

TIME Law News

03 | 2012

**Aktuelles aus dem deutschen und internationalen Recht der Branchen
Telekommunikation - IT - Medien & Entertainment**

Inhalt

1.	Rechtsgutachten: Grenzüberschreitende Vermittlung von Online-Pferdewetten	2
2.	Die Schlinge zieht sich zu	27
3.	Gastkommentatoren	30
4.	In eigener Sache	31
5.	Impressum	32

1. Rechtsgutachten: Grenzüberschreitende Vermittlung von Online-Pferdewetten

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

Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Zur Rechtmäßigkeit der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland nach § 27 des am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Glücksspieländerungsstaatsvertrages vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Executive Summary)

I.

1. Der Wortlaut des § 27 GlüÄndStV ist im Zusammenspiel von dessen Abs. 2 („Vermitteln von nach Absatz 1 erlaubten Pferdewetten im Internet“) mit Abs. 1 („wenn die zuständigen deutschen Behörden den Abschluss dieser Pferdewetten im Inland oder den Betrieb eines Totalisators für diese Pferdewetten im Inland erlaubt haben“) so gefasst, dass dessen grammatikalische Auslegung dafür spricht, die Vermittlung von Online-Pferdewetten - selbst durch in Deutschland zugelassene Buchmacher - in das Ausland an der fehlenden deutschen Zulassung des die Wette annehmenden ausländischen Kontraktors scheitern zu lassen.

2. Folgt man der Entscheidung des OVG Hamburg vom 16.12.2003 (Az. 4 Bf 44/01), wonach eine Buchmachererlaubnis nach § 2 RWG auch die Vermittlung von Wetten in das Ausland als eine – Art. 74 Nr. 11 GG unterliegende – Bundesregelung der „Teilnahme am wirtschaftlichen Leben“ umfasst, so muss der Erlass einer dem entgegenstehenden Regelung des § 27 GlüÄndStV durch die Länder, welche die Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland verbietet, wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Länder schon als verfassungswidrig qualifiziert werden. Dies gilt vor allem, wenn man mit *Voßkuhle* in seiner Abhandlung zu § 2 RWG (GewArch 2001, 177 ff.) davon ausgeht, dass der Bundesgesetzgeber die Problematik der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferdewetten zu dem Zeitpunkt kannte, als er das RWG im Jahre 2000 an vielen Stellen umfassend geändert hat. Dann muss nämlich konsequenterweise davon ausgegangen werden, dass es angesichts der auch heute noch fehlenden Beschränkung in § 2 RWG dem aktuellen Willen des

Bundesgesetzgebers entspricht, eine Einschränkung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferdewetten gerade nicht vorzunehmen.

3. Eine territoriale Beschränkung der Vermittlung von Online-Pferdewetten an in Deutschland zugelassene Buchmacher aufgrund von § 27 GlüÄndStV würde den Wettabschluss und das Halten der Wette als eigene grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung durch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten vereiteln. Damit greift § 27 GlüÄndStV massiv in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV ein, die auch die bloße Grenzüberschreitung der Online-Dienstleistung selbst gewährleistet. Die Beschränkungsmaßnahme des § 27 GlüÄndStV bedarf deshalb einer Rechtfertigung nach Maßgabe der EuGH-Formel „*zwingender Erfordernisse*“ des Allgemeinwohls.

II.

1 Nach der spezifischen Glückspielrechtlichen Kohärenzrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – insbesondere in den Urteilen Zeturf (Rs. C-212/08) und Dickinger & Ömer (Rs. C-347/09) – müssen regulatorische Verbote und Beschränkungen des Angebotes von On- wie Offline-Dienstleistungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zur Rechtfertigung der damit bewirkten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sowohl den unionsrechtlichen Anforderungen an die empirisch und prozedural zu fundierende Intrakohärenz genügen, als auch den Anforderungen an die ebenso zu fundierende Interkohärenz entsprechen. Der von dem Mitgliedstaat zu erbringende Intrakohärenznachweis erfordert eine innere Kohärenzprüfung bezogen auf die empirisch ermittelten Gefährlichkeitsdaten zum jeweils isoliert untersuchten Dienstleistungsprodukt. Demgegenüber bezieht sich die ebenso von dem Mitgliedstaat durchzuführende Interkohärenzprüfung (Gesamtkohärenzprüfung) auf empirisch ermittelte Vergleichsdaten im Gefährlichkeitsvergleich zwischen den in das Ausland (durch in Deutschland zugelassene Buchmacher) vermittelten Online-Pferdewetten und anderen Glücksspielprodukten im Online- und stationären Modus.

2. Eine den „*zwingenden Erfordernissen*“ des Allgemeinwohls entsprechende Rechtfertigungsbegründung durch die Länder fehlt vollständig und zwar im Sinne des § 1 GlüÄndStV im Hinblick auf die dort gleichrangig aufgeführten Ziele der wirksamen Spielsuchtprävention, der Schwarzmarkt- und der online- bzw. glücksspielspezifischen (Betrugs-)Kriminalitätsbekämpfung. Eine Auseinandersetzung mit der Intrakohärenzfrage hat ausweislich der amtlichen Begründungen sowie der Entstehungsgeschichte des GlüÄndStV nicht stattgefunden, ob nämlich betrügerische und kriminelle Handlungen gerade aufgrund der spezifischen – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigenden – Gefährdungs- und Risikozusammenhänge bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland tatsächlich auftreten und ob überhaupt eine signifikante – innerdeutsche

Wettvermittlungsvorgänge übersteigende – Suchtproblematik bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten tatsächlich besteht. Zudem schlussfolgern selbst die online-kritischen wissenschaftlichen Studien aus den „*offensichtlichen Schwierigkeiten in der Umsetzung und Kontrolle des Verbots*“ dessen regulatorische Ineffizienz, die gerade aufgrund der restriktiven, aber unwirksamen Verbotsregulierung das Ausweichen auf den Schwarzmarkt mit dem online-ubiquitärem Zwang geradezu provoziere.

3. Diese Zusammenhänge sind im Hinblick auf Online-Pferdewetten ausweislich der amtlichen Begründungen sowie der Entstehungsgeschichte des GlüÄndStV von den Ländern nicht untersucht, geschweige denn berücksichtigt worden. Jedenfalls hätte es den Ländern angesichts dieser methodischen Zusammenhänge obliegen, eine spezifische Intrakohärenzprüfung bezogen auf empirisch zu ermittelnde Gefährlichkeitsdaten gerade für die nach § 27 Abs. 2 GlüÄndStV nicht erlaubnisfähige Vermittlung von Online-Pferdewetten von in Deutschland zugelassenen Buchmachern an in anderen Mitgliedstaaten lizenzierte Buchmacher bzw. Totalisatoren sowie eine darauf aufbauende Interkohärenzprüfung vor dem Inkrafttreten des GlüÄndStV – gegebenenfalls auf der Grundlage einer eigens in Auftrag zu gebenden wissenschaftlichen Studie – durchzuführen. Ohne die Erhebung auswertbarer Daten zu den Suchtpotentialen von Online-Pferdewetten ist auch die Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden zur Messung und Bewertung des Gefährdungspotentials gar nicht möglich.

III.

1. Die mit der Regelung des § 27 Abs. 2 GlüÄndStV getroffene Unterscheidung zwischen innerdeutsch lizenzierten Wettvermittlungsvorgängen (§ 27 Abs. 1 GlüÄndStV), für die ein der Ausnahme fähiges Internetverbot (§ 27 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 5 GlüÄndStV) gelten soll, und der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland (auch das EU-Ausland), für die ein kategorisches Verbot gelten soll, ist schon aufgrund der damit bewirkten Diskriminierung von in anderen Mitgliedstaaten lizenzierten Buchmachern bzw. Totalisatoren keiner unionsrechtlichen Rechtfertigung nach Maßgabe einer kohärenten Zielverfolgung gemäß § 1 GlüÄndStV fähig.

2. Nach allem erhärtet sich der Verdacht, dass § 27 Abs. 2 GlüÄndStV („Vermitteln von nach Absatz 1 erlaubten Pferdewetten im Internet“) an Abs. 1 anknüpft („wenn die zuständigen deutschen Behörden den Abschluss dieser Pferdewetten im Inland oder den Betrieb eines Totalisators für diese Pferdewetten im Inland erlaubt haben“), um „Einnahmen zum Besten der Landespferdezucht“ (vgl. § 1 Abs. 3 und 4 RWG) im Land zu halten, nicht aber um eine wirksame Spielsuchtprävention, Schwarzmarkt- und Glücksspielspezifische Kriminalitätsbekämpfung im Sinne des § 1 GlüÄndStV sicherzustellen. Der EuGH hat aber gerade in seinem – Online-Pferdewetten betreffenden – Urteil vom 30.06.2011 in der Rechtssache C-212/08 (Zeturf) betont, dass eine fiskalische

Interessenverfolgung aufgrund der unionsrechtlichen Kohärenzanforderungen unstatthaft ist, auch wenn sie so ehrenwerten Zielen wie der „Entwicklung des ländlichen Raums“, insbesondere durch Finanzierung der Pferdezucht, dient

3. Solange entgegen den konsolidierten suchtwissenschaftlichen Basiserkenntnissen gewerbliche Automatenglücksspiele, die unabhängig vom Ort der Aufstellung der Automaten, die stärksten Suchtprobleme aufweisen, trotzdem nicht ansatzweise so streng reguliert werden wie andere Glücksspiele, etwa Online-Pferdewetten, ist die vom Europäischen Gerichtshof geforderte Interkohärenz der Glücksspielregulierung unerreichbar.

IV.

Da kein mitgliedstaatlicher Nachweis von spezifischen – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigenden – Gefährdungs- und Risikozusammenhängen bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten in das EU-Ausland erbracht worden ist, welchen gerade mit den regulatorischen Beschränkungsmaßnahmen nach § 27 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 4 und Abs. 5 GlüÄndStV im Sinne der Zielvorgaben des § 1 GlüÄndStV überhaupt abgeholfen werden könnte, ist das inkohärente Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland unionsrechtswidrig und aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts für deutsche Behörden und Gerichte nicht anwendbar.

