

FLUXX AG OSTPREUSSENPLATZ 10 24161 ALTENHOLZ

Herrn
Werner Kalinka
Vorsitzender des Innen- und Rechtsausschusses
Schleswig-Holsteinischer Landtag
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Altenholz, 9. August 2007
rja-eka ☎ -93

Sehr geehrter Herr Kalinka,

Anbei erhalten Sie die Stellungnahme der FLUXX AG im Anhörungsverfahren zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV)“.

Von der Übersendung der Anlage 6 (Sammelband) haben wir zunächst abgesehen, senden Ihnen diese auf Wunsch jedoch gern zu.

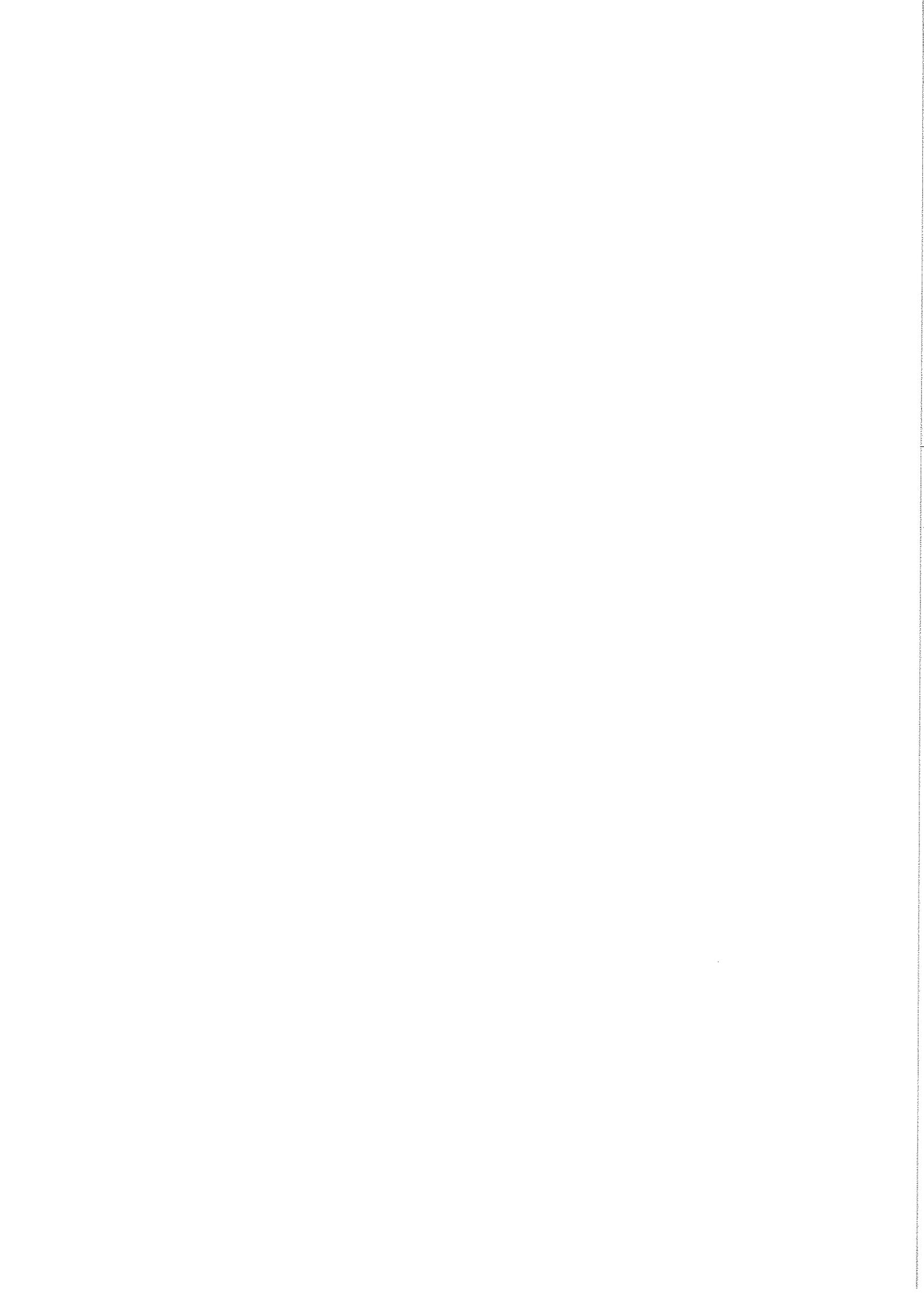
Aus unserer Stellungnahme geht hervor, dass der Gesetzesentwurf und der diesem zu Grunde liegenden Staatsvertrag offensichtlich gegen Verfassungsrecht und Europarecht verstoßen. Das in diesem Verfahren federführende Innenministerium hat die Stellungnahme inklusive aller Anlagen am 31.07.2007 erhalten.

Unser Vorgehen soll sicherstellen, dass für die Willensbildung ausschlaggebende Informationen Ihnen als Entscheider auch zugänglich und bekannt sind.

Gleichzeitig möchten wir Sie darüber in Kenntnis setzen, dass neben den erheblichen direkten Einnahmeeinbußen für das Land Schleswig-Holstein der FLUXX AG im Falle der Ratifizierung des nach unserer Überzeugung offensichtlich verfassungswidrigen und europarechtswidrigen Gesetzes erhebliche Schadenersatzansprüche gegen das Land zustehen werden. Diese wird die FLUXX AG im Falle der Umsetzung des Gesetzgebungsvorhabens gerichtlich durchsetzen.

Wir appellieren daher an Sie, unsere Stellungnahme bei Ihrer Entscheidung - auch zum Wohle des Landes Schleswig-Holstein - zu berücksichtigen.

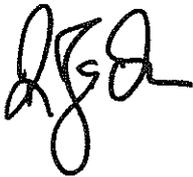
Sollten Ihnen die dem Innenministerium als Anlage 6 (Sammelband) überlassenen Gutachten nicht vorliegen, bitten wir um kurze Nachricht. Wir senden Ihnen diese gern zu.



Bei Rückfragen können Sie uns jederzeit gern telefonisch unter 0431 - 88 104 - 93 kontaktieren.

Mit freundlichen Grüßen

FLUXX AG

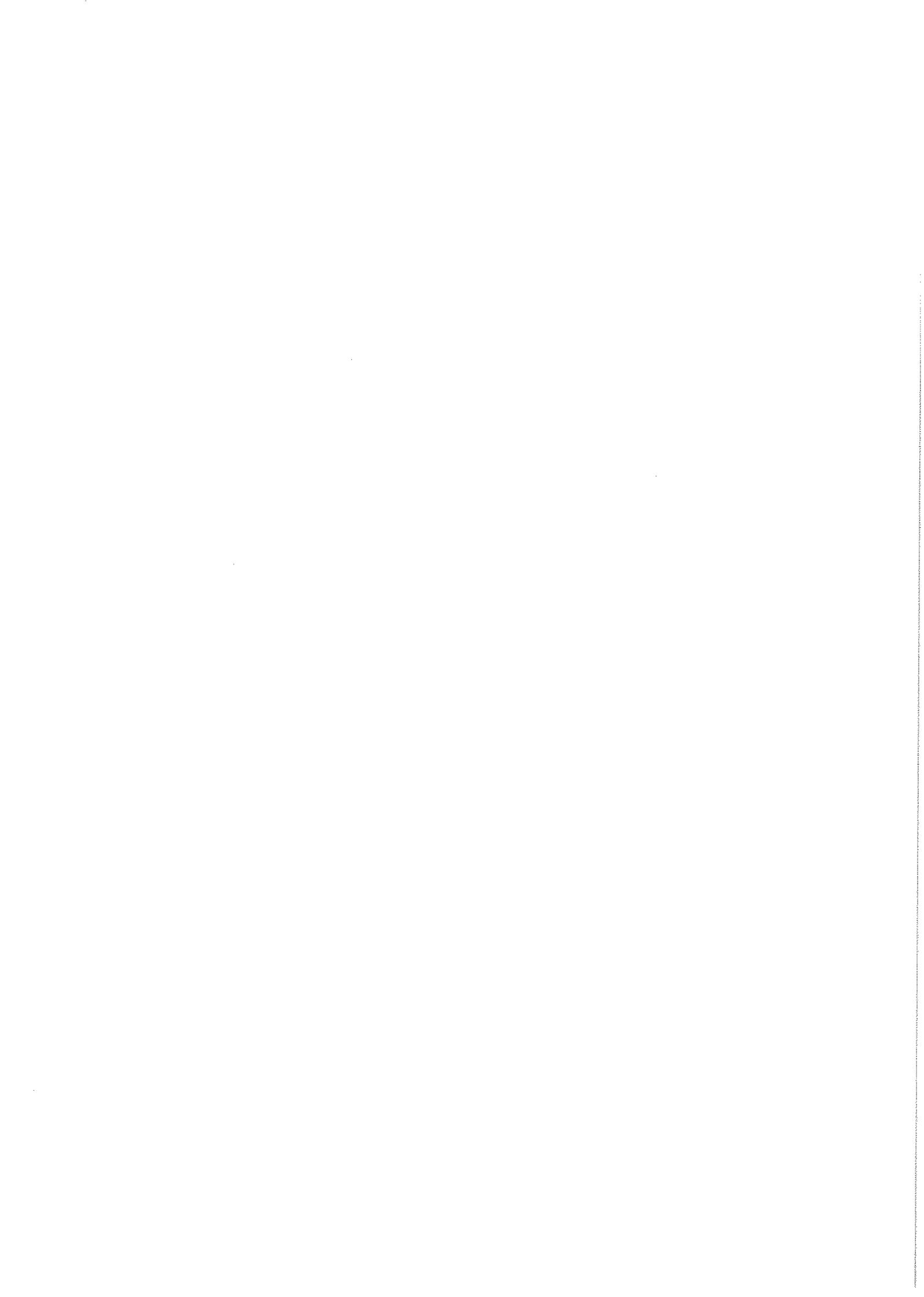


Rainer Jacken
Vorstandssprecher



i.V. Evalotta Kahlen
Rechtsabteilung

Anlagen



Stellungnahme der FLUXX AG

A.

Zu den geschäftlichen Aktivitäten der FLUXX AG

Die FLUXX AG (FLUXX) ist mit ihren Tochtergesellschaften seit 1998 als Full-Service-Dienstleister für die Vermittlung staatlich genehmigter Glücksspiele tätig. Die Aktien der im Prime Standard notierten FLUXX AG werden seit September 1999 an der Deutschen Börse gehandelt. In der FLUXX Gruppe sind derzeit ca. 140 Mitarbeiter beschäftigt. Der Hauptsitz der FLUXX AG ist in Altenholz bei Kiel, die größte Niederlassung befindet sich in Hamburg.

Der Vertrieb der staatlich lizenzierten Glücksspiele durch die FLUXX Gruppe erfolgt in Deutschland bislang vorrangig über die Tochtergesellschaft JAXX GmbH, eine 100 %ige Tochter der FLUXX AG. Diese veranstaltet selbst keine Lotteriespiele oder sonstige Glücksspiele. Mit Ausnahme der Entgegennahme von Pferdewetten auf Grundlage einer Buchmacherlizenz Schleswig-Holsteins betätigt sich die Gesellschaft ausschließlich als Vermittlungsdienstleister für staatlich lizenzierte Glücksspiele (so genannter gewerblicher Spielvermittler), indem sie Scheine entgegennimmt und diese über einen technischen Dienstleister an die lizenzierten Veranstalter vermittelt.

Die JAXX GmbH vermittelt insbesondere die Lotterien und Sportwetten der Gesellschaften des Deutschen Lottoblocks. Dabei kommt der Spielvertrag zwischen dem einzelnen Kunden und dem Anbieter zustande. Zwischen der JAXX GmbH und dem einzelnen Kunden wird nur ein Geschäftsbesorgungsvertrag über die Vermittlung geschlossen. Als technischer Dienstleister fungiert die ANYBET GmbH, ebenfalls eine 100%ige Tochtergesellschaft der FLUXX AG. Die ANYBET GmbH hat vertragliche Beziehungen über elektronische Anbindungen mit verschiedenen Gesellschaften des Deutschen Lottoblocks, heute Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein. Gleichzeitig hat ANYBET sich als Dienstleister im Bereich der Programmierung und des Betriebs der Internetplattformen als langjähriger und geschätzter Partner einiger Lottogesellschaften etabliert. Die Unternehmen der FLUXX Gruppe nutzen für ihre Vertriebstätigkeit heute das Internet, den Direktvertrieb (Direct Mailing und Telesales) sowie den stationären Vertrieb in Tankstellen und Supermärkten.

Dieser letztgenannte Vertriebsweg entspricht dabei dem eigenen Vertrieb der Lottogesellschaften über Annahmestellen in Kiosken, Tabakläden, Bahnhöfen und Einkaufszentren.

Das Verwaltungsgericht München (Urteil vom 12.12.2006), das Bundeskartellamt (Beschluss vom 23.08.2006) sowie das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 08.06.2007) kommen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass die länderübergreifende terrestrische gewerbliche Spielvermittlung, wie sie die FLUXX Gruppe unter anderem praktiziert, mit geltendem Recht im Einklang steht. Stellvertretend zitieren wir aus dem aktuellen Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts an den Deutschen Bundestag. Dort heißt es:

"Die gewerbliche Spielvermittlung über stationäre Vermittlungsstellen in Deutschland ist rechtmäßig und steht insbesondere im Einklang mit den Regelungen im Staatsvertrag der Bundesländer über das Lotteriewesen.

[...]

Der Lotteriestaatsvertrag lässt die gewerbliche Spielvermittlung zu, ohne bestimmte Vermittlungswege vorzuschreiben oder auszuschließen. Es ist nicht ersichtlich, warum nur die Vermittlung über Internet, Post, Telefon oder SMS, nicht aber über stationäre Vermittlungsstellen, unbedenklich sein soll."

Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für die Jahre 2005/2006, BT-Drs. 16/5710, S. 182 f.

Anlage 1

Auch die übrigen Aktivitäten der FLUXX-Gruppe entsprechen den Regelungen des Lotterie-Staatsvertrages vom 13.02.2004.

B.

Juristische Stellungnahme zu dem Glücksspielstaatsvertrag der Länder

Die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags der Länder (im Folgenden "GlüStV") sind in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Sie verstoßen gegen das vorrangig anzuwendende Recht der Europäischen Gemeinschaft (dazu unter I.). Sie sind mit den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts, insbesondere mit der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, unvereinbar (dazu unter II). Den Vorschriften des im Entwurf vorliegenden Schleswig-Holsteinischen Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag haftet diese Gemeinschaftsrechts- und Verfassungswidrigkeit notwendigerweise ebenfalls an. Die FLUXX AG hat auf diese grundlegenden Einwände bereits im Rahmen des Anhörungsverfahrens zu dem Entwurf des Glücksspielstaatsvertrages im November 2006 eindringlich hingewiesen. Auch an anderer Stelle und aus anderem Munde ist in der Vergangenheit mit klaren Worten und überzeugenden Argumenten dargelegt worden, dass der Glücksspielstaatsvertrag nicht nur ökonomisch, sondern auch juristisch in die Sackgasse führt. Die politischen Entscheidungsträger haben sich bewusst über diese Bedenken hinweggesetzt.

I.

Durchgreifende europarechtliche Einwände

In gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht sind der GlüStV und die ihm ausführenden Gesetze in doppelter Hinsicht rechtswidrig:

Durchgreifende europarechtliche Bedenken ergeben sich zum einen im Hinblick auf die mit dem GlüStV und seinen Ausführungsgesetzen verbundenen unverhältnismäßigen und mitunter diskriminierenden Beschränkungen der Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG.

Zum anderen verstoßen der GlüStV sowie dessen Ausführungsgesetze gegen die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Bundesländer aus Art. 10 EG, jedwede (auch legislative) Maßnahmen zu unterlassen, die die praktische Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln nach Art. 81 ff. EG beeinträchtigen. Durch den im GlüStV verankerten Grundsatz der Lokalisierung wird eine

wettbewerbswidrige Marktaufteilung zwischen den jeweiligen Landeslottogesellschaften staatsvertraglich festgeschrieben.

Die Kommission hat in mehreren Stellungnahmen mit ungewöhnlicher Deutlichkeit auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Regelungen des GlüStV hingewiesen. Einige dieser Aussagen rufen wir noch einmal in Erinnerung.

1. Ausführliche Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.03.2007 im Notifizierungsverfahren

Bereits in ihrer Ausführlichen Stellungnahme nach Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG vom 22.03.2007 im Rahmen des obligatorischen Notifizierungsverfahrens zum Entwurf des GlüStV bemängelte die Kommission

- die mangelhafte empirische Grundlage des Staatsvertrags;
- die Unverhältnismäßigkeit seiner Regelungen;
- die mangelnde Diskriminierungsfreiheit des Entwurfs.

Die Kommission schreibt:

"Obwohl die Bekämpfung der Spielsucht und der Jugendschutz zwingende Gründe des öffentlichen Interesses darstellen, die Einschränkungen der Ausübung einer Grundfreiheit gemäß des EG-Vertrages rechtfertigen könnten, ist die Kommission der Ansicht, dass das vollständige Verbot von Lotterien und Sportwetten im Internet aus den unten genannten Gründen keine geeignete Maßnahme zum Erreichen der Ziele der Spielsuchtbekämpfung und des Jugendschutzes sein könnte und dass es als unverhältnismäßig eingestuft werden könnte, da es weniger einschränkende Maßnahmen zum Erreichen der oben genannten Ziele gibt.

2.1 Die Erläuterungen des notifizierten Entwurfs erhalten keine Daten zur Unterstützung der Erklärungen, dass eine tatsächliche Gefahr der Spielsucht im Internet in Deutschland vorliegt, die eine Bedrohung eines grundlegenden Interesses der deutschen Öffentlichkeit darstellt und es wurden keine Folgenabschätzung oder Studien zum Nachweis dieser Tatsache vorgelegt. Es ist festzustellen, dass den Gründen, auf die sich Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung berufen, eine Analyse der Zweckdienlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der von dem Staat verabschiedeten einschränkenden Maßnahme beigefügt werden muss, in der statistische oder andere Belege offenbart werden müssen, die jegliche Schlussfolgerungen hinsichtlich des Ausmaßes der Gefahr im Zusammenhang mit Glücksspielen zulassen (siehe Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2003, Rechtssache C-42/02, Lindman, Slg. 2003 I-3519, Rn. 25 und 26).

2.2 Zweitens, weist nichts in dem notifizierten Entwurf auf dessen Folgerichtigkeit im Hinblick auf seine Angemessenheit zur Erreichung des verfolgten Ziels hin, da er auf Lotterien und Sportwetten Anwendung findet, nicht aber auf Glücksspiele, die eine viel höhere Gefahr der Spielsucht aufweisen. So werden zum Beispiel Glücksspiele mit einem hohen Suchtpotential, wie Glücksspielautomaten oder Pferdewetten nicht von dem Verbot abgedeckt.

2.3 Drittens gibt es weniger einschränkende Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht und zum Schutz von Jugendlichen, z. B. eine

zwingende vorherige Registrierung mit strikten Auflagen der korrekten Identifizierung des Spielers und seines Alters und durch die Auflage von Begrenzungen der Spieleinsätze.

[...]

Die Anforderungen des notifizierten Entwurfs nach dem Schutz der Spieler – wie z. B. die Umsetzung eines sozialen Programms seitens der Betreiber (§ 6 des notifizierten Entwurfs), Erfüllung der Informationsanforderungen durch die Betreiber (§ 7 des notifizierten Entwurfs) und die Verpflichtung der Betreiber zur Teilnahme an einer zentralen Datei, in der alle gesperrten Spielsüchtigen geführt werden (§ 8 des notifizierten Entwurfs) – können alle von Internetbetreibern erfüllt werden."

Ausführliche Stellungnahme ("detailed opinion") der Europäischen Kommission vom 22.03.2007

Anlage 2

In dieser Stellungnahme wies die Kommission zunächst nur auf die Rechtswidrigkeit des Internet-Verbots aus § 4 Abs. 4 GlüStV hin. In ihrer Abschlussbemerkung machte sie indessen deutlich, dass auch die übrigen Vorschriften des Staatsvertrags einer gemeinschaftsrechtlichen Prüfung kaum standhalten dürften. Der zentrale Konstruktionsfehler des GlüStV, die maßlose und dadurch unverhältnismäßige Beschränkung unternehmerischer Freiheit ist nicht auf das Internet-Verbot beschränkt.

Bekanntlich haben die Bundesländer den Bedenken der Kommission nicht Rechnung getragen, sondern sich entschlossen die Stellungnahme der Kommission zu ignorieren. Damit ist ein von der Kommission einzuleitendes Vertragsverletzungsverfahren zur Gewissheit geworden. In der Vergangenheit hat der EuGH in nahezu jedem Vertragsverletzungsverfahren zugunsten der Kommission entschieden. Deren Erfolgsquote liegt bei rund 97

% . Das europarechtliche Scheitern des GlüStV – und mit ihm des im Entwurf vorliegenden Ausführungsgesetzes – ist nur eine Frage der Zeit.

2. Ergänzendes Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission im Vertragsverletzungsverfahren

Die Kommission hat es nicht bei der bereits zitierten Stellungnahme belassen. Nahezu zeitgleich, ebenfalls im März 2007, richtete die Kommission ein erweitertes Aufforderungsschreiben in einem zur derzeitigen Rechtslage im Sportwettenbereich im Zusammenhang mit § 284 StGB geführten Vertragsverletzungsverfahren an die Bundesregierung. Darin bemängelte die Kommission insbesondere die Inkohärenz der deutschen Glücksspielpolitik, die im Widerspruch zu den Vorgaben der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stünde. Schlagender Beleg der Widersprüchlichkeit deutscher Glücksspielpolitik sei der Umstand, dass die Zulässigkeit der anerkanntermaßen besonders suchtgefährdenden Automatenglücksspiele erst kürzlich bundesrechtlich erweitert worden sei:

"Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die deutschen Behörden keine konsistente und systematische Politik zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht betreiben.

[...]

Die Spielverordnung in ihrer Fassung vom 1. Januar 2006, die die Spiele mit Spielautomaten (Vergnügungsautomaten mit Angabe der Spielpreise) regelt, erhöhte die Dichte pro Quadratmeter für diese Automaten, so dass vor allem in Kasinos und Spielhäusern mehr Automaten installiert werden können."

Ergänzendes Aufforderungsschreiben der Kommission zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2003/4350, Ziff. 35, 38

Anlage 3

Unter diesen Umständen sei die von einem Monopol vorausgesetzte kohärente und systematische Glücksspielpolitik, die im Hinblick auf den gesamten Glücksspielbereich, nicht nur einzelne Sektoren bestehen müsse, nicht zu erreichen.

Die durch die Liberalisierung und Ausweitung des Automatenspiels begründete Inkohärenz deutscher Glücksspielpolitik ist struktureller Natur. Die Kompetenz zur Regelung dieses Wirtschaftsbereichs steht dem Bund zu. Dort gibt es weder Bestrebungen noch die Bereitschaft, ein regulatorische Kehrtwende zu vollziehen und den Bereich des Automatenspiels ähnlich drakonisch zu regulieren wie die Länder den Lotterie- und Sportwettbereich. Solange aber die durch besonders hohes Suchtpotential geprägten Automatenglücksspiele durch den Bund weitgehend dereguliert sind, ist jeder Versuch der Länder, eine kohärente restriktive Glücksspielpolitik zu etablieren, zum Scheitern verurteilt. Diese der föderalen Kompetenzverteilung geschuldeten Probleme sind aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unbeachtlich: Die Mitgliedstaaten können ihr gemeinschaftsrechtswidriges Verhalten nicht unter Verweis auf ihre bundesstaatliche Struktur rechtfertigen.

In ihrem Schreiben erschütterte die Kommission darüber hinaus die zentrale Rechtfertigungsthese des GlüStV, nach der eine prohibitive Regulierung auch der gewerblichen Spielvermittlung zur Bekämpfung der Gefahren der Spielsucht erforderlich ist. Für diese These vermochte die Kommission keine empirische Grundlage zu erkennen. Eine solche tatsächliche Grundlage ist indes nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Grundvoraussetzung einer zulässigen Beschränkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags.

"An dieser Stelle muss hervorgehoben werden, dass keinerlei Nachweise eines echten oder sogar eines potenziellen Risikos der Spielsucht vorliegen, das die grundlegenden Interessen der Gemeinschaft von 20 Mio. Menschen, die jede Woche in Deutschland Lotto spielen oder auf Sportwetten setzen, gefährden würde."

Ergänzendes Aufforderungsschreiben der
Kommission zum Vertragsverletzungsverfahren Nr.
2003/4350, Ziff. 37.

3. Ergänzende Stellungnahme der Europäischen Kommission zum Entwurf des
GlüStV vom 14.05.2007

In einem dritten Schreiben teilte die Kommission die Ergebnisse einer weiteren, umfassenden Prüfung des GlüStV-Entwurfs durch verschiedene Kommissionsdienststellen mit. Diese Prüfung bestätigt eindrucksvoll das Ausmaß der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des GlüStV. Die Kommission gelangt zu folgenden Ergebnissen:

- § 9 Abs. 1 Ziffer 4 GlüStV ist mit der Kapitalsverkehrsfreiheit nach Art. 56 EG unvereinbar.
- Die Werbebeschränkungen der §§ 5 Abs. 3 u. 4 sowie 21 Abs. 2 GlüStV sind mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG unvereinbar.
- Die Begrenzung der Verkaufswege einschließlich der Beschränkungen der Vertriebswege nach § 10 i.V.m. §§ 4, 12 und 19 GlüStV ist mit der Niederlassungs- sowie der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 und Art. 49 EG unvereinbar.
- Die Lokalisierungsregeln des GlüStV sind mit Art. 10 i.V.m. Art. 81 ff. EG unvereinbar. Ihre Einführung verstößt gegen die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, keine Maßnahmen zu ergreifen, die die praktische Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln beeinträchtigen können.

Stellungnahme der Europäischen Kommission vom
14.05.2007

Anlage 4

Auch insoweit ist ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland absehbar. Der Ausgang eines solchen Verfahrens ist gewiss.

4. Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Gießen vom 07.05.2007

Die Frage der Kohärenz der deutschen Glücksspielpolitik beschäftigt neben der Kommission auch den Europäischen Gerichtshof (EuGH). Durch Beschluss vom 07.05.2007 hat das Verwaltungsgericht Gießen dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EG vorgelegt. Zur Überzeugung des Verwaltungsgerichts Gießen fehlt es zum einen an der bereits mehrfach erwähnten empirischen Untersuchung, die die Grundlage eines legislativen Einschreitens sein könnte. Zum anderen hat das Verwaltungsgericht Gießen festgestellt und ausführlich dargelegt, dass in Deutschland gegenwärtig keine systematisch und kohärent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtete Glücksspielpolitik betrieben wird. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Gießen behalten auch nach Inkrafttreten des GlüStV unvermindert Gültigkeit.

"Hinsichtlich der Frage der kohärenten und systematischen Begrenzung der Wetttätigkeit vermag das erkennende Gericht gleichfalls nicht zu erkennen, dass den Anforderungen des EuGH an der Erlass einer zulässigen Beschränkung [der Grundfreiheiten] Genüge getan worden wäre. Ersichtlich fehlt es bislang an einer Gesamtschau der zugelassenen bzw. erlaubten Angebote von Glücksspielen. Nur eine solche Gesamtschau kann dem zur Entscheidung berufenen Gesetzgeber die Möglichkeiten eröffnen, die angenommenen Gefahren der Spiel- und Wettsucht für den Einzelnen wie die Gesellschaft zu erfassen und für eine Abhilfe Sorge zu tragen."

VG Gießen, Beschl. v. 07.05.2007, Az. 10 E 13/07,
S. 15 des UA

Anlage 5

Das Verwaltungsgericht legt dar, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH auf eine Beurteilung des gesamten Glücksspielbereichs, nicht lediglich einzelner Sektoren ankomme. Daher seien alle Formen des

Glücksspiels in Betracht zu ziehen. Berücksichtigt man den Bereich der Pferdewetten, der Kasinospiele und des Automatenspiels, wird die Inkohärenz – und damit die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit – der deutschen Glücksspielpolitik offensichtlich.

5. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzuhalten:

- a) Der Glücksspielstaatsvertrag und das entsprechende Ausführungsgesetz verstoßen gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags. Insbesondere sind zahlreiche Regelungen des GlüStV, die durch das im Entwurf vorliegende Ausführungsgesetz umgesetzt werden, unzulässige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG. Zu ihrer Rechtfertigung kann nicht auf das Ziel der Spielsuchtbekämpfung zurückgegriffen werden, weil auch nach Inkrafttreten des GlüStV eine konsequent und widerspruchsfrei an dieser Zielsetzung orientierte, umfassende Glücksspielpolitik nicht realisiert wird und nicht realisiert werden kann. Ohnedies geht der GlüStV in weitem Umfang über das Erforderliche hinaus. Das Ziel des Jugend- und Spielerschutz kann durch ein Aufsichtsmodell ebenso gut erreicht werden, wie durch den quasi-prohibitiven Erlaubnisvorbehalt des § 4 GlüStV, der ein staatliches Monopol herbeiführt. Dies allein führt bereits zur Unverhältnismäßigkeit der durch ihn bewirkten Beschränkungen der Grundfreiheiten.
- b) Der Glücksspielstaatsvertrag ist darüber hinaus mit Art. 10 i.V.m. Art. 81 ff. EG unvereinbar. Nach Art. 10 EG sind die Bundesrepublik Deutschland und die Bundesländer verpflichtet, die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des EG-Rechts nicht durch nationale Rechtsvorschriften zu beeinträchtigen oder auszuschalten (Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten).

Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Europäische Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen (Förderungspflichten der Mitgliedstaaten). Der Bundesrepublik Deutschland bzw. den Bundesländern ist es daher nach Art. 10 i.V.m. Art. 86 und 81 EG verwehrt, Sonderregeln für öffentliche und

monopolartige Unternehmen einzuführen bzw. bereits bestehende wirtschaftliche Freiräume für Unternehmen zu beschränken. Dies trägt den Zielen der Europäischen Union Rechnung, die sich zur Marktwirtschaft und zum Prinzip des freien Wettbewerbs bekennt (Art. 2 und 3 EG-Vertrag). Die Tätigkeit privater Unternehmen und der Schutz der öffentlichen Ordnung bilden danach grundsätzlich keinen Gegensatz. Dies hat OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 08.06.2007 ausdrücklich bestätigt. So erfolgt auch weder die Herstellung von gefährlichen chemischen Substanzen noch die Produktion von pharmazeutischen, alkoholischen und Tabakerzeugnissen durch staatliche Gesellschaften. Marktwirtschaft und Wettbewerb sind grundlegende Ordnungsprinzipien unserer Wirtschaftsverfassung, die am besten geeignet sind, zur Wohlfahrt der Gesellschaft beizutragen. Der Verstaatlichung von Lebens- und Wirtschaftsbereichen und die Beschränkung der Berufsfreiheit Privater sind daher aus gutem Grund enge Grenzen gesetzt, wie auch das Bundesverfassungsgericht für den Sportwettenbereich festgestellt hat.

Ganz offensichtlich werden diese Grenzen durch den neuen Glücksspielstaatsvertrag überschritten. Wie bereits im Einzelnen dargelegt, führt die Einführung eines Erlaubnisvorbehalts für Vermittler, das Internetverbot und das weit reichende Werbeverbot zu einer Verengung der Betätigungsmöglichkeiten der Spielvermittler, für die es keine Rechtfertigung gibt. Die bereits erfolgte und seit Jahren praktizierte Liberalisierung des Vertriebs von Lottoprodukten soll zum Schutz der Vertriebsstruktur der staatlichen Lottogesellschaft also zurückgedreht werden.

II.

Durchgreifende verfassungsrechtliche Einwände

Der Glücksspielstaatsvertrag und die ihn ausführenden Gesetze der Länder unterliegen auch durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese Bedenken ergeben sich aus Sicht von FLUXX zum einen durch die unverhältnismäßige Beschränkung ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten

Berufsfreiheit. Die unvollkommenen und ineffektiven Übergangsregelungen des § 25 GlüStV bewirken darüber hinaus die faktische Entziehung einer bislang legal innegehabten Rechtsposition, die mit Art. 14 GG unvereinbar ist. Darüber hinaus bestehen gegen den GlüStV und insbesondere das faktische Verbot der gewerblichen Spielvermittlung kompetenzielle Bedenken. Schließlich sind zahlreiche Regelungen des GlüStV derart unbestimmt, dass sie auch aus Gründen des Parlamentsvorbehalts und des Rechtsstaatsprinzips mit dem Grundgesetz unvereinbar sind.

Zu diesem Ergebnis kommen übereinstimmend die Gutachten dreier renommierter Verfassungsrechtler. Ein Sammelband mit diesen Gutachten wird als

Anlage 6

überreicht. Die jeweiligen Kernaussagen seien an dieser Stelle noch einmal zusammengefasst.

1. Gutachten Professor Dr. Bodo Pieroth

In seinem Gutachten kommt Professor Dr. Bodo Pieroth, Universität Münster zu folgenden zentralen Ergebnissen

- a) Das Recht der gewerblichen Spielvermittlung ist Teil des Gewerberechts und unterliegt als solches der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Der GlüStV – und in der Folge die ausführenden Gesetze der Länder – sind formell verfassungswidrig. Darüber hinaus verstößt der GlüStV gegen § 1 GewO und ist daher nach Art. 31 GG ("Bundesrecht bricht Landesrecht") nichtig.
- b) Das mit dem GlüStV verbundene faktische Berufsverbot für gewerbliche Spielvermittler wird vom Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 nicht gefordert. Auch in tatsächlicher Hinsicht ist eine Verschärfung der Rechtslage nicht notwendig – und damit unverhältnismäßig und verfassungswidrig – , weil bereits nach geltendem Recht eine hinreichende Überwachung der Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler erfolgt.
- c) Die durch den GlüStV eingeführte Erlaubnispflicht für gewerbliche

Spielvermittlung greift in verfassungswidriger Weise in die Berufsfreiheit ein. Dieser Eingriff ist weder erforderlich noch angemessen.

- d) Die Übergangsregelungen des GlüStV tragen dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht hinreichend Rechnung und verstoßen daher ebenfalls gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG. Einzelnen dieser Übergangsregelungen kommt eine zumindest faktisch enteignende Wirkung zu. Sie sind mit Art. 14 GG unvereinbar.

2. Gutachten Professor Dr. Georg Hermes

Professor Dr. Georg Hermes, Universität Frankfurt am Main, kommt zu ähnlichen Ergebnissen:

- a) Die gesetzliche Ausgestaltung der Erlaubnisbedingungen in § 4 GlüStV verstößt bereits wegen seiner Unbestimmtheit gegen das Grundgesetz, insbesondere gegen Art. 12 GG.
- b) Das durch den GlüStV errichtete staatliche Vertriebsmonopol im Bereich der Spielvermittlung ist nicht den verfassungsrechtlich allein zulässigen Zielen der Bekämpfung der Spielsucht, des Verbraucher- und Jugendschutzes und der Bekämpfung der Begleitkriminalität verpflichtet.
- c) Der GlüStV ist zur Erreichung dieser Ziele grundsätzlich ungeeignet, weil im Gegensatz zur privaten unternehmerischen Tätigkeit der staatlichen Veranstaltung- und Vermittlungstätigkeit keine nennenswerten Grenzen gesetzt werden.
- d) Ein Vertriebsmonopol ist darüber hinaus nicht erforderlich, weil zur Erreichung der Gemeinwohlzwecke andere, weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen, etwa die staatliche Wirtschaftsaufsicht.
- e) Das pauschale Verbot der Vermittlung von Glücksspielen im Internet nach § 4 Abs. 4 GlüStV verstößt in besonders krasser Weise gegen Art. 12 GG.

3. Gutachten Professor Dr. Hans-Detlef Horn

Professor Dr. Hans-Detlef Horn, Universität Marburg, gelangt seinerseits zur Überzeugung der Verfassungswidrigkeit des GlüStV.

- a) Der Erlaubnisvorbehalt gegenüber der gewerblichen Spielvermittlung sowie die Vermittlungs- und Werbeverbote im Internet kommen einem Berufs- und Gewerbeverbot gleich und unterliegen daher strengsten verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen.
- b) Die Voraussetzungen einer Erlaubnis nach § 4 GlüStV sind derart vage und unbestimmt, dass sie mit dem verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt und dem Bestimmtheitsgebot unvereinbar sind.
- c) In dem der GlüStV sämtliche Glückspielangebote unabhängig von ihrem unterschiedlichen Gefährdungspotenzial reguliert verstößt er gegen Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art 3 Abs. 1 GG.
- d) Sowohl die Erlaubnisregelung für gewerbliche Spielvermittler als auch das Vermittlungs- und Werbeverbot für das Internet greifen in unverhältnismäßiger und damit verfassungswidriger Weise in die Berufsfreiheit ein.
- e) Die Übergangsregelungen des GlüStV verfehlen das Ziel, die Freiheitsverkürzungen zu Lasten der gewerblichen Spielvermittler in der verfassungsrechtlich geforderten Weise abzufedern.

4. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 kann nicht zur Rechtfertigung des GlüStV herangezogen werden

Entgegen anderslautender Behauptungen ist die im GlüStV vorgesehene Monopolisierung der Spielvermittlung weder durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum bayrischen Sportwettenmonopol vom 28.03.2006 veranlasst, noch vermögen die dortigen Ausführungen des Gerichts ein solches Monopol zu rechtfertigen.

- a) Das Bundesverfassungsgericht hat sich in den Sportwettenurteilen nicht mit der Rechtslage im Lotteriebereich auseinandergesetzt. Gegenstand der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht war allein die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten durch Private. Bereits deshalb können sich aus dem Urteil keine Konsequenzen für den lotterierechtlichen Bereich ergeben. Insbesondere ist § 14 des derzeit geltenden Lotteriestaatsvertrages (LoStV), der die gewerbliche Spielvermittlung von Lotterien ohne Einschränkung des Vertriebsweges durch private Unternehmen erlaubt, nicht als verfassungswidrig bewertet worden. Auch §§ 6, 7 LoStV, die die Veranstaltung sog. kleiner Lotterien durch Private erlauben, waren erkennbar nicht Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens. Wie das Bundesverfassungsgericht über die derzeitige Rechtslage im Lotteriebereich urteilen würde, ist daher rein spekulativ. Der Lotteriebereich ist dadurch gekennzeichnet, dass er zurzeit gerade kein striktes Monopol vorsieht. Das Gesetz hält nur die Veranstaltung sog. großer Lotterien den Bundesländern vor, während kleine Lotterien von Privaten veranstaltet werden dürfen. Hinzu kommt, dass der Vertrieb von Lotterien vollständig liberalisiert ist. Dies hat zum großen Erfolg von Lotto als nationales „Volksvergnügen“ mit einer einzigartigen Marktdurchdringung von ca. 25 Mio. Lottospielern wöchentlich geführt. Die Ziehung der Lottozahlen wird im öffentlichen Rundfunk ausgestrahlt, Jackpots in allen Medien beworben, und die Teilnahme ist in Annahmestellen in Kiosken, Tabakläden, Supermärkten, Tankstellen, im Internet und über Telefon möglich. Gefahren für die öffentliche Ordnung, wie Begleitkriminalität oder Spielsucht, existieren praktisch nicht und können daher auch eine Verschärfung der Rechtslage nicht rechtfertigen. Nach allen bekannten wissenschaftlichen Untersuchungen und auch nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ist das Suchtpotential von Lotterien deutlich geringer als das von Sportwetten. Auch in den Erläuterungen zum GlüStV wird davon ausgegangen, dass es unterschiedliche Suchtpotentiale gibt. Auch aus diesem Grund muss bezweifelt werden, dass das Bundesverfassungsgericht über den Lotteriebereich in gleicher Weise wie den Sportwettenbereich entscheiden würde.

- b) Hieraus folgt, dass aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Sportwettenmonopols keine Handlungspflichten für eine Neuregelung des Lotteriebereichs durch den Landesgesetzgeber ausgelöst worden sind. Für den Lotteriebereich ist daher auch nicht die Übergangsfrist für die Schaffung einer verfassungskonformen Rechtslage im Sportwettenbereich maßgeblich.
- c) Aus einem ergebnislosen Verstreichen der vom BVerfG festgesetzten Übergangsfrist würden sich daher weder kraft des BVerfG-Urteils noch kraft Gesetzes Auswirkungen auf die derzeitige Rechtslage im Lottobereich ergeben. Die geltenden Regeln könnten vielmehr unverändert angewandt bleiben. Nur für den Sportwettenbereich ist nach Ablauf der Übergangsfrist von einer Nichtigkeit der entsprechenden Regelungen auszugehen, wobei es hierzu wohl einer entsprechenden gerichtlichen Feststellung bedarf. Das Ausbleiben einer Neuregelung würde daher allein den Sportwettenbereich tangieren, die Rechtslage im Lotteriebereich aber in keiner Weise beeinträchtigen.

C.

Konkrete Auswirkungen für das Land Schleswig-Holstein auf Grundlage des Kenntnisstandes der FLUXX AG

Auf der Grundlage unseres derzeitigen Kenntnisstandes wären mit der Verabschiedung des Ausführungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein zahlreiche negative Konsequenzen insbesondere finanzieller Art verbunden.

I.

Finanzielle Förderung des Sports über Lotterie-Konzessionsabgaben

Sport, Kultur und Wohlfahrt werden zu großen Teilen aus den so genannten Konzessionsabgaben der Landeslotteriegesellschaft gefördert. Im Mittel betragen die Konzessionsabgaben rund 25 Prozent vom Spielumsatz. Gemäß § 6 Abs. 3 a) des Gesetzes über in öffentlicher Trägerschaft veranstaltete Lotterien und Sportwetten sind 8 Prozent der Konzessionsabgabe für die Sportförderung bestimmt, mindestens jedoch 6,3 Mio. Euro.

Hieraus folgt, dass die NordwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG (LSH) einen Umsatz von mindestens 315 Mio. Euro ($6,3 \text{ Mio. Euro} \div 8 \% \div 25 \%$) erwirtschaften muss, um das volle Fördervolumen ohne Haushaltszuschüsse zu gewährleisten. Im Jahr 2006 hat LSH nach unserer Kenntnis einen Umsatz in Höhe von rund 320 Mio. Euro erzielt.

II.

Anteil gewerblicher Spielvermittler am Umsatz von NordwestLotto Schleswig-Holstein

FLUXX ist seit seiner Gründung 1998 ein enger Kooperationspartner von LSH. Seit dem Start der Online-Vermittlung wird ein Großteil der über die verschiedenen Angebote der FLUXX-Gruppe vermittelten Lotterie- und Sportwetteinsätze an LSH weitergeleitet. Darüber hinaus betreibt die ANYBET GmbH, eine 100-prozentige Tochter der FLUXX AG, seit dem Jahr 2000 das Internet-Angebot von LSH. Im

Zuge der kartellrechtlichen Auseinandersetzungen hat LSH jedoch im November 2006 in Abstimmung mit dem Innenministerium ihr Internet-Spielangebot bis auf weiteres eingestellt.

Auch andere gewerbliche Spielvermittler, wie z.B. die Hamburger Tipp24 AG, nutzen die elektronische Schnittstelle zur Spielscheinvermittlung an LSH.

Im Jahr 2006 hat alleine die FLUXX-Gruppe Lotterie- und Wetteinsätze in Höhe von ca. 42 Mio. Euro an LSH vermittelt, nach unseren Erkenntnissen wurden weitere 20 Mio. Euro von anderen gewerblichen Spielvermittlern an LSH vermittelt., so dass dies insgesamt einem Anteil von ca. 25 % am Gesamtumsatz von LSH entspricht. Dazu kommen weitere ca. 15 Mio. Euro (ca. 5%) aus dem eigenen Internetgeschäft der Lottogesellschaft.

Dieser Umsatzanteil in Höhe von rund 77 Mio. Euro, wovon 20 Mio. Euro auf Konzessionsabgaben bzw. 1,6 Mio. Euro auf Sportförderung entfallen, stünde nach Inkrafttreten des geplanten Glücksspielstaatsvertrag aus diesem Topf nicht mehr zur Verfügung.

III.

Finanzielle Auswirkungen des geplanten Glücksspielstaatsvertrags auf den Umsatz von NordwestLotto Schleswig-Holstein

Der Glücksspielstaatsvertrag sieht neben dem Internetverbot auch erhebliche Restriktionen in Bezug auf die Vermarktung von Lotterien und Wetten vor. Führende Wirtschaftsforschungsinstitute und Fachverbände rechnen daher mit einem dramatischen Umsatzeinbruch bei den Lotto- und Wetteinsätzen in Höhe von rund 20 Prozent. Schon heute liegen die Umsätze von LSH nach unserer Kenntnis etwa 10 Prozent unter dem Niveau des Vorjahres, da LSH bereits die Vermarktung eingeschränkt hat. Basierend auf dem Umsatz von 2006 in Höhe von 320 Mio. Euro würde dies weitere Umsatzeinbußen in Höhe von rund 64 Mio. Euro, wovon 16 Mio. Euro auf Konzessionsabgaben bzw. 1,3 Mio. Euro auf Sportförderung entfallen, bedeuten.

IV.

Finanzielle Auswirkungen des geplanten Glücksspielstaatsvertrags auf die Sportförderung in Schleswig-Holstein

Durch den Wegfall der von gewerblichen Spielvermittlern erwirtschafteten Umsätze und die Vermarktungseinschränkungen für Lotterie- und Wettangebote ist ab 2008 mit einer Halbierung der Umsätze von LSH zu rechnen. Entsprechend geringer fallen auch die Konzessionsabgaben an das Land sowie der Anteil für die Sportförderung aus.

Umsatz	in €	davon Konzessionsabgabe (25 %) in €	davon Anteil Sportförderung (8 %) in €
Umsatz LSH in 2006	ca. 320.000.000	ca. 80.000.000	ca 6.400.000
./. Anteil gewerbliche Spielvermittler und Internet	- ca. 77.000.000	- ca. 20.000.000	- ca. 1.600.000
./. Umsatzeinbußen durch Vermarktungseinschränkungen	- ca. 64.000.000	- ca. 16.000.000	-ca. 1.300.000
Zu erwartender Umsatz LSH in 2008	ca. 179.000.000	ca. 45.000.000	ca. 3.600.000

Aus Mitteln der Lotterie- und Wettabgaben stünden dem Sport in Schleswig-Holstein im Jahr 2008 somit voraussichtlich nur noch 3,6 Mio. Euro zur Verfügung. Die Differenz zum garantierten Fördervolumen in Höhe von 6,3 Mio. Euro, also 2,7 Mio. Euro, müsste aus dem Landeshaushalt bereitgestellt werden.

IV. Alternativen

Entgegen der Ausführungen im Gesetzesentwurf des Schleswig-Holsteinischen Landtages existieren Europarechts- und Verfassungsrechtskonforme Alternativen zu dem vorliegenden Entwurf.

Die Schleswig-Holsteinische Landtagsfraktion der CDU hat im März diesen Jahres als Alternative zum geplanten Glücksspielstaatsvertrag ein so genanntes „duales Staatsvertragssystem“ vorgestellt. Dieses sieht eine Beibehaltung des seit Juli 2004 geltenden Lotteriestaatsvertrags und eine konzessionsbasierte Liberalisierung des Sportwettenmarktes vor. Führende Verfassungs- und Europarechtler, die finanzpolitischen Sprecher der Union sowie eine Vielzahl weiterer Abgeordneter aus Landtagsfraktionen begrüßen diesen Vorschlag, da er im Gegensatz zum Glücksspielstaatsvertrag verfassungs- und EU-konform ist und darüber hinaus eine Steigerung der Sportfördermittel ermöglicht, die über eine Lenkungsabgabe auf private Sportwetten generiert werden. Die Abgabe könnte auch gegenüber solchen Anbietern erhoben und durchgesetzt werden, die ihren Sitz im Ausland haben und in Deutschland lediglich vertrieblich tätig werden, da sowohl die Veranstaltung als auch der Vertrieb mit einer Abgabe belegt sind.

Diese Art der Abgabe wurde durch den renommierten Verfassungsrechtler Prof. Dr. Albert v. Mutius in dem Gutachten „Zu den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben sowie der verwaltungs- und Abgabenrechtlichen Ausgestaltung einer rechtsnormativ begrenzten und gesteuerten Teilliberalisierung des Sportwettenmarktes“ eingehend begutachtet. Er kommt in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass das im „dualen Staatsvertragssystem“ vorgesehene Konzessionsmodell den Anforderungen des Europa- und Verfassungsrechts gerecht wird. Die im dualen Staatsvertragssystem vorgesehene Trennung zwischen Sportwetten und Lotterien sei verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

Im Folgenden werden die finanziellen Effekte dargestellt, die durch die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler aus einer unveränderten Beibehaltung des Lotteriestaatsvertrags von 2004 entstehen würden. Die mögliche Steigerung der Einnahmen aus den Abgaben privater Sportwettanbieter haben wir unberücksichtigt gelassen.

Zunächst ist festzustellen, dass ohne Werbeverbote und Restriktionen der Vertriebswege die bisherigen Tätigkeiten der NordwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG, ihrer Annahmestellen und der gewerblichen Spielvermittler unverändert fortgesetzt werden könnten. Darüber hinaus liegen der NordwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG und ihrer Gesellschafterin, der Investitionsbank Schleswig-Holstein, eine Bereitwilligkeitserklärung seitens der FLUXX AG vor, dass im Falle eines Fortbestehens des Lotteriestaatsvertrag von 2004 100 Prozent der von FLUXX bundesweit vermittelten Spieleinsätze an LSH weitergeleitet werden. Die Möglichkeit der Vermittlung von Lotterie- und Wetteinsätzen von Spielern aus anderen Bundesländern an eine einzelne Landeslotteriegesellschaft wurde, wie ausgeführt, von verschiedenen Gerichten und vom Bundeskartellamt ausdrücklich bestätigt. Durch Beschluss des Bundeskartellamts vom 23.08.2006 ist der so genannte Regionalisierungs-Staatsvertrag von 2004, der eine Quotierung der vermittelten Spieleinsätze auf die Bundesländer vorsieht, für teilweise unanwendbar erklärt worden. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf hat dies am 23.10.2006 rechtskräftig bestätigt. Die FLUXX AG wird im Falle des Fortbestehens des Lotteriestaatsvertrags von 2004 ihren Anteil der an LSH vermittelten Spieleinsätze deutlich erhöhen. In der Folge wäre allein für das Jahr 2008 ein Anstieg der über gewerbliche Spielvermittler weitergeleiteten Lotterie- und Wetteinsätze um rund 200 Mio. Euro zu erwarten. Die aus dem Anstieg resultierenden Konzessionsabgaben würden sich auf ca. 50 Mio. Euro belaufen, wovon ca. 4,0 Mio. Euro zusätzlich der Sportförderung zur Verfügung ständen.

Umsatz	in €	davon Konzessionsabgabe (25 %) in €	davon Anteil Sportförderung (8 %) in €
Umsatz LSH in 2006	ca. 320.000.000	ca. 80.000.000	ca. 6.400.000
+ zusätzlicher Anteil gewerbliche Spielvermittler und Internet	ca. 200.000.000	ca. 50.000.000	ca. 4.000.000
Zu erwartender Umsatz LSH in 2008	ca. 520.000.000	ca.130.000.000	ca. 10.500.000

D.

Die Vorschriften des Ausführungsgesetzes im Einzelnen

In der Fassung des gegenwärtigen Entwurfs enthält das Ausführungsgesetz zahlreiche unbestimmte und unverhältnismäßige Regelungen. Zu nennen sind insbesondere:

I.

§ 9 Sonderregelung für Lotterien im Internet

Für das Jahr 2008 kann ein gewerblicher Spielvermittler im Rahmen der Übergangsregelung eine Erlaubnis zur gewerblichen Spielvermittlung über das Internet erhalten. Voraussetzung dafür ist dass *die Beachtung der in § 5 Abs. 1 und 2 (Werbebeschränkungen) und in § 25 Abs. 6 GlüStV (besondere Anforderungen für das Internetgeschäft) genannten Voraussetzungen sichergestellt ist*. Dafür ist vom Antragsteller der Nachweis [...] durch Vorlage geeigneter Darstellungen und Bescheinigungen zu führen. Damit soll den Erläuterungen zu Folge eine „Darlegungslast“ des Antragstellers begründet werden. Entsprechende Konzepte sollen vom Antragsteller erarbeitet und bereits mit dem Antrag eingereicht werden. Die Vorschrift verlangt also, dass der Antragsteller seine Werbemaßnahmen für ein Jahr im Vorfeld festlegt und ordnungsrechtliche Vorgaben, die bisher repressiv kontrolliert wurden, jetzt präventiv sicherstellt. Eine Verpflichtung der Behörde zur Beanstandung oder zur Nachforschung besteht nicht. Dies gibt der Zulassungsbehörde ein praktisch unbeschränktes Ermessen.

Die Vorschrift ist daher evident unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

II.

§ 5 Abs. IV

Nach § 5 IV umfasst die Erlaubnis auch die Teilnahmebedingungen. Unklar bleibt, ob dies auch für die Teilnahmebedingungen des gewerblichen Spielvermittlers gelten soll. Insoweit ist die Vorschrift unbestimmt.

Sollte die Vorschrift zur Folge haben, dass die AGB der gewerblichen Spielvermittler von der Erlaubnis umfasst sind, wirft dies eine Reihe von Problemen auf:

Der in der Regel bundesweit tätige gewerbliche Spielvermittler müsste seine AGB für jedes Bundesland nach den Wünschen der jeweils zuständigen Behörde anpassen. Dies könnte zur Folge haben, dass ein Veranstalter 16 verschiedene AGB verwenden muss. Dies ist praktisch unmöglich.

Im Rahmen der gewerblichen Spielvermittlung werden ohnehin die AGB des Veranstalters (die sich dieser genehmigen lassen muss) Vertragsinhalt. Die AGB des Vermittlers selbst beziehen sich nicht auf den Wett-/ Spielvertrag, sondern nur auf die Vermittlungstätigkeit. Eine Gleichbehandlung wäre daher unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

III.

§ 7 Abs. 1 Nr. 2

§ 7 Abs. 1 Nr. 2 sieht das Prüfungsrecht der Tätigkeit des gewerblichen Spielvermittlers auf seine Kosten durch einen von der Glücksspielaufsicht beauftragten Sachverständigen vor.

Ohne Begründung und Einschränkung wird der Glücksspielaufsicht durch diese Bestimmung ermöglicht, in die Sphäre des Vermittlers einzudringen und dessen Geschäftstätigkeit auf dessen Kosten in beliebigem Umfang prüfen zu lassen. Weder der Anlass, die Häufigkeit oder der Umfang noch die Art einer solchen Prüfung sind in der Vorschrift festgelegt. Eine solche Prüfung kann jedoch zu einer erheblichen Störung des Geschäftsbetriebes führen und ganz erhebliche Kosten verursachen. Es besteht kein Anlass, den Veranstalter mit dem Vermittler gleichzusetzen. Die beim Veranstalter bestehenden Gefahren, wie z. B: Ergebnismanipulation bei der Ausspielung oder Veruntreuung von Gewinnen besteht bei den gewerblichen Spielvermittlern gerade nicht, da die Ausspielung beim Veranstalter und nicht beim Vermittler stattfindet und die Gewinnauszahlung anders als beim Veranstalter von einem Treuhänder überwacht wird. Auch die Zuverlässigkeit eines Wurstwarenfabrikanten wird nicht beim Einzelhandel, sondern beim Fabrikanten selbst überprüft.

Ein solches „Prüfungsrecht ohne Grenzen“ ist unbestimmt und unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig.

IV.

§ 8

§ 8 sieht vor, dass die Spielbanken und NWL für die und die „Sperrregelung“ fallenden Lotterien (z.B: Keno und Oddset) eine Sperrdatei errichtet.

Gewerbliche Spielvermittler sind zwar verpflichtet, gesperrte Spieler von der Teilnahme am Spiel auszuschließen, ihnen wird jedoch gem. § 8 Abs. S. 2 nur eine Mitteilung der Sperrdaten auf Anfrage einräumt. Genau wie der Veranstalter muss der gewerbliche Spielvermittler zu einem dauernden Austausch von Sperrdaten mit der zuständigen Stelle in der Lage sein, um seinen Verpflichtungen nachkommen zu können. Ein bloßes Auskunftsrecht ist nicht geeignet, den gewerblichen Spielvermittler in die Lage zu versetzen, seinen Pflichten nachzukommen. Soweit es also ein zentrales Register mit Sperrdaten geben wird, muss dem gewerblichen Spielvermittler hierauf ein Zugriffsrecht eingeräumt werden.

V.

§ 12 Nr. 5

§ 12 Nr. 5 ermächtigt das Innenministerium die Anzahl der Annahmestellen und Vertriebsstellen der gewerblichen Spielvermittler zu begrenzen, sowie ein Verfahren zur Vergabe der Annahmestellen und der Vertriebsstellen vorzusehen, was dem Grundsatz nach der Transparenz und dem fairen Verfahren entspricht.

Wenn die Anzahl der Vertriebsstellen für gewerbliche Spielvermittler begrenzt werden soll, muss dies in einem gerechten Verhältnis zur Anzahl der Vertriebsstellen des Veranstalters stattfinden. Eine Ungleichbehandlung verbietet der Beschluss des Kartellamtes der vom OLG Düsseldorf bestätigt wurde.

E.

Fazit

Der GlüStV und das Ausführungsgesetz richten in rechtlicher und finanzieller Hinsicht Schaden für private Unternehmen, wie FLUXX, staatliche Lotteriegesellschaften und ihre Annahmestellen, Fernseh- und Klassenlotterien, den deutschen Lotteriemarkt insgesamt, die Landeshaushalte und die Finanzierung von Destinatären an. In vielen Ländern innerhalb und außerhalb der EU ist es gute Übung, das landeseigene private Unternehmertum zu fördern und erfolgreiche Wirtschaftszweige zu pflegen. In Deutschland erfolgt in Bezug auf den Lotteriebereich das Gegenteil.

Es werden juristische Auseinandersetzungen zwischen staatlichen und privaten Unternehmen sowie zwischen Deutschland und der EU-Kommission provoziert. Dies alles erfolgt in Kenntnis aller Kritikpunkte und rechtlicher Mängel und ohne rechtliche und tatsächliche Notwendigkeiten für eine Neuregelung des Lotteriebereichs.

