

Aufsätze

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

Fällt das staatliche Lotteriemonopol im Streit um die Zweitlotterien?

Zweitlotterien beruhen auf Wetten auf die Ergebnisse von (staatlichen) Primärlosterien. Der Beitrag legt zunächst dar, dass das Angebot von Zweitlotterien unter den Lotterietatbestand des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV zu subsumieren ist. Dann aber stößt das Angebot von Zweitlotterien auf das als repressives Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit unüberwindbare staatliche Lotteriemonopol. Der Verfasser bewertet die aufgrund der § 10 Abs. 1, 2 und 6 GlüStV abgesicherte staatliche Monopolstellung im Lotteriebereich als unionsrechtswidrig, da der damit einhergehende Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) nicht zu rechtfertigen ist. Sowohl diese primäre Grundsatzfrage als auch die daran anknüpfenden sekundären regulatorischen Folgefragen bedürfen der dringenden Beantwortung im Rahmen der Auslegung des Art. 56 AEUV durch den Gerichtshof selbst. Entsprechende Vorlagen im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH sind unausweichlich, insbesondere um einen unionsrechtskonformen Weg für ein ordnungsrechtliches (fiktives) Erlaubnisverfahren aus dem Dilemma der Unanwendbarkeit des deutschen staatlichen Lotteriemonopols zu bahnen.

I. Fallen Zweitlotterien unter den Lotteriebegriff des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV?

Die Gerichte neigen bisher dazu, diese Frage zu verneinen. In seinem Beschluss vom 27.7.2015 äußerte das VG Saarland Zweifel, ob Zweitlotterien, die auf Wetten auf die Ergebnisse von (staatlichen) Primärlosterien beruhen, unter den Lotteriebegriff des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV fallen. Es sei fraglich, ob von einer Lotterie die Rede sein könne, wenn der Spielplan der Primärlotterie übernommen oder jedenfalls das eigene Angebot an diesen angelehnt sei. Es stelle sich die Frage, ob der bloße „Trittbrettfahrer“ einer von einem anderen veranstalteten Lotterie selbst autonom Veranstalter einer solchen sein könne.¹

In seinem Urteil vom 2.2.2017 führt das VG Saarland aus, der Spielplan der Klägerin (Lottoland) sei nicht hinreichend „autonom“ aufgestellt, weil er von dem der Primärlotterie abhängt und deshalb auch nicht an den gesetzlichen Privilegierungen (wie § 4 Abs. 5 GlüStV) teilhaben dürfe.² Deshalb handele es sich um eine gesetzlich gar nicht vorgesehene (und damit unzulässige) Wette.

Die Schlussfolgerung des VG Saarland von der Übernahme des Spielplans der Primärlotterie auf die Ablehnung des Lotteriecharakters der Zweitlotterie greift indes zu kurz. Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV ist ein Glücksspiel eine Lotterie, wenn „nach einem bestimmten Plan“ gegen ein Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn gewährt wird. Schon nach dem Wortlaut des § 3

Abs. 3 Satz 1 GlüStV wird gerade nicht vorausgesetzt, dass dieser Plan „einmalig“, „autonom“ oder „selbst erstellt“ bzw. „ohne Anlehnung“ vorgenommen werden muss. Auch bei Zweitlotterien besteht ein Spielplan, welcher nach den vertraglichen Regelungen bindend vorgibt, unter welchen Umständen und in welcher Höhe ein Gewinnanspruch entsteht. Dass dieser Spielplan von Zweitlotterien an den Spielplan einer Primärlotterie „angelehnt“ ist, spricht nach dem Wortlautverständnis jedenfalls nicht gegen das Bereithalten eines „bestimmten Spielplans“ im Sinne der Legaldefinition des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV.

Darüber hinaus tritt der Anbieter einer Zweitlotterie in wirtschaftlicher Hinsicht autonom als Veranstalter auf. Demgegenüber erweist sich das Argument des VG Saarland, Anbieter von Zweitlotterien dürften als „Trittbrettfahrer“ nicht an den lotteriespezifischen Privilegierungsvorschriften teilhaben, als ein Zirkelschluss: Denn die lotteriespezifischen Privilegierungsvorschriften beruhen maßgeblich auf der Prämisse, dass gerade eine staatliche Monopolstellung im Lotteriebereich zur maßvollen Lenkung allein des bestehenden Spieltriebs der Primärlotterie erforderlich sein soll. Wäre der Lotteriebereich hingegen auch für private Anbieter geöffnet, ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber ein anderes Regulierungssystem schaffen würde. Würde man demzufolge Zweitlotterien aufgrund der nicht für sachgerecht empfundenen Anwendbarkeit der lotteriespezifischen Privilegierungsvorschriften nicht als Lotterien einstufen, liefe dies darauf hinaus, private Anbieter auf dem Lotteriesektor deshalb auszuschließen, weil der Gesetzgeber aufgrund der staatlichen Monopolstellung Privilegierungen für sachdienlich erachtete. Aufgrund der unionsrechtlich wie verfassungsrechtlich gebotenen, verhältnismäßigen Zweckbindung von Privilegierungen erweist sich die vorgenannte Argumentationsführung damit zumindest rechtlich als zirkulär. Richtigerweise dürfen demnach nicht die vorgesehenen Privilegierungen für staatliche Lotterien als Argument dafür herangezogen werden, dass eben diese Privilegierungen auf private Anbieter von Zweitlotterien nicht anzuwenden seien.

Darüber hinaus sprechen auch teleologische und systematische Überlegungen zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung deutlich dafür, dass nicht nur Primärlosterien, sondern auch Zweitlotterien als Lotterien im ordnungsrechtlichen Sinne einzuordnen sind. So hat das BVerwG klar herausgearbeitet, dass der Glücksspielbegriff des § 3

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 VG Saarland, Beschl. v. 27.7.2015 – 6 L 1544/14, S. 13 f., ZfWG 2016, 160–168.

2 VG Saarland, Urte. v. 2.2.2017 – 6 K 1519/14, S. 13 f.

Abs. 1 Satz 1 GlStV nicht weiter ausgelegt werden darf als der Glücksspielbegriff nach § 284 StGB.³ Aufgrund der Verwaltungszakessorietät der Strafvorschriften, des Bestimmtheitsgrundsatzes und zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung ist deshalb auch der Lotteriebegriff des Glücksspielstaatsvertrages nach Maßgabe des bundesrechtlich vorgegebenen strafrechtlichen Begriffsverständnisses (vgl. § 287 StGB) zu interpretieren. So gelten in der strafrechtlichen Rechtsprechung die Betreiber einer gewerblichen Spielvermittlung dann als „Veranstalter einer Lotterie“, wenn diese Spiellose nicht lediglich vermitteln, sondern schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung im Gewinnfall nur gegen sie selbst begründen.⁴ In diesem Fall treten sie nämlich als Veranstalter gegenüber den Spielkunden auf. Dass bei dieser Form der Spielvermittlung kein eigener, originärer Spielplan erstellt worden ist, spielt also keine Rolle, um als Lotterieveranstalter eingeordnet zu werden. Allein entscheidend ist, dass ein Spielplan vorgegeben wird und auf dessen Basis im Gewinnfall ein schuldrechtlicher Auszahlungsanspruch seitens der Spielkunden besteht. Gleiches muss auch für Zweitlotterien gelten.⁵

Eine systematische Auslegung hat überdies zu berücksichtigen, dass der Lotteriebegriff schon angesichts der Regelung des § 9 Abs. 5 GlStV nicht auf die derzeit von den Landeslotteriegesellschaften veranstalteten Primärlotterien reduziert werden darf. Denn § 9 Abs. 5 GlStV macht deutlich, dass die staatlichen Monopolträger jederzeit auch neue Glücksspielangebote einführen können. Gemeint sind damit nicht nur strukturell neue Angebote, sondern auch die Einführung neuer oder die erhebliche Erweiterung bestehender Vertriebswege (§ 9 Abs. 5 Satz 2 GlStV). Selbst wenn man die Angebote von Zweitlotterien nicht als „aktuell übliche Lotterierprodukte“ einordnen würde, wären diese als eine damit eng verwandte Glücksspielform jedenfalls von der – jederzeit nach § 9 Abs. 5 GlStV erweiterbaren – staatlichen Monopolstellung gemäß § 10 Abs. 1, 2 und 6 GlStV erfasst. Denn nach der geltenden Gesetzesfassung ist die staatliche Monopolstellung gerade nicht auf die gegenwärtig konkret angebotenen Lotterierprodukte zu reduzieren. Damit erscheint es – in Verbindung mit § 9 Abs. 5 GlStV – jedenfalls möglich, dass die staatlichen Monopolträger selbst Zweitlotterien anbieten, da diese unter den gesetzlichen (potentiellen) Lotterietatbestand zu subsumieren sind.

