbarer die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikozusammenhänge nach Durchlaufen dieses Beurteilungsprogramms trotzdem bleiben, umso weiter ist der mitgliedstaatliche Beurteilungsspielraum anzusetzen. Der Mitgliedstaat darf dann nach dem Vorsorgeprinzip Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und das Ausmaß der Gefahren, Gefährdungen und Risiken klar dargelegt sind.<sup>14</sup> Allerdings darf eine Risikobewertung nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt werden.<sup>15</sup> Die Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweislast der Mitgliedstaaten steigt in dem Maße, in dem konkrete Zweifel an der Existenz einer Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolage schon im Rahmen des skizzierten Beurteilungsprogramms auftreten oder sich konkrete Zweifel an der Kohärenz, Geeignetheit und Erforderlichkeit von Beschränkungen daraus ergeben, dass beschränkende Maßnahmen in vergleichbaren Gefahren-, Gefährdungs- oder Risikozusammenhängen widersprüchlich und unstimmig sind.

Von den aufgezeigten strengen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Darlegungs- und Untersuchungslast bei der Ermittlung und Beurteilung von Gefährdungs- und Risikolagen hat der EuGH in seinem Urteil vom 19.05.2009, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07 – *Apothekerkammer des Saarlandes (Doc Morris)*<sup>16</sup> deutliche Abstriche gemacht. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Gemeinschaftsrechtskonformität des sog. Fremdbesitzverbots im deutschen Apothekenrecht. Danach ist es nur approbierten Apothekern erlaubt, eine Apotheke zu betreiben. Kapitalgesellschaften haben deshalb nicht die Möglichkeit zum Betrieb einer Apotheke. In diesem Zusammenhang führt der EuGH in Rn. 39 der Entscheidung aus:

„Folglich kann ein Mitgliedstaat im Rahmen seines (...) Wertungsspielraums der Ansicht sein, dass der Betrieb einer Apotheke durch einen Nichtapotheker im Unterschied zu einer von einem Apotheker betriebenen Apotheke eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung (...) darstellen kann.“  
[Hervorhebung durch den Verfasser]

5 Vgl. schon EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004, I-2641, Rn. 46 – *Leichtle*; Koenig, EWS Editorial, Heft 11 2008.

6 EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Rn. 25 – *Lindman*.

7 EuGH, Rs. C-147/03, Slg. 2005, I-5969, Rn. 63 – *Kommission/Österreich*.

8 EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004, I-2641, Rn. 46 – *Leichtle*.

9 Ausführlich zum Beurteilungs- und Ermessensspielraum: Koenig/Ciszewski, ZFWG 2008, 397 (398 ff.).

10 Hierzu bereits Koenig/Ciszewski, ZFWG 2008, 397 (399).

11 EuGH, Rs. C-192/02, Slg. 2003, I-9693, Rn. 48 – *Kommission/Dänemark*.

12 EuGH, Rs. C-192/02, Slg. 2003, I-9693, Rn. 48 – *Kommission/Dänemark*.

13 EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Rn. 26 – *Lindman*; EuGH, Rs. C-346/06, Rn. 42 – *Rüffert*.

14 EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Rn. 26 – *Lindman*; EuGH, Rs. C-346/06, Rn. 42 – *Rüffert*.

15 EuGH, Rs. C-192/02, Slg. 2003, I-9693, Rn. 49 – *Kommission/Dänemark*.

16 EuGH, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07 – *Apothekerkammer des Saarlandes (Doc Morris)*.

In Rn. 54 des Urteils heißt es:

*„Jedoch kann im Hinblick auf den den Mitgliedstaaten überlassenen Wertungsspielraum (...) ein Mitgliedstaat der Ansicht sein, dass die Gefahr besteht, dass (...)“*

*[Hervorhebung durch den Verfasser]*

Der Gerichtshof scheint damit nicht mehr dem Mitgliedstaat die Darlegungs- und Untersuchungslast für die Existenz einer Gefährdungslage aufzuerlegen, sondern der bloßen „Ansicht“ (Meinung) des Mitgliedstaates rechtfertigende Wirkung hinsichtlich des Vorliegens einer Gefahrenlage einzuräumen. In der Urteilsbegründung fehlt ein Hinweis auf das Gebot, dass der Mitgliedstaat diese „Ansicht“ mit den „zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten“ unterlegen muss.