Das Land Schleswig-Holstein sollte daher zu dem lange diskutierten Gegenmodell des dualen Systems - Beibehaltung des Status Quo des Lotterierechts und kontrollierte Öffnung des Sportwettenmarktes - zurückkehren. Dies würde den Anforderungen des Sportwettenurteils des BVerfG, das dem Gesetzgeber diesen Weg aufgezeigt hat, entsprechen, die Verfahren mit der EU-Kommission beenden, ein Rechtschaos über die Anwendung des GlüStV und seiner Ausführungsgesetze verhindern, eine Auseinandersetzung zwischen staatlichen und privaten Unternehmen vermeiden, und einen lebendigen und finanzstarken Lotteriemarkt weiterhin ermöglichen.

dem Zusammenschluss alle Entscheidungen alleine treffen und die Geschäfte bestimmen, ohne auf die Interessen von CNN/Time Warner Rücksicht nehmen zu müssen. Strategie- und Marketingentscheidungen für n-tv können in ein auf die Senderfamilie abgestimmtes Gesamtkonzept eingebunden werden. Außerdem führt der Zusammenschluss durch eine weitere Angleichung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale zu einer Verengung des bestehenden Duopols zwischen der RTL Group und der ProSiebenSat.1 Gruppe. In der Summe führt der Erwerb der restlichen 50 % der Anteile an n-tv somit zur Absicherung und damit zur Verstärkung der kollektiven marktbeherrschenden Stellung und wäre insoweit zu untersagen gewesen. Allerdings ist der Zusammenschluss für diese Verstärkung nicht kausal, da hier die Voraussetzungen der Sanierungsfusion vorliegen. Das Marktpotential bzw. die Werbekunden von n-tv würden auch bei einer Untersagung des Vorhabens bei RTL bzw. dem Duopol verbleiben, da nach dem Ergebnis der Ermittlungen des Bundeskartellamtes zu erwarten ist, dass angesichts der wirtschaftlichen Situation von n-tv der Sender ohne die Übernahme sämtlicher Anteile durch RTL eingestellt werden muss. Andere Erwerber der bisher noch von CNN/Time Warner gehaltenen oder sämtlicher Anteile kommen nicht in Betracht.

2. Lotto- und Glücksspiel

In Deutschland existiert für das Angebot von Lotterien und Sportwetten ein enger ordnungsrechtlicher Rahmen. Nur die maßgeblich von den Bundesländern kontrollierten Lottogesellschaften dürfen Sportwetten und bestimmte Lotterien, wie Jackpot-Ausspielungen, anbieten. Die Lottogesellschaften sind dementsprechend die führenden Anbieter von Lotterien und Sportwetten in Deutschland. Ihre Tätigkeit beschränkt sich auf der Grundlage des zwischen ihnen geschlossenen Blockvertrages und des Lotteriestaatsvertrages dabei jeweils auf das Gebiet eines Bundeslandes, so dass die Einwohner eines Bundeslandes derzeit nur bei der Lottogesellschaft spielen können, in deren Vertriebsgebiet sie wohnen. Die Möglichkeit, bei einer anderen Lottogesellschaft einen Spielschein abzugeben, besteht zur Zeit nur für Verbraucher, die in der Nähe einer Bundeslandgrenze wohnen, oder die ihren Spielauftrag bei einem gewerblichen Spielvermittler wie Faber, Tipp 24 oder Jaxx über das Internet, per Post oder über das Telefon einreichen. Die gewerblichen Spielvermittler vermitteln das staatlich verantwortete Glücksspielangebot der Lottogesellschaften bundesweit und entscheiden selbst, bei welcher Lottogesellschaft sie die Spieleinsätze abgeben. Die Lottogesellschaften hatten die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler bereits früher verhindern wollen. Der Ausschluss gewerblicher Spielvermittler von der Spielteilnahme wurde 1995 vom Bundeskartellamt untersagt und 1999 auch vom Bundesgerichtshof bestätigt (Tätigkeitsbericht 1997/1998, S. 165). Die Lottogesellschaften veranstalten zwar ihre Lotterien im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) nach einem einheitlichen Spielplan, gleichwohl bestehen erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das

Spielangebot, die Bearbeitungsentgelte, die Werbeausgaben und regionale Sonderauslosungen.

Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt mehrfach Vorhaben und Verhaltensweisen der Lottogesellschaften aufgegriffen, die das Ziel verfolgten, den angesichts des engen Regulierungsrahmens begrenzten Restwettbewerb unter sich zu beschränken bzw. auszuschließen.

So wurde das Vorhaben der Lottogesellschaften der Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg abgemahnt, gemeinsam 75 % und eine Aktie der Tipp24 AG zu erwerben, die als führender Anbieter über das Internet gewerbliche Spielvermittlung betreibt. Die Abmahnung wurde sowohl auf die Fusionskontrolle als auch auf Artikel 81 EG gestützt. Das Bundeskartellamt grenzte einen eigenständigen Markt für Lotterien ab, zu dem mangels Austauschbarkeit aus Sicht der Spieler weder Spielcasinos und Spielhallen noch Sportwetten oder Gewinnsparrangebote der Sparkassen und Volks- und Raiffeisenbanken zählen. Auf dem Markt für Lotterien sind in Deutschland die Lottogesellschaften als führende Anbieter sowie die Klassenlotterien der Bundesländer SKL und NKL tätig. Neben ihnen veranstalten lediglich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ARD und ZDF Lotterien. Räumlich existieren in Deutschland 16 regionale Märkte. Dies ergibt sich aus der prägenden Rolle der Lottogesellschaften, die ausschließlich in einem Bundesland tätig sind, und auch über das Internet nur die Spielinteressenten ansprechen, die in dem Bundesland wohnen, in dem die Lottogesellschaft ihren Sitz hat. Zwar haben sich die in den einzelnen Bundesländern tätigen Lottogesellschaften zum DLTB zusammengeschlossen und veranstalten ihre Lotterien nach einem einheitlichen Spielplan, aber es bestehen gleichwohl erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das Spielangebot, die Bearbeitungsgebühren, die Werbeausgaben und regionale Sonderauslosungen der Lottogesellschaften. Das angemeldete Vorhaben führte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes zur Verstärkung der bereits vor dem Zusammenschluss bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der beteiligten Lottogesellschaften auf dem Lotteriemarkt in ihrem jeweiligen Heimatbundesland. Die marktbeherrschende Stellung ergab sich aus monopolartig hohen Marktanteilen von über 90 %, einem großen Abstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern, einem hervorragenden Zugang zum Absatzmarkt und hohen Marktzutrittschranken. Die SKL war bei der Marktanteilsbetrachtung einzubeziehen, weil von dieser Gesellschaft kein relevanter Wettbewerb zu erwarten war. Strategische Entscheidungen der SKL bedürfen mindestens der Zustimmung eines der Bundesländer Hessen, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg, die zugleich ihre eigenen Landeslottogesellschaften kontrollieren. Ein Restwettbewerb vollzieht sich lediglich über die Lotterien der Nordwestdeutschen Klassenlotterie und der öffentlichen Rundfunkanstalten sowie durch grenzüberschreitende Aktivitäten anderer Lottogesellschaften, insbesondere über die Tätigkeit von gewerblichen Spielvermittlern wie der Tipp24 AG. Die Verstärkung ergab sich daraus, dass die über Tipp24 gebündelten Spieleinsätze dem bishe-

gen Restwettbewerb der Landeslottogesellschaften entzogen und der alleinigen Disposition der Erwerbsgesellschaften unterstellt würden. Zugleich wäre durch den Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung der Erwerbsgesellschaften im Hinblick auf das zu erwartende Wachstum des Vertriebs von Lotterierprodukten über das Internet abgesichert und ihr Zugang zum Absatzmarkt verbessert worden. Der unabhängige Spielvermittler Tipp24 entscheidet aufgrund der verschiedenen Angebote der Landeslottogesellschaften, bei welcher Gesellschaft die gebündelten Spieleinsätze eingezahlt werden. Das Unternehmen verfügt über entsprechende Verträge mit verschiedenen Lottogesellschaften. Nach dem geplanten Zusammenschluss hätte Tipp24 als gemeinsame Tochtergesellschaft der Erwerbsgesellschaften nicht mehr unabhängig gehandelt, sondern die eingezogenen Spieleinsätze im Interesse der Muttergesellschaften verwendet, die dadurch zusätzliche Spieleinnahmen auf sich hätten ziehen und ihren bereits sehr hohen monopolartigen eigenen Marktanteil auf dem Markt für Lotterien in ihrem Bundesland absichern oder sogar ausbauen können. Ferner wäre durch den Zusammenschluss auch der Restwettbewerb zwischen den Muttergesellschaften um die Spieleinsätze von Tipp24 ausgeschlossen und dadurch die marktbeherrschende Stellung der Erwerbsgesellschaften verstärkt worden. Aufgrund der Transparenz der vertraglichen Beziehungen zwischen Tipp24 und den Muttergesellschaften war nach dem Zusammenschluss ebenfalls nicht zu erwarten, dass die Muttergesellschaften unterschiedliche Geschäftsbedingungen gegenüber Tipp24 durchsetzen oder sich Vorteile bei der Überleitung von Spieleinsätzen verschaffen könnten. Vielmehr wäre es aufgrund des gemeinsamen Zieles, sich über Tipp24 im Internetvertrieb günstig zu positionieren, zu einer Angleichung der Beziehungen zwischen Tipp24 und den Muttergesellschaften gekommen. Außerdem wäre der vor dem Zusammenschluss bestehende Restwettbewerb dadurch beeinträchtigt und die jeweils bestehende marktbeherrschende Stellung der Erwerbsgesellschaften dadurch abgesichert worden, dass Tipp24 nicht mehr von anderen Unternehmen erworben werden kann. Das Bundeskartellamt beabsichtigte, den Zusammenschluss auch nach § 50 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Artikel 81 EG zu untersagen, weil es zu einer Koordinierung des Marktverhaltens und zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Erwerbsgesellschaften als Nachfrager auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen geführt hätte. Der bundesweite Markt für die gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen umfasst die Vermittlung von Spielaufträgen an die Veranstalter von Lotterien und Wetten durch unabhängige bundesweit tätige Vermittler gegen Zahlung von Provisionen. Aus Sicht der Veranstalter von Glücksspielen ist die bundesweite Vermittlung nicht austauschbar mit regional tätigen und örtlich gebundenen Handelsvertretern wie den Lottoannahmestellen. Die Lottogesellschaften stehen als Nachfrager auf dem Markt für gewerbliche Spielvermittlung miteinander im Wettbewerb. Mit der Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler eröffnete sich den Lottogesellschaften die Möglichkeit, Spielaufträge aus ganz Deutschland

entgegenzunehmen, wozu aufgrund der erheblichen Summen an Spieleinsätzen und Bearbeitungsgebühren ein wirtschaftlicher Anreiz besteht. Der Wettbewerb der Lottogesellschaften um die Vermittlungsleistung gewerblicher Spielvermittler wurde durch den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen (sog. „Regionalisierungsstaatsvertrag“) beschränkt, aber nicht ausgeschlossen. Der Staatsvertrag ist nach Ratifizierung durch alle Landesparlamente bundesweit geltendes Landesrecht, nach dem die Einnahmen aus gewerblicher Spielvermittlung auf die Länder entsprechend ihrem sonstigen Anteil am Vertrieb von Lotterierprodukten in Deutschland aufgeteilt und die Provisionszahlungen an Spielvermittler faktisch auf max. 12 % der Spieleinnahmen beschränkt werden. Diese Beschränkung des wettbewerblichen Handlungsspielraums war zudem nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Consorzio Industrie Fiammiferi (Urteil vom 9. September 2003, Rs. C-198/01) vom Bundeskartellamt außer Betracht zu lassen, weil der Regionalisierungsstaatsvertrag einen Verstoß der Bundesländer gegen Artikel 81 Abs. 1 EG i. V. m. Artikel 10 EG darstellt. Er führt zu einer Marktaufteilung auf dem Markt für Lotterien und koordiniert den Nachfragewettbewerb auf dem Markt für gewerbliche Vermittlung von Gewinnspielen. Die Koordinierungseffekte waren nach dem europäischen Wettbewerbsrecht zu beurteilen, weil die zu erwartende Abschottung des deutschen Marktes für gewerbliche Spielvermittler gegenüber Dienstleistern aus der EU den im Hinblick auf eine mögliche Liberalisierung der Lotteriemärkte besonders schützenswerten Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt hätte. Ein Zusammenhang mit der ordnungsrechtlichen Lotterierhoheit der Länder besteht nicht. Mit dem Regionalisierungsstaatsvertrag reagierten die Länder vielmehr auf die Untersagung des Ausschlusses gewerblicher Spielvermittler von der Spielteilnahme durch das Bundeskartellamt im Jahr 1995, welche 1999 vom Bundesgerichtshof bestätigt wurde. Das Zusammenschlussvorhaben wurde nach der Abmahnung aufgegeben.

Das Bundeskartellamt hat ferner dem Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) und allen Lottogesellschaften der Bundesländer untersagt, den Markt für Lotterien weiter unter sich aufzuteilen und ihren Nachfragewettbewerb nach bundesweiter gewerblicher Vermittlung von Gewinnspielen zu beschränken. Die Entscheidung betrifft insbesondere eine Boykottvereinbarung zu Lasten gewerblicher Spielvermittler und die Aufteilung des bundesweiten Marktes unter den regional tätigen Lottogesellschaften. Um den sofortigen Vollzug der Entscheidung sicherzustellen und ihre Umgehung zu verhindern, enthält die Entscheidung diverse Anordnungen. Nach eingehender Prüfung ist das Bundeskartellamt zu der Auffassung gelangt, dass die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des DLTB, Spieleinsätze, die aus einer stationären Vermittlung gewerblicher Spielvermittler stammen, nicht anzunehmen, gegen Artikel 81 und 82 EG sowie gegen §§ 1 und 21 verstößt. Das Bundeskartellamt hat den Beteiligten daher nach § 32

untersagt, weiterhin zu einem solchen Verhalten aufzufordern bzw. die erfolgte Aufforderung umzusetzen. Das Bundeskartellamt hat ihnen des Weiteren untersagt, andere Maßnahmen anzuwenden, um gewerbliche Spielvermittler bei der Gründung stationärer Vermittlungsstellen zu behindern. Der Gesamtumsatz aus Lotterien und Werten beträgt rund 8 bis 9 Mrd. Euro p.a. Auf die Lotterien allein entfallen 5 bis 6 Mrd. Euro. Jaxx plant, die Verbraucher nicht mehr nur virtuell über das Internet anzusprechen, sondern stationäre Terminals – z. B. an Kassen in Supermärkten und Tankstellen – zu installieren, an denen der Verbraucher seinen Lottoschein abgeben kann (sog. terrestrische Vermittlung). Hierdurch würde der Kreis der Spielinteressenten, die künftig über gewerbliche Spielvermittler Spielverträge für das Zahlenlotto bundesweit abschließen können, erweitert, und mehr Verbraucher könnten künftig zwischen den Lottogesellschaften wählen. Die Lottogesellschaften beschlossen daraufhin im Rechtsausschuss des DLTB, keine Spieleinsätze von gewerblichen Spielvermittlern aus terrestrischer Vermittlung anzunehmen. Sie begründen diesen Beschluss zwar mit dem Ziel, der Spielsucht entgegen wirken zu wollen, tatsächlich sehen sie nach Überzeugung des Bundeskartellamtes hierdurch jedoch lediglich ihre wirtschaftlichen Interessen bedroht. Der Beschluss der Lottogesellschaften stellt sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Absprache dar und ist darüber hinaus nach deutschem Recht auch als ein verbotener Boykottaufruf zu werten. Zudem missbrauchen die Lottogesellschaften mit dem Aufruf ihre marktbeherrschenden Stellungen auf den regionalen Lotteriemärkten in Deutschland. Die Lottogesellschaften sind beim Angebot von Glücksspielen wirtschaftlich tätig und üben nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs keine hoheitlichen Befugnisse aus. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten wird durch die Aufforderung insbesondere deshalb spürbar beeinflusst, weil die in Deutschland angebotenen Lotterien auch in anderen Mitgliedstaaten der EU, insbesondere in Luxemburg, angeboten werden und Deutschland gegenüber dem Wettbewerb aus anderen Mitgliedstaaten abgeschottet wird. Die gewerbliche Spielvermittlung über stationäre Vermittlungsstellen ist in Deutschland rechtmäßig und steht insbesondere im Einklang mit den Regelungen im Staatsvertrag der Bundesländer über das Lotteriewesen. Die Boykottvereinbarung der Lottogesellschaften zu Lasten der gewerblichen Spielvermittler, die Spiele auch stationär vermitteln, wird insbesondere nicht durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Monopolregelung für Sportwetten gerechtfertigt. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung festgestellt, dass unter engen verfassungsrechtlichen Grenzen privaten gewerblichen Veranstaltern von Sportwetten durch eine gesetzliche Regelung der Marktzugang verwehrt werden und damit der Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Anbietern durch ein staatliches Monopol ausgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um den Ausschluss privater Sportwettenveranstalter vom Markt, sondern erstens um

das Lotterieangebot der Lottogesellschaften und deren Vermittlung und zweitens um eine Vereinbarung der maßgeblich staatlich beeinflussten Lottogesellschaften, die ihren Nachfragewettbewerb nach den Leistungen gewerblicher Spielvermittler und mittelbar ihren Angebotswettbewerb um die Spieler beschränken. Mit dieser Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht befasst. Selbst wenn die engen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts für einen Ausschluss des Wettbewerbs auf den vorliegenden Fall angewendet werden, führt dies nicht zu einer Rechtfertigung der Boykottvereinbarung der Lottogesellschaften. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass ein Wettbewerbsausschluss nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig ist. Hierzu zählen insbesondere die im Lotteriestaatsvertrag aufgeführten und von den Bundesländern verfolgten Ziele der Bekämpfung der Spielsucht und des Schutzes der Spieler, insbesondere des Schutzes der Minderjährigen. Bei seiner Entscheidung hat sich das Bundeskartellamt intensiv mit den von den Bundesländern verfolgten ordnungsrechtlichen Zielen befasst. Im Rahmen der Untersuchung stellte sich heraus, dass diese Ziele nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen in Deutschland keinen Ausschluss des Wettbewerbs unter den staatlich beeinflussten Lottogesellschaften rechtfertigen können. Insbesondere Lotterien wird von der Wissenschaft nur ein als sehr gering bewertetes Suchtgefährdungspotenzial zugeschrieben. In einer von den Lottogesellschaften vorgelegten Untersuchung wurde bei der Mehrzahl der Personen mit lottospielbezogenen Problemen festgestellt, dass nicht das Lottospiel, sondern das Spiel an Geldautomaten zu Abhängigkeitsproblemen geführt hat. Darüber hinaus ist nach den Prüfungen des Bundeskartellamtes nicht ersichtlich, dass durch den Wettbewerb der Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot das Glücksspiel angeheizt und eine Suchtgefährdungslage verstärkt wird. Vielmehr werden die Lottogesellschaften maßgeblich von den Bundesländern gesellschaftsrechtlich beeinflusst und von den Ordnungsbehörden der Bundesländer überwacht. Es ist daher zu erwarten, dass die Lottogesellschaften mit ihrem ordnungsrechtlichen Selbstverständnis bei der Tätigkeit in anderen Bundesländern ebenso wie in ihrem Heimatland die Ziele des Lotteriestaatsvertrages konsequent einhalten und anderenfalls von den Ordnungsbehörden hierzu angehalten werden. Durch die terrestrische gewerbliche Spielvermittlung ist auch nicht zu befürchten, dass der Jugendschutz nicht mehr gewährleistet wird oder irreführende Werbung die Verbraucher zum Spielen verleitet: Die gewerblichen Spielvermittler sind dem Lotteriestaatsvertrag zufolge verpflichtet, die Erfordernisse des Jugendschutzes zu beachten und keine unangemessene oder irreführende Werbung durchzuführen. Diese Pflichten werden von den zuständigen Behörden im öffentlichen Interesse überwacht. Auch der Umstand, dass die Zahl der Annahmestellen erweitert wird, ist nach geltendem Recht nicht bedenklich: Der Lotteriestaatsvertrag lässt die gewerbliche Spielvermittlung zu, ohne bestimmte Vermittlungswege vorzuschreiben oder auszuschließen. Es ist nicht ersichtlich, warum nur die Vermitt-

lung über Internet, Post, Telefon oder SMS, nicht aber über stationäre Vermittlungsstellen, unbedenklich sein soll. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Lottogesellschaften selbst Spielportale im Internet unterhalten und Lotterien per SMS anbieten, so dass von jedem Haushalt aus bei den Lottogesellschaften gespielt werden kann. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes berührt nicht die Freiheit der Lottogesellschaften, ihr Vertriebssystem nach eigenen Vorstellungen zu organisieren. Vielmehr sind die gewerblichen Spielvermittler unabhängige Gewerbetreibende, die im Interesse der Spieler tätig werden, aber nicht zum Vertriebssystem der Lottogesellschaften gehören. Mit ihrer Boykottvereinbarung greifen die Lottogesellschaften letztlich aus eigenen Gewinninteressen in das Vertragsverhältnis zwischen den Verbrauchern und den gewerblichen Spielvermittlern ein. Ein solches Vorgehen wurde bereits vom Bundesgerichtshof in einem anderen Fall als nicht schützenswert angesehen. Mit seinem Beschluss hat das Bundeskartellamt auch die Vereinbarung der Lottogesellschaften im Blockvertrag untersagt, nur in ihrem jeweiligen Heimat-Bundesland tätig zu werden. Diese Marktaufteilung stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht dar. Die Lottogesellschaften können sich zur Rechtfertigung nicht auf die begrenzten hoheitlichen Befugnisse der Bundesländer stützen, weil die Lottogesellschaften nicht hoheitlich, sondern wirtschaftlich tätig sind und daher keinen Beschränkungen im Hinblick auf ihr Vertriebsgebiet unterliegen. Soweit für eine Tätigkeitsausweitung behördliche Erlaubnisse erforderlich sein sollten, können sie diese beantragen. Der Lotteriestaatsvertrag stellte keine Rechtfertigung für die Marktaufteilung dar, weil der Staatsvertrag dahingehend europarechtskonform auszulegen war, dass er keine Marktaufteilung anordnet. Diese Auslegung ergab sich aus der aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts resultierenden Verpflichtung aller mitgliedstaatlichen Behörden, jede Rechtsvorschrift, die einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht, unangewendet zu lassen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 zur Verfassungswidrigkeit des Sportwettenmonopols rechtfertigt auch keine den Angebotswettbewerb beschränkende Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften für Lotterien und Sportwetten, weil insbesondere nicht zu erwarten ist, dass durch den Wettbewerb der Lottogesellschaften mit ihrem staatlich verantworteten Glücksspielangebot das Glücksspiel angeheizt und eine Suchtgefährdungslage verstärkt wird. Insoweit war den Lottogesellschaften die im Blockvertrag vereinbarte und durch den Lotteriestaatsvertrag abgesicherte räumliche Marktaufteilung zu untersagen. Die Untersagung der Marktaufteilung unter den Lottogesellschaften beeinträchtigt nicht die Möglichkeit der Bundesländer, ihre ordnungsrechtlichen Ziele eigenständig zu regeln, und hat daher keine Auswirkungen auf die Gesetzgebungszuständigkeiten und Kompetenzen der Länder. Diese dürfen aus vorrangigem europäischen Recht den Lottogesellschaften anderer Bundesländer nicht von vornherein die Tätigkeit in ihrem Landesgebiet versagen und eine Genehmigung hierfür verlangen, weil die Lottogesellschaften maßgeblich staatlich beeinflusst ein staatlich verantwortetes Glücksspielangebot bieten, das in al-

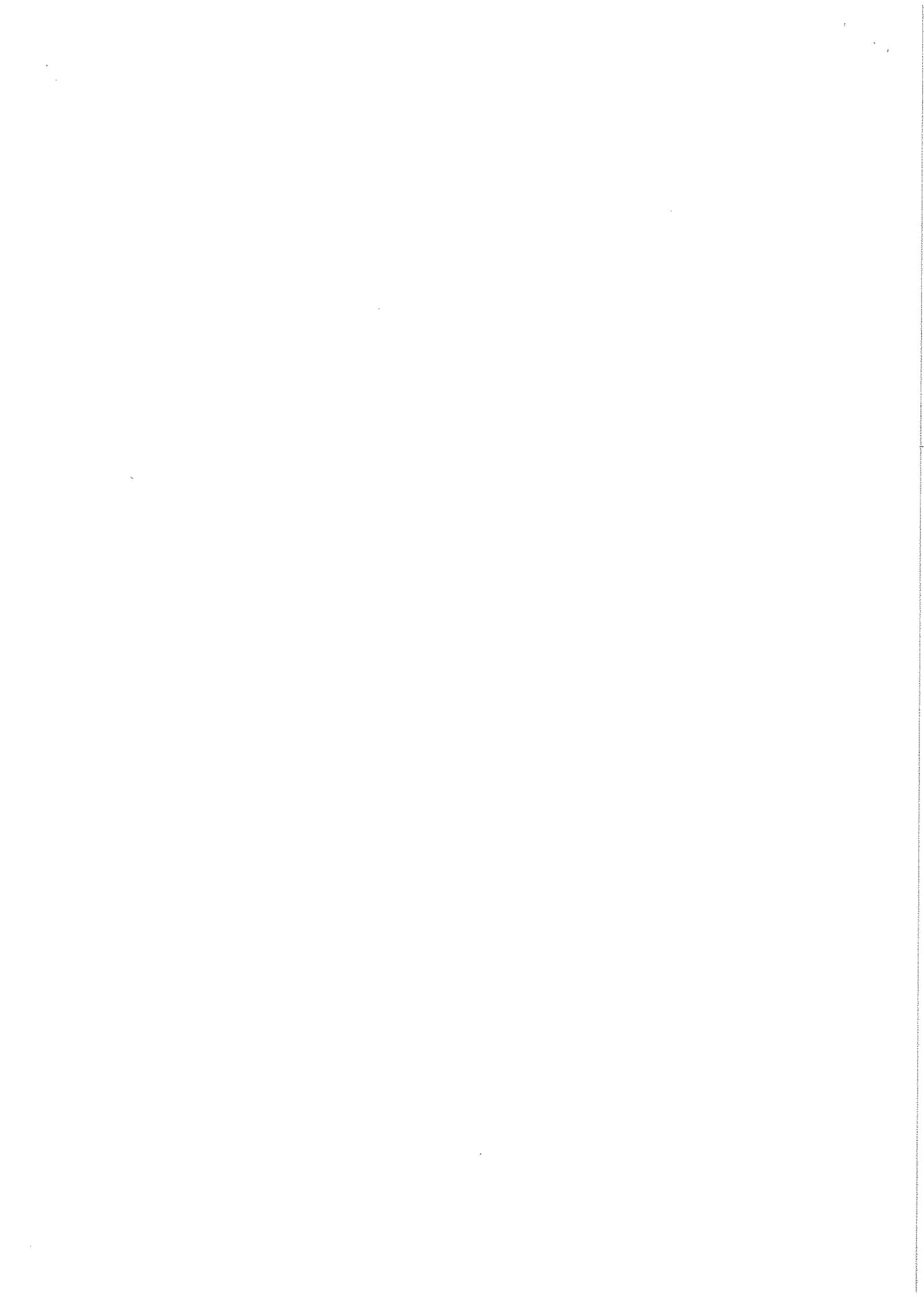
len Bundesländern nahezu identisch und daher in allen Bundesländern zugelassen ist. Eine Festlegung ordnungsrechtlicher Verhaltenskriterien und deren nachträgliche Überwachung steht den Bundesländern nach wie vor frei. Aufgrund der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung und angesichts der Bedeutung des wirtschaftlichen Interesses von Jaxx hat das Bundeskartellamt die sofortige Vollziehung der Entscheidung angeordnet, soweit eine Beschwerde hiergegen aufschiebende Wirkung hätte. Damit wird sicher gestellt, dass gewerbliche Spielvermittler nicht faktisch bis zu einer Hauptsacheentscheidung am Aufbau eines terrestrischen Vermittlungsnetzes gehindert werden. Im Übrigen ist die Entscheidung kraft Gesetzes sofort vollziehbar und von den Lottogesellschaften umzusetzen. Besondere Gründe, die eine Aussetzung der sofortigen Vollziehung erforderlich gemacht hätten, lagen nicht vor. In engem Zusammenhang mit dieser Marktaufteilung sind die im Regionalisierungsstaatsvertrag vorgesehenen Bestimmungen zur Regionalisierung zu bewerten. Sie setzen voraus, dass die Bundesländer im einzelnen über die Einnahmen, Gebühren und Ausschüttungen aus der Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittlung informiert werden. Das geschieht mit dem Ziel, die erzielten Einnahmen gewerblicher Spielvermittlung an die Länder entsprechend dem Umfang der sonstigen Einnahmen zu verteilen. Aufgrund dieser „Regionalisierung“ der Spieleinsätze von Spielern aus anderen Bundesländern kommen die Spieleinsätze letztlich dem Bundesland zugute, aus dem der Spieler stammt. Damit wird der Anbieterwettbewerb auf dem Markt für Lotterien sowie der Nachfragewettbewerb der Landeslottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt. Die Durchführung der Bestimmungen des Staatsvertrages verstößt gegen Artikel 81 EG und kann ebenfalls nicht mit dem Hinweis auf deutsches Recht geheilt werden, da es nach Artikel 10 EG zur Pflicht der Mitgliedstaaten gehört, alle staatlichen Maßnahmen zu unterlassen, die das Gemeinschaftsrecht beeinträchtigen. Den Beteiligten wurde deshalb auch untersagt, den Regionalisierungsstaatsvertrag insoweit durchzuführen.

Die Lottogesellschaften und der DLTB haben gegen den Beschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben und im Eilverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Eilverfahren mit Beschluss vom 23. Oktober 2006 die vom Bundeskartellamt festgestellten Zuwiderhandlungen der Lottogesellschaften und des DLTB gegen Artikel 81 EG, § 21 Abs. 1, § 1, Artikel 82 EG bestätigt und den Antrag der Lottogesellschaften und des DLTB im Wesentlichen zurückgewiesen, weil keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beschlusses bestanden. Lediglich im Hinblick auf bestimmte Verfügungen zur Abstellung der Zuwiderhandlungen hat das Gericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet. Die Lottogesellschaften haben gegen die Bestätigung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf, den eigenen Internetvertrieb auf „Landeskinder“ zu beschränken, Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Weil die meisten Lottogesellschaften auch nach der Bestätigung der sofort vollziehbaren Verfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf ihren Internetvertrieb nach wie vor auf „Landeskinder“ beschränkten, hat das Bundeskartellamt diesen Lottogesellschaften mit Beschluss vom 30. Oktober 2006 ein Zwangsgeld in Höhe von 1 Mio. Euro für den Fall angedroht, dass sie nicht spätestens bis zum 7. November 2006 ihren Internetvertrieb nicht auf Spielteilnehmer des Bundeslandes beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der jeweiligen Gesellschaft haben. Nachdem die Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Bundesländer am 6. November 2006 in einer Telefonkonferenz mit Mehrheit vereinbart hatten, dass der Internetvertrieb der Lottogesellschaften vorläufig eingestellt wird, wurde von den Lottogesellschaften der Internetvertrieb beendet. Nur Lotto Schleswig-Holstein, Westlotto und Lotto Niedersachsen öffneten ihren Vertrieb für Spielinteressenten aus dem gesamten Bundesgebiet. Damit hat sich die Zwangsgeldandrohung erledigt. Die Lottogesellschaften haben gleichwohl dagegen Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt.