Im Hinblick auf die tatsächlichen nachfrageseitigen Substitutionsverhältnisse zwischen Primärlotterien und Zweitlotterien sprechen schließlich wirtschaftlich-teleologische Gründe entscheidend dafür, nicht nur Primärlotterien, sondern auch Zweitlotterien als Lotterien im ordnungsrechtlichen Sinne einzuordnen. Ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis besteht auf dem relevanten Markt zwischen allen tatsächlichen Alternativangeboten aus Sicht der Kunden als Nachfrager, also nach Maßgabe der nachfrageseitigen Substituierbarkeit der Alternativprodukte (Bedarfsmarktkonzept).⁶ Wettbewerbsrechtlich und regulatorisch ist dieses Bedarfsmarktkonzept der bedeutendste Faktor bei der Marktabgrenzung, da die Gefahr des Kundenverlustes das Verhalten eines Unternehmens am intensivsten beeinflusst.⁷

Angesichts der gesetzgeberischen Ziele des § 1 GlStV, die alle primär den Schutz bzw. das Verhalten der Spielkunden adressieren, ist im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts auf die nachfrageseitige Substituierbarkeit von Primärlotterien und Zweitlotterien abzustellen. Da eine solche nachfrage-

seitige Substituierbarkeit zwischen Primärlotterien und Zweitlotterien zweifelsfrei besteht, untermauert dies den zuvor dargelegten grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegungsbefund, wonach das Angebot von Zweitlotterien unter den Lotterietatbestand des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlStV zu subsumieren ist.

II. Zur Konstruktion des staatlichen Lotteriemonopols nach dem GlStV unter Berücksichtigung der gewerblichen Spielvermittlung

Das staatliche Lotteriemonopol ist im Rahmen des Regulierungssystems des GlStV „subtil“ konstruiert und rechtlich abgesichert. Soweit Angebote wie Zweitlotterien unter den Lotterietatbestand des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlStV zu subsumieren sind, greifen – mit Ausnahme der im Dritten Abschnitt (§§ 12 bis 18 GlStV) geregelten (kleinen) „Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential“ – die in § 10 Abs. 1, 2 und 6 GlStV die staatliche Monopolstellung absichernden Restriktionen:

„(6) Anderen als den in den Absätzen 2 und 3 Genannten darf nur die Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen nach den Vorschriften des Dritten Abschnitts erlaubt werden.“

Außerhalb des erlaubnisfähigen Bereiches der „kleinen“, wirtschaftlich aber kaum interessanten „Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential“ wird den privaten Anbietern im Geltungsbereich des staatlichen Lotteriemonopols dann von Behörden und Gerichten der unüberwindbare Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 GlStV) entgegen gehalten.

Dabei fungiert der Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 GlStV im Rahmen des staatlichen Lotteriemonopols nicht als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt⁸ oder – wie nach dem neuen (nicht mehr kontingentierten) Zulassungssystem für Sportwetten nach dem 2. GlStV-E – als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁹ Vielmehr mutiert der für private Anbieter im von § 3 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 10 Abs. 6 GlStV definierten Bereich des staatlichen Lotteriemonopols unüberwindbare „Erlaubnisvorbehalt“ nach § 4 Abs. 1 GlStV zu einem repressiven Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit.

Nach dem der Kommission am 9. November 2016 im Verfahren nach der Richtlinie (EU) 2015/1535¹⁰ notifizierten 2. GlStV-E soll dieses zur rechtlichen Absicherung des

3 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 C 21.12, ZfWG 2014, 95–98.

4 Zu dieser strafrechtlichen Rechtsprechung vgl. nur Fischer, StGB, § 287 Rn. 8a.

5 Kudlich/Berberich, ZfWG 2016, 7 (10).

6 Vgl. Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5, Rn. 13.

7 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5, Rn. 13.

8 Zur rechtsdogmatischen Einordnung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt am Beispiel der Gewässerbenutzung, bei der es sich nicht um eine grundrechtlich (freiheitlich) erlaubte Tätigkeit handelt, vgl. Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 42. Edition (Stand: 1.7.2015), § 8 WHG, Rn. 1.

9 Demgegenüber stellt ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine vom grundrechtlichen Schutzbereich erfasste, d. h. grundsätzlich erlaubte Tätigkeit lediglich unter eine behördliche Kontrolle, vgl. Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 42. Edition (Stand: 1.7.2015), § 8 WHG, Rn. 1.

10 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.9.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

staatlichen Lotteriemonopols eingesetzte repressive Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit auch künftig nicht angetastet werden. Damit wird der 2. GlüÄStV-E zu einem extremen regulatorischen Gegensatz zwischen dem aufgrund eines präventiven Erlaubnisvorbehaltes „befreiten“ neuen (nicht mehr kontingentierten) Zulassungssystem für Sportwetten einerseits und dem im Bereich des staatlichen Lotteriemonopols geltenden repressiven Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit andererseits führen.

Nach den unionsrechtlich geltenden Transparenz- und Kohärenzgeboten muss schon die Konstruktion des staatlichen Lotteriemonopols einerseits und von „befreiten“ Zulassungssystemen, wie künftig für Sportwetten, andererseits unter dem gemeinsamen Dach des „Erlaubnisvorbehaltes“ nach § 4 Abs. 1 GlüStV kritisch hinterfragt werden. Denn die Formulierung des „Erlaubnisvorbehaltes“ nach § 4 Abs. 1 GlüStV, der aber für private Anbieter im Bereich des staatlichen Lotteriemonopols als repressives Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit rechtlich unüberwindbar wirkt, mutet für potentielle Anbieter geradezu zynisch an.

In Wahrheit steht das staatliche Lotteriemonopol regulatorisch außerhalb des Erlaubnisregimes nach § 4 Abs. 1 bis Abs. 5 GlüStV. Dies aber muss der Gesetzgeber nach den Transparenz- und Kohärenzgeboten gesetzgebungstechnisch selbst dann klar kodifizieren, wenn er für die staatlich monopolisierte Lotterieveranstaltung auch eine „Erlaubnis“ verlangt. Diese staatliche Monopolerlaubnis ist überwachtungsrechtlich fundamental von dem für private Anbieter geltenden Erlaubnisregime nach § 4 Abs. 1 bis Abs. 5 GlüStV zu unterscheiden.

Im Gegensatz zu der staatlich monopolisierten Lotterieveranstaltung selbst ist die private gewerbliche Spielvermittlung möglich (vgl. § 19 GlüStV). Gewerbliche Spielvermittler dürfen aber Spieler aus einem Bundesland nur an die jeweilige Landeslotteriegesellschaft dieses Bundeslandes vermitteln. Jeder Wettbewerb unter den Landeslotteriegesellschaften ist damit ausgeschlossen (sog. „Regionalitätsprinzip“). Das Verbot der Vermittlung in andere Bundesländer, das von den Ländern mit der Eindämmung spielanziehender Wirkungen begründet wird, ist nach der im EU-Pilotverfahren 7625/15/GROW dargelegten Auffassung der Kommission bei Lotterien wegen des geringen Suchtpotentials nicht nachvollziehbar. Das Regionalisierungsprinzip führe zur Verdrängung unabhängiger Lotterievermittler, die im Internet mit den staatlichen Veranstaltern im Wettbewerb stehen.¹¹ Damit beanstandet die Kommission in dem Pilotverfahren das Fehlen der Gesamtschlüssigkeit und damit die Unverhältnismäßigkeit der deutschen Glücksspielregulierung auch unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Lotterieregulierung der Länder im Besonderen.

Aufgrund dieser Inkohärenz auf der Ebene der privaten Lotterievermittlung haben private Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat faktisch nur die Möglichkeit, Wetten auf die Ergebnisse von staatlichen Primärlotterien anzubieten bzw. zu vermitteln. Durch den Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den Landeslotteriegesellschaften kommt für private Wirtschaftsteilnehmer eine Vermittlungstätigkeit an die Landeslotteriegesellschaften nach dem Regionalitätsprinzip regelmäßig nicht in Betracht. Diese grenzüberschreitende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zulasten von Zweitlotterieranbietern aus einem anderen Mitgliedstaat, für die aufgrund des Regionalitätsprinzips eine gewerbliche Spielvermittlung aber

tatsächlich ausscheidet, hat die Kommission in dem Pilotverfahren bisher zwar noch nicht fokussiert, gleichwohl in ihrer Kritik an der Verdrängung unabhängiger Lotterievermittler indirekt angesprochen.

III. Zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Lotteriemonopols

1. Unionsrechtsprechung

Der Gerichtshof hat die Frage der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV in einem konkret vorgelegten Bezug auf die mögliche Unionsrechtswidrigkeit des durch den GlüStV rechtlich abgesicherten staatlichen Lotteriemonopols bisher noch nicht beantwortet. Der Gerichtshof hat lediglich kollateral, d. h. im Zusammenhang mit der unionsrechtlichen Beurteilung anderer Segmente der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung, insbesondere der Sportwetten, das staatliche Lotteriemonopol in Bezug genommen, etwa im Hinblick auf eine Werbung, die strikt auf das Erforderliche begrenzt bleibt, um die Verbraucher zum legalen Glücksspielangebot zu lenken.¹²

In der das Sportwettenmonopol in Griechenland betreffenden – und somit auch für das deutsche staatliche Lotteriemonopol aufschlussreichen – Rechtssache Stanleybet hat der EuGH entschieden:

„1. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen, die das ausschließliche Recht für die Durchführung, die Verwaltung, die Veranstaltung und den Betrieb von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, entgegenstehen, wenn zum einen diese Regelung dem Anliegen, die Gelegenheiten zum Spiel kohärent und wirksam zu verringern und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu beschränken, nicht wirklich gerecht wird, und zum anderen eine strenge behördliche Kontrolle der Ausdehnung des Glücksspielsektors – nur soweit dies für die Bekämpfung von Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen erforderlich ist – nicht gewährleistet ist; dies zu prüfen ist Sache des vorlegenden Gerichts.“¹³

Das Urteil Stanleybet gibt damit einen klaren Kohärenzprüfungsantrag im Hinblick auf mitgliedstaatliche Monopolregelungen für alle Glücksspielsektoren und damit auch für staatliche Lotteriemonopole vor, dem nationale Gerichte nicht ausweichen dürfen.

2. Rechtsprechung deutscher Verwaltungsgerichte

Demgegenüber waren verschiedene deutsche Verwaltungsgerichte zwar mit dem staatlichen Lotteriemonopol befasst, haben sich aber um die Grundsatzfrage nach dessen Unionsrechtswidrigkeit weitgehend „gedrückt“.

Beispielhaft sind aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung die für Zweitlotterien relevanten folgenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte anzuführen:

- 11 Schreiben der EU-Kommission an die Bundesrepublik Deutschland im EU PILOT 7625/15/GROW vom 29.6.2015, S. 4 ff.
- 12 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08 – Markus Stoß u. a., 2010 I-08069, Rn. 103, ZfWG 2010, 332–343.
- 13 EuGH, Urt. v. 24.1.2013 – C-186/11 und C-209/11 – Stanleybet, I. Leitsatz, ZfWG 2013, 95–101.

- VG Saarland, Urt. v. 2.2.2017¹⁴
- VG Saarland, Beschl. v. 27.7.2015¹⁵
- Bayerischer VGH, Beschl. v. 2.3.2017¹⁶
- VG Halle, Urt. v. 11.11.2010¹⁷
- BVerwG, Beschl. v. 25.2.2015 (explizit zu Zweitlotterien)¹⁸
- VG Gelsenkirchen, Urt. v. 17.5.2016.¹⁹

Überwiegend sind die Verwaltungsgerichte in ihren Entscheidungen der Grundsatzfrage der Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Lotteriemonopols weitgehend aus dem Weg gegangen bzw. haben den Klägern den für private Anbieter unüberwindbaren Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 GlüStV) oder das Internetverbot (§ 4 Abs. 4 GlüStV) entgegen gehalten.²⁰

Pointiert haben sich bisher lediglich das VG Gelsenkirchen und das VG Halle mit der Frage der Unionsrechtswidrigkeit des durch den GlüStV rechtlich abgesicherten staatlichen Lotteriemonopols und den damit einhergehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, des Art. 12 Abs. 1 GG, der Art. 15 und 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union befasst.

Das VG Gelsenkirchen hat in seinem Urteil vom 17.5.2016²¹ das durch den GlüStV rechtlich abgesicherte staatliche Lotteriemonopol erstinstanzlich für unionsrechts- und verfassungskonform erklärt.²² Die Klägerin, eine Lotterievermittlerin, hatte die Auflagen des Erlaubnisbescheides u. a. mit der Begründung angefochten, dass der Erlaubnisvorbehalt für die Lotterievermittlung unverhältnismäßig sei, da dieser alleine die Absicherung des unionsrechtswidrigen staatlichen Lotteriemonopols bezwecke und in Wahrheit fiskalische Zwecke verfolge. Gefährdungen für die Spielteilnehmer seien nur vorgeschoben. Die fiskalische Zweckverfolgung erkenne man schon daran, dass die Spielvermittler mindestens 2/3 der vereinnahmten Beträge an den Veranstalter weiterleiten müssten.

Das VG Gelsenkirchen hat die unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das staatliche Lotteriemonopol zurückgewiesen und die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Die mit dem staatlichen Lotteriemonopol einhergehenden subjektiven Freiheitsbeschränkungen seien aufgrund der Ziele des § 1 Nr. 2 und 4 GlüStV gerechtfertigt. Das VG Gelsenkirchen lehnt auch bei hilfsweiser Unterstellung der Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Sportwettenregulierung oder anderer Segmente der Glücksspielregulierung die übergeordnete Inkohärenzthese ab. Es sei nämlich nicht erkennbar, dass die von dieser Situation ausgehenden Einflüsse auf andere Arten des Glücksspiels in einer solchen Weise einwirken, dass sie „der Zielsetzung der Regelungen zum Glücksspielwesen in anderen Bereichen des Staatsvertrages zuwiderlaufen“.

Im Hinblick auf die von der Klägerin angeführte überzogene Lotteriewerbung führt das VG Gelsenkirchen aus, diese sei im Sinne der Kanalisierungsfunktion nach § 5 Abs. 1 GlüStV ein legitimes Mittel.

In scharfem Kontrast zum VG Gelsenkirchen stellt das VG Halle in seinem Urteil vom 11. November 2010 auf die mangelnde Rechtfertigung und Legitimation der Freiheitsbeschränkung des Monopols aufgrund der Vorbeugung von vermeintlichen Suchtgefahren ab, da einschlägige wissenschaftliche Studien dem Lotteriebereich lediglich geringe Suchtrisiken aufgrund reduzierter Anreizimpulse attestierten.²³ Im Gegensatz zu – seitens Privater angebotenen – Spielen in Spielbanken, beim Pferderennen, an Geldspiel-

automaten und auch bei Sportwetten erfolge der Spielentscheid bei Lotterien gerade nicht in einem recht kurzen zeitlichen Rahmen, sondern wenigstens innerhalb mehrerer Stunden, in der Regel sogar innerhalb von Tagen. Aufgrund dieses durch wissenschaftliche Studien unterlegten Befundes kommt das VG Halle zu dem Ergebnis, dass das staatliche Lotteriemonopol nicht aufgrund vermeintlich hoher Suchtrisiken zu rechtfertigen sei. Das Urteil des VG Halle wurde in der Berufungsinstanz vom OVG Sachsen-Anhalt²⁴ aufgehoben und die Revision nicht zugelassen. Mit Beschluss des BVerwG vom 25.2.2015²⁵ erfolgte dann die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde mit der – der Grundsatzfrage der Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Lotteriemonopols ausweichenden – Begründung, dass jedenfalls keine Erlaubnis (§ 4 Abs. 1 GlüStV) vorliege und die Erlaubnisvoraussetzungen a priori nicht erfüllt seien.

3. Stellungnahme zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Lotteriemonopols

Die aufgrund der § 10 Abs. 1, 2 und 6 GlüStV abgesicherte staatliche Monopolstellung im Lotteriebereich könnte sowohl beim stationären Vertrieb als auch beim Vertrieb im Internet als unionsrechtswidrig zu bewerten sein, wenn der damit einhergehende – unbestreitbare, deshalb nicht weiter darlegungsbedürftige – Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) privater (potentieller) Anbieter nicht gerechtfertigt ist. Dann wären die das staatliche Monopol absichernden Vorschriften unmittelbar und ex tunc unanwendbar.

a) Rechtfertigung der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich (Vorbeugung von Suchtgefahren sowie die Verhinderung von Manipulationsgefahren)

Während der GlüStV a. F. eine grundsätzliche staatliche Monopolstellung auch für Sportwetten vorsah, haben die Landesgesetzgeber mit dem noch geltenden GlüStV den Sportwettenbereich einer Teil-Liberalisierung zugeführt. Für den Lotteriebereich wird jedoch an der staatlichen Monopolstellung festgehalten. Wenn nach dem der Kommission notifizierte 2. GlüÄStV-E dieses zur rechtlichen Absicherung des staatlichen Lotteriemonopols eingesetzte repressive Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit auch künftig nicht angetastet werden soll, wird der 2. GlüÄStV-E zu einem extremen regulatorischen Gegensatz zwischen dem aufgrund eines präventiven Erlaubnisvorbehaltes „befreiten“ neuen (nicht mehr kontingentierten) Zulassungssystem für Sportwetten einerseits und dem im Bereich des staatlichen Lotteriemonopols geltenden repressiven Verbot ohne Befreiungsmöglichkeit andererseits führen. Damit geht für die Landesgesetzgeber nunmehr ein deutlich gesteigerter Druck auf die Rechtfertigung der staatlichen Mo-

