Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MICHAL BOBEK
vom 7. Juli 2016[1]

Rechtssache C-303/15

Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł.
gegen
G. M.,
M. S.

(Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Łodzi [Regionalgericht Łódź, Polen])

„Notifizierungsverfahren für technische Vorschriften — Technische Vorschriften im Glücksspielsektor — Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Unterrichtung der Kommission über Entwürfe technischer Vorschriften — Folgen einer unterlassenen Notifizierung“

I – Einleitung

1. Nach polnischem Recht dürfen nur Inhaber einer Erlaubnis zum Betrieb eines Spielkasinos Roulettespiele, Kartenspiele, Würfelspiele und Automatenspiele veranstalten (im Folgenden: Erlaubnispflicht). Ferner dürfen Roulettespiele, Kartenspiele, Würfelspiele und Automatenspiele nur in Spielkasinos veranstaltet werden (im Folgenden: Örtlichkeitsbeschränkung).

2. Den Beklagten des Ausgangsverfahrens wird vorgeworfen, Spielautomaten in Bars ohne Erlaubnis betrieben zu haben. Zu ihrer Verteidigung bringen sie vor, dass die Erlaubnispflicht eine „technische Vorschrift“ im Sinne der Richtlinie 98/34[2] darstelle, die der Kommission nicht notifiziert worden sei. Sie könne ihnen daher von den polnischen Behörden nicht entgegengehalten werden.

3. Dass die Erlaubnispflicht der Kommission nicht notifiziert wurde, ist unstreitig. Das nationale Gericht ersucht mit seiner Frage um Klärung der Folgen dieser unterlassenen Notifizierung. Bevor diese Folgen erörtert werden, ist jedoch auf eine Vorfrage einzugehen: Stellt die Erlaubnispflicht überhaupt eine „technische Vorschrift“ dar? Wenn nicht, besteht von vornherein keine Notifizierungspflicht.

4. Der Bitte des Gerichtshofs entsprechend beschränken sich die vorliegenden Schlussanträge auf eine Prüfung dieser Vorfrage und der hierdurch aufgeworfenen allgemeinen Frage: Inwieweit ist anzunehmen, dass Erlaubnisregelungen für bestimmte Arten von Tätigkeiten, d. h. Dienstleistungen, unter die Notifizierungspflicht für „technische Vorschriften“ fallen, die für Erzeugnisse, d. h. Waren, gelten?

1 — Originalsprache: Englisch

2 — Richtlinie 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. 1998, L 204, S. 37). Die Wendung „und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft“ ist in den Titel eingefügt worden durch die Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. 1998, L 217, S. 18).

II – Rechtlicher Rahmen

A – *Unionsrecht*

1. Richtlinie 98/34

5. Art. 1 enthält eine Reihe von relevanten Begriffsbestimmungen:

„1. ‚Erzeugnis' Erzeugnisse, die gewerblich hergestellt werden, und landwirtschaftliche Erzeugnisse, einschließlich Fischprodukten.

2. ‚Dienst': eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

…

3. ‚technische Spezifikation' Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Erzeugnis vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung des Erzeugnisses sowie über Konformitätsbewertungsverfahren.

…

4. ‚sonstige Vorschrift' eine Vorschrift für ein Erzeugnis, die keine technische Spezifikation ist und insbesondere zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen wird und den Lebenszyklus des Erzeugnisses nach dem Inverkehrbringen betrifft, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung oder die Art des Erzeugnisses oder seine Vermarktung wesentlich beeinflussen können;

5. ‚Vorschrift betreffend Dienste': eine allgemein gehaltene Vorschrift über den Zugang zu den Aktivitäten der unter Nummer 2 genannten Dienste und über deren Betreibung, insbesondere Bestimmungen über den Erbringer von Diensten, die Dienste und den Empfänger von Diensten, unter Ausschluss von Regelungen, die nicht speziell auf die unter dieser Nummer definierten Dienste abzielen.

…

11. ‚Technische Vorschrift': [t]echnische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto für das Inverkehrbringen, die Erbringung des Dienstes, die Niederlassung eines Erbringers von Diensten oder die Verwendung in einem Mitgliedstaat oder in einem großen Teil dieses Staates verbindlich ist, sowie – vorbehaltlich der in Artikel 10 genannten Bestimmungen – die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, mit denen Herstellung, Einfuhr, Inverkehrbringen oder Verwendung eines Erzeugnisses oder Erbringung oder Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verboten werden".

6. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34 bestimmt:

„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.

…“

B – *Nationales Recht*

7. Art. 6 Abs. 1 des polnischen Glücksspielgesetzes [3] sieht vor:

„Die Veranstaltung von Roulettespielen, Kartenspielen, Würfelspielen und Automatenspielen setzt eine Erlaubnis zum Betrieb eines Spielkasinos voraus.“

8. Art. 14 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes [4] sieht vor:

„Die Veranstaltung von Roulettespielen, Kartenspielen, Würfelspielen und Automatenspielen ist nur in Spielkasinos zulässig.“

III – Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

9. Gegen G. M. und M. S., die Angeklagten des Ausgangsverfahrens, ist Anklage wegen des Vorwurfs erhoben worden, Spielautomaten in Bars in Polen betrieben zu haben, ohne im Besitz der erforderlichen Konzession zum Betrieb eines Spielkasinos im Sinne der Erlaubnispflicht in Art. 6 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes gewesen zu sein.