3. Dinner-Shows

Das Bundeskartellamt hat gegen zwei Veranstalter von sog. Dinner-Shows Bußgelder in Höhe von 40 000 Euro und 25 000 Euro gegen die zwei Unternehmen und in Höhe von 10 000 Euro und 5 000 Euro gegen die persönlich Betroffenen verhängt. Die Betroffenen boten jeweils Dinner-Shows in derselben deutschen Stadt an. „Um den daraus entstehenden Wettbewerb ... zu vermeiden“ – wie es in dem Vertrag heißt –, vereinbarten sie, Dinner-Shows nicht mehr in derselben Stadt anzubieten und ab der Wintersaison 2003/2004 die entsprechende Kundenkartei des einen Wettbewerbers dem anderen zu überlassen. Auch in bestimmten weiteren deutschen Städten sollte kein Wettbewerb mehr stattfinden. Der Bußgeldbescheid über 25 000 Euro und 5 000 Euro wurde unmittelbar bestandskräftig, gegen den anderen Bußgeldbescheid wurde Einspruch eingelegt. Mit Urteil vom 11. April 2007 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf gegen die Nebenbetroffene eine Geldbuße von 80 000 Euro festgesetzt und den Einspruch des persönlich Betroffenen wegen Nichterscheins verworfen. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.



An den Bundesminister des Auswärtigen
Herrn Frank-Walter STEINMEIER
Werderscher Markt 1
D-10117 Berlin

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Referat EA3
Scharnhorststr. 34-37
D-10115 Berlin

Betreff: Notifizierung 2006/658/D – Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland.

Ausführliche Stellungnahme, gemäß Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998.

Am 21. Dezember 2006 hat die Kommission den oben genannten Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen erhalten.

Die Prüfung dieses Entwurfs veranlasst die Kommission zur Abgabe der folgenden ausführlichen Stellungnahme, gemäß Artikel 9, Absatz 2, der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG. Die Kommission beschränkt ihre Reaktion auf diejenigen Bestimmungen des notifizierten Entwurfs, die „Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, enthalten.

Die nachstehend abgegebene Reaktion der Kommission stellt nicht das Recht Deutschlands auf eine Beschränkung von Glücksspielaktivitäten in Frage, die aufgrund zwingender Erfordernisse im Allgemeininteresse gerechtfertigt sein kann, wie z. B. Verbraucherschutz, Jugendschutz und Bekämpfung von Spielsucht.

Die Kommission muss jedoch im Rahmen dieses Verfahrens sicherstellen, dass gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Glücksspielwesen in dem notifizierten Entwurf die entsprechenden Bestimmungen des EG-Vertrags eingehalten werden. Des Weiteren bedauert die Kommission, dass der Entwurf eines Staatsvertrags nicht durch eine Folgenabschätzung gestützt wurde, die es der Kommission ermöglicht hätte, die Erwägungen zu berücksichtigen, die zu dem in dem Entwurf vorgesehenen Vorgehen geführt haben. Daher erfolgte die Prüfung auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs und auf der Grundlage von Beiträgen, die von Wirtschaftsteilnehmern übermittelt wurden.

Ausführliche Stellungnahme

1) In § 4 Abs. 4 des notifizierten Entwurfs wird Folgendes festgelegt: „Das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ist verboten.“ Hierdurch wird ein vollständiges Internetverbot für öffentliche Lotterien, Sportwetten und Casinospiele eingeführt, was eine „Vorschrift betreffend Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, darstellt.

In den Erläuterungen zu § 4 Abs. 4 heißt es: „Absatz 4 enthält das generelle Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet und erstreckt sich auf alle Arten der im Staatsvertrag geregelten Glücksspiele, insbesondere auf Lotterien, Sportwetten und den Bereich der Spielbanken. Damit wird eine wesentliche Forderung erfüllt, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Urteil vom 28. März 2006 aufgestellt hat. Insbesondere vor dem Hintergrund der rechtlich gebotenen Ausrichtung des Wettangebotes am Ziel der Bekämpfung der Spielsucht hat das BVerfG die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internet als bedenklich angesehen, zumal gerade dieser Vertriebsweg keine effektive Kontrolle des Jugendschutzes gewährleistet. Die Anonymität des Spielenden und das Fehlen jeglicher sozialer Kontrolle lassen es unter dem Aspekt der Vermeidung von Glücksspielsucht als notwendig erscheinen, den Vertriebsweg ‘Internet’ über den Sportwettenbereich hinaus in Frage zu stellen. Zur Sicherstellung der Ziele des § 1 ist es daher geboten, dem Glücksspielbereich den Vertriebsweg ‘Internet’ vollständig zu untersagen. Damit wird zudem eine Forderung der Suchtexperten erfüllt, die ein konsequentes Verbot von Internet-Wetten und Online-Glücksspielen verlangen.“

In § 25 Abs. 6 des notifizierten Entwurfs heißt es, dass die Länder befristet auf ein Jahr nach Inkrafttreten des notifizierten Entwurfs abweichend von § 4 Abs. 4 bei Lotterien die Veranstaltung und Vermittlung im Internet unter bestimmten Bedingungen erlauben können (Ausschluss minderjähriger oder gesperrter Spieler durch Identifizierung und Authentifizierung, Einsätze von höchstens 1 000 EUR pro Monat, Teilnahme beschränkt auf Personen, die sich im Geltungsbereich der Erlaubnis aufhalten usw.). In den Erläuterungen zu § 25 Abs. 6 wird klargestellt, dass von dieser Übergangsregelung zwei namentlich erwähnte deutsche Unternehmen betroffen sind (das erste, gegründet 1998, mit 140 Mitarbeitern und das zweite, gegründet 2000, mit 151 Mitarbeitern), die im Rahmen des staatlichen Monopols veranstaltete Glücksspiele fast ausschließlich über das Internet anbieten, und dass das Ziel dieser Übergangszeit darin besteht, den Unternehmen genügend Zeit zu gewähren, um ihr Geschäft auf Vertriebswege umzustellen, die nach dem notifizierten Entwurf gestattet sind. Es ist darauf hinzuweisen, dass die einjährige Aufhebung des Glücksspielverbots im Internet ausschließlich den bestehenden deutschen Betreibern zugute kommt und *de facto* Betreiber aus anderen Mitgliedstaaten diskriminiert. Soweit § 25 Abs.6 in Verbindung mit den beigefügten Erläuterungen bedeutet, dass nur die beiden in den Erläuterungen namentlich erwähnten Anbieter und kein anderer während der Übergangszeit die Geschäfte weiterführen können, ist diese Vorschrift diskriminierend.

2) Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die einzigen als Einschränkungen von Artikel 49 EG-Vertrag zulässigen nationalen Maßnahmen diejenigen, die:

- nicht diskriminierend sind,
- aus zwingenden Gründen in Bezug auf das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind, soweit das betreffende Interesse nicht in dem anderen Mitgliedstaat, in dem der Betreiber seinen Sitz hat, geschützt ist; und
- die zum Erreichen der Ziele, auf die sich der betreffende Mitgliedstaat beruft, geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zum Erreichen dieser Ziele erforderlich ist. Diese Einschränkungen müssen in jedem Fall diskriminierungsfrei angewendet werden (Urteil des Gerichtshofs vom 6. März 2007 in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Placanica, Rn. 49).

Die deutschen Behörden machen geltend, dass das vollständige Verbot von Lotterien und Sportwetten im Internet aus dem zwingenden Grund des Allgemeininteresses bezüglich der Bekämpfung der Spielsucht und der Sicherstellung einer wirksamen Kontrolle und eines wirksamen Jugend- und Spielerschutzes gerechtfertigt sein kann (siehe § 1 des Entwurfs eines Staatsvertrags, in dem die Ziele dieses Vertrags dargelegt werden).

Obwohl die Bekämpfung der Spielsucht und der Jugendschutz zwingende Gründe des öffentlichen Interesses darstellen, die Einschränkungen der Ausübung einer Grundfreiheit gemäß des EG-Vertrages rechtfertigen könnten, ist die Kommission der Ansicht, dass das vollständige Verbot von Lotterien und Sportwetten im Internet aus den unten genannten Gründen keine geeignete Maßnahme zum Erreichen der Ziele der Spielsuchtbekämpfung und des Jugendschutzes sein könnte und dass es als unverhältnismäßig eingestuft werden könnte, da es weniger einschränkende Maßnahmen zum Erreichen der oben genannten Ziele gibt.

2.1 Die Erläuterungen des notifizierten Entwurfs erhalten keine Daten zur Unterstützung der Erklärungen, dass eine tatsächliche Gefahr der Spielsucht im Internet in Deutschland vorliegt, die eine Bedrohung eines grundlegenden Interesses der deutschen Öffentlichkeit darstellt und es wurden keine Folgenabschätzung oder Studien zum Nachweis dieser Tatsache vorgelegt. Es ist festzustellen, dass den Gründen, auf die sich Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung berufen, eine Analyse der Zweckdienlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der von dem Staat verabschiedeten einschränkenden Maßnahme beigefügt werden muss, in der statistische oder andere Belege offenbart werden müssen, die jegliche Schlussfolgerungen hinsichtlich des Ausmaßes der Gefahr im Zusammenhang mit Glücksspielen zulassen (siehe Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2003, Rechtssache C-42/02, Lindman, Slg. 2003 I-3519, Rn. 25 und 26).

2.2 Zweitens, weist nichts in dem notifizierten Entwurf auf dessen Folgerichtigkeit im Hinblick auf seine Angemessenheit zur Erreichung des verfolgten Ziels hin, da er auf Lotterien und Sportwetten Anwendung findet, nicht aber auf Glücksspiele, die eine viel höhere Gefahr der Spielsucht aufweisen. So werden zum Beispiel Glücksspiele mit einem hohen Suchtpotential, wie Glücksspielautomaten oder Pferdewetten nicht von dem Verbot abgedeckt.

2.3 Drittens gibt es weniger einschränkende Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht und zum Schutz von Jugendlichen, z. B. eine zwingende vorherige Registrierung mit strikten Auflagen der korrekten Identifizierung des Spielers und seines Alters und durch die Auflage von Begrenzungen der Spieleinsätze.

In den Erläuterungen zu § 4 Abs. 4 heißt es: „Die Anonymität des Spielenden und das Fehlen jeglicher sozialen Kontrolle lassen es unter dem Aspekt der Vermeidung von Glücksspielsucht als notwendig erscheinen, den Vertriebsweg ‘Internet’ über den Sportwettenbereich hinaus in Frage zu stellen.“ Daraus lässt sich ableiten, dass den deutschen Behörden zufolge das Glücksspiel im Internet mit der Anonymität des Spielers, dem Fehlen jeglicher sozialen Kontrolle und unzureichendem Schutz von Minderjährigen verbunden ist. Die der Kommission zugegangenen Informationen widersprechen diesen Erklärungen. Im aktuellen Internetangebot des staatlichen Monopolsystems müssen sich Spieler mit ihrem Namen, ihrer Adresse und ihrem Alter registrieren. Die Adresse wird bei der Deutschen Post und das Alter bei der SCHUFA, einer zentralen Organisation, die Kredit- und Bankinformationen eines weiten Teils der deutschen Bevölkerung hält, geprüft. Spieler müssen sich bei jeder Spielsitzung anmelden. Es gibt Begrenzungen der Gesamtbeträge, die

ein Spieler pro Woche einsetzen kann. Spieler müssen im Voraus über ein bestimmtes Konto bezahlen, und Spielen auf Kredit ist ausgeschlossen. Entsprechend gibt es keine Anonymität, und der Schutz von Minderjährigen wird gewährleistet.

Die Anforderungen des notifizierten Entwurfs nach dem Schutz der Spieler – wie z. B. die Umsetzung eines sozialen Programms seitens der Betreiber (§ 6 des notifizierten Entwurfs), Erfüllung der Informationsanforderungen durch die Betreiber (§ 7 des notifizierten Entwurfs) und die Verpflichtung der Betreiber zur Teilnahme an einer zentralen Datei, in der alle gesperrten Spielsüchtigen geführt werden (§ 8 des notifizierten Entwurfs) – können alle von Internetbetreibern erfüllt werden.

Angesichts der obigen Ausführungen, gibt die Kommission die vorliegende ausführliche Stellungnahme nach Artikel 9, Absatz 2, der Richtlinie 98/34/EG ab und bittet die deutschen Behörden um eine Überprüfung von § 4 Abs. 4 des notifizierten Entwurfs des Staatsvertrags, der in seiner gegenwärtigen Form und auf der Grundlage der übermittelten Informationen nicht mit Artikel 49 EG-Vertrag in der Auslegung der Rechtsprechung des Gerichtshofs vereinbar zu sein scheint.

Die Kommission erinnert die deutschen Behörden daran, dass die Abgabe einer ausführlichen Stellungnahme, nach Artikel 9, Absatz 2, der Richtlinie 98/34/EG, den betroffenen Mitgliedsstaat verpflichtet, den in Frage stehenden Regelungsentwurf nicht vor Ablauf von vier Monaten nach seiner Übermittlung an die Kommission anzunehmen.

Die Frist läuft demnach am 23. April 2007 ab.

Die Kommission weist die deutschen Behörden darauf hin, dass der Mitgliedsstaat, an den die ausführliche Stellungnahme gerichtet wurde, nach dieser Bestimmung ebenfalls verpflichtet ist, die Kommission über die von ihm beabsichtigten Folgemaßnahmen zu informieren.

Sollte der betreffende Regelungsentwurf ohne Berücksichtigung der oben genannten Ausführungen in Kraft gesetzt werden, könnte sich die Kommission zur Übersendung eines Mahnschreibens gemäß Artikel 226 EG-Vertrag gezwungen sehen. Sie behält sich die Möglichkeit zur Übersendung eines Mahnschreibens auch für den Fall vor, dass ihr die Antwort der deutschen Behörden zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des in Frage stehenden Regelungsentwurfs noch nicht zugegangen ist.

Die Kommission fordert die deutschen Behörden auf, ihr den endgültigen Wortlaut des Regelungsentwurfs unverzüglich nach seiner Annahme mitzuteilen. Die Nichtübermittlung dieses Wortlauts würde eine Verletzung des Artikels 10 EG-Vertrag und des Artikels 8, Absatz 3, der Richtlinie 98/34/EG darstellen, der nachzugehen sich die Kommission vorbehalten.

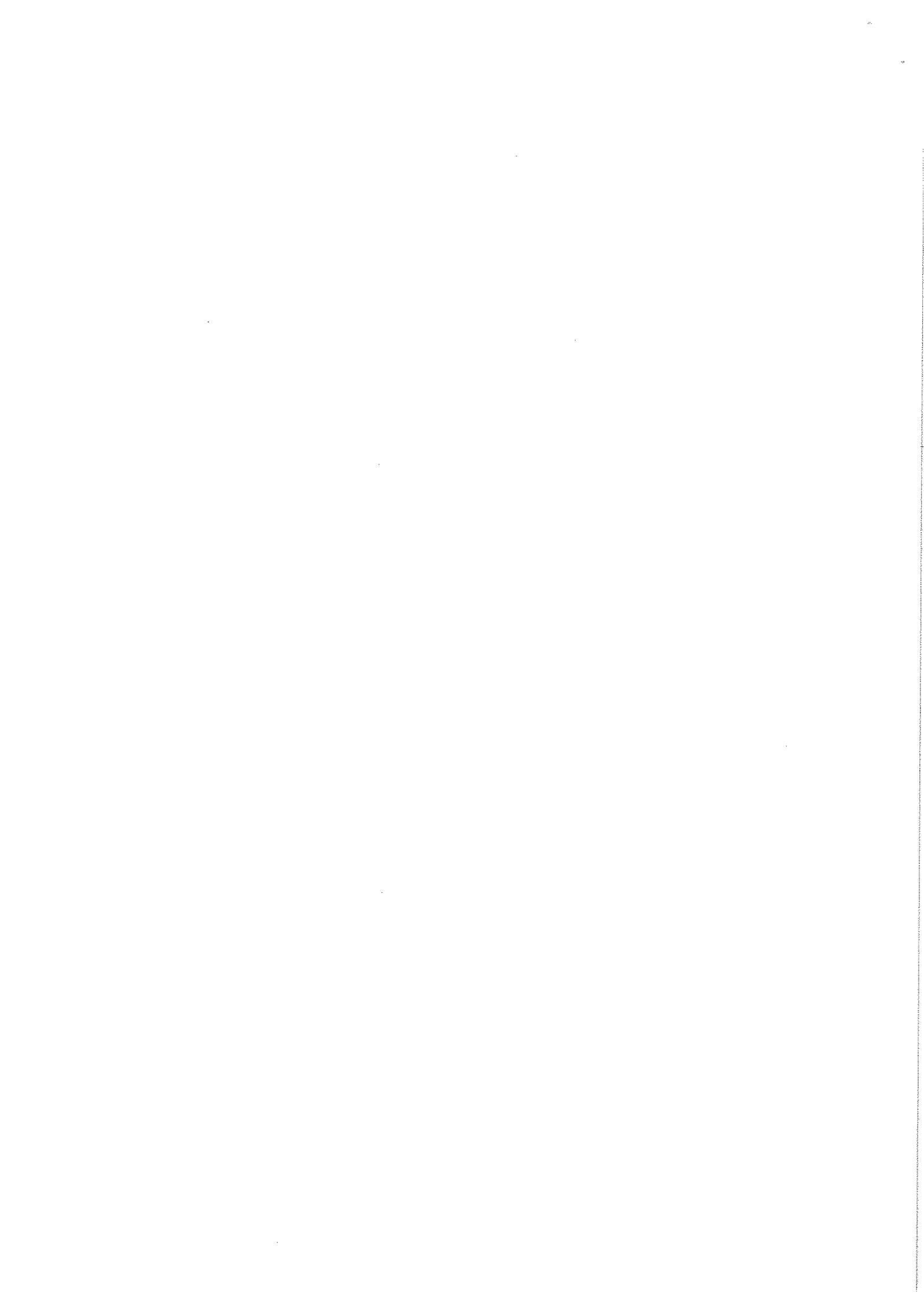
* * * * *

Zu den anderen Bestimmungen, die einen wesentlichen Teil des notifizierten Entwurfs darstellen, die jedoch *per se* nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34/EG geändert durch die Richtlinie 98/48/EG fallen, werden sich die Dienststellen der Kommission

zu einem späteren Zeitpunkt nach weiterer Prüfung der Frage der Verhältnismäßigkeit äußern und die deutschen Behörden in Kenntnis setzen.

Genehmigen Sie, Herr Bundesminister, den Ausdruck meiner ausgezeichneten Hochachtung.

Günter Verheugen – Vizepräsident.



Anlage 3



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

GENERALSEKRETARIAT

Brüssel, den

SG-Greffe(2006)D/

STÄNDIGE VERTRETUNG DER
BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
BEI DER EUROPÄISCHEN UNION
Rue J. de Lalaing, 8-14
1040 - BRÜSSEL

Betreff: Ergänzendes Aufforderungsschreiben
Vertragsverletzung-Nr. 2003/4350

Hiermit gestattet sich das Generalsekretariat, Sie zu bitten, das beigefügte Schreiben an den Bundesminister des Auswärtigen weiterzuleiten.

Für die Generalsekretärin,

Karl VON KEMPIS

Anlage: K(2006)



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den

2003/4350
K(2006)

Sehr geehrter Herr Bundesminister,

nach unserem ersten Aufforderungsschreiben vom 10. April 2006 (Ref. SG(2006)D/201648) möchte ich Sie erneut auf Einschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufmerksam gemacht haben, die in Deutschland derzeit auf dem Gebiet der Sportwetten bestehen.

1. SACHVERHALT

1. Zwischen 2003 und 2006 haben verschiedene in anderen Mitgliedstaaten ansässige und dort zugelassene Anbieter von Glücksspielen, die ihre Dienstleistungen in Deutschland anbieten wollten, bei der Kommission Beschwerde erhoben, da sich nach § 284 Strafgesetzbuch (nachfolgend StGB) jeder strafbar macht, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich Glücksspiele bewirbt, veranstaltet oder hält. Auf diesem Wege hat die Kommission erfahren, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige zugelassene Anbieter strafrechtlich verfolgt werden können, wenn ihnen durch das zuständige Bundesland keine entsprechende Konzession erteilt wurde.

2. Am 10. April 2006 übermittelte die Kommission den deutschen Behörden ein Aufforderungsschreiben. Darin vertrat sie den Standpunkt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Beschränkung der Veranstaltung und der Bewerbung von öffentlichen Glücksspielen sowie durch die Bestimmung, dass Einrichtungen für solche Glücksspiele nur mit behördlicher Erlaubnis bereitgestellt werden dürfen, (§ 284 Abs. 1 bis 4 StGB) gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 EGV verstößt. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass § 284 Abs. 1 StGB insofern die Rechte aus Artikel 49 EGV beschränkt, als nach dieser Vorschrift eine Konzession durch ein Bundesland erforderlich ist und nur einer Landesgesellschaft oder einer privatrechtlichen Gesellschaft erteilt wird, die sich entweder ganz in der Hand des betreffenden Bundeslandes befindet oder von diesem kontrolliert wird, und Zulassungen durch andere Mitgliedstaaten nicht akzeptiert werden. Weiter schränkt § 284 Abs. 4 StGB die Rechte aus Artikel 49 EGV insofern ein, als diese Vorschrift das Vermarkten und Bewerben von

Seiner Exzellenz Herrn Frank-Walter STEINMEIER
Bundesminister des Auswärtigen
Werderscher Markt 1
D - 10117 Berlin

Europäische Kommission, B-1049 Brüssel - Belgien
Telefon: 00 32 (0) 2 299.11.11

Glücksspielen durch zugelassene, in anderen Mitgliedstaaten ansässige Anbieter unter Strafe stellt.

3. In den finanziellen Interessen eines Mitgliedstaates und der Finanzierung gemeinnütziger Zwecke sieht die Kommission keine zulässige Rechtfertigung der von § 284 StGB ausgehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Auch das Argument des Verbraucherschutzes und der Verhinderung einer Ausbreitung der Spielsucht kann nach Ansicht der Kommission in diesem Zusammenhang nur bedingt geltend gemacht werden, da die deutschen Behörden die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien teilzunehmen. Schließlich lohnte die Kommission das zur Rechtfertigung vorgetragene Argument der Prävention von Wirtschaftskriminalität und Geldwäsche als unzulässig ab, da in anderen Mitgliedstaaten ansässige zugelassene Anbieter von Glücksspielen Kontrollen unterzogen werden und auch die EU Rechtsvorschriften zur Geldwäsche verabschiedet hat.

4. In ihrer Antwort vom 12. Juni 2006 auf das Aufforderungsschreiben wird von den deutschen Behörden (AZ.Wi 424.27, SG/CdC(2006)A/4627) erstmals festgestellt, dass § 284 StGB keine Anwendung findet, wenn eine offizielle Zulassung erteilt wurde und dass eine solche Zulassung derzeit durch die Gesetze der Bundesländer geregelt wird. Den deutschen Behörden zufolge kann „eine unverhältnismäßige Beschränkung des Artikels 49 EGV [...] aber nicht durch § 284 StGB selbst, sondern allenfalls durch die konkrete Ausgestaltung der Regelungen zur Gewährung entsprechender behördlicher Genehmigungen erfolgen.“ Unter Punkt 3 ihrer Antwort verweisen die deutschen Behörden auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (1 BvR 1054/01), das einige Tage vor Übermittlung des Aufforderungsschreibens der Kommission erging und darin nicht berücksichtigt wurde. Das Bundesverfassungsgericht hält die Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht für ein besonders wichtiges Ziel des Gemeinwohls, das ein staatliches Wettemonopol und die Begrenzung des Wettwesens rechtfertigt. Nach diesem Urteil sind die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, das Sportwettenrecht bis zum 31.12.2007 neu zu regeln, um die Vorschriftenlage mit dem Grundgesetz und dem Gemeinschaftsrecht in Einklang zu bringen.

5. Nach Ansicht der deutschen Behörden bezwecken § 284 StGB, der sich auf das Glücksspiel generell bezieht und nicht auf den Bereich der Sportwetten beschränkt ist, und der Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, auf dessen Grundlage die Konzessionen erteilt werden, vorrangig die Bekämpfung der Spielsucht und die Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs. Vor diesem Hintergrund kommen die deutschen Behörden zu dem Schluss, dass § 284 StGB keine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, da diese Vorschrift dem Zweck dient, eine übermäßige Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen und die wirtschaftliche Ausbeutung der Spiel Leidenschaft zu verhindern, und ersuchen die Kommission, das Vertragsverletzungsverfahren einzustellen oder zumindest bis zur gesetzlichen Neuregelung des Sportwettenrechts ruhen zu lassen.

6. Da sich die Kommission weder auf die landesgesetzlichen Regelungen für die Erteilung der Erlaubnisse für Sportwetten noch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 und andere relevante Fragen bezog, sollte dieses ergänzende Aufforderungsschreiben an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet werden.

2. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

7. In § 284 StGB heißt es:

- (1) Wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereit stellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
- (2) Als öffentlich veranstaltet gelten auch Glücksspiele in Vereinen oder geschlossenen Gesellschaften, in denen Glücksspiele gewohnheitsmäßig veranstaltet werden.
- (3) Wer in den Fällen des Absatzes 1
 1. gewerbsmäßig oder
 2. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft.
- (4) Wer für ein öffentliches Glücksspiel (Absätze 1 und 2) wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

8. § 284 StGB betrifft Glücksspiel im Allgemeinen und ist nicht auf Sportwetten beschränkt. Die Vorschrift tritt nicht in Kraft, wenn von der zuständigen Stelle für die Veranstaltung eine behördliche Erlaubnis erteilt worden ist; dies betrifft in erster Linie die Länderbehörden, da der Spielsektor vorrangig durch die landesgesetzlichen Vorschriften der Bundesländer geregelt ist. Dies führt zwar zu einer komplexen Gesetzgebungssituation, aber in den einzelnen Bundesländern ist die Rechtslage hinsichtlich der Erteilung von Erlaubnissen sehr ähnlich, da der Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (im Folgenden LottStV), der in allen Ländern am 1. Juli 2004 in Kraft trat, einen gemeinsamen Rahmen für die Durchführung von Lotterien und Sportwetten geschaffen und die Bestimmungen für die Erteilung von Erlaubnissen harmonisiert hat. Der LottStV wurde von jedem Bundesland per Gesetz genehmigt.

¹ Baden-Württemberg, Gesetz über Staatliche Lotterien, Wetten und Ausspielungen vom 14.12.2004 (GBl. 2004, S. 894), Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland (AGLottStV), 28.7.2005 (OBl. S. 586), Bayern, Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland - BayAGLottStV - 23.11.2004 (GVBl. S. 442), Berlin, Ausführungsgesetz zum Lotteriestaatsvertrag (AGLottStV), 7.9.2005 (GVBl. Seite 469), Bremen, Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages im Lotteriewesen, 15.6.2004 (GBl. Seite 291), Hamburg, Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen, 27.4.2004, Hessen, Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, 22.7.2004, (GVBl. I S. 214), Nordrhein-Westfalen, Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland, 16.11.2004 (GVBl. S. 686), Rheinland-Pfalz, Landesgesetz über das öffentliche Glücksspiel (Landesgesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, 14.6.2004, GVBl. S. 322), Sachsen, Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland, 9.6.2004 (GVBl. S. 186), Sachsen-Anhalt, Glücksspielgesetz des Landes Sachsen-Anhalt, 22.12.2004 (GVBl. S. 846), zuletzt geändert am 3.12.2005 (GVBl. S. 715), Schleswig-Holstein, Gesetz zum Staatsvertrag im Lotteriewesen, 18. Juni 2004 (GVBl. S. 169), Thüringen, Thüringer Gesetz zu dem Staatsvertrag zum

Nach § 5 Abs. 2 und 4 LottStV dürfen Sportwetten auf der Grundlage ergänzender landesgesetzlicher Regelungen nur von den Ländern selbst, von juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder von privatrechtlichen Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts maßgeblich beteiligt sind, veranstaltet werden.

§ 5 LottStV lautet:

„(1) Die Länder haben im Rahmen der Zielsetzungen des § 1 die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen.

(2) Auf gesetzlicher Grundlage können die Länder diese Aufgabe selbst, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen.

(3) Den in Absatz 2 Genannten ist ein Tätigwerden als Veranstalter oder Durchführer (§ 8 Absatz 2) nur in dem Land gestattet, in dem sie ihre Aufgaben nach Absatz 2 wahrnehmen. Sie dürfen Glücksspiele nur in diesem Land vortreiben oder vertreiben lassen. In einem anderen Land dürfen sie Glücksspiele nur mit Zustimmung dieses Landes veranstalten oder durchführen. Auf die Erteilung der Zustimmung besteht kein Rechtsanspruch.

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

§ 6 LottStV lautet:

„(1) Wer außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5 Absatz 2 eine Lotterie öffentlich veranstalten will, bedarf einer Erlaubnis. Über die Erteilung der Erlaubnis entscheidet die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen.

Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn

1. der Veranstaltung keine Versagungsgründe nach § 7 entgegenstehen,
2. die in § 8, § 9 Abs. 1 und 2 und § 10 Absatz 3 genannten Voraussetzungen vorliegen,
3. mit der Veranstaltung keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt werden, die über den mit dem Hinweis auf die Bereitstellung von Gewinnen verbundenen Werbeeffekt hinausgehen und
4. nicht zu erwarten ist, dass durch die Veranstaltung selbst oder durch die Verwirklichung des Veranstaltungszwecks oder die Verwendung des Reinertrages die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet wird oder die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten beeinträchtigt werden.

Satz 3 Nummer 3 gilt nicht für Veranstaltungen in der Form des Gewinnsparens.

Lotteriewesen in Deutschland und zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Loto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, 8.3.2004.

(2) Erlaubnisse werden von der zuständigen Behörde für das Gebiet des jeweiligen Landes oder einen Teil dieses Gebiets erteilt. Soll eine Lotterie mit einem einheitlichen länderübergreifenden Spielplan in mehreren Ländern veranstaltet werden, darf sie nur im Einvernehmen mit den Ländern erlaubt werden, in denen die Lotterie veranstaltet werden soll (...).

(3) Soll eine Lotterie mit einem einheitlichen länderübergreifenden Spielplan in mehreren Ländern veranstaltet werden, kann abweichend von Absatz 2 Satz 1 das Land, in dem der Veranstalter seinen Sitz hat, eine Erlaubnis auch mit Wirkung für die Länder erteilen, die hierzu ermächtigt haben."

9. Laut LotStV und den landesgesetzlichen Vorschriften für Lotterien und Sportwetten sind zur gewerblichen Durchführung von Glücksspielen nur die Länder selbst oder juristische Personen des öffentlichen Rechts oder privatrechtliche Gesellschaften, an denen das Land unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt ist, befugt. Private Betreiber gewerblicher Lotterien und Sportwetten erhalten keine Erlaubnis; einzige Ausnahme sind Konzessionen für Wettunternehmen der ehemaligen DDR, deren Gültigkeit auch nicht mehr unumstritten ist. Lotto, (Fußball-)Toto und Oddset-Sportwetten sind für den deutschen Lotto/Totoblock vorbehalten. Die Tatsache, dass ein ausländischer Betreiber, der in Deutschland seine Dienste anbietet, über eine ausländische Konzession verfügt bzw. die ausländischen Glücksspielbestimmungen erfüllt, wird für die Durchführung von Glücksspielen in Deutschland nicht als relevant betrachtet².

10. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Sportwetten, die auf Länderebene für die Erteilung der Erlaubnisse gelten, können wie folgt beschrieben werden: In den Bundesländern Saarland, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Berlin können private Anbieter keine Erlaubnis erhalten, da in diesen Bundesländern nur das Bundesland selbst solche Veranstaltungen anbieten darf.

Im Saarland verfügt aufgrund von § 1 des Gesetzes Nr. 249 über die Veranstaltung von Sportwetten im Saarland vom 8. Juni 1951 (Amtsblatt 1951, 804 – zuletzt geändert durch das Gesetz vom 15. Februar 2006, Amtsblatt S. 474, 530) das Land über das Alleinrecht zur Veranstaltung von Sportwetten³. Gemäß § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes werden Sportwetten von einem öffentlichen Wettunternehmen mit einer Mehrheitsbeteiligung des Staates veranstaltet; der Betrieb des Unternehmens wird der Saarland-Sportfoto GmbH übertragen⁴.

² S. z. B. Entscheidungen des BGH (14.1.2002, 1 ZR 279/99, Sportwetten III; Intertops), BVerwG (5.2.2004, 6 B 10.04) and BayObLG (26.11.2003, 3 St RR 289/03).

³ "Dieses Gesetz gilt für alle Sportwetten (...). Das Alleinrecht zur Veranstaltung bleibt dem Staat vorbehalten".

⁴ „Im Saarland wird unter Mehrheitsbeteiligung des Staates ein öffentliches Wettunternehmen errichtet. Der Betrieb des Wettunternehmens wird der Saarland-Sportfoto GmbH übertragen, der als zweiter Gesellschafter der Landesportverband für das Saarland angehört“.

Nach § 3 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt vom 22.12.2004 kann nur ein Unternehmen zugelassen werden, das sich ganz im Besitz des Landes befindet⁵.

Nach § 1 des Thüringer Staatslotterie- und Sportwettengesetzes vom 3. Februar 2000 ist zur Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten ausschließlich das Land befugt⁶.

Nach § 1 des Gesetzes über die Deutsche Klassenlotterie Berlin und die Stiftung Deutsche Klassenlotterie Berlin (DKLB-Gesetz) vom 7. Juni 1974 ist die „Deutsche Klassenlotterie Berlin“ eine „rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (...)“.

11. Andere Länder (Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen) formulieren in ihren Gesetzen zwar keinen solchen generellen Ausschluss privater Anbieter, verlangen aber, dass privatrechtlich organisierte Anbieter juristische Personen sein müssen, die sich überwiegend im Besitz oder unter der Kontrolle des jeweiligen Landes befinden. Anbieter, die sich ganz oder überwiegend in privatem Besitz befinden, erhalten damit auch in diesen Ländern nicht die erforderliche Lizenz oder Erlaubnis.

In Baden-Württemberg lautet § 2 Abs. 4 des Gesetzes über Staatliche Lotterien, Wetten und Auspielungen vom 14.12.2004 (GVBl. S. 894) wie folgt: „Über die Veranstaltung staatlicher Glücksspiele entscheidet das Finanzministerium. Die Entscheidung des Finanzministeriums über die Veranstaltung neuer Glücksspiele bedarf der Zustimmung des Landtags. Das Finanzministerium kann eine juristische Person des privaten Rechts, an der das Land unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt ist, mit der Durchführung der durch das Land veranstalteten Glücksspiele beauftragen.“

In Bayern haben § 2 Abs. 4 und 5 des Staatslotteriegesetzes (BayStaatslotteriegesetz) vom 29. April 1999 (GVBl. 1999, 226), zuletzt geändert am 24.4.2001 (GVBl. 2001, 140) folgenden Wortlaut: „(4) Die Durchführung der Glücksspiele obliegt der Staatlichen Lotterieverwaltung. Die Staatliche Lotterieverwaltung ist eine Staatliche Einrichtung ohne eigene Rechtspersönlichkeit im Geschäftsbereich des Staatsministeriums der Finanzen. (5) Die Staatliche Lotterieverwaltung kann mit Zustimmung des Staatsministeriums der Finanzen die Durchführung von Glücksspielen auf eine juristische Person des Privatrechts übertragen.“

In Niedersachsen kann der Veranstalter von Sportwetten und Lotterien (mit der Ausnahme von Lotterien, die vom Land veranstaltet werden) auf der Grundlage von § 3 Abs. 1 und 2 des Niedersächsischen Gesetzes über das Lotterie- und Wettwesen vom 21. Juni 1997 (Nds. GVBl. S. 289, zuletzt geändert am 15.12.2005, GVBl. S. 426 und 664) nur dann eine Konzession erhalten, wenn das Land mittelbar oder unmittelbar

⁵ GVBl. LSA 2004, S. 346, zuletzt geändert am 5.12.2005, GVBl. LSA 2005, S. 715. „(2) Eine Zulassung nach Absatz 1 darf nur einem Unternehmen erteilt werden, dessen sämtliche Anteile dem Land gehören. (...)“.

⁶ GVBl. GVBl. 2000, S. 15, zuletzt geändert am 10.3.2005 (GVBl. S. 58); „Zur Veranstaltung von Zahlenlotterien und Sportwetten ist ausschließlich das Land befugt. Es kann ferner andere Lotterien veranstalten. Zu den Lotterien und Sportwetten können Zusatzlotterien veranstaltet werden.“

beteiligt ist und die anderen Beteiligten juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (Gesellschaft/Wettunternehmen)?

In Nordrhein-Westfalen kann das Land gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Ausspielungen durch das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. Dezember 2005 (GV.NRW.2005 S. 948)⁸ die Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen einer privatrechtlichen Gesellschaft übertragen, an der juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind⁹. Laut § 1 Abs. 1 des Sportwettongesetzes vom 3. Mai 1955 (GV.NRW.1955, 84) kann die Landesregierung eine Zulassung für Sportwetten nur juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder juristischen Personen des privaten Rechts erteilen, deren Anteile überwiegend juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehören¹⁰.

Gemäß § 4 Abs. 1 Ziffer 1 Buchstabe b) des Gesetzes über öffentliche Lotterien, Ausspielungen und Sportwetten im Land Brandenburg vom 13. Juli 1994 darf eine Erlaubnis „nur erteilt werden, wenn der Veranstalter a) ... b) keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt.“ Laut § 4 Abs. 3 des gleichen Gesetzes darf „(3) eine Erlaubnis nach Absatz 2 [...] nur einer juristischen Person des privaten Rechts erteilt werden, deren Anteile dem Land Brandenburg gehören“.

§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über Wetten und Lotterien des Landes Bremen¹¹ lautet wie folgt: „Dieses Gesetz gilt für die Veranstaltung von Wetten, Lotterien und Ausspielungen durch das Land Bremen selbst, durch juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, in den juristische Personen des öffentlichen Rechts

⁷ „§ 3 Konzession, Wettunternehmen.

(1) Das Veranstalten öffentlicher Wetten über die Ziehung von Zahlen (Zahlenlotto) oder den Ausgang sportlicher Wettkämpfe (Sportwetten), Lotterien oder Ausspielungen kann von der zuständigen Behörde durch Erteilung einer Konzession zugelassen werden.

(2) Eine Konzession darf nur einer Gesellschaft (Wettunternehmen) erteilt werden, an der das Land unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist und deren andere Beteiligte entweder juristische Personen des öffentlichen Rechts oder Zusammenschlüsse oder Gesellschaften solcher Personen sind oder die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes 1996 erfüllen.“

⁸ Dieses Gesetz gilt laut § 1 Absatz 2 Satz Nr. 2 nicht für Sportwetten.

⁹ „Die Aufgabe, für das Land Nordrhein-Westfalen Lotterien und Ausspielungen zu veranstalten und durchführen, wird gemäß § 5 Abs. 1 und 2 i.V. mit § 15 des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland (Gesetz zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland - Lotteriestaatsvertrag - LoStV) vom 22. Juni 2004 (GV.NRW.S. 315) einer privatrechtlichen Gesellschaft übertragen, an der eine oder mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind. Zuständig für die Übertragung nach Satz 1 ist das Innenministerium.“

¹⁰ „Die Landesregierung kann Wettunternehmen für sportliche Wettkämpfe zulassen. Träger des Wettunternehmens kann nur eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine juristische Person des privaten Rechts sein, deren Anteile überwiegend juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehören.“

¹¹ Gesetz über Wetten und Lotterien in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Juli 2004 (Brem. GBl. S. 425), GBl. S. 425).

unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind (§5 Abs. 2 des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland).“

Gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen vom 3. November 1998 (GVBl. 406, 226), zuletzt geändert am 13.12.2002 (GVBl. I, S. 797) ist das Land Hessen „allein befugt, innerhalb seines Staatsgebietes Sportwetten zu veranstalten (...).“ Laut § 1 Abs. 4 kann das Land Hessen eine juristische Person des Privatrechts mit der Durchführung von Sportwetten und Lotterien beauftragen¹².

In Mecklenburg-Vorpommern ist für die Durchführung einer öffentlichen Lotterie eine Erlaubnis erforderlich. Diese wird nur erteilt, wenn der Veranstalter keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt¹³.

Der Freistaat Sachsen veranstaltet Sportwetten, kann damit aber eine juristische Person des Privatrechts beauftragen¹⁴.

12. Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass Sportwetten in Deutschland nicht von privaten Anbietern veranstaltet werden können; Rheinland-Pfalz kann auf der Grundlage von § 16 Abs. 1 Unterabs. 2 LottStV einem betrauten Unternehmen eine Konzession verleihen (§ 7 des Landesgesetzes zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen (Landesgesetz über das öffentliche Glücksspiel) vom 14. Juni 2004¹⁵). In Rheinland-Pfalz betreibt ein privates Unternehmen ohne bedeutende staatliche Beteiligung derzeit die Lotterie im Rahmen einer staatlichen Konzession. Anders ausgedrückt hat in Rheinland-Pfalz ein privates Unternehmen ein Glücksspielmonopol inne. Die Erlaubnis für einen privaten Lotterie- und Sportwettenbetreiber in Rheinland-Pfalz ist *de facto* diskriminierend, da die Erlaubnis ohne eine öffentliche Ausschreibung erteilt wurde (s. Urteil des Gerichtshofs vom 6. März 2007 in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Rdnr. 59 bis 64).

¹² „Mit der Durchführung der vom Land Hessen veranstalteten Sportwetten und Lotterien kann eine juristische Person des Privatrechts beauftragt werden.“

¹³ §§ 3 and 4 (2) b) of the Gesetz über Lotterien und Tombolen in Mecklenburg-Vorpommern vom 24. Oktober 2001 (GVBl. S.401/GS M.-V. Gl. Nr. 2186-3).

¹⁴ S. § 1 des Gesetzes über die staatlichen Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Oktober 1998 (SächsGVBl. S. 598), zuletzt geändert am 12.3.2002 (GVBl. page 111): "(1) Der Freistaat Sachsen veranstaltet 1. Sportwetten, 2. Zahlenlotterien, 3. Losbrieftotterien. (2) Mit der Durchführung kann eine juristische Person des Privatrechts beauftragt werden.“

¹⁵ "§ 2

(1) Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland kann das Land Rheinland-Pfalz seine Aufgabe nach § 5 Abs. 1 des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland durch ein betrautes Unternehmen wahrnehmen.

(2) Die Betrauung erfolgt durch die Vergabe einer Konzession. Es besteht kein Anspruch auf die Vergabe einer Konzession.“

13. In den Bundesländern bieten die Inhaber ausschließlicher Lizenzen normalerweise die üblichen TOTO-Ergebniswetten an, bei denen die Spieler auf die Ergebnisse von 13 Spielen wetten (1-0-2-Wette) und die Gewinnquoten feststehen. Die meisten, wenn auch nicht alle Lizenzinhaber bieten zudem moderne Tagessportwetten mit festen Gewinnchancen an, bei denen der Spieler gegen einen Buchmacher antritt (Top-Wette und Kombi-Wette). Diese Spiele gibt es in Deutschland seit 1999.

14. Personen unter 18 Jahren dürfen in Deutschland an Online-Sportwetten grundsätzlich nicht teilnehmen. Gemäß § 4 Abs. 2 LottStV ist die „Teilnahme von Minderjährigen [...] unzulässig“. Glücksspiele per Internet sind dagegen zugelassen. Gemäß § 7(2)(2) LottStV darf „eine Erlaubnis [...] insbesondere nicht erteilt werden, wenn 1. (...) oder 2. eine interaktive Teilnahme in Medien, insbesondere im Internet, mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe ermöglicht wird“. ... Daraus ergibt sich, dass Glücksspiele per Internet - mit Ausnahme interaktiver Spiele mit zeitnaher Gewinnbekanntgabe - in Deutschland zulässig sind.

15. Nach Artikel 49 EGV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten.

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben sich in zweifacher Hinsicht: Erstens wird in Deutschland die Bereitstellung von Glücksspieldiensten durch in anderen Mitgliedstaaten zugelassene Anbieter untersagt, und zweitens ist deshalb in Deutschland auch die Werbung für diese Glücksspiele verboten (§ 284 Abs. 1 bzw. 4 StGB in Verbindung mit den Bestimmungen von § 5 Abs. 2 LottStV und den oben aufgeführten Bestimmungen der landesgesetzlichen Vorschriften der Bundesländer über die Erteilung der Erlaubnisse).

A. Veranstaltung von öffentlichen Glücksspielen

16. Der Kommission wurde mitgeteilt, dass eine Reihe in anderen Mitgliedstaaten ansässiger und zugelassener Anbieter von Glücksspielen daran gehindert werden, ihre Dienstleistungen in Deutschland anzubieten. Die Kommission hat ferner erfahren, dass in verschiedenen deutschen Bundesländern aufgrund von § 284 StGB gegen in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungserbringer Gerichtsverfahren eingeleitet worden sind.

17. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften schreibt Artikel 49 EGV die Aufhebung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit vor. Alle Maßnahmen, die die Ausübung solcher Freiheiten unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen, müssen als derartige Beschränkungen angesehen werden (EuGH, Urteil vom 15. Januar 2002, Rs. C-439/99, Kommission gegen Italien, Slg. 2002, I-00305, Randnr. 22; siehe zu diesem Zweck im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit auch das Urteil des EuGH in der Rs. C-205/99 Analir u. a., Slg. 2001, I-1271, Randnr. 21).

18. Der Gerichtshof hat im Hinblick auf Sportwetten entschieden, dass Artikel 49 EGV auch Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer mit Sitz in einem Mitgliedstaat über das Internet oder über Telefon - d.h. ohne Ortswechsel - in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Leistungsempfängern anbietet, so dass jede Beschränkung dieser

Tätigkeiten eine Beschränkung der freien Erbringung von Dienstleistungen durch einen solchen Leistungserbringer darstellt (vgl. Urteil in der Rechtssache C-243/01, Gambelli u.a., Randnr. 53 und 54).

In seinem Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80, Webb, Slg. 1981, S. 3305 Randnr. 20 hat der Gerichtshof Folgendes entschieden.

„Dies ginge jedoch jenseits des angestrebten Ziel hinaus, wenn die Anforderungen, von denen die Erteilung einer Genehmigung abhängt, zu einer bloßen Wiederholung der Nachweise und Sicherheiten führen würde, die im Staat der Niederlassung verlangt werden. Die Beachtung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs verlangt zum einen, dass der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, bei der Prüfung der Anträge auf Genehmigung und bei der Genehmigungserteilung in keiner Weise nach der Staatsangehörigkeit oder dem Niederlassungsort des Leistungserbringers unterscheidet, und zum anderen, dass er die Nachweise und Sicherheiten berücksichtigt, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung beigetragen hat.“

In seinem Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90, Säeger, Slg. 1991, S. I-04221, Randnr. 12, 13 und 15 hat sich der Gerichtshof wie folgt geäußert.

„Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 59 EWG-Vertrag (jetzt Artikel 49) nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten – verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.“

Insbesondere darf ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten und damit den Bestimmungen des EWG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewähren, jede praktische Wirksamkeit nehmen. Eine solche Beschränkung ist erst recht unzulässig, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Dienstleistung anders als in dem in Artikel 60 Absatz 3 EWG-Vertrag geregelten Fall erbracht wird, ohne dass sich der Dienstleistende in das Gebiet des Mitgliedstaats zu begeben braucht, in dem die Leistung erbracht wird.

(...) Jedoch darf der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrags nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist. Diese Anforderungen müssen insbesondere sachlich geboten sein, um die Einhaltung der Berufsregelungen und den Schutz der Empfänger von Dienstleistungen zu gewährleisten, und dürfen nicht über das hinausgehen, was zum Erreichen dieser Ziele erforderlich ist (...).“

in seinem Urteil vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-355/98, Kommission gegen Belgien, Slg. 2000, S. I-01221, Randnr. 37 und 38 hat der Gerichtshof Folgendes bestätigt.

„Der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages darf nämlich nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist (Urteil in der Rechtssache 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305, Randnr. 17).“

Indem es verlangt, dass alle Unternehmen dieselben Voraussetzungen erfüllen, um eine vorherige Genehmigung oder Zulassung zu erhalten, macht es das belgische Recht jedoch unmöglich, den Verpflichtungen Rechnung zu tragen, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist.“

19. Die Anforderung einer von der Landesbehörde erteilten Erlaubnis in Verbindung mit den landesgesetzlichen Bestimmungen, die die Erteilung einer solchen Erlaubnis ausschließen und es darüber hinaus rechtlich unmöglich machen, dass ein Diensteanbieter aus einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen in Deutschland erbringt, und die Tatsache, dass laut § 5 Abs. 2 LottStV und den oben genannten landesgesetzlichen Bestimmungen allein das Land oder privatrechtliche Gesellschaften, die sich überwiegend im Besitz oder unter der Kontrolle des betreffenden Bundeslandes befinden, die erforderliche Lizenz bzw. Erlaubnis erhalten können, behindern die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 15. Januar 2002, Rs. C-439/99, Kommission gegen Italien, Slg. 2002, S. I-305, Randnr. 36). § 284 Abs. 1 StGB sieht strafrechtliche Sanktionen gegen Anbieter vor, die diese Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusammenhang mit Sportwetten missachten, und ergänzt und verstärkt somit die Beschränkungen des im Artikel 49 EGV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs.

Auch wenn das Strafrecht vom Grundsatz her eine Angelegenheit ist, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, hat der Gerichtshof konsistent festgeschrieben, dass das Gemeinschaftsrecht bestimmte Begrenzungen ihrer Befugnisse vorsieht und diese Rechtsvorschriften die vom Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten nicht einschränken dürfen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat außerdem klar gestellt, dass ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen für die Nichterfüllung einer ordnungsrechtlichen Formalität verhängen darf, wenn eine derartige Erfüllung vom betreffenden Mitgliedstaat im Rahmen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht verweigert oder unmöglich gemacht wurde. Artikel 49 des Vertrags ist so auszulegen, dass er nationale Vorschriften wie § 284 StGB ausschließt, die strafrechtliche Sanktionen für Personen vorsehen, die die Tätigkeit der Annahme von Wetten ohne eine im nationalen Recht vorgesehene Lizenz betreiben, wenn es diesen Personen unmöglich ist, in den Besitz derartiger Lizenzen oder Erlaubnisse zu gelangen, weil ein Mitgliedstaat im Rahmen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht diesen Personen die Lizenz oder Erlaubnis verweigert hat (s. Urteil des Gerichtshofs vom 6. März 2007 in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Placanica, Rdnr. 68, 69 und 71).

B. Werbung für Glücksspiele

20. Der Kommission wurde mitgeteilt, dass eine Reihe in anderen Mitgliedstaaten ansässiger, zugelassener Anbieter von Sportwetten daran gehindert werden, für ihre Dienstleistungen in Deutschland zu werben. Nach den Erkenntnissen der Kommission sind aufgrund der Bestimmung des § 284 Abs. 4 StGB eine Reihe von Strafverfahren gegen in anderen Mitgliedstaaten ansässige Leistungserbringer und gegen in Deutschland ansässige Medienbetreiber eingeleitet worden.

21. Einschränkende Maßnahmen, die die Veröffentlichung von Werbung für Glücksspiele verbieten, die von Sportwettenbetreibern angeboten werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig und zugelassen sind, behindern eindeutig den Export von Medienverkaufsdiensten durch die deutsche Presse und andere Medien. Der Gerichtshof hat mehrfach entschieden, dass ein Unternehmen, das die Vorschriften in seinem Niederlassungsmitgliedstaat einhält, sich beim Erbringen von Dienstleistungen für in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Empfänger auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann. Dabei hat der Gerichtshof betont, dass dies insbesondere dann gilt, wenn ein Mitgliedstaat das Recht der in seinem Gebiet niedergelassenen Presseunternehmen beschränkt, in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Inserenten Anzeigenraum in ihren Veröffentlichungen anzubieten (s. Urteil vom 8. März 2001, Rs. C-405/98, *Gourmet*, Slg. 2001, I-1795, Randnr. 37 und 38).

22. Die restriktiven Maßnahmen beschränken die Möglichkeit der Anbieter von Werbedienstleistungen aus der EU, ihre Leistungen in Deutschland zu erbringen, und somit auch die Werbeleistungen in anderen Mitgliedstaaten ansässiger Glücksspielanbieter für die deutsche Öffentlichkeit.

23. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof des Weiteren entschieden hat, dass eine Maßnahme wie z.B. ein Werbeverbot auch dann, wenn sie keinen diskriminierenden Charakter hat, das grenzüberschreitende Angebot von Anzeigenraum in Wirtschaftszweigen mit grenzüberschreitender Dimension in besonderer Weise beeinträchtigt und daher eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Artikel 49 EGV darstellt (vgl. Rs. C-405/98, *Gourmet*, a.a.O., Randnr. 39 und Rs. C-384/93 *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 35). Dies ist der Fall bei Sportwetten.

24. Deshalb stellt § 284 Abs. 4 StGB über die Werbung in Verbindung mit § 5 Abs. 2 LouStV und den oben genannten landesgesetzlichen Vorschriften der Bundesländer über die Erteilung der Erlaubnisse nach Ansicht der Kommission eine ergänzende und erschwerende Beschränkung von Artikel 49 des Vertrags dar.

3. BEGRÜNDUNG DER BESCHRÄNKUNGEN

25. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind lediglich jene nationalen, diskriminierungsfreien Maßnahmen als zulässige Beschränkungen des Artikels 49 EGV anzusehen, die

- durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, sofern das Allgemeininteresse nicht bereits in dem Mitgliedstaat geschützt ist, in dem der Anbieter ansässig ist, und

- nicht unverhältnismäßig sind, d. h. geeignet sind, diese Ziele zu erreichen, nicht über das sachlich gebotene Maß hinausgehen und nicht durch weniger restriktive Maßnahmen ersetzt werden können (s. Urteil vom 25. Juli 1991, Rs. C-76/90, *Säger gegen Dennemeyer*, Slg. 1991, I-04221, Randnr. 15).

Unter Randnr. 67 seines Urteils in der Rechtssache *Gambelli* hat der Europäische Gerichtshof Folgendes entschieden:

„Zunächst hat der Gerichtshof in den Urteilen Schindler, Läärä u. a. und Zenatti zwar anerkannt, dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können; jedoch müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen.“

Unter der Randnr. 69 des gleichen Urteils nimmt der Gerichtshof jedoch folgende Klarstellung vor:

„Soweit nun aber die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, können sich die Behörden dieses Staates nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu rechtfertigen.“

26. Das zentrale ordnungsrechtliche Ziel der deutschen Regierung im Hinblick auf die Regulierung und Kontrolle von Glücksspielen besteht laut der Gesetzesbegründung zu § 284 StGB (Deutscher Bundestag, Drucksache 13/8587) darin,

- einen nicht unerheblichen Teil der Einnahmen aus Glücksspielen (mindestens 25 %) zur Finanzierung gemeinnütziger oder öffentlicher Zwecke heranzuziehen,
- die übermäßige Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen und eine Ausnutzung des natürlichen Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken zu verhindern und
- durch staatliche Kontrolle einen ordnungsgemäßen Spielablauf gewährleisten.

27. Laut § 1 LottStV ist es Ziel des Staatsvertrags,

1. den natürlichen Spieltrieb in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,
2. übermäßige Spielanreize zu verhindern,
3. eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken auszuschließen,

4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß und nachvollziehbar durchgeführt werden,

3. sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird.

Um diese Ziele zu erfüllen, enthält § 4 LottStV folgende Bestimmungen:

1. Die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen muss mit den Zielen des § 1 im Einklang stehen.

2. Die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen darf den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen. Die Teilnahme von Minderjährigen ist unzulässig.

3. Art und Umfang der Werbemaßnahmen für Glücksspiele müssen angemessen sein und dürfen nicht im Widerspruch zu den Zielen des § 1 stehen. Die Werbung darf nicht irreführend sein, insbesondere nicht darauf abzielen, unzutreffende Vorstellungen über die Gewinnchancen hervorzurufen.

4. Die Veranstalter, Durchführer und gewerblichen Spielvermittler haben Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten bereitzuhalten.

Die in §§ 1 und 4 LottStV definierten Ziele stellen aus logischer Sicht die *Ratio* der landesgesetzlichen Bestimmungen der deutschen Länder für die Erteilung der Erlaubnisse für Lotterien und Sportwetten dar.

28. In ihrer Antwort auf das Aufforderungsschreiben bestreiten die deutschen Behörden in keiner Weise, dass die oben genannten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit bestehen, sind aber der Auffassung, dass diese Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gerechtfertigt sind, und kommen zu folgendem Schluss: „Die Finanzierung gemeinnütziger Zwecke aus den Einnahmen der Veranstaltung von Sportwetten durch staatliche Unternehmen ist also nicht Hauptzweck oder Nebenzweck, sondern eine „nützliche Nebenfolge“ im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 6. November 2003, Rs. C-243/01, *Gambelli u.a.*)“. Beide Parteien sind sich also darin einig, dass die Finanzierung gemeinnütziger Zwecke alleine nicht als zulässige Rechtfertigung für die oben aufgeführten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit herangezogen werden kann.

29. In Hinblick auf die Prävention von Wirtschaftskriminalität und Geldwäsche hat die Kommission in ihrem Aufforderungsschreiben ausgeführt, dass sie keine zulässigen Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung aller grenzüberschreitenden Glücksspiele zu erkennen vermag, insbesondere dann nicht, wenn diese Glücksspiele von Dienstleistungserbringern angeboten werden, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben und dort angemessen kontrolliert werden. Eine derartige denkbare Rechtfertigung erscheint umso weniger gegeben, als die Mitgliedstaaten gemäß Art. 12 der Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (91/308/EWG), geändert durch die Richtlinien 2001/79/EG und 2005/60/EG, dazu verpflichtet sind, dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen dieser

Richtlinie auf Berufe und Unternehmenskategorien angewendet werden, die besonders geeignet sind, für Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden. Daraus folgt, dass Anbieter von Glücksspielen bereits aufgrund der nationalen Gesetzgebung zur Umsetzung der Richtlinie 91/308 heutiger Fassung verpflichtet sein können, verdächtige Aktivitäten ihren nationalen, für die Bekämpfung von Geldwäsche zuständigen Behörden zu melden. Solche Anbieter können außerdem bereits in ihrem Sitzstaat anderen Gesetzen, Verordnungen oder Verhaltenskodizes unterworfen sein, die spezifische Kontrollen vorsehen, um andere Formen von Wirtschaftsstraftaten zu verhindern.

