

Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor

von Dr. **Thomas Talos**, LL.M. (Virginia), Wien und **Stephan Strass**, Wien¹⁾

Nach stRsp des EuGH müssen Beschränkungen von EU-Grundfreiheiten hohen Anforderungen in Bezug auf ihre kohärente und systematische Ausgestaltung gerecht werden. Dieses Kohärenzerfordernis hat in den vergangenen Jahren auch im Glücksspielsektor an Bedeutung gewonnen. So haben den BGH jüngst die in der Koexistenz konträrer Regulierungssysteme gründenden Zweifel an der Kohärenz des deutschen Glücksspielsektors veranlasst, dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.²⁾ Die dabei zu erwartenden Ausführungen des EuGH werden auch für die österreichische Rechtslage von Bedeutung sein, zumal diese selbst neuerlich im Fokus der unionsrechtlichen Überprüfung steht.³⁾ Die derzeit anhängigen Verfahren geben Anlass, Überlegungen zum unionsrechtlichen Kohärenzgebot und zu den konkreten Modalitäten einer Kohärenzprüfung im Glücksspielsektor anzustellen.

Deskriptoren: Eignung; externe Kohärenz; Hypocrisy Test; interne Kohärenz; Kohärenzgebot; Kompetenzverteilung; Verhältnismäßigkeit.

AEUV: Art 49 und 56; (dt) GlüÄndStV: § 4 Abs 4 und § 5 Abs 3; (österr) GSpG: §§ 3 bis 5 sowie §§ 12a, 14, 21 und 56.

- I. Das unionsrechtliche Kohärenzprinzip
 - 1. Bedeutung
 - 2. Das Kohärenzgebot in der Rsp des EuGH
 - a) Kohärenz als Teil der Eignungsprüfung
 - b) Ursache: Nationale Wertungsspielräume
- II. Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor
 - 1. Bedeutung
 - a) Keine Harmonisierung auf Unionsebene
 - b) Kohärenzprüfung als Missbrauchskontrolle
 - 2. Adressat: Mitgliedstaat
 - 3. Unbeachtlichkeit interner Zuständigkeiten
 - 4. Umfang der Kohärenzprüfung
- III. Rs Digibet und Albers
 - 1. Die deutsche Rechtslage
 - 2. Anlassfall und Vorlagefragen
 - 3. Inkohärenz als Ausfluss bundesstaatlicher Strukturen
 - a) Zweifel an Kohärenz
 - b) Regelungsdivergenzen vs Vollzugsdefizite
 - c) Kohärenz trotz Föderalismus
 - 4. Erheblichkeit als untaugliche Abgrenzung
 - 5. Fortwirkende Inkohärenz durch Übergangszeit
- IV. Kohärenzgebot und österreichische Rechtslage
 - 1. Interne Kohärenz
 - 2. Externe Kohärenz
 - a) Divergierendes Regelungsregime für Online-Glücksspiele
 - b) Unterschiedliche Behandlung gleicher Produkte
- V. Zusammenfassung

¹⁾ Dr. *Thomas Talos*, LL.M. (Virginia) ist Partner, *Stephan Strass* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH.

²⁾ BGH 24.1.2013, I ZR 171/10; Rs vor dem EuGH: C-156/13, *Digibet und Albers*; vgl. EuZW 2013, 280.

³⁾ UVS OÖ 10.8.2012, VwSen-740121/2 Gf/Rt ua; Rs vor dem EuGH: C-390/12, *Pfleger et al.* Vgl. auch EuGH 9.9.2010, C-64/08 *Engelmann*; EuGH 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger und Ömer*; EuGH 12.7.2012, C-176/11, *Hit und Hit Larix*.

I. Das unionsrechtliche Kohärenzprinzip

1. Bedeutung

Als allgemeines Prinzip des Unionsrechts wird das Kohärenzgebot grds als „[...] *Bemühen um*

ein aufeinander abgestimmtes, zusammenhängendes Verhalten [verstanden], das die gleiche Zielsetzung mit vergleichbaren Mitteln in verschiedenen Bereichen verfolgt und dadurch eine widerspruchsfreie Politik ermöglicht.“⁴⁾ Das Kohärenzprinzip wird teilweise auch als Konsistenzgebot bezeichnet,⁵⁾ im englischen Sprachraum hat sich zudem der Begriff „hypocrisy test“ herausgebildet,⁶⁾ der uE sehr treffend eine allfällige Widersprüchlichkeit in der Zielverfolgung auch sprachlich widerspiegelt. Das Kohärenzgebot hat seine primärrechtlichen Wurzeln ua in Art 7 AEUV,⁷⁾ wonach die Union „[...] auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen [achtet].“⁸⁾ Der EuGH überträgt diesen Kohärenzgedanken in stRsp auf die Gesetzgebungstätigkeit der einzelnen MS und fordert damit eine konsequente und widerspruchsfreie Politik.⁹⁾ Eine wichtige Rolle spielt das Kohärenzgebot vorwiegend iZm Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gem den Art 56 bzw 49 AEUV in nicht harmonisierten Sektoren, zumal in diesen Bereichen die MS das jeweils intendierte Schutzniveau autonom festlegen dürfen, Beeinträchtigungen der EU-Grundfreiheiten allerdings dennoch am Maßstab des Unionsrechts gemessen werden.¹⁰⁾

2. Das Kohärenzgebot in der Rsp des EuGH

a) Kohärenz als Teil der Eignungsprüfung

Beschränkungen von EU-Grundfreiheiten sind grds unzulässig, können jedoch durch die im AEUV normierten ordnungspolitischen Ziele¹¹⁾ oder die aus der Rsp des EuGH abgeleiteten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.¹²⁾ Zudem müssen die jeweiligen Beschränkungen **zur Erreichung der geltend gemachten Ziele geeignet** sein, in nicht diskriminierender Weise angewandt werden und dahingehend verhältnismäßig sein, dass keine gelinderen Mittel zur Erreichung des vorgegebenen Ziels verfügbar

sind („*Four-Part-Test*“).¹³⁾ Der EuGH hat das Kriterium der Eignung erstmals in der das italienische Konzessionssystem für Sportwetten betreffenden Rs *Gambelli* dahingehend präzisiert, dass nationale Maßnahmen „[...] geeignet sein [müssen], die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie **kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen**.“¹⁴⁾ Das Kohärenzgebot ist somit als Teil des *Four-Part-Tests* dogmatisch wohl bei der Eignungsprüfung einer nationalen Beschränkung anzusiedeln.¹⁵⁾ Bei Inkohärenz, dh bei Widersprüchlichkeit hinsichtlich der tatsächlichen Zielverfolgung einer Norm, scheidet die Grundfreiheiten-Prüfung an der entsprechenden Eignung zur Zielerreichung.

Ganz allgemein ist eine Maßnahme inkohärent, wenn vergleichbare Sachgebiete unterschiedlichen Beschränkungen unterworfen werden und diese Ungleichbehandlung das Erreichen des angeblich verfolgten Ziels beeinträchtigt oder sogar vereitelt.¹⁶⁾ So hatte der EuGH etwa in der Rs *Corporación Dermoestética* – noch ohne ausdrücklich von Inkohärenz zu sprechen – italienische, die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelungen im Rahmen der Eignungsprüfung als widersprüchlich und somit unvereinbar mit Unionsrecht beurteilt, die „[...] die Werbung für von privaten Gesundheitseinrichtungen vorgenommene medizinisch-chirurgische Behandlungen über landesweite Fernsehsender verbieten, während eine solche Werbung unter bestimmten Voraussetzungen über lokale Fernsehsender erlauben.“¹⁷⁾

Zweck der Kohärenzkontrolle ist daher zu gewährleisten, dass das zur Rechtfertigung einer beschränkenden Maßnahme vorgebrachte Ziel **tatsächlich** und **konsequent** verfolgt wird. In Fällen inkohärenter Regelungen werden in Wahrheit andere als die vorgegebenen legitimen Ziele – etwa

¹³⁾ Vgl EuGH 31.3.1993, C-19/92, *Kraus*, Rn 32; EuGH 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*, Rn 37; EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 65; vgl zum „Vierpunkte-Test“ etwa auch *Hopt*, EuZW 2007, 257.

¹⁴⁾ EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 67 (eigene Hervorhebungen).

¹⁵⁾ So auch *Windoffer*, GewArch 2012, 388 (389); vgl auch *Dederer*, NJW 2010, 198 (200), demzufolge das Kohärenzgebot innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung allerdings gleich an erster Stelle geprüft werden sollte. Nach *Lippert*, EuR 2012, 90 (92f), ist die Kohärenzprüfung eine zweite unionsrechtliche Kontrollmöglichkeit auf einer der Rechtfertigungsprüfung nachgelagerten Ebene. Generalanwalt *Mengozzi* ordnet in der Rs *Stoß* das Kohärenzprinzip explizit der Eignungsprüfung zu, vgl SchlA GA *Mengozzi*, 4.3.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 33.

¹⁶⁾ Vgl *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3745 (3747); ähnlich auch *Frenz*, Handbuch Europarecht I², Rz 3341; aA *Windoffer*, GewArch 2012, 388 (389) und *Lippert*, EuR 2012, 90 (92f), die diese Definition im Hinblick auf ihre Vermengung mit dem grundrechtlichen Gleichheitssatz ablehnen.

¹⁷⁾ EuGH 17.7.2008, C-500/06, *Corporación Dermoestética*, Rn 41.