B. Rechtliche Begutachtung

I. Gegenstand, Anlass und Maßstäbe der unionsrechtlichen Begutachtung

Das Rechtsgutachten untersucht die Rechtmäßigkeit der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland nach § 27 des am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Glücksspieländerungsstaatsvertrages (GlüÄndStV)¹ vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Es geht mithin nicht um die Fallkonstellation der Veranstaltung von Online-Pferdewetten ohne eine deutsche Buchmachererlaubnis, wie im Fall des Urteils des VG Düsseldorf vom 13.09.2011², in dem einem Inhaber einer maltesischen Lizenz die Veranstaltung von Sport- und Pferdewetten (auch für Totalisatoren) im Internet untersagt worden ist. Vielmehr wird im Folgenden die Rechtmäßigkeit der Vermittlung von Online-Pferdewetten gerade durch in Deutschland zugelassene Buchmacher³ in das Ausland untersucht, also eine das deutsche Erlaubnisstatut betreffende Fallkonstellation, die auch (unabhängig von einem expliziten Online-Bezug) der Berufungsentscheidung des OVG Hamburg vom 16.12.2003⁴ zugrunde liegt, mit der die beklagte Behörde verpflichtet wurde, der Klägerin eine Buchmachererlaubnis auch für die Vermittlung von Rennwetten in das Ausland zu erteilen:

„Eine Buchmachererlaubnis gemäß § 2 Abs 1 RWG (RennwLottG) umfasst auch die Vermittlung von Wetten ins Ausland.“ (Leitsatz)

§ 2 des Rennwett- und Lotteriewegesetzes des Bundes (RWG) bestimmt:

§ 2

Buchmacherkonzession

(1) Wer gewerbsmäßig Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen für Pferde abschließen oder vermitteln will (Buchmacher), bedarf der Erlaubnis der nach Landesrecht zuständigen Behörde.

¹ BayGVBl 2012, S. 318.

² Az. 27 K 1005/09 (zitiert nach beck-online).

³ Als Referenzbeispiel sei hier die pferdewetten.de AG (www.pferdewetten.de), eine seit 2000 an der Deutschen Börse und im Freiverkehr (ISIN DE000A1K0409 und ISIN DE000A1K05B4) börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Düsseldorf genannt, die sowohl über in Deutschland als auch in Malta erteilte Rennwetterlaubnisse verfügt. Das Angebot der pferdewetten.de AG umfasst dabei insbesondere Online-Pferdewetten, die durch stationäre Pferde-Wettcenter flankiert werden. Auf der Internet-Plattform www.pferdewetten.de werden Wetten auf Pferderennen in 27 Ländern angeboten, von denen der überwiegende Teil live im Internet übertragen wird. Dem Nutzer bieten sich ferner über 170.000 archivierte Renn-Videos - das nach eigenen Angaben weltweit größte Archiv im Bereich des Pferderennsports.

⁴ Az. 4 Bf 44/01 (zitiert nach juris).

(2) Der Buchmacher bedarf der Erlaubnis für die Örtlichkeit, wo die Wetten entgegengenommen oder vermittelt werden, und auch für die Personen, deren er sich zum Abschluß und zur Vermittlung von Wetten bedienen will. Die nach Landesrecht zuständige Behörde darf die Erlaubnis nur für die Örtlichkeiten ihres Landesgebiets erteilen. Die Erlaubnis kann mit einer Befristung oder einem Vorbehalt des Widerrufs erteilt oder mit einer Auflage oder einem Vorbehalt einer nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage verbunden werden.

Der Wortlaut von § 2 RWG bestimmt zwar nicht ausdrücklich, ob von der Buchmachererlaubnis nach Abs. 1 auch die Vermittlungen von Wetten in das Ausland zugelassen sind; dies bejaht gleichwohl das OVG Hamburg in seinem Beschluss vom 16.12.2003⁵ mit guten Gründen einer teleologischen, systematischen und historischen Auslegung.

Demgegenüber ist der Wortlaut des § 27 GlüÄndStV im Zusammenspiel von dessen Abs. 2 („Vermitteln von nach Absatz 1 erlaubten Pferdewetten im Internet“) mit Abs. 1 („wenn die zuständigen deutschen Behörden den Abschluss dieser Pferdewetten im Inland oder den Betrieb eines Totalisators für diese Pferdewetten im Inland erlaubt haben“) nun so gefasst, dass dessen grammatikalische Auslegung dafür spricht, die Vermittlung von Online-Pferdewetten - selbst durch in Deutschland zugelassene Buchmacher - in das Ausland an der *fehlenden deutschen Zulassung des die Wette annehmenden ausländischen Kontraktors* scheitern zu lassen:

§ 27

Pferdewetten

(1) Pferdewetten dürfen nur mit einer Erlaubnis nach dem Rennwett- und Lotteriewgesetz veranstaltet oder vermittelt werden. Für die Vermittlung von Pferdewetten darf eine Erlaubnis nur erteilt werden, wenn die zuständigen deutschen Behörden den Abschluss dieser Pferdewetten im Inland oder den Betrieb eines Totalisators für diese Pferdewetten im Inland erlaubt haben. § 4 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 sind anwendbar.

(2) § 4 Abs. 4 ist anwendbar. Abweichend von Satz 1 kann das Veranstalten und Vermitteln von nach Absatz 1 erlaubten Pferdewetten im Internet unter den in § 4 Abs. 5 genannten Voraussetzungen im ländereinheitlichen Verfahren erlaubt werden.

(3) Auf Festquotenwetten finden § 8 Abs. 6 und § 21 Abs. 5 entsprechende Anwendung.

Wenn die Wortlautauslegung des § 27 GlüÄndStV dafür spricht, dass die Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland wegen der fehlenden deutschen Zulassung des ausländischen Kontraktors verboten wäre, so stellen sich erhebliche Zweifel an der diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz der

⁵ Az. 4 Bf 44/01, Rz. 33 ff. (zitiert nach juris).

Länder zur Regelung einer solchen Einschränkung in § 27 GlüÄndStV ein. Zutreffend hat das OVG Hamburg in seinem Beschluss vom 16.12.2003⁶ in Bezugnahme auf das Urteil des BVerwG vom 04.10.1994⁷ herausgearbeitet, dass die Zulassungsregelungen für die Betätigung als Buchmacher nach § 2 RWG dem als Reichsrecht erlassenen und gemäß Art. 123 Abs. 1 GG fortgeltenden Bundesrecht zuzuordnen sind. Die grundgesetzoriginäre Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht zudem auf Art. 74 Nr. 11 GG. Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 04.10.1994⁸ dargelegt, dass dem Bund für das Recht der Wirtschaft die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis zukommt, denn die Betätigung als Buchmacher ist eine vom Rennwett- und Lotteriesgesetz geregelte Teilnahme am wirtschaftlichen Leben, während die ordnungsrechtlichen Vorschriften lediglich als Annex anzusehen sind, die von der bundesgesetzgeberischen Annexkompetenz mitumfasst werden. Im Gegensatz zum Recht der Spielbanken, das als Ordnungsrecht der Gesetzgebungskompetenz der Länder untersteht⁹, muss das Buchmacherwesen dem Wirtschaftsrecht zugeordnet werden, da der Buchmacher eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit ausübt und damit am wirtschaftlichen Leben teilnimmt.¹⁰

Folgt man der Entscheidung des OVG Hamburg¹¹, wonach eine Buchmachererlaubnis nach § 2 RWG auch die Vermittlung von Wetten in das Ausland als eine – Art. 74 Nr. 11 GG unterliegende – Bundesregelung der „Teilnahme am wirtschaftlichen Leben“ umfasst, so muss der Erlass einer dem entgegenstehenden Regelung des § 27 GlüÄndStV durch die Länder, welche die Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland verbietet, wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Länder als verfassungswidrig qualifiziert werden. Dies gilt vor allem, wenn man mit *Voßkuhle* in seiner Abhandlung zu § 2 RWG davon ausgeht, dass der Bundesgesetzgeber die Problematik der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferdewetten zu dem Zeitpunkt kannte, als er das RWG im Jahre 2000 an vielen Stellen umfassend geändert hat.¹² Dann muss nämlich konsequenterweise davon ausgegangen werden, dass es angesichts der auch heute noch fehlenden Beschränkung in § 2 RWG dem aktuellen Willen des Bundesgesetzgebers entspricht, eine Einschränkung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferdewetten gerade nicht vorzunehmen. Der Gesetzgebungskompetenzproblematik wird allerdings in diesem, auf die an § 27 GlüÄndStV anzulegenden unionsrechtlichen Maßstäbe fokussierten Rechtsgutachten nicht weiter nachgegangen. Auch hinsichtlich der verfassungs- und unionsrechtlich gebotenen Auslegung von § 2 RWG im Hinblick auf die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferdewetten sei auf die Abhandlung von *Voßkuhle* verwiesen.¹³

⁶ Az. 4 Bf 44/01, Rz. 28 (zitiert nach juris).

⁷ BVerwGE 97, 12 (13).

⁸ BVerwGE 97, 12 (14).

⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.03.1970, BVerfGE 28, 119 ff.

¹⁰ BVerwGE 97, 12 (14); OVG Hamburg, Beschluss vom 16.12.2003, Az. 4 Bf 44/01, Rz. 28 (zitiert nach juris).

¹¹ Az. 4 Bf 44/01, Rz. 28 (zitiert nach juris).

¹² *Voßkuhle*, Glücksspiel ohne Grenzen - Zur rechtlichen Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Vermittlung von Pferderennwetten, GewArch 2001, 177 ff.

¹³ *Voßkuhle*, GewArch 2001, 177 ff.

