

STELLUNGNAHME

der

FABER LOTTO-SERVICE KG

und der

FABER KG Staatliche Lotterie-Einnahme der NKL

zu den Entwürfen eines

GLÜCKSSPIELSTAATSVERTRAGES

und eines

GLÜCKSSPIELSTAATSVERTRAG-AUSFÜHRUNGSGESETZES (GlüStV AG)

– Anhörung des Finanzausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags  
zur Landtags-Drucksache 16/1566 vom 31.08.2007 –

I.

Vorbemerkung

- 1 Nach Überzeugung der FABER Lotto-Service KG und der FABER KG Staatliche Lotterie-Einnahme der NKL (im Folgenden zusammen „FABER“), Bochum, sind der Entwurf eines Glücksspielstaatsvertrags („GlüStV“) und des zugehörigen schleswig-holsteinischen Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland („GlüStV AG“) *offensichtlich verfassungswidrig* und *verletzen europäisches Gemeinschaftsrecht* in so gravierender Weise, dass zentrale Bestimmungen des Gesetzespakets wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts niemals angewandt werden dürften. Im Falle ihrer Anwendung werden hingegen der GlüStV und das GlüStV AG die Existenz von FABER kurzfristig und dauerhaft vernichten. Der Gesetzgebungsvorschlag bedeutet für FABER ein faktisches Berufsverbot und eine entschädigungspflichtige Enteignung. Im Falle der Verabschiedung und Umsetzung des Gesetzgebungsvorschlags wird FABER Entschädigungsansprüche gegen das Land Schleswig-Holstein gerichtlich durchsetzen.
- 2 Die Stellungnahme beschränkt sich die für FABER als gewerblichen Lotterievermittler und Organisator von *Lottospielgemeinschaften* und Staatlichen Lotterie-Einnahmer relevanten Teile des GlüStV und des GlüStV AG. FABER veranstaltet und vermittelt weder Sportwetten noch sonstige Formen öffentlichen Glücksspiels, sondern beschränkt seine Vermittlungstätigkeit auf die Vermittlung des staatlich veranstalteten Lottos und anderer staatlich veranstalteter Lotterien. Nach Überzeugung von FABER erstreckt sich die Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Gesetzgebungsvorschlags indes auf alle Regelungen, die privatwirtschaftliche Tätigkeit auf den Glücksspielmärkten zerstören oder wesentlich erschweren.
- 3 Dem Vorhaben der GlüStV-Entwurfsverfasser, die Landtage über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen ihres irrational-estatistischen Modells staatlicher Glücksspielregulie-

rung täuschen und dieses dauerhaft sichern zu können, wird indes kein dauerhafter Erfolg beschieden sein. FABER begrüßt es sehr, dass die Landesregierung mit ihrer Presseerklärung im Anschluss an die Kabinettsitzung vom 10. Juli 2007 die Rechtswidrigkeit des Gesetzgebungsvorhabens deutlich unterstrichen hat: "Es gibt zur Zeit keine rechtssicheren Alternativen, um die Zweckerträge aus dem Glücksspiel zu sichern", ließ sich Ministerpräsident Carstensen vernehmen, um dann fortzusetzen: "Wir haben gegenüber den anderen Ländern durchsetzen können, dass der Vertrag auf vier Jahre befristet wird. Bis dahin muss unter Berücksichtigung der nationalen und europäischen Rechtsprechung eine zukunftssichere Lösung gefunden werden." Innenminister Dr. Stegner ergänzte: "Damit sind die Einnahmen aus den Lotterien für den Sport, für kulturelle und soziale Belange auch weiterhin gewährleistet." 2006 betrug diese Summe rund 68 Millionen Euro. Mit Interesse haben wir auch die Aussage des Innenministers bei Einbringung des Gesetzentwurfs vernommen, man wolle „die vor uns liegende Zeit ... nutzen ..., um zu einem zukunftstauglichen und zweifelsfrei europarechtlich unbedenklichen Konzept zu gelangen“ (Plenarprotokoll zur 67. Sitzung vom 13.9.2007, S. 4832). Die wahre Motivation der Landesregierung, ihren Widerstand gegen vorsätzlichen Rechtsbruch aufzugeben, hat Herr Minister Stegner plastisch formuliert: „Denn sollten wir aus dem Lotto-Block ausgeschlossen werden, werden die Einnahmeverluste für Schleswig-Holstein für alle Beteiligten sofort spürbar“ (a.a.O.). Mit diesen Aussagen steht fest:

- Zweck des GlüStV und des GlüStV AG ist allein die *Sicherung der Zweckerträge*, mithin die *Einnahmensicherung*.
- Eine „zukunftssichere“ bzw. „zukunftstaugliche“, den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), der Verwaltungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gerecht werdende Lösung liegt *nicht* im GlüStV, sondern muss erst noch in den nächsten vier Jahren gefunden werden.

Damit hat die Landesregierung bestätigt, dass der GlüStV und das GlüStV AG *ausschließlich fiskalisch motiviert* sind. Der Gesetzgebungsvorschlag verfehlt daher von vornherein die Anforderungen des BVerfG und des EuGH an die Fortführung von staatlichen Monopolen auf den Glücksspielmärkten. Nach der wirklichen Auffassung der Landesregierung, die von FABER geteilt wird, kann der GlüStV einen verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsrahmen auf den deutschen Glücksspielmärkten nicht herstellen, sondern allenfalls konterkarieren. Die Behauptung der Verfasser des GlüStV AG, Staatsvertrag und Ausführungsgesetz „entsprechen“ den verfassungsgerichtlichen Anforderungen und den Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH (LT-Drs. 16/1566, S. 19), ist nur vorgeschoben und widerspricht der Auffassung der Landesregierung. Die vielfältigen Äußerungen des Ministerpräsidenten und anderer maßgeblicher Landespolitiker, die in den vergangenen Monaten immer wieder auf die Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Staatsvertrags hingewiesen haben, sind bestens dokumentiert und der Europäischen Kommission zur Vorbereitung eines Vertragsverletzungsverfahrens übermittelt worden.

- 4 Was der Gesetzentwurf der Landesregierung verschweigt und der Landtag zu berücksichtigen haben wird, sind das *Verbot des Artikels 10 Abs. 2 des EG-Vertrags*, gemeinschaftsrechtswidrige Gesetze überhaupt zu erlassen, und der *Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts*, der Behörden und Gerichte zwingt, das Gesetzespaket aus GlüStV und GlüStV AG wegen seiner Europarechtswidrigkeit unangewendet zu lassen. Sollte der Schleswig-Holsteinische Landtag seine Verpflichtungen aus Art. 10 Abs. 2 EG missachten, wird FABER jeden auf den GlüStV und das GlüStV AG gestützte nachteilige Hand-

lung schleswig-holsteinischer Behörden gerichtlich angreifen und vom Land Schleswig-Holstein Schadensersatz aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs verlangen.

- 5 Die bisherige Verfahrensführung auf der Ebene des Glücksspielreferenten belegt den GlüStV mit der Hypothek vollständiger Rechtsstaatswidrigkeit, die – nach einem Blick auf die Firmengruppe FABER (II.) – unter III. näher erläutert wird. Unter IV. werden die bisher im Verfahren von Seiten der GlüStV-Entwurfsverfasser bewusst vorenthaltenen verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Einwände gegen den GlüStV zusammengefasst und vorsätzliche Entstellungen der Rechtslage durch die Referentenebene korrigiert. Unter V. werden – für den Fall der Fortführung des Gesetzgebungsvorhabens – verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich notwendige Korrekturen am GlüStV AG behandelt. Diese Korrekturen sind zwingend, um das Fortbestehen der Firmengruppe FABER zu gewährleisten.

## II.

### Die Firmengruppe FABER

- 6 Die FABER Lotto-Service KG betreibt seit mehr als 25 Jahren bundesweit gewerbliche Spielvermittlung. Die Gesellschaft vermittelt ausschließlich die Teilnahme an Glücksspielen des Deutschen Lotto- und Totoblocks („DLTB“), und zwar am Zahlenlotto „6 aus 49“ sowie an den Lotterien „Spiel 77“ und „Super 6“. FABER vermittelt weder Sportwetten noch die Teilnahme an Glücksspielen ausländischer Veranstalter. Zur Firmengruppe FABER gehört neben FABER noch die FABER KG Staatliche Lottereeinnahme der NKL, die zugelassener Lotterie-Einnehmer der NKL Nordwestdeutschen Klassenlotterie ist.
- 7 FABER trägt mit seinem Geschäftsmodell erheblich zur Steigerung der Akzeptanz und Popularität der Produkte des DLTB und der Staatlichen Klassenlotterien bei und vermittelt den Landeslotteriegesellschaften in Übereinstimmung mit den jeweils geltenden Rechtsvorschriften Spielumsätze, an deren Erträgen die Haushalte der Länder und gemeinnützige Destinatäre partizipieren.  
  
In den letzten 10 Jahren hat die Firmengruppe über 2 Milliarden Euro umgesetzt. Rund 800 Millionen Euro konnten so für Steuern und wohltätige Zwecke verwandt werden.
- 8 Die Firmengruppe FABER beschäftigt derzeit an ihrem (einzigen) Betriebssitz Bochum rund 550 Mitarbeiter. Diese Arbeitsplätze werden nach Inkrafttreten des GlüStV und des GlüStV AG vollständig verloren gehen.
- 9 Die Geschäftstätigkeit von FABER steht in völligem Einklang mit den Anforderungen nach § 14 Abs. 2 des geltenden Lotteriestaatsvertrages von 2004 („LStV“). FABER wurde von den Ländern ausdrücklich im Rahmen der Staatsvertragsberatungen zum LStV beteiligt. FABER hat durch Stellungnahmen und die Vorlage von Rechtsgutachten am Zustandekommen der jetzigen bundesweit geltenden Regelung gewerblicher Spielvermittlung mitgewirkt. Die Länder haben dieses Modell bisher als zulässig gestützt. Davon abzurücken, besteht, wie im Folgenden erläutert wird, kein rechtlich belastbarer Grund.

## III.

**Rechtsstaatswidrige Entstehung des GlüStV****– Manipulation des Anhörungsverfahrens zum GlüStV und Sabotage kartellbehördlicher Entscheidungen –**10 **1. Manipulation des Anhörungsverfahrens zum GlüStV auf Referentenebene**

Eine Länderarbeitsgruppe hat im Herbst 2006 eine schriftliche Anhörung zum GlüStV beschlossen. Den betroffenen Unternehmen blieben kaum zwei Wochen, um innerhalb der auf den 17.11.2006 (einem Freitag) gesetzten Frist zu dem ihnen vorgelegten Entwurf Stellung zu nehmen. Obwohl rund 90 Stellungnahmen eingegangen waren, unter denen sich umfangreiche Rechtsgutachten namhafter Professoren befanden, kamen die Glücksspielreferenten in ihrer Sitzung am 27./28.11.2006 – also nach nur *fünf* (!) Arbeitstagen zur Auswertung *aller* Stellungnahmen – zu dem Ergebnis, dass der anhörungsgegenständliche Vertragsentwurf nicht nur verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonform sei, sondern noch substantiell verschärft werden müsse. Die daraufhin gestellten Akteneinsichtsansprüche verschiedener Anhörungsteilnehmer, sämtliche zugehörigen Unterlagen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, wurden von der federführenden Staatskanzlei in Hannover abgelehnt. Die zuständigen Beamten ziehen es bis heute vor, die eingegangenen Stellungnahmen und ihre vermeintlichen Auswertungen systematisch zu unterdrücken und der Öffentlichkeit und den Parlamentariern vorzuenthalten. Die für den Staatsvertragsentwurf vernichtenden Bewertungen führender deutscher Staatsrechtslehrer und Europarechtler, darunter die des Direktors des Instituts für Öffentliches Recht und Politik der Universität Münster Prof. Dr. Bodo Pieroth, sind daraufhin auf private Initiative teilweise als Buch veröffentlicht, teilweise im Internet ([www.staatsvertrag-transparent.de](http://www.staatsvertrag-transparent.de)) abrufbar gemacht worden. Diese Stellungnahmen, auf die zurückzukommen sein wird, belegen, dass der GlüStV im Falle seiner Transformation in Landesrecht teils mangels Gesetzgebungskompetenz nichtig und im Übrigen inhaltlich offensichtlich verfassungswidrig ist und außerdem in schwerwiegender Weise den EG-Vertrag verletzt.

- 11 In der Tischvorlage zur CdS-Konferenz am 12.12.2006 (Entwurf vom 6.12.2006) und der Ministerpräsidentenkonferenz am 13.12.2006 heißt es zu den geheim gehaltenen Stellungnahmen lapidar, es hätten sich „keine neuen Aspekte in der Sache“ ergeben. Auch die umfangreiche ifo-Studie zu den finanziellen Folgewirkungen des Staatsvertragsentwurfs wurde nur mit einem knappen Satz erwähnt, aber nicht inhaltlich berücksichtigt. Die weitere Behauptung, „Belange der gewerblichen Spielvermittler“ seien „intensiv geprüft und ... auch aufgegriffen worden“, ist offensichtlich unwahr: Es hat nur an einigen Stellen Veränderungen gegeben – überwiegend massiv zum *Nachteil* der gewerblichen Spielvermittlung. Im Übrigen findet sich dann die nicht minder prekäre Aussage, man habe „die Sicherstellung eines den Vertragszielen entsprechenden Glücksspielangebots“ als „öffentliche Aufgabe“ definiert „– und damit keine dem Wettbewerbsrecht unterliegende Marktteilnahme“. Dass sich damit eine kleine Gruppe von Landesbeamten anschickt, in das außerhalb ihrer Zuständigkeit liegende Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft und des Bundes einzugreifen und die Entscheidungen des Bundeskartellamts zur Geltung des Kartellrechts auf den deutschen Lotteriemärkten zu sabotieren, war für die Adressaten dieser Tischvorlage nicht erkennbar. Dieses Dokument ist zweifellos ein rechtsstaatlicher Skandal, weil auf die darin enthaltenen systematischen Falschaussagen letztlich die Vernichtung einer ganzen Branche und zehntausender Arbeitsplätze gestützt wird.

- 12 Wie aus vielen Hintergrundgesprächen bekannt ist, sind die Haupttriebkraften der verantwortlichen Beamten neben eigenen Machtinteressen vor allem ideologische Vorbehalte dergestalt, dass Glücksspiele entweder fundamental abgelehnt werden oder aber zumindest alles private unternehmerische Engagement auf den europäischen Glücksspielmärkten zerstört werden müsse. So hat der sachsen-anhaltische Glücksspielreferent in einem Zeitschriftenbeitrag polemisiert, „dass das Glücksspielwesen zu den Rechtsgebieten gehört, die sich dem (Neo-)Liberalisierungsdruck des derzeitigen Zeitgeistes mit seiner Fixierung auf die Kräfte des ‚Marktes‘ auch zukünftig entziehen sollten“. Dies ist der ideologische Hintergrund, vor dem der GlüStV überhaupt entstehen konnte und den der Landtag bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss.
- 13 Der GlüStV ist eine ordnungspolitische Entgleisung ohne Beispiel. Das Verdikt der Frankfurter Allgemeinen Zeitung über den Staatsvertragsentwurf ist unwiderlegbar: „Wer Spielsucht verhindern will, darf nicht selbst Spiele anbieten und daran verdienen, wer sie kanalisieren will, soll private Anbieter regulieren, wer an ihr verdienen will, soll Steuern erheben.“ Die Entwurfsverfasser waren für solche öffentlichen Warnungen ebenso unerreichbar wie taub für die zahllosen Vorhalte, dass ihr Arbeitsprodukt auf einen vorsätzlichen Rechtsbruch hinausläuft. Sie haben vielmehr absichtsvoll das Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 dazu instrumentalisiert, die deutschen Glücksspielmärkte insgesamt zu verstaatlichen. Der Gesetzgebungsvorschlag belegt eindrucksvoll, dass in der heutigen Verfassungswirklichkeit die größten Grundrechtsgefährdungen durch den – in den Worten des Bundesverfassungsrichters *Udo Di Fabio* – „präzeptoralen Staat“ ausgehen – einem Staat, in dem Verwaltungsbeamte 25 Millionen Lottospieler in Deutschland unter Suchtverdacht stellen, um auf diese Weise Unternehmertum zu zerstören.
- 14 *2. Manipulative Interpretation des Sportwetten-Urteils des BVerfG unter Missachtung bindender Vorgaben des Bundeskartellamts für die Lotteriemärkte*

a) Sportwetten-Urteil betrifft Sportwetten, nicht Lotto und andere Lotterien

Der wesentliche Entscheidungsinhalt des Sportwetten-Urteils des BVerfG ist Folgender: Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich gehalten, den Bereich der *Sportwetten* unter Ausübung seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums neu zu regeln. Will der Gesetzgeber an einem staatlichen Wettmonopol festhalten, muss er dieses konsequent am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ausrichten. Dabei ergeben sich für die verfassungsgemäße Ausgestaltung eines Wettmonopols materiell-rechtliche und organisatorische Anforderungen.

Über die im Übergangszeitraum sofort zu beachtenden Maßnahmen hinaus müssten bei einer Übertragung der Kriterien des BVerfG für ein Sportwettenmonopol zur Begründung eines derzeit nicht bestehenden Vertriebsmonopols für Lotterien legitime *Gemeinwohlziele* vorhanden sein. Allerdings rechtfertigen nicht alle zur Begründung des Wettmonopols angeführten Ziele die Beschränkung der Berufsfreiheit (BVerfG, a.a.O., Rn. 98). Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols und die dadurch beabsichtigte Begrenzung und Ordnung des Wettwesens ist die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht. Dabei handelt es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel (Rn. 99). Wie das BVerfG hervorhebt, haben unterschiedliche Glücksspielformen indes ein unterschiedliches Suchtpotenzial: Bei weitem die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten spielen nach derzeitigem Erkenntnisstand an Automaten, die nach der Gewerbeordnung betrieben werden dürfen und die nicht Gegenstand des GlüStV

sind. An zweiter Stelle in der Statistik folgen Casino-Spiele. Alle anderen Glücksspielformen tragen gegenwärtig deutlich weniger zu problematischem und pathologischem Spielverhalten bei (Rn. 101). Die Feststellungen des BVerfG zum Suchtpotenzial von Sportwetten sind nach Wortlaut und Kontext auf diese Glücksspielform beschränkt. Will der Gesetzgeber diese Anforderungen auf andere Glücksspielformen übertragen, muss er sich zunächst vergewissern, dass Lotto und Lotterien überhaupt zu „zu problematischem und pathologischem Spielverhalten“ beitragen, wie es das BVerfG in Rn. 100 seiner Sportwetten-Entscheidung formuliert.

