

Die Bedeutung des Urteilstenors und der Urteilsgründe in der Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa) für die deutsche Rechtslage im Glücksspielsektor*

Prof. Dr. Christian Koenig und Dr. Simon Ciszewski, Bonn**

Der Gerichtshof stellt in der Rs. C-42/07 zunächst fest, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats, die es in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Dienstleistungserbringern untersagt, in seinem Hoheitsgebiet Dienstleistungen über das Internet anzubieten, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG darstellt.¹

Für die Rechtslage in Deutschland ergibt sich daraus, dass die den staatlichen Lottogesellschaften erteilten Ausschließlichkeitsrechte (vgl. § 10 Abs. 2, 5 GlüStV) und das Online-Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit darstellen.

In Ermangelung einer Harmonisierung im Glücksspielbereich und im Hinblick auf die in den einzelnen Mitgliedstaaten nach Ansicht des Gerichtshofs bestehenden sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschiede in Bezug auf Glücksspiele verweist der Gerichtshof darauf, dass es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten sei, „in diesen Bereichen [...] zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben“². Zum mitgliedstaatlichen Spielraum und dessen Grenzen führt der Gerichtshof aus:

„Somit steht den Mitgliedstaaten zwar frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, doch müssen die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen“³.

Angesichts der fehlenden Harmonisierung des Glücksspielrechts stellt der Gerichtshof in Rn. 69 seiner Entscheidung fest, dass die Dienstleistungsfreiheit der Anwendung einer – im Übrigen gemeinschaftsrechtskonformen – nationalen Regelung, im Internet keine Glücksspiele

anbieten zu dürfen, auf Unternehmen nicht allein deshalb entgegensteht, weil diese in einem anderen Mitgliedsstaat zugelassen sind und dort rechtmäßig ihre Dienste erbringen.

Der Gerichtshof stellt fest, dass vorrangiges Ziel der Übertragung des ausschließlichen Rechts zur Veranstaltung von Lotterien und Wetten über alle elektronischen Kommunikationsmittel an die Einrichtung Santa Casa in Portugal die Bekämpfung von Kriminalität ist.⁴

Zwar ist es auch nach § 1 Nr. 4 GlüStV Ziel der Regelungen des GlüStV, sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden. Vorrangiges Ziel des GlüStV ist jedoch nach § 1 Nr. 1 GlüStV, das Entstehen von Glücksspielsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen. Diese Vorrangstellung des Suchtbekämpfungsziels ergibt sich nicht nur aus seiner systematischen Stellung in § 1 Nr. 1 GlüStV, sondern auch aus den Erläuterungen zum GlüStV⁵.

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Santa Casa übertragene Ausschließlichkeitsrecht wird somit von einem anderen Schutzzielschwerpunkt getragen als die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch die Vorschriften des GlüStV in Deutschland. Die mit Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten verfolgten Schutzziele bestimmen jedoch maßgeblich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Beschränkungsmaßnahmen. Der Gerichtshof führt insofern aus:

„[...] die Beurteilung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen [...] sind allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen“⁶ [Hervorhebung durch den Verfasser]

* Der Beitrag beruht auf einem von den Verfassern erstellten Rechtsgutachten.

** Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Simon Ciszewski ist ebendort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, ZfWG 2009, 304, 309, Rn. 52 – Liga Portuguesa.

2 EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, ZfWG 2009, 304, 309, Rn. 57 – Liga Portuguesa.

3 EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, ZfWG 2009, 304, 309, Rn. 59 – Liga Portuguesa.

4 EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, ZfWG 2009, 304, 309, Rn. 62 – Liga Portuguesa.

5 Erläuterungen zum GlüStV, S. 4, 10.

6 EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, ZfWG 2009, 304, 309, Rn. 58 – Liga Portuguesa.

Im Gegensatz zum Schlussantrag von Generalanwalt Bot⁷, der dem Gerichtshof eine regulatorisch „flächen-deckende“ Rechtfertigung von mitgliedstaatlichen Ausschließlichkeitsrechten im Glücksspielsektor vorgeschlagen hat, hat der Gerichtshof ausweislich der Rn. 62 ff. seiner Entscheidung die Rechtfertigung des Santa Casa übertragenen Ausschließlichkeitsrechts auf die „Bekämpfung der Kriminalität, genauer [den] Schutz der Glücksspieler vor Betrug durch die Anbieter“ beschränkt:

Die Rn. 242 ff. des Schlussantrags verdeutlichen, dass der Generalanwalt den Mitgliedstaaten bei der Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten auch über einzelne konkret verfolgte Schutzziele hinaus einen weiten Ermessensspielraum zugestehen möchte.