Wird gleichwohl eine Wortlautauslegung des § 27 GlüÄndStV zugrunde gelegt, wonach die Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland an der fehlenden deutschen Zulassung des ausländischen Kontraktors scheiterte, so hängt die übergeordnete „supranationale Rechtmäßigkeit“ der Vermittlung von Online-Pferdewetten in das EU-Ausland von der Beantwortung der Frage nach der unionsrechtlichen Vereinbarkeit dieser Einschränkung des § 27 GlüÄndStV ab, mithin von deren unionsrechtlicher Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit. Im Zusammenhang mit den Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) ist dabei zu beachten, dass bei einer Vermittlung von Online-Pferdewetten in das Ausland der Wettabschluss und das Halten der Wette selbst außerhalb des Geltungsbereichs des RWG erfolgt. Der ausländische Buchmacher benötigt hierfür keine deutsche Erlaubnis, er unterliegt hinsichtlich des Lizenzierungserfordernisses vielmehr dem Recht seines Heimatstaates. Der ausländische Buchmacher kann sich dabei also nicht nach § 5 RWG strafbar machen. Da eine territoriale Beschränkung der Vermittlung von Online-Pferdewetten an in Deutschland zugelassene Buchmacher den Wettabschluss und das Halten der Wette als eigene Dienstleistungserbringung durch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten vereiteln würde, bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. Der EuGH hat in seinem – Online-Pferdewetten betreffenden – Urteil vom 30.06.2011 in der Rechtssache C-212/08 (Zeturf) unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung die Bedeutung des Schutzes der grenzüberschreitenden Online-Dienstleistungen besonders hervorgehoben:

„74 Zunächst ist festzustellen, dass alle Beschränkungen, die das Glücksspielangebot im Internet betreffen, die Anbieter stärker beeinträchtigen, die außerhalb des betroffenen Mitgliedstaats, in dem die Dienstleistungsempfänger die Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ansässig sind; diesen Anbietern würde so im Vergleich zu den in diesem Mitgliedstaat ansässigen Anbietern ein Vermarktungsmittel genommen, das für den unmittelbaren Zugang zu diesem Markt besonders wirksam ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Randnr. 74, und vom 2. Dezember 2010, Ker-Optika, C-108/09, Slg. 2010, I-0000, Randnr. 54).

Nach der spezifischen glückspielrechtlichen Kohärenzrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – insbesondere in den Urteilen *Zeturf* (Rs. C-212/08) und *Dickinger & Ömer* (Rs. C-347/09) – müssen zudem regulatorische Verbote und Beschränkungen des Angebotes von On- wie Offline-Dienstleistungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zur Rechtfertigung der damit bewirkten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sowohl den unionsrechtlichen Anforderungen an die empirisch und prozedural zu fundierende *Intrakohärenz* genügen, als auch den Anforderungen an die ebenso zu fundierende *Interkohärenz* entsprechen. Wie im Folgenden anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofs näher dargelegt wird, erfordert der von dem Mitgliedstaat zu erbringende Intrakohärenznachweis eine innere Kohärenzprüfung bezogen auf die empirisch ermittelten Gefährlichkeitsdaten zum jeweils isoliert

untersuchten Dienstleistungsprodukt. Demgegenüber bezieht sich die ebenso von dem Mitgliedstaat durchzuführende Interkohärenzprüfung (Gesamtkohärenzprüfung) auf empirisch ermittelte Vergleichsdaten im Gefährlichkeitsvergleich zwischen den in das Ausland (durch in Deutschland zugelassene Buchmacher) vermittelten Online-Pferdewetten und anderen Glücksspielprodukten im Online- und stationären Modus.

Wenn § 27 GlüÄndStV ein Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher an in anderen Mitgliedstaaten lizenzierte Buchmacher aufnimmt, so muss sich dieses Verbot unionsrechtlich ohne Systembrüche „kohärent und systematisch“ in den übergeordneten Zielrahmen des § 1 GlüÄndStV tatsächlich einfügen, insbesondere im Hinblick auf die dort gleichrangig aufgeführten Ziele der wirksamen Spielsuchtprävention, der Schwarzmarkt- und der online- bzw. glücksspielspezifischen (Betrugs-)Kriminalitätsbekämpfung. Eine fiskalische Interessenverfolgung ist unstatthaft. Aber auch eine Zielverfolgung nach Maßgabe des Rennwett- und Lotteriegesetzes (vgl. etwa § 1 Abs. 3 und 4 RWG: „Einnahmen ausschließlich zum Besten der Landespferdezucht“) genügt nicht den unionsrechtlichen Kohärenzanforderungen zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch § 27 GlüÄndStV. In diesem Zusammenhang drängt sich aber der Verdacht auf, dass das systematische Zusammenspiel von § 27 Abs. 2 GlüÄndStV („Vermitteln von nach Absatz 1 erlaubten Pferdewetten im Internet“) mit Abs. 1 („wenn die zuständigen deutschen Behörden den Abschluss dieser Pferdewetten im Inland oder den Betrieb eines Totalisators für diese Pferdewetten im Inland erlaubt haben“) insbesondere das Ziel der „Einnahmen ausschließlich zum Besten der Landespferdezucht“ nach § 1 Abs. 3 und 4 RWG verfolgt, nicht aber der Spielsuchtprävention, der Schwarzmarkt- und glücksspielspezifischen Kriminalitätsbekämpfung im Sinne des § 1 GlüÄndStV dient. Liegt die Beschränkungsgrundlage aber nicht in dem Rennwett- und Lotteriegesetz, sondern in § 27 GlüÄndStV, so ist die Zielverfolgung „kohärent und systematisch“ strikt an den Vorgaben des § 1 GlüÄndStV auszurichten.

Auch drängen sich unionsrechtlich kritische Interkohärenzfragen auf, wenn nach dem GlüÄndStV für Lotterien, Sportwetten sowie Pferdewetten ein jeweils der Ausnahme fähiges Internetverbot (§ 4 Abs. 5 GlüÄndStV) und im Gegensatz dazu ein kategorischen Internetverbot für Poker- und Casinospiele (§ 4 Abs. 4 GlüÄndStV) gilt, gleichzeitig die Ausnahmefähigkeit aber an unterschiedliche Bedingungen für Lotterien sowie Sportwetten (nur § 4 Abs. 5 GlüÄndStV) einerseits und für Pferdewetten (§ 27 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 und zusätzlich § 4 Abs. 5 GlüÄndStV) andererseits geknüpft wird:

§ 4

Allgemeine Bestimmungen

(...)

(4) Das Veranstanen und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ist verboten.

(5) Abweichend von Absatz 4 können die Länder zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten im Internet erlauben, wenn keine Versagungsgründe nach § 4 Abs. 2 vorliegen und folgende Voraussetzungen erfüllt sind (...).

II. Das unionsrechtliche Gebot einer empirisch und prozedural strukturierten Kohärenzprüfung

Eine territoriale Beschränkung der Vermittlung von Online-Pferdewetten an in Deutschland zugelassene Buchmacher aufgrund von § 27 GlüÄndStV würde den Wettabschluss und das Halten der Wette als eigene grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung durch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten vereiteln. Damit greift § 27 GlüÄndStV in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV ein, die auch die bloße Grenzüberschreitung der Dienstleistung selbst gewährleistet (personenunabhängige Dienstleistungsfreiheit¹⁴). Dieser mitgliedstaatliche Eingriff in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit bedarf einer Rechtfertigung nach Maßgabe der Cassis-Formel „*zwingender Erfordernisse*“ des Allgemeinwohls.¹⁵

Auf der Rechtfertigungsebene von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgrund „*zwingender Erfordernisse*“ gilt es nach dem EuGH, eine mitgliedstaatsinterne, gleichwohl für den Gerichtshof nachvollziehbare, mithin empirisch und prozedural strukturierte Kohärenzprüfung anzustrengen:

„Der Gerichtshof hat ferner klargestellt, dass es den nationalen Gerichten obliegt, sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“¹⁶

Im Rahmen der Rechtfertigung muss der Mitgliedsstaat überprüfen und zu dem für den Gerichtshof nachvollziehbaren Ergebnis der Kohärenzprüfung gelangen, dass die angestrebten Maßnahmen die Erreichung der ihnen zugrundeliegenden Ziele effektiv, kohärent und systematisch gewährleisten.¹⁷

¹⁴ Solche von der personenunabhängigen Dienstleistungsfreiheit geschützten Korrespondenzdienstleistungen sind etwa Banken- und Versicherungsdienste (EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, S. I-1141, Rn. 1 ff. – Alpine Investments), die Ausstrahlung von Rundfunk- und Fernsehsendungen (EuGH, Rs. 155/73, Slg. 1974, S. 409, Rn. 6 – Sacchi; für Kabelfernsehen EuGH, Rs. 52/79, Slg. 1980, S. 833, Rn. 8 – Debaue) oder grenzüberschreitend durchgeführtes Online-Glücksspiel (EuGH, Rs. C-46/08, Slg. 2010, I-0000, Rn. 100 ff. – Carmen Media Group).

¹⁵ Vgl. EuGH, Rs 120/78, Slg. 1979, S. 649, Rn 8 – *Cassis de Dijon*.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs C-46/08, *Carmen Media*, 2010 I-08149, Rn 55.

¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs C-46/08, *Carmen Media* 2010 I-08149, Rn 55, ZfWG 2010, 344 ff.

Im Zuge der Konkretisierung des Kohärenzgebots als Rechtfertigungsmaßstab definierte der EuGH in den Urteilen *Carmen Media* und *Markus Stoß* zunächst die materiellen Anforderungen an die Kohärenz, welche in der Interkohärenz und der Intrakohärenz ausdifferenzieren sind. Die Intrakohärenz einer Beschränkung setzt danach voraus, dass die Beschränkungsmaßnahme eine regulatorisch effektive Wirkung hat,¹⁸ wobei für jeden Glücksspielbereich eine konkrete Betrachtungsweise „gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung“ durchzuführen ist:

„Der Gerichtshof hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass im Bereich der Glücksspiele grundsätzlich gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen ist, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des Ziels oder der Ziele zu gewährleisten, die von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich ist (Urteil Placanica u. a., Randnr. 49).“¹⁹

Danach muss für alle Beschränkungen im Glücksspielbereich – und damit auch für ein Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland – jeweils „gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung“ der gleiche Prüfungsmaßstab der Eignung, Erforderlichkeit und der Kohärenz angelegt werden.

Die Interkohärenz setzt voraus, dass sich das Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher an Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten nach § 27 GlüÄndStV ohne tatsächliche Systembrüche in den übergeordneten Rahmen des deutschen Glücksspielrechts einfügt, der seinerseits kohärent und systematisch an den tatsächlichen Zielen des § 1 GlüÄndStV anzusetzen ist.