30. In ihrer Antwort auf das Aufforderungsschreiben führen die deutschen Behörden die Bekämpfung von Kriminalität und Geldwäsche nicht als Rechtfertigungsgrund für die oben aufgeführten Beschränkungen an. Damit meint die Kommission, dass die zuvor genannten Beschränkungen im vorliegenden Fall nicht aus Gründen der Bekämpfung von Kriminalität und Geldwäsche gerechtfertigt sind.

31. In ihrer Antwort auf das Aufforderungsschreiben führen die deutschen Behörden das Bekämpfen von Spiel- und Wertsucht als einzigen Rechtfertigungsgrund für die oben aufgeführten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit an. Dies entspricht sicherlich dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006, das in Rndr. 98 entschieden hat, dass "Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols und die dadurch beabsichtigte Begrenzung und Ordnung des Wettwesens (...) die Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht [ist]. Dabei handelt es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel".

Andererseits heißt es unter Randnr. 107 desselben Urteils: "Weitere legitime Ziele sind der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung. Allerdings bestehen typische Betrugsgefahren durch manipulierte Spielgeräte und Spielmittel oder durch Einflussnahme auf den Spielverlauf bei Sportwetten mit fester Gewinnquote in geringerem Maße als bei anderen Glücksspielen, da auf ein von dritter Seite veranstaltetes Sportereignis gewettet wird, das der Wettunternehmer selbst nicht beeinflussen kann. Auch die Übervorteilung der Spieler durch Täuschung über die Gewinnchancen ist bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten geringer, da Risiko und Gewinnchance aufgrund der fest vereinbarten Gewinnquoten transparenter sind als bei anderen Glücksspielen".

"Das in § 1 Nr. 3 des Lotteriestaatsvertrags niedergelegte Ziel, "eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken auszuschließen", wäre ebenfalls kein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel, wenn es nur um den Ausschluss privaten Gewinnstrebens gehen sollte. Ein legitimes Ziel ist demgegenüber die Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs". (Randnr. 110 desselben Urteils).

Und hinsichtlich des Verbraucher- und Jugendschutzes heißt es unter Randnr. 118 schließlich: "Zwar ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, Verbraucher- und Jugendschutz sowie die Vermeidung von Folge- und Begleitkriminalität grundsätzlich auch durch die Normierung entsprechender rechtlicher Anforderungen an ein gewerbliches Wettangebot privater Wettunternehmen zu realisieren. Deren Einhaltung könnte durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht sichergestellt werden (vgl. auch EuGH, Urteil vom 6. November 2003 - C-243/01 - Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Randnr. 73 f.)...".

32. Der vorrangige und ausschließliche Rechtfertigungsgrund der Bekämpfung der Spielsucht findet sich auch in den Erläuterungen zum Lotteriestaatsvertrag, in denen es u.a. heißt:

"Glücksspiele können wegen des natürlichen Spieltriebs nicht gänzlich unterbunden oder auf ein für den Spieler völlig unattraktives Maß beschränkt werden. Daher ist sicherzustellen, dass der Spieltrieb durch geeignete Spielangebote in geordnete und überwachte Bahnen gelenkt wird. Anderenfalls würden die Spieler auf illegale Spielangebote ausweichen. Deshalb müssen auch Lotterien und andere Glücksspiele mit einem erhöhten und deswegen besonders zu kontrollierenden Gefahrenpotenzial (Spielbank, bestimmte Werten, Jackpotlotterie) angeboten und in angemessenem Umfang beworben werden.

Glücksspiele weisen unterschiedliche Gefährdungspotenziale auf. Da das Suchtverhalten von Glücksspieler vor allem dadurch bestimmt wird, dass in kurzen Zeitabständen intensive Spannungserlebnisse realisierbar sind oder ein Abtauchen aus der Alltagsrealität gefördert wird, ist vor allem Glücksspieler mit raschen Gewinnabfolgen, wie zum Beispiel Roulette, ein höheres Suchtpotenzial zu eigen als langsamen Spielen. Besondere Spielanreize bergen auch solche Spiele, bei denen Wissen oder Können den Spielerfolg vermeintlich beeinflusst (zum Beispiel Sportwetten).

Auch Lotterien haben ein nicht unerhebliches Gefährdungspotenzial und können den Wunsch nach gefährlicheren Glücksspielarten wecken. Würden Lotterien unbegrenzt zugelassen, hätte dies zur Folge, dass in kürzeren Zeitabständen mehrere Lotterien ausgespielt würden. Hinzu käme, dass die Konkurrenz um Marktanteile zu aggressiveren Marketingstrategien und damit zu höheren Spielanreizen, zum Beispiel durch sehr schnell aufeinander folgende Gewinnentscheidungen oder exorbitant hohe Jackpots führen würde. Dabei ist die Gefahr der Ausbeutung des Spieltriebs umso größer, je mehr Anbieter von Lotterien zugelassen würden (Vergleich zu Sportwetten BVerwG, Urteil vom 23.08.1994, 1 C 18/91, BVerwGE 96, 295 (300)). Lotterien haben aber auch je nach Art der Veranstaltung unterschiedliche Auswirkungen auf den Spieltrieb des Menschen. So sind die möglichen nachteiligen Auswirkungen auf die Spielsucht und die wirtschaftliche Situation des Spielers bei einer Internetlotterie oder einer Lotterie mit Jackpot weitaus größer, als bei einer monatlich stattfindenden Lotterie mit einem relativ geringen Gewinn."

33. Aus dem oben Gesagten folgt, dass die deutschen Behörden als ausschließliche Rechtfertigung für die Beschränkungen für Artikel 49 EG-Vertrag das vorrangige öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Spielsucht anführen. Zunächst einmal merkt die Kommission an, dass Beschränkungen, die sich auf die Notwendigkeit der Bekämpfung der Spielsucht stützen, dieser Zielsetzung insofern angemessen zu sein haben, als sie dazu dienen müssen, die Glücksspiele auf eine konsistente und systematische Art und Weise zu begrenzen (s Rs. C-243/01, *Gambelli u.a.*, a.a.O. Absatz 67). Soweit nun aber die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, können sich die Behörden dieses Staates nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern und die Spielsucht zu bekämpfen, auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um derartige Maßnahmen zu rechtfertigen (s Rs. C-243/01, *Gambelli u.a.*, Absatz 69)

Existenz einer konsistenten und systematischen Politik zur Bekämpfung der Spielsucht – Bewertung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit

34. In dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006, wonach das in Bayern bestehende staatliche Wettmonopol für Sportwetten in seiner derzeitigen Form mit dem in Artikel 12 Grundgesetz normierten Recht auf freie Berufswahl unvereinbar ist, wurde unter Randnr. 144 dennoch ausgeführt, dass die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel zu den vom Europäischen Gerichtshof zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben laufen. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass ein verfassungsmäßiger Zustand entweder durch eine gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung gewerblicher Veranstaltungen durch private Wettunternehmen, oder durch eine konsequente Ausgestaltung des Wettmonopols erreicht werden kann, die sicherstellt, dass das Wettmonopol wirklich der Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht dient, die einen zwingenden Grund des Gemeinwohls darstellt, der eine Einschränkung des Wettwesens rechtfertigt. Nach diesem Urteil sind die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, das Sportwettenrecht bis zum 31.12.2006 neu zu regeln.

35. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die deutschen Behörden keine konsistente und systematische Politik zur Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht betreiben. Als ein erstes Beispiel sei die Tatsache angeführt, dass in dem Geschäftsbericht der Lotto-Toto GmbH Sachsen-Anhalt für 2004 bestätigt wurde, dass 17 neue Verkaufsstellen an Standorten mit hoher Nachfrage eröffnet wurden und dass sich die Zahl der Internetspieler verdoppelt habe.¹⁶

36. Um die Konsistenz der deutschen Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele und das vorrangige öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Spielsucht bewerten zu können, seien zunächst einige Daten angeführt. Einer verlässlichen Studie¹⁷ zufolge lag der Marktanteil der Sportwetten in Deutschland im Jahr 2003 bei lediglich 5% im Vergleich zu 54% für Lotterien, 24% für Spielautomaten und 10% für Casinos¹⁸. Der Umsatz der Wettannahmestellen stieg von 200 Mio. EUR im Jahr 2000 auf 360 Mio. EUR im Jahr 2001 und 575 Mio. EUR im Jahr 2002 sowie 720 Mio. EUR im Jahr 2004 und auf 1.500 Mio. EUR im Jahr 2005. Der Hang zum Spielen betrug 2003 in Deutschland lediglich 0,388%¹⁹. Diese Daten verweisen zum einen auf einen sehr expansiven Sportwettenmarkt in Deutschland, der von öffentlichen Betreibern und den öffentlichen Behörden unterstützt wird, und zum anderen auf einen sehr geringen Hang zum Spielen, was ein extrem niedriges Risiko für die Spielsucht beinhaltet. Dem Bundeskartellamt zufolge

¹⁶ Lotto-Toto GmbH Sachsen-Anhalt, Geschäftsbericht 2004, S. 20: "Mit 17 Neueröffnung von Lotto-Verkaufsstellen an Standorten mit hoher Nachfrage (...). Seit dem Neustart hat sich die Zahl der Internetspieler auf rund 6 000 verdoppelt".

¹⁷ "Study of Gambling Services in the Internal Market of the European Union, Swiss Institute of Comparative Law, Final Report, 14 June 2006, ISDC – Dordigny – CH – 1015 Lausanne, Suisse"

¹⁸ Ebd., S. 1196.

¹⁹ "Study of Gambling Services" a.a.O. S. 121 f. S. auch Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.12.2006 Artikel mit dem Titel "Länder entscheiden über das Glücksspielmonopol", in dem es heißt, dass die Fälle problematischen Spielverhaltens lediglich 0,33% ausmachen.

versuchen die deutschen Lotterien überdies, ihren Kundenkreis auszuweiten, indem neue Glücksspiele angeboten und beträchtliche Summen für die Werbung ausgegeben sowie auf attraktive Vertriebskanäle zurück gegriffen wird. So wurde die Sportwette ODDSET im Jahr 2000 eingeführt und 2005 durch die ODDSET-Kombi-Wette erweitert. In einer Presseerklärung vom 9. Februar 2006 erklärte der Direktor von Nordwest Lotto und Toto Hamburg, dass Hamburg 2005 Lotto, Oddset und andere Glücksspiele stärker als im Jahr 2004 genutzt hat.

37. An dieser Stelle muss hervor gehoben werden, dass keinerlei Nachweise eines echten oder sogar eines potenziellen Risikos der Spielsucht vorliegen, das die grundlegenden Interessen der Gemeinschaft von 20 Mio. Menschen, die jede Woche in Deutschland Lotto spielen oder auf Sportwetten setzen, gefährden würde²⁰. Auch ist anzumerken, dass die Gründe, die ein Mitgliedstaat im Wege der Rechtfertigung anführen kann, mit einer Analyse der Zweckmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit der restriktiven Maßnahme einher gehen müssen, die ein Mitgliedstaat ergriffen hat. Dieser hat zudem statistische Daten oder sonstige Nachweise beizubringen, die einen Rückschluss auf die Bedrohlichkeit der Risiken zulassen, die mit Glücksspielen einher gehen (s. Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2003, Rs. C-42/02, Lindman, Slg. 2003 I-3519, Randnummer 25 und 26).

Bislang liegen in Deutschland²¹ noch keine verlässlichen Daten über die Zahl von Suchtspielern vor, die einer Behandlung²² bedürften. Zudem gibt es keine epidemiologische Forschung und die Schätzungen sind bislang widersprüchlich²³. Gemäß einer Schätzung des Instituts für Therapieforschung und der Deutschen Hauptstelle für Suchtfragen belief sich die Zahl der Spielsüchtigen im Jahr 2005 lediglich auf 90.000 im Vergleich zu 13,8 Mio. Menschen mit Alkoholproblemen. Aus einer deutschen Studie²⁴ geht hervor, dass irrationales Suchtverhalten im Falle von Lotterien kaum ermittelbar ist. Im Falle von ODDSET wird es höher eingeschätzt, ohne dass die möglichen Suchtrisiken, die von Geldspielautomaten ausgehen, überschritten würden. Das Bundesverfassungsgericht²⁵ kam zu der Einschätzung, dass in erster Linie die Spielautomaten und an zweiter Stelle die Kasinospiele im Hinblick auf die Spielsucht potenziell am gefährlichsten sind. Gemäß einer vom

²⁰ S. Bunde Kartellamt, s.o. Paragraph 211, Seite 65

²¹ "Verlässliche Angaben zur Prävalenz, d.h. zum Auftreten des pathologischen Glücksspiels bezogen auf die Bevölkerung, gibt es für die Bundesrepublik Deutschland bislang nicht", Gerhard Meyer/Meinolf Bachmann, Spielsucht, Heidelberg (2005), S. 52.

²² "Noch immer gibt es aber keine verlässlichen Zahlen über die Anzahl spielsüchtiger Menschen in Deutschland, die eigentlich einer Behandlung bedürfen", Dr. Ingo Ilja Michels, in: Fuchzenschiedler (Hrsg.), Erfolg - Glück - Verzweiflung, S. 9, Oestthacht (2003).

²³ "Über die Häufigkeit von behandlungsbefürhtigen Formen des Glücksspielverhaltens in Deutschland existiert keine aussagekräftige epidemiologische Untersuchung. Die bisherigen Schätzungen sind widersprüchlich", Jörg Petry, Glücksspielsucht, Göttingen (2003), S. 17.

²⁴ "Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten", Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 151 und 158.

²⁵ a.u.O. Randnummer 100.

Bundesverfassungsgericht vorgelegten Studie²⁶ fielen von den 828 Fällen des untersuchten problematischen Spielverhaltens 527 (64%) in den Bereich der Spielautomaten und Kasinospiele, 58 (7%) in den Bereich der Lotterien und das Totos, 68 (8%) in den Bereich der Sportwetten und 18 (2%) in den Bereich der Pferdewetten. Von den 68 Fällen der Sportwetten betrafen 18 Fälle Sportwetten privater Organisatoren (0,0001% der Gesamtpopulation) und 50 Fälle betrafen ODDSET (öffentliche Betreiber).

38. Trotz der Tatsache, dass Kasinospiele für die Spielsucht gefährlicher sind als Sportwetten, setzen die deutschen Behörden ihre expansive Politik im Bereich der Kasinospiele fort. So stieg die Zahl der Kasinos von 7 im Jahr 1950 auf 11 im Jahr 1960 und im Jahr 1970, auf 27 im Jahr 1980, auf 45 im Jahr 1990, auf 66 im Jahr 2000 und auf 81 im Jahr 2005 (Quelle: Unternehmensangaben, Kreuz, Abb. 3: Entwicklung der Zahl der Spielbankenstandorte. Siehe Deutsche Spielbanken Interessen- und Arbeitsgemeinschaft (DeSIA), Branchenbericht 2005/2006, Seite 6 (Anzahl der Spielbanken)).

Die *Spielverordnung* in ihrer Fassung vom 1. Januar 2006, die die Spiele mit Spielautomaten (Vergütungsautomaten mit Angabe der Spielpreise) regelt, erhöhte die Dichte pro Quadratmeter für diese Automaten, so dass vor allem in Kasinos und Spielhäusern mehr Automaten installiert werden können. Zudem wurden der Durchschnitts- und Höchstverlust pro Stunde erhöht, den ein Spieler an einem Automaten erleiden kann, die Zahl der in Bars und Restaurants zulässigen Automaten von zwei auf drei gesteigert und die Mindestspieldauer von zwölf auf fünf Sekunden gesenkt, um die Spielautomaten attraktiver zu gestalten. All diese Maßnahmen erhöhen die Suchtrisiken und andere mögliche negative Folgen des Spielens mit Spielautomaten, bei dem es sich um das Glücksspiel mit dem höchsten Suchtrisiko handelt. Derzeit wird die Zahl der in Deutschland betriebenen Spielautomaten auf 180.000 geschätzt.

39. Gemäß § 4 Absatz 4 des LotStV sind die Betreiber und Vermittler von Spielen verpflichtet, über Daten bezüglich der Spielsucht, der Prävention und Therapiemaßnahmen zu verfügen. In ihrer Antwort auf das Aufforderungsschreiben erwähnen die deutschen Behörden keinerlei derartige Informationen, die beweisen, dass ein tatsächliches oder potenzielles Risiko der Spielsucht im Bereich der Sportwetten existiert, die lediglich 5% des Gesamtspielumsatzes in Deutschland ausmachen. In der zuvor genannten deutschen Studie²⁷ wird zudem bestätigt, dass hinsichtlich des deutschen Glücksspielmarktes mit einem Milliardenumsatz in EUR keinerlei Angaben zu den Problemen, der Diagnose und den Lösungen für die Spielsucht gemacht werden. Zu den spielsüchtigen Personen in Deutschland liegen keine verlässlichen Daten vor²⁸. Gemäß Randnummer 101 der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 "(kann) das Suchtpotenzial von Sportwetten

²⁶ "Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten" von Gerhard Meyer (2005).

²⁷ S. Fußnote 28 auf Seite 30.

²⁸ S. Bundeskartellamt, a.a.O. Paragraph 634, Seite 169

mit festen Gewinnquoten derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden. (...) Wie sich das Suchtpotenzial im Hinblick auf Sportwetten entwickeln würde, wenn diese in erheblich ausgeweitetem Maße praktiziert würden, ist gegenwärtig nicht abschbar." Ausführungen von Spielsuchtexpertern vor dem Bundesverfassungsgericht zufolge geht aus klaren epidemiologischen Forschungserkenntnissen hervor, dass problematisches Spielverhalten nicht durch die Tatsache beeinflusst wird, ob die Glücksspiele öffentlich oder kommerziell organisiert sind.

40. Die von Lotto Nordrhein-Westfalen angebotene Hotline, die Informationen über die Spielsucht erteilt, kostet 4,6 Cent pro Minute, wohingegen sich die Kosten für einen Spieldauftrag auf lediglich 6 Cent für jeden Anruf belaufen²⁹. Dies weist eindeutig eine Politik nach, die Aufträge begünstigt und die Bekämpfung der Spielsucht bestraft.

In seinem Bericht vom 13. Oktober 2006 an das hessische Parlament erklärte das Innen- und Sportministerium: "Nach den bisher hier bekannten Erkenntnissen von Suchtverbänden und -forschern korreliert das Suchtpotenzial eines Spiels vor allem mit der Taktfrequenz der Spielabfolge. Wenn dies zutrifft, dürfte das Suchtpotenzial des Internet-Spielangebots nicht höher sein als das des klassischen Spiels und geringer sein als das des Automatenspiels"³⁰. Auch wenn die Häufigkeit der Ziehungen für die Spielsucht sehr bedeutend ist, haben die deutschen staatlichen Monopole das Spiel "Quicky" eingeführt, für das mit dem folgenden Slogan geworben wird: "Schnell gewinnen! Alle 3 Minuten werden bei Quicky neue Gewinnzahlen gezogen und live auf den Monitoren/ Bildschirmen angezeigt. Ab gerade mal 1 EUR pro Ziehung sind Sie dabei - und holen mit ein bisschen Glück das Zehntausendfache heraus. Bei 5 EUR Einsatz also 50.000 EUR. Zeigen Sie Einsatz, sichern Sie sich das schnelle Geld!" Die Obergrenze für wöchentliche Einsätze liegt bei 500 EUR für die Internet-Version von "Quicky", so dass die monatliche Obergrenze das durchschnittliche Nettoeinkommen eines deutschen Haushalts übersteigt, das 2005 bei 1.416 EUR pro Monat lag.

41. Seit der Einführung der Sportwetten in Deutschland war klar, dass Deutschland darauf abzielte, die Einnahmen in Deutschland zu halten, um damit das Risiko zu vermeiden, dass diese Gelder an Wettbewerber im Ausland abfließen. Dies geht klar aus einer der Reden des hessischen Finanzministers, Herrn Starzacher, vor dem hessischen Parlament hervor, in der er bestätigt, dass Einnahmen in Höhe von bis zu 1 Mrd. DM, die ansonsten ins Ausland abfließen, im Land Hessen verbleiben könnten³¹. Auch Staatsminister Falthäuser äußerte sich vor dem bayrischen Parlament auf eindeutige Art und Weise, indem er erklärte, dass es besser sei, dass das Geld in die

²⁹ S. Bundeskartellamt, a.a.O. Paragraph 335, Seite 94

³⁰ Rs. Nr. II 3-21 w 08.05-01-06/005, S. 5.

³¹ "Diese Wetten erweisen sich in Skandinavien als sehr attraktiv. Auch die 16 Unternehmen im Deutschen Lotto-Toto-block beabsichtigen nun, diese Wettart ebenfalls anzubieten. Mit diesem neuen Spielangebot soll zudem Spielkapital in beträchtlicher Höhe - die Fachleute gehen davon aus, dass es sich um 500 Millionen DM bis zu 1 Milliarde DM handeln könne, das heute schon zu entsprechenden Konkurrenzangeboten ins Ausland fließt, im Lande gehalten werden", Hessischer Landtag - 14. Wahlperiode - 103. Sitzung - 30. Juni 1998, S. 6156.

bayrische Staatskasse geht, als dass es über die Grenzen nach Österreich geht³².

42. Darüber hinaus ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 ein starker Hinweis darauf, dass die in Deutschland bestehende Rechtslage mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar ist, und dass die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, wie das Bundesverfassungsgericht selbst anerkennt, den Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts entsprechen. Das Bundesverfassungsgericht hat unter Randnr. 119 ausgeführt, dass "das in Bayern errichtete staatliche Wettmonopol (...) jedoch in seiner gegenwärtigen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar[stellt]. Den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Bürgern ist der -strafbewahrte- Ausschluss gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen nur dann zumutbar, wenn das bestehende Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dient". Unter Randnr. 120 des Urteils wird weiter ausgeführt: "Das im Rahmen des Wettmonopols eröffnete Sportwettenangebot ODDSET ist jedoch nicht konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wertsucht ausgerichtet. Das Staatslotteriesgesetz enthält keine entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen und strukturellen Sicherungen, die dies hinreichend gewährleisten". In Randnr. 148 seines Urteils kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss, dass "das bestehende Wettmonopol in einer Art und Weise ausgestaltet ist, die eine effektive Suchtbekämpfung, die den Ausschluss privater Veranstalter rechtfertigen könnte, nicht sicherstellt". Darüber hinaus bestätigt die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht eine Überarbeitung der bestehenden Gesetze verlangt, deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht.

43. Darüber hinaus sollte darauf verwiesen werden, dass die deutschen Rechtsvorschriften die Einführung neuer Spiele nicht untersagen. Das bedeutet in der Praxis, dass von den staatlich getragenen Wettveranstaltern keine neuen Spiele angeboten werden dürfen. In ihrer Antwort auf das Aufforderungsschreiben haben die deutschen Behörden nicht ausdrücklich die Möglichkeit der Einführung neuer Spiele durch staatlich zugelassene Veranstalter ausgeschlossen. Das bedeutet, dass die deutsche Politik eine wesentliche Regelungslücke aufweisen könnte, welche die vermeintlich kohärente und systematische Bekämpfung der Spielsucht untergraben könnte.

44. Auch sollte an die Art und Weise der Durchführung von Lotterien und die Höhe der Einsätze erinnert werden, die den Schutz der Sozialordnung im Sinne des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-124/97, Läära [1999] Slg. I-060672 Randnr. 14 gewährleisten sollen. Die Begrenzung der Höhe der Einsätze ist naturgemäß ein wichtiges Mittel zur Bekämpfung der Spielsucht. Die

³² "Im übrigen wolle ich darauf hin, dass wir durch die Oddset-Wetten, die es noch nicht lange gibt, mittlerweile Umsätze von 4 Millionen DM pro Woche haben. (...) Es ist besser, das Geld geht in die Bayerischen Staatskassen, als dass es über die Grenzen nach Österreich geht. Das war nämlich üblich. Es gab einen sehr starken Grenzverkehr zum Zweck des Wettens. Das Geld holen wir jetzt selbst herein. Ich glaube, das ist vernünftig". Bayerischer Landtag - 14. Wahlperiode, Plenarprotokoll 14/15 v.20.04.99, S. 858.

Höhe der Einsätze können in Deutschland von 250 EUR pro Woche für Lotto Nordrhein-Westfalen bis zu 2.300 EUR pro Woche für Lotto Berlin schwanken. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Obergrenze von 2.300 EUR pro Woche 9.200 EUR pro Monat bedeutet, was im Vergleich zum durchschnittlichen Nettomonatsgehalt von 1.416 EUR im Jahr 2005 in Deutschland übermäßig hoch ist. Für andere Betreiber, wie z.B. Lotto Hessen, bestehen überhaupt keine Obergrenzen. Wie das Bundeskartellamt nachweist³³, stellt diese Maßnahme keine wirksame Begrenzung dar und die Spielmöglichkeiten sind weiterhin trotz der Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts allgegenwärtig.

45. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vertritt folglich den Standpunkt, dass § 284 StGB in Verbindung mit 1) § 5 Absatz 2 des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland (LottStV), 2) §§ 1 und 2 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 249 über die Veranstaltung von Sportwetten im Saarland vom 8. Juni 1951, 3) § 3 Absatz 2 des Glücksspielgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt vom 22.12.2004, 4) § 1 des Thüringer Staatslotterie- und Sportwettengesetzes vom 3. Februar 2000, 5) § 1 des Gesetzes über die Deutsche Klassenlotterie Berlin und die Stiftung Deutsche Klassenlotterie Berlin (DKLB-Gesetz) vom 7. Juni 1974, 6) § 2 Absatz 4 des Gesetzes über Staatliche Lotterien, Wetten und Ausspielungen vom 14.12.2004 in Baden-Württemberg, 7) § 2 Absatz 4 und 5 des Bayrischen Staatslotterieggesetzes vom 29. April 1999, 8) § 3 Absatz 1 und 2 des Niedersächsischen Gesetzes über das Lotteriewesen vom 21. Juni 1997, 9) § 1 Absatz 1 des Gesetzes über die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Ausspielungen durch das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. Dezember 2005 und § 1 Absatz 1 des Sportwettengesetzes vom 3. Mai 1955, 10) § 4 Absatz 1 Ziffer 1 Buchstabe b) und Absatz 3 des Gesetzes über öffentliche Lotterien, Ausspielungen und Sportwetten im Land Brandenburg vom 13. Juli 1994, 11) § 1 Absatz 1 des Wett- und Lotterieggesetzes von Bremen, 12) § 1 Absatz 1 und 4 des Gesetzes über Staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen vom 3. November 1998, 13) §§ 3 und 4 Absatz 2 Buchstabe b) des Gesetzes über Lotterien und Tombolen in Mecklenburg-Vorpommern vom 24. Oktober 2001, 14) § 1 des Gesetzes über die staatlichen Lotterien und Wetten (Staatslotterieggesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Oktober 1998 in Sachsen, 15) § 2 des Landesgesetzes zu dem Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland und zu dem Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen (Landesgesetz über das öffentliche Glücksspiel – Rheinland-Pfalz) vom 14. Juni 2004, die sich auf die Erteilung von Erlaubnissen für Sportwetten beziehen, für Anbieter, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben und in einem anderen Mitgliedstaat über eine rechtsgültige Lizenz verfügen, eine Beschränkung ihrer Dienstleistungsfreiheit darstellt, die nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und deshalb mit Artikel 49 EGV nicht vereinbar ist.

³³ A.a.O., Randnr. 330-333, S. 92 und 93, und Randnr. 648, S. 173 ("Die von einigen Lottogesellschaften eingeführten Höchstinsätze für Lotterien und Sportwetten stellen insoweit keine wirksame Begrenzung dar").

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften gelangt daher über ihr Aufforderungsschreiben vom 10. April 2006 (Ref. SG(2006)D/201648) hinaus zu der Auffassung, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 49 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verstoßen hat.

Die Kommission ersucht Ihre Regierung gemäß Artikel 226 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ihre Bemerkungen in dieser Angelegenheit binnen zwei Monaten nach Zugang dieses zusätzlichen Aufforderungsschreibens zu übermitteln.

Die Kommission behält sich das Recht vor, nach Eingang der Äußerungen oder falls innerhalb der gesetzten Frist keine Äußerungen eingehen, eine mit Gründen versehene Stellungnahme im Sinne von Artikel 226 abzugeben.

Mit freundlichen Grüßen

Für die Kommission
Charlie McCreevy
Mitglied der Kommission



EUROPÄISCHE KOMMISSION

GD Binnenmarkt und Dienstleistungen
Generaldirektor

Bundesrepublik Deutschland der Bundesrepublik Deutschland bei der Bundesrepublik Deutschland Brüssel	
Eing.	16. MAI 2007
Tgb.Nr.	
Anl.	Depp.

Anlage 4

7/10 mail 1701/EA7, EA3
 2 P. F. Behl, Ludlum
 31 10 15

Brüssel, den 14.05.07 1919
MARKT.E2/KD/dd D (2007) 5757

Betr.: **Stellungnahme zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glückspielwesen**

M. B. K.
 21 W.

Sehr geehrter Herr Botschafter,

Am 21. Dezember 2006 hat Deutschland einen Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen gemäß den Anforderungen der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, notifiziert (Notifizierung 2006/0658/D). Daraufhin gab die Kommission am 22. März 2007 eine ausführliche Stellungnahme gemäß Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, ab, die sich einzig auf § 4 Absatz 4 des notifizierten Textes bezog (der vorsieht, dass Glücksspiele im Internet verboten sind), denn nur dieser Abschnitt enthält „Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG. Am Ende der betreffenden ausführlichen Stellungnahme heißt es jedoch: „Zu den anderen Bestimmungen, die einen wesentlichen Teil des notifizierten Entwurfs darstellen, die jedoch *per se* nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, fallen, werden sich die Dienststellen der Kommission zu einem späteren Zeitpunkt nach weiterer Prüfung der Frage der Verhältnismäßigkeit äußern und die deutschen Behörden in Kenntnis setzen“.