15 b) Bundeskartellamt hat fehlende Übertragbarkeit auf Lotterien bindend festgestellt

Das Bundeskartellamt hat in seinem von den GlüStV-Entwurfsverfassern missachteten und auch im Gesetzentwurf der Landesregierung bezeichnenderweise mit keinem Wort erwähnten Beschluss vom 23.8.2006 unter Bezugnahme auf das Sportwetten-Urteil den bis zu Entscheidungszeitpunkt bestehenden Stand von Wissenschaft und Forschung ermittelt, analysiert und das eindeutige Ergebnis formuliert, dass selbst nach den von den Landeslotteriegesellschaften vorgelegten Studie „suchttypische irrationale Verhaltensweisen gerade beim Zahlenlotto kaum feststellbar sind“ (Rn. 211 des Beschlusses des Bundeskartellamts). Die Kartellbehörde hat dieses Ergebnis in Rn. 295 ff. seines Beschlusses ausführlich begründet, ohne dass das Innenministerium (oder sonst eine für die Glücksspielaufsicht zuständige Behörde) dem bislang in irgendeiner Weise substantiiert entgegengetreten wäre und das vermeintliche Suchtpotenzial des Lottospiels belegt hätte.

16 c) „Lottosucht“ ist fiktiv und nur Vorwand zur Vernichtung gewerblicher Lotterievermittlung

Tatsächlich lassen sich die von den GlüStV-Entwurfsverfassern konstruierten Gründe für eine Zerschlagung gewerblicher Spielvermittlung für Lotto und Lotterien nicht auf Suchtpräventionsgründe stützen. Das unter der Leitung des renommierten Suchtforschers Prof. Dr. Heino Stöver abgeschlossene Gutachten der Universität Bremen – Bremer Institut für Drogenforschung (BISDRO) „Glücksspiele in Deutschland – Eine repräsentative Untersuchung zur Teilnahme und Problemlage des Spielens um Geld“ (März 2007) belegt die Unredlichkeit, private Lottovermittlung wegen vermeintlicher Suchtgefahr zu zerstören.

17 Auf der Grundlage einer erstmals in Deutschland durchgeführten repräsentativen Befragung zum Glücksspielverhalten der Deutschen an 8.000 zufällig ausgewählten Studienteilnehmern konnten die Gutachter beim Zahlenlotto, wenn es ausschließlich gespielt wird, eine Spielsuchtprävalenz von lediglich 0,39% feststellen. Bei den – nicht staatlich monopolisierten – Automatenglücksspielen und Pferdewetten betragen die Spielsuchtprävalenzen 8,7% bzw. 6,7%. Vor diesem Hintergrund ist die Schlussfolgerung der Gutachter eindeutig:

*„Die derzeitige Fokussierung der glücksspielbezogenen wissenschaftlichen wie politischen Diskussion auf ein mögliches Gefährdungspotenzial des Zahlenlottos scheint im Zusammenhang mit dem Vorhaben, der Spielsucht effektiv entgegen zu treten, wenig zielführend: Denn Spielprobleme treten vor allem bei Spielern von Spielautomaten, den Pferde- und Sportwetten und den Casinospielen auf und dies insbesondere dann, wenn diese Spielarten gleichzeitig gespielt werden. Dem Lottospielen ist hingegen nur eine geringe suchtinduzierende Wirkung zuzuschreiben. Eine vernünftige Spielsuchtprävention sollte sich daher vielmehr den erstgenannten Problemgruppen sowie jüngeren und männlichen Spielern und Personen mit spielsüchtigen Angehörigen zuwenden.“ (S. 3)*

Vor diesem Hintergrund wirken die verzweifelt anmutenden Versuche des Deutschen Lotto- und Totoblocks und mancher Lotteriereferenten, über 50 Jahre nach Einführung der Lottoziehung eine vorgeblich pandemische Lottosucht zu erfinden, rechtsstaatlich abstoßend. In den Geschäftsberichten der Lotteriegesellschaften für 2005 war das Phänomen Lottosucht noch gänzlich unbekannt. Jeder Abgeordnete mag die Lotto-Geschäftsberichte für 2005 neben die von 2006 legen, um zu sehen, in welche Abgründe staatlich verordneter Heuchelei zur vordergründigen Kaschierung fiskalischer Interessen die Diskussion um den GlüStV die Politik bereits geführt hat.

18 d) Monopol auf Lotterievermittlung bleibt kartellrechtswidrig

Angesichts der empirischen Befunde steht es deshalb in völligem Einklang mit dem Sportwetten-Urteil, dass sich die Rechtsrahmen für Sportwetten einerseits und für Lotterien einschließlich Lotto andererseits unterscheiden. Während für Sportwetten nach Maßgabe der Entscheidung des BVerfG vom 28.3.2006 ein staatliches Monopol für die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten auch für die Übergangszeit trotz Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten werden darf, gilt grundlegend Anderes für Lotterien. Für die im Deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten „großen“ Lotterien wie namentlich „Lotto 6 aus 49“ besteht nur ein staatliches Monopol für die *Veranstaltung*, während die *Vermittlung* von Lotterien im *Wettbewerb* zwischen den Vertriebsorganisationen der Landeslotteriegesellschaften und privaten gewerblichen Spielvermittlern (§ 14 LStV) geschieht. Für diesen Wettbewerb auf den Lotteriemärkten gilt das Kartellrecht des Bundes und der Europäischen Gemeinschaft und Landesrecht nur, soweit es mit diesen höherrangigen Normen in Einklang steht. Dementsprechend hat das Bundeskartellamt im Benehmen mit der Europäischen Kommission mit Beschluss vom 23.8.2006 jegliche Behinderung gewerblicher Spielvermittler nach Art. 81, 82 EG sofort vollziehbar verboten und klargestellt, dass auch Landesbehörden aus Art. 10 EG verpflichtet sind, den Vorrang des Gemeinschaftskartellrechts anzuerkennen und etwaig entgegenstehendes Landesrecht unangewendet zu lassen.

- 19 Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamts mit Beschlüssen vom 23.10.2006 (Eilverfahren) und vom 8.6.2007 (Hauptsache) – VI-Kart 15/06 – in allen wesentlichen Punkten bestätigt. Bundeskartellamt und OLG Düsseldorf haben keinen Zweifel daran gelassen, dass gewerbliche Lotterievermittler aus zwingenden gemeinschafts- und bundeskartellrechtlichen Gründen nicht behindert werden dürfen, und zwar weder von Wettbewerbern noch von Landesbehörden. Das Oberlandesgericht hat auch unmissverständlich festgehalten, dass die Länder selbst das Verbot nach Art. 81 i.V.m. Art. 10 EG trifft, wettbewerbsbeschränkende Abreden und abgestimmte Verhaltensweisen zu praktizieren und zu unterstützen. Auch den Landesparlamenten ist es verwehrt, Recht zu schaffen, das mit den zwingenden Vorgaben nach Art. 10, 81 EG unvereinbar ist. Die Länder dürfen auch nicht etwa durch die Anwendung ihres – normhierarchisch untergeordneten – Ordnungsrechts die Vorgaben des – normhierarchisch übergeordneten – Kartellrechts unterlaufen.

20 e) Verbot der Behinderung gewerblicher Spielvermittlung für Lotto und Lotterien durch Landesgesetzgeber

Nach der sofort vollziehbaren Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 8.6.2007 ist es den Ländern deshalb gemeinschafts- und bundesrechtlich verboten, die kartellrechtlichen Grundsätze gewerbliche Spielvermittlung für Lotto und Lotterien zu beeinträchtigen. Gewerbliche Spielvermittler dürfen uneingeschränkt und unabhängig von der Vertriebsform

bundesweit tätig werden. Gewerbliche Spielvermittler befördern den erwünschten Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften und wirken der verbotenen Marktaufteilung entgegen. Gewerbliche Spielvermittler stehen im Wettbewerb zu den Lottoannahmestellen der Landeslotteriegesellschaften. Dieser Wettbewerb darf nicht behindert werden. Eine landesrechtliche Norm des GlüStV oder des GlüStV AG, die diese Grundsätze höherrangigen Rechts verletzt, ist vom Bundeskartellamt nach Art. 10, 81 EG außer Anwendung zu setzen. Diese Kompetenz des Bundeskartellamts hat das OLG Düsseldorf in seinen Beschlüssen vom 23.10.2006 und vom 8.6.2007 ausdrücklich bestätigt. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen – entgegen einer wiederum in grober Verzerrung des Entscheidungsinhalts von Glücksspielreferenten lancierten Einschätzung – aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8.5.2007 im zugehörigen Eilverfahren. Dieser Beschluss betraf nur den Internetvertrieb der Landeslotteriegesellschaften, Gegenstand war nicht die gewerbliche Spielvermittlung, für die der Hauptsache-Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8.6.2007 den gemeinschaftskartellrechtlich zwingenden Rahmen vorgibt. Dass gewerbliche Lotterievermittler nicht in ihrer länderübergreifenden, bundesweiten Tätigkeit behindert werden dürfen, hat der Bundesgerichtshof im Übrigen schon 1999 in seinem *Lottospielgemeinschaften*-Beschluss entschieden. Dass er davon abrücken wird, ist nicht ersichtlich. Eine Bezugnahme auf diese Grundlagenentscheidung findet man bezeichnenderweise in der Begründung zum GlüStV nicht. Stattdessen heißt es lapidar, die Neuregelung beziehe „in vollem Umfang auch die staatlichen und privaten Lotterien ein; auch hier ist eine Anpassung an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 28. März 2006 – bei Abstufungen im Detail – erforderlich.“ Es gibt weder solche „Abstufungen im Detail“, was die entscheidenden Vorgaben für die gewerbliche Lotterievermittlung anbelangt, noch kümmert sich der Staatsvertragsbegründung auch nur ansatzweise darum, dass die Frage der „Anpassung“ des geltenden Lotterierechts an das Sportwetten-Urteil des BVerfG vom Bundeskartellamt ausführlich und mit bindender Wirkung beantwortet ist.

- 21 Als *kartellrechtskonforme Lösung* bietet sich deshalb eine Herauslösung der Lotto- und Lotterieveranstaltung und –vermittlung aus dem GlüStV an: Für Lotto und Lotterien bleibt es beim ordnungsrechtlichen Rahmen des Lotteriestaatsvertrages von 2004 und im Übrigen bei der gemeinschaftsrechtlich zwingend gebotenen Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle durch die Kartellbehörden. Dass dieser Ansatz *mit den Anforderungen des Sportwetten-Urteils des BVerfG konform* geht, ist durch das „Rechtsgutachten zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer differenzierenden rechtlichen Regelung von Sportwetten und Lotterien“ von Herrn Prof. Dr. Wolfgang Roth, LL.M., vom 15.3.2007 belegt, das im Auftrag des Deutschen Buchmacherverbandes erstattet wurde, aber von den GlüStV-Entwurfsverfassern ebenso wenig zur Kenntnis genommen wurde wie alle anderen Rechtsgutachten. Stattdessen wurde von Seiten der Entwurfsverfasser und einiger Staatskanzleien in den letzten Wochen immer wieder behauptet, Sportwetten und Lotterien könnten nicht getrennt geregelt werden. Diese Behauptung ist durch das Schreiben von EU-Kommissar McCreevy vom 9.7.2007 widerlegt. Wir fügen es als **Anlage FA 1** bei. Darin heißt es:

*„Die von der Kommission im Rahmen des laufenden Verfahrens vorgebrachten Bedenken betreffen demnach die Sportwetten. Die Kommission stellt weder die Existenz noch die Fortdauer der bestehenden Lotteriemonopole in Frage, wenn sie mit EU-Vorschriften vereinbar sind.“*

Dass und aus welchen Gründen das von der Landesregierung in der Vergangenheit unterstützte, auch in den Medien vielfältig begrüßte duale System („schleswig-holsteinisches

Modell“) nunmehr von der Landesregierung aufgegeben worden ist, wird der Landtag zu untersuchen haben. Die Äußerungen der Landesregierung am 10.7.2007 vor der Presse und am 13.9.2007 im Plenum des Landtags belegen indes, dass diese Gründe ausschließlich fiskalischer Natur sind. Sie belegen den Gesetzentwurf damit von vornherein mit dem Makel der Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit.

### 22 3. Versuch der Täuschung des Parlaments durch die GlüStV-Entwurfsverfasser

Vor diesem Hintergrund erscheint es als nachgerade spektakulärer Täuschungsversuch der Verfasser des GlüStV, die Verfahren des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf in der Entwurfsbegründung und in der Tischvorlage für die CdS- und die Ministerpräsidentenkonferenz am 12./13.12.2006 *mit keinem Wort* zu erwähnen. Damit ist den Lotteriereferenten dieses Gesetzgebungsvorhaben endgültig zur bundes- und rechtsstaatlichen Farce geraten. In der Folge wird es nach einem Inkrafttreten des Staatsvertrags zu zahlreichen weiteren kartellrechtlichen Auseinandersetzungen kommen, die bei einem besonnenen, ideologiefreien Respekt für die auf über 200 Seiten akribisch begründete Entscheidung der obersten deutschen Wettbewerbsbehörde zu vermeiden wäre. Die Verfasser des GlüStV setzen hingegen auf eine Karambolage mit höherrangigem Recht, und sie versuchen, durch schlichtes Verschweigen dieser Zusammenhänge die Landesparlamente über das Ausmaß der sich abzeichnenden Rechtsstreite bewusst im Unklaren zu lassen.

23 Die Idee, das Sportwetten-Urteil des Gerichts zur ideologisch motivierten Umgestaltung der gesamten deutschen Glücksspielmärkte zu manipulieren, kam den Glücksspielreferenten erst später. Wir gehen davon aus, dass unmittelbar nach Zustellung der sofort vollziehbaren Entscheidung des Bundeskartellamts vom 23.8.2006 sich die Glücksspielreferenten der Länder auf eine konzertierte Aktion zur Konterkarierung der Entscheidung verständigt haben. Dies ist aus den Verfahrensakten des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf ableitbar. In einem Schreiben des (seinerzeitigen) Glücksspielreferenten des Landes Sachsen-Anhalt an die „Obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder“ vom 6.9.2006 (Az.: 21.2-12253-121900) wird offen zur Nichtbeachtung dieses nach Art. 10 i.V.m. Art. 81, 82 EG selbstverständlich auch für die Ministerien der Länder bindenden und sofort vollziehbaren Beschlusses des Bundeskartellamts aufgerufen. Soweit das Bundeskartellamt den Kartellanten des DLTB Ordnungswidrigkeitenverfahren angedroht hatte, wird darin denjenigen, die sich an die Verfügungen der Bundesoberbehörde halten, mit straf- und ordnungsrechtlichen Gegenmaßnahmen gedroht. Partiiell gleichlautende Schreiben haben die Glücksspielreferenten der Länder Brandenburg, Thüringen und Niedersachsen verfasst.

24 Dass Verwaltungsbeamte der Länder offen zur Sabotage einer – im Nachhinein durch den Kartellsenat des OLG Düsseldorf voll und ganz bestätigten – Entscheidung der obersten deutschen Kartellbehörde, die noch dazu in Abstimmung mit der Europäischen Kommission ergangen ist – aufrufen, ist in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nicht hinnehmbar. Es dokumentiert nicht nur eine ideologische Rechtsfeindlichkeit der handelnden Personen, sondern auch das offenkundige Fehlen einer effektiven Dienstaufsicht über die Glücksspielreferenten. Hier muss das GlüStV AG durch institutionelle Vorkehrungen Abhilfe leisten, für die am Ende dieser Stellungnahme ein Vorschlag unterbreitet wird.

#### 25 4. Versuch der Einflussnahme auf Parteitagebeschlüsse

Die für den Entwurf des GlüStV zuständigen Beamten haben überdies offenbar versucht, angesichts der sich bei den politischen Entscheidungsträgern immer mehr durchsetzenden Erkenntnis der Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des Vertragsentwurfs gegenzusteuern. So lautete der Antrag Nr. 79 vom 5.6.2007 zum 58. Ordentlichen Bundesparteitag der FDP am 15.-17.6.2007 in Stuttgart wie folgt:

„Im Rahmen der Neuregelung des Glückspielwesens werden die FDP-Fraktionen in den Landtagen keinerlei Regelungen mittragen, die den freien Wettbewerb zu Lasten privater Anbieter oder Vermittler von Lotterien beschränken und die erkennbar EU- oder verfassungswidrig sind.“

Unter ausdrücklichem Hinweis auf die im Anhörungsverfahren unterdrückten „Rechtsgutachten renommierter Verfassungsrechtler (Prof. Dr. Pieroth, Prof. Dr. Hermes, Prof. Dr. Horn)“, das *Placanica*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs und die ausführliche Stellungnahme der EU-Kommission zum Entwurf des GlüStV im Rahmen der Notifizierung vom 22.3.2007 führt der Antrag aus, dass der „derzeit den Ministerpräsidenten vorliegende Entwurf eines neuen Glücksspielvertrages mit allerhöchster Wahrscheinlichkeit gegen Europa- und Verfassungsrecht verstößt.“

Nach Kenntnisnahme von diesem Antrag sah sich der zuständige Beamte in der Berliner Senatskanzlei veranlasst, seinen Kollegen in den anderen Ländern noch im Vorfeld des FDP-Bundesparteitags wie folgt Mitteilung zu machen:

„Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

anbei die dem kommenden FDP-Bundesparteitag vorliegenden Anträge zur Glücksspielliberalisierung - es wird anheim gestellt, dazu in geeigneter Weise aufklärend zu wirken. Soweit noch nicht geschehen, könnte der Kollege Wiedermann die Texte mit dieser Zielrichtung auch an die Glücksspielreferenten aller Länder kommunizieren.