Der Umstand, dass der Generalanwalt mitgliedstaatliche Ausschließlichkeitsrechte in umfassender Weise als gerechtfertigt ansieht und dies durch den Gerichtshof bestätigt wissen möchte, wird in Rn. 267 ff. des Schlussantrags deutlich. Dort verweist der Generalanwalt darauf, dass Online-Glücksspiele mit besonderen Gefahren für die Verbraucher im Hinblick auf übermäßige Ausgaben und Spielsucht verbunden seien. Auch unter Zugrundelegung des Ziels, die Verbraucher vor diesen Gefahren zu schützen, sieht er das Santa Casa übertragene Ausschließlichkeitsrecht als vollumfänglich gerechtfertigt an.

Die Entscheidung des Gerichtshofs zeigt jedoch, dass die Spielsuchtbekämpfung und der Schutz der Verbraucher vor übermäßigen Ausgaben nicht (vorrangiges) Ziel der portugiesischen Rechtsvorschriften sind. Konsequenterweise untersucht der Gerichtshof lediglich die Rechtfertigung der portugiesischen Vorschriften im Hinblick auf das tatsächlich verfolgte Ziel der Kriminalitätsbekämpfung und greift die darüber hinausgehenden Ausführungen des Generalanwalts zur Rechtfertigung von Ausschließlichkeitsrechten nicht auf.

Damit konnte sich die in Rn. 61 der Entscheidung unter Zitat auf das *Hartlauer*-Urteil⁸ hervorgehobene Kohärenzprüfung auf das systematische Vorgehen der portugiesischen Regierung bei der Überwachung der Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten durch Santa Casa im Rahmen der Kriminalitätsbekämpfung und der Gewährleistung der Lauterkeit von Glücksspielabläufen beschränken. Insbesondere die Rn. 65, 66, 67 und 70 der Entscheidung verdeutlichen, dass der Gerichtshof gerade in der historisch gewachsenen institutionellen Absicherung von Santa Casa eine hinreichende Gewährleistung einer kohärenten und systematisch geeigneten Verfolgung des Kriminalitätsbekämpfungsziels sieht. Dieser historisch seit fünf Jahrhunderten gewachsenen Vertrauensinstitution Santa Casa (Rn. 65) ist es seit der ersten Konzessionserteilung im Jahre 1783 für die Nationallotterie (Rn. 6) nach Auffassung des Gerichtshofs gelungen, die staatlich konzessionierten Glücksspiele in Portugal als „soziale Spiele“ (*jogos sociais*) zu prägen (Rn. 4).

Damit erteilt der Gerichtshof dem regulatorisch „flächen-

deckenden“ Rechtfertigungsansatz von Generalanwalt Bot eine Absage, indem er die Urteilsgründe ganz maßgeblich auf das portugiesische institutionelle Spezifikum von Santa Casa im Rahmen der autonomen Schutzzielverfolgung der Kriminalitätsbekämpfung ausrichtet. Aufgrund dieser spezifischen Ausrichtung der Urteilsgründe (insbesondere in den Rn. 62 ff.) auf das portugiesische Ausgangsverfahren entfaltet auch der Urteilstenor in erster Linie *inter partes*-Wirkung. Denn die Beantwortung der Frage, ob der Urteilstenor nach den Urteilsgründen – über die Rechtskraftwirkung *inter partes* für das portugiesische Ausgangsverfahren hinaus – gemeinschaftsrechtliche Auslegungsdirektiven *erga omnes* im Hinblick auf die offenen Rechtsfragen in Deutschland entfaltet, hängt maßgeblich davon ab, wie Streitgegenständlich spezifisch oder allgemeingültig die Urteilsgründe gefasst sind. Die *erga omnes*-Bedeutung des Urteils im Hinblick auf die Einräumung ausschließlicher Rechte in den Glücksspielsektoren anderer Mitgliedstaaten muss sich damit auf mitgliedstaatlich-institutionelle Konstellationen beschränken, die zum einen in erster Linie regulatorisch die Kriminalitätsbekämpfung verfolgen und zum anderen institutionell mit der Einrichtung von Santa Casa vergleichbar sind.