Nach einer weiteren Prüfung des notifizierten Textes durch verschiedene Kommissionsdienststellen möchte ich Sie auf Folgendes hinweisen.

Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs

Zunächst einmal ist festzustellen, dass gemäß § 9 Absatz 1 Ziffer 4 des notifizierten Textes die Glücksspielaufsicht Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten die Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel untersagen kann. Das bedeutet, dass ein deutscher Staatsbürger, der sich kurzzeitig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, nicht seine deutsche Kreditkarte verwenden könnte, um ein Glücksspiel im Internet zu bezahlen, wengleich dieses nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaates erlaubt ist. Anhand dieses Beispiels wird die Beschränkung des freien Zahlungsverkehrs (Artikel 56 Absatz 2 EG-Vertrag) deutlich.

Seiner Exzellenz Herrn Wilhelm SCHÖNFELDER
 Außerordentlicher und bevollmächtigter Botschafter
 Ständiger Vertreter
 Rue Jacques de Lalaing 8-14
 B-1040 BRÜSSEL

Europäische Kommission, B-1049 Brüssel, Belgien. Telefon: (32-2) 298 11 11.
 Büro: SPA 2, 8/32. Durchwahl: (32-2) 298 57 20.
http://ec.europa.eu/internal_market/

Gemäß Artikel 56 Absatz 2 EG-Vertrag sind „*alle Beschränkungen des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten*“. § 9 Absatz 1 Ziffer 4 des notifizierten Textes sieht vor, dass auch Zahlungen untersagt werden können, die unter § 4 Absatz 4 des notifizierten Textes fallen, was eindeutig eine Beschränkung des Zahlungsverkehrs darstellt.

Insbesondere im Fall der Auszahlung von Gewinnen könnten die jeweiligen Transaktionen auch als „*Transfer der zur Erbringung von Dienstleistungen erforderlichen Mittel*“ im Sinne von Rubrik XIII Absatz E von Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG¹ betrachtet werden. Daher könnten die Bestimmungen des notifizierten Textes auch eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs im Sinne von Artikel 56 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen.

Der Gerichtshof hat festgestellt, dass Artikel 56 EG-Vertrag durch gemeinschaftliche oder nationale Regelungen nur beschränkt werden darf, wenn diese entweder durch im EG-Vertrag ausdrücklich genannte Ausnahmen oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, die der Gerichtshof auf der Grundlage des EG-Vertrags anerkannt hat². Ferner hat der Gerichtshof festgestellt³, dass Maßnahmen, die die Ausübung von Grundfreiheiten des EG-Vertrags behindern oder weniger attraktiv machen können, nur unter vier Voraussetzungen zulässig sind:

- sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden;
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“

Laut Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe b EG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten ausdrücklich befugt, Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind. In diesem Zusammenhang zielt § 9 Absatz 1 Ziffer 4 des notifizierten Textes darauf ab, Finanzdienstleistungsinstituten die Mitwirkung an „*Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel und an Auszahlungen aus unerlaubtem Glücksspiel*“ zu untersagen, da dies als Beteiligung an kriminellen Handlungen gemäß § 284 des deutschen Strafgesetzbuchs gelten würde.

Die vier Ziele des notifizierten Textes und insbesondere von § 4 Absatz 4 sind in § 1 aufgeführt. Dazu gehören die Verhinderung des Entstehens von Glücksspielsucht und Wertsucht sowie der Schutz von Jugend und Spielern. Zu den vier zwingenden

¹ Wenngleich der Begriff „Kapitalverkehr“ nicht im EG-Vertrag definiert ist, geht aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH hervor, dass die Richtlinie 88/361/EWG vom 24. Juni 1988 (ABl. L 178 vom 8.7.1988, S. 5) zusammen mit der ihr beigefügten Nomenklatur (insbesondere die Rubriken I und III der Nomenklatur in Anhang I sowie die in diesem Anhang enthaltenen Begriffsbestimmungen) zur Bestimmung dieses Begriffs herangezogen werden kann.

² Siehe folgende Urteile zum freien Kapitalverkehr: Kommission/Portugal, C-367/98, Randnr. 49, Kommission/Frankreich, C-483/99, Randnr. 45, Kommission/Belgien, C-503/99, Randnr. 45 und Kommission/Spanien, C-463/00, Randnr. 68 – Artikel 56(1) EG-Vertrag.

³ Siehe Rechtssache C-55/94, Gebhard, Randnr. 37 (mit weiteren Verweisen).

Erfordernissen, die nach Auffassung des Gerichtshofes Beschränkungen rechtfertigen können, gehört der Verbraucherschutz⁴.

Wie in der von der Kommission an Deutschland übermittelten ausführlichen Stellungnahme ausgeführt, ist § 4 Absatz 4 des notifizierten Textes nicht geeignet, um diese Ziele zu erreichen, und geht über das hinaus, was zur Erreichung der in § 1 aufgeführten Ziele erforderlich ist. Aus dem Wortlaut von § 9 Absatz 1 Ziffer 4 lässt sich ableiten, dass ungeachtet von durch andere Mitgliedstaaten erteilten Genehmigungen angenommen wird, dass alle nicht von den deutschen Behörden zugelassenen Veranstalter an „unerlaubtem Glücksspiel“ im Sinne des notifizierten Textes mitwirken. Allerdings sollte davon ausgegangen werden, dass auch die anderen Mitgliedstaaten über angemessene Verfahren zur Überwachung des Glücksspiels verfügen. Vor diesem Hintergrund erscheint es unangemessen, in Fällen, in denen andere Mitgliedstaaten eine Genehmigung erteilt haben, Glücksspiel von vornherein als rechtswidrig zu betrachten, und es so der deutschen Glücksspielaufsicht zu ermöglichen, den betreffenden Finanzdienstleistungsinstituten die Ausübung einer Grundfreiheit des EG-Vertrags zu untersagen.

Daher ist die Kommission der Auffassung, dass § 9 Absatz 1 Ziffer 4 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag möglicherweise mit Artikel 56 EG-Vertrag unvereinbar ist.

Werbebeschränkungen

§ 5 Absatz 1 des notifizierten Textes besagt: „Werbung für öffentliches Glücksspiel hat sich [...] auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel zu beschränken“. In § 5 Absatz 3 heißt es: „Werbung für öffentliches Glücksspiel ist im Fernsehen (§§ 7 und 8 Rundfunkstaatsvertrag), im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen verboten“. Im Umkehrschluss lässt sich daraus ableiten, dass Werbung per Post, in der Presse, im Radio oder auf andere Weise erlaubt ist. In den Erläuterungen zu § 5 Absatz 3 heißt es: „Abgesehen wird dagegen von einem Verbot der unverlangten Übermittlung von Werbematerial und Spielangeboten per Post. Damit bleibt der Postweg als traditioneller [...] Vertriebsweg weiterhin eröffnet“.

Die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität⁵ (Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“, nachstehend Fernsehrichtlinie genannt) enthält klare Bestimmungen zur Fernsehwerbung und sieht vor, dass die Mitgliedstaaten für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, strengere Bestimmungen erlassen können, nicht jedoch für (lineare) Fernsehdienste aus anderen Mitgliedstaaten.

Der in § 5 Absatz 3 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag enthaltene Verweis auf §§ 7 und 8 des Rundfunkstaatsvertrags lässt darauf schließen, dass der Staatsvertrag nur für deutsche Fernsehveranstalter gelten soll. Somit wäre dies mit der Fernsehrichtlinie vereinbar, nach der die Mitgliedstaaten für Fernsehveranstalter, die ihrer

⁴ Siehe z. B. das Urteil *Caixa-Bank France/Ministère de l'Économie*, C-442/02, Randnr. 21. Dort stellt der Gerichtshof jedoch fest, dass „das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verbot [...] eine Maßnahme darstellt, die über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“.

⁵ ABl. L 202 vom 30.7.1997, S. 60.

Rechtshoheit unterworfen sind, strengere Bestimmungen erlassen können. Dieser Aspekt bedarf jedoch der Klärung (siehe auch die Ausführungen unten).

Neben Fernsehen wird in § 5 Absatz 3 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag auch generell auf das „Internet“ sowie „Telekommunikationsanlagen“ Bezug genommen. Da (lineare) Fernsehdienste auf unterschiedliche Weise bereitgestellt werden können (z. B. durch lineare Fernsehprogramme über das Internet oder für Mobiltelefone), verstößt eine derartige allgemeine Bestimmung möglicherweise gegen die Fernsichtlinie und bedarf ebenfalls der Klärung.

In jedem Fall besagt das Verbot, dass Internet-, Fernseh- und Telefondiensteanbieter mit Sitz in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland keine Werbedienste für Glücksspiel anbieten dürfen und dass in Deutschland Ansässige diese Dienste nicht erhalten dürfen. Daher stellt das Verbot möglicherweise eine Beschränkung der freien Erbringung und Inanspruchnahme grenzüberschreitender Werbedienste dar. Wenngleich das Verbot weder bezweckt noch bewirkt, dem nationalen Markt einen Vorteil gegenüber den Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten zu verschaffen, kann es dennoch eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen (Urteil des Gerichtshofes vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 35). Der Rechtsprechung des Gerichtshofes zufolge beeinträchtigt eine Maßnahme wie ein Werbeverbot angesichts des internationalen Charakters des Marktes der Werbung auch dann, wenn sie keinen diskriminierenden Charakter hat, das grenzüberschreitende Angebot von Anzeigenraum in besonderer Weise und stellt daher eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 49 EG-Vertrag dar (Urteil des Gerichtshofes vom 8. März 2001 in der Rechtssache C-405/98, Gourmet, Slg. 2001, I-1795, Randnr. 39).

Das generelle Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel im Internet, im Fernsehen und über Telekommunikationsanlagen ist nicht geeignet, die Ziele des notifizierten Textes zu erreichen, und geht über das erforderliche Maß hinaus. Es ist nicht geeignet, weil Werbung per Post, in der Presse (Zeitungen, Zeitschriften), im Radio sowie im öffentlichen Raum (auf Straßen, in Stadien, Bahnhöfen und Haltestellen, Einkaufszentren usw.) erlaubt ist. Es ist unverhältnismäßig, weil öffentliches Glücksspiel im Internet gemäß § 4 Absatz 4 des notifizierten Textes verboten ist und darüber hinaus die Werbewirkung aufgrund von § 5 Absatz 1 des notifizierten Textes ohnehin sehr begrenzt ist.

§ 5 Absatz 4 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag besagt: „Werbung für unerlaubte Glücksspiele ist verboten“. In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung heißt es: „In Absatz 4 wird – der geltenden Rechtslage folgend – festgelegt, dass Werbung für öffentliche Glücksspiele nur zulässig ist, wenn für das Veranstalten oder Vermitteln die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes vorliegt. Das gilt nicht für ausländische Glücksspiele, die rechtmäßig im Ausland veranstaltet und im Inland beworben werden dürfen, weil eine – die Erlaubnispflicht nach § 4 Abs. 1 Satz 1 auslösende – Teilnahmemöglichkeit im Inland nicht besteht“.

Gemäß § 5 Absatz 4 ist in Deutschland auch Werbung für Glücksspiele verboten, die rechtmäßig in anderen Mitgliedstaaten angeboten werden, denn „unerlaubte Glücksspiele“ sind alle Glücksspiele, für die in dem jeweiligen Bundesland keine Erlaubnis erteilt wurde, ungeachtet der Tatsache, dass in einem anderen Mitgliedstaat eine entsprechende Erlaubnis erteilt wurde. Darüber hinaus ist demnach in den einzelnen Bundesländern anscheinend auch Werbung für Glücksspiele verboten, die in einem anderen deutschen Bundesland genehmigt sind und rechtmäßig angeboten werden, denn

in diesem Fall gilt die in einem Bundesland erteilte Erlaubnis von Glücksspielen nicht für andere Bundesländer, sodass die betreffenden Glücksspiele im Sinne von § 5 Absatz 4 des notifizierten Textes ebenfalls als „unerlaubt“ betrachtet werden können.

Folglich beschränkt § 5 Absatz 4 die Erbringung von Werbediensten durch a) Glücksspielveranstalter mit Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat oder einem anderen deutschen Bundesland, die in Deutschland bzw. in einem anderen Bundesland Werbedienste für Glücksspiele erbringen möchten, die in einem anderen Mitgliedstaat bzw. in einem anderen Bundesland genehmigt sind, und b) Werbetreibende mit Sitz in Deutschland, die Glücksspiele bewerben möchten, die in einem anderen Mitgliedstaat oder einem anderen deutschen Bundesland rechtmäßig veranstaltet werden.

In den oben zitierten Erläuterungen wird jedoch Folgendes klargestellt: „Das gilt nicht für ausländische Glücksspiele, die rechtmäßig im Ausland veranstaltet und im Inland beworben werden dürfen, weil eine – die Erlaubnispflicht nach § 4 Abs. 1 Satz 1 auslösende – Teilnahmemöglichkeit im Inland nicht besteht“. Hierzu ist anzumerken, dass die diesbezüglichen Erläuterungen, die nicht Teil des Rechtstextes sind, eindeutig im Widerspruch zu dem generellen Verbot von § 5 Absatz 4 des notifizierten Textes stehen. Aus ersichtlichen Gründen der Rechtssicherheit sind die Ausführungen der Erläuterungen nur hinreichend werden, wenn sie in den Wortlaut von § 5 Absatz 4 aufgenommen werden. Doch selbst dann unterläge die Werbung für in einem anderen deutschen Bundesland veranstaltete Glücksspiele wahrscheinlich weiterhin Beschränkungen, da aus den Erläuterungen nicht eindeutig hervorgeht, ob diese Art von Glücksspielen ebenso wie ausländische Glücksspiele von dem Werbeverbot für unerlaubte Glücksspiele ausgenommen ist. Ferner würde, selbst wenn das generelle Verbot von § 5 Absatz 3 nicht für ausländische Programme gilt, zumindest die Bestimmung von § 5 Absatz 1 wahrscheinlich für alle in Deutschland übertragenen Programme gelten, was in der Praxis bedeutet, dass alle Programme, in denen Glücksspiele in Deutschland beworben werden, rechtswidrig wären, außer wenn sich die Werbung auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel beschränkt. Nach Auffassung der Kommissionsdienststellen muss dieser Aspekt geklärt werden, um beurteilen zu können, ob die notifizierte Bestimmung mit dem EG-Recht vereinbar ist.

Ferner enthält § 21 Absatz 2 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag ein besonderes Verbot der Trikot- und Bandenwerbung für Sportwetten. In der Praxis würde die Anwendung dieser Bestimmung bedeuten, dass es einer ausländischen Mannschaft unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen untersagt wäre, das Logo ihres Sponsors/Sportwettenveranstalters zu tragen, selbst wenn die Glücksspieltätigkeit im Herkunftsmitgliedstaat des Sponsors rechtmäßig ist.

Diese Beschränkung der Werbung für Sportwetten ist ein eindeutiger Beleg für das Fehlen einer kohärenten und systematischen Strategie zur Bekämpfung der Glücksspielsucht, da für andere Glücksspiele mit höherem Suchtpotenzial (Spielkasinos, Glücksspielautomaten) kein derartiges Werbeverbot vorgesehen ist.

Daher ist die Kommission der Auffassung, dass § 5 Absätze 3 und 4 und § 21 Absatz 2 des notifizierten Textes möglicherweise mit Artikel 49 EG-Vertrag unvereinbar sind. Die deutschen Behörden werden aufgefordert zu erläutern, wie § 5 Absätze 3 und 4 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag auf die Fernsehdienste angewendet wird, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 97/36/EG fallen und von einem Diensteanbieter erbracht werden, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, und zwar unabhängig von der Art der technischen Erbringung dieser Dienste.

Begrenzung der Verkaufsstellen – Beschränkungen der Vertriebswege

Gemäß §§ 4, 12 und 19 des notifizierten Textes ist für die Erbringung von Glückspielvermittlungsdiensten eine Erlaubnis erforderlich. Da es für jedes deutsche Bundesland einer Erlaubnis bedarf, benötigt ein gewerblicher Spielvermittler 16 Erlaubnisse, um seine Dienste in ganz Deutschland anbieten zu können. Laut § 4 Absatz 2 des notifizierten Textes besteht auf die Erteilung der Erlaubnis kein Rechtsanspruch. Für nach dem notifizierten Text nicht erlaubte Glücksspiele darf keine Erlaubnis erteilt werden. Die zuständige Behörde kann nach freiem Ermessen über die Erteilung der Erlaubnis entscheiden, die den Erläuterungen zu § 4 Absatz 2 zufolge „[n]ur unter Beachtung der Ziele von Suchtbekämpfung und -verhinderung, Begrenzung des Glücksspielangebotes und Kanalisierung des Spieltriebs, Gewährleistung des Jugend- und Spielerschutzes sowie der ordnungsgemäßen Durchführung von Glücksspiel und der Abwehr von damit verbundener Kriminalität erteilt werden“ kann. In den Erläuterungen zu § 19 wird dazu ausgeführt: „Die Erlaubnis darf [...] nicht erteilt werden, wenn die (gewerbliche) Spielvermittlung den Zielen insbesondere des § 1 Nr. 1 und 2 zuwiderläuft. Davon wird beispielsweise auszugehen sein, wenn durch die Spielvermittlung neue Vertriebswege (wie Lotto im Supermarkt) eröffnet werden sollen“. Folglich wird es Supermärkten in Deutschland nicht erlaubt sein, Lotterielose zu verkaufen, obwohl die Gefahr der Spielsucht angeblich niedrig ist.

§ 10 Absatz 3 des notifizierten Textes besagt: „Die Länder begrenzen die Zahl der Annahmestellen zur Erreichung der Ziele des § 1“. Es ist hervorzuheben, dass hier von einer Begrenzung und nicht von einer Reduzierung die Rede ist. Die derzeitige Zahl der rund 27 000 Annahmestellen in Deutschland wird zumindest in den kommenden vier Jahren beibehalten.

Diese Bestimmungen bringen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit in Deutschland für Spielvermittler mit sich, die ihren Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat haben und in Deutschland Dienste für Glücksspiele anbieten möchten, die von Veranstaltern mit Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat organisiert werden, und dies selbst dann, wenn sie die von den Lottogesellschaften der deutschen Bundesländern veranstalteten Lotterien und Sportwetten anbieten. In Anbetracht der Begrenzung der Annahmestellenzahl und des Ermessensspielraums der zuständigen Behörden bei der Erteilung der Erlaubnisse haben gewerbliche Spielvermittler aus anderen Mitgliedstaaten *de facto* allenfalls eine geringe Chance, eine Erlaubnis für eine Annahmestelle in Deutschland zu erhalten, in der sie Glücksspiele (Lotterien und Sportwetten) anbieten dürfen, die von Veranstaltern mit Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat organisiert oder von den Lottogesellschaften der deutschen Bundesländer veranstaltet werden. Ferner enthält der notifizierte Text keine Angaben über laufende oder geplante Ausschreibungen, durch die die Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung bei der Erteilung der Erlaubnisse für Annahmestellen gewährleistet würde (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 6. März 2007 in den verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Placanica, Randnr. 59 bis 64). Folglich stellt die in § 10 Absatz 3 des notifizierten Textes vorgesehene Begrenzung der Annahmestellenzahl in Verbindung mit §§ 4, 12 und 19 möglicherweise eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG-Vertrag) und der Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EG-Vertrag) dar, und es besteht eindeutig die Gefahr der Diskriminierung gewerblicher Spielvermittler aus anderen Mitgliedstaaten, die sich in Deutschland niederlassen oder dort Dienste erbringen möchten. In diesem Zusammenhang können keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses als gültige

Rechtfertigung akzeptiert werden, da Beschränkungsmaßnahmen in jedem Fall in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden müssen⁶.

Daher ist die Kommission der Auffassung, dass § 10 Absatz 3 in Verbindung mit §§ 4, 12 und 19 des notifizierten Textes möglicherweise mit Artikel 43 und 49 EG-Vertrag unvereinbar ist.

Wettbewerbsbeschränkungen

Laut Artikel 10 EG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten gehalten, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten. Dies schließt die Verpflichtung ein, keine Maßnahmen einzuführen, die die praktische Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln beeinträchtigen könnten.

Die staatlichen Lottogesellschaften sind öffentliche Unternehmen im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag sowie Unternehmen, die im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 den Charakter eines Finanzmonopols haben, und unterliegen als solche den Regeln des EG-Vertrags. Vor diesem Hintergrund darf Deutschland keine Vorschriften aufrechterhalten oder erlassen, die den Bestimmungen des EG-Vertrags und insbesondere den Wettbewerbsregeln zuwiderlaufen.

Die Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag, die sich im Zusammenhang mit der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele auf das Erfordernis der „Lokalisierung“ beziehen, könnten eine solche Wirkung haben, da das Verbot der Nutzung des Internets für Glücksspiele in Verbindung mit dem neuen Erfordernis zur Erlangung einer Erlaubnis des Bundeslandes für die Einführung neuer Glücksspielangebote die Aktivitäten der Lottogesellschaften auf das Gebiet des Bundeslandes begrenzen würde, in dem sie tätig sind. Die Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag über die Gebietsbegrenzung könnten als Verletzung von Artikel 81 in Verbindung mit Artikel 10 EG-Vertrag betrachtet werden, da die Lottogesellschaften somit das Angebot ihrer Lotteriedienste auf das Gebiet des Landes begrenzen könnten, in dem sie tätig sind, womit sie dem Artikel 81 EG-Vertrag zuwiderhandeln würden.

Daher würde Deutschland mit den Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag seine Verpflichtung verletzen, keine Maßnahmen einzuführen, die die praktische Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln beeinträchtigen könnten.

Ferner würden die betreffenden Bestimmungen des notifizierten Textes die regionale Aufteilung des Marktes fortschreiben, die das deutsche Bundeskartellamt in seiner Entscheidung vom 23. August 2006 verurteilt hat. Es gibt in der Tat gewisse Parallelen zwischen dem Sachverhalt jenes Falls und dem Hintergrund des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag. In jenem Fall schloss das deutsche Bundeskartellamt die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Tätigkeiten der Lottogesellschaften nach Artikel 86 Absatz 2 aus, da es die Beschränkungen nicht für angemessen hielt, um ein rechtmäßiges Ziel des Allgemeininteresses zu erreichen. Eine ähnliche Argumentation wäre im vorliegenden Fall möglich, da hier das Verbot der Nutzung des Internets für Glücksspiele

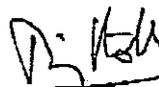
⁶ Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01, Gambelli, Slg. 2003, I-3076, Randnr. 65: „Nach dieser Rechtsprechung müssen die genannten Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Auf jeden Fall müssen sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden“.

in Verbindung mit dem neuen Erfordernis zur Erlangung einer Erlaubnis des Bundeslandes nicht angemessen ist, um das Ziel des Allgemeininteresses der Bekämpfung der Glücksspielsucht zu erreichen; der Ausschluss von Lottogesellschaften aus anderen Bundesländern, die der Aufsicht ihres eigenen Landes unterstehen, dient nicht der Abwendung einer Gefahr für die öffentliche Ordnung. Vor diesem Hintergrund könnten es die betreffenden Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag den öffentlichen Behörden der Bundesländer beispielsweise ermöglichen, etwaige Verletzungen der öffentlichen Ordnung durch Lottogesellschaften aus anderen Bundesländern im Nachhinein zu verfolgen, sie dürften jedoch nicht die Lottogesellschaften vom Markt des jeweiligen Landes ausschließen oder von ihnen die Erlangung einer weiteren Erlaubnis verlangen.

Folglich sind die Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag, die sich im Zusammenhang mit der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele auf das Erfordernis der „Lokalisierung“ beziehen, aus den oben ausgeführten Gründen dem ersten Anschein nach mit den EG-Wettbewerbsregeln unvereinbar.

In Anbetracht dieser Bemerkungen der Kommissionsdienststellen ersuche ich Sie, mir binnen zwei Monaten nach Erhalt dieses Schreibens den Standpunkt der deutschen Regierung zu übermitteln und mir ferner mitzuteilen, welche Maßnahmen die deutschen Behörden ergreifen werden, um ihren Verpflichtungen gemäß dem EG-Recht nachzukommen. Erforderlichenfalls könnte zur Klärung etwaiger Fragen ein Treffen zwischen den Kommissionsdienststellen und den zuständigen deutschen Behörden vereinbart werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung


Jörgen HOLMQUIST

Thierry Stoll
Deputy Director General

Ansprechpartner:

Konstantinos DIMITRIADIS, Telefon: (32-2) 296 57 20

Geschäftsnummer
10 E 13/07

Ausfertigung

VERWALTUNGSGERICHT GIESSEN



Redeker Sellner			
Dahs & Widmaier			
Büro Bonn			
11. JUNI 2007			
F	T	S	K

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Prof. Dr. Konrad Redeker und Kollegen,
Mozartstraße 4 - 10, 53115 Bonn, - 57 06 2178 -

gegen

den Wetteraukreis,
vertreten durch den Landrat,
Berliner Straße 31, 63654 Büdingen, - 06 050-23-139/06 -

Beklagter,

wegen Lotterierechts

hat das Verwaltungsgericht Gießen - 10. Kammer - durch

Präsident des Verwaltungsgerichts Prof. Dr. Fritz
Richter am VG Bodenbender
Richter am VG Höfer
ehrenamtliche Richterin Frau Rabi
ehrenamtliche Richterin Frau Kampe

am 7. Mai 2007 beschlossen:

20070606 Beschluss10_E_13_07 - STA

I. Das Verfahren wird entsprechend § 94 VwGO bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft über die Vorlage (Ziffer II) ausgesetzt.

II. Gem. Art. 234 Abs. 1a EGV werden dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Art. 43 und 49 EGV dahingehend auszulegen, dass sie einem innerstaatlichen Monopol auf bestimmte Glücksspiele wie z.B. Sportwetten entgegenstehen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat insgesamt an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt, insbesondere weil die innerstaatlich konzessionierten Veranstalter zur Teilnahme an anderen Glücksspielen - wie staatlichen Lotterien und Kasinospielen - ermuntern, und ferner andere Spiele mit gleichem oder höherem mutmaßlichen Suchtgefährdungspotential - wie Wetten auf bestimmte Sportereignisse (wie Pferderennen) und Automatenspiele - von privaten Dienstleistungsanbietern erbracht werden dürfen?

2. Sind Art. 43 und 49 EGV dahingehend auszulegen, dass durch dafür berufene staatliche Stellen der Mitgliedstaaten ausgestellte Genehmigungen der Veranstaltung von Sportwetten, die nicht auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt sind, den Inhaber der Genehmigung wie auch von ihm beauftragte Dritte berechtigen, auch im Bereich der anderen Mitgliedstaaten ohne zusätzlich erforderliche nationale Genehmigungen die jeweiligen Angebote zum Abschluss von Verträgen anzubieten und durchzuführen?

Gründe

I.

Der Kläger begehrt die Aufhebung einer Ordnungsverfügung, die ihm die Vermittlung von Sportwetten untersagt.

Der Kläger vermittelt in seinem im Wetteraukreis gelegenen Geschäftslokal - neben dem Verkauf von Tabakwaren und anderen Artikeln - Sportwetten an den Veranstalter Happybet Sportwetten GmbH mit Sitz in Klagenfurt, Österreich. Das Amt der Kärntner Landesregierung erließ auf Antrag am 27. Januar 2005 einen Bescheid, mit dem der Happybet Sportwetten GmbH die Bewilligung zum gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen und zur gewerbsmäßigen Vermittlung solcher Wetten für den Standort Klagenfurt für die Dauer von drei Jahren erteilt wurde.

Der Kläger bietet in seinem öffentlich zugänglichen Geschäftslokal den Kunden über Bildschirme die Übertragung von Sportereignissen und über Internetverbindungen die Feststellung von Quoten der Happybet Sportwetten GmbH für Sportveranstaltungen an und nimmt Sportwettangebote der Kunden im Auftrag des österreichischen Veranstalters an. Der Kläger nimmt auch den Spieleinsatz in Geld entgegen und zahlt entstandene Gewinne an die Kunden aus. Für seine Tätigkeit erhält er von dem Veranstalter eine am Umsatz orientierte Provision. Das Gewerbe meldete der Kläger am 9. November 2004 ordnungsgemäß bei der Kommune an.

Die Ordnungsbehörde des Wetteraukreises (Beklagter) erachtete diese Tätigkeit als verboten und teilte dem Kläger am 31. Mai 2006 mit, sie beabsichtige, die Vermittlung von Sportwetten zu untersagen und es bestehe Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Kläger ließ über seinen Bevollmächtigten mitteilen, seine Tätigkeit sei nicht verboten, da sein Geschäftspartner über eine österreichische Konzession verfüge. Diese müsse in Deutschland nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft Anerkennung finden.

Am 18. August 2006 erließ der Beklagte eine Verbotsverfügung, mit der er dem Kläger untersagte, in seinem Geschäftslokal Sportwetten oder andere Glücksspiele

20070606 Beschluss10_E_13_07

mit anderen Veranstaltern als der Hessischen Lotterieverwaltung abzuschließen, die Einrichtungen dafür bereitzustellen oder für entsprechende Angebote zu werben. Der Betrieb des Wettbüros sei innerhalb einer Frist von sieben Tagen einzustellen.