10. Das nationale Gericht hat im ersten Rechtszug entschieden, dass die Erlaubnispflicht eine „technische Vorschrift“ im Sinne der Richtlinie 98/34 darstelle. Aufgrund des Umstands, dass die Erlaubnispflicht der Kommission nicht mitgeteilt wurde, kam das nationale Gericht des ersten Rechtszugs zu dem Schluss, dass sie auf die Angeklagten keine Anwendung finden könne. Zu dieser Schlussfolgerung gelangte das Gericht unter Verweis auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Fortuna [5]. In der Rechtssache Fortuna stellte der Gerichtshof u. a. fest, dass Art. 14 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes (d. h. die Örtlichkeitsbeschränkung) eine „technische Vorschrift“ darstellt.

11. Gegen das Urteil des Gerichts des ersten Rechtszugs wurde von der zuständigen polnischen Behörde (Naczelnik Urzędu Celnego I w Łodzi [Behördenleiter des Zollamts I in Łódz], im Folgenden: NUC) Rechtsmittel beim Sąd Okręgowy w Łodzi (Regionalgericht Łódz) eingelegt. Diesem Gericht ist die Rechtsprechung bekannt, mit der der Gerichtshof entschieden hat, dass die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Mitteilung „technischer Vorschriften“ an die Kommission dazu führt, dass diese Vorschriften Einzelpersonen nicht entgegengehalten werden können [6]. Das nationale Gericht stellt

3 — Dz. U. von 2009, Nr. 201, Gesetz 1540.

4 — In der zum maßgebenden Zeitpunkt geltenden Fassung. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist zwischenzeitlich geändert worden.

5 — Urteil vom 19. Juli 2012, Fortuna u. a. (C-213/11, C-214/11 und C-217/11, EU:C:2012:495).

6 — Vgl. z. B. Urteil vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246).

jedoch in Frage, ob diese Auffassung angesichts des besonderen Charakters des betreffenden Sektors (Glücksspiel) auch für die Erlaubnispflicht gelten sollte. Aufgrund dieser Zweifel hat das nationale Gericht beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Kann Art. 8 Abs. 1 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. 1998, L 204, S. 37) dahin ausgelegt werden, dass bei einer fehlenden Übermittlung von Vorschriften, die als technische Vorschriften eingestuft worden sind, eine Differenzierung der Folgen derart möglich ist, dass im Fall von Vorschriften, die Freiheiten betreffen, die nicht den Beschränkungen des Art. 36 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union unterliegen, die fehlende Übermittlung zur Folge haben muss, dass diese Vorschriften in einem bestimmten zu entscheidenden Verfahren nicht angewandt werden dürfen, wohingegen im Fall von Vorschriften, die Freiheiten betreffen, die den Beschränkungen des Art. 36 des Vertrags unterliegen, das nationale Gericht, das zugleich ein Unionsgericht ist, prüfen kann, ob diese Vorschriften trotz fehlender Übermittlung den Anforderungen in Art. 36 des Vertrags genügen und angewandt werden können?

12. Schriftliche Erklärungen sind von der NUC, der Rechtsmittelführerin des Ausgangsverfahrens, von G. M., einem der Angeklagten des Ausgangsverfahrens, von der Kommission sowie von der polnischen, der belgischen, der griechischen und der portugiesischen Regierung eingereicht worden. In der Sitzung vom 20. April 2016 haben die NUC, G. M., die polnische und die belgische Regierung sowie die Kommission mündlich verhandelt.

IV – Würdigung

A – *Einleitung*

13. Der Bitte des Gerichtshofs entsprechend beschränken sich die vorliegenden Schlussanträge auf eine Würdigung der Vorfrage, ob die Erlaubnispflicht überhaupt eine „technische Vorschrift“ darstellt.

14. Meines Erachtens ist dies zu verneinen. Dem Gerichtshof werden zwei alternative Wege vorgeschlagen, auf denen er zu diesem Ergebnis gelangen kann.

15. Der *erste* Weg besteht im Folgenden: Nach Darstellung der verschiedenen Kategorien von „technischen Vorschriften“ im Sinne der Richtlinie 98/34 (Abschnitt B) und einem kurzen Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs (Abschnitt C.1) wird die Ansicht vertreten, dass Erlaubnisvorbehaltsvorschriften keine „technischen Vorschriften“ sind (Abschnitt C.2). Soweit die Erlaubnispflicht von der Örtlichkeitsbeschränkung trennbar ist, ist die Erlaubnispflicht meines Erachtens keine „technische Vorschrift“, für die eine Notifizierung erforderlich wäre, selbst wenn die Örtlichkeitsbeschränkung eine Vorschrift ist, für die eine Notifizierung erforderlich ist (Abschnitt C.3).