⁴⁾ *Hilf in Grabitz/Hilf*, EUV/EGV⁴⁰, Art 1 EUV Rz 29.

⁵⁾ Vgl *Dederer*, NJW 2010, 198 (199).

⁶⁾ Vgl SchlA GA *Mengozzi*, 4.3.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 50 mwN.

⁷⁾ Vgl auch Art 3 Abs 1 EUV aF, Art 13 Abs 1 und Art 21 Abs 3 EUV.

⁸⁾ Vgl zur historischen Entwicklung des Kohärenzprinzips im Primärrecht der Union etwa *Streinz*, EUV/AEUV², Art 7 AEUV Rz 1ff.

⁹⁾ Siehe unten I. 2.

¹⁰⁾ Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht I², Rz 3339f; auch die Waren- und die Kapitalverkehrsfreiheit werden vom Kohärenzgebot erfasst, vgl EuGH 3.3.2011, C-161/09, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, Rn 42, 48f bzw EuGH 19.5.2009, C-531/06, *Kommission/Italien*, Rn 65ff. Der EuGH hat jedoch bereits vor der expliziten Anwendung des Kohärenzgebots dem Kriterium der Eignung va im Bereich der Warenverkehrsfreiheit eine hohe Bedeutung zugebilligt, vgl etwa EuGH 20.2.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*; EuGH 5.6.2007, C-170/04, *Rosengren*, Rn 47.

¹¹⁾ Vgl etwa Art 36 und 52 AEUV.

¹²⁾ Vgl EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 65; EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica et al*, Rn 45.

protektionistische, wirtschaftliche oder fiskalische – verfolgt.

b) Ursache: Nationale Wertungsspielräume

Das Kohärenzgebot findet va in jenen Sektoren Anwendung, in denen als Folge der Kompetenzverteilung zwischen Union und MS weitreichende nationale Gestaltungsspielräume bestehen. Einen Anhaltspunkt dafür bietet wohl der Sachgebiete mit primärer Zuständigkeit der MS enthaltende Kompetenzkatalog des Art 6 AEUV.¹⁸⁾ So dürfen die MS in dem in Art 6 lit a AEUV normierten Bereich des Gesundheitsschutzes autonom ein hohes Schutzniveau festlegen. Dies wiederum macht eine besondere Prüfung am Maßstab des Unionsrechts in Form der Kohärenzkontrolle unverzichtbar. In der österr Rs *Hartlauer* hatte der EuGH festgestellt, dass eine nationale Regelung, die die Errichtung von privaten Zahnambulatorien einem System der vorherigen Genehmigung unterwirft, nicht jedoch die ähnlich ausgestatteten Gruppenpraxen, die sowohl die gleichen medizinischen Leistungen erbringen als auch denselben Marktbedingungen unterliegen, „[...] die geltend gemachten Ziele **nicht kohärent und systematisch verfolgt**.“¹⁹⁾ Der EuGH etablierte mit diesem Urteil das Kohärenzgebot zum allgemeinen Erfordernis im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung²⁰⁾ und bestätigt dies in stRsp durch dessen konsequente Anwendung in verschiedensten Sektoren.²¹⁾

II. Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor

1. Bedeutung

a) Keine Harmonisierung auf Unionsebene

Im Glücksspielbereich bestehen nach Ansicht des EuGH „[...] beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten.“²²⁾ Obwohl zahlreiche Richtlinien

auf Glücksspieldienste anwendbar sind und andere diese wiederum von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen,²³⁾ existieren bislang keine sekundärrechtlichen Bestimmungen zur Harmonisierung dieses Sektors auf Unionsebene. Die weitreichende Bedeutung des Kohärenzgebots im Glücksspielsektor gründet folglich auch hier in der Freiheit der MS, Regelungsziele und das dadurch angestrebte Schutzniveau in diesem Bereich autonom zu bestimmen.²⁴⁾ Da das Anbieten grenzüberschreitender Glücksspieldienste in den Anwendungsbereich des AEUV fällt,²⁵⁾ beeinträchtigen nationale Normen wie zB staatliche Monopole, Restriktionen für bestimmte Vertriebswege oder Werbebeschränkungen typischerweise die Dienstleistungs- bzw Niederlassungsfreiheit und verlangen nach einer Rechtfertigungsprüfung iSd „*Four-Part-Test*“.²⁶⁾ Neben den im AEUV normierten Rechtfertigungsgründen ergibt eine Zusammenschau aus E des EuGH einen Katalog an zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, der die Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung und der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen enthält.²⁷⁾ Dies eröffnet den Anwendungsbereich der Kohärenzprüfung im Glücksspielsektor, die als Missbrauchskontrolle hinsichtlich der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe dient.

b) Kohärenzprüfung als Missbrauchskontrolle

Ohne ausdrücklich von Kohärenz zu sprechen, hatte der EuGH in der Rs *Zenatti* erstmals gefordert, dass nationale Normen „[...] **wirklich Zielen dienen** [müssen], mit denen sie gerechtfertigt werden können“.²⁸⁾ Nach neuerer Rsp des EuGH ist „[...] eine nationale Regelung nur dann geeignet [...], die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie **tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen**.“²⁹⁾ Die Schaffung

¹⁸⁾ Vgl *Frenz*, EuR 2012, 344 (347).

¹⁹⁾ EuGH 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*, Rn 63 (eigene Hervorhebungen).

²⁰⁾ Vgl *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3745 (3747); *Barbist/Pinggera*, EuZW 2010, 285 (286f).

²¹⁾ Vgl etwa EuGH 19.5.2009, C-171/07 und C-172/07, *Doc Morris*, Rn 42; EuGH 12.1.2010, C-341/08, *Petersen*, Rn 53; EuGH 1.6.2010, C-570/07 und C-571/07, *Blanco Pérez*, Rn 94ff; EuGH 16.12.2010, C-137/09; *Josemans*, Rn 70; EuGH 21.7.2011, C-159/10 und C-160/10, *Fuchs und Köhler*, Rn 85; eine andere Funktion kommt diesem Gebot im Steuerrecht zu, wo die Kohärenz einer Steuerregelung einen eigenen Rechtfertigungsgrund bildet, vgl ua EuGH 28.1.1992, C-04/90, *Bachmann*, Rn 28. Der EuGH wendet das Kohärenzgebot ferner als Ausprägung des Gleichheitssatzes an, vgl EuGH 1.3.2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, Rn 21ff.

²²⁾ EuGH 14.12.1979, C-34/79, *Henn und Darby*, Rn 15; EuGH 24.3.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 32; EuGH 20.11.2001, C-268/99, *Jany et al*, Rn 56-60; EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica et al*, Rn 47; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Rn 57; EuGH 12.7.2012, C-176/11, *Hit und Hit Larix*, Rn 24.

²³⁾ Vgl die Aufzählung im Grünbuch „Online-Gewinnspiele im Binnenmarkt“ 24.3.2011, KOM(2011) 128, 13f.

²⁴⁾ EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica et al*, Rn 48; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Rn 58-59.

²⁵⁾ Vgl EuGH 24.3.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 24ff; EuGH 11.9.2003, C-6/01, *Anomar*, Rn 47-48.

²⁶⁾ Vgl EuGH 24.3.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 24ff; EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 55, 57; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Rn 51f; siehe auch oben I. 2. a.

²⁷⁾ Vgl etwa EuGH 24.3.1994, C-275/92, *Schindler*, Rn 58; EuGH 21.10.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 31; EuGH 21.9.1999, C-124/97, *Läärä*, Rn 33; EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 67; EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 55; EuGH 12.7.2012, C-176/11, *Hit und Hit Larix*, Rn 21; EuGH 24.1.2013, C-186/11 und 209/11, *Stanleybet et al*, Rn 23.

²⁸⁾ EuGH 21.10.1999, C-67/98, *Zenatti*, Rn 37 (eigene Hervorhebungen).

²⁹⁾ EuGH 12.7.2012, C-176/11, *Hit und Hit Larix*, Rn 22; EuGH 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli*, Rn 62, 67; EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica et al*, Rn 53; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*

eines Glücksspielmonopols als besonders restriktive Maßnahme muss daher „[...] mit der Errichtung eines **normativen Rahmens** einhergehen, mit dem sich gewährleisten lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels **quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen**.³⁰⁾ Der MS hat daher die in Frage stehende Maßnahme einer ex-ante³¹⁾ Kohärenzprüfung zu unterziehen und begleitend im Hinblick auf ihre Zweck- und Verhältnismäßigkeit zu untersuchen.³²⁾ Diese Pflicht wurde vom EuGH in der Rs *Lindman* nur sieben Tage nach Einführung des Kohärenzgebots in der Rs *Gambelli* in einem *obiter dictum* erwähnt³³⁾ und in jüngerer Rsp – auch in anderen Sektoren³⁴⁾ – bestätigt: So hat der MS zur Rechtfertigung einer Beschränkung „[...] dem Gericht [...] alle Umstände vor[zul]egen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme **tatsächlich** den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt“³⁵⁾, um einem bestimmten, maßgeblichen Problem (etwa Spielsucht) auf geeignete Weise effektiv zu begegnen und tatsächlich abzuwehren.³⁶⁾