Zur Begründung führte der Beklagte an, die konkrete Gewerbetätigkeit der Vermittlung von Sportwetten sei aufgrund der nationalen Gesetze verboten, da weder der Veranstalter noch der Kläger eine die Tätigkeit gestattende Genehmigung des Landes Hessen besäßen. Europäisches Recht stehe diesem Erfordernis der Erteilung einer Genehmigung nicht entgegen. Die Europäischen Verträge ließen es den Mitgliedstaaten nämlich unbenommen, Glücksspiele von einer nationalen Konzession abhängig zu machen, wenn dies zum Zwecke des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren der Spielsucht erforderlich sei. Sportwetten zählten zu den Glücksspielen. Weder der Kläger noch die Happybet Sportwetten GmbH hätten vor Aufnahme der konkreten Vermittlungstätigkeit in Hessen bei ihm oder dem Hessischen Ministerium des Innern und für Sport eine Erlaubnis beantragt oder über einen gerichtlichen Antrag oder eine Klage eine Klärung ihres behaupteten Rechts herbeigeführt.

Des Weiteren ordnete der Beklagte den Sofortvollzug der Ordnungsverfügung an und drohte dem Kläger für den Fall der Zuwiderhandlung und nicht fristgerechten Einstellung des Betriebes ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 Euro an.

Mit Widerspruch vom 22. August 2006 wandte sich der Kläger gegen die Verfügung und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die von ihm betriebene Vermittlung von Sportwetten an den Veranstalter sei nach europäischem Recht zulässig und die Verbotsvorgabe somit rechtswidrig.

Gleichzeitig beantragte der Kläger die Gewährung von Eilrechtsschutz gegen die Anordnung des Sofortvollzugs bei dem Verwaltungsgericht Gießen. Mit Beschluss vom 12. Oktober 2006 stellte das Gericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Klägers wieder her bzw. ordnete sie an. Zur Begründung verwies das Verwaltungsgericht auf die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 28. März 2006 festgestellten Verstöße des nationalen (bayerischen) Rechts gegen Grundrechte sowie die unter Berücksichtigung des Rechts der Europäischen

Gemeinschaft gegebenen erheblichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügung und sah nach einer umfassenden Abwägung der öffentlichen Interessen mit dem Interesse des Betroffenen die Eilbedürftigkeit der Durchsetzung der Verfügung als nicht gegeben an (Az. 10 G 2062/06). Auf die Beschwerde des Beklagten hin hob der Hessische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 22. Januar 2007 den Beschluss des erkennenden Gerichts auf und lehnte den Antrag des Klägers ab (Az. 2 TG 2615/06). Hierbei stellte der Hessische Verwaltungsgerichtshof darauf ab, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ließen die Geltung der als verfassungswidrig erkannten nationalen Normen bis zum 31. Dezember 2007 zu. Auch seien aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen in den Verkaufs- und Werbepraktiken von Lotto - Hessen keine Verstöße gegen europäisches Recht mehr festzustellen.

Mit Widerspruchsbeschuld vom 8. Dezember 2006 wies der Beklagte den Widerspruch des Klägers gegen die Verfügung vom 18. August 2006 zurück. Zur Begründung führte er aus, die Verbotsvorgabe basiere auf der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs in vergleichbaren Fällen, nach der ein Verbot der Vermittlung von Sportwetten auch in der genannten Übergangsfrist zulässig und sachgerecht sei. Das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der Maßnahme sei ebenfalls zu bejahen.

Am 3. Januar 2007 hat der Kläger Klage erhoben. Zur Begründung verweist er auf die europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, die es ihm ermöglichen müsse, die von dem Veranstalter aus Österreich angebotenen Sportwetten auch in Deutschland zu vermitteln. Der Veranstalter habe eine gültige staatliche österreichische Konzession und dürfe die Wetten selbst oder durch Vermittlung des Klägers in Deutschland anbieten.

Der Kläger beantragt,

die vom 18. August 2006 datierende Ordnungsverfügung des Beklagten in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. Dezember 2006 aufzuheben.

20070606 Beschluss10_E_13_07

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er tritt der Klage unter Hinweis auf die Änderungen im Modus des Anbietens und der Werbung für Sportwetten in Hessen und die damit einhergehende Rechtmäßigkeit der Weitergeltung des Verbots entgegen.

II.

Die Rechtslage stellt sich für die Kammer nach Durchführung der mündlichen Verhandlung wie folgt dar:

1. Nach § 11 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 14. Januar 2005 (GVBl. I S. 14; - HSOG -) können die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Dazu gehört auch die Verhütung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Von einer Gefahr bzw. einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit ist unter anderem dann auszugehen, wenn die Verletzung von (nationalen) Rechtsnormen zu befürchten ist.

Der Beklagte geht von einer Verletzung nationaler Gesetze bei der gewerbsmäßigen Vermittlung von Sportwetten aus. Durch die Werbung, das Vorhalten von entsprechenden Geräten, die Entgegennahme von Spielangeboten und die weiteren im Zusammenhang mit den angebotenen Sportwetten notwendigen Handlungen verstoße der Kläger gegen § 284 Strafgesetzbuch (StGB) und § 5 Abs. 1 Gesetz über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen vom 3. November 1998 (GVBl. I S. 406, im Weiteren: Sportwettengesetz). Nach § 284 StGB ist es in Deutschland verboten, ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel zu veranstalten oder zu halten oder die Einrichtungen hierfür bereitzustellen. Der Beklagte nimmt an, bei Sportwetten handele es sich um Glücksspiele und der Kläger sei nicht in Besitz einer behördlichen Erlaubnis. Deshalb begehe er beim Betrieb der Vermittlung von Sportwetten eine Straftat, was zu verhindern die Aufgabe der Ordnungsverfügung sei.

Die insoweit maßgebenden Normen des Sportwettengesetzes lauten:

20070606 Beschluss10_E_13_07

§ 1

(1) Das Land Hessen ist allein befugt, innerhalb seines Staatsgebietes Sportwetten zu veranstalten. Sportwetten sind Wettbewerbe mit Voraussagen zum Ausgang sportlicher Ereignisse. Satz 1 gilt nicht für Wetten aus Anlaß von öffentlichen Pferderennen und anderen öffentlichen Leistungsprüfungen für Pferde, soweit sie durch einen hierfür zugelassenen Renn- oder Pferdezuchtverein durchgeführt oder durch Buchmacher abgeschlossen oder vermittelt werden.

(2) Das Land Hessen veranstaltet Zahlenlotterien (Zahlenlotto).

(3) Das Land Hessen kann zu allen von ihm veranstalteten Sportwetten und Lotterien Zusatzlotterien veranstalten. Gleiches gilt bei Sportwetten und Lotterien, deren Veranstalter ein Dritter im Sinne des Abs. 4 ist.

(4) Mit der Durchführung der vom Land Hessen veranstalteten Sportwetten und Lotterien kann eine juristische Person des Privatrechts beauftragt werden.

(5) Die vom Land Hessen veranstalteten Sportwetten und Lotterien dürfen nur in den von ihm zugelassenen Annahmestellen gewerbsmäßig vermittelt werden.

§ 5

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird, soweit die Tat nicht nach § 287 des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist, bestraft, wer in Hessen ohne Genehmigung des Landes für eine Sportwette oder Zahlenlotterie

1. wirbt,

2. zum Abschluß oder zur Vermittlung von Spielverträgen auffordert oder sich erbietet,

3. Angebote zum Abschluß oder zur Vermittlung von Spielverträgen entgegennimmt.

(2) Die Strafvorschrift des Abs. 1 Nr. 1 gilt nicht für grenzüberschreitende Werbung von Sportwetten- und Zahlenlotterie-Veranstaltern anderer Länder der Bundesrepublik Deutschland im Rundfunk, Fernsehen und Internet, sofern die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

(3) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Abs. 1 bezieht, können eingezogen werden.

2. Die Schlussfolgerung zum Vorliegen einer Gefahr teilt das Gericht nicht:

a) Bereits die hier einschlägige Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und in Hessen widerspricht zwar dem Grundgesetz, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können die Rechtsnormen jedoch übergangsweise weiter angewendet werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 28. März 2006 (- 1 BvR 1054/01 -, BVerfGE 115, 276 = NJW 2006, 1261) festgestellt, dass die dort angegriffene bayerische Regelung vor dem Hintergrund des § 284 StGB nicht den Anforderungen des Grundgesetzes an einen verhältnismäßigen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz geschützte Berufsfreiheit entspricht. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht das staatliche Sportwettmonopol nicht für nichtig erklärt, sondern eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2007 bestimmt, in der die bisherige Rechtslage Anwendung finden könne, wobei der betroffene staatliche Sportwettveranstalter unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herzustellen habe. Die gleichen beanstandeten Regelungen finden sich auch im Sportwettengesetz des Landes Hessen, so dass davon ausgegangen werden muss, dass auch diese Normen trotz ihrer Verfassungswidrigkeit zunächst weiter anzuwenden sind. Damit wäre für das nationale Recht von einer strafrechtlich relevanten Handlung des Klägers (weiter) auszugehen.

b) Die Verwirklichung des Tatbestandes des § 284 StGB durch den Kläger ist insoweit zu bejahen, als der Beklagte annimmt, bei den konkret angebotenen Sportwetten handele es sich um Glücksspiel. Ein Glücksspiel liegt vor, wenn nicht Fähigkeiten, Kenntnisse oder Aufmerksamkeit des Spielers, sondern im Wesentlichen der Zufall über Gewinn und Verlust des Einsatzes entscheidet. Dazu sind Wetten auf das Ergebnis von Sportereignissen zu rechnen. Hierzu verweist die Kammer auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteile vom 28.03.2001 - 6 C 2.01 -, BVerwGE 114, 92, und vom 21.06.2006 - 6 C 19.06 -, BVerwGE 126, 149).

20070606 Beschluss10_E_13_07

c) Zweifelhaft ist jedoch, ob das (negative) Tatbestandsmerkmal der fehlenden staatlichen Erlaubnis in § 284 StGB und in § 5 Abs. 1 Sportwettengesetz zu bejahen ist. Zwar verfügen weder der Kläger noch die Happybet Sportwetten GmbH über eine Zulassung als Wettunternehmer oder Vermittler durch dafür zuständige Behörden in Deutschland oder in Hessen. Dies ist jedoch unschädlich, da die Erteilung einer Erlaubnis dem Kläger wie der Happybet Sportwetten GmbH in Hessen bereits zu Unrecht dem Grunde nach verwehrt ist, wie § 1 Abs. 1 Satz 1 Sportwettengesetz für den Veranstalter zeigt.

Das Land gibt vielmehr in § 1 Abs. 1 Sportwettengesetz ein Monopol vor, das auch entsprechend umgesetzt wurde. Träger der Sportwette "ODDSET-Kombi-Wette" ist danach das Land Hessen, wobei diese Staatslotterie von der Hessischen Lotterieverwaltung im Namen des Landes Hessen veranstaltet und betrieben wird. Die technische Durchführung ist indes der Lotterie-Treuhandgesellschaft mbH Hessen übertragen.

Gleiches ergibt sich für den Vermittler eines Veranstalters außerhalb Hessens zwar nicht unmittelbar aus dem Sportwettengesetz, jedoch aus der Rechtsansicht des für Fragen der Erlaubnis zuständigen hessischen Ministeriums des Innern und für Sport und der auf dieser Ansicht beruhenden behördlichen Praxis, die bislang entsprechende Anträge von Vermittlern wie ausländischen Veranstaltern (vgl. Urteil des VG Wiesbaden vom 20.03.2007 - 5 E 1329/06 -) ablehnt. Das Land Hessen - vertreten durch das Hessische Ministerium des Innern und für Sport - geht nach den Erklärungen in dem Verwaltungsstreitverfahren 10 E 872/05 vor dem Verwaltungsgericht Gießen davon aus, es bestehe nach dem geltenden Recht überhaupt keine Möglichkeit, das Veranstalten oder das Vermitteln von Sportwetten in Hessen zu genehmigen. So führte das Land mit Schriftsatz vom 2. November 2005 aus: "Da danach materiellrechtlich andere als das Land Hessen in Hessen keine Sportwetten veranstalten dürfen, wurde auch keine Behörde dafür als zuständig bestimmt, anderen eine Erlaubnis zum Veranstalten von Sportwetten zu erteilen (weil es eine derartige Erlaubnis materiellrechtlich nicht gibt)."

20070606 Beschluss10_E_13_07

Lehnt die zuständige Behörde es aber aufgrund ihrer Interpretation der gesetzlichen Regelungen ab, überhaupt eine Genehmigungsmöglichkeit zu bejahen, handelt sie widersprüchlich zum Wortlaut des § 5 Abs. 1 Sportwettengesetz, der eine Genehmigung gerade als möglich voraussetzt. Regelungen zur Erteilung einer Erlaubnis der Vermittlung von Sportwetten bestehen weder im Sportwettengesetz noch in anderen Gesetzen oder Verordnungen.

Da das Land somit weder durch Gesetz noch durch Rechtsverordnung auch nur im Ansatz geregelt hat, für welche Spielverträge oder Vermittlung es Genehmigungen erteilen will und unter welchen Voraussetzungen dies geschehen soll, muss ein Antragsteller mit seinem Begehren erfolglos bleiben. Ausgehend hiervon hat das vorliegende Gericht mit Urteil vom 21. November 2005 (Az. 10 E 872/05) bereits entschieden, dass ein Vermittler von Sportwetten dann keiner innerstaatlichen bzw. landesrechtlichen Genehmigung bedürfe, wenn der Veranstalter des Glücksspiels über eine gültige Konzession oder Genehmigung eines anderen Mitgliedstaates verfügt. Mangels eines Verstoßes gegen Strafnormen ist es dem Beklagten daher bereits verwehrt, sich zur Gefahrabwehr auf die fehlende Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten zu berufen. Die Entscheidung vom 21. November 2005 ist indes vom Land Hessen mit der Berufung angegriffen worden und in der zweiten Instanz anhängig.

3. Nach Ansicht des Gerichts steht der Verwirklichung einer Straftat durch den Kläger oder die Happybet Sportwetten GmbH und damit der Befahrung einer "Gefahr" jedenfalls die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 43 und 49 EGV entgegen.

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass nationale Regelungen, die strafbewehrte Verbote des Sammelns, der Annahme und der Übertragung von Sportwetten enthalten, Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des Dienstleistungsverkehrs darstellen, wenn der betreffende Mitgliedstaat keine Genehmigung erteilt (Urteil vom 06.11.2003 - Rs. C-243/01 -, Gambelli). Beschränkungen in diesem Sinne sind nach Art. 49 EGV grundsätzlich verboten, können indes im Ausnahmefall zulässig sein. Die Beschränkungen müssen nach der

Rechtsprechung des EuGH aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten. Sie dürfen nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die derartige Beschränkungen rechtfertigen könnten, gehört u.a. die Vermeidung von Anreizen zu überhöhten Ausgaben für Glücksspiele. Unverhältnismäßig können allerdings strafrechtliche Sanktionen sein, wenn staatlich zugelassene nationale Einrichtungen zur Teilnahme an Sportwetten ermutigten.

Es ist nicht zweifelhaft, dass die genannten Vorschriften des § 284 StGB und §§ 1 Abs. 1 und 5 Abs. 1 Sportwettengesetz derartige Beschränkungen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH darstellen, da sie Angehörigen anderer Mitgliedstaaten sowohl das unmittelbare Tätigwerden in Deutschland untersagen wie eine Vermittlungstätigkeit dieser Dienste durch Dritte zulassen. Es spricht zudem vieles dafür, dass die Regelungen unzulässige Beschränkungen darstellen, da sie nicht sachlich begründet und im Übrigen unverhältnismäßig sind.

Die Bestimmungen des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr finden auch auf Tätigkeiten Anwendung, die darin bestehen, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Glücksspiel zu ermöglichen. Eine solche Tätigkeit fällt in den Anwendungsbereich des Art. 49 EGV, wenn zumindest einer der Dienstleistenden in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung angeboten wird (EuGH, Urteil vom 13.11.2003 - C-42/02 -, Lindman).

Für die eingangs gestellte Frage nach dem Vorliegen einer Gefahr muss demnach die in Art. 43 und 49 EGV garantierte Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausgelegt werden. Zu fragen ist bereits, ob die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch nationale Regelungen - wie sie der Europäische Gerichtshof nach den oben genannten Erwägungen zulässt - nur dann zulässig sein kann, wenn der jeweilige Gesetzgeber des Mitgliedstaates vor Schaffung und Inkraftsetzung der einschränkenden Normen diese auf Übereinstimmung mit Art. 49 EGV hin prüft.

Nach der Entscheidung des EuGH im Fall Lindman sind Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat zur Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit geltend gemacht werden, nur anzuerkennen, wenn sie von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme begleitet werden. Diesen Gedanken führt der EuGH in dem Urteil vom 6. März 2007 (Rs. C-338/04 u.a., Placanica) weiter dahingehend aus, es sei anerkannt, dass eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zur Begründung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs herangezogen werden dürften. So könnten die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen für eine Beschränkung rechtfertigen. Dabei müssten die von den Mitgliedstaaten vorgeschriebenen Beschränkungen jedoch der Verhältnismäßigkeit genügen. Die nationale Beschränkung müsse geeignet sein, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten und dürfe nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei. Auf jeden Fall dürfe die Beschränkung nicht diskriminierend sein. Ausgehend von dieser Maxime stellt der EuGH weiter fest, dass das zur Vorlage führende italienische Konzessionssystem ein wirksamer Mechanismus sein könne, die im Bereich der Glücksspiele tätigen Wirtschaftsteilnehmer mit dem Ziel zu kontrollieren, der Ausbeutung dieser Tätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Hierbei sei nach den Ausführungen im Urteil zu berücksichtigen, dass der zuständige Ausschuss des Italienischen Senats eine Untersuchung des Spiel- und Wettwesens durchgeführt habe.

Mängel des Konzessions- und Genehmigungsverfahrens hätten zur Konsequenz, dass Personen, die sich staatliche Genehmigungen nicht hätten beschaffen können, weil deren Erteilung den Besitz einer Konzession voraussetzt, von deren Erhalt sie unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen worden waren, dies auf jeden Fall nicht zum Vorwurf gemacht werden dürfte. Ein Mitgliedstaat dürfe mithin keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten

Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt oder vereitelt habe.

4. Die Verhinderung des Zugangs von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zum Lotterle- und Wettmarkt in Hessen ist jedoch bereits dadurch gegeben, dass bezüglich der Veranstalter rechtlich (§ 1 Abs. 1 Sportwettengesetz), bzw. bezüglich der Vermittler faktisch ein staatliches Monopol geschaffen wurde.

Die Regelungen zur Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten in Hessen sind daher im Lichte der genannten Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH in zwei Punkten zu prüfen. Zum einen ist zu fragen, ob das Land Hessen bzw. die Bundesrepublik Deutschland vor dem Erlass der hier zu betrachtenden Norm(en) oder doch zumindest im Zusammenhang damit eine Untersuchung über die Gegebenheiten des Spiel- und Wettmarktes, die damit einhergehenden Gefahren und die Ziele und Möglichkeiten ihrer Beseitigung sowie die eventuellen Nebenfolgen einer einschränkenden Maßnahme hätten durchführen müssen. Des Weiteren ist zu hinterfragen, ob die gewählte Maßnahme für eine Beschränkung der Gefahren "kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen" (EuGH, Urteil vom 06.11.2003 - C 243/01 -, Gambelli), also verhältnismäßig ist.

a) Nach den von den Beteiligten im hier anhängigen Verfahren vorgelegten Unterlagen und abgegebenen Begründungen ist eine entsprechende Untersuchung über die Gefahren der Spielsucht und die Möglichkeit deren Verhinderung durch den Landesgesetzgeber aber weder vor dem Erlass des Sportwettengesetzes im Jahr 1998 noch vor der Änderung im Jahr 2001 und der Verlängerung der Gültigkeit durch Gesetz vom 14. Dezember 2006 (GVBl. I S. 656) durchgeführt worden. Gleiches gilt hinsichtlich der Gesetzgebung bezüglich des § 284 StGB, da die nationale Gesetzgebung ursprünglich und auch noch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Lotteriestaatsvertrags von einer Einnahmeerzielungsabsicht getragen war (vgl. BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, a.a.O.).

Die Bundesregierung verweist in ihrer Stellungnahme vom 24. April 2007 an die Europäische Kommission zur Anfrage vom 22. März 2007 darauf, die Länder hätten derartige Untersuchungen zum Entwurf des Glücksspielstaatsvertrags herangezogen.

20070606 Beschluss10_E_13_07

Eine Zusammenschau aller von staatlicher Seite angebotenen (Kasinospielen, Lotto und Toto) wie zugelassenen und durch private Unternehmen betriebenen Glücksspielmöglichkeiten ist bei der gesetzlichen Beschränkung des Wettangebots gerade nicht ersichtlich. So ist auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28. März 2006 davon ausgegangen, das Gefährdungspotential von Sportwetten sei nicht ausreichend erforscht, nach dem derzeitigen Stand der Erkenntnisse müsse pathologisches Spielverhalten am ehesten bei den Geldspielautomaten gesehen werden.

Fehlt es aber an der Prüfung, ob die Beschränkung der Sportwetten durch ein tatsächliches oder auch nur faktisches staatliches Monopol - wobei die Pferdewetten ausdrücklich ausgeschlossen sind - zur Vermeidung oder Verminderung der Spielsucht ausreichend sein kann, so ist bereits ungeklärt, ob diese Maßnahme überhaupt geeignet sein kann, den genannten angestrebten Zweck zu erreichen.

Darüber hinaus muss auch festgestellt werden, dass die Angemessenheit der gewählten Maßnahme zweifelhaft ist. Es darf unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH nur die Beschränkung der Grundfreiheit gewählt werden, die abstrakt die Dienstleistungsfreiheit und konkret den Marktteilnehmer am wenigsten beeinträchtigt. Wenn es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bereits ausreichend sein soll, den erkannten Grundrechtsverstoß dadurch für eine Übergangszeit hinzunehmen, dass die Art und Weise des Angebots und der Werbung von staatlichen Anbietern in einer bestimmten (einschränkenden) Weise geändert wird, spräche zur Vermeidung von unverhältnismäßigen Beschränkungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen nichts dagegen, derartige oder vergleichbare Auflagen auch den privaten Anbietern oder Vermittlern von Sportwetten aufzuerlegen. Die Einführung einer staatlichen Kontrolle über die Anmeldung, die Durchführung und die tatsächliche Ausgestaltung der Wettangebote wäre - etwa ähnlich wie bei Spielhallen in § 33i Gewerbeordnung - gesetzlich ohne weiteres möglich.

Derartige Maßnahmen erscheinen zudem geeignet, auch die Folge- oder Begleitkriminalität zu verhindern oder zu minimieren. Hierbei muss zudem beachtet werden,

20070606 Beschluss10_E_13_07

dass die Veranstalter von Sportwetten regelmäßig im Mitgliedstaat der Niederlassung einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterliegen. Ein Mitgliedstaat wird nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, die Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten des anderen Mitgliedstaates seien nicht ausreichend, die aufgestellten Anforderungen zu erfüllen; d.h. betrügerische und sonstige kriminelle Machenschaften auszuschließen.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der durch den nationalen Gesetzgeber gewählten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist ebenfalls zu bedenken, dass mögliche Alternativen einen weniger belastenden oder beschränkenden Charakter aufweisen und damit dem Anspruch des Art. 49 EGV eher Rechnung tragen können.

c) Auf die Umsetzung von Vorgaben im rein tatsächlichen Bereich durch die Lotterietreuhandgesellschaft mbH Hessen (etwa die Erstellung eines Sozialkonzepts, Verbesserung des Jugendschutzes, Möglichkeit der Selbstsperre), die auch jederzeit wieder rückgängig gemacht werden können, ist daher hinsichtlich der hier zu prüfenden Ordnungsverfügung nicht abzustellen. Wie bereits das Verwaltungsgericht Köln in seinem Vorlagebeschluss vom 21. September 2006 (1 K 591/05, GewArch 2006, 467) ausgeführt hat, kann eine rein tatsächliche Änderung der Sportwettpraxis der staatlichen Wettunternehmen an dem Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht nichts ändern. Zu fordern sei eine an den Vorgaben des Grundgesetzes wie des Europäischen Rechts ausgerichtete rechtliche Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols, die bislang nicht erfolgt sei. Deshalb sei, so das Verwaltungsgericht Köln, dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorzulegen, ob trotz des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts ausnahmsweise auch für eine Übergangszeit entgegenstehendes nationales Recht weiterhin angewandt werden dürfe.

Aus dem Placanica-Urteil des EuGH vom 6. März 2007 kann zudem gefolgert werden, dass es nicht ausreichend ist, eine gemeinschaftsrechtswidrige Rechtslage durch eine andere, bestimmten Vorgaben angepasste Verwaltungspraxis zu modifizieren. Der EuGH stellt vielmehr auf den nationalen Gesetzgeber und die von ihm erlassenen Rechtsvorschriften bzw. Regelungen ab.

20070606 Beschluss10_E_13_07

Im vorliegenden Fall der - bereits vom Bundesverfassungsgericht geforderten - Änderung der tatsächlichen Geschäftsabläufe ist dabei auch zu berücksichtigen, dass die tatsächliche Durchführung der Lotterien und Sportwetten in Hessen durch eine juristische Person des Privatrechts erfolgt, die zwar mittelbar der Staatsaufsicht unterliegen dürfte, jedoch in ihren Geschäftsentscheidungen nach dem Recht der Kapitalgesellschaften frei ist. Auch die Stellung der öffentlichen Hand als Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ist nicht zwingend. So sind etwa die Eigentümer der in dem Land Rheinland-Pfalz tätig werdenden LOTTO Rheinland-Pfalz GmbH drei in diesem Land tätige Sportbünde. Diese GmbH wird aufgrund eines Staatsvertrags zudem auch in Luxemburg tätig und eröffnet auf diese Weise ihrerseits den Zutritt des deutschen Lotto-Angebots im Ausland.

5. Für die Entscheidung im vorliegenden Verwaltungsstreitverfahren kommt es zudem nicht darauf an, ob mit einer Änderung der Gesetzeslage gerechnet werden kann. Die Bemühungen der Länder und der Bundesrepublik Deutschland sind derzeit darauf gerichtet, die durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Beanstandungen der Europäischen Kommission aufgezeigten komplexen Regelungskreise neu zu ordnen. Im Bereich des Bundesrechts führt die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren durch, mit dem die Bundesrepublik Deutschland angehalten werden soll, die nach Ansicht der Kommission dem Art. 49 EGV entgegenstehende nationale Regelung des § 284 StGB abzuändern oder aufzuheben. Die Bundesregierung hat indes erklärt, sie erachte die Ansicht der Kommission, § 284 StGB stünde dem europäischen Recht entgegen, nicht für zwingend.

Des Weiteren bemühen sich die Länder aufgrund eigener Kompetenzen um den Abschluss eines Staatsvertrages zur Neugestaltung des Rechts der Lotterien und Sportwetten. Hierbei sollen die zur Gesetzgebung in den Ländern berufenen Gesetzgebungsorgane Zustimmungsgesetze erlassen. In dem erforderlichen Notifikationsverfahren hat die Europäische Kommission jedoch gleichfalls Bedenken geäußert (vgl. die Stellungnahme vom 22. März 2007).

Daraus folgt für das erkennende Gericht, dass im gegenwärtigen Zustand keine Klarheit darüber besteht, in welcher Form und wann das nationale Recht geändert werden soll.

Für die im vorliegenden Verfahren in Streit stehende Ordnungsverfügung sind indes im Gegensatz zu den ebenfalls vorliegenden Anträgen auf Gewährung gerichtlichen Eilrechtsschutzes die zukünftigen Entwicklungen nicht relevant. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist bei Anfechtungsklagen vielmehr die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, hier also dem Erlass des Widerspruchsbescheides, abzustellen (Urteil vom 21.06.2006 - 6 C 19.06 -, BVerwGE 126, 149 = NVwZ 2006, 1175). Daher kann im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden, ob in dem künftigen Staatsvertrag oder auch im Gesetzgebungsverfahren in Hessen zukünftig besondere Ziele zur Vermeidung von Gefahren in die jeweiligen Normen aufgenommen werden.

6. Aus alledem folgt nach Auffassung der Kammer, dass es in Hessen an einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels fehlt, insbesondere weil der staatlich beauftragte Veranstalter von Sportwetten auch zu anderen Glücksspielen ermuntert, das Land zudem durch die Schaffung eines Kasinoangebots weitere Möglichkeiten selbst eröffnet und es des Weiteren im Rahmen der bundesgesetzlichen Möglichkeiten zulässig ist, dass Private andere Glücksspiele durchführen und anbieten. Wenn dies der Möglichkeit der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht entspricht, müssen Art. 43 und 49 EGV der Beschränkung und damit der Rechtmäßigkeit der Ordnungsverfügung entgegenstehen.

Da des Weiteren nach den Feststellungen des Gerichts der Kläger die Sportwetten an einen Veranstalter vermittelt, der über eine gültige österreichische Erlaubnis verfügt, die es ihm ermöglicht, von seinem Geschäftssitz in Klagenfurt aus mittels technischer Möglichkeiten auch Sportwetten in Deutschland anzubieten, könnte aus Art. 49 EGV folgen, dass diese außerstaatliche Genehmigung als in Deutschland gültige Genehmigung angesehen werden muss. In diesem Fall bedürfte es

20070606 Beschluss10_E_13_07

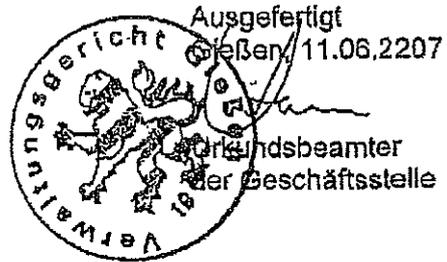
ergänzender oder zusätzlicher nationaler Genehmigungen nicht mehr. Auch für diesen Fall wäre die streitbefangene Ordnungsverfügung rechtswidrig.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt deshalb von der Beantwortung der im Tenor genannten Fragen ab.

Prof. Dr. Fritz

Höfer

Bodenbender



20070606 Beschluss10_E_13_07