

Blick nach Brüssel

Neues aus der Kommission und: Kein Glücksspiel-Binnenmarkt durch EuGH-Rechtsprechung

I. Kommissionspräsident Barroso wiedervernommt

Das Parlament bestätigte den derzeitigen Präsidenten der Europäischen Kommission José Manuel Barroso am 19.09.2009 in seinem Amt für die nächsten fünf Jahre. 382 Parlamentarier stimmten für Barroso, 219 stimmten gegen ihn und 117 enthielten sich der Stimme. Barroso wird nachgesagt, er schaffe den Spagat zwischen Wahrung der Einzelinteressen der Mitgliedstaaten und der Befriedigung des Parlaments. Bei seinen Auftritten im Vorfeld der Wahl bezeichnete Barroso die Kommission nach wie vor als „Motor des Projekts Europa“, da nur sie über die Autorität, die Verwaltungskapazität und die Expertise verfüge, um Vorschläge auszuarbeiten, die den Interessen aller Mitgliedstaaten und aller Bürger Rechnung tragen. Regulierung und Rechtssetzung müssten daher auch in Zukunft zu den Kernaufgaben der Kommission gehören. Die Kommission müsse hohen ethischen Normen entsprechen, um ein hohes Maß an Professionalität zu wahren. Er wolle daher auf eine Überarbeitung des Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder hinwirken, in der Hoffnung, dass dieser ein Bezugsmaßstab für andere EU-Organe und -Einrichtungen werde¹. Wie die Realisierung dieser Absichten aussieht, wird sich allerdings erst nach der Benennung der weiteren Kommissionsmitglieder zum Jahresende zeigen. Wie bereits in den vergangenen Berichten erwähnt, ist ein starkes Abbremsen des „Motor Europa“ nicht zu verkennen, auch innerhalb der Kommission².

II. Treffen zum Thema Digitalisierung von Büchern in Europa

Anfang September veranstaltete die EU-Kommission ein Treffen zur Digitalisierung von Büchern in Europa vor dem Hintergrund des in den USA erzielten Vergleichs zur Volltextsuche von Büchern in Google („Googlebook/Search Settlement“). Kommissarin Reding und Kommissar McCrevey betonten in einer gemeinsamen Erklärung die bedeutenden und wirtschaftlichen Interessen, die bei der Digitalisierung von Büchern betroffen würden. Bisher sei nur ein Prozent aller Bücher in Europas Nationalbibliotheken digitalisiert und es sei unbedingt erforderlich, dass das Urheberrecht uneingeschränkt beachtet werde. Eine weitere Urheberrechtsharmonisierung wurde angekündigt. Konsultationen dazu hat die Kommission gestartet, bis zum 15.11.2009 können Stellungnahmen zu der zukünftigen Entwicklung von Europeana, der zukünftigen europäischen digitalen Bibliothek, abgegeben werden³.

III. Bericht über Hürden für den Online-Einzelhandel in Europa

Bereits im Juni 2009 hat die EU-Kommission einen Bericht über die Beratungen des Runden Tisches zum Online-Geschäftsverkehr veröffentlicht, der sich mit den Geschäftsmöglichkeiten im Internet und den bestehenden Hürden für einen verstärkten Online-Einzelhandel in Europa beschäftigt. Der Runde Tisch kam im Herbst 2008 zweimal zusammen und umfasste Verbraucher- und Industrievertreter. Alle Teilnehmer erkannten die Notwendigkeit einer EWR-weiten Lizenzie-