In den Urteilen *Dickinger & Ömer* und *Zeturf* konkretisiert der Gerichtshof den Maßstab der Kohärenz in prozessrechtlicher Hinsicht dahingehend, dass sowohl bezüglich der Interkohärenz als auch der Intrakohärenz eine mitgliedstaatliche Darlegungslast besteht:²⁰

*„In diesem Zusammenhang obliegt es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, **alle Umstände darzulegen,***

¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs C-46/08, *Carmen Media* 2010 I-08149, Rn 105.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rs C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß* u.a., 2010 I-08069, Rn 93; vgl. auch EuGH, Urteil vom 16.02.2012, verb. Rs C-72/10 und C-77/10, *Costa & Cifone* (noch nicht in amtl. Slg.), Rn 62.

²⁰ Vgl. Entscheidungsformel in dem Urteil des EuGH, 08.09.2010 - C-409/06, *Winner Wetten*; EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rs C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß* u.a., 2010 I-08069, Rn 115; EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs C-347/09, *Dickinger & Ömer*, Rn 32; EuGH, Urteil vom 07.03.2007, verb. Rs C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Rn 63; Schlussantrag des GA Mazak, 17.04.2012, C-176/11, *HIT LARIX*, Rn 17.

anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt.“

*„In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Daher ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich **im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten** der betreffenden restriktiven Regelung zu **vergewissern**, dass sie **tatsächlich** dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“²¹*

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

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

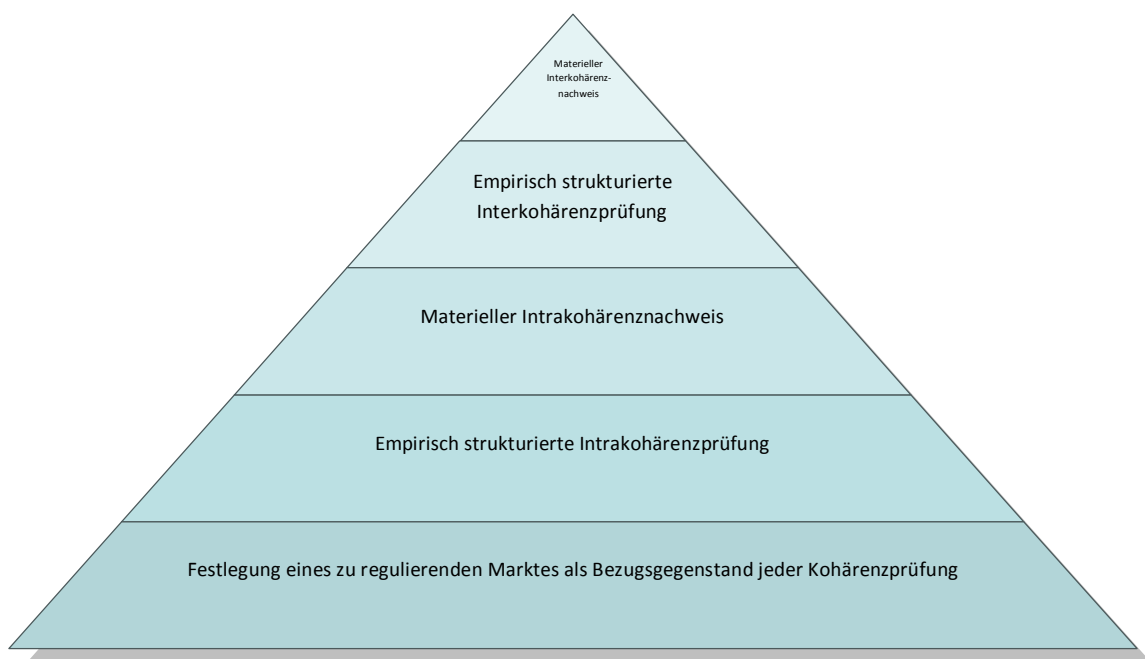
„Das vorliegende Gericht hat daher insbesondere im Licht der Entwicklung des Glücksspielmarkts (...) zu prüfen, ob die staatlichen Kontrollen (...) wirksam durchgeführt und damit die Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, die mit der Errichtung der Ausschließlichkeitsregelung (...)angestrebt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

Prüfungstechnisch lässt sich die mitgliedstaatliche Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflicht in Bezug auf das Kohärenzgebot nach der mittlerweile sehr spezifischen glückspielrechtlichen Kohärenzrechtsprechung des Gerichtshofs in einem Pyramidenaufbau darstellen: An dessen Spitze baut der materielle Interkohärenznachweis auf einer vorgelagerten empirisch und prozedural strukturierten Interkohärenzprüfung auf, nämlich der Untersuchung der empirisch ermittelten Vergleichsdaten im Gefährlichkeitsvergleich zwischen der internetgestützten Vermittlung von Online-Pferdewetten in das EU-Ausland und anderen Glücksspielen im Online- und stationären Modus. Dem ist die materielle

²¹ EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs C-347/09, *Dickinger & Ömer*, Rn 54, 56 eigene Hervorhebung; vgl. auch EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rs C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß* u.a., 2010 I-08069, Rn 71, 88, 97 f.

²² EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Rs C-212/08, *Zeturf*, Rn 47,50,62. Vgl. in diesem Sinne EuGH, 03.06.2010, *Ladbrokes*, C-258/08, Rn 37.

Intrakohärenzbewertung vorgelagert, die ihrerseits auf einer empirisch und prozedural strukturierten Intrakohärenzprüfung beruht, nämlich der Untersuchung der empirisch ermittelten Gefährlichkeitsdaten der isoliert untersuchten internetgestützten Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland. Alle vorgenannten, pyramidal aufgebauten Kohärenzprüfungsebenen stehen auf dem Fundament der Festlegung des jeweils zu regulierenden Marktes, vorliegend des Endkundenmarktes für die Vermittlung von Online-Pferdewetten, als Bezugsgegenstand jeder Kohärenzprüfung:



Diese den Mitgliedstaaten auferlegte Darlegungslast bezüglich der Interkohärenz und der Intrakohärenz baut auf die bereits in der *Lindman* Rechtsprechung aufgestellten prozeduralen Beschränkungsanforderungen auf, wonach „die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme begleitet werden müssen“.²³ Dabei muss der Mitgliedstaat „genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen“²⁴ und „konkrete Anhaltspunkte“ dafür liefern, dass die Beschränkung „unabdingbar“ ist.²⁵

²³ EuGH, Rs C-42/02, Slg. 2003, S. I-13519, Rn 25 – *Lindman*, eigene Hervorhebung.

²⁴ EuGH, Rs C-147/03, Slg. 2005, S. I-5969, Rn 63 – *Kommission/Österreich*.

²⁵ EuGH, Rs C-8/02, Slg. 2004, S. I-2641, Rn 46 – *Leichtle*.

Wenn der Gerichtshof in dem Urteil *Dickinger & Ömer* verlangt, dass das vorliegende Gericht, „*sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern* [hat], *dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen*“²⁶, so erfordert dies, dass die Untersuchungsmaßnahmen und die von wissenschaftlich anerkannten Methoden getragene Evaluierung der Untersuchungsergebnisse vor der Implementierung der Regulierungsmaßnahme durchgeführt worden sind. *Vergewisserung* setzt (vorgelagert) eine gesicherte Erkenntnisgrundlage voraus, mithin geht die Erfüllung der Darlegungs- und Nachweisobliegenheiten der Mitgliedstaaten logisch der Beschränkungsimplementierung voraus.

Auch aus systematischer Sicht stellen die Darlegungs- und Nachweisobliegenheiten prozedurale Anforderungen auf der Tatbestandsseite der Beschränkungsgrundlage, nämlich der *Cassis-Rechtfertigungsformel* „*zwingender Erfordernisse*“ des Allgemeinwohls,²⁷ auf. Diese prozeduralen Darlegungs- und Nachweisanforderungen umreißen dann den Beurteilungsspielraum eines Mitgliedstaats. Der im nichtharmonisierten Bereich des Glücksspielrechts den Mitgliedstaaten zustehende Beurteilungsspielraum bezeichnet den Grad mitgliedstaatlicher Erkenntnis- und Einschätzungsautonomie in Bezug auf die Annahme von Gefahren-, Gefährdungs- sowie Risikolagen, die zur Rechtfertigung der Beschränkung herangezogen werden, und ist von dem auf Rechtsfolgenseite zu verortenden Ermessens- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten abzugrenzen.²⁸

Voraussetzung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite ist, dass der Mitgliedstaat **zuvor** auf der Tatbestandsseite die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen ermittelt und beurteilt hat. Die zu untersuchenden Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen müssen sich vorliegend auf den Zielrahmen des § 1 GlüÄndStV, insbesondere die Spielsuchtprävention, die Schwarzmarkt- und die Kriminalitätsbekämpfung, beziehen. Dass ohne ein Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland eine Gefährdung der Ziele nach dem Rennwett- und Lotteriewettgesetz (§ 1 Abs. 3 und 4 RWG: „Einnahmen ausschließlich zum Besten der Landespferdezucht“) – nicht aber der Spielsuchtprävention, der Schwarzmarkt- und Kriminalitätsbekämpfung gemäß § 1 GlüÄndStV – drohte, genügte nicht den unionsrechtlichen Kohärenzanforderungen, da die Beschränkungsgrundlage systematisch eben nicht in dem Rennwett- und Lotteriewettgesetz, sondern in § 27 GlüÄndStV, liegt.

Danach ergibt sich im Rahmen der Intrakohärenzprüfung das folgende Beurteilungsprogramm:

²⁶ EuGH, Rs C-347/09 (noch nicht in aml. Slg.), Rn 56 – *Dickinger & Ömer*, eigene Hervorhebung.

²⁷ Vgl. EuGH, Rs 120/78, Slg. 1979, S. 649, Rn 8 – *Cassis de Dijon*.

²⁸ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 2012, 8. Auflage, Rn 804.

1. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefährdungen, nämlich aufgrund der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher an in anderen Mitgliedstaaten lizenzierte Buchmacher bzw. Totalisatoren, müssen die zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten erhoben und herangezogen werden.²⁹
2. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine *Risikobewertung* vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen beurteilt werden.³⁰
3. Das zur Rechtfertigung nationaler Beschränkungen, vorliegend des Verbotes der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland nach § 27 GlüÄndStV, beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Risikobewertung müssen gerade die spezifischen Risikozusammenhänge in Bezug auf den Zielrahmen nach § 1 GlüÄndStV, insbesondere die Spielsuchtprävention, die Schwarzmarkt- und die Kriminalitätsbekämpfung, tragen.³¹

Je unberechenbarer die Gefährdungs- und Risikozusammenhänge nach Durchlaufen dieses Beurteilungsprogramms trotzdem bleiben, umso weiter ist der mitgliedstaatliche Beurteilungsspielraum zur Bewertung der Gefährdungen und Risiken anzusetzen. Der Mitgliedstaat darf dann nach dem Vorsorgeprinzip Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe der Gefährdungen klar nachgewiesen sind.³² Es verbietet sich allerdings, die Risikobewertung auf rein hypothetische Erwägungen zu stützen.³³

Die Kommission gab den Ländern im Rahmen des Notifizierungsverfahrens für technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG in ihrer Stellungnahme vom 20.03.2012³⁴ zu dem notifizierten Entwurf des GlüÄndStV einen konkret formulierten Prüfungsauftrag an die Hand, wonach zunächst in Bezug auf den Zielrahmen nach § 1 GlüÄndStV zu ermitteln ist, ob betrügerische und kriminelle Handlungen im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen tatsächlich auftreten, ob in Deutschland überhaupt eine signifikante online-spezifische Suchtproblematik besteht und ob diese Problematiken durch Verbote gelöst werden können. Dieser Prüfungsauftrag der Kommission, den diese in ihrer Stellungnahme vom 20.03.2012 zwar nicht explizit auch für das Verbot nach § 27 Abs. 2 GlüÄndStV formuliert hat, ist gleichermaßen von den Ländern hinsichtlich der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene

²⁹ Vgl. EuGH, Rs C-192/02, Slg. 2003, S. I-9693, Rn 48 – *Kommission/Dänemark*.

³⁰ Vgl. EuGH, Rs C-192/02, Slg. 2003, S. I-9693, Rn 48 – *Kommission/Dänemark*.

³¹ Vgl. EuGH, Rs C-42/02, Slg. 2003, S. I-13519, Rn 26 – *Lindman*; EuGH, Rs C-346/06, Slg. 2008, S. I-1989, Rn 42 – *Rüffert*; EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs C-347/09, *Dickinger & Ömer*, Rn 56. Vgl. dazu ausführlich: Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 2012, 8. Auflage Rn 806.

³² Vgl. EuGH, Rs C-192/02, Slg. 2003, S. I-9693, Rn 49 – *Kommission/Dänemark*.

³³ Vgl. EuGH, Rs C-192/02, Slg. 2003, S. I-9693, Rn 49 – *Kommission/Dänemark*.

³⁴ Az. SG (2012) D/50777.

Buchmacher an in anderen Mitgliedstaaten lizenzierte Buchmacher bzw. Totalisatoren zu erfüllen. Denn auch im Hinblick auf § 27 Abs. 2 GlüÄndStV handelt es sich um technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG. Die internetgestützte elektronische Vermittlung von Online-Pferdewetten von in Deutschland zugelassenen Buchmachern an in anderen Mitgliedstaaten lizenzierte Buchmacher bzw. Totalisatoren zielt auf den Abschluss von Verträgen über eine „*gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung*“³⁵, nämlich auf den Online-Wettabschluss und das Halten der Wette als grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung durch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten.

Zur weiteren Veranschaulichung dieser internetgestützten elektronischen Dienstleistungsvermittlungsprozesse sei hier als Referenzbeispiel auf die Internet-Plattform www.pferdewetten.de der [pferdewetten.de](http://www.pferdewetten.de) AG verwiesen, die nach den Angaben auf ihrer Homepage sowohl über in Deutschland als auch in Malta erteilte Rennwetterlaubnisse verfügt. Das Angebot der [pferdewetten.de](http://www.pferdewetten.de) AG umfasst dabei insbesondere Online-Pferdewetten, die durch stationäre Pferde-Wettcenter flankiert werden. Auf der Internet-Plattform www.pferdewetten.de werden Wetten auf Pferderennen in 27 Ländern aufgrund einer rein internetgestützten elektronischen Vermittlung angeboten. Der überwiegende Teil dieser Pferderennen, für die eine Online-Wettvermittlung angeboten wird, kann live im Internet übertragen verfolgt werden.

Diese, dem entsprechende oder andere Angebote der Online-Wettvermittlung einerseits sowie das Spielverhalten der diese Angebote annehmenden Kunden andererseits hätten also von den Ländern einer empirisch und prozedural strukturierten unionsrechtskonformen Kohärenzprüfung unterzogen werden müssen. Hierzu hat der die Beschränkungsmaßnahme einführende Mitgliedstaat folgende Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweisschritte (bottom up) zugrunde zu legen und zwar spezifisch ausgerichtet auf die Rechtfertigung des Verbotes der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland zwecks einer wirksamen Spielsuchtprävention, der Schwarzmarkt- und Kriminalitätsbekämpfung im Sinne des § 1 GlüÄndStV:

1. Vornahme angemessener empirisch strukturierter Ermittlungen der Daten zur Intrakohärenz
 - a. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefährdungen müssen die zuverlässigsten *verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten* erhoben und herangezogen werden.³⁶

³⁵ Nach Art. 1 Ziffer 2 der Richtlinie 98/34/EG ist ein „« Dienst »: eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.“

³⁶ Vgl. EuGH, Rs C-192/02, Slg. 2003, S. I-9693, Rn 48 – *Kommission/Dänemark*.

- b. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine *Risikobewertung* vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen einer Zulassung der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland lizenzierte Buchmacher in das EU-Ausland beurteilt werden,³⁷ insbesondere
 - i. ob betrügerische und kriminelle Handlungen gerade aufgrund der spezifischen – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigenden – Gefährdungs- und Risikozusammenhänge bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland tatsächlich auftreten,
 - ii. ob in Deutschland überhaupt eine signifikante – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigende – Suchtproblematik bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland tatsächlich besteht und
 - iii. ob diese Problematiken durch die Verbotsregelung des § 27 Abs. 2 GlüÄndStV überhaupt gelöst werden können.
 - c. Das zur Rechtfertigung von § 27 Abs. 2 GlüÄndStV beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Risikobewertung müssen die behaupteten *Gefährdungs- und Risikozusammenhänge* tragen.³⁸
2. Regulatorisch effektive Ausgestaltung des § 27 Abs. 2 GlüÄndStV i.R.d. materiellen Intrakohärenz
 3. Vornahme angemessener empirisch strukturierter Ermittlungen der Daten zur Interkohärenz und Einordnung des Risikopotentials des betreffenden Endkundenmarktes für die Vermittlung von Online-Pferdewetten in das Gesamtgefüge der regulierten Glücksspielmärkte
 4. Überprüfung der systemkohärenten Einbettung des § 27 Abs. 2 GlüÄndStV in das regulatorische Gesamtgefüge des deutschen Glückspielrechts.

³⁷ Vgl. EuGH, Rs C-192/02, Slg. 2003, S. I-9693, Rn 48 – *Kommission/Dänemark*.

³⁸ Vgl. EuGH, Rs C-42/02, Slg. 2003, S. I-13519, Rn 26 – *Lindman*; EuGH, Rs C-346/06, Slg. 2008, S. I-1989, Rn 42 – *Rüffert*; EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs C-347/09, *Dickinger & Ömer*, Rn 56. Vgl. dazu ausführlich: Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 2012, 8. Auflage, Rn 806.

III. Keine unionsrechtskonforme empirisch und prozedural strukturierte Intrakohärenzprüfung

Soweit aus den amtlichen Begründungen³⁹ sowie der Entstehungsgeschichte des GlüÄndStV ersichtlich, sind die durchaus verfügbaren wissenschaftlichen Expertisen, Informationen und Daten zur Messung und Bewertung des online-spezifischen – den stationären Risikomodus übersteigenden – Suchtgefährdungspotentials der verschiedenen Online-Glücksspiele nicht in systematischer Weise in die Verabschiedung des Internetverbotes eingegangen, insbesondere nicht in die legislative Unterscheidung zwischen einem kategorischen Internetverbot für Online Games, Poker- und Casinospiele (§ 4 Abs. 4 GlüÄndStV) und einem für Lotterien, Sportwetten sowie (nicht in das Ausland vermittelten) Pferdewetten jeweils der Ausnahme fähigen Internetverbot (§ 4 Abs. 5, § 27 Abs. 2 GlüÄndStV). Eine Rechtfertigung des (kategorischen) Verbotes der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland (auch das EU-Ausland) erfolgt weder in einer amtlichen Begründung zu § 4 Abs. 4 und Abs. 5 GlüÄndStV noch zu § 27 Abs. 2 GlüÄndStV. Eine Rechtfertigungsbegründung fehlt vollständig und zwar im Sinne des § 1 GlüÄndStV im Hinblick auf die dort gleichrangig aufgeführten Ziele der wirksamen Spielsuchtprävention, der Schwarzmarkt- und der online- bzw. glücksspielspezifischen (Betrugs-)Kriminalitätsbekämpfung. Eine Auseinandersetzung mit der Intrakohärenzfrage hat ausweislich der amtlichen Begründungen sowie der Entstehungsgeschichte des GlüÄndStV nicht stattgefunden, ob nämlich betrügerische und kriminelle Handlungen gerade aufgrund der spezifischen – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigenden – Gefährdungs- und Risikozusammenhänge bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland tatsächlich auftreten und ob überhaupt eine signifikante – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigende – Suchtproblematik bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten tatsächlich besteht.

Unbeachtet bleiben auch die am 31.08.2011 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Schlussfolgerungen des Workshops europäischer Suchtexperten zum Online-Glücksspiel, wonach die glücksspielbedingte Suchtproblematik nicht durch Online-Angebote verschärft wird, und die Erkenntnis, dass das Internet digitaltechnische Möglichkeiten zu effektiven Spielersperren, Einsatzgrenzen und gezielten Maßnahmen des Jugendschutzes bietet, um präzise an den spezifischen Gefährdungswirkungszusammenhängen der Spielsucht, der Jugendgefährdung und von Betrugsstrategien anzusetzen.⁴⁰

³⁹ Vgl. Landtag NRW, Drucksache 16/17 vom 01.06.2012, abrufbar unter: <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-17.pdf?von=1&bis=0>; sowie für die übrigen Bundesländer unter <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/ausfuehrung>.

⁴⁰ Conclusions Workshop on online gambling: detection and prevention of problem gambling and gambling addiction, 25.05.2011 in Barcelona, S. 2; http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions_en.pdf. Gleichzeitig folgt aus den Erkenntnissen des Workshops, dass deutsche Gerichte, solange die Länder diese Erkenntnisse nicht zu widerlegen vermögen, eine Gesamtkohärenzprüfung des Glücksspielsektors vornehmen müssen. Vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs C-347/09, Rn 56 - *Dickinger & Ömer*.

Die meisten vorhandenen wissenschaftlichen Expertisen zu den Suchtgefahren von Online-Glücksspielen belegen, dass ein faktisch kaum regulierbares Totalverbot die Spieler in den Schwarzmarkt drängt. Damit können pathologische Spieler nicht identifiziert und nicht suchtpreventiv kontrolliert werden, obwohl pathologische Spieler einen nachhaltigen, gesellschaftlichen schwarzmarktbedingten Schaden verursachen.⁴¹ Selbst Studien wie zum Online-Poker, die aufgrund des Zusammenwirkens der situationalen und spielmedienbezogenen Charakteristika Verfügbarkeit, Vermarktung, Ereignisdichte, variable Einsatzhöhe und Gewinnmöglichkeiten, Fast-Gewinne und Wettbewerbskomponenten⁴² ein potentiell verhältnismäßig hohes Suchtpotenzial⁴³ attestieren, befürworten „die Bereitstellung eines sozial verantwortlichen Angebots mit adäquaten Maßnahmen des Spielerschutzes, [welches] zu einer Reduzierung der schädlichen Auswirkungen des Pokerspiels führen kann“.⁴⁴ Die von den online-kritischen Studien so beschriebenen Suchtstimulatoren der situationalen Ereignisdichte, variablen Einsatzhöhen und Gewinnmöglichkeiten, der Fast-Gewinne und der Wettbewerbskomponenten liegen auch bei Online-Pferdewetten vor, insbesondere wenn die Pferderennen, für die eine Online-Wettvermittlung angeboten wird, live im Internet übertragen werden. Gleichwohl ist auch bei Vorliegen dieser Suchtstimulatoren zum einen aus dem Telos der Spielsuchtprävention und -bekämpfung nicht begründbar, warum bei rein innerdeutsch lizenzierten Wettvermittlungsvorgängen (§ 27 Abs. 1 GlüÄndStV) ein der Ausnahme fähiges Internetverbot (§ 27 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 5 GlüÄndStV) gelten soll, während für die Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland (auch das EU-Ausland) ein kategorisches Verbot den Zielen des § 1 GlüÄndStV dienen soll. Zum anderen schlussfolgern selbst die online-kritischen Studien aus den „*offensichtlichen Schwierigkeiten in der Umsetzung und Kontrolle des Verbots*“ dessen regulatorische Ineffizienz⁴⁵, die gerade aufgrund der restriktiven, aber unwirksamen Verbotsregulierung das Ausweichen auf den Schwarzmarkt mit dem online-ubiquitärem Zwang geradezu provoziere.⁴⁶

Diese Zusammenhänge sind im Hinblick auf Online-Pferdewetten ausweislich der amtlichen Begründungen zum GlüÄndStV von den Ländern nicht untersucht, geschweige denn berücksichtigt worden. Jedenfalls hätte es den Ländern angesichts dieser methodischen Zusammenhänge oblegen, eine spezifische Intrakohärenzprüfung bezogen auf empirisch zu ermittelnde Gefährlichkeitsdaten gerade für die nach § 27 Abs. 2 GlüÄndStV nicht erlaubnisfähige Vermittlung von Online-Pferdewetten von in Deutschland zugelassenen Buchmachern an in anderen Mitgliedstaaten lizenzierte Buchmacher bzw. Totalisatoren sowie eine darauf aufbauende Interkohärenzprüfung vor dem Inkrafttreten des GlüÄndStV – gegebenenfalls auf der Grundlage einer eigens in Auftrag zu gebenden

⁴¹ Vgl. *Peren/Clement*, Gutachten zur Messung und Bewertung des Suchtgefährdungspotentials des Onlinepokerspiels Texas Hold'em No Limit, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, Februar 2012 (im Folgenden: *Peren/Clement*), S. 72 ff.

⁴² Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (158 f.).

⁴³ Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (157, 160), mwN.

⁴⁴ *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (158).

⁴⁵ Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (160).

⁴⁶ Vgl. *Meyer/Hayer*, ZfWG 2008, 153 (159 f.).

wissenschaftlichen Studie – durchzuführen. Ohne die Erhebung auswertbarer Daten zu den Suchtpotentialen von Online-Pferdewetten ist auch die Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden zur Messung und Bewertung des Gefährdungspotentials, z.B. des modifizierten AsTERiG-Tools (Assessment Tool to Measure and Evaluate the Risk Potential of Gambling Products)⁴⁷, nicht möglich. So zeigt AsTERiG auf, wo konkret, insbesondere in welchen (Online- oder Offline-) Spielabschnitten, -elementen und -techniken, die Gefährdungspotentiale des untersuchten Glücksspiels im Rahmen der Intrakohärenzprüfung liegen. Nur aufgrund entsprechend erhobener auswertbarer Daten lässt sich etwa anhand des AsTERiG-Tools mithilfe von Punktwerten (Scores) darstellen, wie groß das nach § 1 GlüÄndStV regulatorisch einzudämmende Gefährdungspotential von Online-Pferdewetten überhaupt ist. Selbst wenn sich bei der Messung des Suchtgefährdungspotentials von Online-Pferdewetten mithilfe des AsTERiG-Tools herausstellen sollte, dass etwa besonders die durch Onlinetechniken exponierten Suchtstimulatoren der situationalen Ereignisdichte, variablen Einsatzhöhen und Gewinnmöglichkeiten, der Fast-Gewinne und der Wettbewerbskomponenten vorlägen, welche durch eine live Übertragung der Pferderennen im Internet, für die eine Online-Wettvermittlung angeboten wird, noch verstärkt werden können, so könnte dies nicht die regulatorische Intrakohärenz von § 27 Abs. 2 GlüÄndStV begründen. Denn die mit dieser Regelung getroffene Unterscheidung zwischen innerdeutsch lizenzierten Wettvermittlungsvorgängen (§ 27 Abs. 1 GlüÄndStV), für die ein der Ausnahme fähiges Internetverbot (§ 27 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 5 GlüÄndStV) gelten soll, und der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland (auch das EU-Ausland), für die ein kategorisches Verbot gelten soll, ist schon aufgrund der damit bewirkten Diskriminierung von in anderen Mitgliedstaaten lizenzierten Buchmachern bzw. Totalisatoren keiner unionsrechtlichen Rechtfertigung nach Maßgabe einer kohärenten Zielverfolgung gemäß § 1 GlüÄndStV fähig.

Nach allem erhärtet sich der Verdacht, dass § 27 Abs. 2 GlüÄndStV („Vermitteln von nach Absatz 1 erlaubten Pferdewetten im Internet“) an Abs. 1 anknüpft („wenn die zuständigen deutschen Behörden den Abschluss dieser Pferdewetten im Inland oder den Betrieb eines Totalisators für diese Pferdewetten im Inland erlaubt haben“), um „Einnahmen zum Besten der Landespferdezucht“ (vgl. § 1 Abs. 3 und 4 RWG) im Land zu halten, nicht aber um eine wirksame Spielsuchtprävention, Schwarzmarkt- und glücksspielspezifische Kriminalitätsbekämpfung im Sinne des § 1 GlüÄndStV sicherzustellen. Der EuGH hat aber gerade in seinem – Online-Pferdewetten betreffenden – Urteil vom 30.06.2011 in der Rechtssache C-212/08 (Zeturf) betont, dass eine fiskalische Interessenverfolgung aufgrund der unionsrechtlichen Kohärenzanforderungen unstatthaft ist, auch wenn sie so ehrenwerten Zielen wie der „Entwicklung des ländlichen Raums“, insbesondere durch Finanzierung der Pferdezucht, dient:

„51 Was das dritte Ziel der im Ausgangsverfahren fraglichen Regelung betrifft, auf das sich die französische Regierung in zweiter Linie beruft, ist festzustellen, dass die von dieser

⁴⁷ Vgl. Peren/Clement, S. 72 ff.

Regierung angeführte Entwicklung des ländlichen Raums im Rahmen des Ausgangsverfahrens mit der Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeiten gleichgestellt werden kann, um die es in dem Kontext ging, in dem das Urteil vom 24. März 1994, Schindler (C-275/92, Slg. 1994, I-1039), ergangen ist.

52 Der Gerichtshof hat hierzu wiederholt ausgeführt, dass es zwar nicht gleichgültig ist, dass Abgaben auf Einnahmen aus Glücksspielen in erheblichem Maße zur Finanzierung solcher Tätigkeiten beitragen können, dies jedoch nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteile Schindler, Randnr. 60, und vom 21. Oktober 1999, Zenatti, C-67/98, Slg. 1999, I-7289, Randnr. 36). Nach ständiger Rechtsprechung zählen wirtschaftliche Gründe nämlich nicht zu den in den Art. 45 EG und 46 EG angeführten Gründen und bilden keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs angeführt werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. November 2003, Gambelli u. a., C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Randnr. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 6. Oktober 2009, Kommission/Spanien, C-153/08, Slg. 2009, I-9735, Randnr. 43).

53 Daraus ergibt sich, dass ein solches Ziel eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols erst recht nicht rechtfertigen kann. Das in zweiter Linie verfolgte Ziel, durch die Errichtung eines Monopols im Bereich der Pferdewetten außerhalb der Rennplätze zur Entwicklung des ländlichen Raums beizutragen, kann daher die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit, die durch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung begründet wird, nicht rechtfertigen.

54 Im Übrigen erlaubt Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 90/428 entgegen dem Vorbringen der französischen Regierung weder stillschweigend noch ausdrücklich, die Einnahmen aus Pferdewetten für den Schutz, die Förderung und die Verbesserung der Zucht von Equiden zu verwenden. Mit dieser Richtlinie wird nicht bezweckt, die Glücksspiele im Zusammenhang mit Pferderennen zu regeln. Es sollen lediglich Diskriminierungen von Pferden ausgeschlossen werden, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem sie an Veranstaltungen teilnehmen, eingetragen sind oder ihren Ursprung haben. Diese Veranstaltungen sind in Art. 2 Abs. 2 dieser Richtlinie, auf den ihre Art. 3 und 4 verweisen, definiert. Die den Mitgliedstaaten durch Art. 4 eingeräumte Möglichkeit, einen bestimmten Prozentsatz der Einkünfte oder Gewinne aus diesen Veranstaltungen einzubehalten, bezieht sich ausdrücklich auf die Bestimmungen des Art. 3. In Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie geht es somit um die Gewinne und Einkünfte, die mit diesen Pferden erzielt werden, nicht aber um die Einnahmen aus Pferdewetten, die anlässlich derartiger Veranstaltungen angeboten werden.“

IV. Untauglicher Interkohärenzansatz

Auch eine unionsrechtlich tragfähige Gesamtkohärenzprüfung im Hinblick auf das kategorische Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland (auch das EU-Ausland) hat ausweislich der amtlichen Begründungen der Länder zum GlüÄndStV ganz offensichtlich nicht stattgefunden. Dies legt zum einen die fehlende Bereitstellung der kohärenzrelevanten Informationen durch die Länder nahe. Zum anderen kann die unionsrechtlich erforderliche Gesamtkohärenz der Beschränkungen nach § 27 Abs. 2 GlüÄndStV im Sinne der pyramidal aufgebauten Kohärenzprüfungsebenen nicht auf die Fundamente regulatorischer Effektivität der Intrakohärenz aufsetzen.

In diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, dass sich die Ziele des § 1 GlüÄndStV im Sinne der unionsrechtlichen Interkohärenz – ohne Rücksicht auf die föderale Gesetzgebungskompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern – auf alle Glückspielsektoren beziehen, die regulatorischen Vorgaben des GlüÄndStV jedoch nicht alle Glücksspielarten erfassen.⁴⁸ Dieser selektive Regulierungsansatz des GlüÄndStV konterkariert damit von vornherein die Realisierbarkeit der Interkohärenz.

In allen Therapie- und Prävalenzstudien ist der Trend, dass das Automatenglücksspiel, unabhängig vom Ort der Aufstellung der Automaten, den stärksten Zusammenhang mit Suchtproblemen zeigt, erkennbar.

⁴⁸ Vgl. zum Maßstab der äußeren Kohärenz: EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rs C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß* u.a., 2010 I-08069, Rn 93, ZfWG 2010, 332 ff.

Studie	% der Spieler in therapeutischer Behandlung			
	Sportwette (nichtstaatlicher Anbieter)	Poker	Automatenglück sspiel (Spielbank)	Automatenglück sspiel (Spielhallen)
Becker (2008)⁴⁹ <i>„Problemursache“</i> (Einfachnennung)	6.8%	3.6%	11.4%	69.0%
Meyer & Hayer (2005)⁵⁰ <i>„als problem- behaftet erlebt“</i> (Mehrfachnennung)	5.1%	15.9%	32.4%	79.3%
Rumpf, John & Meyer (2011)⁵¹ <i>„primär zu Spielproblemen beigetragen“</i> (Einfachnennung)	2.2%	8.3%	14.0%	50.4%

Studie	% problematischer Spieler an den Nutzern eines Spieltyps			
	Sportwette (nichtstaatlicher Anbieter)	Poker	Automatenglück ksspiel (Spielbank)	Automatenglück ksspiel (Spielhallen)
BZgA (2008)⁵²	10.9%	25.7%	14.9%	31.9%

⁴⁹ Vgl. *Becker*, Häufigkeit der Glücksspielsucht in Deutschland. Hohenheim: Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim, 2008.

⁵⁰ Vgl. *Meyer/Hayer*, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten – Eine Untersuchung von Spiele aus Versorgungseinrichtungen, 2005. Abschlussbericht an das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen und an die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. KG.

⁵¹ Vgl. *Rumpf/John/Meyer*, Erste Ergebnisse des Projektes PAGE, 2011 Greifswald.

⁵² Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007, Köln: BZgA.

Diese Datenlage wird von deutschsprachigen Experten unisono interpretiert:

„Gewerbliche Geldspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit weisen unter allen Glücksspielarten die höchste Suchtgefahr auf. Dies belegen übereinstimmend alle bisher erschienen Studien zu dieser Thematik. Dass diese Geräte das suchtrelevanteste Glücksspiel sind, spiegelt sich auch in der Beratungsnachfrage wider. Für rund 80% aller Menschen, die aufgrund eines problematischen oder pathologischen Glücksspielverhaltens Beratung oder Behandlung nachfragen, stellen diese Geräte das Hauptproblem dar. Die Zahl der Geldspielgerätesüchtigen wird in Deutschland auf rund 200.000 Menschen geschätzt. Mit jedem Süchtigen sind hohe private und soziale Kosten verbunden.“

Fachbeirat Glücksspielsucht (2008, S. 1)⁵³

„Der deutlichste Zusammenhang zwischen Spielform und dem Vorliegen der Diagnose Pathologisches Glücksspielen ergibt sich für Probanden, die an Geldspielautomaten in Spielhallen bzw. Gastronomiebetrieben gespielt hatten oder am Kleinen Spiel im Casino teilnahmen. Für Nutzer dieser Angebote findet sich, verglichen mit den übrigen Befragten, jeweils eine um den Faktor 5,7 erhöhte Chance für Pathologisches Spielen.“

Rumpf, John & Meyer (2011, S. 4)⁵⁴

Entgegen diesen wissenschaftlichen Erkenntnissen wird das gewerbliche Automatenglücksspiel weiterhin ungleich weniger restriktiv reguliert als die den Beschränkungen nach § 27 Abs. 2 GlüÄndStV unterliegende Vermittlung von Online-Pferdewetten. Das gewerbliche Automatenglücksspiel ist lediglich gewerberechtigten (strukturellen) Regulierungsmaßnahmen unterworfen, während für die Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das Ausland (auch das EU-Ausland) nach § 27 Abs. 2 GlüÄndStV ein kategorisches Verbot gilt. Dabei weisen insbesondere die exponierten Suchtstimulatoren der Ereignisdichte und –frequenz sowie der variablen Einsatzhöhen bei Automatenglücksspielen regelmäßig eine erheblich höhere Intensität als bei Online-Pferdewetten auf. Solange entgegen den konsolidierten suchtwissenschaftlichen Basiserkenntnissen gewerbliche Automatenglücksspiele, die unabhängig vom Ort der Aufstellung der Automaten, die stärksten Suchtprobleme aufweisen, trotzdem nicht ansatzweise so streng reguliert werden wie andere Glücksspiele, etwa Online-Pferdewetten, ist die vom Europäischen Gerichtshof geforderte Interkohärenz der Glücksspielregulierung unerreichbar.

⁵³ Beschluss Nr. 1/2008 des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV vom 12. März 2008 zur Verminderung der von Geldspielgeräten ausgehenden Gefahren.

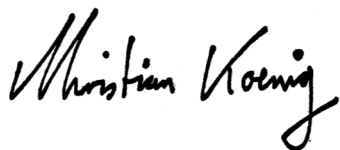
⁵⁴ Rumpf/John/Meyer, Erste Ergebnisse des Projektes PAGE, 2011 Greifswald.

C. Fazit

Die Länder haben überhaupt keine Nachweise über messbare spezifische Risikopotentiale erbracht, ob nämlich betrügerische und andere kriminelle Handlungen gerade aufgrund der spezifischen – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigenden – Gefährdungs- und Risikozusammenhänge bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland tatsächlich auftreten und ob überhaupt eine signifikante – innerdeutsche Wettvermittlungsvorgänge übersteigende – Suchtproblematik bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten tatsächlich besteht.

Da kein mitgliedstaatlicher Nachweis entsprechender Gefährdungs- und Risikozusammenhänge bei der Online-Vermittlung von Pferdewetten erbracht worden ist, welchen mit den regulatorischen Beschränkungsmaßnahmen nach § 27 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 4 und Abs. 5 GlüÄndStV überhaupt abgeholfen werden könnte, ist das inkohärente Verbot der Vermittlung von Online-Pferdewetten durch in Deutschland zugelassene Buchmacher in das EU-Ausland unionsrechtswidrig und aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts für deutsche Behörden und Gerichte nicht anwendbar.

16. August 2012



(Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig)

2. Die Schlinge zieht sich zu

Von [Dr. Wulf Hambach](#) und [Maximilian Riege](#), Hambach & Hambach Rechtsanwälte

Deutschland droht wegen des neuen Glücksspielstaatvertrages weiteres Ungemach aus Brüssel. Mit dem am Montag von EU-Binnenmarkt-Kommissar Barnier vorgestellten „Aktionsplan zum Online-Glücksspiel“ beschreibt die EU-Kommission ihre geplanten Initiativen in den kommenden zwei Jahren. Dies könnte weitere Klagen gegen Deutschland vor dem EuGH bedeuten.

Der deutsche Glücksspielmarkt kommt nicht zur Ruhe. Kaum vier Monate ist es her, dass der neue Glücksspielstaatsvertrag am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist. Doch die EU-Kommission, Glücksspiel-Anbieter und Rechtsexperten sind alles andere als glücklich mit dem Entwurf. Neben der Nichtbeachtung von europarechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit und des sog. Kohärenzgebotes, wurde mehrfach die mangelnde Kooperationsbereitschaft der deutschen Bundesländer von der EU-Kommission bemängelt.

Da die Regulierung des Glücksspielmarktes grundsätzlich Sache der einzelnen Mitgliedstaaten ist, sieht die EU-Kommission aber gerade in dem rasant wachsenden Online-Glücksspielmarkt ein Bedürfnis für eine gesteigerte Kooperation sowohl zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden als auch zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaaten.

