

I. AUFSätze

Unionsrechtliche Kohärenzfragen zu der regulatorischen Disparität zwischen dem in Schleswig-Holstein und dem in den anderen Bundesländern anwendbaren Glücksspielrecht

Discussion of the Regulatory Disparity between Schleswig-Holstein and the Remaining Fifteen German Federal States in Terms of the Coherency of the Gambling Legislation According to European Union Law

Von Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M. (LSE) und Matti Meyer, Bonn*

Summary

Due to the expiry of the former German Gambling State Treaty on December 3rd 2011 the German Federal State of Schleswig-Holstein surged ahead by passing their individual Gaming Act. On occasion of a notification procedure in May 2011 on technical regulations concerning Information Society Services under Directive 98/34/EG the European Commission approved of these new regulations in Schleswig-Holstein and considered them to be compliant with European Union Law. The Gaming Act of the Land Schleswig-Holstein (Gaming Act S-H) therefore came into effect on January 1st 2012.

The other fifteen German Federal States notified the European Commission regarding a legislative draft for a German State Amendment Treaty on Gambling (GlüÄndStV-E) in April 2011. In a letter of July 18th 2011 the Commission however raised objections to this draft due to the fact that the German Federal Government had not yet established the coherency of the planned online restrictions as required by European Union Law.

After a change of government in Schleswig-Holstein, coalition majority initiated all necessary parliamentary steps to overrule the individual Gaming Act and to join the German State Amendment Treaty on Gambling (GlüÄndStV) set up by their fellow Federal States.

However the previous – in fact more liberal – Gaming Act S-H is still applied for purposes of monitoring permissions granted on the legal basis of these regulations.

At the moment there are 25 legal permissions for sports bets and 23 legal permissions for online casino gambling are still effective. This leads to an ongoing regulatory disparity between the liberal gambling legislation of Schleswig-Holstein and the German State Amendment Treaty on Gambling (GlüÄndStV) of the remaining fifteen federal states implementing restrictions on the freedom to provide services. The following article shows how this regulatory disparity itself is an illegal restriction on the freedom to provide services according to Art. 56 TFEU.

I. Zur Entstehung der regulatorischen Disparität zwischen den in Schleswig-Holstein und den in den anderen Bundesländern geltenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

Nachdem der alte Glücksspielstaatsvertrag am 31. Dezember 2011 ausgelaufen war, hat Schleswig-Holstein ein eigenes Glücksspielgesetz (Glücksspielgesetz S-H) verabschiedet, das von der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren für (technische) Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG im Mai 2011 als unionsrechtskonform qualifiziert worden ist und damit am 1. Januar 2012 in Kraft treten konnte. Die anderen Bundesländer notifizierten der Kommission im April 2011 ihren Entwurf eines Glücksspieländerungsstaatsvertrages (GlüÄndStV-E), der von der Kommission mit Schreiben vom 18. Juli 2011 (Az. C (2011) 5319) dahingehend beanstandet wurde, dass Deutschland in Vertretung für die 15 beteiligten Länder ohne Schleswig-Holstein (L 15) noch nicht seiner unionsrechtlichen Darlegungspflicht zur Beurteilung der Kohärenz von Online-Beschränkungen genügt hat.

Während sich Schleswig-Holstein dem sog. dänischen Regulierungsmodell angeschlossen hat, das die offene Konzessionierung von (Online-)Sportwetten-, Poker- und Online-Casinospielen ohne Bankhalter mit einem Abgabensatz von 20% auf den *Rohertrag* belegt, halten die L 15 weiterhin am Glücksspielmonopol fest. Zwar werden im Rahmen einer siebenjährigen „Experimentierphase“ bis zu 20 private Sportwettenanbieter *vorübergehend* zugelassen. Nach Ablauf dieser sog. „Experimentierphase L 15“ soll es weiterhin beim staatlichen Glücksspielmonopol auch für Sportwetten und dem Verbot von Online-Glücksspiel bleiben. Demgegenüber sah das Glücksspielgesetz S-H weder eine Konzessionskontingentierung für Sportwettenanbieter noch eine Rückkehr in das staatliche Monopol vor.