Dieser normative Rahmen muss gewährleisten, dass das verfolgte Ziel des Spielerschutzes nicht etwa durch expansive Werbemaßnahmen des Monopolisten konterkariert werden kann. Mit Blick auf die österr Monopolregelung für Internet-Casinospiele hatte der EuGH in der Rs *Dickinger und Ömer* festgestellt, dass „[...] die vom Inhaber eines

staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben [muss], was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken.“³⁷⁾ Eine solche Werbung dürfe nicht bezwecken, durch Verharmlosung des Spiels oder das Inaussetzstellen bedeutender Gewinne den natürlichen Spielbetrieb der Verbraucher zu fördern und zu aktiver Teilnahme am Spiel anzuregen.³⁸⁾ Es obliegt daher dem Gesetzgeber, das Regelungsregime sowohl mit einem **strikten normativen Rahmen hinsichtlich Produktangebot und Werbemaßnahmen** als auch mit **wirksamen behördlichen Kontrollmöglichkeiten** auszustatten, durch die die Geschäftspolitik des Monopolisten genau überwacht und das Ziel des Spielerschutzes kohärent und systematisch verfolgt werden kann.³⁹⁾

Der Kohärenzprüfung kommt somit – neben einer unionsrechtlichen Prüfung der ausreichenden Determinierung – die Funktion einer Missbrauchskontrolle zu: Durch sie soll verhindert werden, dass der Staat die Befugnis, eine Grundfreiheit zu beschränken, nur unter Vorspiegelung legitimer Zielsetzungen in Anspruch nimmt.⁴⁰⁾ Das Kohärenzgebot soll damit eine stringente Zielverfolgung gewährleisten und mögliche protektionistische Maßnahmen des MS entlarven.

2. Adressat: Mitgliedstaat

Dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zufolge dürfen die in einem MS rechtmäßig angebotenen Dienstleistungen iSd Art 56 AEUV grds auch in allen anderen MS erbracht werden.⁴¹⁾ Als Folge des nationalen Wertungsspielraums hat der EuGH eine Verpflichtung der MS, die in einem anderen MS erteilten Glücksspiellizenzen anzuerkennen, jedoch abgelehnt.⁴²⁾ Jeder MS ist daher berechtigt, von grenzüberschreitend agierenden, bereits lizenzierten Anbietern den Besitz einer

nal, Rn 61; EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 55; EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 83; EuGH 19.7.2012, C-470/11, *Garkalns*, Rn 37; EuGH 24.1.2013, C-186/11 und 209/11, *Stanleybet et al*, Rn 27 (eigene Hervorhebungen).

³⁰⁾ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 83; EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 58; EuGH 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 71 (eigene Hervorhebungen).

³¹⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 83: „[...] mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem [...] der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird [...]“.

³²⁾ EuGH 13.11.2003, C-42/02, *Lindman*, Rn 25.

³³⁾ Vgl *Planzer*, EJRR 2010, 289 (293).

³⁴⁾ Vgl EuGH 18.3.2004, C-8/02, *Leichtle*, Rn 45; EuGH 7.7.2005, C-147/03, *Kommission/Österreich*, Rn 63.

³⁵⁾ EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 71 (eigene Hervorhebung).

³⁶⁾ Vgl EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 70 mwH auf EuGH 3.6.2010, C-258/08, *Ladbrokes*, Rn 29 sowie EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 71; EuGH 24.1.2013, C-186/11 und 209/11, *Stanleybet et al*, Rn 30, 33, 34. Eine auf Basis der *Lindman*-Rsp aufbauende (ex-ante) Untersuchungspflicht des MS fordert der EuGH auch in EuGH 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 54 und 56, vgl dazu *Koenig/Meyer*, ZfWG 2013, 153 (158): „[...] so erfordert dies zunächst, dass die Untersuchungsmaßnahmen und die von wissenschaftlich anerkannten Methoden getragene Evaluierung der Untersuchungsergebnisse vor der Implementierung der Regulierungsmaßnahme durchgeführt worden sind“.

³⁷⁾ EuGH 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 68.

³⁸⁾ Vgl EuGH 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 68; vgl auch EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 103; nach *Planzer*, „European Gambling Law: The Case Law of the European High Courts through the Prism of Empirical Evidence on Gambling Addiction“ (2013) 166, scheinen diese Ausführungen zur Werbung stark von Elementen der Rsp des EFTA-Gerichtshofes – vgl etwa EFTA-Gerichtshof 30.5.2007, E-3/06, *Ladbrokes*, Rn 54 – beeinflusst zu sein.

³⁹⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 83; EuGH 15.9.2011, C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rn 57; EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 62; EuGH 24.1.2013, C-186/11 und 209/11, *Stanleybet et al*, Rn 33.

⁴⁰⁾ Vgl *Dederer*, NJW 2010, 198 (200).

⁴¹⁾ Vgl EuGH 7.5.1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, Rn 15ff; EuGH 15.5.1997, C-250/95, *Futura Participations*, Rn 23ff; EuGH 25.1.2011, C-382/08, *Neukirchinger*, Rn 31ff; vgl auch *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV⁴⁰, Art 49/50 EGV Rz 65ff.

⁴²⁾ Vgl EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Rn 61; EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 55; zuvor schon idS EFTA-Gerichtshof 30.5.2007, E-3/06, *Ladbrokes*, Rn 86.

weiteren Konzession zu unionsrechtskonformen Bedingungen zu verlangen.

Dies bestärkt die nationalen Gesetzgeber, die ihnen zustehende Gestaltungsfreiheit autonom zu nutzen, was zum Bestehen verschieden stark beschränkter Glücksspielmärkte in benachbarten MS führt. Fraglich scheint daher, ob bereits die Koexistenz divergierender Marktzugangsregeln auf Ebene der EU zu rechtlich beachtlichen Inkohärenzen in diesem Bereich führt. Da sich jedoch die Aufforderung des EuGH bzw der EU-Grundfreiheiten zur kohärenten und systematischen Ausgestaltung des Glücksspielwesens **an den einzelnen MS richtet** und dessen konkrete Politik in diesem Bereich betrifft, muss diese – aus der fehlenden Harmonisierung zwingend resultierende – Situation wohl unbeachtlich für etwaige Kohärenzprüfungen von Glücksspielregulierungen sein. Die Zuteilung weitreichender Gestaltungsfreiheit wäre nämlich wenig zweckmäßig, wenn die Unionsrechtskonformität einer jeden nationalen Glücksspielordnung durch eine divergierende Regulierung eines benachbarten MS beeinträchtigt würde. So verwundert nicht, dass nach stRsp des EuGH nicht nur im Glücksspielbereich,⁴³⁾ sondern auch in anderen Sektoren⁴⁴⁾ die liberaleren Maßnahmen eines MS nicht zur Unverhältnismäßigkeit strengerer Vorschriften des Nachbarstaates führen. Die Koexistenz verschiedener Regulierungen und Marktzugänge innerhalb der Union berührt demnach nicht die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit und Kohärenz eines einzelnen nationalen Schutzsystems.⁴⁵⁾

3. Unbeachtlichkeit interner Zuständigkeiten

Der EuGH hat in der Rs *Carmen Media*⁴⁶⁾ zudem festgehalten, dass ein MS sich nicht auf die geteilte Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Regulierung verschiedener Glücksspiele berufen könne, um die Nichteinhaltung seiner aus dem Unionsrecht entspringenden Verpflichtungen zu rechtfertigen. „Die **interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaats** [...] kann ihn **nicht davon entbinden, den genannten Verpflichtungen nachzukommen.**“⁴⁷⁾ Das dt BVerwG fordert folglich ein Zu-

sammenwirken von Bund und Ländern, um gemeinsam zu gewährleisten, dass die Glücksspielregelungen das unionsrechtliche Kohärenzkriterium erfüllen.⁴⁸⁾ Daraus folgt, dass jeder MS als Adressat des Kohärenzgebots unabhängig von internen Kompetenzverteilungen verpflichtet ist, seinen nationalen Glücksspielmarkt im Hinblick auf die dadurch verfolgten Ziele konsequent und widerspruchsfrei zu regulieren.⁴⁹⁾

4. Umfang der Kohärenzprüfung

In den Rs *Carmen Media* und *Stoß* hat der EuGH zudem zum Umfang der Kohärenzprüfung Stellung genommen. Uneinigkeit bestand darüber, ob die Kohärenzprüfung mit Blick auf nur einzelne Glücksspielarten und -sektoren (interne bzw sektorale Kohärenz) oder auf das gesamte nationale Glücksspielwesen (externe Kohärenz bzw Gesamtkohärenz) durchzuführen ist. Im Falle einer lediglich „internen“ Kohärenzprüfung müssten ausschließlich die Regelungen für ein gesondert zu betrachtendes Glücksspielsegment (zB Sportwetten) von der Kohärenzprüfung erfasst werden,⁵⁰⁾ während eine „externe“ Kohärenzprüfung das staatliche Verhalten im gesamten Glücksspielsektor betrachtet.⁵¹⁾ Bereits der EFTA-Gerichtshof urteilte, dass die Politik im gesamten Glücksspielbereich betrachtet werden müsse⁵²⁾ und auch die ältere Rsp des EuGH deutete auf ein externes Kohärenzverfordernis hin.⁵³⁾

Der EuGH hat nunmehr ausgeführt, dass das geltend gemachte Ziel nicht erreicht werden kann, wenn die Behörden „[...] **in Bezug auf andere Glücksspiele als die, die dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden staatlichen Monopol unterliegen, eine Politik verfolgen, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.**“⁵⁴⁾ Die Auffassung, das Kohärenzkriterium

⁴⁸⁾ Vgl BVerwG 24.11.2010, 8 C 13.09, Rn 68.