Insbesondere im Zusammenhang mit mitgliedstaatlichen Beschränkungsmaßnahmen im Glücksspielbereich bleibt abzuwarten, ob diese geringen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Darlegungs- und Untersuchungslast für die Verhältnismäßigkeit von Beschränkungsmaßnahmen ein Ausreißer aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs bleiben oder ob eine Fortschreibung im Glücksspielbereich stattfinden wird.

### III. Rechtliche Konsequenzen der Empfehlungen des Fachbeirates Spielsucht für eine kohärente Glücksspielregulierung

Für eine kohärente Glücksspielregulierung ist als gemeinschaftsrechtliche Voraussetzung danach folgendes festzuhalten: Die mitgliedstaatliche Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite der durch den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) vorgenommenen Beschränkungsmaßnahmen ist im Rahmen des Ermessens- und Gestaltungsspielraums in diesem nicht harmonisierten Bereich verhältnismäßig (kohärent, geeignet und erforderlich), wenn der Mitgliedstaat zuvor auf der vorgelagerten Seite des Rechtfertigungstatbestandes die aus den einzelnen Glücksspielarten resultierenden Suchtgefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen sorgfältig ermittelt und beurteilt hat. Hierzu muss er das oben unter II. aufgeführte, in drei Schritten strukturierte Beurteilungsprogramm durchlaufen. Angesichts der Feststellung des nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV von den Ländern eingesetzten Fachbeirates Spielsucht, wonach keine aussagekräftige Studie zur Spielsucht in Deutschland existiert, bestehen erhebliche Zweifel, ob die Gesetzgeber des GlüStV, die deutschen Bundesländer, diese gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine kohärente Glücksspielregulierung erfüllt haben. Der Fachbeirat Spielsucht führt in seiner „Empfehlung zur zeitnahen Durchführung einer epidemiologischen Studie zur Glücksspielsucht in Deutschland“<sup>17</sup> aus:

*„Für Deutschland fehlt im Gegensatz zu vielen europäischen Nachbarländern eine aussagefähige repräsentative epidemiologische Studie zur Verbreitung des problematischen und pathologischen*

*Glücksspielens. Dieser Mangel wurde bereits im Jahr 2005 durch ein Gutachten von Prof. John (s. Anlage) belegt. Aufgrund methodischer und inhaltlicher Mängel zwischenzeitlich vorgelegter Untersuchungen steht eine entsprechende Studie nach wie vor aus. Die Durchführung einer entsprechenden Studie ist grundsätzlich aus zwei Gründen erforderlich:*

*1. Zur Bewertung des Glücksspielstaatsvertrages sind Basisdaten der Verbreitung von Glücksspielsucht erforderlich. Nur so kann die Wirksamkeit präventiver Maßnahmen zur Glücksspielsucht bewertet werden.*

*2. Auch die Beurteilung von Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit einschlägiger Rechtsvorschriften erfordert belastbare Daten zum Ausmaß des problematischen und pathologischen Glücksspielens in verschiedenen Segmenten.*

*Die Dringlichkeit des Vorhabens hat in den vergangenen Jahren drastisch zugenommen:*

*1. Mit Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages zum 1. Januar 2008 beginnen einschränkende rechtliche Maßnahmen und präventive Hilfeangebote schrittweise Wirkung zu entfalten, so dass eine Basiserhebung zum Ausgangspunkt dieser Entwicklung nur noch im laufenden Jahr aussagekräftig sein kann. Nur aussagekräftige Eckdaten zur Prävalenz in der Bevölkerung können für die vielfältigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Glücksspielsucht als verlässlicher Bezugspunkt dienen.*

*2. Im Vertragsverletzungsverfahren der Kommission der Europäischen Gemeinschaft vom 1. Februar 2008 wird ausgeführt (S. 6):*