16. Der *zweite* Weg (Abschnitt E) würde den Gerichtshof vielleicht weiterführen. Meines Erachtens wäre es jedoch wert, ihn zu beschreiten. Diese alternative Argumentation gibt dem Gerichtshof die Gelegenheit, die fortschreitende schleichende Ausweitung des Begriffs der „sonstigen Vorschriften“ auf die Regulierung von Dienstleistungen im Allgemeinen und auf Erlaubnisvorbehaltsregelungen für Dienstleistungen im Besonderen zu überprüfen. Ohne Überprüfung dürfte diese Ausweitung dazu führen, dass *de facto* eine allgemeine Notifizierungspflicht auch bei Dienstleistungen gelten wird, wobei die einzige Grundlage für diese Ausweitung darin besteht, dass Regelungen für Dienstleistungen eine gewisse periphere Auswirkung auf Erzeugnisse haben dürften, die für die Erbringung dieser Dienstleistungen verwendet werden. Diese Entwicklung ist meines Erachtens problematisch. Sie sollte vermieden werden.

B – *Die verschiedenen Kategorien von „technischen Vorschriften“*

17. Der Begriff der „technischen Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34 umfasst vier Kategorien von Maßnahmen. Dies sind: i) die „technische[n] Spezifikation[en]“ im Sinne von Art. 1 Nr. 3 der Richtlinie, ii) die „sonstige[n] Vorschrift[en]“ im Sinne von Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie und iii) „[V]orschriften …, mit denen Herstellung, Einfuhr, Inverkehrbringen oder Verwendung eines Erzeugnisses … verboten werden“ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie. Darüber hinaus gibt es ferner iv) bestimmte Regelungen und Beschränkungen für die Dienste der Informationsgesellschaft [7], die in der vorliegenden Rechtssache aber nicht relevant sind.

18. Was Kategorie i) angeht, fällt die in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehende Erlaubnispflicht nicht darunter, da sie sich nicht auf im Zusammenhang mit Glücksspielen verwendete Erzeugnisse und ihre Verpackung als solche bezieht und daher nicht „deren Merkmale fest[legt]“ [8].

19. Was Kategorie iii) angeht, fällt eine nationale Maßnahme darunter, wenn sie in ihrer Tragweite klar über eine Begrenzung bestimmter möglicher Verwendungen des in Rede stehenden Erzeugnisses hinausgeht und Maßnahmen umfassen soll, die keinen Raum für eine andere als bloß marginale Verwendung lassen, wie man sie für das Erzeugnis vernünftigerweise erwarten kann [9]. Dies ist bei der Erlaubnispflicht nicht der Fall. Die Verwendung von Erzeugnissen wird durch sie nicht völlig verboten, sondern es werden Vorbedingungen für ihre Verwendung aufgestellt.

20. Was die Kategorie ii) angeht, umfasst diese insbesondere Maßnahmen, die dem Schutz der Verbraucher dienen und den Lebenszyklus eines Erzeugnisses betreffen. Der Anwendungsbereich dieser Kategorie ist weniger klar und wird im folgenden Abschnitt im Detail erörtert.

C – *Der Begriff der „sonstigen Vorschriften“ und Erlaubnisregelungen*

1. Rechtsprechung zu „technischen Vorschriften“ im Glücksspielsektor

21. Es gibt mehrere Rechtssachen, in denen der Gerichtshof die Anwendung der Richtlinie 98/34 auf den Glücksspielsektor geprüft hat: Lindberg [10], Kommission/Griechenland [11], Fortuna [12], Berlington [13] und Ince [14]. Diese sind alle für die Auslegung des Begriffs der „sonstigen Vorschriften“ relevant. Sie werden im Folgenden kurz skizziert.

a) *Lindberg*

22. Die Rechtssache Lindberg betraf ein Verbot der Veranstaltung von Glücksspielen durch Betreiben bestimmter Spielautomaten (lyckohjulsspel [Glücksradspiel]) in Schweden. In seinem Urteil entschied der Gerichtshof, dass das in Rede stehende Verbot eine „sonstige Vorschrift“ oder eine Maßnahme, „mit [der] Herstellung, Einfuhr, Inverkehrbringen oder Verwendung eines Erzeugnisses verboten wird“, darstellen könne. In die letztere Kategorie falle das Verbot, wenn es „keinen Raum für eine

7 — Dienste der Informationsgesellschaft sind die einzigen Arten von Dienstleistungen, die unmittelbar in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34 fallen (nach der Definition in Art. 1 Nrn. 2, 5 und 11 der Richtlinie).

8 — Urteile vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, Rn. 59 und 60), und vom 19. Juli 2012, Fortuna u. a. (C-213/11, C-214/11 und C-217/11, EU:C:2012:495, Rn. 29).

9 — Urteil vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, Rn. 77).

10 — Urteil vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246).

11 — Urteil vom 26. Oktober 2006, Kommission/Griechenland (C-65/05, EU:C:2006:673).

12 — Urteil vom 19. Juli 2012, Fortuna u. a. (C-213/11, C-214/11 und C-217/11, EU:C:2012:495).

13 — Urteil vom 11. Juni 2015, Berlington Hungary u. a. (C-98/14, EU:C:2015:386).

14 — Urteil vom 4. Februar 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72).

andere als bloß marginale Verwendung lässt, wie man sie für das betreffende Erzeugnis vernünftigerweise erwarten kann“. Eine „sonstige Vorschrift“ stelle die Maßnahme dar, wenn sie die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung des Erzeugnisses wesentlich beeinflussen könne. Die Einstufung der Maßnahme wurde letztlich dem nationalen Gericht überlassen [15].