⁴⁹⁾ Die nach Art 4 Abs 2 S 1 EUV zu achtende regionale Selbstverwaltung bleibt damit in ihrem Kernbereich unberührt, vgl *Koenig/Meyer*, ZfWG 2013, 153 (158).

⁵⁰⁾ Dafür noch vor den Urteilen *Carmen Media* und *Stoß*: *Hilf/Ploeckl*, EuZW 2010, 694 (696); *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, 522 (523).

⁵¹⁾ So ua *Stadler/Aquilina* in *Jaksch-Ratajczak/Stadler*, Aktuelle Rechtsfragen der Internetnutzung (2011) 472; *Dederer*, EuZW 2010, 771 (772); *Dederer*, NJW 2010, 198 (200); *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3745 (3747); *Krause*, GewArch 2010, 427 (249); *Heidfeld* DVBl 2010, 1547 (1549); *Klöck/Klein*, NVwZ 2011, 22 (23); *Koenig/Schmitz*, ZfWG 2011, 381; *Windoffer*, DöV 2012, 257 (261); *Windoffer*, GewArch 2012, 388 (389); *Lippert*, EuR 2012, 90 (95f); *Brüning*, NVwZ 2013, 23 (25).

⁵²⁾ Vgl EFTA-Gerichtshof 30.5.2007, E-3/06, *Ladbrokes*, Rn 45: „[...] the gaming policy as a whole“.

⁵³⁾ Vgl EuGH 6.3.2007, C-338/04, *Placanica et al*, Rn 53: „[...] im Bereich der Glücksspiele“.

⁵⁴⁾ EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 68; EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 106 (eigene Hervorhebungen).

⁴³⁾ Vgl EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Rn 58; EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 111; EuGH 12.7.2012, C-176/11, *Hit und Hit Larix*, Rn 24.

⁴⁴⁾ Vgl EuGH 10.5.1995, C-384/93, *Alpine Investments BV*, Rn 51; EuGH 13.7.2004, C-262/02, *Kommission/Französische Republik*, Rn 37; EuGH 11.9.2008, C-141/07, *Kommission/Deutschland*, Rn 51; EuGH 10.2.2009, C-110/05, *Kommission/Italien*, Rn 65; vgl auch *Planzer*, „European Gambling Law: The Case Law of the European High Courts through the Prism of Empirical Evidence on Gambling Addiction“ (2013) 31.

⁴⁵⁾ Vgl auch *Brüning*, NVwZ 2013, 23 (26); *Dederer*, NJW 2010, 198 (199).

⁴⁶⁾ EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*.

⁴⁷⁾ EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 69 (eigene Hervorhebungen).

verlange lediglich eine systematische und widerspruchsfreie Ausgestaltung des konkret betroffenen Glücksspielsegments, ist damit nicht mehr haltbar.⁵⁵⁾

Str ist hingegen, wie unterschiedliche Vertriebswege im Rahmen der Kohärenzprüfung zu behandeln sind. So scheint fraglich, ob in die Kohärenzprüfung einer das Internetglücksspiel betreffenden Verbotsnorm auch das gesamte staatliche Verhalten in Bezug auf terrestrische Glücksspiele einzu beziehen ist.⁵⁶⁾ Nachdem der EuGH mehrmals die Besonderheiten des Internets betont hatte,⁵⁷⁾ führte er mit Blick auf die französische Monopolregelung im Bereich der Pferdewetten das Kriterium der „[...] Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus Sicht des Verbrauchers“⁵⁸⁾ ein: Würde ein Verbraucher Internet-Wetten durch solche im stationären Bereich ersetzen, sei eine vertriebswegübergreifende Kohärenzprüfung mit Blick auf den gesamten, von der jeweiligen Beeinträchtigung betroffenen Sektor durchzuführen.⁵⁹⁾

Die jüngste Entwicklung der Rsp zeigt, dass der EuGH dem Kohärenzgebot maßgebliche Bedeutung bei der Prüfung von Beschränkungen der Grundfreiheiten beimisst. Der dt BGH⁶⁰⁾ und der UVS Oberösterreich⁶¹⁾ hatten sich kürzlich mit Aspekten der Kohärenzprüfung befasst und dabei dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese sollen im Folgenden beleuchtet werden.

III. Rs Digibet und Albers

1. Die deutsche Rechtslage

Nach den Urteilen des EuGH im September 2010⁶²⁾ war der Glücksspielstaatsvertrag 2008 („GlüStV“) unionsrechtlich nicht mehr haltbar.⁶³⁾

⁵⁵⁾ So auch BVerwG 14.11.2010, 8 C 13.09, Rn 73; VGH Bayern, 26.6.2012, 10 BV 09.2259, Rn 82.

⁵⁶⁾ Zu beachten gilt, dass nach stRsp des EuGH in anderen Sektoren Online-Beschränkungen va ausländische Wirtschaftsteilnehmer am Marktzugang erheblich behindern, vgl EuGH 11.12.2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Rn 74; EuGH 2.12.2010, C-108/09, *Ker-Optika*, Rn 54.

⁵⁷⁾ Vgl etwa EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 101ff; EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Rn 72.

⁵⁸⁾ EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 76.

⁵⁹⁾ Vgl EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 81-83; vgl *Reichert*, EuZW 2011, 674 (680); *Koenig/Schmitz*, ZfWG 2011, 381.

⁶⁰⁾ BGH 24.1.2013, I ZR 171/10; Rs vor dem EuGH: C-156/13, *Digibet und Albers*.

⁶¹⁾ UVS OÖ 10.8.2012, VwSen-740121/2 Gf/Rt ua; Rs vor dem EuGH: C-390/12, *Pfleger et al*.

⁶²⁾ EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*; EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*; EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*.

⁶³⁾ Mit Urteil vom 20.6.2013 hat das BVerwG zudem das Sportwettenmonopol in Nordrhein-Westfalen wegen mangelnder Kohärenz im Zeitraum 2006-2012 für unionsrechtswidrig erklärt. Dies folge nach Ansicht des BVerwG jedoch nicht bereits aus der gegenläufigen Politik im Automatenspielbereich, sondern ergebe sich ua aus der Werbepaxis der Monopolträger, die insb fiskali-

Die dt Glücksspiellandschaft ist nunmehr von der Koexistenz zweier Regelungssysteme geprägt: Auf der einen Seite steht der „Erste Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüÄndStV)“, der am 15.12.2011 von 15 Bundesländern unterzeichnet wurde und seit 1.7.2012 in Kraft ist.⁶⁴⁾ Auf der anderen Seite wurde das am 1.1.2012 in Kraft getretene „Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels“⁶⁵⁾ des Bundeslandes Schleswig-Holstein („GlSpielG SH“) durch dessen Beitritt zum GlüÄndStV am 24.1.2013 zwar aufgehoben,⁶⁶⁾ dieses bleibt jedoch hinsichtlich der bisher erteilten Genehmigungen – 25 Sportwetten – und 23 Online-Casinospielgenehmigungen⁶⁷⁾ – in Kraft.⁶⁸⁾

2. Anlassfall und Vorlagefragen

Mit Beschluss vom 24.1.2013⁶⁹⁾ hat der BGH dem EuGH vier Fragen zur Unionsrechtskonformität der dt Rechtslage im Hinblick auf die konträren Vorschriften zum Internetglücksspiel vorgelegt.⁷⁰⁾ Während § 4 Abs 4 GlüStV 2008 ein Verbot des Veranstaltens und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet und § 5 Abs 3 GlüStV ein Verbot der Werbung für solche vorsah, sind dem GlSpielG SH diese Beschränkungen fremd.⁷¹⁾ Im Regelungsregime des GlüÄndStV, das die Verbote des GlüStV weiterhin aufrecht erhält, darf nun das Internet zu diesen Zwecken gem §§ 4 Abs 5 bzw 5 Abs 3 GlüÄndStV nur unter bestimmten Voraussetzungen für Lotterien und Sportwetten – ohne Rechtsanspruch – erlaubt werden. Demgegenüber sieht § 23 Abs 2 GlSpielG SH einen Anspruch auf Erteilung einer Vertriebsgenehmigung für öffentliche Wetten vor, die auch deren Absatz über das Internet umfasst.⁷²⁾

Der BGH hält es nun für möglich, dass die liberale Ausgestaltung des GlSpielG SH die Eignung der entsprechenden Verbote des GlüÄndStV „[...]

schen Zwecken diene; vgl Pressemitteilung 38/2013 zu BVerwG 20.6.2013, 8 C 10.12, 8 C 12.12, 8 C 17.12.

⁶⁴⁾ Vgl *Brüning*, NVwZ 2013, 23 (24); der GlüÄndStV sieht die Beibehaltung des Lottomonopols des Staates und 20 Sportwettenkonzessionen, mit Ausnahme von Sport- und Pferdewetten sowie Lotterien jedoch keine Legalisierung von Online-Glücksspielen vor.

⁶⁵⁾ Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels des Bundesstaates Schleswig-Holstein vom 20.10.2011, GVOBl 280.

⁶⁶⁾ Gesetz zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze vom 1.2.2013, GVOBl 2013, 64.

⁶⁷⁾ Vgl http://www.schleswig-holstein.de/IM/DE/Service/Gluecksspiel/Gluecksspiel_node.html

⁶⁸⁾ Vgl Art 4 Gesetz zur Aufhebung des Glücksspielgesetzes.

⁶⁹⁾ BGH 24.1.2013, I ZR 171/10.