- 14 VG Saarland, Urt. v. 2.2.2017 – 6 K 2012/14.
- 15 VG Saarland, Beschl. v. 27.7.2015 – 6 L 1544/14, ZfWG 2016, 160–168.
- 16 Bayerischer VGH, Beschl. v. 2.2.2017 – 10 CS 16.2149.
- 17 VG Halle, Urt. v. 11.11.2010 – 3 A 158/09, ZfWG 2011, 61–75.
- 18 BVerwG, Beschl. v. 25.2.2015 – 8 B 36.14, ZfWG 2015, 227–233.
- 19 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 17.5.2016 – 19 K 3334/14, ZfWG 2016, 384.
- 20 In dieser Diktion auch OVG Saarland, Beschl. v. 12.5.2016 – 1 B 199/15, VG Ansbach, Beschl. v. 27.9.2016 – AN 15 S 16.00446, VG Hannover, Beschl. v. 19.7.2016 – 10 B 2052 sowie OVG Niedersachsen, Beschl. v. 5.7.2016 – 11 ME 157/16, ZfWG 2016, 363–369.
- 21 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 17.5.2016 – 19 K 3334/14, ZfWG 2016, 384.
- 22 Vgl. den Kommentar von Hecker, abrufbar unter: <https://www.isa-gui.de/de/isa-law/articles/149126.html>.
- 23 VG Halle, Urt. v. 11.11.2010 – 3 A 158/09, S. 53, ZfWG 2011, 61–75.
- 24 OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 19.2.2014 – 3 L 20/12, ZfWG 2014, 355.
- 25 BVerwG, Beschl. v. 25.2.2015 – 8 B 36.14, ZfWG 2015, 227–233.

nopolstellung im Lotteriebereich hinsichtlich der Legitimität einer solchen Differenzierung einher.

Die Gesetzesbegründung zum GlüStV führt im Wesentlichen zwei grundsätzlich „legitime“ Gründe für die Beibehaltung der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich an, nämlich die Vorbeugung von Suchtgefahren sowie die Verhinderung von Manipulationsgefahren.²⁶ Dabei genügt es nicht, Manipulations- und Suchtgefahren abstrakt-generell in der Gesetzesbegründung vorzutragen. Vielmehr ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ein empirischer Nachweis für das besondere Gefährdungspotential im Lotteriebereich durch die Länder zu erbringen. Danach ist das folgende Evaluierungsprogramm zu absolvieren:

1. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefährdungen im Lotteriebereich (sowohl beim stationären Vertrieb als auch beim Vertrieb im Internet) müssen die zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten erhoben und herangezogen werden.²⁷

2. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine Risikobewertung vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen beurteilt werden.²⁸

3. Das zur Rechtfertigung des staatlichen Lotteriemonopols als mitgliedstaatliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Risikobewertung müssen gerade die geltend gemachten spezifischen – insbesondere die entsprechenden Risiken von Sportwetten übersteigenden – Gefährdungs- und Risikozusammenhänge im Lotteriebereich tragen.²⁹

Wissenschaftliche Studien legen indes dar, dass bei den monopolisierten Lotterieangeboten die Ziehungen nicht in erhöhter – insbesondere im Vergleich zu Automaten- und Casinospielen sogar in deutlich geringerer – Ereignisfrequenz abgehalten werden. Aufgrund dieser im Lotteriebereich deutlich reduzierten Ereignisfrequenz ist wissenschaftlich allgemein anerkannt, dass von Lottospielen im Vergleich zu Automaten- und Casinospielen wesentlich geringere und im Vergleich zu Sportwetten auch eher reduzierte Suchtanreize ausgehen.³⁰ Dementsprechend stellt das VG Halle in seinem Urteil vom 11.11.2010 auf die geringen Suchtrisiken aufgrund reduzierter Anreizimpulse im Lotteriebereich ab.³¹ Im Gegensatz zu – seitens Privater angebotenen – Spielen in Spielbanken, beim Pferderennen, an Geldspielautomaten und auch bei Sportwetten erfolgt der Spielentscheid bei Lotterien gerade nicht in einem recht kurzen zeitlichen Rahmen, sondern wenigstens innerhalb mehrerer Stunden, in der Regel sogar innerhalb von Tagen. Angesichts dieses wissenschaftlichen Befundes ist das staatliche Lotteriemonopol nicht aufgrund vermeintlich hoher Suchtrisiken zu rechtfertigen.³²

Damit müsste das Ziel der Vermeidung erhöhter Manipulationsgefahren die Beibehaltung der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich rechtfertigen. Auch im Hinblick auf die geltend gemachten Manipulationsgefahren müssen die Länder nach ständiger Rechtsprechung des EuGH wiederum einen empirischen Nachweis für das besondere Gefährdungspotential im Lotteriebereich erbringen. Jedenfalls ist die folgende abstrakt-generelle Gesetzesbegründung zum GlüStV im Hinblick auf die Manipulationsgefahren zur Beschränkungsrechtfertigung nicht ausreichend:

„Lotterien sind zudem wegen der Intransparenz der Gewinnermittlung und -verteilung strukturell anfällig

für Manipulationen und können wegen der hohen angesammelten Summen zu kriminellem Handeln verleiten. Die Gefahren resultieren dabei vor allem aus der Veranstaltung selbst. Sie verbleibt daher weiterhin in staatlicher Hand, um wie bislang ein zuverlässiges, dank der konkreten Ausgestaltung wenig gefährliches Lotterieangebot zu gewährleisten.“³³

Diese abstrakt-generelle Gesetzesbegründung genügt nicht der unionsrechtlichen, empirisch zu unterlegenden Nachweispflicht des Mitgliedstaates. Der Gesetzgeber verweist lediglich abstrakt auf nicht nachgewiesene Manipulationsrisiken; ein empirisch unterlegter Vergleich der Manipulationsrisiken im Lotteriebereich mit anderen, liberalisierten Glücksspielsektoren fehlt gänzlich. Gerade bei Spielautomaten bestehen hinsichtlich der Gewinnermittlung und Gewinnverteilung erhebliche Manipulationsrisiken. So sollen Spieler an Spielautomaten in Deutschland jahrelang betrogen worden sein, indem aufgrund einer manipulierten Software die Geldautomaten zu geringe Gewinne ausgezahlt haben.³⁴ Aber auch bei anderen Glücksspielen werden Summen angesammelt, die zu kriminellem Handeln verleiten können.

Überdies sind ausweislich der Gesetzesbegründung im Lotteriebereich keine regulatorischen Alternativüberlegungen angestellt worden, warum die Gewinnermittlung, also die Ziehung von Lottozahlen, wie beim „Eurojackpot“³⁵ nicht auch durch – unter strenge staatliche Aufsicht gestellte – private Wirtschaftsteilnehmer durchgeführt werden könnte, um das mit dem staatlichen Monopol einhergehende Totalverbot zu vermeiden.

Mithin vermag auch das Ziel der Vermeidung erhöhter Manipulationsgefahren die Beibehaltung der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich nicht zu rechtfertigen.³⁶

26 Erläuterungen zum GlüStV, Bay LT-Drs. 16/11995, S. 18.

27 Vgl. EuGH, Ur. v. 23.9.2003 – C-192/01, Slg. 2003, S. I-9693 – Kommission/Dänemark, Rn. 48.

28 Vgl. EuGH, Ur. v. 23.9.2003 – C-192/01, Slg. 2003, S. I-9693 – Kommission/Dänemark, Rn. 48.

29 Vgl. EuGH, Ur. v. 13.11.2003 – C-42/02, Slg. 2003, S. I-13519 – Lindman, Rn. 26; EuGH, Ur. v. 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, S. I-1989 – Ruffert, Rn. 42; EuGH, Ur. v. 15.9.2011 – C-347/09 – Dickinger & Ömer, Rn. 56, ZfWG 2011, 404–414; vgl. dazu ausführlich: Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 2016, 10. Auflage, Rn. 846 und 847.

30 Stellvertretend für zahlreiche wissenschaftliche Studien vgl. Becker, Häufigkeit der Glücksspielsucht in Deutschland; Rebggiani, Deutschland im Jahr Drei des GlüStV.

31 VG Halle, Ur. v. 11.11.2010 – 3 A 158/09, S. 53, ZfWG 2011, 61–75.

32 So auch Jarass, EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, Rechtsgutachten Mai 2015, S. 38–45.

33 Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, Bay LT-Drs. 16/11995, S. 18.

34 Vgl. den Bericht vom 29.1.2016, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/grossraza-gegen-mutmassliche-spielautomaten-betrueger-14041488.html>.

35 Vgl. www.eurojackpot.org.

36 Im Ergebnis so auch Jarass, EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, Rechtsgutachten Mai 2015, S. 46–52 unter Verweis darauf, dass angesichts der komplexen und verschachtelten Organisationsstruktur im Lotteriewesen kaum ein erhöhtes Steuerungspotential auszumachen ist. Zudem fehlt es nach Jarass an einer normativen Konkretisierung des Ziels der Vermeidung von Manipulationen und kriminellem Verhalten, sei es auch nur verwaltungsinterner Art.

b) *Zur Inkohärenz der Rechtfertigung der staatlichen Monopolstellung durch systematische Missachtung der Grenzen zulässiger Werbung im Lotteriebereich*

Selbst wenn man eine Rechtfertigungsfähigkeit der staatlichen Monopolstellung in Bezug auf die Vorbeugung von Suchtgefahren sowie die Verhinderung von Manipulationsgefahren unterstellen würde, könnte die ubiquitäre und offensive Werbung seitens der Landeslotteriegesellschaften gegen das unionsrechtliche Kohärenzgebot verstoßen und damit eine Rechtfertigung der staatlichen Monopolstellung konterkarieren. So hat das OVG Rheinland-Pfalz mit Urteil vom 10.7.2014³⁷ entschieden, dass bei der Präsentation der Glücksspirale vor der Hauptausgabe der Tagesschau, der Übertragung der Ziehung der Lottozahlen im Fernsehen sowie der Jackpot-Werbung für die Lotterie „6 aus 49“ die Grenzen zulässiger Werbung systematisch missachtet werden.

Rechtfertigungsfähig ist die staatliche Monopolstellung nach der Rechtsprechung des BVerwG und des EuGH nur, wenn eine Lotteriewerbung

„maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum legalen Glücksspielangebot hinzulenken“.³⁸

Aufgrund der gebotenen Beschränkung der Lotteriewerbung auf diese Kanalisierungsfunktion sind sublimale Hinweise auf die Einnahmenverwendung für soziale Aktivitäten im Allgemeininteresse unzulässig, um (unentschlossene) Verbraucher zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen.³⁹ Ohnehin darf die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein.⁴⁰ Auf gar keinen Fall darf die Lotteriewerbung die Anziehungskraft des Spiels durch zugkräftige Werbebotschaften, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen, erhöhen.⁴¹

Unter Verletzung des Gebotes einer Beschränkung der Lotteriewerbung auf die Kanalisierungsfunktion stellt das Sponsoring der Landeslotteriegesellschaften bei medienwirksamen Sportveranstaltungen aufgrund der bundesweiten Ausstrahlung der Sportveranstaltungen in den Medien eine aggressive und damit unionsrechtswidrige Werbung dar. Exemplarisch für das weitreichende Sponsoring durch staatliche Lotteriegesellschaften und ihrer Produkte im deutschen Profisport stehen die geschäftlichen Verbindungen von Lotto Bayern mit dem 1. FC Nürnberg, von West-Lotto mit Borussia Dortmund sowie die zahlreichen Sponsoring-Aktivitäten der sog. „Lotto-Sport-Stiftung“.⁴²

Unzulässiges Werbeverhalten stellen darüber hinaus die sog. „Lotto-Hilft“-Kampagnen dar, die durch – auch bisher unentschlossene Verbraucher adressierende – Hinweise auf eine gemeinnützige Verwendung eines Teils der Wetteinsätze regelmäßig über eine zulässige Kanalisierung vorhandener Wettleidenschaften hinausgehen.⁴³ „Lotto-Hilft“-Kampagnen suggerieren, dass „Lotto“ gleichzusetzen sei mit „Gemeinwohlsicherung“, und setzen hierdurch die Hemmschwelle gerade bisher unentschlossener Verbraucher zur Glücksspielteilnahme herunter.

Die Kanalisierungsfunktion wird auch missachtet, wenn die gemeinsam unter „LOTTO“ und „lotto.de“ auftretenden Landeslotteriegesellschaften „reißerisch“ (z. B. „Vom Lebenstraum zum Traumleben“) im Internet für den LOTTO-Jackpot und den EURO-Jackpot werben, und zwar auf Internetseiten, wie SPIEGEL Online, die zu den am häufigsten aufgerufenen Seiten zählen.⁴⁴

Zur Sicherstellung der gebotenen Beschränkung der Lotteriewerbung auf die Kanalisierungsfunktion, sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch die Werbemaßnahmen anderer Monopolträger unter der gemeinsamen Dachmarke „Lotto“ zu berücksichtigen.⁴⁵

Wenn nun darüber hinaus die Tippmöglichkeiten über mobile Endgeräte, Smartphones und Tablets als „Lotto-App“⁴⁶ zur Verfügung gestellt werden, um verstärkt bisher wenig am Lotto interessierte jüngere Zielgruppen anzusprechen, so wird aufgrund des damit bezweckten Animierungseffektes die Kanalisierungsfunktion gesprengt, weil damit offensichtlich neue Spielerkreise erschlossen werden sollen. Auch dies verstößt evident gegen die oben zitierten Anforderungen zulässiger Werbung bei staatlicher Monopolstellung. Gleiches gilt für die mediale Werbungspräsenz durch nahezu tägliche Mitteilungen in sozialen Netzwerken, wie z. B. für „WestLotto auf Facebook“.⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seinem auf das Sportwettenmonopol bezogenen Urteil vom 28.3.2006 (Az. 1 BvR 1054/01) vor der ubiquitären und offensiven Werbung über das Internet gewarnt:

„Vor dem Hintergrund der rechtlich gebotenen Ausrichtung des Wettangebots am Ziel der Bekämpfung von Wertsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ist auch die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internetangebot der Staatlichen Lotterieverwaltung bedenklich. Der Vertreter der Staatlichen Lotterieverwaltung hat in der mündlichen Verhandlung selbst dargelegt, dass sich über diesen Vertriebsweg jedenfalls derzeit der im Rahmen der Suchtprävention besonders wichtige Jugendschutz nicht effektiv verwirklichen lasse. Gleiches wird aber auch für die Nutzung von SMS gelten, die Sportwetten mittels Mobiltelefon jederzeit und von jedem Ort aus grundsätzlich spielbar macht.“⁴⁸

Heute ist die Rechtswidrigkeit der Lotteriewerbung über das Internet um ein Vielfaches offensichtlicher als im Jahr 2006.

Angesichts der dargestellten omnipräsenten und aggressiven Werbemaßnahmen zugunsten der Nachfrage nach Lotterierprodukten kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass die Landeslotteriegesellschaften die gebotene Beschränkung der Lotteriewerbung auf die Kanalisierungsfunktion missachten. Selbst wenn man eine Rechtferti-

37 OVG Rheinland-Pfalz, Ur. v. 10.7.2014 – 6 A 11312/13, ZfWG 2015, 75.

38 BVerwG, Urteil v. 20.6.2013 – 8 C 10.12, Rn. 34, juris unter Verweis auf EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08 – Markus Stoß u. a., 2010 I-08069, Rn. 103, ZfWG 2010, 332–343.

39 BVerwG, Ur. v. 20.6.2013 – 8 C 10.12, Rn. 34, juris, ZfWG 2013, 369–409.

40 EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08 – Markus Stoß u. a., 2010 I-08069, Rn. 104, ZfWG 2010, 332–343.

41 BVerwG, Ur. v. 20.6.2013 – 8 C 10.12, Rn. 34, juris, ZfWG 2013, 369–409.

42 Vgl. <http://lotto-sport-stiftung.de/neue-presse-sportstiftung/>.

43 BVerwG, Ur. v. 20.6.2013 – 8 C 10.12, Rn. 44, ZfWG 2013, 369–409.

44 Vgl. <http://eurojackpot.spiegel.de/>, abgerufen am 2.5.2017.

45 BVerwG, Ur. v. 20.6.2013 – 8 C 17.12, Rn. 50, juris, ZfWG 2014, 73–74; bestätigt durch Ur. v. 15.6.2016 – 8 C 5.15, Rn. 26, juris, ZfWG 2016, 433–437.

46 Vgl. <http://app.westlotto.de/>, abgerufen am 2.5.2017.

47 Vgl. https://www.facebook.com/search/str/Westlotto.Dc/keywords_top, abgerufen am 2.5.2017.

48 BVerfG, Ur. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, Rn. 139, ZfWG 2006, 16–31.

gungsfähigkeit der staatlichen Monopolstellung in Bezug auf die Vorbeugung von Suchtgefahren sowie die Verhinderung von Manipulationsgefahren unterstellen würde, verstößt die ubiquitäre und offensive Werbung seitens der Landeslotteriegesellschaften gegen das unionsrechtliche Kohärenzgebot und schließt damit eine Rechtfertigung der staatlichen Monopolstellung aus.

IV. Die Folgen aus der unionsrechtlichen Unanwendbarkeit des staatlichen Lotteriemonopols

1. Kann der allgemeine glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 GlüStV) den Zweitlotterien rechtlich entgegen gehalten werden?

Lässt sich der mit der staatlichen Monopolstellung einhergehende Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) privater Wirtschaftsteilnehmer nicht rechtfertigen, so sind die das staatliche Monopol absichernden, in die Dienstleistungsfreiheit eingreifenden Vorschriften des GlüStV nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbar und ex tunc unanwendbar. So hat der EuGH in der Rechtssache *Winner Wetten* im Leitsatz auch eine Übergangszeit für das unanwendbare staatliche Sportwettenmonopol nach dem GlüStV a. F. ausgeschlossen:

„Aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts darf eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.“⁴⁹

In der Rechtssache *Stanleybet* hat der EuGH entschieden, dass im Falle der Unionsrechtswidrigkeit einer innerstaatlichen Monopolregelung im Glücksspielsektor die nationalen Behörden Genehmigungsanträge sachlich prüfen müssen und nicht einfach – auch nicht während einer Übergangszeit – darauf verweisen dürfen, dass Genehmigungsverfahren für gegen das Monopol streitende Bewerber nicht vorgesehen sind:

„2. Falls die innerstaatliche Regelung für die Veranstaltung von Glücksspielen mit den Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar ist, können die nationalen Behörden nicht während einer Übergangszeit davon absehen, Anträge wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen, die die Erteilung von Genehmigungen im Glücksspielsektor betreffen, zu prüfen.“⁵⁰

Damit geht der – der Grundsatzfrage der Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Lotteriemonopols ausweichende – Beschluss des BVerwG vom 25. Februar 2015⁵¹ fehl, der in der Begründung formal darauf abstellt, dass jedenfalls keine Erlaubnis (§ 4 Abs. 1 GlüStV) vorliege und die Erlaubnisvoraussetzungen (für „kleine Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential“ nach §§ 12 bis 18 GlüStV) a priori nicht erfüllt seien. Denn das Urteil *Stanleybet* gibt einen klaren materiell-rechtlichen Kohärenzprüfungsauftrag im Hinblick auf mitgliedstaatliche Monopolregelungen für alle Glücksspielsektoren und damit auch für staatliche Lotteriemonopole vor, dem nationale Gerichte nicht ausweichen dürfen.⁵² Mithin kann der allgemeine glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 GlüStV aufgrund der

Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Lotteriemonopols den Zweitlotterien rechtlich solange nicht entgegen gehalten werden, bis die Behörden die gestellten Genehmigungsanträge in Anerkennung des unionsrechtlich dann geltenden Freiheitsstatus sachlich – „wohlwollend“ – geprüft haben.⁵³

2. Kann den Zweitlotterien, die den Vertriebsweg Internet nutzen, rechtlich entgegen gehalten werden, dass sie gegen das Internetverbot gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV verstoßen?

Wenn das Internetverbot gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV den – im Vergleich zu Online-Sportwetten – aufgrund der geringeren Ereignisfrequenz weniger gefährlichen Zweitlotterien entgegen gehalten wird, so drängt sich mit Blick auf die inkohärente „Selektivöffnung“ des Internetverbotes nach § 4 Abs. 5 GlüStV die Unionsrechtswidrigkeit und somit die Unanwendbarkeit von § 4 Abs. 4 GlüStV geradezu auf. Nach § 4 Abs. 5 GlüStV können

„abweichend von Absatz 4 [...] die Länder zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten im Internet erlauben, wenn keine Versagungsgründe nach § 4 Abs. 2 vorliegen und folgende Voraussetzungen erfüllt sind [...]“

Gegen die regulatorische Ungleichbehandlung zwischen Online-Sportwetten und Online-Casinospielen hat bereits die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 20. März 2012⁵⁴ zu dem notifizierten Entwurf des 1. GlüÄStV erhebliche unionsrechtliche Bedenken angemeldet, und zwar wegen der offenkundigen Insuffizienzen hinsichtlich der Erfüllung der mitgliedstaatlichen Darlegungs- und Nachweispflicht zur Erforderlichkeit und Kohärenz eines Totalverbots von Online-Casinospielen (und Online-Poker) ohne einen diesbezüglichen empirischen Gefährlichkeitsnachweis. Der Inkohärenzvorwurf der Europäischen Kommission betont insbesondere, dass Online-Casinospiele und Online-Poker nach inzwischen gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen aus Therapie- und Prävalenzstudien kein dem gewerberechtlich (insbesondere in Gaststätten liberal) zugelassenen Automatenglücksspiel zukommender höherer Suchtgefährlichkeitsgrad attestiert

49 EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-409/06 – *Winner Wetten*, Leitsatz, ZfWG 2010, 407–414.

50 EuGH, Ur. v. 24.1.2013 – C-186/11 und C-209/11 – *Stanleybet*, 2. Leitsatz, ZfWG 2013, 95–101.

51 BVerwG, Beschl. v. 25.2.2015 – 8 B 36.14, ZfWG 2015, 227–233.

52 EuGH, Ur. v. 24.1.2013 – C-186/11 und C-209/11 – *Stanleybet*, 1. Leitsatz, ZfWG 2013, 95–101.

53 Nach *Jarass*, EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, Rechtsgutachten Mai 2015, S. 58–74 hat die Unionsrechtswidrigkeit des Lotterieveranstaltungsmonopols zur Folge, dass grundsätzlich die Zulassungstatbestände des GlüStV zum Tragen kommen, wobei (der auch aus seiner Sicht ebenfalls nicht passende) § 4 Abs. 1 GlüStV von dem spezielleren Konzessionstatbestand § 4a Abs. 1 S. 1 GlüStV verdrängt wird. Dies ändert indes nichts daran, dass auch *Jarass* für Aufsichtsmaßnahmen mit Hinweis auf eine fehlende Erlaubnis die Möglichkeit voraussetzt, ein betreffender Veranstalter müsse überhaupt in der Lage sein, eine Konzession zu beantragen. Ein solcher Antrag ist nach seinem Ansatz aber erst möglich, wenn eine Ausschreibung gemäß § 4b Abs. 1 S. 1 GlüStV erfolgt ist. Eine solche ist aber bisher nicht erfolgt, so dass sich auch bei Eingreifen von § 4a Abs. 1 S. 1 GlüStV die Ergebnisse zu der hier dargelegten Sichtweise entsprechen.

54 Im Rahmen des Notifizierungsverfahrens für technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG; Az. SG (2012) D/50777.

werden kann und dass damit das Online-Casinospiele tref-fende Totalverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV die vom Europä-ischen Gerichtshof⁵⁵ aufgestellten Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäbe verletzt.⁵⁶

Im Sommer 2015 hat die Europäische Kommission unter dem Az. 7625/15/GROW ein sog. EU-Pilotverfahren gegen Deutschland eingeleitet.⁵⁷ Pilotverfahren gehen einem förmlichen Vertragsverletzungsverfahren voraus und bie-ten dem betroffenen Mitgliedstaat die Möglichkeit, ein sol-ches abzuwenden. Die Kommission beanstandet in dem Pil-otverfahren das Fehlen der Gesamtschlüssigkeit und damit die Unverhältnismäßigkeit der deutschen Glücksspielregu-lierung.⁵⁸ Deziert wird die Kommission den deutschen Ländern vor, dass sie ohne Erhebung und Auswertung von belastbarem Datenmaterial zu den jeweiligen Suchtpoten-tialen, den Manipulations- sowie Geldwäschegefahren gra-vierende Rechtsfolgenunterscheidungen zwischen Total-verbotten (Online-Casinospiele/Poker), einem Konzessions-system in Verbindung mit der Selektivöffnung des Internet-verbotes nach § 4 Abs. 5 GlüStV (Sportwetten) und dem (insbesondere in Gaststätten liberal) zugelassenen Automa-tenglücksspiel getroffen haben. Die Kommission erachtet solche gravierenden Rechtsfolgenunterscheidungen im Rahmen von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nur dann gemäß den Verhältnismäßigkeits- und Kohärenz-maßstäben des Gerichtshofs für regulatorisch tragfähig, wenn – wie in der Rechtssache Digibet und Albers⁵⁹ betont – die vorhandenen empirisch gewonnenen Erkenntnisse aus Erfahrungen mit regulierten Erlaubnissystemen auch be-rücksichtigt werden, und zwar nach Maßgabe der mitglied-staatlichen Vergewisserungspflicht (Rechtssache Dickinger und Ömer⁶⁰).

Die Einschätzung, dass das Online-Casinospiele und – auf-grund der erheblich geringeren Ereignisfrequenz wesent-lich weniger gefährliche – Zweitlotterien treffende Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV die unionsrechtlichen Verhältnis-mäßigkeits- und Kohärenzmaßstäbe verletzt und folglich unanwendbar ist, wird durch die Bemerkungen der Euro-päischen Kommission vom 10. Februar 2017 nach Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2015/1535 zu der deutschen Notifizierung 2016/590/D des 2. GlüÄStV-E bestärkt.