*„Der betreffende Mitgliedstaat muss zudem statistische Daten oder sonstige Nachweise erbringen, die Rückschlüsse auf die Bedrohlichkeit der durch Glücksspiele bedingten Risiken zulassen. [...] Verlässliche Angaben zur Prävalenz, d.h. zum Auftreten des pathologischen Glücksspiels bezogen auf die Bevölkerung gibt es für die Bundesrepublik Deutschland bislang nicht.“*

*Dieser Kritikpunkt wird für zu erwartende Gerichtsverfahren nicht nur vor dem Europäischen Gerichtshof, sondern auch in allen nationalen Gerichtsverfahren von entscheidender Bedeutung sein.*

*Die seit dem 1. Januar 2008 mittels vielfältiger Maßnahmen begonnene Umsetzung des Glücksspielstaatsvertrages, die mit erheblichen finanziellen Mitteln der Länder verbunden sind, drohen allein aufgrund dieses Mangels zu scheitern. Es bedarf einer unabhängigen, repräsentativen und aussagekräftigen Untersuchung [...].*

*Der Fachbeirat empfiehlt den Bundesländern, eine solche Untersuchung zeitnah auszuschreiben, um noch rechtzeitig auch in Deutschland eine gesicherte epidemiologische Datenlage herzustellen.“*

Die von dem Fachbeirat Spielsucht geforderte Studie ist mangels finanzieller Zuwendungen seitens der Länder nicht in Auftrag gegeben worden. Auch nach dem Auslaufen des Staatsvertrages Ende 2011 wird damit voraussichtlich die wissenschaftliche Basis fehlen, die der EuGH im Urteil *Lindman* für eine gemeinschaftsrechtskonforme Glücksspielregulierung verlangt hatte:

*„(26) Im Ausgangsverfahren weisen die dem Gerichtshof vom vorle-*

<sup>17</sup> Diese Empfehlungen des Fachbeirates sind zwischenzeitlich nicht mehr über den link <http://www.fachbeirat-gluecksspielsucht.hessen.de/> abrufbar. Stattdessen findet sich dort neuerdings die allgemeine Information, dass die Anfang 2008 fertiggestellte Seite "im Aufbau" ist!

genden 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.“<sup>18</sup>

Damit haben es die Bundesländer bereits auf der ersten Stufe versäumt, das gemeinschaftsrechtlich erforderliche Beurteilungsprogramm auf der Tatbestandsseite der Gefahrenzusammenhänge zu absolvieren, um auf der Rechtsfolgenseite überhaupt das Schutzniveau kohärent festlegen zu können:

1. Die Bundesländer haben die Empfehlung des Fachbeirates Spielsucht zur zeitnahen Durchführung einer epidemiologischen Studie zur Glücksspielsucht in Deutschland „in den Wind geschlagen“ und damit die geltend gemachten Suchtgefahren nicht anhand der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten ermittelt.

2. Nur auf der Grundlage solcher zuverlässigen suchtepidemiologischen Daten hätte eine die Beschränkung rechtfertigende Gefahren-, Gefährdungs- oder Risikobewertung vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen beurteilt werden können.

3. Mangels einer Erhebung und Auswertung valider suchtepidemiologischer Daten tragen die von den Bundesländern lediglich unsystematisch, ohne ausreichende wissenschaftlich unterlegte Methode, behaupteten Gefahrenzusammenhänge keine kohärente Glücksspielregulierung nach dem GlüStV.

Dieser empirische Defekt auf der Tatbestandsseite der behaupteten Gefahrenzusammenhänge korreliert zudem mit erheblichen Unstimmigkeiten auf der Rechtsfolgenseite des GlüStV, so dass das Schutzniveau durch auffallende Inkohärenzen geprägt ist:<sup>19</sup> Während der GlüStV die Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien, Sportwetten und Kasinospielen im Internet verbietet und (auf diesem Wege) Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten von einem Angebot in Deutschland ausschließt, ist der Erhalt einer Erlaubnis für gewerbliche Anbieter und ein Online-Angebot für gefährlichere Glücksspiele möglich, denen ein deutlich höheres Suchtgefahrenpotential zuzumessen ist. So kann etwa nach §§ 33c ff. GewO eine Erlaubnis zum gewerblichen Betrieb von Automatenglücksspielen außerhalb von Spielbanken erteilt werden; im Anwendungsbereich von Pferdewetten sind Online-Angebote möglich.