Nach dem Wechsel der Landesregierung in Schleswig-Holstein hat die Koalitionsmehrheit die erforderlichen legislativen Schritte eingeleitet, um das Glücksspielgesetz S-H aufzuheben und dem GlüÄndStV der übrigen Bundesländer beizutreten. Das (inzwischen in Kraft getretene) Aufhebungsgesetz

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, der Zweitautor ist wissenschaftlicher Referent am ZEI. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

S-H und das Beitrittsgesetz S-H sind im Entwurf nach der Richtlinie 98/34/EG für (technische) Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft gegenüber der Kommission notifiziert worden (Notifizierung 2012/520/D vom 06.09.2012).¹ Das Landesausführungsgesetz S-H (Artikel 1) regelt und konkretisiert im Wesentlichen die Erlaubnisverfahren, für die das Land weiterhin zuständig ist. Die Bestimmungen der Glücksspielgenehmigungsverordnung S-H (Artikel 2) und des Spielbankgesetzes S-H (Artikel 3) werden an die Regelungen des GlüÄndStV angepasst. Das „alte“ liberale Glücksspielgesetz S-H findet aber noch zum Zwecke der Überwachung der auf dessen Grundlage erteilten Genehmigungen Anwendung. Gegenwärtig gelten damit in Schleswig-Holstein 25 Genehmigungen für Sportwetten und 23 Genehmigungen für Online-Casinospiele fort.²

Als Ziel wird in der Notifizierung 2012/520/D vom 6. September 2012 zwar „eine bundeseinheitliche Regelung des Glücksspiels und der Beitritt Schleswig-Holsteins zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag“ angegeben. Dagegen wird trotz des so „politisch korrekt“ notifizierten Systemwechsels Schleswig-Holsteins in der Rechtswirklichkeit angesichts der Weitergeltung der 25 Genehmigungen für Sportwetten sowie der 23 Genehmigungen für Online-Casinospiele der von diesem Bundesland unilateral begründete liberale Regulierungsstatus und damit die regulatorische Disparität zwischen den in Schleswig-Holstein und den in den anderen Bundesländern geltenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit materiell fortgeschrieben.

Vor diesem Hintergrund steht ein Erforderlichkeits- und Kohärenznachweis Deutschlands gerade für den Systemwechsel Schleswig-Holsteins noch aus.³

II. Unionsrechtliche Inkohärenz der regulatorischen Disparität zwischen den in Schleswig-Holstein und den in den anderen Bundesländern geltenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit?

1. Zum unionsrechtlichen Grundsatz föderaler Regulierungskohärenz

*Marberth-Kubicki/Hambach/Berberich*⁴ haben bereits frühzeitig dargelegt, dass das „nebeneinander einer sich widersprechenden Politik jedoch zur Unionsrechtswidrigkeit“ führen müsse. „Aus Sicht eines privaten Anbieters aus dem EU-Ausland ist nicht

nachvollziehbar, wieso in einem Teil Deutschlands sein Online-Angebot nach Erteilung einer entsprechenden Lizenz rechtskonform ist, während es in anderen Teilen Deutschlands aufgrund der besonderen Gefährlichkeit als schlichtweg verboten anzusehen ist.“ Diese Aussage bezieht sich auf das horizontale Kohärenzverhältnis von disparaten Landesregelungen zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Demgegenüber bezieht sich die Rechtsprechung des EuGH bisher (vordergründig) auf die vertikale Kohärenz zwischen mitgliedstaatlichen Beschränkungsregelungen zentraler, regionaler und lokaler Gebietskörperschaften, wobei deren Relevanz für das Postulat horizontaler Kohärenz zu untersuchen ist. Nach Ziffer 69 f. des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Carmen Media* (C-46/08) vom 8. September 2010 muss der Mitgliedstaat seine Regulierungskonzepte mit seinen föderalstaatlichen Untergliederungen kohärent abstimmen. Die Ziffern 57 ff. der Schlussanträge in der Rechtssache *Carmen Media* (C-46/08) von Generalanwalt Mengozzi beschränken sich bei genauer Lektüre nur vordergründig auf das vertikale Kohärenzverhältnis zwischen Beschränkungsregelungen des Bundes und der Länder, vielmehr adressieren sie in dem materiellen Argumentationsbezug auch das horizontale Kohärenzverhältnis zwischen unterschiedlichen Beschränkungsregelungen der Länder untereinander. Nach Ziffer 54 des EuGH-Urteils *Dickinger & Ömer* (C-347/09) vom 15. September 2011 muss der Mitgliedstaat die *Gesamtkohärenz*, also die EU-rechtliche Geeignetheit und Erforderlichkeit bezogen auf den gesamten Mitgliedstaat, zur „Vergewisserung“ damit befasster nationaler Gerichte nachweisen.