Die Bundesrepublik Deutschland hatte der Kommission am 9.11.2016 den 2. GlüÄStV-E im Verfahren nach der Richt-linie (EU) 2015/1535⁶¹ notifiziert. Dabei wurde die deutsche Notifizierungsmittelung auf die Änderungen des Konz-essionsverfahrens für Sportwettendienstleistungen durch den 2. GlüÄStV-E beschränkt, um eine breit angelegte Kritik an dem gesamten Regulierungssystem zu vermeiden. Trotz der deutschen Notifizierungsstrategie, die Notifizierungsmi-tteilung auf die Änderungen des Konzessionsverfahrens für Sportwettendienstleistungen durch den 2. GlüÄStV-E zu be-schränken, hat die Kommission die wesentlichen Rügen und die Kritik an dem gesamten Regulierungssystem aus dem EU-Pilotverfahren 7625/15/GROW aufgegriffen und in ihren Bemerkungen vom 10.2.2017 zu der deutschen Notifizierung des 2. GlüÄStV-E bekräftigt. In einem für ein Notifizierungsverfahren ungewöhnlich scharfen Ton – und ohne dass Online-Casino- und Online-Pokerspiele Ge-genstand der deutschen Notifizierung waren – stellt die Kommission fest,

„dass diese Bestimmung nicht im Einklang mit der Verpflichtung der deutschen Behörden im Rahmen der Notifizierung 2011/188/D zur Bewertung der An-gemessenheit und Wirksamkeit des derzeitigen Ver-

bots von Online-Casinospielen und -Pokerspielen bis zum 30. Juni 2014 steht [...] Im notifizierten Entwurf wird dieser Zeitraum um 5 Jahre verlängert und es wird außerdem nur einem Bundesland ein Kündi-gungsrecht zugestanden, falls keine Zustimmung er-reicht wird. Somit scheint es, dass die deutschen Be-hörden insbesondere für den beträchtlich wachsenden Online-Casinomarkt mit dem notifizierten Staatsver-trag keine tragfähige Lösung bieten, trotz weit ver-breiteter Bedenken im Hinblick auf den unzureichen-den Schutz von Spielern und Minderjährigen auf dem ungeregelten Online-Casinomarkt.“

Wenn die Kommission die „Angemessenheit und Wirksam-keit“ des Internetverbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV in Frage stellt, so ist klarzustellen, dass sich diese Bemerkung nicht etwa nur auf den Vollzugsausfall auf der Anwendungsbe-ne beschränkt. Vielmehr adressiert die Kommission gerade die Inkohärenz des Internetverbotes auf der normativen Ebene des gesamten Regulierungssystems, indem sie die bereits im Pilotverfahren 7625/15/GROW sowie im Rah-men der Notifizierung des 1. GlüÄStV-E 2011 formulierten Bedenken aufgreift. Darüber hinaus weist die Betonung der Evaluierungspflichten in den Bemerkungen der Kommissi-on vom 10. Februar 2017 darauf hin, dass die Kommission die Vergrößerung der mit dem 1. GlüÄStV 2012 geschaffe-nen Inkohärenz des gesamten Regulierungssystems im Blick hat, da durch die Zulassung von Sportwetten in dem neuen Erlaubnissystem nach dem 2. GlüÄStV-E in Verbin-dung mit der dann fortgeltenden Selektivöffnung des In-ternetverbotes nach § 4 Abs. 5 GlüStV die regulatorische Kluft zwischen dem Erlaubnissystem einerseits und dem Totalverbot von Online-Poker und -Casino andererseits, mithin der Rechtfertigungsausfall für das Totalverbot nun noch offensichtlicher wird.

Die Kommission erinnert die Länder daran, dass eine kon-tinuierliche Evaluierung – nicht nur in Bezug auf Sport-wetten – erforderlich ist. Bedingt durch die bisherige Nicht-vergabe von Sportwettenkonzessionen haben die Länder noch nicht einmal eine diesbezügliche Evaluierung auf der Grundlage von § 32 GlüStV durchgeführt, geschweige denn im Hinblick auf das Internetverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV.

Die weitgefassten Bemerkungen der Kommission vom 10.2.2017 zu der deutschen Notifizierung des 2. GlüÄStV-E machen überaus deutlich, dass die notifizierten Änderun-gen im Bereich der Sportwette voraussichtlich durchgrei-fende Auswirkungen für eine Neubewertung des Internet-

55 Vgl. nur Urteil des EuGH vom 8.9.2010 – C-409/06 – Winner Wetten, ZfWG 2010, 407–414; EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08 – Markus Stoß u. a., 2010 I-08069, Rn. 115, ZfWG 2010, 332–343; EuGH, Ur. v. 15.09.2011 – C-347/09 – Dickinger & Ömer, Rn. 32, ZfWG 2011, 403–414; EuGH, Ur. v. 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04 – Placanica, Rn. 63, ZfWG 2007, 125–132.

56 Koenig, ZfWG 2015, 10 ff.; Koenig/Bovelet, ZfWG 2012, 164 ff.

57 EU PILOT 7625/15/GROW – Deutsche Glücksspielgesetzgebung; hier-zu instruktiv Willmroth, Süddeutsche Zeitung vom 7.7.2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/gluecksspiel-alles-auf-null-1.2554751>.

58 Schreiben der EU-Kommission an die Bundesrepublik Deutschland im EU PILOT 7625/15/GROW vom 29.6.2015, S. 4 ff.

59 EuGH, Ur. v. 12.6.2014 – C-156/13 – Digibet und Albers, Rn. 40, ZfWG 2014, 193–197.

60 EuGH, Ur. v. 15.9.2011 – C-347/09 – Dickinger & Ömer, Rn. 56, ZfWG 2011, 403–414.

61 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.9.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV zeitigen werden. Denn die Zulassung von Sportwetten in dem neuen Erlaubnissystem nach dem 2. GlüÄStV-E in Verbindung mit der dann fortgeltenden Selektivöffnung des Internetverbotes nach § 4 Abs. 5 GlüStV vergrößert die durch den 1. GlüÄStV 2012 geschaffene Inkohärenz des gesamten Regulierungssystems, indem die regulatorische Kluft zwischen dem Erlaubnissystem einerseits und dem Totalverbot andererseits den Rechtfertigungsausfall für das Totalverbot nun noch offensichtlicher ausweist. Soweit nach den einhelligen Erkenntnissen aus wissenschaftlichen Studien sowohl bei Sportwetten als auch bei Online-Poker- und Online-Casinospielen die Schwarzmarktrisiken gerade im unregulierten – kaum aber im regulierten – Markt gleichermaßen bestehen⁶² und damit im unregulierten Markt der Jugendschutz, die Bekämpfung der Spielsucht und der Verbraucherschutz ins Leere laufen, nun aber daraus die Konsequenz gezogen wird, nur den Sportwettenmarkt im Rahmen eines Erlaubnissystems in Verbindung mit der Selektivöffnung des Internetverbotes zu regulieren, erweist sich die gegensätzliche Schlussfolgerung für andere Glücksspiele wie Online-Poker und Online-Casino, aber auch umso mehr für – aufgrund der erheblich geringeren Ereignisfrequenz wesentlich weniger gefährlichen – Zweitlotterien als vollkommen unhaltbar.

Nach allem kann den Zweitlotterien, die den Vertriebsweg Internet nutzen, rechtlich nicht entgegen gehalten werden, dass sie gegen das unanwendbare Internetverbot gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV verstoßen.

3. Kann dem Angebot von Zweitlotterien rechtlich entgegen gehalten werden, dass es die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen von § 4 Abs. 5 GlüStV nicht erfülle?

Die Behörden und die ihnen bisher überwiegend folgenden Verwaltungsgerichte erachten jeden Vermittler und Veranstalter von Lotterien für verpflichtet, auf jeden Fall die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen nach § 4 Abs. 5 GlüStV zu erfüllen. Verstöße hiergegen könnten ein Untersagungsverfahren auch dann nach sich ziehen, wenn eine Internetvermittlungserlaubnis erteilt worden sein sollte.

Das BVerwG argumentiert zudem, dass selbst im Falle der Unionsrechtswidrigkeit des Monopols das Unionsrecht keine sofortige Öffnung des Markts für alle privaten Anbieter ohne jegliche präventive Kontrolle verlange.⁶³ Deshalb müssten auch Anbieter von Zweitlotterien die Anforderungen von § 4 Abs. 5 GlüStV einhalten. Der Bayerische VGH führt aus, dass dieser Linie auch nicht die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Ince entgegenstehe.⁶⁴

Dem ist entgegenzuhalten, dass schon der Wortlaut des § 4 Abs. 5 GlüStV nur auf das Angebot des Monopolträgers („Eigenvertrieb“) und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten anwendbar ist. Wenn aber nach dem gesetzgeberischen Willen der Online-Modus für andere Glücksspiele wie Online-Casinospiele über § 4 Abs. 4 GlüStV kategorisch verboten werden sollte, so geht der Gesetzgeber selbst – in sich durchaus konsequent – davon aus, dass die Nichtbeachtung der Schutzmaßnahmen nach § 4 Abs. 5 GlüStV seitens der Anbieter dieser kategorisch verbotenen Online-Glücksspiele jedenfalls nicht aufgrund von § 4 Abs. 5 GlüStV sanktioniert werden kann.

Überdies setzt die Anwendbarkeit von § 4 Abs. 5 GlüStV im Lotteriebereich („Eigenvertrieb“) die Wirksamkeit und Anwendbarkeit des staatlichen Veranstaltungsmonopols voraus. Wenn aber davon auszugehen ist, dass das unionsrechtswidrige Lotteriemonopol unanwendbar ist, findet auch § 4 Abs. 5 GlüStV keine Anwendung und kann dann auch nicht dem Angebot von Zweitlotterien rechtlich entgegen gehalten werden.