rung in der Online-Umgebung. Dies wurde als Ausgangspunkt empfunden, um die EWR-weite Lizenzierung von Aufführungs- und mechanischen Rechten für ein größeres Repertoire dem Wettbewerb zwischen verschiedenen Rechteinhaltern zuzulassen⁴. Die Kommission unterstreicht in ihrem Bericht, dass die Schlussfolgerungen der Gruppen zum Thema Online-Musiklizenzierung Auswirkungen auf den Markt haben werden, wenn die Umsetzung nicht nur durch die Beteiligten erfolgt, sondern auch durch andere Marktteilnehmer, insbesondere durch die anderen Herausgeber sowie die Verwertungsgesellschaften. Anknüpfend an das Effizienzkriterium soll bei einem Lizenzierungsmodell gesichert sein, dass mehrere Rechteinhaber eine Lizenz für ein Repertoire anbieten, das dem globalen Repertoire nahekäme. Trotzdem könnte auch eine begrenzte Zahl von Rechteinhaltern, die ein umfangreiches, aber nicht globales Repertoire anbieten, eine brauchbare Lösung darstellen, sofern eine gemeinsame Datenbank transparent machen würde, wer was zu welchem Preis anbietet. Der Bericht zeigt, dass Jahre nach der E-Commerce-Richtlinie immer noch Begleitgebiete einen E-Commerce-Binnenmarkt von Dienstleistungen und Waren erschweren.

IV. Portugiesisches Online-Wettmonopol hält der Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof stand

1. Vorgeschichte

Der Glücksspielmarkt (vornehmlich der Wett- und Lotteriemarkt als die beiden wesentlichen Bestandteile) muss auf absehbare Zeit mit einer uneinheitlichen und fallbezogenen Rechtslage innerhalb des europäischen Binnenmarktes leben. Nachdem die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs am 06.03.2007 im Placanica-Fall anhand des italienischen Strafrechts Grundlagen der Auslegung der Artikel 43 EG und 49 EG bei mitgliedstaatlichen Beschränkungen gelegt hatte⁵, wurde nun eine Chance vertan, eine Vielzahl anhängiger Vorlage- und Vertragsverletzungsverfahren mit einem Grundsatzurteil en bloque zu erledigen. Die Ausgangslage ist dadurch gekennzeichnet, dass das europäische Glücksspielrecht nicht harmonisiert ist und die E-Commerce-Richtlinie in Art. 3 eine Bereichsausnahme vom Herkunftslandprinzip für den Glücksspielmarkt niedergelegt hat. Ausgehend davon ist die Kernfrage, in welcher Weise die europäischen Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Online-Angebote im Glücksspielbereich einer nationalen Beschränkung unterwerfen können. Das Ergebnis des im Folgenden darzustellenden Urteils ist klar: Der Mitgliedstaat ist frei, Online-Angebote auf seinem Territorium gänzlich zu beschränken oder einem einzigen nationalen Monopolisten zu überlassen, in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassene Anbieter müssen sich eines eigenen Angebots in das jeweilige beschränkende EU-Mitgliedsland enthalten, weil sie dem dortigen Recht unterworfen sind. Im Einzelnen:

2. Das Urteil Liga Portuguesa de Futebol/Santa Casa vom 08.09.2009

Die Rechtssache C-42/07 der Großen Kammer hatte folgenden Ausgangsfall: Bwin International Ltd. (im Folgenden: „Bwin“) und die Liga Portuguesa de Futebol Profissional (im Folgenden: „Liga“) befanden sich in einem Rechtsstreit mit dem Departamento de Jogos

1. Vgl. NJW Heft 40/2009, LX, m.w.N. von von Preuschen, Bundesrechtsanwaltskammer Brüssel.

2. Vgl. Schmittmann, AfP 2009 S. 231 ff. (239).

3. http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/communications/next_steps_2009/questions_de.pdf [letzter Abruf 28.09.2009].

4. Online Commerce Round Table Report on Opportunities and barriers to online retailing (Bericht des Runden Tisches zum Onlinegeschäftverkehr über Möglichkeiten und Hürden für den Onlineeinzelhandel), Brüssel, Juni 2009, abrufbar unter: <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=11769>; vgl. Bericht auch in IRIS 2009-7 S. 3 und 4 [letzter Abruf 28.09.2009].