Die sonstige Rechtsprechung des EuGH steht der Annahme eines horizontalen Kohärenzerfordernisses nicht entgegen, auch wenn in diesem Zusammenhang insbesondere die Urteile *Hartlauer* (C-169/07) vom 10. März 2009 sowie *Fuchs und Köhler* (verb. Rs. C-159/10 und C-160/10) vom 21. Juli 2011 näher zu betrachten sind: Denn in der Rechtssache *Hartlauer* wird offensichtlich nicht auf die einschlägige, horizontale Kohärenz abgestellt. Allerdings gelangte der Gerichtshof bereits im Wege einer isolierten Betrachtung der unterschiedlichen Ausführungsgesetze der österreichischen Bundesländer Wien und Oberösterreich zu dem Ergebnis der Inkohärenz.⁵ Beiden Ausführungsgesetzen mangelte es bereits an der Eignung, „der Ausübung des Ermessens durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen zu setzen.“⁶ Dies machte die weitere Prüfung der horizontalen Kohärenz zwischen den einzelnen Landesgesetzen obsolet. Die in der Rechtssache *Fuchs und Köhler* in Rede stehenden Bestimmungen, insbesondere eine Regelung des Landes Hessen, betrafen das Statusrecht der Beamtinnen und Beamten in Deutschland. Die

1 Die Notifizierung 2012/520/D ist veröffentlicht unter: http://ec.europa.eu/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&sNlang=DE&year=2012&inum=520&lang=EN&Back=2.

2 Die Genehmigungsinhaber werden auf der Homepage des Innenministeriums von Schleswig-Holstein mit Firmennamen – jeweils differenziert nach Online- und Offline-Lizenzen – einzeln aufgeführt; <http://www.schleswig-holstein.de/IM/DE/Service/Gluecksspiel/gluecksspiel.html>.

3 Zweifel an einer kohärenten Ausgestaltung der maßgeblichen glücksspielrechtlichen Regelung hegen neben dem BGH, der diese Frage dem EuGH mit Beschluss vom 24.01.2013 vorgelegt hat (vgl. BGH, Beschl. v. 24.01.2013 – Az. I ZR 171/10, ZfWG 2013, 101 ff.), nun auch das VG Karlsruhe (vgl. Beschl. v. 12.02.2013 – Az. 3 K 2593/11).

4 *Marberth-Kubicki/Hambach/Berberich*, K&R 1/2012, S. 27 ff., 33.

5 EuGH, 10.03.2009 – Rs. C-169/07, Rn. 65 ff. – *Hartlauer*.

6 EuGH, 10.03.2009 – Rs. C-169/07, Rn. 70 – *Hartlauer*.

Definition der Altersgrenzen bedurfte der Festsetzung durch die einzelnen Bundesländer. Anders als im nichtharmonisierten Bereich des Glücksspielrechts wird die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf durch einen allgemeinen unionsrechtlichen Rahmen festgelegt – namentlich im Wege der Richtlinie 2000/78/EG – und ist somit teilharmonisiert. Bei der Erfüllung von in Richtlinien festgelegten „zielbezogenen Ergebnispflichten“ kommt den Mitgliedstaaten jedoch – anders als in nichtharmonisierten Bereichen – kein umfassender Ermessensspielraum zu.⁷ Dies hat zur Folge, dass aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der legislativen Befugnisse im teilharmonisierten und im nichtharmonisierten Bereich, die Grenzen des Prüfungsrahmens für Ermessensentscheidungen aus dem teilharmonisierten Bereich nicht unreflektiert auf den nichtharmonisierten Bereich übertragen werden können. Vielmehr ist einem weiterreichenden Ermessens- und Gestaltungsspielraum mit einem proportional hierauf zugeschnittenen Prüfungsrahmen zu begegnen. Folglich sind aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Fuchs und Köhler* Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Grenzen des Prüfungsrahmens einer Ermessensentscheidung allenfalls für den teilharmonisierten Bereich zulässig, nicht jedoch für den nichtharmonisierten Bereich des Glücksspielrechts.

Aber selbst für die teilharmonisierten Bereiche lässt sich aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Fuchs und Köhler* die Ablehnung einer horizontalen Kohärenzverpflichtung der Mitgliedstaaten nicht ableiten. Vielmehr ist eine differierende Ausgestaltung in den einzelnen Gesetzen der Bundesländer unmittelbar auf den 25. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 rückführbar, nachdem „die Änderungen [der Altersgrenzen] in den einzelnen Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Rhythmus erfolgen können, um der jeweiligen besonderen Situation Rechnung zu tragen.“ Demgemäß führt der EuGH in Ziffer 96 dieses Urteils aus, dass dieser Rhythmus auch von Region zu Region, hier von Land zu Land, unterschiedlich sein kann, um regionale Besonderheiten zu berücksichtigen und es den zuständigen Behörden zu ermöglichen, die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.⁸