23. In der Rechtssache Lindberg wurde der Gerichtshof auch gefragt, ob es einen Unterschied mache, dass das Verbot eine Erlaubnispflicht ersetze. Der Gerichtshof stellte fest, dass die nationale Maßnahme, hätte es sich um eine Erlaubnispflicht und nicht um ein Verbot gehandelt, keine „technische Vorschrift“ dargestellt hätte. Insoweit verwies der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung, wonach „nationale Vorschriften, die lediglich Voraussetzungen für die Errichtung von Unternehmen vorsehen, wie z. B. Vorschriften, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machen, keine technischen Vorschriften … darstellen“ [16].

b) *Kommission/Griechenland*

24. Gegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens war ein griechisches Gesetz, das ein weitreichendes Verbot elektrischer und elektronischer Spiele außerhalb von Spielkasinos vorsah. Der Gerichtshof entschied, dass das Verbot als „technische Vorschrift“ anzusehen sei [17]. Auch wenn er diese Aussage nicht ausdrücklich traf, dürfte der Gerichtshof der Auffassung gewesen sein, dass die griechische Maßnahme wesentlichen Einfluss auf die Vermarktung hatte und eine „sonstige Vorschrift“ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34 darstellte [18]. Bestätigt wird dies durch das spätere Urteil Berlington (siehe unten), in dem der Gerichtshof unter Verweis auf das Urteil Kommission/Griechenland [19] entschied, dass ein Verbot des Betriebs von Geldspielautomaten außerhalb von Spielkasinos als „sonstige Vorschrift“ zu qualifizieren sei.

c) *Fortuna*

25. Die Rechtssache Fortuna betraf ebenfalls das polnische Glücksspielgesetz, dasselbe Gesetz, das Gegenstand der vorliegenden Rechtssache ist. In seinem Urteil in der Rechtssache Fortuna entschied der Gerichtshof, dass die Örtlichkeitsbeschränkung in Art. 14 Abs. 1 des polnischen Glücksspielgesetzes, die die Veranstaltung von Automatenspielen nur Spielkasinos gestattet, eine „technische Vorschrift“ darstelle. Wiederum dürfte, auch wenn nicht ausdrücklich erwähnt, die Auffassung vertreten worden sein, dass die Örtlichkeitsbeschränkung wesentlichen Einfluss auf die Vermarkung hatte und daher als „sonstige Vorschrift“ anzusehen war [20].

26. Die Rechtssache Fortuna betraf auch bestimmte Übergangsbestimmungen im Glücksspielgesetz. Diese Übergangsbestimmungen sahen im Wesentlichen ein Moratorium für bestehende Erlaubnisse für die Ausübung von Tätigkeiten im Bereich der Automatenspiele mit niedrigen Gewinnen vor (mit anderen Worten verboten sie die Erteilung neuer Erlaubnisse und die Verlängerung oder Änderung bestehender Erlaubnisse). Der Gerichtshof entschied, dass die Übergangsbestimmungen Bedingungen aufstellten, die geeignet seien, die Vermarktung der Automaten für Spiele mit niedrigen Gewinnen zu

15 — Urteil vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, Rn. 77 und 78).

16 — Urteil vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, Rn. 87 und 88).

17 — Griechenland bestritt in seinem Vorbringen in jener Rechtssache nicht, dass es sich bei der Maßnahme um eine nicht mitgeteilte „technische Vorschrift“ handele. Der Gerichtshof verwies allgemein auf das Urteil Lindberg als Präzedenzfall für seine Schlussfolgerung, dass die Maßnahme als „technische Vorschrift“ anzusehen sei: Urteil vom 26. Oktober 2006, Kommission/Griechenland (C-65/05, EU:C:2006:673, Rn. 61).

18 — Im Gegensatz zu einem völligen Verbot der Verwendung. Den Schriftsätzen der Kommission in jener Rechtssache zufolge war die Kommission jedoch der Ansicht, dass die Maßnahme ein Verbot der Verwendung war.

19 — Die Möglichkeit, Spiele an bestimmten Orten veranstalten zu können, dürfte ferner mehr als eine nur „marginale Verwendung“ darstellen und wäre daher kein Verbot im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34. Vgl. hierzu oben, Nr. 19, und die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Lindberg (C-267/03, EU:C:2004:819, Nrn. 63 bis 65), wo für eine „marginale Verwendung“ das Beispiel genannt wird, einen Spielautomat als Türstopper zu verwenden.

20 — Siehe oben, Fn. 18 und 19 und den zugehörigen Text.

beeinträchtigen. Somit könnten sie „sonstige Vorschriften“ darstellen, soweit sie die Art oder die Vermarktung dieser Automaten wesentlich beeinflussten. Die Beurteilung dieser letzteren Voraussetzung wurde dem nationalen Gericht überlassen. Im Gegensatz dazu steht die Örtlichkeitsbeschränkung, für die der Gerichtshof (implizit) über den Begriff des „wesentlichen Einflusses“ entschied und dies nicht dem nationalen Gericht überließ.

d) *Berlington*

27. Die Rechtssache Berlington betraf eine Anhebung der für Geldspielautomaten geltenden Steuern auf das Fünffache sowie ein Verbot des Betriebs von Geldspielautomaten außerhalb von Spielkasinos. In seinem Urteil entschied der Gerichtshof, dass die Steueranhebung nicht als „technische De-facto-Vorschrift“ anzusehen sei, da sie nicht von einer sonstigen „technischen Spezifikation“ oder „sonstigen Vorschrift“ begleitet werde [21].

28. Der Gerichtshof bestätigte ferner ausdrücklich, dass die Beschränkung der Veranstaltung bestimmter Glücksspiele auf Spielkasinos „eine ‚technische Vorschrift‘ im Sinne von Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie darstellt, soweit sie die Art oder die Vermarktung der in diesem Zusammenhang verwendeten Erzeugnisse wesentlich beeinflussen kann. … Ein Verbot, Geldspielautomaten außerhalb von Spielkasinos zu betreiben, … kann die Vermarktung dieser Automaten … wesentlich beeinflussen …, indem es die Nutzungskanäle für sie verringert.“ [22]

e) *Ince*

29. Die Rechtssache Ince betraf eine Bestimmung des deutschen Staatsvertrags zum Glücksspielwesen, der die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten regelte. Es wurde die Auffassung vertreten, dass der Staatsvertrag bestimmte Bestimmungen enthielt, die als „Vorschriften betreffend Dienste“ im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 98/34 qualifiziert werden konnten. Andere Bestimmungen des Staatsvertrags, wie diejenigen, „in denen die Erlaubnispflicht für die Veranstaltung oder die Annahme von Sportwetten … normiert“ wurden, stellten jedoch keine „technischen Vorschriften“ dar. Zu dieser Schlussfolgerung gelangte der Gerichtshof unter Wiederholung der im Urteil Lindberg in Bezug auf Erlaubnisse verwendeten Formulierung (siehe oben, Nr. 23).

2. Erlaubnisregelungen sind keine „sonstigen Vorschriften“

30. Die Urteile Lindberg und Ince sagen beide eindeutig aus, dass Erlaubnisvorbehaltsregelungen keine „technischen Vorschriften“ darstellen. Sie stellen daher erst recht keine „sonstigen Vorschriften“ im Sinne von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 98/34 dar.

31. Diese Aussage lässt sich in ihren Ursprüngen letztlich auf das Urteil des Gerichtshofs CIA Security [23] zurückverfolgen. In jener Rechtssache wurde der Gerichtshof gefragt, ob das nach belgischem Recht bestehende Erfordernis einer vorherigen Erlaubnis zum Betrieb eines Sicherheitsunternehmens [24] eine „technische Vorschrift“ im Sinne der Richtlinie 83/189 [25], der

21 — Urteil vom 11. Juni 2015, Berlington Hungary u. a. (C-98/14, EU:C:2015:386, Rn. 93 bis 97).

22 — Urteil vom 11. Juni 2015, Berlington Hungary u. a. (C-98/14, EU:C:2015:386, Rn. 98 und 99).

23 — Urteil vom 30. April 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172).

24 — Das Erfordernis lautete wie folgt: „Niemand darf ohne vorherige Erlaubnis des Innenministers ein Sicherungsunternehmen betreiben. Die Erlaubnis wird nur dann erteilt, wenn das Unternehmen die Vorschriften dieses Gesetzes und die vom König aufgestellten Voraussetzungen hinsichtlich der finanziellen Mittel und der technischen Ausstattung erfüllt …“

25 — Richtlinie des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. 1983, L 109, S. 8).

Vorgängerregelung der Richtlinie 98/34, darstelle. Der Gerichtshof verneinte dies, weil der Begriff der „technischen Spezifikation“ (der im Zentrum der Definition der technischen Vorschrift nach der Richtlinie 83/189 stand) nicht für Bestimmungen gilt, „die Voraussetzungen für die Errichtung von Sicherungsunternehmen vorsehen“ [26].

32. Die Entscheidung in der Rechtssache CIA Security, wonach eine Erlaubnisvorbehaltsregelung keine „technische Vorschrift“ darstellt, ist seitdem ausdrücklich im Zusammenhang mit der Richtlinie 98/34 (unter Verwendung des in Nr. 23 angeführten Wortlauts) angewendet worden [27]. Sie ist daher eindeutig im Hinblick darauf relevant, wie der Begriff „sonstige Vorschriften“ nach der neuen Richtlinie auszulegen ist. Im Folgenden bezeichne ich die Regel, die Erlaubnisvorbehaltsregelungen von „technischen Vorschriften“ ausnimmt, als „Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA“.

33. Durch die Rechtssache Fortuna könnte die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA in Frage gestellt worden sein. Im Urteil Fortuna hat der Gerichtshof anerkannt, dass bestimmte Übergangsbestimmungen im Glücksspielgesetz „sonstige Vorschriften“ darstellen konnten.

34. Dass die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA durch das Urteil Fortuna abgeschafft worden sei, ist eines der Argumente, die die Kommission in ihren schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen vorträgt. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Erlaubnispflicht im Sinne des Urteils Fortuna [28] eine „technische Vorschrift” sei.

35. Dem kann ich mich nicht anschließen. Meines Erachtens sollte die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA mit dem Urteil Fortuna nicht abgeschafft werden. Nach der Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA sind *Erlaubnisvorbehaltsvorschriften* keine „technischen Anforderungen“. Dagegen betraf das Urteil Fortuna ein *Moratorium für Erlaubnisse* – mit anderen Worten waren Erlaubnisse erforderlich, es wurden aber für die Dauer des Moratoriums keine Erlaubnisse erteilt [29]. Der Fall des Urteils Fortuna und derjenige der vorliegenden Rechtssache sind daher voneinander zu unterscheiden.

36. Dass das Urteil Fortuna die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA nicht in Frage stellen sollte, bestätigt ferner das spätere Urteil Ince, das diese Ausnahme ausdrücklich anwandte [30].

37. Schließlich ist allgemeiner darauf hinzuweisen, dass von der Qualifizierung einer Maßnahme als „technische Vorschrift“ sehr viel abhängt. Ist die Maßnahme keine „technische Vorschrift“, braucht sie nicht mitgeteilt zu werden. Ist sie eine solche, ist sie mitzuteilen oder aber nicht durchsetzbar. Mit der Bitte um Entschuldigung für das Wortspiel mit Anleihen an das Glücksspiel hat in diesem Zusammenhang „hoher Einsätze“ die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA den großen Vorteil, dass sie eine klare und leicht anwendbare Regelung ist. Sie zurückzunehmen und Erlaubnisregelungen darauf zu prüfen, ob sie einen „wesentlichen Einfluss“ auf die Zusammensetzung, die Art oder die Vermarktung eines Erzeugnisses haben, hat gewaltige Auswirkungen im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Dies kann meines Erachtens vom Gerichtshof mit dem Urteil Fortuna nicht beabsichtigt worden sein.

26 — Vgl. auch Urteil vom 8. März 2001, van der Burg (C-278/99, EU:C:2001:143, Rn. 20), wonach eine „bestimmte Art und Weise des Absatzes“ (im dortigen Fall: Vorschriften über die Werbung) nicht unter den Begriff „technische Vorschriften“ fällt.

27 — Erstmals im Urteil vom 22. Januar 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, Rn. 45).

28 — Urteil vom 19. Juli 2012, Fortuna u. a. (C-213/11, C-214/11 und C-217/11, EU:C:2012:495, insbesondere Rn. 36 ff.).

29 — Bzw. verlängert oder geändert.

30 — In Rn. 76 des Urteils vom 4. Februar 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72), heißt es wörtlich: „… die Bestimmungen, in denen die Erlaubnispflicht für die Veranstaltung oder die Annahme von Sportwetten und die Unmöglichkeit der Erteilung einer solchen Erlaubnis an private Anbieter normiert werden, [stellen] keine ‚technischen Vorschriften‘ … dar. Nationale Bestimmungen, die lediglich die Voraussetzungen für die Niederlassung oder die Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen vorsehen, wie Bestimmungen, die die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit von einer vorherigen Erlaubnis abhängig machen, sind nämlich keine technischen Vorschriften im Sinne des besagten Art. 1 Nr. 11“.

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

38. Die Erlaubnispflicht sieht vor, dass „die Veranstaltung von Roulettespielen, Kartenspielen, Würfelspielen und Automatenspielen … eine Erlaubnis zum Betrieb eines Spielkasinos [voraussetzt]“. Wäre die Formulierung „zum Betrieb eines Spielkasinos“ in diesem Satz nicht enthalten, bestände meines Erachtens kein Zweifel daran, dass die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA auf den vorliegenden Fall Anwendung gefunden hätte. Die Bestimmung fiele nicht unter die Begriffe der „sonstigen Vorschrift“ bzw. allgemeiner der „technischen Vorschrift“.

39. Durch die beschreibende, nähere bestimmende Formulierung „zum Betrieb eines Spielkasinos“ trübt sich das Bild. Die Kommission trägt im Wesentlichen vor, dass diese Formulierung eine „enge Verbindung“ zwischen der Erlaubnispflicht und der Örtlichkeitsbeschränkung herstelle. Da die Örtlichkeitsbeschränkung, wie im Urteil Fortuna festgestellt, eine „technische Vorschrift“ sei, müsse dies auch für die Erlaubnispflicht gelten.

40. Dem kann ich mich aus folgenden Gründen nicht anschließen.

41. Erstens werden mit Erlaubnisvorbehaltsregelungen für Dienstleistungen der hier in Rede stehenden Art häufig materielle Voraussetzungen und Einschränkungen verbunden sein [31]. Diese materiellen Voraussetzungen und Einschränkungen können sehr wohl „technische Vorschriften“ darstellen und sind als solche zu notifizieren. Von diesen Voraussetzungen und Einschränkungen wird die Erlaubnispflicht selbst meines Erachtens jedoch nicht automatisch „angesteckt“ [32]. Dies würde nämlich im Gegenteil den praktischen Wert der Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA beeinträchtigen und könnte die Reichweite der Notifizierungspflicht nach der Richtlinie 98/34 potenziell erheblich ausdehnen. Wie oben erwähnt, könnte eine solche Entwicklung die Gültigkeit einer Reihe von Erlaubnisvorbehaltsregelungen für Dienstleistungen in Frage stellen und erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen.

42. Zweitens wurde von der NUC in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass es keine gesonderten Verfahren für die Erteilung einer Erlaubnis oder „vorläufigen Genehmigung“ nach Art. 6 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes und für die Erteilung einer Konzession zum Betrieb eines besonderen Spielkasinos nach Art. 14 Abs. 1 dieses Gesetzes gebe. Von der NUC wurde jedoch ebenso bestätigt, dass die Erlaubnispflicht und die Örtlichkeitsbeschränkung nicht ein und dasselbe seien. Es kann beispielsweise im Wege einer *ex post* stattfindenden Prüfung ein Verstoß gegen die Örtlichkeitsbeschränkung festgestellt werden, ohne dass es zu einer automatischen Entziehung der Erlaubnis des Betreibers kommt.

43. Ferner hat die polnische Regierung in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die Örtlichkeitsbeschränkung in Art. 14 Abs. 1 überhaupt nicht als Bestandteil des Erlaubnisverfahrens anzusehen sei. Vielmehr diene die Örtlichkeitsbeschränkung in Verbindung mit dem Strafgesetzbuch dazu, die Veranstaltung von Glücksspielen z. B. in Bars oder Restaurants zu sanktionieren.

44. Im Licht dieser Ausführungen dürfte meines Erachtens eindeutig sein, dass die Erlaubnispflicht und die Örtlichkeitsbeschränkung unterschiedliche Anwendungsbereiche und Funktionen haben und nicht einfach beide als „technische Vorschriften“ behandelt werden können, weil zwischen ihnen angeblich eine „enge Verbindung“ besteht.

31 — Beispielsweise sieht im vorliegenden Fall Art. 15 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes eine Beschränkung der Zahl der Kasinos vor, die in einem bestimmten Gebiet je nach Einwohnerzahl eröffnet werden dürfen.

32 — Vgl. entsprechend Urteil vom 8. März 2001, van der Burg (C-278/99, EU:C:2001:143, Rn. 21). Jene Rechtssache betraf ein Verbot der Werbung für funktechnische Anlagen, die bestimmte Anforderungen nicht erfüllten und für die keine vorherige Zulassung vorlag. Der Gerichtshof entschied, dass das Bestehen eines „unmittelbaren Zusammenhangs“ zwischen dem Verbot und den technischen Anforderungen, die die funktechnischen Anlagen erfüllen mussten, nicht dafür ausreichte, dass das Verbot unter die Richtlinie fiel.

45. Drittens besteht der hauptsächliche Vorbehalt der Kommission gegenüber der Erlaubnispflicht darin, dass sie sich mit der Formulierung „zum Betrieb eines Spielkasinos“ ausdrücklich auf die Örtlichkeitsbeschränkung beziehe. Für mich ist jedoch nicht klar, ob diese Formulierung bedeutet, dass im Rahmen der Erlaubnispflicht zusätzliche geografische oder sonstige Einschränkungen bestehen, die über die Örtlichkeitsbeschränkung hinausgehen. Dies ist letztlich eine Frage der Auslegung des nationalen Rechts, die dem nationalen Gericht zu überlassen ist [33]. Ohne dieser Auslegung vorzugreifen, wäre die Erlaubnispflicht nicht als „technische Vorschrift“ anzusehen, wenn das nationale Gericht zu dem Schluss kommen sollte, dass mit der Formulierung „zum Betrieb eines Spielkasinos“ keine über die Örtlichkeitsbeschränkung hinausgehenden Einschränkungen vorgesehen werden.

46. Zweck der Notifizierungspflicht nach der Richtlinie 98/34 ist, „durch eine präventive Kontrolle den freien Warenverkehr zu schützen“ [34], d. h., eine *Ex-ante*-Kontrolle potenzieller Beschränkungen des freien Warenverkehrs zu ermöglichen. Die Örtlichkeitsbeschränkung in ihrer gegenwärtigen Form ist mitgeteilt und überprüft worden. Eine Notifizierung sonstiger Bestimmungen, die lediglich auf die Örtlichkeitsbeschränkung Bezug nehmen, wie dies bei der Erlaubnispflicht der Fall sein dürfte, wäre dem Zweck der Richtlinie nicht förderlich [35].

47. Diesem Gedanken entsprechend gibt es eine ständige Rechtsprechung, wonach aufgrund der Richtlinie 98/34 keine Pflicht zur Notifizierung einer einzelstaatlichen Maßnahme besteht, „die bestehende technische Vorschriften, die … ordnungsgemäß mitgeteilt worden sind, wiederholt oder ersetzt, ohne neue oder ergänzende Spezifikationen hinzuzufügen“ [36].

48. Zusammenfassend ist der Umstand, dass Art. 6 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes die Erlaubnispflicht normiert, dabei jedoch auf die Örtlichkeitsbeschränkung Bezug nimmt, nicht hilfreich. Ausgehend davon aber die Erlaubnispflicht mit allen sich daraus ergebenden Folgewirkungen der Richtlinie 98/34 zu unterstellen, ist meines Erachtens nicht gerechtfertigt.

D – *Ergebnis*

49. Aus den genannten Gründen und vorbehaltlich der Auslegung der Verbindung zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes durch die nationalen Gerichte würde ich davon ausgehen, dass eine nationale Regelung wie die Erlaubnispflicht nach Art. 6 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes keine „technische Vorschrift“ im Sinne der Richtlinie 98/34 darstellt.

E – *Alternativer Ansatz*

50. Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen wird, wenn der Gerichtshof zu dem Schluss kommen sollte, dass die Erlaubnispflicht und die Örtlichkeitsbeschränkung nicht in der von mir vorgeschlagenen Weise voneinander trennbar sind oder dass die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA im Licht des Urteils Fortuna ganz allgemein zu überdenken ist, eine umfassendere Prüfung der Definition der „technischen Vorschrift“ und insbesondere der „sonstigen Vorschriften“ erforderlich.