5. Vgl. Bloß/Künzel, AfP 2007 S. 99 ff. (101).

da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (im Folgenden: „Santa Casa“) wegen Geldbußen, die von der Direktion von Santa Casa gegen die Erstgenannten mit der Begründung verhängt worden waren, dass sie gegen die portugiesischen Rechtsvorschriften verstoßen hätten, die für das Anbieten bestimmter Glücksspiele über das Internet gelten. Bwin und die Liga hatten die Geldbußen angefochten, nachdem sie auf der Grundlage eines Sponsor Agreements vereinbart hatten, dass Bwin aus dem Ausland heraus elektronische Wetten auf den Ausgang der portugiesischen Ligaspiele in portugiesischer Sprache in das portugiesische Staatsgebiet hinein anbieten und für diese werben durfte. In Portugal sind die dem Staatsmonopol unterliegenden Glücksspiele an Santa Casa vergeben worden, und zwar seit 1783 in Form einer Konzession für die Staatslotterie. Santa Casa ist eine bereits 1498 gegründete soziale Einrichtung. Auch die sonstigen Formen von Lottospielen sind der Santa Casa übertragen worden, so etwa Totobola 1961 und Totolotto 1985. Durch ein Gesetz von 2003 wurde der Santa Casa auch das ausschließliche und strafbewehrte Recht verliehen, die dem Staatsmonopol unterliegenden Spiele auf elektronischer Basis zu vertreiben. Die Liga vermarktet ihre Wettkämpfe und Bwin ist ein Unternehmen für Online-Spiele mit Sitz in Gibraltar, das über eine dortige legale Lizenz verfügt. Zwischen der Liga und Bwin ist ferner ein bereits erwähnter Sponsorvertrag abgeschlossen worden, gem. dem Bwin sein Logo auf den Sportbekleidungen und in den Vereinsstadion anbringen darf. Auch ist die Internetseite der Liga mit einem Link auf die Internetseiten von Bwin versehen, über die Sportwetten auf elektronischem Weg abgeschlossen werden können.

Das vorliegende portugiesische Gericht fragte nun den EuGH, ob die europarechtlichen Binnenmarkt-Grundsätze der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG), der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49) und des freien Kapitalverkehrs (Art. 56) der portugiesischen Regelung entgegenstehen, vor allem im Hinblick auf die Tatsache, dass die Santa Casa die alleinige Inhaberin des Ausschließlichkeitsrechts sei, das zudem für das ganze Land gelte⁶. Das Verfahren war deshalb interessant, weil der Online-Spieleveranstalter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat in Portugal keine Niederlassung betrieb und ausschließlich auf der Rechtsgrundlage der grenzüberschreitenden Freiheiten des EG-Vertrages basierend vertrieb. Die Wetten wurden vom Verbraucher unmittelbar auf der Internetseite von Bwin oder durch ein anderes unmittelbare Kommunikationsmittel abgeschlossen. Die Bezahlung erfolgt mittels Bankkarte oder durch andere elektronische Zahlungsmittel. Bwin bot dabei eine breite Palette von Online-Glücksspielen an, Sportwetten, Kasinospiele wie Roulette, Poker und Spiele auf der Grundlage der Auslosung von Zahlen, die dem von Santa Casa betriebenen Toto Lotto ähneln. Damit bot Bwin eine Leistung an, wie sie in vielen europäischen Mitgliedstaaten ohne derartige Monopole oder ohne derartige Verbote legal europaweit veranstaltet wird. Das Tribunal der Pequena Instância Criminal do Porto legte folgende Vorabentscheidungsfragen vor:

„1. Stellt die Ausschließlichkeitsregelung zugunsten von Santa Casa, wenn sie auf BWin angewandt wird, d.h. ein Dienstleister, der in einem anderen Mitgliedsstaat, indem er rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringt, niedergelassen ist und keine Betriebsstätte in Portugal hat, eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs unter Verstoß gegen die Grundsätze der Dienstleistungs-, der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit gem. den Art. 49 EG, 43 EG und 56 EG dar?