2. Der unionsrechtliche Verpflichtungsadressat binnenföderaler Regulierungskohärenz (in Abgrenzung zum innerstaatlichen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG): der Mitgliedgesamtstaat

Während der innerstaatliche Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG nur den jeweils vertikal (Bund oder Land A) bzw. horizontal (Land A oder Land B) zuständigen Gesetzgeber adressiert,⁹ verpflichtet der unionsrechtliche Kohärenzgrundsatz nach

der ständigen Rechtsprechung des EuGH den Mitgliedgesamtstaat.¹⁰ Auf die mitgliedgesamtstaatliche Verpflichtung rekurrierte der Gerichtshof bereits in der Rechtssache „Kommission/Belgien“ aus dem Jahr 1970, in dem er ausführt, dass die Verpflichtungen aus den Verträgen „den Staaten als solchen“ obliegen und die Verantwortlichkeit eines Mitgliedstaates unabhängig davon besteht, „welches Staatsorgan durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß verursacht hat, selbst wenn es sich um ein verfassungsmäßig unabhängiges Organ handelt.“¹¹ Insbesondere wird die Haftung eines Mitgliedstaates nicht dadurch präkludiert, dass dieser auf die Aufteilung der Zuständigkeiten unter den Körperschaften, die nach seiner Rechtsordnung bestehen, verweist.¹²

3. Unionsrechtlicher Telos einer horizontalen Kohärenzverpflichtung

Die Folge einer Reduzierung auf die vertikale Kohärenzverpflichtung wäre, dass ein Mitgliedstaat durch geschickte Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen, nämlich durch ausschließliche oder konkurrierende Kompetenzzuordnung an regionale Gebietskörperschaften (wie die deutschen Länder), innerstaatliche Regelungen zur Beschränkung von Freiheiten aus der Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsverpflichtung sowie aus der unionsrechtlichen Haftungspflicht des Mitgliedgesamtstaates entlassen könnte. Dieses unionsrechtliche Verpflichtungsvakuum bestünde für verschiedene Untergliederungen des Mitgliedgesamtstaates – namentlich für die Bundesländer in ihrer Gesamtheit und für (beliebige) Teilmengen dieser Gesamtmenge. So ließe sich bei einer Beschränkung auf die vertikale Kohärenzverpflichtung zwar an die mitgliedstaatliche Teilmenge, gebildet aus Bund und einem weiteren Bundesland (Bund und Land A oder Bund und Land B), anknüpfen. Dagegen würde eine Verpflichtungsanknüpfung an eine andere mitgliedstaatliche Teilmenge, die sich aus zwei oder mehreren einzelnen Bundesländern zusammensetzt (Land A und Land B), ausscheiden, obwohl es sich ebenfalls um Untergliederungen des Mitgliedgesamtstaates handelt.

Gegen eine unionsrechtliche Beschränkung auf die vertikale Kohärenzverpflichtung und damit auf vom jeweiligen Mitgliedstaat selbst (verfassungsrechtlich) gewählte körperschaftliche Verpflichtungsteilmengen spricht darüber hinaus entscheidend das Gebot der nichtdiskriminierenden und gleichen Anwendung von Beschränkungen der Grundfreiheiten innerhalb eines Mitgliedstaates. Die den Mitgliedstaaten in nichtharmonisierten Bereichen wie den Glücksspielsektoren oblie-

⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 8. Aufl. 2012, S. 283, Rn. 631.

⁸ EuGH, 21.07.2011 – verb. Rs. C-159/10 und C-160/10, Rn. 96 – *Fuchs und Köhler*.

⁹ BVerwG NVwZ 2011, 554, 558 (Rn. 53).

¹⁰ EuGH, 01.06.1999 – Rs. C-46/08, Rn. 70, ZfWG 2010, 344 ff. – *Carmen Media*; GA Mengozzi, *SchIa EuGH* – Rs. C-46/08, Rn. 57 ff. – *Carmen Media* jeweils mit zahlreichen Nachweisen der ständigen Rechtsprechung.

¹¹ EuGH, 05.05.1970 – Rs. 77/69, Rn. 15/16 – *Kommission/Belgien*.