⁷⁰⁾ Ausschlaggebend für die Vorlage des BGH war die Klage der staatlichen Lottogesellschaft Nordrhein-Westfalen gegen einen privaten Glücksspielanbieter, die sich allerdings noch auf den GlüStV 2008 bezog; vgl die Vorinstanzen LG Köln 22.10.2009, 31 O 552/08 sowie OLG Köln 3.9.2010, 6 U 196/09.

⁷¹⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 8.

⁷²⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 9, 15.

mehr als nur unerheblich beeinträchtigt⁷³⁾ und fragt daher im Wesentlichen, ob die Koexistenz der beiden abweichenden Regulierungssysteme als inkohärente Beschränkung des Glücksspielsektors zu qualifizieren ist. Sollte der EuGH dies bejahen, möchte der BGH geklärt wissen, ob diese Inkohärenz durch die Übernahme der im übrigen Bundesgebiet geltenden Beschränkungen durch das abweichend regulierte Bundesland beseitigt wird, auch wenn die divergierenden Regelungen für die bisherigen Genehmigungsinhaber für eine mehrjährige Übergangszeit fortgelten. Der EuGH soll zudem klären, ob es für die Beurteilung dieser Fragen darauf ankommt, ob die Eignung der geltenden Verbote durch die abweichenden Regeln aufgehoben oder erheblich beeinträchtigt wird.⁷⁴⁾

3. Inkohärenz als Ausfluss bundesstaatlicher Strukturen

a) Zweifel an Kohärenz

Der BGH erkennt zunächst die Schwierigkeit, die Teilnahmemöglichkeit an Internetglücksspielen und die Wirkungen der in Schleswig-Holstein zulässigen Werbung auf dieses Bundesland zu beschränken.⁷⁵⁾ Ob dies zur Inkohärenz des gesamten dt Glücksspielwesens führe, sei umstritten: Während im Schrifttum⁷⁶⁾ diese Inkohärenz teilweise bejaht werde, sei eine solche von der Rsp⁷⁷⁾ bislang verneint worden.

Hierbei konnte der BGH jedoch nach Schluss der mündlichen Verhandlung weitere Stellungnahmen zum GlüÄndStV, die sich mit der Rechtslage nach dem 1.7.2012 befassen, nicht mehr berücksichtigen: So äußerte der VGH Baden-Württemberg „[...] *hinreichend gewichtige Zweifel an der Vereinbarkeit des strikten Internetverbots [...] und des strikten Verbots der Werbung [...] mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot*“⁷⁸⁾ im Hinblick auf den schleswig-holsteinischen Sonderweg. Noch deutlicher bezog die EU Kommission zur Koexistenz der beiden Gesetze Stellung: „*Die Kommission kann nicht erkennen, wie das gleichzeitige Bestehen zweier unterschiedlicher Regelungssysteme für dieselbe Dienstleistungstätigkeit die Anforderung ‚kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wettstätigkeiten‘ erfüllen könnte.*“⁷⁹⁾

Dem BGH zufolge scheidet im ggst Fall eine unionsrechtliche Kohärenzprüfung der unterschiedli-

chen Ausgestaltung des dt Glücksspielrechts schon deshalb aus, „[...] *weil sie Ausfluss der bundesstaatlichen Ordnung ist*“.⁸⁰⁾ Einerseits habe der EuGH in der Rs *Carmen Media* zwar dazu ausgeführt, dass sich ein MS nicht auf interne Kompetenzverteilungen berufen kann, um seinen unionsrechtlichen Verpflichtungen zu entkommen.⁸¹⁾ Andererseits sei dem Urteil des EuGH in der Rs *Stoß* zu entnehmen, dass Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Lotterie- und Wettmonopols gegenüber im Ausland ansässigen Veranstaltern die Unionsrechtskonformität eines solchen Monopols nicht beeinträchtigen.⁸²⁾ Dieser Grundsatz sei nach Ansicht des BGH auf die Nutzung von Inter- netangeboten aus Schleswig-Holstein durch Spieler anderer Bundesländer übertragbar und die Inkohärenz daher zu verneinen, was auch dem in Art 5 Abs 1 S 2 EUV normierten Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen würde.⁸³⁾

b) Regelungsdivergenzen vs Vollzugsdefizite

Obwohl der BGH zunächst die allgemeingültigen Aussagen des EuGH aus der Rs *Carmen Media* zitiert und zutreffend folgert, dass ebenso wie Bund und Bundesländer auch die Bundesländer untereinander ihre Glücksspielpolitik im Hinblick auf die Beachtung der Dienstleistungsfreiheit abzustimmen haben,⁸⁴⁾ versucht er anschließend, diese Ausführungen zu relativieren. Dabei verkennt der BGH die grundlegenden Unterschiede zwischen den Rs *Carmen Media* und *Stoß*: Während die erstgenannte Rs die Problematik **divergierender nationaler Regelungen** betrifft, geht es in letzterer ausschließlich um **Vollzugsdefizite** gegenüber im Ausland ansässigen Glücksspielanbietern. Da auch der Vorlagefall abweichende nationale Normen und keine Vollzugsdefizite betrifft, können die Ausführungen des EuGH in der Rs *Stoß* zur Begründung des Entfalls der Kohärenzprüfung uE nicht herangezogen werden. Vielmehr ist jeder MS als Adressat des Kohärenzkriteriums **unabhängig von etwaigen bundesstaatlichen Kompetenzverteilungen** verpflichtet, seine nationale Glücksspielpolitik kohärent und systematisch auszugestalten.⁸⁵⁾

c) Kohärenz trotz Föderalismus

Weiters ist es uE gefährlich, ein unbestimmtes Verhältnismäßigkeitskriterium zum entscheidenden Faktor der Kohärenzprüfung zu machen. Die verschwimmende Grenze zwischen Verhältnis-

⁷³⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 16.

⁷⁴⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10.

⁷⁵⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 17.

⁷⁶⁾ Vgl *Dörr/Janich*, K&R Beihefter 1/2012, 1 (9ff); *Brock*, CR 2011, 517 (524).

⁷⁷⁾ Vgl VG Saarlouis 19.1.2012, 6 K 521/10; VG Karlsruhe 26.4.2012, 3 K 330/10 und 7.8.2012, 3 K 882/12.

⁷⁸⁾ VGH Baden-Württemberg 10.12.2012, 6 S 3335/11.

⁷⁹⁾ EU-Kommission 7.12.2012, Stellungnahme in den Notifizierungsverfahren 012/519/D und 2012/520/D, C(2012) 9376, 6, abrufbar unter http://www.deutscherlottoverband.de/fileadmin/user_upload/documents/EU-Kommission/20121207_antwort_der_kommission_zur_notifizierungen.pdf.

⁸⁰⁾ BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 19; idS auch *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2924).

⁸¹⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 69; BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 20; siehe oben II. 3.

⁸²⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 84ff; BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 23.

⁸³⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 25f.

⁸⁴⁾ Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 21 und 34.

⁸⁵⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 69; vgl auch *Dederer*, NJW 2010, 198 (199); *Windoffer*, Gew-Arch 2012, 388 (389); siehe oben II. 3.

und Unverhältnismäßigkeit exakt festzulegen, ist kaum möglich. Die Folge einer solchen Evaluierung wäre enorme Rechtsunsicherheit – so wäre fraglich, ob zB die Einführung einer divergierenden Regelung durch zwei Bundesländer, die zu einer unionsrechtlichen Inkohärenz im übrigen Bundesgebiet führt, ebenso unverhältnismäßig ist. Diese vom BGH konstruierte Problematik liegt ebenso im Wesen eines Bundesstaates wie die ins Treffen geführte Unmöglichkeit für Bund und Länder, ein Bundesland zum Erlass einer bestimmten Norm zu zwingen: Der EuGH hat das Kohärenzgebot in Kenntnis dieses Umstandes festgelegt und fordert trotz unterschiedlicher Kompetenzen von jedem MS eine widerspruchsfreie Glücksspielpolitik.

4. Erheblichkeit als untaugliche Abgrenzung

Der BGH schlägt igZ die Einführung einer Erheblichkeitsschwelle vor und scheint damit nach der Größe der Bundesländer differenzieren zu wollen: So sollte es nicht zur Inkohärenz der fraglichen Beschränkungen führen, „[...] wenn ihre Eignung durch eine liberalere Regelung in einem einzelnen, kleineren Bundesland nur unerheblich beeinträchtigt wird.“⁸⁶) Aus der Rsp des EuGH im Glücksspielsektor lässt sich jedoch **keine „partielle“ Kohärenz** entnehmen, der Gerichtshof fordert uE vielmehr eine durchgehende Konsequenz und Widerspruchsfreiheit der Politik in diesem Bereich.⁸⁷) Die Einführung einer quantitativen Erheblichkeitsschwelle würde zu beträchtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen – welche Mindestgröße müsste ein Bundesland erreichen, um durch seine Politik die Inkohärenz der in den anderen Bundesländern geltenden Normen herbeizuführen? Zudem ist uE nicht erkennbar, wie aus der Größe eines Bundeslandes auf die konkreten Auswirkungen auf das übrige Bundesgebiet geschlossen werden kann. Durch die Unmöglichkeit, die Wirkung der über das Internet und Fernsehen angebotenen öffentlichen Glücksspiele und va deren Werbung auf das dafür verantwortliche Bundesland zu beschränken,⁸⁸) kommt der Größe dieses Landes wohl nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