2. Stehen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die erwähnten Grundsätze einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, die hinsichtlich des Betriebs von Lotterien und Wetten einerseits eine Ausschließlichkeitsregelung zugunsten einer ein-

zigen Einrichtung errichtet und diese Regelung andererseits auf das „gesamte Staatsgebiet einschließlich... des Internets“ ausdehnt?“⁷

Da Bwin in Portugal keine Niederlassung hat, war für den EuGH das Niederlassungsrecht nicht einschlägig. Auch die Kapitalverkehrsfreiheit prüfte der EuGH nicht, da er deren etwaige Beschränkung als eine unvermeidbare Folge der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs hält. Er beließ es daher bei einer Prüfung des Art. 49 EG, die er durch die portugiesischen Regelungen allerdings als beeinträchtigt ansah. Er wandte sich sodann den Beschränkungen und der Rechtfertigung dieser Beschränkungen zu⁸: Wie üblich führt der EuGH an, dass diskriminierende Beschränkungen nach (dem in concreto nach EuGH-Auffassung nicht einschlägigen) Art. 46 Abs. 1 EG zulässig sind, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind sowie nicht-diskriminierende Beschränkungen aus Gründen des Allgemeininteresses, die Zielen des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung, der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen dienen. In Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben. Der Mitgliedstaat selber entscheide das Schutzniveau und der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, habe keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit⁹.

Dabei habe der Mitgliedstaat die Verhältnismäßigkeit zu wahren. Der EuGH prüft deshalb, ob die verfügte Beschränkung des Anbietens von Glücksspielen über das Internet geeignet ist, die Verwirklichung eines oder mehrerer der von dem betroffenen Mitgliedstaat geltend gemachten Ziele zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels und der Ziele erforderlich ist. Auf jeden Fall dürfen die Beschränkungen nicht diskriminierend angewandt werden¹⁰. Sodann wörtlich:

„In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (Urteil vom 10.03.2009, Hartlauer, Rs. C-169/07, Slg. 2009 S. I-0000 Rdn. 55).“

Der EuGH akzeptiert die portugiesische Argumentation, dass die Bekämpfung der Kriminalität ein zwingender Grund des Allgemeininteresses sein kann und dass eine begrenzte Erlaubnis von Spielen im Rahmen eines Ausschließlichkeitsrechts den Vorteil biete, den Spielbetrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken und die Gefahren eines auf Betrug und andere Straftaten ausgerichteten Spielbetriebs auszuschalten. Interessant wird sodann die Behandlung der Frage der Erforderlichkeit:

6. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310. Der Sachverhalt ist dargestellt unter den Randnummern 1 bis 19.

7. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310 Rdn. 28.

8. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310 Rdn. 28 ff.

9. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310 Rdn. 58 unter Bezugnahme auf die EuGH-Entscheidungen in Sachen Läära und Zenatti.

10. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310 Rdn. 60 unter Bezugnahme auf Placanica.

„Zur Frage der Erforderlichkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung bringt die portugiesische Regierung vor, die Behörden eines Mitgliedstaats hätten in Bezug auf nicht gebietsansässige Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Dienstleistungen über das Internet anbieten, nicht die gleichen Überwachungsmöglichkeiten wie im Fall eines Wirtschaftsteilnehmers wie Santa Casa.

Dazu ist festzustellen, dass der Sektor der über das Internet angebotenen Glücksspiele in der Gemeinschaft nicht harmonisiert ist. Ein Mitgliedstaat darf deshalb die Auffassung vertreten, dass der Umstand allein, dass ein Wirtschaftsteilnehmer wie Bwin zu diesem Sektor gehörende Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist und in dem er grundsätzlich bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen durch die zuständigen Behörden dieses anderen Mitgliedstaats unterliegt, rechtmäßig über das Internet anbietet, nicht als hinreichende Garantie für den Schutz der nationalen Verbraucher vor den Gefahren des Betrugs und anderer Straftaten angesehen werden kann, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, denen sich die Behörden des Sitzmitgliedstaats in einem solchen Fall bei der Beurteilung der Qualitäten und der Redlichkeit der Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes gegenübersehen können.“¹¹