Dieser Regulierungsansatz widerspricht nicht nur den hierzu vorliegenden Untersuchungen zum Suchtgefahrenpotential von Glücksspielen an (Geld-)Spielautomaten, denen von

allen Glücksspielarten die größten Suchtgefahren<sup>20</sup> aufgrund der Ereignisfrequenzen sowie Licht-, Ton- und Farbeffekten beim Spiel<sup>21</sup> zukommen. Darüber hinaus steht die verhältnismäßig liberale Regulierung der Automatenglücksspiele im Widerspruch zu dem Beschluss des Fachbeirates Spielsucht vom 12. März 2008 zur Verminderung der von Geldspielgeräten ausgehenden Gefahren:

„Der Fachbeirat empfiehlt den Ländern, über den Bundesrat eine Gesetzesinitiative für eine Änderung der Gewerbeordnung zu ergreifen. Ziel dieser Initiative ist es, eine der Hauptursachen für Glücksspielsucht und problematisches Spielen zu beseitigen. Der vom Fachbeirat empfohlene Gesetzestext lautet wie folgt:

„Die Gewerbeordnung (...) wird wie folgt geändert:

1. In § 33e Absatz 1 wird nach Satz 1 der folgende Satz 2 eingefügt:  
"Ein Versagungsgrund nach Satz 1 liegt insbesondere dann vor, wenn folgende Anforderungen nicht erfüllt sind:

1. die Mindestspieldauer unterschreitet nicht 60 Sekunden,
2. der Einsatz übersteigt nicht 0,20 Euro,
3. die Summe der Verluste im Verlauf einer Stunde übersteigt nicht 7 Euro,
4. die Summe der Gewinne abzüglich der Einsätze im Verlauf einer Stunde übersteigt nicht 30 Euro,
5. die Speicherung von Geldbeträgen einschließlich zuvor erzielter Gewinne übersteigt nicht 2 Euro,
6. die Spielverlaufsanzeigen entsprechen den jeweils bestehenden Gewinnwahrscheinlichkeiten,
7. vor jeder Spielaufnahme wird der Spieler über die Wirksamkeit der ihm zur Verfügung gestellten Spielbeeinflussungsmaßnahmen für die Höhe der Gewinnwahrscheinlichkeiten aufgeklärt,
8. die Angabe aller Spielergebnisse erfolgt ausschließlich in Geld,
9. Gewinne und Auszahlungen sind nicht mit auffälligen Geräuschen oder Lichtsignalen verbunden.“

2. Die bisherigen Sätze 2 und 3 werden Satz 3 und 4.

#### Gründe

Geldspielgeräte weisen unter allen Glücksspielarten die höchste Suchtgefahr auf. Der Anteil von pathologischen Spielern gemessen an den Geldeinsätzen beträgt bei Geldspielgeräten bis zu 40 Prozent. Wissenschaftliche Schätzungen beziffern die Zahl der von Glücksspielsucht betroffenen Automatenspieler auf bis zu 8 Prozent. Die Zahl der Geldspielgerätesüchtigen beträgt in Deutschland mehr als 30.000 Menschen. Mit jedem Süchtigen sind hohe private und soziale Kosten verbunden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Europäischen Gerichtshofes ver-

20 Stöver, Nationale und internationale Befunde zu Spielproblemen von Teilnehmern des Zahlenlottos, Bremer Institut für Drogenforschung (BISDR), Oktober 2007, S. 33; Bühringer/Kraus/Sonntag/Pfeiffer-Gerschel/Steiner, Sucht 2007, 296 ff.; vgl. hierzu auch die Zusammenfassung der Ergebnisse bei Kalke/Meyer/Haasen/Hayer, Glücksspielsucht-Forschung in Deutschland: Stand und Perspektiven, Konturen 29 (1), 20; vgl. auch die Nachweise bei Becker/Dittmann, Gefährdungspotentiale von Glücksspielen und regulatorischer Spielraum des Gesetzgebers, in Ennuschat: Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele, 113 (118 ff.).