In Deutschland steht in regulatorischer Hinsicht zum einen das Ziel der Verhinderung von Glücksspielsucht im Vordergrund. Zum anderen weicht die institutionelle Absicherung einer kohärenten Schutzzielverfolgung in Deutschland erheblich von der zentralistisch-monolithisch geprägten Sozialeinrichtung Santa Casa ab: In Deutschland buhlen die durchaus heterogen organisierten Lottogesellschaften in den einzelnen Bundesländern um ihre moderne Erscheinung als Glücksspielanbieter. Zumindest an den Landesgrenzen tritt auch Wettbewerb um die Lottokunden hervor.

Damit ist die vom Gerichtshof auf die Einrichtung Santa Casas fokussierte Urteilsbegründung kaum auf die Rechtslage in Deutschland übertragbar. Keine der Passagen in der auch für den Tenor maßgeblichen Urteilsbegründung spricht für eine spezifische *erga omnes*-Wirkung des Urteils im Hinblick auf die Einräumung ausschließlicher Rechte im deutschen Glücksspielsektor. Im Gegenteil spielt der Gerichtshof in Rn. 61 der Entscheidung mit seinem Kohärenzzitat aus dem *Hartlauer*-Urteil den die deutschen Verfahren betreffenden Ball in die Vorlageverfahren der Verwaltungsgerichte Stuttgart⁹, Gießen¹⁰ und Schleswig¹¹ zurück. In diesen deutschen Vorabentscheidungsverfahren wird der Gerichtshof dann die *Hartlauer*-Frage zu beantworten haben, nämlich ob die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Verfolgung des Ziels der Verhinderung von Glücksspielsucht „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“¹². Der Umstand, dass der Gerichtshof im *Liga Portuguesa*-Urteil in auffälliger Weise jedwedes Zitat des – den *Hartlauer*-Kohärenzmaßstab auf-

7 Schlussantrag des Generalanwalts Yves Bot v. 14.10.2008, Rs. C-42/07, ZfWG 2008, 323 ff. – *Liga Portuguesa*.

8 EuGH, Urt. v. 10.03.2009, Rs. C-169/07.

9 VG Stuttgart, Beschluss v. 24.07.2007 – 4 K 4435/06, ZfWG 2007, 313 ff.

10 VG Gießen, Beschluss v. 07.05.2007 – 10 E 13/07, ZfWG 2007, 232 ff.

11 VG Schleswig, Beschluss v. 30.01.2008 – 12 A 102/06, ZfWG 2008, 69 ff.

12 vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, ZfWG 2009, 304, 309, Rn. 61 – *Liga Portuguesa*.

weichenden – *DocMorris*-Urteils vom 19.05.2009¹³ vermeidet, spricht dafür, dass er die Kohärenzfrage in durchaus strenger Weise im Sinne des *Hartlauer*-Urteils beantworten könnte.

Daneben ist zu beachten, dass der Gerichtshof die Kohärenz und Verhältnismäßigkeit des portugiesischen Ausschließlichkeitsrechts nicht am Maßstab der

Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG geprüft hat. Hierfür sah er aufgrund des Fehlens einer Absicht von BWin, eine Niederlassung in Portugal zu errichten, keinen Anlass (Rn. 46). Damit lässt sich der Entscheidung keine Aussage hinsichtlich der Vereinbarkeit eines Ausschließlichkeitsrechts oder Totalverbots mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG entnehmen.