Der EuGH spricht dem Internet anders geartete und größere Gefahren zu als den herkömmlichen Glücksspielmärkten (gemeint ist wohl der terrestrische Verkauf) und sieht eine besondere Betrugsgefahr dadurch gegeben, dass Bwin auch als Sponsor beteiligter Mannschaften aufträte. Aus den vorstehenden sehr kursorischen Erwägungen ergibt sich nach Ansicht des Gerichtshofs, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Beschränkungen in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden sind, als durch das Ziel der Bekämpfung von Betrug und anderen Straftaten berechtigt angesehen werden können. Deshalb antwortet der EuGH dahingehend, dass Art. 49 EG einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, nach der Wirtschaftsteilnehmer wie Bwin, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, in denen sie rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringen, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats keine Glücksspiele über das Internet anbieten dürfen.¹²

3. Kein Urteil zur Klärung weiterer Vorlageverfahren

Wie oben ausgeführt, ist eine Chance vertan worden, im Rahmen eines Grundlagenurteils die Vielzahl anhängiger Vorlageverfahren mit zu klären. Der Markt wird also warten müssen, bis auch in den Einzelfällen Fragen zum deutschen Glücksspielrecht und zu anderen EU-mitgliedstaatlichen Regelungen beantwortet werden. Es sind zur Zeit Vertragsverletzungsverfahren gegen 10 Mitgliedstaaten von der Kommission eingeleitet worden und 17 Vorlageverfahren von den mitgliedstaatlichen Gerichten sind anhängig. Dies ist umso überraschender, als der EuGH in seiner mündlichen Beratung vor der Sommerpause zu keiner Entscheidung in der Großen Kammer gekommen war und die Urteilsfindung auf den Zeitraum nach der Sommerpause verschoben hatte. Dies war als Indiz dafür gewertet worden, es folge eine grundsätzliche Entscheidung, die besonders gründlicher Begründung bedurfte. Das Gegenteil ist jetzt der Fall.

4. Versäumnisse des Gerichtshofs

Der EuGH vereinfacht die Dinge dadurch, dass er sich auf die Kriminalitätsbekämpfung konzentriert und andere Rechtfertigungsgründe

nur andeutet. Ungeprüft und ohne gemeinschaftsrechtliche „Erdung“ übernimmt er dabei die Angaben der portugiesischen Regierung, wie er auch eine substantielle Auseinandersetzung mit einer etwaigen Diskriminierung unterlässt. Er erwähnt diese zwar, prüft sie aber nicht. Nicht thematisiert hat der EuGH auch die wohl unterlassene Notifizierung des portugiesischen Internetverbots. Da es sich insoweit um eine technische Vorschrift i.S. der Richtlinie 98/34 über die Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften handelt, hätte der Rechtsakt 2003 vorher bei der Kommission notifiziert werden müssen, um anderen Mitgliedstaaten eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Sogar der ansonsten nicht als europarechtsfreundlich bekannte Generalanwalt Bot hatte diesen Punkt in seinem Votum ausgeführt, dass im portugiesischen Ausgangsverfahren die Geldbußen aufzuheben sein werden, weil das relevante Gesetz nicht wirksam sei.

Kritisch muss man das Urteil vor allem aber deshalb sehen, weil es das im Fall Hartlauer¹³ erst vor wenigen Monaten sauber herausgearbeitete Kohärenz- und Systematikgebot der mitgliedstaatlichen Beschränkungsregelung zwar erwähnt, aber sich nicht mit ihm auseinandersetzt¹⁴. Die Einhaltung des Kohärenzgebots bedingt, dass dem regulierenden Mitgliedstaat die Darlegungs- und Untersuchungslast für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses obliegt. Für den Glücksspielbereich hatte der EuGH schon in der Rechtssache Lindman verlangt, dass

„die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahmen begleitet werden müssen“¹⁵...

Dabei muss der Mitgliedstaat genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen und konkrete Anhaltspunkte dafür liefern, dass die Beschränkung unabdingbar ist¹⁶. Der im nicht harmonisierten Bereich den Mitgliedstaaten zustehende Beurteilungsspielraum enthält damit zwar eine Erkenntnis- und Einschätzungsautonomie in Bezug auf die Annahme von Gefahren und Risikolagen, die zur Rechtfertigung der Beschränkung herangezogen werden können. Andererseits reicht nicht die bloße Behauptung einer solchen Gefahr oder Gefährdungslage aus, wiewohl der EuGH im Fall Doc Morris auch dies jüngst erst kommentarlos übernahm¹⁷.