¹² EuGH, 01.06.1999 – Rs. C-302/97, Rn. 62 – *Konle*; So auch GA Mengozzi, *SchIa EuGH* – Rs. C-46/08, Rn. 57, ZfWG 2010, 344 ff. – *Carmen Media*.

gende autonome Bestimmung des Schutzniveaus, insbesondere die Entscheidung für ein Monopol- oder ein reguliertes, gleichwohl offenes Genehmigungssystem, konstituiert immerhin die Rechtfertigungsgrundlage von Beschränkungen der den Binnenmarkt konstituierenden Freiheiten. Könnte diese Bestimmung des Schutzniveaus innerhalb eines Mitgliedstaates ungleich oder sogar diskriminierend erfolgen, führte dies zwangsläufig zur ungleichen oder diskriminierenden Anwendung von Beschränkungen der Grundfreiheiten und wäre mit den unionsrechtlichen Anforderungen an die „Schranken-Schranken“ von Beschränkungsmaßnahmen nicht vereinbar. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass die Unionsgrundrechte nicht nur als Schranken für die Grundfreiheiten wirken, sondern als Schranken-Schranken auch die sonstigen mitgliedstaatlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten einschränken können¹³. Der allgemeine Gleichheitssatz begründet auch unabhängig von einer darüber hinausgehenden Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit ein solches Schranken-Schranken bildendes Unionsgrundrecht.

Ein Beispiel für die grob ungleiche Anwendung von Beschränkungsregelungen bietet die Synopse des § 3 Nr. 9 GlüGS-H und des § 3 Abs. 4 GlüÄndStV. § 3 Nr. 9 GlüGS-H normiert: „Ort des Vertriebs ist der Ort, an welchem dem Spieler die Gelegenheit zur Teilnahme eröffnet wird. Bei Online-Glücksspielen ist dieser dort, wo der Spieler seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat.“ § 3 Abs. 4 GlüÄndStV normiert: „Veranstaltet und vermittelt wird ein Glücksspiel dort, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird.“ Legt man den Fall zugrunde, dass ein Spieler aus Schleswig-Holstein in einem Münchener Hotel online pokert, würde ein Anbieter im Rahmen des Anwendungsbereiches des GlüGS-H dem Spieler das Angebot über das Internet in Bayern legal offerieren, da sich der Vertriebsort nach dem Wohnsitz des Spielers bestimmt, wohingegen das gleiche Angebot nach dem GlüÄndStV – und dem darin zugrundegelegten Prinzip des Abrufortes – illegal wäre.

Das Gebot der gleichen und nicht diskriminierenden Anwendung von Beschränkungen der Grundfreiheiten kann daher nur unter Zugrundelegung einer horizontalen Kohärenzverpflichtung der Mitgliedstaaten zur Entfaltung gelangen.

4. Unionsrechtlich horizontale Kohärenzverpflichtung als Korrelat mitgliedstaatlicher Autonomie bei der Bestimmung des Schutzniveaus und des Ermessens bei der Wahl der Beschränkungsmaßnahmen

In nichtharmonisierten Bereichen räumt der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schutzniveaus einen weiten Erkenntnis- und Gestaltungsspielraum

ein.¹⁴ Der im nichtharmonisierten Bereich des Glücksspielrechts den Mitgliedstaaten zustehende Beurteilungsspielraum bezeichnet den Grad mitgliedstaatlicher Erkenntnis- und Einschätzungsautonomie in Bezug auf die Annahme von Gefahren-, Gefährdungs- sowie Risikolagen (Spielsucht, Betrug, Schwarzmarkt, Geldwäsche), die zur Rechtfertigung der Beschränkung herangezogen werden, um einen den Zielen des § 1 GlüÄndStV entsprechend effektiven Spielerschutz regulatorisch zu gewährleisten. Dieser mitgliedstaatliche Erkenntnis- und Einschätzungsspielraum ist von dem auf Rechtsfolgenseite zu verortenden Ermessens- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten abzugrenzen.¹⁵ Voraussetzung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite ist, dass der Mitgliedstaat zuvor auf der Tatbestandsseite die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen ermittelt und beurteilt hat.

Der den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schutzniveaus in nichtharmonisierten Bereichen eingeräumte weite Erkenntnis- und Gestaltungsspielraum kann grundsätzlich auch aufgrund einer mitgliedstaats-internen föderalen Zuständigkeitsverteilung wie im deutschen Glücksspielrecht wahrgenommen werden, vorausgesetzt, unterschiedliche Regelungen regionaler – oder im Verhältnis zwischen regionalen und nationalen – Gebietskörperschaften zur Beschränkung der (onlineausgeübten) Dienstleistungsfreiheit entsprechen den „zwingenden Erfordernissen“ des Allgemeinwohls nach der Cassis- und Gebhard-Formel¹⁶. So hat auch der Gerichtshof in Ziffer 70 des Urteils in der Rechtssache *Carmen Media* ausgesprochen,

„auch wenn das Unionsrecht einer internen Zuständigkeitsverteilung, nach der für bestimmte Glücksspiele die Länder zuständig sind und für andere der Bund, nicht entgegensteht, in einem solchen Fall die Behörden des betreffenden Bundeslandes und die Bundesbehörden gleichwohl gemeinsam die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland erfüllen, nicht gegen Art. 49 EG zu verstoßen. Soweit die Beachtung dieser Bestimmung es erfordert, müssen diese verschiedenen Behörden dabei folglich die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten koordinieren.“

Somit ist es einem Mitgliedstaat im nicht-harmonisierten Bereich zwar grundsätzlich möglich, den vom Unionsrecht gewährten Gestaltungsspielraum aufzuspalten oder diesen vollständig an Regionalkörperschaften (das „Ob“) zu delegieren. Gleichwohl obliegt den „verschiedenen Behörden“ des Mitgliedzentralstaates und/oder der Regionalkörperschaften dann die Koordinierung

¹³ EuGH, 18.06.1991 – Rs. C-260/89, Slg. 1991, S. I-2925, Rn. 43 – *ERT*.

¹⁴ Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 8. Aufl. 2012, S. 282, Rn. 631.

¹⁵ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 2012, 8. Auflage, Rn 804.

¹⁶ EuGH, 20.02.1979 – Rs. 120/78, Rn8 – *Cassis de Dijon*; EuGH, 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Rn. 37 – *Gebhard*.

des „Wie“ der abgestimmten Regulierung im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten.

Auch in einem Beschluss zur Vorlage an den EuGH vom 24. Januar 2013 räumt der BGH ein, dass die Ausführungen des EuGH in Ziff. 70 des *Carmen-Media*-Urteils die Annahme nahelegen, „*dass ebenso wie Bund und Bundesländer gegebenenfalls auch die Bundesländer untereinander ihre Politik im Glücksspielbereich in der Weise abzustimmen haben, dass die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland zur Beachtung der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV, zuvor Art. 49 EG) eingehalten wird.*“¹⁷

Verfahrensrechtlich ist die Frage des „Wie“ der Überprüfung einer Ermessensentscheidung in den Mitgliedstaaten zwar uneinheitlich geregelt.¹⁸ Jedoch folgt die unbedingte Pflicht zur Nachprüfung einer Ermessensentscheidung („Ob“) für das deutsche Recht aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen,¹⁹ deren Einhaltung der Lissaboner Vertrag ebenfalls in Art. 2 EUV als einen der Werte ausgewiesen hat, auf die sich die Union gründet. Der Ausübung des mitgliedstaatlichen Ermessens- und Gestaltungsspielraums werden im nichtharmonisierten Bereich in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs zudem Grenzen durch eine substantielle Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitskontrolle gezogen.²⁰ Danach kann sich die horizontale Kohärenzfrage aber nicht in einer innerstaatlichen Überprüfung des „Wie“ einer nationalen (gesetzgeberischen) Ermessensentscheidung erschöpfen. Vielmehr würde durch eine unionsrechtliche Verweigerung (des „Ob“) der horizontalen Kohärenzprüfung die unionsrechtliche Ermessensüberprüfung von nebeneinander stehenden unterschiedlichen regionalkörperschaftlichen Beschränkungsmaßnahmen (Regulierungsdisparität zwischen den Bundesländern) a priori ausgeschlossen, obwohl sich diese wie z.B. die disparaten Regelungen zum Vertriebsort (Wohnsitz des Spielers nach § 3 Nr. 9 GlüGS-H) einerseits und zum Abrufort (§ 3 Abs. 4 GlüÄndStV) andererseits bei Online-Glücksspielen eklatant widersprechen.

Die These der Beschränkung auf die vertikale Kohärenzverpflichtung widerspricht damit gerade auch dem vom Gerichtshof konkretisierten prozeduralen Kerngehalt des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes, der sich verfahrensrechtlich in der mitgliedgesamtstaatlichen Untersuchungs- und Darlegungspflicht manifestiert. Dabei sind diese unionsrechtlichen

Kontrollanforderungen erheblich strenger als das im deutschen Verfassungsrecht einem weiten, im Vergleich zum Unionsrecht großzügigerem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum unterliegende Gebot der Folgerichtigkeit.²¹

Spätestens seit dem Urteil des EuGH vom 30. Juni 2011 in der Rechtssache *Zeturf* (Rs. C-212/08) gilt gerade in den nichtharmonisierten Bereichen, in denen den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schutzniveaus ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht, ein strenger, *alle nationalen Behörden* treffender konkreter, d.h. insbesondere tatsächlich ausgerichteter, Kohärenzkontrollmaßstab, der weit über die im deutschen Verfassungsrecht geltenden Kontrollmaßstäbe hinausgeht:

„*Das vorliegende Gericht wird somit zu prüfen haben, ob die nationalen Behörden zum für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich bestrebt waren, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten [...]*“

„*Dem vorlegenden Gericht obliegt es, zu prüfen, inwieweit dieses Vorbringen nachgewiesen ist und ob eine etwaige Toleranz gegenüber derartigen Praktiken mit dem Streben nach einem hohen Schutzniveau vereinbar ist.*“

„*Das vorliegende Gericht hat daher insbesondere im Licht der Entwicklung des Glücksspielmarkts (...) zu prüfen, ob die staatlichen Kontrollen (...) wirksam durchgeführt und damit die Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, die mit der Errichtung der Ausschließlichkeitsregelung (...) angestrebt werden.*“²²

In den Ziffern 54 und 56 des Urteils vom 15. September 2011 in der Rechtssache *Dickinger & Ömer* (Rs. C-347/09) konkretisiert der Gerichtshof den Kohärenzkontrollmaßstab im Sinne einer mitgliedgesamtstaatlichen Untersuchungs- und Darlegungspflicht.

Diese den Mitgliedstaaten auferlegte Kohärenzdarlegungslast baut auf die bereits in der *Lindman* Rechtsprechung aufgestellten prozeduralen Beschränkungsanforderungen auf, wonach „*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*“.²³ Dabei muss der Mitgliedstaat

17 BGH Beschl. v. 24.1.2013 – Az. I ZR 171/10, Rn. 21, ZfWG 2013, 101 ff.

18 Vgl. nur Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 276, der Unterschiede der französischen Lehre vom „détournement de pouvoir“ und der deutschen „Ermessensfehlerlehre“ darstellt.

19 Vgl. hierzu Aschke, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher OK VwVfG, 2013, § 40.

20 Vgl. EuGH, 10.03.2009 – Rs. C-169/07, Rn. 55 – Hartlauer; So auch Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, S. 283, Rn. 631.

21 Vgl. zum weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum nach dem deutschen Verfassungsrecht in Bezug auf das Gebot der Folgerichtigkeit: BVerfGE 93, 121 (136) – Vermögensteuer –; BVerfGE 84, 239 (271) – Zinsbesteuerung –; BVerfGE 87, 153 (170) – Grundfreibetrag; BVerfGE 93, 121 (136) – Vermögensteuer –; BVerfGE 98, 83 (97 f.) – Landesabfallabgaben –; BVerfGE 98, 106 (118) – Verpackungsteuer.

22 EuGH, 30.06.2011 – Rs. C-212/08, Rn. 47, 50, 62, ZfWG 2011, 251 ff. – *Zeturf* (eigene Hervorhebung). Vgl. in diesem Sinne EuGH, 03.06.2010 – Rs. C-258/08, Rn. 37, ZfWG 2010, 256 ff. – *Ladbrokes*.

23 EuGH, 13.11.2003 – Rs. C-42/02, Rn. 25 – *Lindman* (eigene Hervorhebung).

„genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen“²⁴ und „konkrete Anhaltspunkte“ dafür liefern, dass die Beschränkung „unabdingbar“ ist.²⁵

Wenn der Gerichtshof in dem Urteil *Dickinger & Ömer* verlangt, dass das vorliegende Gericht, „sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern [hat], dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“²⁶, so erfordert dies zunächst, dass die Untersuchungsmaßnahmen und die von wissenschaftlich anerkannten Methoden getragene Evaluierung der Untersuchungsergebnisse vor der Implementierung der Regulierungsmaßnahme durchgeführt worden sind. Die mitgliedgesamtstaatliche „Vergewisserung“²⁷ über die „Unabdingbarkeit“²⁸ der Beschränkungsmaßnahme schließt ein Nebeneinander unterschiedlicher regional-körperschaftlicher Beschränkungsmaßnahmen zumindest aber dann schon denkgesetzlich aus, wenn diese sich wie die disparaten Regelungen zum Vertriebsort (Wohnsitz des Spielers nach § 3 Nr. 9 GlüGS-H) einerseits und zum Abrufort (§ 3 Abs. 4 GlüÄndStV) andererseits bei Online-Glücksspielen eklatant sowohl hinsichtlich der tatbestandlichen Gefährdungsannahmen als auch der Beschränkungsrechtsfolgen widersprechen. Denn die Tatbestandsseite der Beschränkungsgrundlage „zwingender Erfordernisse“ des Allgemeinwohls kann nach der auch für Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit geltenden *Cassis-* und *Gebhard-*Formel²⁹, insbesondere bei Online-Dienstleistungen, nur mitgliedgesamtstaatlich erfüllt sein. Damit erweist sich die These der Beschränkung auf die vertikale – unter Ablehnung einer horizontalen – Kohärenzverpflichtung der Mitgliedstaaten als unhaltbar.