Verbraucherschutz und Geldwäscheprävention im Vordergrund

In den Bereichen Verbraucherschutz, Werbung und Integrität des Sports im Zusammenhang mit Sportwetten plädiert die EU-Kommission für die Vereinbarung von Mindeststandards zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger. Im Bereich der Geldwäsche-Bekämpfung geht die Kommission noch einen Schritt weiter und wird noch im Herbst dieses Jahres die 4. Geldwäsche-Richtlinie verabschieden, die auch Online-Glücksspiel erfasst und von den einzelnen Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden muss.

Gleichzeitig prüft die EU-Kommission die Einleitung bzw. Wiederaufnahme von Vertragsverletzungsverfahren gegen einzelne Mitgliedstaaten, die - z.T. wiederholt - gegen europäisches Recht verstoßen. Hierzu hat sie angekündigt ab sofort Informationersuchen an die betroffenen Mitgliedstaaten zu verschicken. Dies könnte insbesondere für Deutschland zum Problem werden.

Zwar wurde dem neuen Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) zunächst eine zweijährige „Gnadenfrist“ in Form einer sog. „Evaluierungsphase“ zugestanden, allerdings mehren

sich die Beschwerden gegen den Regulierungsentwurf. Die überaus restriktiven Entwürfe einer Glücksspielspezifischen Werberichtlinie sowie ein alles andere als transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren für die Vergabe der möglichen 20 Sportwetten-Lizenzen haben die EU-Kommission zusätzlich verstimmt.

Insofern wird man sich in Kreisen der EU-Kommission nur verwundert die Augen gerieben haben, als die neue schleswig-holsteinische Regierung Anfang September die landesrechtlichen Gesetzentwürfe zur teilweisen Aufhebung des Glücksspielgesetzes (GlüG) und zum Beitritt zum GlüStV notifiziert hat.

Schleswig-Holstein mit Rolle rückwärts vor den EuGH?

In Anbetracht der 12 bereits auf Grundlage des GlüG erteilten Sportwetten-Lizenzen, die im Gegensatz zum GlüStV auch sog. Live-Wetten auf Sportereignisse zulassen und auch nach der Aufhebung des GlüG in Kraft bleiben werden, bleibt abzuwarten wie Schleswig-Holstein, die EU-Kommission, insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer widerspruchsfreien und einheitlichen Glücksspielregulierung, von seinen neuen Gesetzesvorhaben überzeugen will.

Denn während das GlüG im Frühjahr 2011 von der damaligen CDU/FDP-Regierung ohne Probleme bei der EU-Kommission notifiziert wurde, wurden gegen den GlüStV erhebliche europarechtliche Bedenken vorgetragen, welche weiterhin Bestand haben.

Die Zulassung von 20 Sportwetten-Lizenzen bei gleichzeitigem Verbot von Online-Poker ist aufgrund des vergleichbaren Suchtpotentials unter Kohärenz-Gesichtspunkten kaum begründbar und unter dem Gesichtspunkt der Kanalisierung der Kundennachfrage in den regulierten Markt unsinnig. Schließlich stellt Online-Poker nach der Erhebung der EU-Kommission mit ca. 23 % Marktanteil das zweitpopulärste Online-Glücksspiel nach Sportwetten (32%) in der EU dar.

Der FDP-Fraktionsvorsitzende im Kieler Landtag, Wolfgang Kubicki, merkt diesbezüglich zutreffend an, man könne die bestehende „Nachfrage nur dann auf den legalen Markt lenken, wenn man einen legalen Markt hat. Wer aber Online-Poker nicht zulassen will, schafft keinen legalen Markt.“

Monopolkommission stützt GlüG Schleswig-Holstein

Darüber hinaus ist nicht erklärbar, warum nur 20 Sportwetten Lizenzen vergeben werden sollen. Die willkürlich erscheinende Festsetzung der Lizenz-Anzahl haben sowohl die EU-Kommission als auch die deutsche Monopolkommission kritisiert. Darüber hinaus wurde bemängelt, dass eine Begrenzung der Anzahl von Lizenzen unter dem Aspekt der

Suchtprävention ungeeignet ist, da die Ereignisfrequenz der Sportwetten nicht maßgeblich durch die Anzahl der Wettanbieter beeinflusst wird, sondern abhängig von dem Angebot der Sportereignisse, auf die gewettet werden kann.

Die Monopolkommission hat in Ihrem 14. Hauptgutachten darüber hinaus festgestellt, dass eine (fünfprozentige) Umsatz-Besteuerung für Online-Glücksspielanbieter unsinnig ist, weil sie dazu führt, dass der Anbieter selbst in dem Fall Steuern zahlen muss, wenn er, z.B. bei einer angebotenen Sportwette, erheblichen Verlust macht, weil er eine große Gewinnsumme an einen Wettkunden auszuzahlen hat. Dadurch würden die regulierten Sportwettenanbieter quasi dazu gezwungen, ihre Preise zu erhöhen bzw. schlechtere Quoten anzubieten. Ein solches Besteuerungssystem wird daher kaum zur gewünschten Kanalisierung der Kundenachfrage aus dem nicht kontrollierbaren Schwarzmarkt in den regulierten Markt beitragen, weil unlicenzierte Anbieter attraktivere Quoten anbieten können.

Auch hierzu kommentiert Kubicki: „Wer die Anzahl der Lizenzen begrenzt, wird dem Anliegen der Europäischen Kommission nicht gerecht, attraktive Angebote zu entwickeln. Die Haltung der schleswig-holsteinischen Landesregierung ist daher geradezu kontraproduktiv.“

Festzuhalten bleibt daher, dass die vorgestellten Initiativen der EU-Kommission sowohl der neuen Landesregierung in Schleswig-Holstein als auch den anderen 15 Bundesländern zu denken geben sollten, ob man tatsächlich am GlüStV festhalten bzw. ihm beitreten möchte. Schließlich ist es nie zu spät für einen europarechtskonformen Regulierungsansatz. Die alte Landesregierung in Schleswig-Holstein hat mit dem GlÜG gezeigt wie es geht. Andernfalls droht Deutschland ein neues Vertragsverletzungsverfahren und schlimmstenfalls Buß- oder sogar Zwangsgeld.

3. Gastkommentatoren



Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Die Lehrschwerpunkte von Christian Koenig umfassen das Recht des EG-Binnenmarktes, das Allgemeine Verwaltungsrecht, das Wirtschaftsverwaltungsrecht, das EG-Wettbewerbsrecht sowie das Regulierungsrecht der Netzwirtschaften. Christian Koenig leitet den englischsprachigen interdisziplinären Studiengang Master of European Regulation of Network Industries (MERIN).

Seine Veröffentlichungen, Forschungsprojekte sowie Gutachtertätigkeiten befassen sich schwerpunktmäßig mit dem Recht des EG-Binnenmarktes, dem EG-Wettbewerbsrecht, insbesondere Beihilfen- und Vergaberecht, dem Recht der Infrastrukturförderung, dem Telekommunikationsrecht, dem Energierecht, dem Glücksspielrecht sowie dem Gesundheits- und Arzneimittelrecht. Christian Koenig tritt häufig als Prozessbevollmächtigter vor dem Europäischen Gerichtshof sowie vor dem Europäischen Gericht Erster Instanz auf.



4. In eigener Sache

*Herr Rechtsanwalt Dr. Wulf Hambach wird demnächst auf folgenden
Veranstaltungen vortragen:*

4. – 5. Februar 2013 | London, Großbritannien

[Legal Gaming in Europe](#)

Bullet Business

5. – 7. Februar 2013 | London, Großbritannien

[ICE 2013](#)

Clarion Gaming

25. – 26. April 2013 | Resort Schwielowsee, Potsdam, Deutschland

[Sports Gaming Summit](#)

SPONSORS

9. – 11. Juli 2013 | Barcelona, Spanien

[World GES 2013](#)

Terrapinn



5. Impressum

Die TIME Law News informieren Sie kostenlos über neue Entwicklungen aus dem deutschen und internationalen Recht der TIME-Branchen / Telekommunikation – IT – Medien & Entertainment. Hambach & Hambach übernimmt keine Haftung für die Richtigkeit des Inhalts der TIME Law News. Bitte beachten Sie, dass die TIME Law News lediglich der Information dienen und eine anwaltliche Rechtsberatung unter keinen Umständen ersetzen. Ein Nachdruck (Zweitveröffentlichung) ist bei unentgeltlicher Weitergabe nur unter Nennung der Quelle und Adressangaben (im Internet zudem verlinkt) gestattet. Wir bitten zudem um Zusendung eines Belegexemplars.

Der TIME Law Newsletter ist beim nationalen ISSN-Zentrum für Deutschland registriert (ISSN1866-7848).

Redaktionell verantwortlich Gastkommentatoren der TIME Law News

RA Dr. Wulf Hambach

Haimhauser Str. 1
80802 München
T +49 89 389975-50
F +49 89 389975-60
E info@timelaw.de
www.timelaw.de

Redaktion

RA Dr. Wulf Hambach
RA Claus Hambach, LL.M.
RAin Susanna Pfundstein
RAin Yasmin Sirch
RA Dr. Stefan Bolay
RA Dr. Bernd Berberich
RA Maximilian Riege
RA Bettina Brenner, LL.M.
RA Alexander Pfütze, LL.M.
RA Daniel Feuerbach
Dipl.-Jur. Tobias Kruis, LL.M.

RA Santiago Asensi
RA Dr. Bremer
Univ.-Prof. Dr. Englisch
RA Justin Franssen
Thietmar Hambach
(Journalist)
Prof. Dr. Günter Heine
RAin Nina Henningsen
Univ.-Prof. Dr.
Christian Koenig, LL.M.
Ansgar Lange
Dipl. Kfm. Jens Leinert
RA Quirino Mancini
RA Deborah Modiano
RA Nick Nocton
Martin Oelbermann
Prof. Dr. Christoph Ohler
Prof. Michael Rotert
Prof. Dr. Kurt Schelter
Prof. Dr. Dr.
Friedrich Schneider

Andreas Schultheis
RA Dr. Walter Schwartz
Prof. Dr. Gerald Spindler
RA Dr. Arthur Stadler
Dipl. Geophys. Rolf
vom Stein
RA Dr. Thomas Thalos
RA Dr. Clemens Thiele
RA Frank Tolboom
RA Thibault Verbiest
RA Garron Whitesman,
LL.M.