Bedenklich am Urteil ist schließlich die Auffassung, dass der Empfangsstaat der grenzüberschreitenden Dienstleistung umso freier in seiner Beschränkungsbefugnis ist, als das Herkunftsland ja nur unter „Schwierigkeiten die Qualitäten und die Redlichkeit“ der bei ihm niedergelassenen und von seinem Territorium aus arbeitenden Anbieter bei der Ausübung ihres Gewerbes im Empfangsstaat beurteilen könne, so die oben zitierte Rdn. 69. Dies setzt sich nun in einen eklatanten Widerspruch zur bisher vom EuGH akzeptierten Grundanlage in allen Freiheitsrechten, so auch der Dienstleistungsfreiheit, dass nämlich auch das Recht des Herkunftslands zu prüfen ist und das Ergebnis der Prüfung sein kann, dass sein Recht bereits zur Wahrung der Belange des Empfangsstaates ausreicht. Wenn Gibraltar als Sitzstaat von Bwin abgesprochen wird, das strafrechtlich relevante Verhalten des von ihm zugelassenen und kontrollierten Anbieters in Portugal zu beurteilen und ggf. zu sanktionieren, so gilt dies generell für jede Behörde eines Herkunftslandes innerhalb des Binnenmarkts. Dies hat

11. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310 Rdn. 69.

12. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 08.09.2009, abgedruckt unter <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-42/07> [letzter Abruf 28.09.2009]; abgedruckt auch in: ZfWG 2009 S. 304 bis 310 Rdn. 73.

13. Rs. C-169/07 – Hartlauer Handelsgesellschaft mbH./ Wiener Landesregierung u.a.
14. Das Kohärenzgebot ist auch in den Urteilen Placanica u.a., Rs. C-338/04, Rs. C-359/05 und Rs. C-360/04, Slg. 2007 S. I-1091 Rdn. 53 und 58 und Corporation Dermoesthetica – Rs. C-500/06, Slg. 2008 S. I-0000 Rdn. 39 und 40 ausgeführt worden und darf getrost als rechtlich verankerte Voraussetzung einer gemeinschaftsrechtskonformen nationalen Beschränkungsnorm bezeichnet werden.

15. EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003 S. I-13519 Rdn. 25 – Lindman.

16. EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004 S. I-2641 Rdn. 46 – Leichte; vgl. näher: Koenig, ZfWG 2009 S. 229 (231).

17. Vgl. Schmittmann, AfP 2009 S. 231 (234).

noch nie dazu geführt, die Ausübung der Freiheitsrechte einschränken zu dürfen. Im Gegenteil: In der Rechtssache 279/80 – Webb¹⁸ – hatte der EuGH klargestellt, dass bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer nationalen Beschränkungsnorm gem. Art. 49 EG stets zu prüfen ist, ob nicht schon das Recht des Herkunftsstaates einen Rechtsstandard schafft, der die schützenswerten Rechtsgüter hinreichend berücksichtigt. Darin kommt das vom EG-Vertrag vorausgesetzte Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Herkunftslands auch aufgrund der Verpflichtung gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens zum Ausdruck. Dass die portugiesische Regierung diese Prüfung hinsichtlich der Kontrolle des Herkunftslandes Gibraltar über Bwin je getan hat, ist weder vorgetragen noch vom EuGH aufgegriffen worden. Ein Totalverbot der Internetangebote und der Internetwerbung wie in der Bundesrepublik Deutschland (dazu später) oder eine nur monopolistische Zulassung durch einen Empfangsstaat muss sich also stets fragen lassen, ob damit nicht in unverhältnismäßiger Weise in die Dienstleistungsfreiheit eines ausländischen Anbieters aus einem anderen EU-Mitgliedstaat eingegriffen wird, dessen Rechtssystem bereits ausreichend sein könnte, was zu prüfen und zu widerlegen ist. Das vom EuGH jetzt akzeptierte Argument führt zu einer Verschiebung des Herkunftslandprinzips zum Empfangsstaatsprinzip – ein bedenklicher Rückschritt für alle Marktbürger, der im EG-Vertrag keine Stütze findet.