5. Fortwirkende Inkohärenz durch Übergangszeit

In Erwartung des – nunmehr tatsächlich erfolgten – Beitritts Schleswig-Holsteins zum GlüÄndStV⁸⁹) möchte der BGH geklärt wissen, ob eine bestehende Inkohärenz bereits durch diesen Beitritt beseitigt wird, auch wenn die bereits erteilten Genehmigungen und die damit verbunde-

nen Erlaubnisse des Internetvertriebs und der Internetwerbung für die Dauer von sechs Jahren aufrecht bleiben.⁹⁰) Der BGH selbst versucht diese Frage durch Heranziehung des EuGH-Urteils in der Rs *Fuchs und Köhler*⁹¹) hinsichtlich einer Regelung des Pensionsalters für Beamte des Bundeslandes Hessen zu bejahen: Ein Gesetz eines MS oder Landes sei „[...] nicht schon deshalb inkohärent, weil es im Hinblick auf die Anhebung der Regelaltersgrenze zu einem anderen Zeitpunkt geändert werde als das entsprechende Gesetz eines anderen Mitgliedstaates oder Landes.“⁹²) Die in der Fortgeltung der durch das Land Schleswig-Holstein erteilten Genehmigungen gründende mehrjährige Übergangszeit sei damit als unionsrechtlich zulässig anzuerkennen.⁹³)

Zunächst gilt zu bedenken, dass die im GlüÄndStV vorgesehenen Konzessionen befristet bis 30.6.2019 und somit ebenfalls für etwa sechs Jahre vergeben werden.⁹⁴) Dies entspricht etwa der Geltungsdauer der nach dem GlSpielG SH erteilten Genehmigungen und relativiert daher die Annahme des BGH, der Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüÄndStV würde eine übergangsweise Anpassung an die Rechtslage in den übrigen Bundesländern mit sich ziehen. Eine solche scheitert folglich bereits daran, dass diese Rechtslage selbst nur bis zum Auslaufen der schleswig-holsteinischen Genehmigungen existiert. Hiezu kommt, dass Genehmigungsinhaber gem § 4 Abs 3 Gl SpielG SH grds Anspruch auf eine vierjährige Verlängerung ihrer Erlaubnisse haben. Von einer Übergangszeit zu sprechen ist daher verfehlt.

Aufgrund der unterschiedlichen Ausgangssituationen scheint zudem fraglich, ob der vom BGH angewandte Grundsatz aus der Rs *Fuchs und Köhler* tatsächlich auf den Vorlagefall übertragen werden kann: Gegenstand der Rs *Fuchs und Köhler* war die Auslegung von Sekundärrecht in einem harmonisierten Bereich, die Rs *Digibet und Albers* betrifft die Anwendung von Primärrecht in einem nicht harmonisierten Sektor. Während im ersten Fall dem Bundesland Hessen sowohl der beabsichtigte Erlass der relevanten Regelung als auch deren reibungsloses Inkraftsetzen jederzeit möglich war, diese Änderungen im fraglichen Zeitpunkt jedoch schlicht noch nicht durchgeführt wurden,⁹⁵) steht einem unbeschränkt wirkenden Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüÄndStV die zwangsläufige Fortgeltung des GlSpielG SH entgegen. Die Zulässigkeit einer solchen Übergangsfrist könnte im ggst Fall ferner eine Suspendierung

⁸⁶) BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 28.

⁸⁷) Vgl auch *Brüning*, NVwZ 2013, 23 (25), demzufolge innerhalb eines Rechtskreises Systeme mit gleicher Zielsetzung so zu entwickeln sind, dass keine Widersprüche in der Regulierung einzelner Sektoren entstehen.

⁸⁸) BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 17.

⁸⁹) Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 29; siehe oben III. 1.

⁹⁰) Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 30.

⁹¹) EuGH 21.7.2011, C-159/10 und C-160/10, *Fuchs und Köhler*.

⁹²) EuGH 21.7.2011, C-159/10 und C-160/10, *Fuchs und Köhler*, Rn 96f; BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 31.

⁹³) Vgl BGH 24.1.2013, I ZR 171/10, Rn 36.

⁹⁴) Vgl Auftragsbekanntmachung zur Erteilung von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten 8.8.2012, 2012/S 151-253153, 151.

⁹⁵) Vgl EuGH 21.7.2011, C-159/10 und C-160/10, *Fuchs und Köhler*, Rn 94.

des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs bedeuten. In der Rs *Winner Wetten*⁹⁶⁾ hatte der EuGH in Fortführung seiner früheren Rsp⁹⁷⁾ allerdings klargestellt, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten, die zur Erreichung des zur ihrer Rechtfertigung vorgebrachten Zieles nicht in kohärenter und systematischer Weise beitragen, **nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden dürfen**.⁹⁸⁾ Die Anerkennung der vom BGH geforderten Übergangszeit würde auch im ggst Fall zu einer – vom EuGH mehrmals abgelehnten – Suspendierung des Vorrangs unmittelbar geltenden Unionsrechts führen. Aufgrund der fortwährenden Koexistenz zweier verschiedener Regulierungen für eine Dienstleistung können uE die vorgegebenen Ziele der Spielsuchtbegrenzung und Verminderung der Wetttätigkeiten nicht in kohärenter und systematischer Weise erreicht werden. Die im GlüÄndStV enthaltenen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit – in concreto die sich auf Internetglücksspiel und -werbung beziehenden Verbote – erscheinen somit als nicht geeignet, die vorgebrachten Ziele zu erreichen, weshalb der Vorrang unmittelbar geltenden Unionsrechts ihre Unanwendbarkeit verlangt. Mit Blick auf die Rsp des EuGH dürfte das de-facto Aussetzen dieses Anwendungsvorrangs auch im ggst Fall nicht zulässig sein.

IV. Kohärenzgebot und österreichische Rechtslage

1. Interne Kohärenz

In Österreich liegt bis dato – im Gegensatz zu Deutschland⁹⁹⁾ – der Schwerpunkt der Rechtfertigungsprüfung im Glücksspielsektor sowohl in Lit als auch Rsp bei der „internen“ Kohärenz. Besonders die Beschränkung von Online-Casinoangeboten auf einen (überwiegend privaten) Konzessionsnehmer wird von der Lit in Anbetracht des Fehlens eines strikten normativen Rahmens sowie wirksamer Kontrollmöglichkeiten für die Angebotsausweitung und Werbepaxis des Monopolisten sehr kritisch gesehen.¹⁰⁰⁾ Besondere Bedeutung wird

dabei ua dem Kriterium eines „*quantitativ bemessenen und qualitativ ausgestalteten*“ monopolistischen Angebots¹⁰¹⁾, als Unterform des strikten normativen Rahmens, beigemessen: Als Pendant zum verfassungsrechtlichen Determinierungsgebot sieht dieses unionsrechtliche Gebot vor, dass das monopolistische Angebot mit klaren, unmissverständlichen Regeln zu Glücksspielprodukten, -arten und -formen hinsichtlich Zeitrahmen, Menge des Angebots und Vertriebskanal im Voraus festzulegen ist.¹⁰²⁾ Der Kritik in der Lit zufolge ermöglicht die kontinuierliche Missachtung dieser Anforderungen dem Lizenznehmer, durch verführerisches Inaussichtstellen bedeutender Gewinne sowie aufdringliche Glücksspielwerbung besonders intensiv auf Verbraucher einzuwirken.¹⁰³⁾ Dass der Spielerschutz hierbei nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird, zeige sich nach Kritik des Schrifttums zudem an § 56 Abs 1 GSpG, der die Klagemöglichkeiten für Mitbewerber und Konsumentenschutzvereine nach den §§ 1 ff UWG ausschließt und – trotz mittelbarer Beteiligung der Republik Österreich an CAS AG –¹⁰⁴⁾ das BMF als ausschließliche Kontrollinstanz zur Wahrung des „verantwortungsvollen Maßstabes“ bei Werbeauftritten normiert.¹⁰⁵⁾

Auch die Rsp beschränkt sich – soweit ersichtlich – bislang ebenfalls auf eine Prüfung der „internen“ Kohärenz: Während ein Teil der Rsp gegen die Zulässigkeit der Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit keine Bedenken hat,¹⁰⁶⁾ gelangt der überwiegende Teil der Rsp zum Ergebnis, dass die hiesige Regulierung aufgrund der unsehbarer erweisbaren fiskalpolitischen Intentionen des historischen Gesetzgebers sowie der aggressiven Bewerbung nicht mit Spielerschutzabwägungen gerechtfertigt werden kann.¹⁰⁷⁾

auch die gemeinsame Stellungnahme des BMJ und BMF zu den Folgen der Rs *Engelmann* für das ö Glücksspielmonopol, 20.10.2010, abrufbar unter http://m.bmf.gv.at/Gluecksspiel/EuGHRrechtssacheEngelmann/StN_BMF_und_BMJ_zur_Rs_Engelmann.pdf, in der die Anwendbarkeit von § 168 StGB entgegen der überwiegenden Rsp (siehe sogleich unten) bejaht wird.

⁹⁶⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*.
⁹⁷⁾ Vgl EuGH 17.12.1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rn 3; EuGH 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal*, Rn 17–18, 24; EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factor-tame*, Rn 18; EuGH 8.6.2000, C-258/98 *Carra*, Rn 16.

⁹⁸⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten*, 69; vgl etwa *Stadler/Arzt*, *ecolex* 2010, 1114f.

⁹⁹⁾ Vgl *Koenig/Bovelet-Schober*, *GewArch* 2013, 59 (62); *Windoffer*, *GewArch* 2012, 388; *Koenig/Schmitz*, *ZfWG* 2011, 381; *Dederer*, *NJW* 2010, 198 (200) mwN; vgl auch BVerwG 24.11.2010, 8 C 13.09, Rn 67; VGH München 17.2.2012, 10 BV 11.482, Rn 41f.

¹⁰⁰⁾ Vgl *Kletecka*, *ecolex* 2013, 17 (20); *Wilhelm*, *ecolex* 2012, 1; *Leidenmühler*, *MR* 2011, 243ff; *Stadler/Aquilina*, *ecolex* 2011, 571 (573); *Schwartz/Wohlfahrt*, *GSpG*², § 3 Rn 11f; zur Unanwendbarkeit nationaler Strafnormen wegen Verstoßes gegen Art 56 AEUV vgl etwa *Koppensteiner*, *RdW* 2011, 134; *Leidenmühler*, *MR* 2010, 247; *Lewis*, *Rechtsgutachten* „Die strafrechtlichen Konsequenzen des Urteils des EuGH 9.9.2010 in der Rechtssache C-64/08 *Engelmann*“; aA *Strejcek* in: *Der Standard* vom 12.10.2010; *Strejcek/Bresich*, *GspG*² § 3 Rz 50; vgl

¹⁰¹⁾ Vgl *Stadler/Aquilina* in *Jaksch-Ratajczak/Stadler*, *Aktuelle Rechtsfragen der Internetnutzung* (2011) 478f.

¹⁰²⁾ Vgl *va Kletecka*, *ecolex* 2013, 17 (20) mwN.

¹⁰³⁾ Vgl zur Eigentümerstruktur *Zankl*, *ecolex* 2010, 310 (311).

¹⁰⁴⁾ Vgl *Stadler/Aquilina*, *ecolex* 2013, 389 (391); *Kletecka*, *ecolex* 2013, 17 (19f); *Wilhelm*, *ecolex* 2012, 1; *Zankl*, *ecolex* 2010, 310 (311f).

¹⁰⁵⁾ Vgl OLG Linz, 13.9.2012, 3 R 99/12t (Rückforderung von Spielverlusten beim Online-Roulette), krit dazu *Kletecka*, *ecolex* 2013, 17; VwGH 4.11.2009, GZ 2009/17/0147 (Beschlagnahme von Glücksspielautomaten gem § 53 Abs 1 GSpG; vor den Rs *Stoß*, *Carmen Media*, *Dikkinger und Ömer* ergangen).

¹⁰⁶⁾ Vgl BG Linz 22.3.2012, 1 Cg 190/11y-14 (Rückforderung von Spielverlusten beim Online-Roulette); OLG Wien 19.9.2007, 30 R 33/07d: „Auch mit Rücksicht auf die Situation in Österreich kann nicht von einer systema-

2. Externe Kohärenz

Eine Prüfung von Beschränkungen der Grundfreiheiten im österr Glücksspielsektor mit Blick auf die in der jüngeren Rsp des EuGH definierten „externen“ Kohärenzanforderungen hat hierzu-lande bis dato noch kaum stattgefunden. Diese (erweiterte) Prüfung bedeutet für österr Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit jedoch eine erhebliche zusätzliche Hürde. Für die österr glücksspielrechtlichen Regelungen – zu denen unionsrechtlich auch Normen für das sogenannte „kleine“ Glücksspiel sowie Sport- und Pferdewetten zählen – scheint dieses Hindernis kaum überwindbar, zumal diese großteils nicht Ergebnis eines kohärenten Systemdenkens, sondern aufgrund unterschiedlicher Interessen von Bund und Ländern historisch gewachsen, Ausfluss verfassungsrechtlicher Kompetenzverteilung und von Zugeständnissen an einzelne Interessengruppen geprägt sind.¹⁰⁸⁾ Die vom EuGH geforderte Gesamtbetrachtung lässt vor allem Beschränkungen des Online-Casinospiels (lit a) und im Automatensektor (lit b) zusätzlich als problematisch erscheinen.

a) Divergierendes Regelungsregime für Online-Glücksspiele

Zunächst scheint fraglich, ob die Errichtung eines Monopols für Online-Casinospiele¹⁰⁹⁾ (einschließlich Online-Poker)¹¹⁰⁾ eine geeignete Maßnahme zur kohärenten und systematischen Verfolgung von Spielerschutz sein kann, wenn demgegenüber im Bereich der in die Länderkompetenz

fallenden (Online-)Sport- und Gesellschaftswetten durch ein Lizenzsystem für private Wirtschaftsteilnehmer eine konträre Politik verfolgt wird. Eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung durch interne Kompetenzverteilungen wird – wie bereits erwähnt – vom EuGH explizit ausgeschlossen.¹¹¹⁾

Der MS verfügt zwar über ausreichendes Ermessen, den Glücksspielmarkt zu liberalisieren oder einem Monopol zu unterwerfen.¹¹²⁾ Eine der beiden – laut EuGH gleichwertigen¹¹³⁾ – Möglichkeiten muss er allerdings vor dem Hintergrund der geeigneten Erreichung des geltend gemachten Ziels wählen. Der MS muss folglich im Fall der Gewährung exklusiver Rechte für eine einzige Einrichtung deren Notwendigkeit – zB aufgrund eines höheren Suchtpotentials der dadurch besonders restriktiv regulierten Glücksspiele – ex ante prüfen und durch empirische Studien begründen.¹¹⁴⁾

IdZ vermag der von der Republik Österreich gelegentlich geführte Einwand, Online-Casinospiele hätten prinzipiell ein höheres Gefahrenpotential als Online-Sportwetten, bei näherer Betrachtung allerdings nicht zu überzeugen: Zunächst liegt für den österr Glücksspielmarkt lediglich eine relevante Prävalenzstudie vor,¹¹⁵⁾ die jedoch wohl kaum als ausreichender Nachweis für eine derart gravierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden kann. Zudem ergibt sich sowohl aus dieser als auch aus anderen Studien, dass gerade das – überaus populäre¹¹⁶⁾ – Online-Pokerspiel und Online-Sportwetten in der gleichen Risikoklasse eingestuft werden.¹¹⁷⁾ Hinzu kommt, dass der Online-Sportwettenmarkt in den letzten Jahren – zT durch neue Produkte wie Wett-

tischen staatlichen Begrenzung der Spielleidenschaft gesprochen werden.“; vgl auch OLG Wien, 3 R 80/07t; OLG Wien, 1 R 135/07s; OLG Wien, 3 R 15/08k; zur Vorrangwirkung von Unionsrecht und die Verdrängungswirkung gegenüber der österr Strafbestimmung § 168 StGB vgl LG Ried im Innkreis, 23.4.2012, 22 Bl 13/12v, Rs Formato; LG Ried im Innkreis, 23.7.2012, 22 Bl 29/12x, Rs Langer. Im letztgenannten Urteil erläutert das LG Ried zudem, dass § 168 StGB in allen vergleichbaren Konstellationen unangewendet zu bleiben hat (S 3) und lehnt explizit die Argumentationslinie in der gemeinsamen Stellungnahme des BMJ und BMF vom 20.10.2010, abrufbar unter http://m.bmf.gv.at/Gluecksspiel/EuGHRechtssacheEngelmann/StN_BMF_und_BMJ_zur_Rs_Engelmann.pdf, ab.

¹⁰⁸⁾ Vgl zu Entwicklung und Art des österr Glücksspielmonopols *Schwartz/Wohlfahrt*, GSpG², § 3 Rn 13ff.

¹⁰⁹⁾ Vgl § 12a iVm 14 GSpG.

¹¹⁰⁾ § 1 Abs 2 GSpG unterwarf das Pokerspiel zur „Erhöhung der Rechtssicherheit“ generell dem Regime des GSpG; krit dazu *Winkler*, Poker und Pokerspielsalons in der Glücksspielgesetzgebung (2011) 17ff. Mit Erkenntnis vom 27.6.2013 hat der VfGH ua § 22 GSpG und – wegen untrennbaren Zusammenhangs mit § 22 GSpG – das Wort „Poker“ in § 1 Abs 2 GSpG als verfassungswidrig aufgehoben, vgl VfGH 27.6.2013, G 26/2013-11, G 90/2012-4, womit (i) sich nach dzt Rechtslage wieder im Einzelfall die Frage stellt, ob es sich beim jeweils angebotenen Pokerspiel um ein Glücksspiel handelt (vgl VwGH 8.9.2005, 2000/17/0201), sowie (ii) Pokersalons auf Basis einer Gewerbeberechtigung wieder rechtmäßig angeboten werden können.

¹¹¹⁾ Vgl EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*, Rn 69; siehe oben II. 3.

¹¹²⁾ Vgl EuGH 24.1.2013, C-186/11 und C-209/11, *Stanleybet*, Rn 44.

¹¹³⁾ Vgl zuletzt EuGH 24.1.2013, C-186/11 und C-209/11, *Stanleybet*, Rn 28, 44.

¹¹⁴⁾ Nach stRsp des EuGH hat der MS die beschränkende Maßnahme auf ihre Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit zu untersuchen: vgl EuGH 13.11.2003, C-42/02, *Lindman*, Rn 25; EuGH 3.6.2010, C-258/08, *Ladbrokes*, Rn 29; EuGH 8.9.2010, C-316/07, *Stoß et al*, Rn 71; EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 70.

¹¹⁵⁾ Vgl Report by *Simon Planzer / Howard J Shaffer / Heather Gray*: Harvard Medical School, „*Regulating Gambling in Europe, National approaches to Gambling Regulation and Prevalence Rates of Pathologica Gambling 1997–2010*“, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2045073>. Der Report listet Prävalenzstudien zu 30 Ländern auf. Zu Österreich ist lediglich eine einschlägige Prävalenzstudie verfügbar (*Kalke et al* [2011]).

¹¹⁶⁾ Der Weltmarkt für Online-Poker wird für 2013 auf EUR 3,3 Mrd geschätzt (vgl 2003: EUR 272,0 Mio), was einem Anteil von 11,6 % am gesamten Weltmarkt für Online-Glücksspiele entspricht (EUR 28,4 Mrd), vgl H2 Gambling Capital, März 2013.

¹¹⁷⁾ Vgl *Kalke et al* (2011) 171, Tabelle 6.12; vgl auch *Peren/Clement*, Gutachten zur Messung und Bewertung des Suchtgefährdungspotentials des Onlinepokerspiels Texas Hold'em No Limit, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, Februar 2012, 76ff.

börsen¹¹⁸⁾ oder Live-Wetten¹¹⁹⁾ – erheblich an Bedeutung gewonnen hat und von dem Umfang des Angebots und die Spielgeschwindigkeit erheblich zugenommen haben.¹²⁰⁾ In einem stets wachsenden Sportwettensektor hält Österreich jedoch ein für jedermann zugängliches Konzessionssystem für ausreichend, um Spielerschutz sicherzustellen und Betrug zu bekämpfen, während bei Online-Casinospielen (inklusive Online-Poker) ein Monopol erforderlich sein soll. Vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Kohärenzgebots lässt sich diese unterschiedliche Behandlung schwer rechtfertigen.

Schließlich wirft auch die Fülle an ungleich weniger restriktiv geregelten, inhaltlich jedoch nahezu ident ausgestalteten Glücksspielangeboten im Offline-Bereich die Frage nach der Eignung dieser Monopolregelung auf. Da sich die monopolisierten Online-Casinospiele de facto kaum von den im Konzessionssystem regulierten Automatenglücksspielen unterscheiden,¹²¹⁾ ist das vom EuGH in der Rs *Zeturf* eingeführte Kriterium der Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus Sicht des Verbrauchers uE zu bejahen, was den Anwendungsbereich einer **vertriebswegübergreifenden Gesamtkohärenzprüfung** eröffnet.¹²²⁾ Diese wiederum lässt eine unterschiedliche Behandlung der beiden Produkte als unvereinbar mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot erscheinen, zumal die Verwirklichung des mit der Monopolregelung (angeblich) intendierten Ziels des Spielerschutzes durch das vielfältige und intensiv beworbene terrestrische Angebot von Glücksspielen – als nahezu omnipräsentes Gut des täglichen Lebens¹²³⁾ – beeinträchtigt wird.

b) Unterschiedliche Behandlung gleicher Produkte

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Kohärenz des österr Automatenglücksspielbereichs fraglich.¹²⁴⁾ Mit Beschluss vom 10.8.2012 hat der UVS Oberösterreich dem EuGH in fünf verb Rs Fragen zur Unionsrechtskonformität der österr

Marktzugangsregeln für das Automatenglücksspiel und ihre flankierenden (Sanktions-)Maßnahmen vorgelegt.¹²⁵⁾ Dem UVS OÖ zufolge erscheine die österr Regulierung „[...] in ihrer *Zusammenschau nicht geeignet, die in der Rechtsprechung des EuGH geforderte Gesamtkohärenz [...] tatsächlich zu gewährleisten, und somit im Ergebnis als überschießend und damit als inadäquat.*¹²⁶⁾

Der österr Automatenglücksspielbereich ist von der Existenz dreier verschiedener Marktzugangsregeln geprägt, die in den Lotterien- und Spielbankensektor hineinreichen: Neben den Landeskonzessionen gem § 5 Abs 1 GSpG¹²⁷⁾ berechtigen sowohl die Lotteriekonzession gem § 14 GSpG zum Angebot von Automatenglücksspiel in Video Lottery Terminal-Outlets („VLT-Outlets,“¹²⁸⁾ und die Spielbanken-Konzessionen gem § 21 GSpG, Ausspielungen an Glücksspielautomaten und VLTs durchzuführen.¹²⁹⁾ Dass es sich bei Glücksspielautomaten und VLTs um nahezu gleiche Produkte handelt, ist anhand der identen Vorschriften über Spielerschutz,¹³⁰⁾ Abgaben¹³¹⁾ und Vernetzung mit dem Bundesrechenzentrum¹³²⁾ erkennbar, und auch die Materialien zur Regierungsvorlage zur GSpG-Novelle 2010 verlangten eine „*Gleichbehandlung von VLT-Outlets und Automaten-salons*“.¹³³⁾ Ob die Errichtung eines Monopols für VLTs zur Erreichung der damit verfolgten Ziele geeignet ist, darf angesichts zweier weiterer Marktzugangsmöglichkeiten – bis zu 27 Konzessionen für Automatenglücksspiel auf Landesebene und 15 Konzessionen für Spielbanken – bezweifelt werden.

V. Zusammenfassung

Das unionsrechtliche Kohärenzgebot hat seit *Gambelli* in der Rsp des EuGH erheblich an Bedeutung gewonnen und ist von nicht harmonisierten Bereichen, in denen weitreichende nationale Gestaltungsspielräume bestehen, zu einem unverzichtbaren Bestandteil der Rechtfertigungsprüfung iZm Beschränkungen von EU-Grundfreiheiten geworden. So stellt der EuGH seit den Rs

¹¹⁸⁾ Vgl die größte Wettbörse www.betfair.com.

¹¹⁹⁾ Die ständig populärer werdenden Live-Wetten sind aus dem Angebot internationaler Online-Sportwettenanbieter nicht mehr wegzudenken, vgl etwa Jahresbericht *bwin.party digital entertainment plc* 2012, 12, 36, 46, abrufbar unter <http://www.bwinparty.com/Investors/FinancialReports.aspx>.

¹²⁰⁾ Vgl das umfangreiche Produktangebot auf www.bet365.com, www.bwin.com, www.williamhill.com, www.interwetten.com.

¹²¹⁾ Siehe unten IV. 2. b.

¹²²⁾ Vgl EuGH 30.6.2011, C-212/08, *Zeturf*, Rn 81–83; vgl *Reichert*, EuZW 2011, 674 (680); *Koenig/Schmitz*, ZfWG 2011, 381; siehe oben II. 4. Nach dem jüngsten Erkenntnis des VfGH erscheint eine vertriebswegübergreifende Kohärenzprüfung auch für den Pokersektor angebracht, vgl FN 110.

¹²³⁾ Vgl *Talos/Stadler*, *ecolex* 2010, 1006 (1008).

¹²⁴⁾ Da auch Automatenglücksspiel in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt, sind diese Beschränkungen am Maßstab des Art 56 AEUV zu prüfen; vgl EuGH 11.9.2003, C-6/01, *Anomar*, Rn 56.

¹²⁵⁾ UVS Oberösterreich 10.8.2012, VwSen-740121/2 Gf/Rt ua; EuGH C-390/12, *Pfleger et al.*

¹²⁶⁾ UVS Oberösterreich 10.8.2012, VwSen-740121/2 Gf/Rt ua, 16f.

¹²⁷⁾ Gem § 5 Abs 1 GSpG dürfen Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten demnach in Automaten-salons (10–50 Automaten) oder Einzelaufstellungen (bis zu 3 Automaten) durchgeführt werden.

¹²⁸⁾ Die Höchstgrenze österreichweit zulässiger VLTs liegt bei 5000; vgl Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche „Lotterienkonzession“, 39.

¹²⁹⁾ Die Höchstzahl an Geräten beträgt hierbei 500 pro Standort; vgl Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche „Spielbankenkonzession“ für den Standort Wien „Süd-West“, 44.

¹³⁰⁾ Vgl §§ 5 GSpG bzw 12a GSpG.

¹³¹⁾ Vgl § 57 Abs 3–4 GSpG.

¹³²⁾ Vgl §§ 5 Abs 7 Z 1 GSpG bzw 12a GSpG.

¹³³⁾ Materialien zur Regierungsvorlage, BGBl I 73/2010, 4.

Stoß und *Dickinger und Ömer* strenge Anforderungen an das Regelungsregime betreffend Werbemaßnahmen und Produktausweitung von Monopolisten und fordert einen strikten normativen Rahmen sowie wirksame Kontrollmöglichkeiten. In der Rs *Carmen Media* hat der Gerichtshof die Modalitäten einer „externen“ Kohärenzprüfung in einer Gesamtbetrachtung des nationalen Glücksspielsektors konkretisiert, die eine weitere erhebliche Hürde für die überwiegend historisch gewach-

senen nationalen Glücksspielregulierungen bedeutet. Beschränkungen der Grundfreiheiten bei einzelnen Glücksspielen sind damit nur noch schwer zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber gleichzeitig bei vergleichbaren Spielen ohne derartige Beschränkungen auskommt. In den derzeit anhängigen Vorabentscheidungsverfahren *Digibet und Albers* sowie *Pfleger* hat der EuGH neuerlich Gelegenheit, den Umfang der Kohärenzprüfung weiter zu präzisieren.