Mit freundlichen Grüßen  
Karl-Heinz Hage  
Ltd. Senatsrat  
Senatskanzlei Berlin“

Eine Zurückweisung dieses Ansinnens durch die anderen zuständigen Länderministerien ist nicht bekannt. Es bedarf keiner Betonung, dass eine derartige „Aufklärung“ eine schwere beamtenrechtliche Verfehlung darstellt, weil es Beamten schlicht verboten ist, solchermaßen auf den demokratischen Willensbildungsprozess in politischen Parteien Einfluss zu nehmen.

- 26 Nach den Hintergründen für diesen Konfrontationskurs befragt, äußerte sich der maßgebliche Verfasser des GlüStV, Ministerialrat Nagel vom Innenministerium NRW, gegenüber Teilnehmern des Symposiums „Sportwetten & Glücksspiel 2007“ am 3.5.2007 dahingehend, die Vorgaben des Bundeskartellamts und die Anwendung des EG-Kartellrechts seien „eben ein anderer Ansatz“, den er „nicht teile“. Dieses Verständnis von Normhierarchien ist bemerkenswert, weil offensichtlich mit der verfassungsmäßigen Ord-

nung unvereinbar. Von Landesbeamten ist zu erwarten, dass sie auch und gerade bei Vorschlägen für *Landesgesetze* das *Bundesrecht* und das supranationale Recht strikt beachten und als *vorrangig* anerkennen. Der „Ansatz“ einer Bundesbehörde steht nicht zur Disposition einer Landesbehörde und auch nicht des Landesgesetzgebers. Insoweit ist nachdrücklich in Erinnerung zu rufen, was das Bundeskartellamt im Benehmen mit der Europäischen Kommission den Länderbehörden aufgegeben hat:

„Die Lottereaufsichtsbehörden der Länder sind nach Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden und verpflichtet, vorrangigem EG-Recht nicht die praktische Wirksamkeit zu nehmen. Nach Art. 10 EG i.V.m. Art. 81 EG ist es den Mitgliedstaaten verboten, Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, welche die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben können. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dürfen Mitgliedstaaten keine gegen Artikel 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreiben oder erleichtern oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärken.“ (Seite 16 des Schreibens des Bundeskartellamts vom 21.11.2006)

#### IV.

#### Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des GlüStV

##### 27 1. Beseitigung der tradierten Formen gewerblicher Spielvermittlung und Verfassungswidrigkeit zentraler Regelungen des GlüStV zur Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittler

Mit dem GlüStV werden die in Deutschland tradierte und höchstrichterlich bestätigte gewerbliche Spielvermittlung für Lotto und Lotterien rechtlich und faktisch unmöglich gemacht. Die Vorschrift des § 19 GlüStV, die scheinbar gewerbliche Spielvermittlung im Umfang des bisherigen § 14 LStV zuzulassen scheint, läuft leer. Dies ergibt sich aus der Zusammenschau folgender Vorschriften des GlüStV:

- § 3 Abs. 5, wonach ein Glücksspiel dort vermittelt wird, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird – zusammen mit dem Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 beseitigt dies die für gewerbliche Spielvermittlung charakteristische erlaubnisfreie und kartellrechtlich abgesicherte bundesweite Tätigkeit;
- § 4 Abs. 1 und 2, der einen Erlaubnisvorbehalt für die Vermittlung ohne Rechtsanspruch einführt;
- § 4 Abs. 4, der die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet verbietet;
- § 5 Abs. 1 und 2, wonach Werbung auch für Lotto und Klassenlotterien pauschal nur informieren und nicht ermuntern, also im eigentlichen Sinn „werben“ darf;
- § 5 Abs. 3, der Werbung im Fernsehen, im Internet und über Telefon pauschal verbietet;
- § 10 Abs. 2, der die aufschiebende Wirkung bei Widersprüchen und Klagen gegen die Anforderungen der Glücksspielaufsicht beseitigt;

- § 19 Abs. 1, wonach ein gewerblicher Spielvermittler nur ist, wer ausschließlich im Auftrag der Spielinteressenten tätig wird.

28 a) Erlaubnisvorbehalt ohne Rechtsanspruch offensichtlich verfassungswidrig

Die zentrale Vorschrift des § 4 GlüStV begründet einen länderspezifischen *Erlaubnisvorbehalt ohne Rechtsanspruch* für das Veranstalten und Vermitteln jeder Form öffentlichen Glücksspiels, unabhängig vom individuellen Suchtgefährdungspotenzial der jeweiligen Glücksspielform.

Die Entwurfsverfasser behaupten, dass diese Regelung einheitlich für Veranstalter und Vermittler gelte. Das ist vordergründig richtig, aber bedeutungslos. Dass etwa in Schleswig-Holstein die NordwestLotto Schleswig-Holstein GmbH & Co. KG an der Erlaubnispflicht scheitern wird, ist nicht zu erwarten. Hinsichtlich der Veranstaltungserlaubnis geht es im Kern um eine Selbsterlaubnis, die nur kaschieren soll, was das eigentliche Ziel der Vorschrift ist: Die Verwaltung möchte damit die Kompetenz zur Strukturierung der Glücksspielmärkte nach eigenem Gutdünken erlangen. Dass die Aufsichtsbehörden das ihnen eingeräumte Ermessen unter strikter Beachtung der aufgezeigten kartellrechtlichen Bindungen ausüben werden – was im Falle von FABER und seiner Wettbewerber zu einem absoluten Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung führen würde –, ist aufgrund der bisherigen, offen kartellrechtsfeindlichen Haltung der Glücksspiel-Referentenebene nicht vorbehaltlos zu erwarten. FABER erkennt indes an, dass das GlüStV AG in § 5 Abs. 1 Satz 2 den Erlaubnisvorbehalt zu einem „gebundenen Ermessensanspruch“ umgestaltet. Es wird daher sehr darauf ankommen, dass das Innenministerium die Erlaubnisvoraussetzungen unter strikter Beachtung des Kartellrechts und in Richtung eines verfassungskonformen Vollzugs der an sich verfassungswidrigen Vorschrift prüft.

29 b) Entwurfsbegründung verschweigt beim BVerfG anhängiges Normenkontrollverfahren

Den Entwurfsverfassern ist von Anfang an verdeutlicht worden, dass § 4 GlüStV offensichtlich verfassungswidrig ist. Sie haben indessen nicht nur die entsprechenden Rechtsgutachten unterdrückt. Bezeichnenderweise schweigt die Begründung des GlüStV AG auch zu dem für die Entscheidung der Parlamentarier zweifellos wesentlichen Umstand, dass die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Erlaubnisvorbehalts bereits Gegenstand eines beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfahrens ist. § 4 GlüStV ist nämlich § 13 GlüG LSA nachempfunden. Das Land Sachsen-Anhalt hatte als einziges Bundesland in Umsetzung des Lotteriestaatsvertrages von 2004 mit Wirkung vom 30.12.2004 einen Erlaubnisvorbehalt ohne Rechtsanspruch für gewerbliche Spielvermittler eingeführt. Die Erlaubnisvoraussetzungen des § 13 GlüG LSA waren so gefasst, dass die großen gewerblichen Spielvermittler wie FABER, Tipp24 und FLUXX sie von vornherein nicht erfüllen konnten.

Das Verwaltungsgericht Halle erkannte die Verfassungswidrigkeit der Norm und hat § 13 GlüG LSA mit Beschluss vom 26.4.2007 (Az.: 3 A 809/06 HAL) dem BVerfG zur Prüfung nach Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt. Auf Anordnung des Verwaltungsgerichts können die betroffenen gewerblichen Spielvermittler ihre Tätigkeit für die gesamte Dauer des Verfahrens in Sachsen-Anhalt unvermindert fortsetzen. Dieses Verfahren, dessen Erwähnung ein Gebot der Redlichkeit für die Staatsvertragsverfasser gewesen wäre, gibt einen Vorgeschmack auf die kommenden Rechtsstreitigkeiten zu § 4 GlüStV, sofern nicht das Innenministerium den neuen Erlaubnistatbestand bis zur erwartbaren Nichtigerklärung der

Norm im Sinne eines absoluten Bestandsschutzes für die bestehenden gewerblichen Spielvermittler handhabt.

30 c) Ergebnisse der im Anhörungsverfahren unberücksichtigten Rechtsgutachten

Die im Verfahren unberücksichtigt gebliebenen Rechtsgutachten kommen insoweit zu eindeutigen Ergebnissen. Exemplarisch sei auf die Feststellungen von Herrn Prof. Dr. Pieroth verwiesen:

- Der geplante Glücksspielstaatsvertrag wirkt sich für gewerbliche Spielvermittler als erhebliche Erschwerung ihrer Berufszulassung, wenn nicht gar als Berufsverbot aus.
- Die für gewerbliche Spielvermittler aus § 19 i.V.m. § 4 GlüStV folgende Erlaubnispflicht ist wegen der Weite und Auslegungsbedürftigkeit der Versagungsgründe und des ausdrücklichen Ausschlusses eines Rechtsanspruchs nicht als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Kontrollerlaubnis), sondern als repressives Verbot mit Ausnahmebewilligung (Dispens) einzuordnen.
- Diese Verschärfung der Rechtslage wird durch das Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht gefordert. Vielmehr besteht bei Lotterien im Vergleich zu Sportwetten – wenn überhaupt – nur ein sehr geringes Suchtgefährdungspotenzial.
- Diese Verschärfung der Rechtslage ist auch tatsächlich nicht notwendig, weil das geltende Recht zur Überwachung der Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler völlig ausgereicht hat.
- Nachdem das Bundesverfassungsgericht die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Gewerbe als Teil des Rechts der Wirtschaft) für das Sportwettenrecht anerkannt hat, gilt dasselbe für das Lotterierecht und erst recht für das Recht der gewerblichen Spielvermittlung.
- Durch § 6 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 i.V.m. §§ 14, 35 und 56 Abs. 1 GewO hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht mit der Folge einer Sperrwirkung für die Länder. §§ 19 und 25 Abs. 2 S. 1 GlüStV sind danach verfassungswidrig und gem. Art. 72 Abs. 1 bzw. Art. 31 GG nichtig.
- §§ 19 und 25 Abs. 2 S. 1 GlüStV verstoßen zugleich gegen § 1 GewO und sind insoweit gem. Art. 31 GG nichtig.
- Ob für die Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittlung legitime Gemeinwohlziele vorliegen, die den geplanten Glücksspielstaatsvertrag als ein geeignetes Mittel erscheinen lassen, kann mit guten Gründen bezweifelt werden.
- Die Versagung eines Rechtsanspruchs auf Erteilung einer gewerblichen Erlaubnis auch für den Fall, dass keine Versagungsgründe vorliegen, ist per se ein Verstoß gegen das Übermaßverbot.

- Unabhängig davon ist die Einführung einer Erlaubnispflicht durch § 19 i.V.m. § 4 GlüStV ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit, weil sie weder erforderlich noch angemessen im Sinn des Übermaßverbotes ist.
- Sie ist nicht erforderlich, weil es für die Grundrechtsberechtigten die milderen Mittel der Gewerbeaufsicht und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gibt, die die legitimen Gemeinwohlziele in gleich effektiver Weise erreichen lassen.
- Sie ist nicht angemessen, weil die Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe ein deutliches Übergewicht der gegen die Verschärfung der Anforderungen an gewerbliche Spielvermittler sprechenden Gründe ergibt.
- § 19 i.V.m. § 4 GlüStV ist auch mit der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar.
- § 25 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 GlüStV ist eine den Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht ausreichend beachtende Übergangsregelung und verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG.
- § 25 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 GlüStV ist, wenn nicht eine Enteignung, so doch jedenfalls eine unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung und verstößt gegen Art. 14 GG.

Drei der eingereichten Gutachten sind inzwischen in einem renommierten juristischen Verlag in Buchform erschienen (Georg *Hermes/Hans-Detlef Horn/Bodo Pieroth*, *Der Glücksspielstaatsvertrag: Drei verfassungs- und europarechtlichen Gutechten*. Heidelberg: C.F. Müller, 2007). Weitere Gutachten und Stellungnahmen, u. a. der Professoren *Klaus Lüderssen, Rupert Scholz* und *Clemens Weidemann* sowie *Christian Koenig* sind ebenfalls bereits veröffentlicht.

### 31 2. Rechtswidrigkeit des Internetverbots und der Werbebeschränkungen im GlüStV

Der GlüStV ist nicht nur in seiner Zielsetzung der Vernichtung der bestehenden Strukturen der deutschen Glücksspielmärkte verfassungswidrig, sondern auch in zahlreichen Einzelregelungen. Vor dem Hintergrund der Entscheidungen des Bundeskartellamts und der Kartellgerichte stellt sich etwa das in § 9 Abs. 3 Satz 2 GlüStV enthaltene Gebot zur „Abstimmung der Erlaubnisse für die Landeslotteriegesellschaften“ als eine in Gesetzesform gegossene Kartellabsprache und damit eine Verhöhnung des EG-Rechts dar. Auf alle diese Rechtsverstöße, die im Anhörungsverfahren zum GlüStV vorgebracht, aber nicht berücksichtigt wurden, kann hier nicht mehr eingegangen werden. Wir beschränken uns daher auf folgende Punkte:

#### 32 a) Internetverbot, § 4 Abs. 4 GlüStV

Das *vollständige Internetverbot* für jede Form des öffentlichen Glücksspiels in § 4 Abs. 4 GlüStV ist verfassungswidrig und – wie die Europäische Kommission durch ihre Ausführliche Stellungnahme vom 27.3.2007 und nachfolgende Schreiben festgestellt hat, gemeinschaftsrechtswidrig. Die Begründung zum GlüStV führt dazu vorsätzlich unwahr aus, mit

dem Internetverbot werde „eine wesentliche Forderung erfüllt, die das BVerfG in seinem Urteil vom 28. März 2006 aufgestellt hat.“ Das BVerfG hat offensichtlich für Lotto und Lotterien keine derartige Forderung aufgestellt. Auch die übrige Begründung zu § 4 Abs.4 GlüStV ist arbiträr und unseriös. Tatsächlich ist das vorgesehene Internetverbot zum einen wiederum nur kartellrechtsfeindlich motiviert: Die staatlichen Lotteriegesellschaften mussten bekanntlich ihre illegalen Gebietskartelle im Internet auf gerichtlich bestätigten Druck des Bundeskartellamts aufbrechen. Daraufhin verfügten die Glücksspielreferenten mit dem alleinigen Ziel, die Kartellamtsentscheidung zu unterlaufen, die Schließung des Internetangebots der Lotteriegesellschaften. Dies führte automatisch dazu, dass Lotto im Internet den privaten Vermittlern, namentlich der Tipp24 AG, überlassen blieb. Um auch diesen Zustand zu sabotieren, verabredeten die Glücksspielreferenten sodann, das Internetangebot von Glücksspielen aus vorgeschobenen ordnungsrechtlichen Gründen ganz zu verbieten. Für die Gesellschaften des DLTB ist damit ein durchschnittlicher Umsatzrückgang von nur weniger als 3 % verbunden, für private Internet-Lottovermittler bedeutet diese Umgehungsabrede hingegen ein Berufsverbot.

- 33 Der Landtag wird zu berücksichtigen haben, dass zahlreiche deutsche Gerichte, zuletzt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 7.5.2007 und das Verwaltungsgericht München mit diversen Urteilen vom 17.5.2007, entschieden haben, dass ein Verbot des Internetvertriebs für Sportwetten mangels technischer Möglichkeiten zur Standortbestimmung (Lokalisierung) des Nutzers nicht möglich ist. Im Eu-Ausland lizenzierte Anbieter können in Deutschland deshalb nicht zu einem technisch unmöglichen Ausschluss in Deutschland ansässiger Spielinteressenten verpflichtet werden. Sie werden deshalb entgegen naiver Hoffnungen des Deutschen Lotto- und Totoblocks und der GlüStV-Entwurfsverfasser den Markt für Internet-Glücksspiele in Deutschland vollständig übernehmen.

34 b) Werbeverbote, § 5 GlüStV

Die Vorschriften über die Werbung in § 5 GlüStV differenzieren nicht nach den unterschiedlichen Suchtpotenzialen von Glücksspielen. Auch für die Lottereien „6 aus 49“, „Spiel 77“ und „Super 6“ soll die Werbung im Fernsehen und im Internet unterschiedslos verboten werden. Werbung „darf nicht mehr gezielt zur Teilnahme am Glücksspiel auffordern“. Eine Werbung ohne Aufforderungscharakter ist keine Werbung. Eine solche Bestimmung vernichtet die Existenz aller großen, zum Teil seit Jahrzehnten am Markt tätigen Spielvermittler. Sie sind ebenso wie die Süddeutsche und die Norddeutsche Klassenlotterie auf diese Werbemaßnahmen angewiesen. Hingegen sollen die Werbeinstrumente der staatlichen Lotterieveranstalter (Hörfunk, Plakat- und Printmedienwerbung) unangetastet bleiben. Eine solche Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt und verfassungswidrig. Sie ist nach Maßgabe der sogleich darzustellenden Abmahnung durch die Europäische Kommission auch gemeinschaftsrechtswidrig.

Die Absicht, sogenannte „Soziallotterien“ von dem Werbeverbot auszunehmen, wird verfassungsrechtlich keinen Bestand haben, da zwischen Soziallotterien und gewerblichen Lotterien aufgrund von deren hoher Abgabenquote wirtschaftlich kein Unterschied besteht. Soziallotterien zeichnen sich nur durch ein anderes Marketing aus, weil sie ihre sozialen Zwecke in den Vordergrund der Öffentlichkeitsarbeit schieben. Die etablierten PR-Maßnahmen für Lotterien, wie etwa die TV-Ziehung der Lottozahlen, werden sich nicht aufrechterhalten, da es sich hierbei unzweifelhaft um Werbung handelt. Entgegen den Vorstellungen mancher Glücksspielreferenten, die ihren eigenen Entwurf nach Gutdünken

stets zu Lasten Privater und zugunsten des staatlichen Veranstalters auslegen, wird die Fernsehziehung der Lottozahlen am 2.1.2008 per einstweiliger Anordnung verboten werden.