5. Relevanz für den deutschen Glücksspielstaatsvertrag und Geschäftsverlagerung aus der EU

Es nimmt nicht Wunder, dass die deutschen Vertreter der monopolistischen Blockgesellschaften das Urteil begrüßt haben und es zum Anlass nahmen, das totale Internetverbot und Internetwerbverbot für Glücksspielangebote im deutschen Glücksspielstaatsvertrag als europarechtlich bestätigt anzusehen¹⁹. Der deutsche Lottoverband privater Vermittler und Anbieter sieht dagegen im EuGH-Urteil kein Präjudiz für die diesbezüglichen Vorlageverfahren zum deutschen Recht, sondern vielmehr sei das Kohärenz- und Systematikgebot betont worden. Diese Kriterien erfülle gerade das deutsche Recht nicht, da es unverhältnismäßig die gewerblichen Lottovermittler in Deutschland treffe, vor allem zeige es, dass ein Totalverbot von Internetangeboten unverhältnismäßig sei, wenn der portugiesische Mono-

polist – zumindest dieser – weiter anbieten dürfe. Der Verband weist darauf hin, dass der Glücksspielstaatsvertrag regulär Ende 2011 außer Kraft tritt und bis dahin zweistellige Milliardenbeträge Euro Umsatz durch das Internetverbot verloren sein würden. Bei realistischer Betrachtung erkennt man, dass der EuGH das deutsche Recht in der Tat getrennt beurteilen muss, vor allem aber die Realisierung eines totalen Internet- und Internetwerbverbots für Glücksspiele einmal in die Betrachtung der Verhältnismäßigkeit einbeziehen sollte: Was nutzt es, wenn Deutschland als Insel in der Europäischen Union und erst recht global Online-Spiele verbietet und was nutzt es, wenn der EuGH dies bezüglich der Angebote aus anderen EU-Mitgliedstaaten stützt? Die Flucht der Anbieter aus der EU in Drittstaaten wie die Karibik, Asien etc. liegt auf der Hand und wird dazu führen, dass die Angebote in deutscher Sprache weiterhin deutschen Spielern online zugänglich sind, das Geschäft sich aber in Staaten außerhalb der Europäischen Union oder zumindest in zustellungsunfähige Staaten verlagert. Diese Reaktion ist dazu geeignet, das Verbot in seiner Effizienz infrage zu stellen und damit gemeinschaftswidrig zu machen. Wenn mitgliedstaatliche Verbotsverfügungen und Urteile in der Karibik oder in Macau nicht vollzogen werden können, bleibt als nächster Schritt, das Recht der in Deutschland ansässigen Online-Spieler/Kunden zu verschärfen, z.B. im Wege einer Kontrolle der Zahlungsvorgänge. Ein weiterer Freiheitsverlust und Überwachungsmechanismus wären als traurige Konsequenz zu beklagen. Besser wäre es, das deutsche und das europäische Recht einer geordneten Harmonisierung zuzuführen und sowohl in der Veranstaltung als auch der Durchführung von Glücksspielen strengen Regelungen wie ggf. auch einer Besteuerung zu unterlegen, die es allen möglich machen, in geordneten Bahnen zu arbeiten. Bis dahin wird es aber noch ersichtlich viel Zeit verstreichen.

Rechtsanwalt Michael Schmittmann, Düsseldorf²⁰

18. Slg. 1981 S. 3305 Rdn. 20; bestätigt in: Rs. C-439/99, Kommission./ Italien, Slg. 2002 S. I-3045 Rdn. 27.
19. Vgl. Handelsblatt vom 09.09.2009 „EU-Gericht erlaubt Monopol“, S.Z. vom 09.09.2009 „Einer gewinnt immer – EuGH stützt staatliche Glücksspiel-Monopole“, m.w.N. zu der Reaktion der betroffenen Verbände.
20. Rechtsanwalt Michael Schmittmann ist Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf.