Date de réception : 29/01/2015

Veröffentlichte ID	:	C-336/14
Nummer des Schriftstücks	:	9
Registernummer	:	977472
Datum der Einreichung	:	06/11/2014
Datum der Eintragung in das Register	:	10/11/2014
Art des Schriftstücks	:	Erklärungen
	:	Schriftstück
Referenz der Einreichung	:	DC33536
Nummer der Datei	:	1
Einreicher	:	Braun Gerald (R13209) Commission

EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, den 6. November 2014
sj.a(2014)4054575

Dokumente in Gerichtsverfahren

AN DEN PRÄSIDENTEN UND DIE MITGLIEDER DES GERICHTSHOFS DER EUROPÄISCHEN UNION

SCHRIFTSATZ

gemäß Artikel 23 Absatz 2 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union

in der Rechtssache C-336/14

eingereicht von der EUROPÄISCHEN KOMMISSION, vertreten durch Gerald Braun und Helene Tserepa-Lacombe, Mitglieder des Juristischen Dienstes der Kommission; Zustellungsanschrift: Merete Clausen, Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission, Bâtiment Bech, 5 rue A. Weicker, L-2721 Luxemburg - der Zustellung aller Verfahrensschriftstücke über e-Curia wird zugestimmt -,

wegen Vorabentscheidung

gemäß Artikel 267 AEUV, beantragt vom Amtsgericht Sonthofen im Strafverfahren gegen

Sebat Ince

- Angeklagte -

über die Auslegung des Artikel 56 AEUV sowie des Artikel 8 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 204, 21.7.1998, S.37

GLIEDERUNG

A. RECHTLICHER RAHMEN 3

1. GEMEINSCHAFTSRECHTLICHER RAHMEN

ART 56 AEUV

INFORMATIONSRICHTLINIE 98/34/EG 3

2. NATIONALE VORSCHRIFTEN

§ 284 STGB 3

GLÜSTV 2008 4

GLÜÄNDSTV 2012 5

B. SACHVERHALT DES AUSGANGSVERFAHRENS 6

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG 9

1. EINLEITUNG 9
2. ZUR DRITTSTAATSANGEHÖRIGKEIT 10
3. ZUR FRAGE 1A 10
4. ZUR FRAGE 1B 12
5. ZUR FRAGE 1C 13
3. ZUR ZWEITEN FRAGE 15
4. ZUR DRITTEN FRAGE 18

D. SCHLUSSFOLGERUNG 24

Die Kommission beehrt sich, in diesem Vorlageverfahren wie folgt Stellung zu nehmen:

A. RECHTLICHER RAHMEN

1. GEMEINSCHAFTSRECHTLICHER RAHMEN

1. Artikel 56 Abs 1 **AEUV** lautet:

   (1) Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. ...

2. Die ersten drei Unterabsätze des Artikel 8 Abs 1 der **Informationsrichtlinie 98/34/EG**[1] lautet:

   (1) Vorbehaltlich des Artikels 10 übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift, sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm handelt; in diesem Fall reicht die Mitteilung aus, um welche Norm es sich handelt. Sie unterrichten die Kommission gleichzeitig in einer Mitteilung über die Gründe, die die Festlegung einer derartigen technischen Vorschrift erforderlich machen, es sei denn, die Gründe gehen bereits aus dem Entwurf hervor.

   Gegebenenfalls — sofern dies noch nicht bei einer früheren Mitteilung geschehen ist — übermitteln die Mitgliedstaaten gleichzeitig den Wortlaut der hauptsächlich und unmittelbar betroffenen grundlegenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, wenn deren Wortlaut für die Beurteilung der Tragweite des Entwurfs einer technischen Vorschrift notwendig ist.

   Die Mitgliedstaaten machen eine weitere Mitteilung in der vorgenannten Art und Weise, wenn sie an dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen. ...

2. NATIONALE VORSCHRIFTEN

3. § 284 des **Strafgesetzbuches** (StGB)[2] lautet:

   § 284 Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels

   (1) Wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

---

[1] Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 204, 21.7.1998, p.37

[2] Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. April 2014 (BGBl. I S. 410) geändert worden ist

(2) Als öffentlich veranstaltet gelten auch Glücksspiele in Vereinen oder geschlossenen Gesellschaften, in denen Glücksspiele gewohnheitsmäßig veranstaltet werden.

(3) Wer in den Fällen des Absatzes 1

1. gewerbsmäßig oder

2. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(4) Wer für ein öffentliches Glücksspiel (Absätze 1 und 2) wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

4. Gemäß Art 70 und 72 GG fällt die Gesetzgebung im Bereich der Glücksspiele in die Zuständigkeit der Länder. Die 16 deutschen Länder schlossen 2008 einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen (GlüStV 2008) mit dem sie gemeinsame Regeln in diesem Bereich festlegten. Dieser Vertrag sollte ab dem 1. Januar 2008 vier Jahr lang gelten, so dass das Ende seiner Laufzeit auf den 31.12. 2011 festgesetzt war. Der GlüStV 2008 wurde vor deutschen Gerichten angefochten, die Vorlagefragen an den Gerichtshof richteten. Im Anschluss an das Urteil in der Rechtssache C-316/07 etc. *Stoß u.a*[3]. haben verschiedene Gerichte den GlüStV 2008 für unionsrechtswidrig erklärt. Die Verlängerungsoption des Vertrages wurde von den Ländern nicht genützt und in der Folge wurde er durch den Glücksspieländerungsvertrag (GlüÄndStV 2012) ersetzt, der am 1. Juli 2012 in Kraft trat.

5. §§ 4 Abs 1 und 10 Abs 1, und 5 des **Glücksspielstaatsvertrages 2008** (GlüStV 2008) lautet:

§ 4 Allgemeine Bestimmungen

(1) Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. Das Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) ist verboten.

§ 10 Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebotes

(1) Die Länder haben zur Erreichung der Ziele des § 1 die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Sie werden

[3] Urteil des Gerichtshofs vom 8.September 2010 in den verbundenen Rs. C-316/07,C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 *Markus Stoß u.a.*, Slg. 2010 I-8069

dabei von einem Fachbeirat beraten, der sich aus Experten in der Bekämpfung der Glücksspielsucht zusammensetzt.

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

...

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

6. §§ 4 Abs 1 und 10 Abs 1, 2 und 6 des **Glücksspieländerungsstaatsvertrages 2012** (GlüÄndStV 2012) lautet:

§ 4 Allgemeine Bestimmungen

(1) Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. Das Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) sind verboten.

§ 10 Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebotes

(1) Die Länder haben zur Erreichung der Ziele des § 1 die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Sie werden dabei von einem Fachbeirat beraten. Dieser setzt sich aus Personen zusammen, die im Hinblick auf die Ziele des § 1 über besondere wissenschaftliche oder praktische Erfahrungen verfügen..

(2) Auf gesetzlicher Grundlage können die Länder diese öffentliche Aufgabe selbst, durch eine von allen Vertragsländern gemeinsam geführte öffentliche Anstalt, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen. ...

...

(6) Anderen als den in Abs 2 und 3 Genannten darf nur die Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen nach den Vorschriften des Dritten Abschnitts erlaubt werden.

7. Der neu eingefügte § 10a lautet:

§ 10 a Experimentierklausel für Sportwetten

(1) Um eine bessere Erreichung der Ziele des § 1, insbesondere auch bei der Bekämpfung des in der Evaluierung festgestellten Schwarzmarktes, zu erproben, wird § 10 Abs. 6 auf das Veranstalten von Sportwetten für einen Zeitraum von

sieben Jahren ab Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages nicht angewandt.

(2) Sportwetten dürfen in diesem Zeitraum nur mit einer Konzession (§§ 4 a bis 4 e) veranstaltet werden.

(3) Die Höchstzahl der Konzessionen wird auf 20 festgelegt.

(4) Die Konzession gibt dem Konzessionsnehmer nach Maßgabe der gemäß § 4 c Abs. 2 festgelegten Inhalts- und Nebenbestimmungen das Recht, abweichend vom Verbot des § 4 Abs. 4 Sportwetten im Internet zu veranstalten und zu vermitteln. § 4 Abs. 5 und 6 ist entsprechend anzuwenden. Der Geltungsbereich der Konzession ist auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und der Staaten, die die deutsche Erlaubnis für ihr Hoheitsgebiet anerkennen, beschränkt.

(5) Die Länder begrenzen die Zahl der Wettvermittlungsstellen zur Erreichung der Ziele des § 1. Die Vermittlung von Sportwetten in diesen Stellen bedarf der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1; § 29 Abs. 2 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.

B. DER SACHVERHALT DES AUSGANGSVERFAHRENS

8. Nach Darstellung des Vorlagegerichts hat es in zwei verbundenen Strafverfahren über Vorwürfe der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, die Angeklagte hätte ohne deutsche Erlaubnis Sportwetten an einen Wettveranstalter mit Sitz und Lizenz in Österreich - jedoch ohne deutsche Lizenz - vermittelt und damit gegen § 284 StGB verstoßen. Danach ist zu bestrafen, "*wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt, ...*"

9. Die beiden Strafverfahren betreffen unterschiedliche Tatzeiträume aus dem Jahr 2012, wobei das erste dem Ende 2011 ausgelaufenen GlüStV 2008 unterliegt, während das zweite Strafverfahren bereits teilweise unter den GlüÄndStV 2012 fällt.

10. Diese Staatsverträge stellen die landesrechtlichen Rechtsquellen dar, auf deren Basis die "behördliche Erlaubnis" erteilt wird, deren Vorliegen darüber entscheidet, ob ein Glücksspiel - hier die Vermittlung von Sportwetten - strafrechtlich verfolgt wird oder nicht.

11. Die Zweifel des Vorlagegerichts am Vorliegen eines strafbaren Tatbestands während des ersten Tatzeitraums gründen in dem Umstand, dass 1. die gemäß dem GlüStV 2008 erforderliche Erlaubnis gar nicht erlangt werden konnte, weil

nichtstaatlichen Wettveranstaltern die Vermittlung von Sportwetten gesetzlich untersagt war, und 2. dieses staatliche Sportwettenmonopol unionsrechtswidrig sei.

12. Die Zweifel des Vorlagegerichts am Vorliegen eines strafbaren Tatbestands während des zweiten Tatzeitraums gründen in dem Umstand, dass nunmehr zwar theoretisch auch nichtstaatliche Wettveranstalter eine Konzession und somit eine Erlaubnis erlangen können, das Konzessionsverfahren jedoch so ausgestaltet ist und so durchgeführt wird, dass bisher keine Konzessionen erteilt werden konnten.

13. Zum bisherigen Verfahrensablauf vor nationalen Gerichten kann auf die detaillierte Darstellung in den Rn. 6 bis 32 des Vorlagebeschlusses verwiesen werden.

14. Das Vorlagegericht stellt in diesem Zusammenhang folgende Fragen:

" I. Zum ersten Tatvorwurf (Januar 2012) und zum zweiten Tatvorwurf bis Ende Juni 2012:

1a) Ist Artikel 56 AEUV dahin auszulegen, dass den Strafverfolgungsbehörden, untersagt ist, die ohne deutsche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten, an im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn die Vermittlung auch eine deutsche Erlaubnis des Veranstalters voraussetzt, den nationalen Stellen aber durch eine unionsrechtswidrige Gesetzeslage ("Sportwettenmonopol") verboten ist, nichtstaatlichen Wettveranstaltern eine Erlaubnis zu erteilen?

1b) Ändert sich die Beantwortung der Frage 1 a), wenn in einem der 15 deutschen Bundesländer, die das staatliche Sportwettenmonopol gemeinsam errichtet haben und gemeinsam vollziehen, staatliche Stellen in Verbots- oder Strafverfahren behaupten, das gesetzliche Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, werde bei einem eventuellen Antrag auf eine Veranstalter- oder Vermittlungserlaubnis für dieses Bundesland nicht angewendet?

1c) Sind die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit sowie das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-186/11 dahin auszulegen, dass sie einer dauerhaften, als "präventiv" bezeichneten Untersagung oder Sanktionierung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten entgegenstehen, wenn dies damit begründet wird, dass für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht "offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar war, dass die Vermittlungstätigkeit alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen - abgesehen von dem monopolistischen Staatsvorbehalt - erfüllt?

2) Ist die Richtlinie 98/34/EG dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der ohne deutsche Erlaubnis erfolgten Vermittlung von Sportwetten über einen Wettautomaten an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter entgegensteht, wenn die staatlichen Eingriffe auf einem nicht an die EU-Kommission notifizierten Gesetz eines einzelnen Bundeslandes beruhen, das den ausgelaufenen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen ("GlüStV") zum Inhalt hat?

II. Zum zweiten Tatvorwurf für die Zeit ab Juli 2012

3) Sind die Artikel 56 AEUV, das Transparenzgebot, der Gleichheitssatz und das unionsrechtliche Verbot der Günstlingswirtschaft dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter in einem Fall entgegenstehen, der durch den für neun Jahre angelegten Glückspieländerungs-staatsvertrag ("GlüÄndStV") mit einer "Experimentierklausel für Sportwetten" gekennzeichnet ist, der für sieben Jahre die theoretische Möglichkeit vorsieht, maximal 20 Konzessionen auch an nicht staatliche Wettveranstalter mit Legalisierungswirkung für alle deutschen Bundesländer als notwendige Voraussetzung für eine Vermittlungserlaubnis zu vergeben, wenn

a) das Konzessionsverfahren und in diesem Zusammenhang geführte Rechtsstreitigkeiten von der Konzessionsstelle gemeinsam mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei betrieben werden, die die Mehrzahl der Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen im Zusammenhang mit dem unionsrechtswidrigen Sportwettenmonopol regelmäßig beraten und vor nationalen Gerichten gegen private Wettanbieter vertreten hat und mit der Vertretung der staatlichen Stellen in den Vorabentscheidungsverfahren Markus Stoß, Carmen Media und Winner Wetten beauftragt war,

b) aus der am 8. August 2012 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Konzessions-ausschreibung keine Details zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte, zum Inhalt der übrigen verlangten Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der maximal 20 Konzessionäre hervorgingen, Details vielmehr erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist mit einem so genannten "Informationsmemorandum" und zahlreichen weiteren Dokumenten nur Bewerbern mitgeteilt wurden, die sich für eine "zweite Stufe" des Konzessionsverfahrens qualifiziert hatten,

c) die Konzessionsstelle acht Monate nach Beginn des Verfahrens entgegen der Ausschreibung nur 14 Konzessionsbewerber zur persönlichen Präsentation ihrer Sozial- und Sicherheitskonzepte einlädt, weil diese die Mindestvoraussetzungen für eine Konzession zu 100% erfüllt hätten, 15 Monate nach Beginn des Verfahrens aber mitteilt, kein einziger Bewerber habe die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen in "prüffähiger Form" nachgewiesen,

d) der aus einem Zusammenschluss der staatlichen Lotteriegesellschaften bestehende staatlich beherrschte Konzessionsbewerber ("Ods", Ods Deutschland Sportwetten GmbH) zu den 14 Bewerbern gehört, die zur Präsentation ihrer Konzepte bei der Konzessionsstelle eingeladen wurden, wegen ihrer organisatorischen Verflechtung mit Veranstaltern von Sportereignissen aber wohl nicht konzessionsfähig ist, weil die Gesetzeslage (§ 21 Abs. 3 GlüÄndStV) eine strikte Trennung des aktiven Sports und der ihn organisierenden Vereinigungen von der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten verlangt,

e) für die Erteilung einer Konzession unter anderem die Darlegung "der rechtmäßigen Herkunft der für die Veranstaltung des beabsichtigten Sportwettenangebotes erforderlichen Mittel" verlangt wird,

f) die Konzessionsstelle und das über die Vergabe von Konzessionen entscheidende Glücksspielkollegium, das aus Vertretern der Bundesländer besteht, von der Möglichkeit der Konzessionsvergabe an private Wettveranstalter keinen Gebrauch machen, während staatliche Lotterieunternehmen bis ein Jahr nach der eventuellen Konzessionsvergabe Sportwetten, Lotterien und andere Glücksspiele ohne Konzession veranstalten und über ihr flächendeckendes Netz gewerblicher Annahmestellen vertreiben und bewerben dürfen?"

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

1. EINLEITUNG

15. Das Vorlagegericht stellt mehrere Fragen, die um ein zentrales Thema kreisen: Ist die Verhängung einer Strafe wegen der Vermittlung von Sportwetten ohne Erlaubnis unionsrechtswidrig, wenn der Rechtsrahmen, der die Erlangung einer solchen Erlaubnis wegen eines staatlichen Sportwettenmonopols unmöglich macht, unionsrechtswidrig ist oder wenn die Anwendung eines rechtskonformen Rechtsrahmens unionsrechtswidrig ist.

16. Die Fragen 1a, 1b, 1c und 2 betreffen die Rechtslage unter dem GlüStV 2008. In diesem Rechtsrahmen ist die Erlaubnis für Private nur ein theoretisches Konzept, da das Gesetz eine Erlaubnis nur für staatliche Veranstalter vorsieht. Frage 3 betrifft die Situation unter dem GlüÄndStV 2012. Dieser Rechtsrahmen ermöglicht grundsätzlich nichtstaatlichen Veranstaltern eine Erlaubnis zu beantragen, sofern sie zuvor eine Konzession erworben haben. In Folge der Verzögerungen im Verfahren zur Erlangung einer Konzession ist es nach wie vor nicht möglich eine Erlaubnis zur Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten zu erlangen. Das Vorlagegericht listet mehrere Umstände und Besonderheiten des Konzessionsverfahrens auf, die dieses Verfahren nach seiner Ansicht unter dem Gesichtspunkt des Art. 56 AEUV, des Transparenzerfordernisses und der Gleichbehandlung unionsrechtlich problematisch erscheinen lassen.

2. ZUR DRITTSTAATSANGEHÖRIGKEIT

17. Das Vorlagegericht stellt einleitend fest, dass sich die Angeklagte, trotz fehlender Unionsbürgerschaft, im vorliegenden Fall auf die Dienstleistungsfreiheit berufen

kann (Rn 22 des Vorlagebeschlusses). Zur Begründung zitiert es ausführlich die Begründung des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs (BayrVGH). In seinem Beschluss vom 18.4.2012 hat der BayrVGH geurteilt, dass ein Drittstaatsangehöriger als Vermittler einer durch Art. 56 AEUV geschützten Dienstleistung - nämlich grenzüberschreitende Wettangebote - einen Verstoß der das Staatsmonopol normierenden Bestimmungen des GlüStV 2008 gegen Art. 56 AEUV geltend machen und sich auf den daraus resultierenden Anwendungsvorrang berufen kann.

18. Der BayrVGH stellt klar, dass im Dienstleistungsverhältnis zwischen ausländischen Wettanbietern und inländischen Wettkunden der Tätigkeit des Vermittlers keine selbständige Bedeutung zukommt und somit auch nicht eine selbständige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt, dass allerdings das Verbot Wettdienstleistungen durch Vermittlertätigkeit zu erleichtern, eine Beschränkung des Rechts des Wettanbieters darstellt.

19. Die Kommission hält vorweg fest, dass sie dieser Ansicht des Vorlagegerichts und des BayrVGH in dieser Vorfrage ausdrücklich zustimmt.

3. Zur Frage 1a

20. Die Frage beruht auf der Annahme, dass das durch den GlüStV 2008 geschaffene Sportwettenmonopol unionsrechtswidrig ist. Aus den Erläuterungen des Vorlagegerichts zu dieser Frage geht hervor, dass es nicht nur wissen möchte, welche Konsequenz diese Unionsrechtswidrigkeit für die Strafbarkeit der Vermittlung von Sportwetten hat, die ohne Erlaubnis durchgeführt werden, sondern auch ob die vom Gerichtshof festgestellt Unionsrechtswidrigkeit nur den deutschen Gesetzgeber bindet oder auch die Strafverfolgungsbehörden und die Justiz.

21. Wie das Vorlagegericht zutreffend feststellt, dürfen Mitgliedstaaten die Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten grundsätzlich von einer nationalen Erlaubnis abhängig machen. Ein solches System muss aber auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen,

damit der Ermessensausübung durch die nationalen Stellen hinreichend Grenzen vor willkürlichen Entscheidungen gesetzt werden[4].

22. Nach Ansicht der Kommission ist jedoch unzulässig, in einem unionsrechtswidrigen staatlichen Monopolsystem, das für bestimmte, private Dienstleistungen gar keine Erlaubnis vorsieht, eine Strafe für das Fehlen einer solchen Erlaubnis zu verhängen. In den Fällen *Stoß,* Rn 115, sowie *Placanica*, Rn 69,[5] hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen darf, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt hat. Im vorliegenden Fall wurde die Erlangung einer Erlaubnis zweifellos durch das staatliche Monopolsystem unmöglich gemacht, strafrechtliche Sanktionen daher unzulässig.

23. Auch zu der in Rn 124 des Vorlageantrags aufgeworfenen Frage zur Bindungswirkung von Urteilen des Gerichtshofs teilt die Kommission die Ansicht des Vorlagegerichts. Ohne dazu auf Erwägungen zu *inter partes-* und *erga omens-* Wirkungen von Urteilen im allgemeinen eingehen zu müssen, ist ein Grund für eine besondere Bindungswirkung ausschließlich gegenüber dem Gesetzgeber und eine Befreiung von derselben Wirkung gegenüber anderen staatlichen Einrichtungen, somit ein bloß selektiver Anwendungsvorrang des Unionsrechts, für die Kommission nicht erkennbar. Es handelt sich nicht um abstrakte Rechtsfolgen eines beliebigen Vorabentscheidungsverfahrens, sondern um denselben Mitgliedstaat und dieselbe unionsrechtswidrige Rechtsquelle. Für den vorliegenden Fall ist insbesondere beachtlich, dass bereits aus den erwähnten Urteilen im glückspielrechtlichen Bereich (*Stoß* und *Placanica)* hervorgeht, dass Strafverfolgungsbehörden, Gerichte und Gesetzgeber an den Anwendungsvorrang gebunden sind.

24. Die Kommission schlägt daher vor auf die Frage 1 a zu antworten: Artikel 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass den Strafverfolgungsbehörden untersagt ist, die

---

[4] Urteile des Gerichtshofs vom 8. September 2010,Rs. C-46/08 *Carmen Media Group Ltd*, Slg. 2010 I-8149, Rn. 87, und vom 9. September 2010 , Rs. C-64/08 *Ernst Engelmann*, Slg. 2010 I- 8219 Rn. 55

[5] Urteile des Gerichtshofs vom 8.September 2010 in den verbundenen Rs. C-316/07,C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 *Markus Stoß et al.*, Slg. 2010 I-8069, Rn 115, sowie vom 6. März 2007 in den verbundenen Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 Massimiliano Placanica et.al., 'Slg 2007 I-1891, Rn. 69

ohne deutsche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten, an im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn die Vermittlung auch eine deutsche Erlaubnis des Veranstalters voraussetzt, den nationalen Stellen aber durch eine unionsrechtswidrige Gesetzeslage ("Sportwettenmonopol") verboten ist, nichtstaatlichen Wettveranstaltern eine Erlaubnis zu erteilen

3. ZUR FRAGE 1B

25. Mit dieser Frage möchte das Vorlagegericht wissen, ob es für die Strafbarkeit eines Vermittlers von Sportwetten in der in Frage 1a beschriebenen Situation etwas ändert, wenn sein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 4 GlüStV trotz des Staatsmonopols zumindest angenommen und geprüft, bevor er dann jedenfalls abgewiesen würde.

26. Das Vorlagegericht stellt in seinem Antrag ausführlich die voneinander abweichenden Auffassungen der deutschen Gerichte und Behörden in dieser Frage dar. Während für manche Gerichte kein Zweifel besteht, dass der GlüStV 2008 wegen des rechtswidrigen Staatsmonopols keine Möglichkeit für private Betreiber bietet, eine Erlaubnis zu erlangen, und nach deren Ansicht deshalb die Strafbarkeit entfällt (zB Rn 14, 20, 23 und 25 des Vorlageantrags), halten andere Gerichte an der Strafbarkeit fest.

27. Sie halten es für angemessen das Staatsmonopol vom Erlaubnisvorbehalt zu trennen und ungeachtet des Staatsmonopols in einem fiktiven Verfahren zu prüfen, ob der nichtstaatliche Bewerber die anderen - tatsächlich aber an die Monopolträger gerichteten - Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis erfüllt. Wieder andere erwarten, dass - wenn auch ohne Erfolgsaussichten - durch den Instanzenzug vor den Verwaltungsgerichten auf Erteilung einer Erlaubnis geklagt werden müsste.

28. Da das bayrische Staatsministeriums des Inneren in einer Weisung vom September 2010 die Anwendung der Monopolregelung auch nach den einschlägigen Urteilen des Gerichtshofes weiterhin aufrechterhalten hat (s. Vorlageantrag Rn 8) und auch andere Indizien gegen eine ergebnisoffene Durchführung des Erlaubnisvefahrens zu sprechen scheinen (s zB Rn 26 des Vorlageantrags) ist auch nach Ansicht de

Kommission und diese Situation nicht anders zu beurteilen, als jene zu Frage 1 a behandelte.

29. Art 56 untersagt auch dann die strafrechtliche Verfolgung von unerlaubter Vermittlung von Sportwetten, wenn zwar Zugang zu einem Erlaubnisprüfverfahren gewährt wird, der negative Ausgang aber wegen der rechtlich und faktischen Beschränkung auf staatliche Einrichtungen von vorneherein feststeht.

30. Die Kommission schlägt daher folgende Antwort vor: Die Beantwortung der Frage 1a ändert sich nicht, wenn in einem der 15 deutschen Bundesländer, die das staatliche Sportwettenmonopol gemeinsam errichtet haben und gemeinsam vollziehen, staatliche Stellen in Verbots- oder Strafverfahren behaupten, das gesetzliche Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, werde bei einem eventuellen Antrag auf eine Veranstalter- oder Vermittlungserlaubnis für dieses Bundesland nicht angewendet.

3. Zur Frage 1c

31. Mit dieser Frage möchte das Vorlagegericht wissen, ob die unionsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden, wenn eine dauerhafte, als "präventiv" bezeichnete Untersagung und Sanktionierung von Sportwetten damit begründet wird, dass es für die Behörde nicht offensichtlich war, dass alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt waren.

32. Die dritte Frage bezieht sich auf Urteile des deutschen Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2013[6], in der diese Ansicht unter Berufung auf Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rs. C-186/11 *Stanleybet*[7] (Rn 46), vertreten worden war.

33. In seinem Urteil in der Rs C-186/11 *Stanleybet* hat der Gerichtshof unter anderem die Konsequenzen für den nationalen Gesetzgeber erwogen, wenn staatliche Bestimmungen mit dem Unionsrecht für unvereinbar erklärt wurden. Der Gerichtshof hat zuerst an seine Rechtsprechung erinnert, dass aufgrund des

[6] BVerwG 8 C 16.12 vom 16. Mai 2013, Rn 55 ff.

[7] Urteil des Gerichtshofs vom 24. Januar 2013, verbundene Rs. C-186/11 und C-209/11 Stanleybet Internaitonal Ltd et al., noch nicht in Slg.

Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine nationale Regelung über ein unionsrechtswidriges staatliches Monopol im Glücksspielbereich *nicht* für eine Übergangszeit weiter angewendet werden darf (Rn 38). Allerdings bedeute dies nicht, dass deswegen die nationale Behörde gezwungen sein würde, sofort Genehmigungen im beantragten Umfang zu erteilen (Rn 43). Die staatlichen Stellen verfügten vielmehr "*in dem besonderen Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen über ein ausreichendes Ermessen bei der Festlegung der Anforderungen ..., die sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben*". Es sei somit Sache jedes Mitgliedstaates zu beurteilen, "*ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Spiel- und Wetttätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen.*" (Rn 44)

34. Aus diesen und anderen Erwägungen zieht der Gerichtshof den Schluss, dass eine unionsrechtswidrige Regelung nicht zwangsläufig durch eine vollständige Liberalisierung abgelöst werden muss, sondern auch eine Reform des Monopols möglich sei: "*Es ist daher festzustellen, dass, falls die innerstaatliche Regelung mit den Art 43 EG und 49 EG unvereinbar ist, die Versagung einer Übergangszeit nicht zwangsläufig zur Folge hat, dass der betroffenen Mitgliedstaat, wenn er eine Liberalisierung des Glücksspielmarkts mit dem von ihm angestrebten Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung nicht für vereinbar hält, zu einer derartigen Liberalisierung verpflichtet wäre. Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts steht es den Mitgliedstaaten nämlich frei, das bestehende Monopol zu reformieren, um es mit den Bestimmungen des Vertrags in Einklang zu bringen, indem es insbesondere einer wirksamen und strengen behördlichen Kontrolle unterworfen wird.*" (Rn 46)

35. Entscheidet er sich hingegen für eine Liberalisierung, muss der Mitgliedstaat die Grundregeln der Verträge beachten. "*In einem solchen Fall muss die Einführung eines Systems der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot bestimmter Arten von Glücksspielen in diesem Mitgliedstaat auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern.*"(Rn 47)

36. Aus den Möglichkeiten, die diese Rechtsprechung den Mitgliedstaaten bietet, kann nach Ansicht der Kommission nicht abgeleitet werden, dass eine dauerhafte Untersagung der Erteilung einer Erlaubnis an nichtstaatliche Einrichtungen bei gleichzeitiger Bestrafung unerlaubten Glücksspiels, gerechtfertigt ist, ohne dass die mit Unionsrecht unvereinbare Rechtslage unionsrechtskonform adaptiert wird.

37. Die dauerhafte Untersagung unerlaubter Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten, auf der Grundlage unionsrechtswidriger Gesetze, kann nicht durch Art 56 AEUV oder durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs gerechtfertigt werden.

38. Die Kommission schlägt daher vor, die Frage 1c wie folgt zu beantworten: Die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit sowie das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-186/11 sind dahin auszulegen, dass sie einer dauerhaften, als "präventiv" bezeichneten Untersagung oder Sanktionierung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten entgegenstehen, wenn dies damit begründet wird, dass für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht "offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar war, dass die Vermittlungstätigkeit alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen - abgesehen von dem monopolistischen Staatsvorbehalt - erfüllt.

3. Zur zweiten Frage

39. Mit seiner zweiten Frage möchte das Vorlagegericht wissen, ob der Umstand, dass das bayrische Landesgesetz, das die Weitergeltung des GlüStV nach seinem Auslaufen sicherte, der Kommission nicht notifiziert wurde, dessen Anwendung verhindert.

40. Der GlüStV 2008 hat ab dem 1.1.2008 vier Jahr lang bis zum 31.21.2011 gegolten, während der auf ihn folgende GlüÄndStV 2012 erst am 1. Juli 2012 in Kraft trat. Für die Zeit zwischen dem Auslaufen des GlüStV 2008 und dem Beginn des GlüÄndStV 2012 wurden Regelungen in den Ausführungsgesetzen der Länder zum GlüStV 2008 getroffen. Für Bayern sah das bereits 2007 beschlossene Ausführungsgesetz[8] in seinem Art 10 Abs 2 vor: "*Tritt der*

[8] Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (AGGLÜSTV) vom 20.12.2007, GVBl 2007, S. 922

Glücksspielstaatsvertrag nach seinem § 28 Abs 1 Satz 1 zum 31. Dezember 2011 außer Kraft bleiben seine Regelungen mit Ausnahme der §§ 26, 28 und 29 bis zum Inkrafttreten eines neuen Staatsvertrages als Landesgesetz in Kraft."

41. Der Staatsvertrag war der Kommission als "technische Vorschrift" im Sinne der Richtlinie 98/34/EG[9] notifiziert worden. Das bayrische Ausführungsgesetz (AGGLÜSTV) wurde der Kommission auch dann nicht notifiziert, als sein Art. 10 Abs 2 wirksam wurde und somit für Bayern die Fortgeltung des bereits ausgelaufenen Staatsvertrags in Form eines Landesgesetzes auf unbestimmte Zeit regelte.

42. Der Gerichtshof hatte unter anderem in den Rechtssachen C-194/94 *CIA Security*, C-226/97 *Lemmens* und C-303/04 *Lidl Italia*[10] über die Mitteilungspflicht von technischen Vorschriften zu urteilen sowie über die Frage, ob der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt, der die Nicht-Anwendung der nicht mitgeteilten Vorschriften zur Folge hat.

43. Im Fall *Lemmens* waren die technischen Vorgaben für Geräte zur Bestimmung des Alkoholgehalts der Atemluft nicht notifiziert worden. Gegenstand des Strafverfahrens vor dem Vorlagegericht waren jedoch nicht diese das Gerät betreffenden technischen Vorschriften sondern Vorschriften über die Trunkenheit am Steuer und über die Verpflichtung zur Beweissicherung in solche Geräte zu blasen. Der Gerichtshof urteilte, dass diese Vorschriften andere waren als diejenigen, "*die dem Bürger nicht entgegengehalten werden können, weil sie der Kommission nicht gemäß der Richtlinie mitgeteilt wurden.*" (Rn 34)

44. In den Fällen *CIA Security* und *Lidl Italia* hingegen stand genau die Anwendung der nicht mitgeteilten Vorschriften zur Debatte. Im Sinne der Wirksamkeit der vorbeugenden Kontrolle hat der Gerichtshof beide Male festgestellt, dass "*der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht einen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt, der zur Unanwendbarkeit der fraglichen technischen Vorschriften führen*

---

[9] Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl L 204 vom 21.7.1998, S. 37.

[10] Urteile des Gerichtshofs vom 30. April 1996, Rs. C-194/94 *CIA Security International SA*, Slg. 1996 I-2201, vom 16. Juni 1998,Rs. C-226/97 *Johannes Martinus Lemmens*,Slg. 1998 I-3711, und vom 8. September 2005, Rs. C-303/04 *Lidl Italia Srl*, Slg. 2005 I-7865

kann, so dass diese dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden können" (*Lidl* Rn 23 mwN). Er hat diese Ansicht zuletzt im Fall C-307/13 *Invansson*[11] bestätigt.

45. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass es sich um mitteilungspflichtige technische Vorschriften im Sinne des Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie handelt und dass es um die Anwendung genau dieser Vorschriften geht. Sie sind, soweit sie im GlüStV 2008 niedergelegt waren und für die Dauer von vier Jahren, in denen dieser Vertrag gemäß seinem § 28 gelten sollte, der Kommission auch mitgeteilt worden. Die Frage des Vorlagegerichts geht dahin, ob wegen der Weitergeltung der mitgeteilten Normen, diesmal in Form eines Landesgesetzes, und wegen der Verlängerung der Geltungsdauer eine "weitere Mitteilung" im Sinne des Art. 8 Abs 1 der Richtlinie verpflichtend war.

46. Das Vorlagegericht verweist auf die unterschiedlichen Ansichten der deutschen Gerichte zu dieser Frage, die einerseits die Änderung der zeitlichen Befristung und somit die Änderung des Geltungszeitraumes für eine "wesentliche Änderung " halten, andererseits wegen der bereits im ursprünglichen Vertrag vorgesehenen Verlängerungsoption die Wesentlichkeit dieser Änderung bestreiten. Das Vorlagegericht selbst ist der Ansicht, dass eine wesentliche Änderung jedenfalls darin bestehen könnte, dass damit der monopolistische Erlaubnisvorbehalt, der ansonsten ersatzlos weggefallen wäre, Geltung durch ein Landesgesetz erlangt hat sowie der Umstand, dass nunmehr in der Praxis nichtstaatliche Einrichtungen in fiktiven Erlaubnisverfahren an diesen - eigentlich an die Monopolträger gerichtete - technischen Vorschriften gemessen werden.

47. Nach Ansicht der Kommission liegt hier kein Fall einer "weiteren Mitteilung" vor, sondern es würde sich um eine neue Mitteilung einer Vorschrift handeln, deren Inhalt mit einer früher notifizierten anderen Vorschrift identisch ist, nunmehr allerdings für einen anderen Zeitraum gilt.

48. Der dritte Unterabsatz des Art. 8 Abs 1 der Richtlinie bestimmt, dass die Mitgliedstaaten eine "*weitere Mitteilung in der vorgenannten Art und Weise*" machen "*wenn sie dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen*

[11] Urteil des Gerichtshofs vom 10. Juli 2014, Rs. C-307/13 *Lars Ivansson et al.*, Rn. 48

Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen." Im vorliegenden Fall wurde allerdings nicht ein bereits notifizierter *Entwurf* im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens verändert und musste deshalb neuerlich notifiziert werden, sondern vielmehr wurde eine technische Vorschrift, die vier Jahre lang gegolten hatte in anderer Form, nämlich in Form eines Landesgesetzes, wieder in Kraft gesetzt und hätte aus diesem Grund mitgeteilt werden müssen. Dass der Zeitpunkt der Geltung der neuen Vorschrift unmittelbar an das Ende der Geltung der früheren Vorschrift desselben Inhalts anknüpft, ändert nichts an der Notifizierungspflicht. Die Erwägungen des Vorlagegerichts zeigen im Übrigen, dass sich trotz des identischen Inhalts Änderungen ergeben, deren Wesentlichkeit diskutiert werden kann.

49. Es ist im Übrigen auch in anderen Sektoren nicht ungewöhnlich, dass zeitlich befristete technische Vorschriften nach Ablauf ihrer Geltung wieder mitgeteilt werden, auch wenn sich ihr Inhalt in der Zwischenzeit nicht verändert hat.

50. Die Kommissionschlägt daher vor die zweite Frage wie folgt zu beantworten: Die Richtlinie 98/341EG ist dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der ohne deutsche Erlaubnis erfolgten Vermittlung von Sportwetten über einen Wettautomaten an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter entgegensteht, wenn die staatlichen Eingriffe auf einem nicht an die EU-Kommission notifizierten Gesetz eines einzelnen Bundeslandes beruhen, das den ausgelaufenen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen ("GlüStV") zum Inhalt hat.

4. ZUR DRITTEN FRAGE

51. Mit seiner dritten Frage möchte das Vorlagegericht wissen, ob die rechtliche Ausgestaltung und die praktische Handhabung des im GlüÄndStV 2012 vorgesehenen Konzessionsverfahrens unionsrechtlichen Anforderungen entspricht.

52. Während der GlüStV 2008 für nichtstaatliche Veranstalter gar keine gesetzliche Möglichkeit vorsah, eine Erlaubnis zur Abhaltung von Glücksspiel zu bekommen, sieht der GlüÄndStV 2012 theoretisch auch für nicht-staatliche Einrichtungen eine "Erlaubnis" zur Veranstaltung von Sportwetten vor. Mit einer "*Experimentierklausel für Sportwetten*" in § 10a wird das staatliche Monopol für sieben Jahre

suspendiert. Sportwetten dürfen in diesem Zeitraum mit einer in den §§ 4a bis 4e GlüÄndStV 2012 geregelten Konzession veranstaltet werden.

53. Die Konzessionspflicht gilt vorerst nur für nichtstaatliche Wettveranstalter, für die bereits tätigen staatlichen Veranstalter gilt sie erst ein Jahr nach Vergabe der Konzessionen. Nach Darstellung des Vorlagegerichts wurden bislang keine Konzessionen vergeben und jene staatlichen Veranstalter, die bisher schon über eine Erlaubnis zur Abhaltung von Glückspiel verfügten, dürfen diese weiterhin ausüben.

54. Aus Rn 29 bis 31 des Vorlagebeschlusses geht auch hervor, dass 1. derzeit keine Erlaubnisanträge gestellt werden können, sondern erst nach Abschluss des Konzessionsverfahrens, und dass 2. Vermittler von Sportwetten, wie die Angeklagte im vorliegenden Verfahren, auch nach Abschluss des Konzessionsverfahrens selbst keine Erlaubnisanträge stellen können, sondern nur die Konzessionsnehmer dies für ihre Vermittler tun können. Eine Sportwettenvermittlerin wie die Angeklagte, die Wetten an einen in Österreich lizenzierten Veranstalter vermittelt, wird offenbar unter dieser Regelung keine Erlaubnis erhalten.

55. Es obliegt grundsätzlich dem Vorlagegericht festzustellen, ob das Konzessionsverfahrens bereits unverhältnismäßig lange dauert und somit einem praktischen Verbot der Durchführung und Vermittlung von Sportwetten gleichkommt. Wenn die Bundesrepublik die Bestimmungen über ein Konzessionssystem im GlüÄndStV 2012 nicht auf eine Art umsetzen kann, dass innerhalb eines vernünftigen Zeitraums auch tatsächlich Konzessionen vergeben werden, kann das bedeuten, dass es in der Praxis nach wie vor unmöglich ist eine Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten zu erhalten und dass somit weiterhin ein ständiges Verbot zur Erbringung dieser Dienstleistung besteht

56. Dies wäre bereits im Hinblick auf das Urteil C-186/11 *Stanleybet* unionsrechtswidrig und würde, wie bereits zur Frage 1a ausgeführt, eine Anwendung von Strafnormen verbieten. Ein Mitgliedstaat darf, wie gesagt, keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt hat.

57. Das Vorlagegericht hat allerdings nicht nur Bedenken wegen der Dauer des Konzessionsverfahrens und der verweigerten Erteilung von Konzessionen, es listet auch detailliert einige seiner Bedenken gegen die Ausgestaltung und die praktische Umsetzung des Konzessionsverfahrens in den Buchstaben a bis f seiner dritten Frage auf.

58. Während die Kommission keinen Grund sieht, an der Stichhaltigkeit der aufgelisteten Fakten zu zweifeln und die Ansicht des Vorlagegerichts teilt, dass es sich dabei um Indizien handelt, dass die Ausgestaltung und Durchführung des Konzessionsverfahrens mit Rechtswidrigkeit belastet sein könnte, wird sie im Folgenden nur zu den ersten beiden Punkten ihre Bedenken weiter begründen.

Zu Punkt 3.a)

59. Das Vorlagegericht führt aus, dass die Konzessionsverfahren *"von der Konzessionsstelle gemeinsam mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei betrieben werden, die die Mehrzahl der Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen im Zusammenhang mit dem unionsrechtswidrigen Sportwettenmonopol regelmäßig beraten und vor nationalen Gerichten gegen private Wettanbieter vertreten hat ..."*. Das Vorlagegericht schließt daran die Frage, ob dieser Umstand dem Gleichheitssatz und dem unionsrechtlichen Verbot der Günstlingswirtschaft widerspricht.

60. Der Gerichtshof hatte in den verbundenen Rechtssachen C-21/03 und C-34/03 *Fabricom SA*[12] über Interessenskonflikte bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu urteilen. Eine Person zum Beispiel, die bestimmte vorbereitende Arbeiten für eine Ausschreibung ausgeführt hat und die Bedingungen einer Ausschreibung in einem für sie günstigen Sinn beeinflussen konnte, befindet sich nicht in der gleichen Situation wie andere Anbieter und kann sich daher nicht darauf berufen, dass sie in der gleichen Weise behandelt werde wie jeder andere Bieter (Rn 28 bis 31). Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt vielmehr, dass solche Bieter im Falle eines Interessenkonflikts unterschiedlich behandelt werden.

[12] Urteil des Gerichtshofs vom 3.3.2005 in den verbundenen Rs. C-21/03 und C-34/03 *Fabricom SA*, Slg. 2005 I-1559

Wenn es auch unverhältnismäßig wäre, solche Bieter von vorneherein und grundsätzlich von öffentlichen Angeboten auszuschließen, so sind doch Maßnahmen zu setzen, die die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung unter den Bietern ausschließen. (Rn 33 bis 35).

61. Artikel 35 der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe[13] enthält Regelungen über Interessenkonflikte. *"(1)Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu gewährleisten, verlangen die Mitgliedstaaten von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern, geeignete Maßnahmen zur Bekämpfung von Betrug, Günstlingswirtschaft und Bestechung sowie zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten, die bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren auftreten, zu treffen. (2) Der Begriff "Interessenkonflikt" deckt zumindest alle Situationen ab, in denen Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder des Auftraggebers, die an der Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen könne, direkt oder indirekt eine finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges privates Interesse haben, das als Beeinträchtigung ihrer Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Konzessions-vergabeverfahrens wahrgenommen werden könnte. ..."*

62. Erwägungsgrund 61 dieser Richtlinie unterstreicht, dass *"(z)ur Bekämpfung von Betrug, Günstlingswirtschaft und Bestechung und zur Verhinderung von Interessenkonflikten ... die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen [sollten], mit denen die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sichergestellt werden. Mit solchen Maßnahmen sollten insbesondere Interessenkonflikte und andere erhebliche Unregelmäßigkeiten beseitigt werden."*

63. Die Richtlinie ist am 18. April 2014 in Kraft getreten, muss bis 18. April 2016 umgesetzt werden, findet aber keine Anwendung auf vor dem 17. April 2014 ausgeschriebene Konzessionen. Sie bietet allerdings bereits Hinweise zur Beurteilung von Interessenkonflikten.

---

[13] Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1 vom 28.3.2014

64. Die vom Vorlagegericht beschriebenen Verbindungen zwischen der Vergabestelle und bestimmten Bietern durch eine gemeinsame Rechtsanwaltskanzlei könnte auf einen Interessenkonflikt hinweisen sowie auf eine Verfälschung des Wettbewerbs. Es liegt daher am Vorlagegericht festzustellen, ob im Konzessionsverfahren geeignete Maßnahmen gegen die drohende Wettbewerbsverzerrung getroffen wurden.

Zu Punkt 3b)

65. Das Vorlagegericht hat Zweifel, dass der Inhalt der Konzessionsausschreibung dem Transparenzgebot entspricht, da unter anderem "*keine Details zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte, zum Inhalt der übrigen verlangten Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der maximal 20 Konzessionäre hervorgingen, Details vielmehr erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist mit einem so genannten "Informationsmemorandum" und zahlreichen weiteren Dokumenten nur Bewerbern mitgeteilt wurden, die sich für eine "zweite Stufe" des Konzessionsverfahrens qualifiziert hatten.*"

66. Zur Frage der Transparenz und des Verbots von Diskriminierung hat der Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen C-324/98 *Teleaustria*[14] und C-64/08 *Engelmann*[15] bereits festgestellt, dass das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist. "*Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.*" (*Teleaustria*, Rn 62)

67. In ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen[16] hat die Kommission im Punkt 3.1.2. festgestellt, dass Transparenz durch jede geeignete

[14] Urteil des Gerichtshofs vom 7.12.2000 Rs. C-324/98 *Teleaustria und Telefonadress*, Slg. 2000 I-10745

[15] Urteil des Gerichtshofs vom 9.9.2010, Rs. C-64/08 *Ernst Engelmann*, Slg. 2010 I-8219

[16] Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/C 121/02) ABl C 121/02 vom 29.4.2000

Art und Weise, auch durch Veröffentlichungen sichergestellt werden kann, wenn diese die "*notwendigen Informationen [enthalten], die potentielle Konzessionäre benötigen um zu entscheiden, ob sie sich am Verfahren beteiligen möchten ... Hierzu zählen der Gegenstand der Konzession sowie Art und Umfang der vom Konzessionär erwarteten Leistungen.*"

68. Anhang V der Konzessionsrichtlinie 2014/23 listet unter der Überschrift "*Angaben in Konzessionsbekanntmachungen gemäß Artikel 31*" jene Angaben die ab 2016 verpflichtend sein werden. Das Fehlen von Angaben die sich nicht auf dieser Liste befinden und über diese hinausgehen, wird in der Regel nicht auf der Grundlage der Vertragsprinzipien, wie Transparenz etc., eingefordert werden können.

69. Aus all dem kann geschlossen werden, dass bereits nach heutigem Standard Minimalanforderungen vorweg publiziert werden müssen, um Interessenten eine begründete Entscheidung zu ermöglichen, ob sie am Konzessionsverfahren teilnehmen möchten. Aus Rn 168 und 169 der Vorlageantrags geht hervor, dass im vorliegenden Fall überhaupt keine Einzelheiten zu den Konzessionsanforderungen vorweg publiziert worden waren, was auch unter der aktuellen Rechtslage den Transparenzanforderungen nicht genügt.

70. Die Kommission schlägt daher vor die dritte Frage wie folgt zu beantworten: Die Artikel 56 AEUV, das Transparenzgebot, der Gleichheitssatz und das unionsrechtliche Verbot der Günstlingswirtschaft sind dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter in einem Fall entgegenstehen, der durch den für neun Jahre angelegten Glückspieländerungsstaatsvertrag ("GlüÄndStV") mit einer "Experimentierklausel für Sportwetten" gekennzeichnet ist, der für sieben Jahre die theoretische Möglichkeit vorsieht, maximal 20 Konzessionen auch an nicht staatliche Wettveranstalter mit Legalisierungswirkung für alle deutschen Bundesländer als notwendige Voraussetzung für eine Vermittlungserlaubnis zu vergeben, wenn

a) das Konzessionsverfahren und in diesem Zusammenhang geführte Rechtsstreitigkeiten von der Konzessionsstelle gemeinsam mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei betrieben werden, die die Mehrzahl der Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen im Zusammenhang mit dem unionsrechtswidrigen

Sportwettenmonopol regelmäßig beraten und vor nationalen Gerichten gegen private Wettanbieter vertreten hat und mit der Vertretung der staatlichen Stellen in den Vorabentscheidungsverfahren Markus Stoß, Carmen Media und Winner Wetten beauftragt war, und keine Ma0nahmen gegen eine drohende Wettbewerbsverzerrung getroffen wurden,

b) aus der am 8. August 2012 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Konzessionsausschreibung keine Details zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte, zum Inhalt der übrigen verlangten Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der maximal 20 Konzessionäre hervorgingen, Details vielmehr erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist mit einem so genannten "Informationsmemorandum" und zahlreichen weiteren Dokumenten nur Bewerbern mitgeteilt wurden, die sich für eine "zweite Stufe" des Konzessionsverfahrens qualifiziert hatten.

D. SCHLUSSFOLGERUNG

71. Die Kommission schlägt daher vor die Fragen des Vorlagegerichts folgendermaßen zu beantworten.

" I. Zum ersten Tatvorwurf (Januar 2012) und zum zweiten Tatvorwurf bis Ende Juni 2012:

1a) Artikel 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass den Strafverfolgungsbehörden untersagt ist, die ohne deutsche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten, an im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn die Vermittlung auch eine deutsche Erlaubnis des Veranstalters voraussetzt, den nationalen Stellen aber durch eine unionsrechtswidrige Gesetzeslage ("Sportwettenmonopol") verboten ist, nichtstaatlichen Wettveranstaltern eine Erlaubnis zu erteilen.

1b) Die Beantwortung der Frage 1a ändert sich nicht, wenn in einem der 15 deutschen Bundesländer, die das staatliche Sportwettenmonopol gemeinsam errichtet haben und gemeinsam vollziehen, staatliche Stellen in Verbots- oder Strafverfahren behaupten, das gesetzliche Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, werde bei einem eventuellen Antrag auf eine Veranstalter- oder Vermittlungserlaubnis für dieses Bundesland nicht angewendet.

1c) Die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit sowie das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-186/11 sind dahin auszulegen, dass sie einer dauerhaften, als "präventiv" bezeichneten Untersagung oder Sanktionierung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten entgegenstehen, wenn dies damit begründet wird, dass für die

Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht "offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar war, dass die Vermittlungstätigkeit alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen - abgesehen von dem monopolistischen Staatsvorbehalt – erfüllt.

2) Die Richtlinie 98/341EG ist dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der ohne deutsche Erlaubnis erfolgten Vermittlung von Sportwetten über einen Wettautomaten an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter entgegensteht, wenn die staatlichen Eingriffe auf einem nicht an die EU-Kommission notifizierten Gesetz eines einzelnen Bundeslandes beruhen, das den ausgelaufenen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen ("GlüStV") zum Inhalt hat.

II. Zum zweiten Tatvorwurf für die Zeit ab Juli 2012

Die Artikel 56 AEUV, das Transparenzgebot, der Gleichheitssatz und das unionsrechtliche Verbot der Günstlingswirtschaft sind dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter in einem Fall entgegenstehen, der durch den für neun Jahre angelegten Glückspieländerungsstaatsvertrag ("GlüÄndStV") mit einer "Experimentierklausel für Sportwetten" gekennzeichnet ist, der für sieben Jahre die theoretische Möglichkeit vorsieht, maximal 20 Konzessionen auch an nicht staatliche Wettveranstalter mit Legalisierungswirkung für alle deutschen Bundesländer als notwendige Voraussetzung für eine Vermittlungserlaubnis zu vergeben, wenn

a) das Konzessionsverfahren und in diesem Zusammenhang geführte Rechtsstreitigkeiten von der Konzessionsstelle gemeinsam mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei betrieben werden, die die Mehrzahl der Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen im Zusammenhang mit dem unionsrechtswidrigen Sportwettenmonopol regelmäßig beraten und vor nationalen Gerichten gegen private Wettanbieter vertreten hat und mit der Vertretung der staatlichen Stellen in den Vorabentscheidungsverfahren Markus Stoß, Carmen Media und Winner Wetten beauftragt war, und keine Ma0nahmen gegen eine drohende Wettbewerbsverzerrung getroffen wurden,

b) aus der am 8. August 2012 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Konzessions-ausschreibung keine Details zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte, zum Inhalt der übrigen verlangten Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der maximal 20 Konzessionäre hervorgingen, Details vielmehr erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist mit einem so genannten "Informationsmemorandum" und zahlreichen weiteren Dokumenten nur Bewerbern mitgeteilt wurden, die sich für eine "zweite Stufe" des Konzessionsverfahrens qualifiziert hatten.

Gerald Braun

Hélène Tserepa-Lacombe

Bevollmächtigte der Kommission