35 **3. Europarechtswidrigkeit des GlüStV**

Die Entwurfsverfasser wissen, dass sie mit dem GlüStV den EG-Vertrag verletzen. Sie wissen, dass sie die beständige Forderung des Europäischen Gerichtshofs in seiner Rechtsprechungslinie von der Rechtssache *Schindler* (1994) bis zuletzt *Placanica* (März 2007) nach einer *insgesamt „kohärenten und systematischen“* Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Glücksspielrechts nicht erfüllen können. Der Bund ist nämlich nicht bereit, die derzeitige gewerberechtlich-liberale Regelung der Pferdewetten und der Geldspielautomaten, denen unstreitig – nach dem Sportwetten-Urteil des BVerfG und auch nach Überzeugung der Entwurfsverfasser – ein höheres Suchtgefährdungspotenzial innewohnt als Sportwetten und Lotterien, zugunsten des etatistisch-wettbewerbsfeindlichen Modells des GlüStV aufzugeben.

36 Die Bundesregierung hat in ihrer Antwort von Staatssekretär Dr. Walther Otremba auf die mündliche Anfrage des Abgeordneten Detlef Parr am 25.4.2007 erklären lassen (BT-Drs. 16/5166 S. 21):

„Bezug nehmend auf den Beschluss der Konferenz der Regierungschefs der Länder vom 13. Dezember 2006, Nummer 5, sieht die Bundesregierung daher keine Notwendigkeit, die Regelungen für gewerbliche Automaten Spiele (Spielverordnung) sowie für die Pferdewetten (Teil 1 des Rennwett- und Lotteriegengesetzes) zu ändern.“

37 Damit ist der *GlüStV gemeinschaftsrechtlich gescheitert*. Die Länder der Bundesrepublik Deutschland sind außerstande, der Europäischen Kommission eine mit dem vermeintlichen Zweck der „Spielsuchtbekämpfung“ stehende – was ohnehin ja nur als Vorwand und Schein-Begründung zu sehen ist – konsistente Glücksspielpolitik zu belegen. In Deutschland bleiben die „suchtgefährdenderen“ Glücksspielformen liberalisiert, die ungefährlichen Glücksspielformen wie Lotto werden unter Inkaufnahme der Vernichtung zehntausender Arbeitsplätze in ein von monopolistischen Überspanntheiten gekennzeichnetes Regelungskorsett gezwängt. Ministerialrat Nagel hat die vor diesem Hintergrund evidente Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des GlüStV jüngst in einem Beitrag auf dem erwähnten „Symposium Glücksspiel 2007“ der Universität Hohenheim am 29.6.2007 der Sache nach eingeräumt. Der Leiter der Forschungsstelle, Herr Prof. Dr. Tilman Becker, resümierte bei dieser Veranstaltung das durch den GlüStV bewirkte Regelungsparadoxon wie folgt:

**„Rangfolge des Gefährdungspotentials**

1. Geldspielautomaten
2. Glücksspielautomaten
3. Casinospiele
4. Sportwetten
5. Rubbellose, Lotterie „6 aus 49“, Spiel 77, Super 6
6. Klassenlotterien

**Rangfolge der Einschränkung der Berufsfreiheit**

1. Lotterien (sehr starke Einschränkungen)

2. Sportwetten (sehr starke Einschränkungen)
3. Casinospiele (starke Einschränkungen)
4. Geldspielautomaten (geringe Einschränkungen)

-> Gesetzgeber stellt die Welt auf den Kopf“

- 38 Der Schleswig-Holsteinische Landtag wird sorgsam zu prüfen und abgewogen zu entscheiden haben, ob er dieses Regelungschaos für eine „kohärente und systematische“ Glücksspielpolitik hält und sich für einen Staatsvertrag ausspricht, der das europäische Gemeinschaftsrecht verhöhnt.
- 39 Die von den Glücksspielreferenten der Länder formulierten Antwortschreiben der Bundesregierung auf die insgesamt drei Abmahnschreiben der Europäischen Kommission wegen der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des deutschen Glücksspielrechts künden von einer besorgniserregenden Unkenntnis des europäischen Gemeinschaftsrechts. Die Kommission hatte in ihrer ausführlichen Stellungnahme deutlich darauf hingewiesen, dass das vollständige Verbot von Lotterien und Sportwetten im Internet *keine geeignete* Maßnahme zum Erreichen der Ziele der Spielsuchtbekämpfung und des Jugendschutzes ist. Zudem stuft die Kommission dieses vollständige Verbot als *unverhältnismäßig* ein. Die Länder meinen demgegenüber, über die Geeignetheit einer Beschränkungsmaßnahme selbst entscheiden zu können, was gemeinschaftsrechtlich unzutreffend ist. Die Länder scheitern vollends, der Europäischen Kommission eine konsistente und kohärente rechtliche Strukturierung des Glücksspielwesens plausibel zu machen. So müssen sie sich in den formalistischen Einwand flüchten, die Konsistenz und Kohärenz der Regelung sei jeweils für Lotterien, Sportwetten, Casinospiele und andere Glücksspielformen getrennt zu prüfen. Indes gelingt es den Ländern gerade nicht, für Lotterien diese Anforderungen zu erfüllen. Zwar erfasse der GlüStV auch Casinospiele im Internet, die Länder müssen jedoch einräumen, dass sie für Geldspielgeräte trotz der manifesten Suchtgefahr keine entsprechende Regelung vorsehen. Der Einwand, Geldspielgeräte dürften nicht im Internet angeboten werden, liegt an der Grenze des Absurden: In der Sache verteidigen sich die Länder also schlicht mit der Aussage, im Internet keine Automaten aufzustellen. Darum ging es der Kommission aber offensichtlich nicht: Die Konsistenz muss selbstverständlich übergreifend so verstanden werden, dass Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung bei den Glücksspielformen am weitesten gehen, die das höchste Suchtpotenzial aufweisen. Hierzu sagt die Stellungnahme der Länder nichts, und nichts im Erwiderungsschreiben dokumentiert eine sorgfältige Abwägung im Vergleich von Lotterien und Sportwetten.
- 40 Eine weitere Auseinandersetzung mit diesen Antworten bleibt der Europäischen Kommission vorbehalten, weil niemand ernstlich erwarten kann, dass mit derartig heillosen Versuchen der Brückierung der Kommission gemeinschaftsrechtliche Weiterungen verhindert werden können. Mit dem Festhalten an den von der Kommission überprüften und beanstandeten Vorschriften trotz Nichterfüllung der von der Kommission verlangten Informations- und Begründungsanforderungen steuern die Länder auf einen planmäßigen und vorsätzlichen Bruch des Gemeinschaftsrechts zu. Die Kommission hat für diesen Fall keinen Zweifel daran gelassen, dass sie dies mit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 des EG-Vertrages beantworten wird.
- 41 Mit Befremden zur Kenntnis zu nehmen ist die Tatsache, dass die Begründung zum GlüStV AG das weitere Abmahnschreiben der Europäischen Kommission vom 14. Mai 2007 mit keinem Wort erwähnt. Wir überreichen sie als **Anlage FA 2**. Dieses Schreiben

ist – ganz auf der Linie des bisherigen Geheimverfahrens – von den Staatskanzleien nach unserer Kenntnis weder innerhalb der jeweiligen Landesregierung noch an die Landtagsabgeordneten verteilt worden. Darauf angesprochen, wird das Schreiben bisweilen ernstlich mit dem Hinweis relativiert, es sei „nur“ von einem Stellvertretenden Generaldirektor der Kommission unterzeichnet und daher lediglich die Auffassung eines Verwaltungsbeamten. Das ist unzutreffend. Rechtlich hat dieses Schreiben dieselbe Qualität, die auch dem von einem Kommissar oder dem Präsidenten der Europäischen Kommission unterzeichneten Schreiben zukommt. Inhaltlich lässt dieses Schreiben keinen Zweifel, dass nunmehr *alle zentralen Regelungen* des GlüStV als *gemeinschaftsrechtswidrig* bewertet werden:

- § 9 Abs. 1 Nr. 4 GlüStV, demzufolge die Glücksspielaufsichtsbehörden Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen die Mitwirkung an Zahlungen für „unerlaubtes“ Glücksspiel und and Auszahlungen für „unerlaubtes“ Glücksspiel untersagen können soll, ist mit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 2 EG) unvereinbar.
- Die umfassenden Werbebeschränkungen des § 5 Abs. 1, 3 und 4 und des § 21 Abs. 2 GlüStV ist mit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) unvereinbar. *„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.“*
- Die Beschränkungen der Vertriebswege, insbesondere die Behinderung gewerblicher Spielvermittler und die fehlende öffentliche, diskriminierungsfreie und transparente Ausschreibung von Annahmestellen-Genehmigungen verstoßen gegen die Niederlassungs- (Art. 43 EG) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG).
- Deutschland würde „mit den Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag seine Verpflichtung verletzen, keine Maßnahmen einzuführen, die die praktische Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln beeinträchtigen könnten.“

Die Europäische Kommission unterstützt damit ausdrücklich die oben begründete Auffassung, dass vorrangiges Ziel des GlüStV die Sabotage der Entscheidungen des Bundeskartellamts ist.

- 42 Um allfälligen Relativierungsversuchen von vornherein zu begegnen, legen wir als **Anlage FA 3** das (persönlich unterzeichnete) Schreiben des zuständigen Kommissars McCreevy vom 28.6.2007 vor. Der Kommissar lässt keinen Zweifel daran, dass er das rechtlich gegen einen bloßen Gesetzesentwurf noch nicht zulässige Vertragsverletzungsverfahren eröffnen wird, sollte der GlüStV in Kraft treten.
- 43 Auch keine Erwähnung in der Begründung zum GlüStV AG findet der von Kommissar McCreevy besonders hervorgehobene Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Gießen vom 7.5.2007 – 10 E 13/07. In seiner Begründung hierzu führt das VG Gießen aus, dass die deutschen gesetzlichen Restriktionen für private Wettanbieter nicht sachlich begründet und unverhältnismäßig sind. Das Gericht vermisst wissenschaftliche Untersuchungen zum Gefahrenpotenzial und zur Effizienz der Gefahrenabwehr. Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit geht das Gericht davon aus, dass eine behördliche Kontrolle privater Anbieter nach dem Vorbild der Spielhallen ein milderer und gleichermaßen geeignetes Mittel sei. Dem Entwurf für einen neuen Glücksspielstaatsvertrag hält das Gericht die Kritik durch

die Europäische Kommission entgegen. Es hat daher dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob sich das Erfordernis der Kohärenz und Systematik auf die Gesamtheit der Glücksspielangebote bezieht, was das das VG Gießen zu Recht bejaht. Die bundesgesetzlich eröffnete Möglichkeit, dass Private Pferdewetten und gewerberechtliche Automaten Spiele anbieten könnten, nicht aber sonstige Sportwetten, ist inkohärent und unsystematisch. Kommissar McCreevy geht davon aus, dass der EuGH dieses Verfahren 2009 entscheiden wird.

## V.

### Europarechtswidrigkeit des GlüStVAG mangels Beachtung der Notifizierungspflicht

44 Das GlüStV AG ist bislang nicht der Europäischen Kommission nach der Richtlinie 98/347EG notifiziert worden. In ihrem Gespräch mit den Vertretern der Länder hat die Kommission am 11.9.2007 unmissverständlich klargestellt, dass auch die Ausführungsgesetze der Länder zum Glücksspielstaatsvertrag notifizierungspflichtig sind. Sie hat das mit dem als **Anlage FA 4** beigefügten Schreiben vom 24.9.2007 der Bundesregierung noch einmal schriftlich bestätigt. Das bedeutet für die Verfassungsorgane in Mecklenburg-Vorpommern:

- Das GlüStVAG darf vor einer Notifizierung an die Kommission nicht verabschiedet werden.
- Ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht führt dazu, dass die notifizierungspflichtigen Bestimmungen nicht angewendet werden dürfen. Das gilt vor allem für sämtliche Ausführungsbestimmungen zum Internetverbot. Das Internetverbot und die (sehr restriktive) Erlaubnismöglichkeit der Internet-Vermittlung für ein Jahr sind praktisch nicht durchsetzbar. Jeder ausländische Anbieter könnte sich auf die Unanwendbarkeit der Vorschriften berufen. Die vorgesehenen Bußgelder dürfen nicht verhängt werden.
- Die Landesregierung müsste den Gesetzentwurf, wie von der Europäischen Kommission verlangt, umgehend notifizieren. Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist von drei Monaten dürfte der Landtag über den Gesetzentwurf beschließen. Ein verfassungs- und europarechtskonformes Glücksspielrecht kann deshalb mit dem Entwurf der Landesregierung innerhalb der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist zur Neuregelung des Sportwettenrechts bis zum 31.12.2007 nicht mehr erreicht werden.

45 Zur näheren Begründung verweise ich auf das als **Anlage FA 5** beigefügte Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. Streinz, das der Europäischen Kommission vorliegt und auch der Bundesregierung übermittelt wird.

## VI.

### Verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich notwendige Korrekturen des GlüStV AG

Die Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des GlüStV erfasst auch das zu seiner Umsetzung vorgeschlagene GlüStV AG. Die nachfolgenden Änderungsvorschläge

verstehen sich daher unbeschadet der grundsätzlichen Ablehnung des Gesetzespakets und der Aufforderung an den Schleswig-Holsteinischen Landtag, den Gesetzgebungsvorschlag der Landesregierung im Ganzen zurückzuweisen. Sollte der Landtag den GlüStV ratifizieren, ist mit den folgenden Änderungsvorschlägen auch kein Verzicht von FABER auf Primärrechtsschutz vor den Gerichten und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen das Land Schleswig-Holstein verbunden. Vielmehr sind die Vorschläge als *rechtsstaatliche Minimalanforderungen* zu verstehen, die der schleswig-holsteinische Gesetzgeber bis zur Feststellung der Nichtigkeit oder Unanwendbarkeit des GlüStV und seiner Ausführungsgesetze durch die staatlichen oder europäischen Gesetze oder das Bundeskartellamt zu beachten hat.

46 *1. Ausgestaltung des Erlaubnisvorbehalts, §§ 5, 12 Nr. 4 GlüStV AG*

a) Regionalitätsprinzip offensichtlich kartellrechtswidrig

Nach § 4 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV AG bedarf der Erlaubnis, wer sich als gewerblicher Spielvermittler in Schleswig-Holstein betätigen will. Aus § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV AG ergibt sich, dass das GlüStV AG grundsätzlich am sog. *Regionalitätsprinzip* festhalten will. Damit verstößt der Gesetzentwurf gegen die Verpflichtungen des Landes Schleswig-Holstein, wie sie sich aus der Entscheidung des Bundeskartellamts vom 23.8.2006 und den Beschlüssen des OLG Düsseldorf vom 23.10.2006 und 8.6.2007 ergeben. Für die gewerbliche Vermittlung von Lotto und Lotterien ist es dem Land nach Art. 10, 81 EG verboten, gewerbliche Spielvermittler an das Regionalitätsprinzip zu binden. Die Vorschriften sind, wie dargelegt, eine vorsätzliche Verletzung höherrangigen Kartellrechts des Bundes und der Europäischen Gemeinschaft.

- 47 Der Entwurfsverfasser hat dieses Problem erkannt und dadurch zu lösen versucht, dass nach § 5 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 12 Nr. 4 GlüStV AG eine Erlaubnis auch für das Angebot anderer Landeslotteriegesellschaften erteilt werden kann, wenn das entsprechende Glücksspiel in einer Rechtsverordnung der Landesregierung festgelegt ist.

Die Verlagerung der Entscheidung auf eine Rechtsverordnung der Landesregierung, also auf Ebene exekutivischer Rechtsetzung, ist mit dem verfassungsrechtlichen Postulat der sog. Wesentlichkeitstheorie nicht vereinbar. Nach diesem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grundsatz ist der Gesetzgeber verpflichtet, „im Bereich der Grundrechtsausübung – soweit dieser staatlicher Regelung überhaupt zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ (BVerfGE 77, 170, 230 f., st. Rspr.).

Für die gewerbliche Lotterievermittlung ist die *Freiheit, über Ländergrenzen hinweg das Angebot staatlicher Lotteriegesellschaften bundesweit zu vermitteln und die eingeworbenen Spielverträge von ihnen ausgewählten Lotteriegesellschaften zuzuführen, wesensprägend*. Die Länder haben in der Vergangenheit versucht, die wettbewerblichen Folgen dieses Grundprinzips gewerblicher Spielvermittlung durch den sog. Regionalisierungsstaatsvertrag zu neutralisieren. Das ist ihnen kartellrechtlich verboten worden. So hat das OLG Düsseldorf zum Regionalisierungsstaatsvertrag entschieden:

„Wettbewerbsbeschränkende Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen sind den Ländern nicht deshalb erlaubt, weil sie in Gestalt eines [scil. staatsvertraglichen] Länder-Finanzausgleichs stattfinden“ (Beschluss vom 23.10.2006, Ausfertigung, S. 34).

§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 GlüStV ist eine *unzulässige Umgehung* des vom OLG Düsseldorf für sofort vollziehbar erklärten Verbots des Regionalitätsprinzips. Den Verstoß gegen höherrangiges Kartellrecht auf der Ebene einer Rechtsverordnung heilen zu wollen, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Vielmehr muss der Landesgesetzgeber selbst sicherstellen, dass Unternehmen wie FABER ihre bisherige länderübergreifende Geschäftstätigkeit in dem vom Bundeskartellamt festgestellten Umfang fortführen können. Das GlüStV AG muss also selbst bestimmen, dass sämtliche nach bundeseinheitlichen Grundsätzen veranstalteten Glücksspiele auch bundesweit vermittelt werden dürfen. Es ist keinem Unternehmen zumutbar, dass die Grundentscheidung über die Fortführung seines bisher uneingeschränkt erlaubten Geschäftsbetriebs nicht der Gesetzgeber, sondern die Verwaltung entscheidet. Dies gilt im Besonderen für FABER vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit den Glücksspielreferenten im Anhörungsverfahren zum GlüStV und angesichts ihrer versuchten Sabotage der Kartellentscheidungen. Der Landtag selbst muss sicherstellen, dass FABER das fortzusetzen kann, was das Unternehmen mit ausdrücklicher Bestätigung der Kartellbehörden und -gerichte seit jeher betreibt.

48 § 5 Abs. 2 Satz 2 GlüStV AG ist daher wie folgt zu fassen:

**Abweichend von Satz 1 ist auf Antrag das Vermitteln solcher öffentlicher Glücksspiele unabhängig vom Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Spielinteressenten zu erlauben, die von Veranstaltern anderer Länder im Sinne des § 10 Abs. 2 Glücksspielstaatsvertrag nach bundeseinheitlichen Spielplänen veranstaltet werden. Satz 2 gilt jedenfalls für, aber nicht beschränkt auf, die Lotterien „Lotto 6 aus 49“, „Spiel 77“ und „Super 6“ und sämtliche Glücksspiele, die unter den Voraussetzungen des Satzes 2 an ihre Stelle treten.**

§ 12 Nr. 4 ist entsprechend zu streichen.

49 b) Einführung des Erlaubnisvorbehalts erst zum 1.1.2009

§ 25 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 GlüStV bestimmt, dass gewerbliche Spielvermittler erst ein Jahr nach Inkrafttreten des Staatsvertrags, also zum 1.1.2009, einer Erlaubnis nach § 4 GlüStV bedürfen. Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer solchen Übergangsregelung ist – unbeschadet der Verfassungswidrigkeit des Erlaubnisvorbehalts als solchem – evident. § 14 Abs. 3 GlüStV AG sieht hingegen nur vor, dass die „nach altem Recht erteilten ... Erlaubnisse sowie Befugnisse“ bis zum 31. Dezember 2008 „in Kraft“ bleiben. Da gewerbliche Spielvermittler bislang keiner Erlaubnis bedürfen und der Begriff der „Befugnis“ im Kontext rechtlich zu unpräzise ist, wäre eine Auslegung des § 14 Abs. 3 denkbar, nach der der Erlaubnisvorbehalt des § 5 GlüStV AG bereits zum 1.1.2008 greift. Das wäre mit dem GlüStV unvereinbar. Die Begründung des GlüStV AG enthält sich einer klaren Aussage, nach der gewerbliche Spielvermittler bis zum 31.12.2008 keiner Erlaubnis nach § 5 des Gesetzes bedürfen.

50 § 14 Abs. 3 GlüStV AG ist daher um folgenden Satz 2 zu ergänzen:

**Veranstalter und Vermittler einschließlich gewerblicher Spielvermittler, für die in § 4 GlüStV und § 5 dieses Gesetzes erstmals eine Erlaubnispflicht begründet wird, bedürfen bis zum Ablauf des 31. Dezember 2008 keiner Erlaubnis zur Fortsetzung ihrer bisherigen Tätigkeit.**

51 c) Erfüllbarkeit der Erlaubnisvoraussetzungen

§ 5 Abs. 1 GlüStV AG begründet Erlaubnisvoraussetzungen, die im Einzelfall vom Antragsteller verlangen, dass er diese „sicherstellt“. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist damit gemeint, dass dem Antragsteller (etwa FABER) die Darlegungslast obliegt. Es ist also im Vorhinein „schlüssig vorzutragen“, wie die Sicherstellung bewerkstelligt werden soll. Entsprechende Konzepte müssen nach der Begründung bereits vor Antragstellung entwickelt und mit dem Antrag vorgelegt werden. Dies gibt der Erlaubnisbehörde ein praktisch unbeschränktes Ermessen, vor Erteilung der Erlaubnis Antragsunterlagen nachzufordern oder inhaltlich zu beanstanden. Die bisherigen Erfahrungen mit Glücksspielreferenten im Rahmen des GlüStV-Anhörungsverfahrens begründen die Besorgnis des Missbrauchs durch die Erlaubnisbehörde. Darüber hinaus ist es praktisch unmöglich, im bisherigen Konzept allein *repressiv* kontrollierbare ordnungsrechtliche Vorgaben im Vorhinein *präventiv* sicherstellen zu wollen: Repressiv kann festgestellt werden, dass gegen Jugendschutzbestimmungen verstoßen worden ist, man kann aber nicht präventiv feststellen, dass nicht gegen Jugendschutzbestimmungen verstoßen werden wird. Diese Regelung ist deshalb offensichtlich untauglich und daneben als unverhältnismäßig verfassungsrechtlich unhaltbar. Sie hat ersichtlich schikanösen Charakter.

## 52 § 5 Abs. 1 Nr. 2 GlüStV AG ist deshalb wie folgt zu fassen:

**kein Grund zu der Annahme besteht, dass [bisheriger Text zu a) bis e)] nicht eingehalten werden,**

## 53 2. Errichtung eines Beirats „Konvergenz der europäischen Glücksspielmärkte“

Der GlüStV und das GlüStV AG werden schon nach Einschätzung ihrer Verfasser nur vier Jahre Gültigkeit haben. Der Vierjahreszeitraum entspricht nicht zufällig der durchschnittlichen Dauer eines EG-Vertragsverletzungsverfahrens, an dessen Ende unweigerlich die Aufhebung des Staatsvertrags stehen wird. Wegen der offensichtlich verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrigen Regelungen rechnet kaum jemand mit einer längeren Geltungsdauer. Aufgrund der Vorlage des VG Gießen vom 7.5.2007, über die der EuGH schon 2009 entscheiden wird, ist mit der Feststellung der EG-Vertragsverletzung schon früher zu rechnen. Aufgrund der Richtervorlage des VG Halle zu § 13 GlüG LSA wird auch die Einführung eines Erlaubnisvorbehalts in § 4 GlüStV wahrscheinlich schon vor Ablauf der Vierjahresfrist als verfassungswidrig feststehen. Der Gesetzgebungsvorschlag ist daher in jedem Falle als Provisorium angelegt. Für diesen Zeitraum hat der Gesetzgeber wegen der massiven verfahrensmäßigen Belastungen, die das Vertrauen der privaten Marktteilnehmer in die Glücksspielaufsicht zerstört haben, dafür Sorge zu tragen, dass die staatliche Glücksspielaufsicht den Übergangszeitraum bis zu einer verfassungs- und europarechtskonformen Neuregelung des deutschen Glücksspielrechts nicht zu einer Marktbereinigung durch ordnungsrechtlich bloß camouflierte Aufsichtsmaßnahmen gegen gewerbliche Spielvermittler missbraucht. Es bedarf daher institutioneller Vorkehrungen, um eine größtmögliche rechtsstaatliche Disziplinierung der staatlichen Glücksspielaufsicht zu gewährleisten.

Insoweit empfiehlt sich die Einrichtung eines Beirats „Konvergenz der europäischen Glücksspielmärkte“, der beim Innenministerium anzusiedeln ist und dem Landtag regelmäßig Bericht erstattet über die Entwicklungen auf den europäischen, nationalen und nordrhein-westfälischen Glücksspielmärkten. Insbesondere obliegt dem Beirat, den Land-

tag unverzüglich zu unterrichten, wenn und soweit Maßnahmen der Glücksspielaufsicht mit den Zielen konvergenter europäischer Glücksspielmärkte unvereinbar sind. Zugleich soll der Beirat den Landtag über die Verfahren der Europäischen Kommission wegen Vertragsverletzungen durch mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung unterrichten. Die Mitgliedschaft im Beirat ist ehrenamtlich. Kosten entstehen dem Land nicht.

54 Es wird folgender **§ 12a** GlüStV AG eingefügt:

**§ 12a – Beirat „Konvergenz der europäischen Glücksspielmärkte“**

(1) Beim Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein wird ein Beirat „Konvergenz der europäischen Glücksspielmärkte“ gebildet. Der Beirat hat die Aufgabe,

a) dem Schleswig-Holsteinischen Landtag regelmäßig, jedoch mindestens halbjährlich, Bericht zu erstatten über die rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen auf den europäischen, nationalen und nordrhein-westfälischen Glücksspielmärkten;

b) die Aufsichtstätigkeit der Behörden nach § 7 zu beobachten, zu evaluieren und dem Landtag unverzüglich Bericht zu erstatten, wenn und soweit der Beirat Maßnahmen der schleswig-holsteinischen Glücksspielaufsicht für unvereinbar mit höherrangigem Recht hält;

c) dem Landtag Vorschläge zur gemeinschaftsrechtskonformen Ausgestaltung des schleswig-holsteinischen Glücksspielrechts zu unterbreiten und sich aktiv an der Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen zur Konvergenz der europäischen Glücksspielmärkte zu beteiligen;

d) die Landesregierung in Fragen des deutschen und europäischen Glücksspielrechts und der makroökonomischen Auswirkungen der Glücksspielregulierung zu beraten.

(2) Dem Beirat gehören Sachverständige für Fragen der europäischen Glücksspielmärkte an. Der Beirat besteht aus zwölf Mitgliedern. Die Mitglieder werden durch den Innenminister oder die Innenministerin auf Vorschlag gemäß Satz 3 berufen. Es werden vorgeschlagen:

- 2 Mitglieder durch den Deutschen Lottoverband,
- 2 Mitglieder durch den Deutschen Lotto- und Totoblock,
- 2 Mitglieder durch den Verband Europäischer Wettunternehmer,
- 1 Mitglied durch den Deutschen Buchmacherverband,
- 1 Mitglied durch die Studienvereinigung Kartellrecht,
- 1 Mitglied durch den Verbraucherzentrale Bundesverband,
- 1 Mitglied durch die Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim,
- 1 Mitglied durch die Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht,
- 1 Mitglied durch den Bundesverband Mergers & Acquisitions.

Mindestens drei der Mitglieder sollen die Befähigung zum Richteramt haben.

**(3) Die Mitglieder werden auf die Dauer von drei Jahren berufen. Wiederberufung ist zulässig. Die Mitgliedschaft ist ein persönliches Ehrenamt. Die Mitglieder sind an Weisungen nicht gebunden. Die Mitglieder können jederzeit schriftlich gegenüber dem Innenministerium ihr Ausscheiden aus dem Beirat erklären.**

**(4) Der Beirat wählt aus seiner Mitte eine Vorsitzende oder einen Vorsitzenden sowie eine(n) stellvertretende(n) Vorsitzende(n). Die oder der Vorsitzende oder, im Falle ihrer oder seiner Verhinderung, die oder der stellvertretende Vorsitzende leitet die Sitzungen des Beirats. Der Beirat tritt nach Bedarf, mindestens jedoch vierteljährlich zusammen. Der Beirat beschließt mit der Mehrheit seiner Mitglieder; bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme der oder des Vorsitzenden. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung des Beirats, die der Zustimmung des Innenministeriums bedarf.**

Bochum, 9. Oktober 2007

gez.  
Norman Faber

09.07.2007 D/001416

Herrn  
Jörg Bode, MdL  
Innenpolitischer Sprecher und  
Parlamentarischer Geschäftsführer  
Postfach 19 04  
D-30019 Hannover  
[Joerg.bode@lt.niedersachsen.de](mailto:Joerg.bode@lt.niedersachsen.de)

Sehr geehrter Herr Bode,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 19. Juni 2007, in dem Sie mich bitten, mich zur Stellungnahme der Kommission zu den bestehenden und den vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen des Glücksspielwesens in Deutschland zu äußern.

Wie Sie wissen, hat die Kommission in ihrer Presseerklärung IP/06/436 vom 4. April 2007 klargestellt, dass das gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren 2003/4350 sich „nicht grundsätzlich gegen das Bestehen staatlicher Monopole oder gegen staatliche Lotterien richtet. Es hat auch keinerlei Auswirkungen auf die Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes für Glücksspiele im Allgemeinen“. Ich kann Ihnen deshalb bestätigen, dass sich das Vertragsverletzungsverfahren 2003/4350 nur auf Dienstleistungen im Bereich der Sportwetten und nicht auf andere Glücksspiele bezieht und auch nicht die bestehenden Glücksspielmonopole der Länder in Frage stellt.

Des Weiteren bezieht sich die ausführliche Stellungnahme der Kommission vom 22. März 2007 zum Entwurf eines Staatsvertrags nur auf das Verbot von Glücksspielen im Internet. Die weiteren Anmerkungen der Dienststellen der Kommission vom 14. Mai 2007 beziehen sich auf Vorschriften des übermittelten Staatsvertragsentwurfs, die möglicherweise mit EU-Vorschriften zum freien Kapitalverkehr, zum freien Verkehr von Werbe- und Vertriebsdienstleistungen und zum freien Wettbewerb unvereinbar sein könnten; diese Anmerkungen beziehen sich jedoch in erster Linie auf Sportwetten und lassen andere Glücksspiele außer Betracht.

Die von der Kommission im Rahmen des laufenden Verfahrens vorgebrachten Bedenken betreffen demnach die Sportwetten. Die Kommission stellt weder die Existenz noch die Fortdauer der bestehenden Lotteriemonopole in Frage, wenn sie mit EU-Vorschriften vereinbar sind. Das bedeutet, dass die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren einstellen könnte, falls sich die Dienststellen der Kommission und die deutschen Behörden auf eine zufriedenstellende und europarechtskonforme Verhandlungslösung in der Frage der Sportwetten einigen. Eine solche Lösung entspräche auch dem Zweck des in Artikel 226 EG-Vertrag vorgesehenen Verfahrens.

Es wäre hilfreich, wenn den deutschen Ländern einschließlich Niedersachsens diese Position verdeutlicht werden könnte. Ich hoffe, dass dies die Grundlage für eine europarechtskonforme Verhandlungslösung zur Frage der Regelung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Bereich der Sportwetten bilden kann.

Es wäre hilfreich, wenn den deutschen Ländern einschließlich Niedersachsens diese Position verdeutlicht werden könnte. Ich hoffe, dass dies die Grundlage für eine europarechtskonforme Verhandlungslösung zur Frage der Regelung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Bereich der Sportwetten bilden kann.

Ich freue mich über die Nachricht, dass Anfang September vielleicht ein erstes Gespräch zwischen den Dienststellen der Kommission und deutschen Sachverständigen stattfinden kann, und hoffe, dass sich nach diesem Gespräch besser abzeichnet, wie eine europarechtskonforme Regelung der in und nach Deutschland angebotenen Sportwetten aussehen könnte.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Charlie', with a long, sweeping horizontal line extending to the right.

Charlie McCreevy



EUROPAISCHE KOMMISSION

GD Binnenmarkt und Dienstleistungen  
Gesetzliche AngelegenheitenBrüssel, den 14.05.07 1519  
MARKT.BM/KD/d.d D (2007) 7757Betr.: Stellungnahme zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen

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, wenngleich 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 Lalain 8-14  
B-1040 BRÜSSEL

Europäische Kommission, B-1049 Brüssel, Belgien. Telefon (32-2) 296 11 71.  
Büro: SPA 7, Fax: Dienstleistungen (32-2) 296 67 24.  
<http://ec.europa.eu/press/pr/index/>

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 B von Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG<sup>1</sup> 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 hat<sup>2</sup>. Ferner hat der Gerichtshof festgestellt<sup>3</sup>, 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 Glücksspielrausch und Wertsucht sowie der Schutz von Jugend und Spielern. Zu den vier zwingenden

<sup>1</sup> 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 17.7.1988, 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Siehe Rechtsache C-55/94, Gebhard, Randnr. 37 (mit weiteren Verweisen).

Erfordernissen, die nach Auffassung des Gerichtshofes Beschränkungen rechtfertigen können, gehört der Verbraucherschutz<sup>4</sup>.

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 Finanzdienstleistungsinstitutionen die Ausübung einer Grundfreiheit des EG-Vertrags zu unterzügen.

Daher ist die Kommission der Auffassung, dass § 9 Absatz 1 Ziffer 4 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag möglicherweise mit Artikel 36 EG-Vertrag unvereinbar ist.

### ② 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 Fernsehaktivität<sup>5</sup> (Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“, nachstehend Fernsehrichtlinie genannt) enthält klare Bestimmungen zur Fernsehwerbung und sieht vor, dass die Mitgliedstaaten für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtsboheit 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

<sup>4</sup> Siehe z. B. das Urteil *Catru-Bank France/Ministère de l'Économie*, C-442/02, Rat der 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“.

<sup>5</sup> 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 Fernsehrichtlinie und bedarf ebenfalls der Klärung.

In jedem Fall besagt das Verbot, dass Internet-, Fernseh- und Telefondienstanbieter mit Sitz in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland keine Werbendienste 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 Werbendienste 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 Städten, 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 – Teilnahmeberechtigung 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 Werbendiensten durch a) Glücksspielveranstalter mit Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat oder einem anderen deutschen Bundesland, die in Deutschland bzw. in einem anderen Bundesland Werbendienste 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 eins – 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 rechtlichen Gründen der Rechtssicherheit sind die Ausführungen der Erläuterungen nur hinreichend werden, wenn sie in dem 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 vom 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 übertragene 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.

④

#### Begrenzung der Verkaufsstellen - Beschränkungen der Vertriebswege

Gemäß §§ 4, 12 und 19 des notifizierten Textes ist für die Erbringung von Glücksspielvermittlungsdiensten 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 Erklärungen zu § 4 Absatz 2 zufolge „[a]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 Erklärungen 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, Lottarialose 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 Bundesländer 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, *Placencia*, 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 angewandt werden müssen<sup>6</sup>.

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.

### 3 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 Lotogesellschaften 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 Glücksspielangebots die Aktivitäten der Lotogesellschaften auf das Gebiet des Bundeslandes begrenzen würde, in dem sie tätig sind. Die Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag über die Gebietsbegrenzung können als Verletzung von Artikel 81 in Verbindung mit Artikel 10 EG-Vertrag betrachtet werden, da die Lotogesellschaften 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 fortzuschreiben, 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 Lotogesellschaften 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

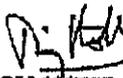
<sup>6</sup> Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-3076, Randnr. 65: „Nach dieser Rechtsprechung müssen die genannten Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels 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

GESAMT SEITEN 08

GESAMT SEITEN 08

CHARLIE McCREEVY  
MEMBER OF THE EUROPEAN COMMISSION

B-1049 BRUSSELS

28.06.2007 D/001348



Herrn  
Jörg Bode, MdL  
Innenpolitischer Sprecher und  
Parlamentarischer Geschäftsführer  
Postfach 19 04  
D-30019 Hannover

Sehr geehrter Herr Bode,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 25. Mai 2007 über den der Kommission im Dezember 2006 notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Notifizierung 2006/658/D).

Wie Sie wissen, ließ die Kommission Deutschland am 22. März 2007 eine ausführliche Stellungnahme zukommen, die sich ausschließlich auf das Verbot von Glücksspielen im Internet [§ 4 Abs. 4 des notifizierten Textes] bezog, da nur dieser Abschnitt „Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie 98/34/EG, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, enthält. In der ausführlichen Stellungnahme heißt es: „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.“

Bezüglich der weiteren Teile des Entwurfs für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen, die nicht Gegenstand der ausführlichen Stellungnahme waren, sandte der Generaldirektor der GD Binnenmarkt und Dienstleistungen am 14. Mai 2007 ein Schreiben an die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der Europäischen Union in Brüssel mit den Stellungnahmen der GD Binnenmarkt und Dienstleistungen, der GD Wettbewerb sowie der GD Informationsgesellschaft und Medien zu den möglicherweise mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Bestimmungen des notifizierten Textes, insbesondere zu

- § 9 Abs. 1 Ziff. 4 des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag, der möglicherweise mit Artikel 56 EG-Vertrag über den freien Kapitalverkehr unvereinbar ist;
- den Werbebeschränkungen von § 5 Absätze 3 und 4 und § 21 Absatz 2 des notifizierten Textes, die möglicherweise mit Artikel 49 EG-Vertrag unvereinbar sind;
- der Begrenzung der Zahl der Annahmestellen und den Beschränkungen der Vertriebswege gemäß § 10 Abs. 3, die in Verbindung mit §§ 4, 12 und 19 des notifizierten Textes möglicherweise mit Artikel 43 und 49 EG-Vertrag unvereinbar sind, da der notifizierte Text keine Angaben über laufende oder geplante Ausschreibungen enthält, 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);
- den Bestimmungen des notifizierten Entwurfs für einen Staatsvertrag, die sich im Zusammenhang mit der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele auf das Erfordernis der „Lokalisierung“ beziehen und dem ersten Anschein nach mit den EG-Wettbewerbsregeln unvereinbar sind.

Meine Dienststellen meinen, dass wenngleich Beschränkungen von Glücksspielen im Internet aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses wie Verbraucherschutz, Jugendschutz und Bekämpfung von Spielsucht gerechtfertigt sein können, ein generelles Verbot von Glücksspielen im Internet unverhältnismäßig erscheint, da es durch weniger restriktive Maßnahmen ersetzt werden kann. Die deutschen Behörden haben es allerdings versäumt, durch die Vorlage der Beweise, die sich auch auf Stellungnahmen von Spielsuchtsachverständigen beziehen, die ein generelles Verbot wie in Erwägung gezogen nicht befürworten, aufzuzeigen, warum weniger restriktive und verhältnismäßigere Massnahmen nicht zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet sind.

Vor diesem Hintergrund gelangen meine Dienststellen zu dem Schluss, dass das in dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag vorgesehene Verbot von Glücksspielen im Internet eine Maßnahme darstellt, die unverhältnismäßig ist und über das hinausgeht, was zur Erreichung ihres Ziels erforderlich ist, da sie durch weniger restriktive Maßnahmen ersetzt werden kann. Ist es nicht möglich, die Erreichung der Ziele des Schutzes vor Spielsucht durch technische und organisatorische Maßnahmen bezüglich Glücksspielen im Internet zu erreichen, so gilt die Maßnahme ebenfalls als zur Erreichung der verfolgten Ziele ungeeignet. In jedem Fall besteht eine Inkohärenz zwischen dem Verbot von Glücksspielen im Internet und der Tatsache, dass Pferdewetten im Internet erlaubt sind, sowie den umfassenden Strategien Deutschlands für Glücksspiele mit hoher Spielsuchtgefahr wie Spielautomaten und Spielbank-Angebote.

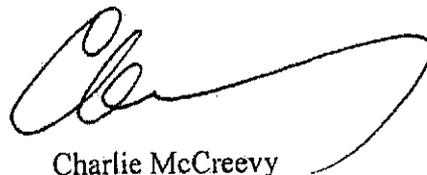
Meine Dienststellen erwarten die Antwort der deutschen Behörden auf die zusätzliche Stellungnahme vom 14. Mai 2007 zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und auf die bevorstehende Stellungnahme der Kommission zur Antwort der deutschen Behörden auf die ausführliche Stellungnahme. Zur Klärung der in Verbindung mit diesen Dokumenten auftretenden Fragen wird möglicherweise ein Treffen zwischen meinen Dienststellen und den zuständigen deutschen Behörden stattfinden.

Die Kommission hat keine Möglichkeit, wegen eines Gesetzesentwurfs, der in dem betreffenden Mitgliedstaat noch nicht formell verabschiedet worden ist, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten. Daher kann die Kommission, wenn die deutschen Bundesländer den Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen bis Ende 2007 formell verabschieden, ohne der ausführlichen Stellungnahme und der zusätzlichen Stellungnahme der Kommission Rechnung zu tragen, erst im Jahr 2008 gegen Deutschland ein neues Vertragsverletzungsverfahren wegen der in der ausführlichen Stellungnahme und der zusätzlichen Stellungnahme genannten Aspekte einleiten.

Die zurzeit geltende deutsche Gesetzgebung zum Glücksspielwesen wird, da das Verwaltungsgericht Gießen am 7. Mai 2007 beschlossen hat, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten, voraussichtlich in zwei Jahren durch diesen erstmals untersucht. Die Kommission wird dem Gerichtshof eine schriftliche Stellungnahme zu den Fragen des deutschen Gerichts übermitteln.

Ich werde Sie über die weiteren Entwicklungen in diesen Angelegenheiten auf dem Laufenden halten.

Mit freundlichen Grüßen



Charlie McCreevy

Prof. Dr. Rudolf Streinz  
Wiss. Assistent Dr. Christoph Herrmann, LL.M.  
Wiss. Mitarbeiter Tobias Krus

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Ludwig Maximilians-Universität München

## Gutachten

---

### **Notifizierungspflicht von Glücksspielstaatsvertrag und Ausführungsgesetzen der Länder gemäß der Richtlinie Nr. 98/34/EG (Informationsrichtlinie)**

---

#### **Inhaltsverzeichnis**

I.	Sachverhalt und Gutachtenauftrag.....	2
II.	Notifizierungspflicht des Staatsvertrags .....	5
III.	Notifizierungspflicht der Ausführungsgesetze der Länder.....	7
A.	Grundsätzliche Klärung von Notifizierungspflichten.....	7
B.	Unterscheidung nach dem Regelungsinhalt der Ausführungsgesetze der Länder.....	9
1.	Die Entwürfe der Landesgesetze enthalten neue Ausführungsvorschriften, die als solche notifizierungspflichtig sind.....	9
2.	Generelle Pflicht zur Notifizierung der Entwürfe von Ausführungsgesetzen eines Staatsvertrags .....	9
3.	Die Entwürfe der Landesgesetze enthalten Abweichungen oder Ergänzungen von bzw. zu den seitens der Kommission beanstandeten Vorschriften des Staatsvertrages .....	10
IV.	Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung der Notifizierungspflicht .....	11
V.	Rechtsfolgen der Nichtberücksichtigung der ausführlichen Stellungnahme der Kommission sowie der Stellungnahme zur Antwort der deutschen Behörden zum notifizierten Staatsvertrag .....	12
VI.	Ergebnis .....	14
	Anhang .....	16

# I. Sachverhalt und Gutachtauftrag

In seinem Urteil vom 28. März 2006<sup>1</sup> hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ein staatliches Monopol für Sportwetten mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nur vereinbar ist, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist. Es verpflichtete den Gesetzgeber, die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten unter Beachtung der sich aus dem Urteil ergebenden verfassungsrechtlichen Vorgaben bis zum 31. Dezember 2007 neu zu regeln. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, haben die 16 Länder der Bundesrepublik Deutschland einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland ausgehandelt, der am 20. April 2007 unterzeichnet wurde und noch der Ratifikation bedarf.

Der Entwurf des Staatsvertrags wurde seitens der deutschen Behörden (federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit) für notifizierungspflichtig gemäß der Richtlinie Nr. 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft,<sup>2</sup> geändert durch die Richtlinie 98/48/EG<sup>3</sup> und zuletzt die Richtlinie 2006/96/EG vom 20. November 2006,<sup>4</sup> gehalten und der Kommission am 21. Dezember 2006 notifiziert. Die Kommission prüfte den Staatsvertrag und beschränkte sich in ihrer Reaktion ausdrücklich auf diejenigen Bestimmungen des notifizierten Staatsvertrags, die „Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft“ enthalten. Die Kommission sah in einigen Bestimmungen des Entwurfs des Staatsvertrags Elemente, die die Grundfreiheiten des vorrangigen Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen können und war deshalb zu einer ausführlichen Stellungnahme gemäß Art. 9 Abs. 2 UAbs. 1 der Richtlinie 98/34/EG veranlasst, die am 22. März 2007 übersandt wurde. Beanstandet wurde § 4 Abs. 4 des Entwurfs, der das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verbietet. Diese Bestimmung stellt eine „Vorschrift betreffend Dienste der Informationsgesellschaft“ dar. Die Kommission hält das vollständige Verbot für unverhältnismäßig. Es gebe (konkret aufgeführte) weniger einschränkende Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht und zum Schutz von Jugendlichen. Auch fehlten in den Erläuterungen eine Folgenabschätzung und eine Analyse der Zweckdienlichkeit und der Verhältnismäßigkeit. Ferner erfasse der Entwurf nicht Glücksspiele, die eine höhere Gefahr der Spielsucht aufweisen (Rüge mangeln-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 115, 276.

<sup>2</sup> ABl. 1998 Nr. L 204.

<sup>3</sup> ABl. 1998 Nr. L 217.

<sup>4</sup> ABl. 2006 Nr. L 363/81.

der Kohärenz). Die in § 25 Abs. 6 des Staatsvertrags vorgesehene Übergangsregelung wird, da davon nur zwei namentlich erwähnte deutsche Unternehmer betroffen sind, als de facto Diskriminierung von Betreibern aus anderen Mitgliedstaaten angesehen. Die Kommission verweist insbesondere auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 6. März 2007 im Fall Placanica (verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04). Durch die ausführliche Stellungnahme wurde eine Standstill-Verpflichtung bis zum 23. April 2007 ausgelöst. Die deutschen Behörden antworteten am 24. April 2007 auf diese ausführliche Stellungnahme und lieferten zusätzliche Informationen. Ihrer Ansicht nach genüge der Entwurf des Staatsvertrags den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts. Die Kommission wies in ihrer Mitteilung zu dieser Antwort vom 31. Juli 2007 darauf hin, dass die Argumente der deutschen Behörden bereits vor Abgabe ihrer ausführlichen Stellungnahme berücksichtigt worden seien. Die Kommission hielt daher an dieser Stellungnahme fest und forderte die deutschen Behörden auf, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, „bevor der notifizierte Entwurf verabschiedet wird“. Für den Fall, dass dies nicht geschieht, behielt sich die Kommission das Recht vor, die vorliegende Angelegenheit erneut zu prüfen, insbesondere das vorgeschlagene Verbot des Glücksspiels im Internet, das auf seine Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag zu untersuchen wäre. Unabhängig davon hatte sich die Kommission, wie bereits in ihrer ausführlichen Stellungnahme vom 22. März 2007 angekündigt, in einem Schreiben vom 14. Mai 2007 zu weiteren Bestimmungen des Staatsvertrags geäußert, die ihrer Ansicht zwar nicht als solches in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34 fielen, hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht jedoch problematisch seien.

Eine Rechtsetzungsmaßnahme der Gemeinschaft selbst (mit der Folge einer Verlängerung der Standstill-Verpflichtung gemäß Art. 9 Abs. 4, 5 Richtlinie 98/34/EG) ist nicht geplant. Art. 2 Abs. 2 lit. h der Richtlinie 2006/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt<sup>5</sup> nimmt „Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten“ ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich aus.

Die Länder haben ohne Berücksichtigung der Einwände der Kommission Gesetzentwürfe hinsichtlich der Zustimmung zum Staatsvertrag zum Glückspielwesen vorgelegt. Darin wird dem Staatsvertrag zugestimmt und es werden die erforderlichen Ausführungsvorschriften erlassen. Soweit ersichtlich werden die seitens der Kommission beanstandeten Bestimmungen der § 4 Abs. 4 und § 25 Abs. 6 des Staatsvertrags übernommen (vgl. z.B. § 13 Abs. 2 des Ge-

---

<sup>5</sup> ABl. 2006 Nr. L 376/36.

setzes zur Änderung der gesetzlichen Grundlagen des Thüringer Glücksspielwesens). Die erforderlichen Ausführungsbestimmungen betreffen u.a. die zuständigen Behörden, das Verfahren sowie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis, die Umsetzung der staatsvertraglich normierten Ziele des Spielerschutzes sowie Bußgeldtatbestände. In den Ausführungsbestimmungen wird u.a. die Gesamthöchstzahl der in einem Land zulässigen Annahmestellen festgelegt (vgl. z.B. § 2 Abs. 4 des Gesetzes zur Änderung der gesetzlichen Grundlagen des Thüringer Glücksspielwesens).

In einem Rechtsgutachten sollen folgende Fragen geklärt werden:

1. Inwieweit bestand eine Notifizierungspflicht des Staatsvertrags eventuell über die von der Kommission aufgegriffenen Vorschriften hinaus?
2. Sind auch die einzelnen Ausführungsgesetze der Länder notifizierungspflichtig?
  - a. Nur bei Abweichungen oder Ergänzungen von bzw. zu den seitens der Kommission beanstandeten Vorschriften des Staatsvertrages
  - b. Hinsichtlich als solcher notifizierungspflichtiger Durchführungsvorschriften
  - c. Generell
3. Welche Rechtsfolgen hat eine Missachtung einer bestehenden Notifizierungspflicht?
4. Welche Rechtsfolgen hat die Nichtberücksichtigung der ausführlichen Stellungnahme der Kommission sowie der Stellungnahme zur Antwort der deutschen Behörden zum notifizierten Staatsvertrag?

## II. Notifizierungspflicht des Staatsvertrags

Die Kommission hält jedenfalls die Bestimmung des § 4 Abs. 4 des Staatsvertrags und die dazu ergangene Übergangsvorschrift des § 25 Abs. 6 für notifizierungspflichtig. Allein darauf bezieht sich folglich die ausführliche Stellungnahme. Sie machte deutlich, dass weitere Bestimmungen des Staatsvertrags gemeinschaftsrechtlich bedenklich sind, behält dies aber einer weiteren Prüfung (die zu einem Vertragsverletzungsverfahren führen kann) vor.

§ 4 Abs. 4 des Staatsvertrags, der das Veranstellen und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verbietet, betrifft einen „Dienst“ (vgl. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 98/48/EG) der Informationsgesellschaft. Denn er wird im Fernabsatz, elektronisch und auf individuellen Abruf eines Empfängers von Diensten erbracht.<sup>6</sup> Die Vorschrift des § 4 Abs. 4 zielt auch „speziell“ auf die Dienste der Informationsgesellschaft ab und wirkt sich nicht lediglich indirekt oder im Sinne eines Nebeneffekts auf diese Dienste aus. Sie erfüllt damit die Anforderungen des Art. 1 Nr. 5 UAbs. 5 der Richtlinie 98/34/EG. § 4 Abs. 4 ist schließlich auch eine „technische Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG, da sie für die Erbringung des Dienstes dahingehend verbindlich ist, dass sie diese generell verbietet.<sup>7</sup>

Die Praxis hat gezeigt, dass die Konkretisierung des spezifischen Geltungsbereichs der Richtlinie anhand der in ihr festgelegten Kriterien Probleme bereitet. Die Kommission ist bei der Klärung der Notifizierungspflicht behilflich.<sup>8</sup> Im konkreten Fall wurde der gesamte Staatsvertrag notifiziert, so dass jedenfalls insoweit kein Versäumnis Deutschlands vorliegt. Dieses Verfahren wird von der Kommission ausdrücklich empfohlen.<sup>9</sup> Die konkrete Antwort der Kommission spricht dafür, dass sie allein die genannten Bestimmungen auf ihre Notifizierungspflicht geprüft hat.

In ihrem Schreiben vom 14. Mai 2007 nimmt die Kommission zur Ermächtigung zur Untersagung der Mitwirkung an Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel gegenüber Kredit- und Fi-

---

<sup>6</sup> Vgl. zu diesen Voraussetzungen den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 13. Februar 2003 – Bewertung der Anwendung der Richtlinie 98/34/EG im Bereich der Dienste der Informationsgesellschaft, Dokument KOM (2003) 69 endgültig, S. 7. Vgl. auch den Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen wirtschafts- und Sozialausschuss vom 21. März 2007, Dokument KOM (2007) 125 endgültig (SEK(2007)350).

<sup>7</sup> Zur Qualifikation von Verboten als „technische Vorschrift“ i.S.v. Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG vgl. EuGH, Urteil v. 26.10.2006 zur Rs. C-65/05, Kommission/Griechenland, Rn. 61 und EuGH, Rs. C-267/03, Lindberg, Slg. 2005, I-3247, Rn. 80.

<sup>8</sup> Vgl. KOM (2003) 69 endgültig, S. 8.

<sup>9</sup> Vgl. ebd., S. 13.

nanzdienstleistungsinstituten gem. § 9 Abs. 1 Nr. 4, die Werbebeschränkungen gem. § 5 Abs. 3, 4 und § 21 Abs. 2, die Begrenzung der Verkaufsstellen und Beschränkungen der Vertriebswege sowie die Bestimmungen des Staatsvertrages, die sich auf das Erfordernis der Lokalisierung beziehen, Stellung. Die deutsche Regierung wird darin aufgefordert, binnen zwei Monaten ihren Standpunkt zu übermitteln und weiter mitzuteilen, welche Maßnahmen der deutschen Behörden vorgesehen werden, um den aus dem EG-recht erwachsenden Verpflichtungen nachzukommen. In die Verfahrenslogik der Informationsrichtlinie lässt sich dieses Schreiben nur schwer einordnen, da nach der ausführlichen Stellungnahme gem. Art. 9 Abs. 2 solche Äußerungen zu notifizierten Bestimmungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34/EG fallen, nicht vorgesehen ist. Auch die Voraussetzungen zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EGV sind allein dadurch nicht erfüllt, da das Schreiben insoweit den inhaltlichen Mindestanforderungen nicht genügt. Insbesondere fehlt es an einer Mitteilung, dass ein formelles Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wurde.<sup>10</sup> Dies hindert allerdings nicht die spätere ordnungsgemäße Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens seitens der Kommission hinsichtlich der beanstandeten Bestimmungen.

Auf weitere Bestimmungen, die notifizierungspflichtig sein könnten, soll kurz eingegangen werden, da diese hinsichtlich einer Notifizierungspflicht der Ausführungsgesetze der Länder zum Staatsvertrag relevant sein können.

§ 5 Abs. 3 des Staatsvertrags verbietet die Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen. Soweit die Werbung im Internet verboten wird, handelt es sich um eine Vorschrift betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach Art. 1 Nr. 2 und 5 der Richtlinie 98/34/EG. Werbung stellt eine Leistung dar, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird, wobei es unerheblich ist, wer die Dienstleistung bezahlt. Die Onlinewerbung wird auch elektronisch und auf individuellen Abruf erbracht. Letzteres Kriterium dient vor allem der Abgrenzung gegenüber solchen Übertragungen von Daten ohne Abruf des Empfängers wie dies bei Hörfunk-, Fernseh- und Teletextdiensten der Fall ist.<sup>11</sup> Da § 5 Abs. 3 die Onlinewerbung verbietet, liegt auch eine technische Vorschrift gem. Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG vor. Damit löst diese Bestimmung ebenfalls die Notifizierungspflicht aus. Der von der Kommission in ihrem Schreiben vom 14. Mai 2007 erwähnte § 9 Abs. 1 Nr. 4 des Staatsvertrags ermächtigt zur Untersagung der Mitwirkung an

---

<sup>10</sup> Dazu *Ehricke*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, Art. 226, Rn. 19.

<sup>11</sup> Vgl. KOM (2003) 69 endgültig, S. 8.

Zahlungen für unerlaubtes Glücksspiel gegenüber Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten. Gemäß Art. 1 Nr. 5 UAbs. 3 i.V.m. dem (nicht erschöpfenden) Anhang VI fallen „Bankdienstleistungen“ nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34/EG. Allerdings wird hier nicht eine Bankdienstleistung als solche geregelt, sondern eine Modalität der Abwicklung des Glücksspiels untersagt. Letzteres ist aber nicht bereits durch EG-Sekundärrecht geregelt, was den Ausnahmetatbestand motiviert.<sup>12</sup>

Gleiches gilt ggf. hinsichtlich § 9 Abs. 1 Nr. 5 des Staatsvertrags, der zur Untersagung gegenüber Diensteanbietern im Sinne von § 3 Teledienstgesetz ermächtigt, selbst wenn hinsichtlich des Teledienstgesetzes ein Fall von Art. 10 der Richtlinie 98/34/EG vorliegen sollte.

§ 8 des Staatsvertrags wird von der Kommission im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung erwähnt.

Die drei letztgenannten Fälle sind insoweit für die Notifizierungspflicht der Ausführungsgesetze der Länder von Bedeutung, als hier von Ermächtigungen Gebrauch gemacht wird bzw. Konkretisierungen erfolgen. Da es sich bei § 9 Abs. 1 Nr. 4 und 5 um Ermächtigungen und noch nicht um Regelungen handelt, hat die Kommission insoweit möglicherweise allein deshalb auf eine Begutachtung im Rahmen der ausführlichen Stellungnahme verzichtet.<sup>13</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der technischen Vorschriften sind Ermächtigungsgrundlagen nicht notifizierungspflichtig, da ihnen selbst keine Rechtswirkungen gegenüber Individuen zukommen. Die Durchführungsvorschriften, die Rechtswirkungen gegenüber dem Einzelnen entfalten, unterliegen dann jedoch der Notifizierungspflicht.<sup>14</sup>

### **III. Notifizierungspflicht der Ausführungsgesetze der Länder**

#### ***A. Grundsätzliche Klärung von Notifizierungspflichten***

Wie die Kommission selbst in ihrem Bericht vom 13. Februar 2003 ausführt, bereitet die Subsumtion nationaler Maßnahmen unter die Notifizierungspflicht in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Die Kommission empfiehlt daher im Zweifel eine Notifizierung und ist bei der Klärung anstehender Fragen behilflich.<sup>15</sup> Um den Mitgliedstaaten für die konkrete An-

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Vademecum zur Richtlinie 98/48/EG zur Einführung einer gesetzgeberischen Transparenz für die Dienste der Informationsgesellschaft, Dokument S- 42/48 endg., ([http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/Vade9848/index\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/Vade9848/index_de.pdf)), S. 29 ff.

<sup>13</sup> Ihrem Schreiben vom 14. Mai 2007 nach zu urteilen, geht die Kommission jedoch bezüglich § 9 Abs. 1 Nr. 4 von einem Verstoß gegen Art. 56 EGV aus.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-317/92, Kommission/Deutschland, Slg. 1994, I-2039, Rn. 26; Rs. C-194/94, CIA Security International/Signalson, Slg. 1996, I-2201, Rn. 29.

<sup>15</sup> Vgl. ebd., S. 13 und konkret S. 34 ff.

wendung der Richtlinie 98/34/EG auf dem Gebiet der Vorschriften für Dienste der Informationsgesellschaft aufgrund der Komplexität der Bestimmungen der Richtlinie eine Auslegungshilfe zu geben, hat die Kommission ein „Vademecum“ mit konkreten Beispielen zur Verfügung gestellt, um die Abgrenzung der Definitionen besser zu veranschaulichen.<sup>16</sup> Für die hier konkret gestellten Fragen lässt sich dem aber wenig entnehmen. Gleiches gilt für die Rechtsprechung des EuGH, soweit sich diese speziell mit Vorschriften für Dienste der Informationsgesellschaft befasst.<sup>17</sup> Der Begriff der technischen Vorschrift gem. Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG wurde jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert, die auch zur Beurteilung der Notifizierungspflicht der Ausführungsgesetze herangezogen werden kann.<sup>18</sup> Spezielle Literatur ist nicht ersichtlich, wie überhaupt die praktisch so wichtige Informationsrichtlinie eher stiefmütterlich behandelt wird.

Zur Klärung der vorgelegten Fragen ist daher neben der Rechtsprechung des EuGH auf den Zweck und das System der Informationsrichtlinie 98/34/EG abzustellen. Dies ergibt sich vor allem aus den Erwägungsgründen der Richtlinie.

Zur Sicherung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist nicht nur erforderlich, dass entgegenstehendes nationales Recht von den nationalen Behörden und Gerichten außer Anwendung gelassen wird (Realisierung des Anwendungsvorrangs), sondern auch, dass sein Erlass von vorneherein verhindert wird. Dieser Teil der gebotenen Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts<sup>19</sup> wird durch die Informationsrichtlinie dadurch erheblich verstärkt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, den Erlass neuer Vorschriften der Kommission zu notifizieren, damit dieser die Prüfung auf die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht ermöglicht wird. Damit soll präventiv die Entstehung von Hemmnissen für den Binnenmarkt (Warenverkehr, Dienstleistungsverkehr) verhindert werden. Die Richtlinie hebt mehrfach den Gedanken der Transparenz hervor.

---

<sup>16</sup>Vademecum (Fn. 10).

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-443/98, Unilever Italia/Central Food, Slg. 2000, I-7535; Rs. C-390/99, canal Satellite Digital, Slg. 2002, I-607; Rs. C-89/04, Mediakabel BV/Commissariaat voor de Media, Slg. 2005, I-4891.

<sup>18</sup> Vgl. KOM (2003) 69 endgültig, S. 8.

<sup>19</sup> Im Hinblick auf Richtlinien hat der EuGH eine solche Sperrwirkung gegenüber Vorschriften, die die Erreichung des Richtlinienziels verhindern könnten, ausdrücklich ausgesprochen, vgl. EuGH, Rs. C-129/96, Inter-Environment Wallonie, Slg. 1997, I-7411, Rn. 36 ff.

## **B. Unterscheidung nach dem Regelungsinhalt der Ausführungsgesetze der Länder**

### **1. Die Entwürfe der Landesgesetze enthalten neue Ausführungsvorschriften, die als solche notifizierungspflichtig sind**

Soweit die Ausführungsgesetze gegenüber dem Staatsvertrag gänzlich neue Vorschriften enthalten, die als solche notifizierungspflichtig sind, sind die Ausführungsgesetze selbst ebenfalls notifizierungspflichtig. Hier wäre, wie gezeigt, an die Vorschriften zu denken, die aufgrund der Ermächtigungen in § 9 Abs. 1 Nr. 4 und § 9 Abs. 1 Nr. 5 des Staatsvertrags erlassen wurden. Denn erst mit dem Gebrauchmachen von dieser Ermächtigung entsteht das konkrete Hemmnis für den Binnenmarkt.<sup>20</sup> Erfolgt in einem Ausführungsgesetz eines Landes der generelle Ausschluss der konkreten Zahlungsmodalität und der konkreten Werbemaßnahme, die unter die Informationsrichtlinie fallen können (wird im Einzelnen geprüft), so ist das betreffende Landesgesetz notifizierungspflichtig. Eine Notifizierungspflicht liegt weiterhin vor, soweit von der Ermächtigung nach § 24 Satz 2 des Staatsvertrags Gebrauch gemacht und Straf- oder Bußgeldvorschriften insbesondere für einen Verstoß gegen das aus § 4 Abs. 4 folgende Verbot erlassen werden (so etwa Art. 9 Abs. 1 Nr. 3 des Bayerischen Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland). Das Gleiche gilt für ein Gebrauchmachen von § 25 Abs. 6 (befristetes Internetangebot).<sup>21</sup>

Zur Reichweite der dadurch begründeten Notifizierungspflicht ist anzumerken, dass, soweit auch nur eine Vorschrift des Gesetzes notifizierungspflichtig ist, das gesamte Ausführungsgesetz notifiziert werden muss.<sup>22</sup>

### **2. Generelle Pflicht zur Notifizierung der Entwürfe von Ausführungsgesetzen eines Staatsvertrags**

Zweck und System der Informationsrichtlinie legen die Frage nahe, ob nicht nach dem Entwurf des Staatsvertrags auch die Entwürfe der Ausführungsgesetze unabhängig davon zu notifizieren sind, ob sie vom Staatsvertrag abweichen oder lediglich dessen Bestimmungen übernehmen. Dafür spricht, dass nicht der Staatsvertrag, sondern erst die Gesetze der Länder die potentiellen Beschränkungen der Grundfreiheiten, die durch das Notifizierungsverfahren ver-

---

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-317/92, Kommission/Deutschland, Slg. 1994, I-2039, Rn. 26; Rs. C-194/94, CIA Security International/Signalson, Slg. 1996, I-2201, Rn. 29.

<sup>21</sup> Für einen Überblick über die Bestimmungen in den Ausführungsgesetzen, mit denen von diesen Ermächtigungen Gebrauch gemacht wird und die daher notifizierungspflichtig sind, siehe die Tabelle im Anhang.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-279/94, Kommission/Italien, Slg. 1997, I-4743, Rn. 38 ff. Die Stillhaltepflicht nach Art. 9 der Richtlinie gilt dann jedoch nur für die technischen Vorschriften.

hindert werden sollen, herbeiführen.<sup>23</sup> Erst durch die Entwürfe der Landesgesetze wird deutlich und besteht Klarheit darüber, ob und inwieweit die im Staatsvertrag angelegten Hemmnisse für den Binnenmarkt realisiert werden oder nicht. Erst dadurch erfährt die Kommission, ob ihren Bedenken und Anregungen Rechnung getragen wurde oder nicht. Das Ziel der Transparenz wird nur so erreicht. Weiterhin haben die Mitgliedstaaten gem. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie 98/34/EG die Pflicht, mit der Übermittlung des Entwurfs der technischen Vorschrift gleichzeitig die hauptsächlich und unmittelbar betroffenen grundlegenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu übermitteln, wenn deren Wortlaut für die Beurteilung der Tragweite des Entwurfs einer technischen Vorschrift notwendig ist. Zweck dieser Vorschrift ist es, der Kommission zu jedem Entwurf einer technischen Vorschrift eine möglichst vollständige Information über ihren Inhalt, ihre Tragweite und ihren allgemeinen Zusammenhang zu verschaffen, damit sie die ihr durch die Richtlinie verliehenen Befugnisse so wirksam wie möglich ausüben kann.<sup>24</sup> Die Kommission kann die Tragweite der in dem Staatsvertrag enthaltenen Vorschriften jedoch nur beurteilen, wenn ihr auch die dazu erforderlichen Ausführungsgesetze übermittelt werden. Folglich spricht Art. 8 Abs. 1 Uabs. 1 ebenfalls für eine generelle Notifizierungspflicht der Entwürfe von Ausführungsgesetzen eines Staatsvertrages. **Vor der Notifizierung der Entwürfe der Ausführungsgesetze an die Kommission dürfen diese von den Landtagen nicht erlassen werden (zu den Folgen eines Verstoßes s.u. IV.).**

### **3. Die Entwürfe der Landesgesetze enthalten Abweichungen oder Ergänzungen von bzw. zu den seitens der Kommission beanstandeten Vorschriften des Staatsvertrages**

Soweit die Entwürfe der Landesgesetze von den seitens der Kommission beanstandeten Vorschriften des Staatsvertrages (§ 4 Abs. 4 und § 25 Abs. 6) abweichen, wären sie zu notifizieren.<sup>25</sup> Ein solches Abweichen ist bislang aber nicht ersichtlich. Die oben (III. B.2) festgestellte Notifizierungspflicht der Ausführungsgesetze bleibt davon aber unberührt.

---

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-317/92, Kommission/Deutschland, Slg. 1994, I-2039, Rn. 26; Rs. C-194/94, CIA Security International/Signalson, Slg. 1996, I-2201, Rn. 29.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-279/94, Kommission/Italien, Slg. 1997, I-4743, Rn. 40.

<sup>25</sup> Vgl. dazu EuGH, Rs. C-273/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1996, I-31, Rn. 13 ff.

## IV. Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung der Notifizierungspflicht

Verstöße gegen die Notifizierungspflicht können als Vertragsverletzungen, nämlich die Nichtbefolgung der Umsetzungspflicht aus Art. 249 Abs. 3 EGV, im Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV verfolgt werden. Damit allein würde aber der Zweck der Informationsrichtlinie nicht erreicht. Um Verstöße der Mitgliedstaaten effektiv zu sanktionieren und die Effektivität der Informationsrichtlinie im innerstaatlichen Bereich zu verstärken hat der EuGH auch hier seine „Effet-utile“-Rechtsprechung entfaltet. Nach seiner Auffassung ist die Richtlinie unmittelbar anwendbar (hinreichend genau formuliert, Umsetzungsfrist abgelaufen, keine unmittelbare Verpflichtung von Individuen). Daher können Bestimmungen, die notifizierungspflichtig waren, aber nicht ordnungsgemäß der Kommission notifiziert wurden, dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden.<sup>26</sup> In den vom EuGH entschiedenen Fällen ging es dabei zwar stets um die jeweils die Notifizierungspflicht auslösenden technischen Vorschriften. Da nach der Rechtsprechung aber jeweils die Gesamtregelung notifizierungspflichtig wird, sollte sich die Unanwendbarkeit auch auf die sonstigen mit-notifizierungspflichtigen Vorschriften erstrecken. Im Übrigen besteht ein Individualinteresse an der Nichtanwendung ohnehin regelmäßig vor allem im Hinblick auf die technischen Vorschriften, also etwa strafbewehrte Verbote.

Hier nicht einschlägige Grenzen für diese unmittelbare Wirkung ergeben sich allein aus dem Normzweck.<sup>27</sup> Dies kann sich ungeachtet der Rechtsprechung des EuGH zur (fehlenden) horizontalen Direktwirkung von Richtlinien auch auf Privatrechtsverhältnisse auswirken. Zwar kann die Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen Einzelner begründen und daher nicht als solche ihnen gegenüber herangezogen werden. Diese Rechtsprechung gilt jedoch nicht für den Fall, dass die Nichtbeachtung der Art. 8 und 9 der Informationsrichtlinie 98/34/EG, die einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt, die Unabwendbarkeit der unter Verstoß gegen einen dieser Artikel erlassenen technischen Vorschrift nach sich zieht.<sup>28</sup>

Konkret hätte dies hier zur Folge, dass eine gebotene aber unterlassene Notifizierung die jeweiligen Landesgesetze zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags den Unternehmen nicht entgegengehalten werden könnte. Insbesondere wäre die Verhängung von Sanktionen (Bußgeld oder Kriminalstrafe), die auf gemeinschaftsrechtswidrige Tatbestände gestützt werden,

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-194/94, CIA Security International SA/Signalson, Slg. 1996, I-2201, Rn. 54.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-226/97, Lemmens, Slg. 1998, I-3711, Rn. 32 ff.

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-443/98, Unilever Italia/Central Food, Slg. 2000, I-7535, Rn. 50.

unzulässig.<sup>29</sup> Gemeinschaftsrechtswidrig wäre der Tatbestand hier aber bereits wegen der fehlenden Notifizierung, unabhängig davon, ob der Tatbestand selbst als solcher dem Gemeinschaftsrecht entspricht oder nicht.

## **V. Rechtsfolgen der Nichtberücksichtigung der ausführlichen Stellungnahme der Kommission sowie der Stellungnahme zur Antwort der deutschen Behörden zum notifizierten Staatsvertrag**

Die Kommission behält sich in ihrer ausführlichen Stellungnahme gemäß Art. 9 Abs. 2 Informationsrichtlinie und auch in ihrer Erwiderung auf die Antwort der zuständigen deutschen Stellen das Recht vor, die vorliegende Angelegenheit erneut zu prüfen, falls ihren konkret benannten Bedenken bei Erlass der notifizierten Maßnahme nicht Rechnung getragen wird. Dies bestätigt, dass Rechtsfolge der Nichtberücksichtigung nach Ansicht der Kommission insoweit allein die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EGV sein kann. Von einer Unanwendbarkeit der notifizierten, von der Kommission jedoch kritisierten Vorschriften geht die Kommission offenbar selbst nicht aus. Dies mag auf den ersten Blick angesichts der weitaus gravierenderen Folgen einer Nichtbeachtung der Notifizierungspflicht selbst – Unanwendbarkeit der nicht notifizierten Vorschriften wegen unmittelbarer Wirkung der Notifizierungspflicht – erstaunen. Anderweitige Rechtsprechung des EuGH, in der dieser die Nichtberücksichtigung der Stellungnahme der Kommission jedoch in ihren Rechtsfolgen gleichgestellt hätte, ist allerdings nicht ersichtlich.<sup>30</sup> Die Frage, ob Vorschriften des nationalen Rechts, die trotz entgegenstehender Bedenken der Kommission von den Mitgliedstaaten oder ihren subnationalen Gebietseinheiten erlassen werden, ebenfalls unanwendbar sind, ist in der Rechtsprechung des EuGH damit offen. Sie könnte gegebenenfalls von einem nationalen Gericht dem EuGH im Verfahren nach Art. 234 Abs. 2 EGV vorgelegt werden. Ein letztinstanzliches Gericht wäre in einem solchen Fall nach Art. 234 Abs. 3 EGV uneingeschränkt vorla-

---

<sup>29</sup> St. Rspr., vgl. z.B. EuGH, Rs. C-224/97, Ciola/Land Vorarlberg, Slg. 1999, I-2517, Rn. 21 ff. und zuletzt (zu Sportwetten) EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Placanica u.a., EuZW 2007, 209, Rn. 68 ff. Speziell zur Unanwendbarkeit einer Bußgeldvorschrift, die in einem unter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht erlassenen Gesetz enthalten war EuGH, Rs. C-303/04, Lidl Italia Srl/Comune di Stradella, Slg. 2005, I-7865, Rn. 20 ff.

<sup>30</sup> Die vom EuGH in den Rs. C-341/97, Kommission/Niederlande, Slg. 2000, I-6611 sowie Rs. C-230/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-1169 entschiedenen Konstellationen weichen von der vorliegenden Frage entscheidend ab. In diesen Fällen ging es nämlich allein darum, ob die „ausführliche Stellungnahme“ nach Art. 9 der Richtlinie 98/34 die „begründete Stellungnahme“ als erster Verfahrensschritt des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV ersetzen kann (vom EuGH verneint).

gepflichtig und könnte sich nicht auf eine der engen, vom EuGH entwickelten Ausnahmen von der Vorlagepflicht berufen.<sup>31</sup>

Die Situation der Nichtberücksichtigung der Stellungnahme der Kommission ist aber auch nicht uneingeschränkt mit der eines völligen Unterbleibens der Notifizierung vergleichbar. Denn primärer Zweck der Notifizierungspflicht ist, wie aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 98/34/EG hervorgeht, die Information der Kommission über potentielle Hemmnisse, die seitens der Mitgliedstaaten gegenüber den betroffenen Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit) aufgebaut werden. Nur wenn die Kommission informiert ist, kann sie den Sachverhalt prüfen und ggf. das Vertragsverletzungsverfahren eröffnen. Allerdings wäre die Effektivität des Gemeinschaftsrechts in ähnlicher Weise berührt, wenn Mitgliedstaaten der Stellungnahme der Kommission keinerlei Beachtung schenken und die Notifizierung tatsächlich nur pro forma vornähmen. Immerhin ziehen die Mitgliedstaaten ausweislich Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 98/34/EG die Änderungsvorschläge der Kommission in Erwägung. Hinzu kommt, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 Abs. 2 EGV alle Maßnahmen zu unterlassen haben, die die Erreichung der Ziele des Gemeinschaftsrechts gefährden könnten.<sup>32</sup> Anders als hinsichtlich der Notifizierungs- und Stillhaltepflicht, die sich als bestimmte und unbedingte Verpflichtungen aus Art. 8 und 9 der Richtlinie 98/34/EG ergeben,<sup>33</sup> enthält diese gerade keine Bestimmung, der zufolge die Mitgliedstaaten nach Ablauf der Stillhaltepflicht die notifizierten Vorschriften nicht erlassen dürften. Damit fehlt es aber an sich an den Voraussetzungen, die der EuGH in ständiger Rechtsprechung für den Eintritt einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinienvorschriften verlangt.<sup>34</sup> Nach Erlass notifizierter Vorschriften durch einen Mitgliedstaat verlagert sich die Prüfung damit auf die Frage ihrer materiellrechtlichen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Insoweit die fraglichen Vorschriften also tatsächlich – wie von der Kommission in ihrer ausführlichen Stellungnahme kritisiert – mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind, sind sie gegebenenfalls wegen der unmittelbaren Wirkung und des Anwendungsvorrangs dieser materiellen Vorschriften – etwa der Grundfreiheiten – unanwendbar. Eine andere Auslegung würde das Informationsverfahren der Richtlinie de facto zu einem Genehmigungsverfahren uminterpretieren.

---

<sup>31</sup> Zu diesen Einschränkungen siehe *Herrmann*, Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht in der neueren Rechtsprechung des EuGH, *EuZW* 2006, S 231 ff.

<sup>32</sup> Der EuGH hat daher auch festgestellt, dass sich der Zweck des Notifizierungsverfahrens nicht auf die Information der Kommission beschränkt, vgl. EuGH, Rs. C-194/94, *CIA Security International SA/Signalson*, Slg. 1996, I-2201, Rn. 50.

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-194/94, *CIA Security International SA/Signalson*, Slg. 1996, I-2201, Rn. 32 ff., und Rs. C-443/98, *Unilever Italia/Central Food*, Slg. 2000, I-7535, Rn. 37 ff. zu diesen Voraussetzungen im Hinblick auf Art. 8 und 9 der Richtlinie 98/34/EG.

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 45 ff.

Die konkret, insbesondere mit der neuesten Rechtsprechung des EuGH im Placanica-Urteil, begründeten Bedenken der Kommission gegen die Gemeinschaftsrechtskonformität des Staatsvertrages können allerdings dazu führen, dass ein „hinreichend qualifizierter Verstoß“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch vorliegt und daher seine Ausführung in den Landesgesetzen zu einem Staatshaftungsanspruch gemäß der Francovich-Rechtsprechung des EuGH<sup>35</sup> führen kann.<sup>36</sup> Dies liegt jedenfalls dann nahe, wenn sich die Landesgesetzgeber nicht mit den Bedenken der Kommission auseinandergesetzt habe, die sie gemäß Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 98/34/EG in Erwägung zu ziehen haben. Besonders bedenklich ist die diskriminierende Vorschrift des § 25 Abs. 6 des Staatsvertrags.

## VI. Ergebnis

1. Die Beschränkung der ausführlichen Stellungnahme auf § 4 Abs. 4 des Staatsvertrags sowie die dazu ergangene Übergangsvorschrift des § 25 Abs. 6 des Staatsvertrags (§ 8 wird im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung erwähnt) besagt, dass die Kommission jedenfalls diese Vorschriften für notifizierungspflichtig gehalten hat. Weiterhin notifizierungspflichtig könnte jedoch § 5 Abs. 3 sein, soweit er Werbung im Internet verbietet. § 9 Abs. 1 Nr. 4 betrifft zwar die vom Geltungsbereich der Richtlinie 98/34/EG ausgenommenen Bankdienstleistungen, regelt diese aber nicht. Das Gebrauchmachen von den in Art. 9 Abs. 1 Nr. 4 und 5 genannten Ermächtigungen in den Landesgesetzen könnte daher hinsichtlich der Landesgesetze selbst notifizierungspflichtig sein.
2. a) Soweit die Ausführungsgesetze durch das Gebrauchmachen von Ermächtigungen im Staatsvertrag notifizierungspflichtige Bestimmungen enthalten, sind sie notifizierungspflichtig. Dies kommt hier Hinsichtlich der Realisierung der Ermächtigungen in § 9 Abs. 4 Nr. 4 und 5, § 24 Satz 2 sowie des § 25 Abs. 6 des Staatsvertrags in Betracht.  
b) Abweichungen von notifizierungspflichtigen Bestimmungen des Staatsvertrags wären notifizierungspflichtig. Solche Abweichungen sind hier nicht ersichtlich. Die Notifizierungspflicht im Übrigen bleibt davon unberührt.  
c) Da die (potentiellen) Beschränkungen der Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes/Binnenmarktes nicht durch den Staatsvertrag, der als solcher keine Außenwirkung hat, sondern erst durch die jeweiligen Ausführungsgesetze der Länder herbeigeführt werden, fordern Zweck und System der Informationsrichtlinie 98/34/EG, insbesondere das Transparenzgebot, dass die Ausführungsgesetze in jedem Fall notifizierungspflichtig sind, wenn sie – und sei es nur durch Verweis auf den Staatsvertrag – notifizierungspflichtige Inhalte haben.

---

<sup>35</sup> Vgl. dazu *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 417 ff. mwN.

<sup>36</sup> Vgl. dazu das *Redeker*-Gutachten zum Glücksspiel-Staatsvertrag..

3. Da die Ausführungsgesetze der Länder zum Glücksspiel-Staatsvertrag notifizierungspflichtig sind, dürfen sie vor einer Notifizierung der Gesetzesentwürfe an die Kommission nicht erlassen werden.
4. Ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht führt dazu, dass die notifizierungspflichtigen Bestimmungen dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden können. Konkret hätte dies u.a. zur Folge, dass Sanktionen, die auf einem notifizierungspflichtigen Tatbestand beruhen (unabhängig davon, ob dieser Tatbestand selbst gemeinschaftsrechtskonform ist oder nicht), nicht verhängt werden dürfen.
5. Folge der Nichtbefolgung der ausführlichen Stellungnahme sowie deren Bestätigung durch die Kommission ist ein mögliches Vertragsverletzungsverfahren der Kommission. Dies entspricht auch dem Zweck der Informationsrichtlinie und ist systemgerecht. Ferner kommt angesichts des konkret begründeten Hinweises der Kommission auf durchgreifende gemeinschaftsrechtliche Bedenken ein Staatshaftungsanspruch gemäß der Rechtsprechung des EuGH in Betracht. Eine Unanwendbarkeit der Vorschriften wird man hingegen nur dann annehmen können, wenn sie gegen unmittelbar wirkende materiellrechtliche Vorschriften des Gemeinschaftsrechts – insbesondere die Grundfreiheiten verstoßen.

Bayreuth/München, 7. September 2007

---

Prof. Dr. Rudolf Streinz

---

Dr. Christoph Herrmann, LL.M.

---

Tobias Kruis

**Anhang:** Übersicht über die Bestimmungen in den (den Gutachtern vorliegenden) Ausführungsgesetzen der Länder, mit denen von einer Ermächtigung Gebrauch gemacht wird und die daher notifizierungspflichtig sind.

Staatsvertrag/ Ausführungsgesetze	§ 9 Abs. 1 Nr. 4 Untersagung gegenüber Kredit- und Finanz- dienstleistungsinstituten	§ 9 Abs. 1 Nr. 5 Untersagung gegenüber Teledienstanbietern	§ 24 S. 2 (Erlass von Straf- und Ord- nungswidrigkeitsvorschrif- ten)	§ 25 Abs. 6 (befristetes Internetan- gebot)
Baden-Württemberg				
Bayern	Kein allgemeines Verbot; Art. 4 Abs. 1 (Glücksspielauflauf-sicht)	Kein allgemeines Verbot; Art. 4 Abs. 1 (Glücksspielaufsicht)	Art. 9 (Ordnungswidrigkeiten)	Art. 7 (Sonderregelungen für Lotterien im Internet)
Berlin				
Brandenburg				
Bremen				
Hamburg				
Hessen				
Mecklenburg- Vorpommern				
Niedersachsen	Kein allgemeines Verbot; § 24 Abs. 8 (Erlaubnis- und Aufsichtsbehörden)	Kein allgemeines Verbot [§ 24 Abs. 3, 4 (Erlaubnis- und Aufsichtsbehörden)]	§ 27 (Strafvorschrift) § 28 (Ordnungswidrigkeiten)	§ 29 (Überleitungsvorschrif- ten)
Nordrhein-Westfalen	Kein allgemeines Verbot; Art. 1 § 19 Abs. 1 (Auf- sichtsbehörden)	Kein allgemeines Verbot Art. 4 (Änderung des Teleme- dienzuständigkeits-gesetzes)	Art. 1 § 22 (Ordnungswidrigkei- ten)	Art. 1 § 20 (Überleitungs- vorschriften)
Rheinland-Pfalz	Kein allgemeines Verbot; § 14 (Zuständigkeit)	Kein allgemeines Verbot; § 14 (Zuständigkeit)	§ 15 (Ordnungswidrigkeiten)	-----
Saarland				
Sachsen				
Sachsen-Anhalt				
Schleswig-Holstein				
Thüringen	Kein allgemeines Verbot; § 11 (Zuständigkeiten)	Kein allgemeines Verbot; § 11 (Zuständigkeiten)	§ 10 (Ordnungswidrigkeiten)	§ 13 (Übergangsbestimmun- gen)



**EUROPÄISCHE KOMMISSION**  
GENERALDIREKTION UNTERNEHMEN UND INDUSTRIE

Direktion C: Regulierungspolitik  
**Notifizierung technischer Vorschriften**  
Referatsleiterin

Brüssel, **24 SEP. 2007**  
ENTR/C/3 – FH/eab - D (2007) 30640

**Betreff: Notifizierung 2006/658/D**

**Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland  
Nachfassung in Bezug auf das Treffen vom 11. September 2007 zwischen  
deutschen Vertretern der Länder und Vertretern der Kommission –  
Problem der erneuten Notifizierung**

Sehr geehrte Frau Jäckel,

im Anschluss an das vorstehend genannte Treffen und auf der Grundlage der Informationen, die kürzlich bei den Diensten der Kommission eingegangen sind, scheint es, dass durch einige Gesetzesentwürfe, die von den deutschen Ländern zur Ratifizierung und Umsetzung des notifizierten Entwurfs eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (nachfolgend als „GlüStV“ bezeichnet) zu verabschiedet sind, neue Spezifikationen bzw. Anforderungen hinzugefügt bzw. diese im Vergleich zu den unter der Referenznummer 2006/658/D notifizierten Anforderungen und Spezifikationen verschärft werden könnten.

Es muss daran erinnert werden, dass es in § 24 des GlüStV-Entwurfs wie folgt heißt: „Die Länder erlassen die zur Ausführung dieses Staatsvertrages notwendigen Bestimmungen. Sie können weitergehende Anforderungen insbesondere zu den Voraussetzungen des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen festlegen. In ihren Ausführungsgesetzen können sie auch vorsehen, dass Verstöße gegen die Bestimmungen dieses Staatsvertrages mit Geldbuße oder Strafe geahndet werden.“

1. Die Dienste der Kommission wurden insbesondere auf § 4 Absatz 4 des Entwurfs eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen hingewiesen, in dem es heißt, dass das Veranstalten und

Frau Christina Jäckel  
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit  
Referat XA2  
Scharnhorststr. 34 - 37  
D-10115 Berlin

das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten ist. Es hat den Anschein, dass sechs Länder festzulegen beabsichtigen, dass ein Verstoß gegen diesen Paragraph eine Verwaltungsstraftat darstellt, die in Thüringen mit einem Bußgeld von bis zu 250.000 EUR und in Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Schleswig-Holstein mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 EUR geahndet werden kann.

2. Darüber hinaus wurden die Dienste der Kommission auf § 25 Absatz 6 Nr. 2 GlüStV hingewiesen, der besagt, dass Unternehmen, um die Konzession für das Anbieten von Glücksspielen im Internet für eine Übergangsfrist von maximal einem Jahr zu erhalten, eine Einsatzgrenze, die 1.000 EUR nicht überschreiten darf, beachten müssen. In Artikel 7 des Gesetzesentwurfs von Bayern (Fassung vom 22.05.2007) wird anscheinend festgelegt: *„Abweichend von § 4 Abs. 4 GlüStV kann bei Lotterien die Veranstaltung und die Vermittlung im Internet bis 31. Dezember 2008 erlaubt werden, (...). Die Erlaubnis gilt als bis zum 31. Dezember 2008 erteilt, wenn und solange Satz 1 beachtet wird, in dem Satz 2 genügender Antrag gestellt wurde, in dem eine Einsatzgrenze von nicht mehr als 800 EUR pro Monat vorgesehen ist (...).“* Die Bestimmungen von Artikel 13 (2) des Gesetzesentwurfs von Thüringen scheinen ähnlich zu lauten, da darin ebenfalls eine monatliche Einsatzgrenze von 800 EUR anstelle der in § 25 Absatz 6 Nr. 2 GlüStV vorgesehenen Grenze von 1.000 EUR festgelegt wird.

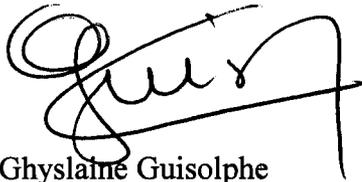
3. In diesem Zusammenhang möchten die Dienste der Kommission an die Bestimmungen von Artikel 8.1 (3) der Richtlinie 98/34/EG erinnern, in dem es heißt: *„Die Mitgliedstaaten machen eine weitere Mitteilung in der vorgenannten Art und Weise, wenn sie an dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen.“*

Im Falle der Einführung von Spezifikationen bzw. Anforderungen und/oder der Einführung verschärfter Spezifikationen bzw. Anforderungen ist gemäß Artikel 8.1 (3) der Richtlinie 98/34/EG eine erneute Notifizierung dieser Gesetzesentwürfe gegenüber der Kommission durch die deutschen Behörden erforderlich.

Ich bitte Sie daher, den deutschen Ländern diese Verpflichtung zur Kenntnis zu bringen und sicherzustellen, dass die Gesetzesentwürfe der Länder die Bestimmungen der Richtlinie in vollem Umfang erfüllen.

Vielen Dank im Voraus für Ihre Kooperation in dieser Angelegenheit.

Mit freundlichen Grüßen



Ghyslaine Guisolphe