4. Kann dem Angebot von Zweitlotterien rechtlich entgegen gehalten werden, dass es in Deutschland ungeachtet einer möglichen Unanwendbarkeit von § 4 Abs. 1, 4 und 5 GlüStV jedenfalls sonstige materielle Erlaubnisvoraussetzungen nicht erfülle?

Zweifelsfrei handelt es sich bei den materiellen Erlaubnisvoraussetzungen des § 4 Abs. 5 GlüStV inhaltlich um Schutzmaßnahmen, die von der mitgliedstaatlichen Autonomie im nichtharmonisierten Glücksspielbereich im Hinblick auf die Festlegung des Schutzniveaus grundsätzlich gedeckt sind. Wie dargelegt, ist § 4 Abs. 5 GlüStV aber dem Wortlaut nach nur für den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten anwendbar. Die bloße Nichtbeachtung der Schutzmaßnahmen nach § 4 Abs. 5 GlüStV seitens der Anbieter anderer, nach § 4 Abs. 4 GlüStV kategorisch verbotener Online-Glücksspiele kann damit jedenfalls nicht aufgrund von § 4 Abs. 5 GlüStV sanktioniert werden.

Allerdings liefe dieses Ergebnis auf die Geltung eines absoluten Herkunftslandprinzips hinaus. Dies ist weder in der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit anerkannt, noch hat es Eingang in die – weitgehend an dieser Rechtsprechung orientierte – Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG gefunden. Dieses ordnungsrechtliche Vakuum kann jedoch dadurch aufgelöst werden, indem für diesen Fall die ordnungsrechtliche Generalklausel heranzuziehen ist, um die autonome Bestimmung des nationalen Schutzniveaus zu gewährleisten. Die konkrete Ausgestaltung der Zulassung von Online-Casinospielen und von Zweitlotterien ist dann im Rahmen des ordnungsbehördlichen Ermessens unter sachgerechter Berücksichtigung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) zu gewährleisten.

Wenn den zuständigen Behörden damit alleine die Möglichkeit eröffnet bleibt, aufgrund der ordnungsrechtlichen Generalklausel einzuschreiten, um die autonome Bestimmung des nationalen Schutzniveaus zu gewährleisten, so müssen die Behörden dann konkrete Anforderungen unter Berücksichtigung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) definieren, bei deren Einhaltung das Angebot – jedenfalls vorläufig – geduldet wird.

Eine solche ordnungsrechtliche Vorgehensweise setzt aber die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit und Unanwendbarkeit des staatlichen Lotteriemonopols voraus, um auf dieser Grundlage ein (fiktives) Erlaubnisverfahren etab-

62 Levi, Money Laundering Risks and E-Gaming: A European Overview and Assessment, Cardiff University 2009, S. 26; vgl. auch die zwei für den TÜV Austria Trust IT GmbH erstellten Studien von Schneider, Online Poker: Mögliche Geldwäsche und deren Prävention, 2013, S. 8 und von Peren/Clement, Online Poker: Mögliche Geldwäsche und deren Prävention, 2013, S. 125. Im Ergebnis gehen die Studien von der Erkenntnis aus, dass die Art des Glücksspiels sowie der Online- oder Offline-Modus nur von nachrangiger Bedeutung für das Geldwäscherisiko sind. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die jeweiligen Glücksspielangebote reguliert oder nicht reguliert sind.

63 BVerwG, Urt. v. 16.5.2013 – B C 41.12, Rn. 55 f., ZfWG 2013, 379.

64 Bayerischer VGH, Beschl. v. 2.3.2017 – 10 CS 16.2149, Rn. 8–10.

lieren zu können. Erst auf dieser Grundlage wären konkrete materielle Anforderungen überhaupt definierbar, auf deren Grundlage unionsrechtskonforme und rechtsstaatliche Untersagungsverfügungen ergehen könnten.

Für diese Vorgehensweise lassen sich nicht nur die Urteile des EuGH in den Rechtssachen Winner Wetten⁶⁵ und Ince⁶⁶ heranziehen. Vielmehr hat der EuGH einen unionsrechtskonformen Weg für ein ordnungsrechtliches (fiktives) Erlaubnisverfahren in der das Sportwettenmonopol in Griechenland betreffenden – und somit auch für die Unanwendbarkeit des deutschen staatlichen Lotteriemonopols aufschlussreichen – Rechtssache Stanleybet gebahnt:

Um einen solchen unionsrechtskonformen Weg für ein ordnungsrechtliches (fiktives) Erlaubnisverfahren aus dem Dilemma der Unanwendbarkeit des deutschen staatlichen Lotteriemonopols zu bahnen, sind entsprechend formulierte Vorlagen der mit dem staatlichen Lotteriemonopol und dessen regulatorischen Sanktionsfolgen befassten deutschen – auch konkret nicht höchstinstanzlich entscheidenden – Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH unausweichlich.

V. Fazit: Eine Vorlage an den EuGH ist zur rechtsstaatlichen Überwindung des national gescheiterten Rechts unausweichlich!

Der Gerichtshof hat die Frage der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV in einem konkret vorgelegten Bezug auf die mögliche Unionsrechtswidrigkeit des durch den GlStV rechtlich abgesicherten staatlichen Lotteriemonopols bisher zwar noch nicht beantwortet. Gleichwohl hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der unionsrechtlichen Beurteilung anderer Segmente der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung, insbesondere der Sportwetten, so klare Verhältnismäßigkeits-, Kohärenz- und Nachweismaßstäbe sowie Evaluierungsanforderungen für mitgliedstaatliche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgestellt, dass die ganz überwiegenden hier herausgearbeiteten Gründe deutlich für die Unionsrechtswidrigkeit des durch den GlStV ausgestalteten staatlichen Lotteriemonopols und folglich für dessen Unanwendbarkeit sprechen. Sowohl diese primäre Grundsatzfrage als auch die daran anknüpfenden sekundären regulatorischen Folgefragen bedürfen der dringenden Beantwortung im Rahmen der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56

AEUV durch den Gerichtshof selbst und zwar in dieser rechtssystematischen Reihenfolge. Entsprechende Vorlagen der mit dem staatlichen Lotteriemonopol und dessen regulatorischen Sanktionsfolgen befassten deutschen – auch konkret nicht höchstinstanzlich entscheidenden – Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH sind unausweichlich, insbesondere um einen unionsrechtskonformen Weg für ein ordnungsrechtliches (fiktives) Erlaubnisverfahren aus dem Dilemma der Unanwendbarkeit des deutschen staatlichen Lotteriemonopols zu bahnen.

Nur von dem Gerichtshof ist der entscheidende Impuls zur rechtsstaatlichen Überwindung des national gescheiterten Rechts zu erwarten. Von dem am gescheiterten Recht klammernden Gesetzgeber ist indes – ohne ein Machtwort des Gerichtshofs – kaum noch etwas zu erwarten, beharrt dieser doch weiter ausweislich des 2. GlStV-E auf dem Zustand rechtsstaatlich unhaltbarer Inkohärenz und Unverhältnismäßigkeit.

Summary

Secondary or synthetic lotteries are based on betting on the outcomes of official draws of licensed lottery operators. The question arises whether these secondary lotteries are to be qualified as "lotteries" under the German Interstate Treaty on Gambling (Glücksspielstaatsvertrag) or if they simply represent an illegal gambling practice. If secondary lotteries were to be qualified as "lotteries" under the German Interstate Treaty on Gambling and, therefore, as illegal per se under the lotteries (state) monopoly, this state monopoly would have to prove valid under the terms of EU law. The author demonstrates that the German lotteries monopoly itself constitutes an illegal restriction on the EU freedom to provide services, which does not satisfy the requirements of proportionality and coherency as laid down in the standing case law of the Court of Justice of the European Union. In light of this EU case law the German lotteries monopoly faces heavy headwinds with regard to upcoming litigation on secondary lotteries.

65 EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-409/06 – Winner Wetten, Rn. 61, 66–67, 69 und Tenor, ZfWG 2010, 407–414.

66 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14 – Ince, Tenor, ZfWG 2016, 115–125.

ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek, Mag.^a Lisa-Maria Satzinger und Mag.^a Julia Sautner, Wien*

Österreichische Höchstgerichte auf dem Weg zu einer einheitlichen Rechtsprechung in Glücksspielfragen

I. Einleitung

Das Jahr 2016 war wieder geprägt von Highlights auf dem Gebiet der nationalen Glücksspieljudikatur. Alle österreichischen Höchstgerichte beschäftigten sich mit der Frage, ob der Staat das rechtspolitische Meta-Ziel eines kohärenten und in sich stimmigen Regulativs tatsächlich und

glaubwürdig verfolgt. Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist eine Analyse dreier der bedeutendsten glücksspielrechtlichen Entscheidungen der vergangenen Jahre, welche lang gehegte Zweifel über die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität des Monopolsystems ausräumten.

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.