5. Die unionsrechtlich horizontale Kohärenzverpflichtung als mitgliedgesamtstaatliche Aktivverpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV.

Die Pflicht der Union nach dem durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügten Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt, zu achten, steht einer horizontalen Kohärenzverpflichtung unionsrechtlich nicht entgegen. Art. 4 Abs. 2 EUV begründet keine Relativierung des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs und erst

recht keinen Vorrang bestimmter verfassungsrechtlicher Wertungen und Dezisionen der Mitgliedstaaten vor dem Recht der Union, sondern untersagt der Union lediglich unverhältnismäßige Eingriffe, insbesondere Eingriffe in den jeweiligen verfassungsrechtlichen *Kernbereich* der Mitgliedstaaten.³⁰ Die horizontale Kohärenzverpflichtung verlangt von den Mitgliedstaaten lediglich, dass die Unterschiedlichkeit der Regelungen in den einzelnen Bundesländern nicht dazu führen darf, dass auf gesamtstaatlicher Ebene ein inkohärenter Regelungszustand eintritt. Sie verlangt also, analog dem Diktum des Gerichtshofs in Ziffer 70 des Urteils in der Rechtssache *Carmen Media* (dort für das Bund-Länder-Verhältnis), zwischen den gesetzgebungszuständigen Regionalkörperschaften die Koordinierung einer abgestimmten Regulierung zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten. Darüber hinaus bleibt die regionale Selbstverwaltung in ihrem Kernbereich unangestastet; insbesondere bleibt die verfassungsrechtlich gegebene Zuständigkeit der Bundesländer für die Gesetzgebung ohne Einschränkungen bestehen. In diesem Sinne führt der BGH in seinem Beschluss zur Vorlage an den EuGH vom 24. Januar 2013 aus, dass selbst unter Zugrundelegung der horizontalen Kohärenzverpflichtung „*unterschiedliche Regelungen in den Bundesländern auch im Bereich des Glücksspielrechts grundsätzlich möglich [sind]*“.³¹

„Unionsverfassungsrechtlich“ gründet die aus der horizontalen Kohärenzverpflichtung resultierende Obliegenheit zur Koordinierung des „Wie“ der abgestimmten Regulierung im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten zwischen den Regionalkörperschaften auf der mitgliedgesamtstaatlichen Aktivverpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV.

III. Fazit

Das Gebot der gleichen und nichtdiskriminierenden Anwendung von Beschränkungen der Grundfreiheiten kann nur unter Zugrundelegung einer horizontalen Kohärenzverpflichtung der Mitgliedstaaten zur Entfaltung gelangen.

Die horizontale Kohärenzverpflichtung verlangt von den Mitgliedstaaten lediglich, dass divergierende Regulierungsansätze der einzelnen Bundesländer nicht dazu führen dürfen, dass auf gesamtstaatlicher Ebene ein inkohärenter Regelungszustand eintritt. Sie verlangt also zwischen den gesetzgebungszuständigen Regionalkörperschaften die Koordinierung einer abgestimmten Regulierung zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten.

24 EuGH, 07.07.2005 – Rs. C-147/03, Rn. 63 – *Kommission/Osterreich*.

25 EuGH, 18.03.2004 – Rs. C-8/02, Rn. 46 – *Leichtle*.

26 EuGH, 15.09.2011 – Rs. C-347/09, Rn. 56, ZNWG 2011, 403 ff. – *Dickinger & Ömer* (eigene Hervorhebung).

27 EuGH, 15.09.2011 – Rs. C-347/09, Rn. 56, ZNWG 2011, 403 ff. – *Dickinger & Ömer*.

28 EuGH, 18.03.2004 – Rs. C-8/02, Rn. 46 – *Leichtle*.

29 EuGH, 20.02.1979 – Rs. 120/78, Rn.8 – *Cassis de Dijon*; EuGH, 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Rn. 37 – *Gebhard*.

30 *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 2012, Art. 4 EUV, Rn. 33.

31 BGH, Beschl. v. 24.01.2013 – Az. I ZR 171/10, Rn. 22, ZNWG 2013, 101 ff.