21 vgl. Becker/Dittmann, Gefährdungspotentiale von Glücksspielen und regulatorischer Spielraum des Gesetzgebers, in Ennuschat: Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele, 113 (117 ff.).

18 EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Rn. 26 – Lindman.

19 Hierzu bereits Koenig/Ciszewski, ZfWG 2008, 397 (398 ff.).

*langen vom deutschen Gesetzgeber in Bund und Ländern eine kohärente und systematische Politik der Bekämpfung der Glücksspielsucht. Fiskalische Zwecke haben bei der Regelung der Glücksspielmärkte außer Betracht zu bleiben. (...)*

*Angesichts der besorgniserregenden Zahlen der süchtigen Spieler und der hohen sozialen Kosten des Automatenspiels ist unmittelbares Handeln des Gesetzgebers zum Schutze der Bevölkerung geboten.“*

Der Gesetzgeber hat indes dem Beschluss des Fachbeirates Spielsucht zur Verminderung der von Geldspielgeräten ausgehenden Gefahren bisher nicht entsprochen. Damit bleibt das regulatorische Schutzniveau im gesamten deutschen Glücksspielsektor durch auffallende Inkohärenzen geprägt.

#### IV. Zusammenfassung und Ergebnisse

1. Spätestens mit dem Urteil *Hartlauer* ist das Kohärenzgebot fest in der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle verankert. Bei der Einhaltung des Kohärenzgebotes erlegt der EuGH dem regulierenden Mitgliedstaat die Darlegungs- und Untersuchungslast für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten „aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ auf.

2. Im Urteil *Hartlauer* verneint der EuGH unter Zugrundelegung der hohen Prüfungsdichte eine kohärente Regelung, weil die österreichische Regelung zu selbständigen Ambulatorien einerseits und zu Gruppenpraxen andererseits vergleichbare Kategorien unterschiedlich behandelt. Hier offenbart sich die Parallele zum deutschen Glücksspielrecht: Die Inkohärenz im deutschen Glücksspielrecht liegt nicht nur darin, dass gleich gefährliche Glücksspielarten unterschiedlich geregelt werden. Verglichen mit dem Fall *Hartlauer* ist die Inkohärenz im deutschen Glücksspielrecht insoweit noch gravierender, als insbesondere Automaten Glücksspiele, die wesentlich gefährlicher

sind als Sportwetten und Lotterien, lediglich einem verhältnismäßig liberalen Genehmigungs- bzw. Konzessionssystem unterliegen.

3. Die Bundesländer haben die Empfehlung des Fachbeirates Spielsucht zur Durchführung einer epidemiologischen Studie zur Glücksspielsucht in Deutschland „in den Wind geschlagen“ und damit die geltend gemachten Suchtgefahren nicht anhand der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten ermittelt. Mangels einer Erhebung und Auswertung valider suchtepidemiologischer Daten tragen die von den Bundesländern lediglich unsystematisch, ohne ausreichende wissenschaftlich unterlegte Methode, behaupteten Gefahrenzusammenhänge keine kohärente Glücksspielregulierung nach dem GlüStV. Auch ausweislich der Empfehlungen und Beschlüsse des nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV von den Ländern selbst eingesetzten Fachbeirates Spielsucht bleibt das regulatorische Schutzniveau im gesamten deutschen Glücksspielsektor durch auffallende Inkohärenzen geprägt.

4. Weder kann Deutschland darlegen und nachweisen, warum die Zulassung gewerblicher Anbieter im Anwendungsbereich der suchtgefährlichen Automaten Glücksspiele *kohärent*, geeignet und erforderlich ist, um die zugrunde liegenden Schutzziele zu erreichen, während im Bereich der weniger gefährlichen Lotterien und Sportwetten die gleichen Ziele nur im Rahmen einer Marktzugangssperre für gewerbliche Anbieter erreicht werden können, noch kann Deutschland darlegen und nachweisen, warum im Anwendungsbereich von Lotterien und Sportwetten ein Online-Verbot *kohärent*, geeignet und erforderlich ist, im Bereich der vergleichbar gefährlichen Pferdewetten hingegen nicht. Mithin scheitert eine Rechtfertigung dieser Beschränkungen der Grundfreiheiten „aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“.