33 — Es gibt auf diesem Gebiet offenbar signifikante nationale Rechtsprechung, die das Verhältnis zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes klären mag. Es ist nicht Sache des Gerichtshofs, diese Rechtsprechung zu prüfen; die vorliegenden Schlussanträge beruhen auf dem schriftlichen und mündlichen Vorbringen der Parteien der vorliegenden Rechtssache.

34 — Vgl. z. B. Urteile vom 20. März 1997, Bic Benelux (C-13/96, EU:C:1997:173, Rn. 19), und vom 6. Juni 2002, Sapod Audic (C-159/00, EU:C:2002:343, Rn. 34). Vgl. auch die Erwägungsgründe 2 bis 7 der Richtlinie 98/34.

35 — Dass verschiedene Bestimmungen in nationalen Rechtsvorschriften in einem Verhältnis und in einer Verbindung zueinander stehen, ist nichts Ungewöhnliches; Bestimmungen sind isoliert und ohne eine Auslegung im Zusammenhang des vollständigen Gesetzestexts häufig nicht verständlich. Aus diesem Grund sind Entwürfe technischer Vorschriften mit dem gesamten Entwurf des Rechtsakts mitzuteilen (Urteil vom 16. September 1997, Kommission/Italien, C-279/94, EU:C:1997:396, Rn. 39 bis 41). Diese sonstigen Bestimmungen werden durch solche Verknüpfungen jedoch nicht zu technischen Vorschriften.

36 — Vgl. z. B. Urteil vom 3. Juni 1999, Colim (C-33/97, EU:C:1999:274, Rn. 22); zum Bereich des Glücksspielrechts vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Lindberg (C-267/03, EU:C:2004:819, Nr. 46).

1. „Sonstige Vorschriften“ – kritische Würdigung

51. Ich habe starke Bedenken gegen die Ausweitung des Begriffs „sonstige Vorschriften“ auf Erlaubnisvorbehaltsregelungen für Dienstleistungen, wie sie in der vorliegenden Rechtssache im Wesentlichen vertreten wird. Meine größten Vorbehalte stelle ich im Folgenden dar.

52. Erstens besteht das Risiko einer übermäßigen und unüberschaubaren Ausweitung der Reichweite der Notifizierungspflicht.

53. Eine Maßnahme stellt eine „sonstige Vorschrift“ dar, wenn sie „für [Erzeugnisse] erlassen wird“ und „Vorschriften für [den] Gebrauch“ dieses Erzeugnisses in einer Weise betrifft, die seine „Vermarktung“ „wesentlich beeinflussen“ kann.

54. Maßnahmen zur Regulierung der Erbringung von Dienstleistungen werden stets einen gewissen mittelbaren Einfluss auf Erzeugnisse haben. Die Erbringung jeder Dienstleistung ist irgendwann mit der Verwendung von Erzeugnissen verbunden. Taxifahrer verwenden Autos, Betreiber von Radiosendern verwenden klangtechnische Anlagen, Buchhalter verwenden Taschenrechner, und Rechtsanwälte verwenden Stifte, Papier und gelegentlich Gesetzbücher. Darüber hinaus nutzt jedermann für praktisch jede Art von Dienstleistung, die heutzutage erbracht wird, Computer. In all diesen Fällen lässt sich stets die Ansicht vertreten, dass die Einführung einer Erlaubnispflicht für eine bestimmte Dienstleistung die Zahl der Dienstleister und somit mittelbar die Menge der für ihre Erbringung verwendeten Erzeugnisse verringern und sich somit auf den Absatz dieser Erzeugnisse auswirken wird. Kurz gesagt, wird die Einführung einer vorherigen Erlaubnis für die Erbringung jeder der vorgenannten Dienstleistungen sich in gewisser peripherer Weise auf den Verbrauch der verwendeten Erzeugnisse auswirken.

55. Folgt hieraus, dass Erlaubnisvorbehaltsregelungen in all diesen Fällen „sonstige Vorschriften“ darstellen, die notifizierungspflichtig sind? Die Antwort muss meines Erachtens eindeutig „nein“ sein. Aber wo ist dann die Grenze zu ziehen?

56. In der mündlichen Verhandlung wurde von G. M. vorgetragen, dass die Verkäufe von Spielgeräten seit der Einführung der Erlaubnispflicht erheblich zurückgegangen seien.

57. Die Bedeutung des Begriffs „sonstige Vorschrift“ kann indes nicht auf eine Frage des Handelsvolumens reduziert werden. Dagegen spricht in erster Linie, dass die Definition der „sonstigen Vorschrift“ ausdrücklich auf die „Vermarktung“ (und nicht den Handel) abstellt und andere wichtige Voraussetzungen enthält, insbesondere dass die Maßnahmen „für [Erzeugnisse] erlassen [werden]“. Weiterhin spricht dagegen, dass sich Erlaubnisvorbehaltsregelungen für Dienstleistungen stets auf das Handelsvolumen mit einem bestimmten Erzeugnis auswirken werden. Eine Notifizierungspflicht von einer *Ex-ante*-Prüfung abhängig zu machen, ob die Maßnahme wesentlichen Einfluss auf den Handel haben wird, ist meines Erachtens ein Rezept entweder für übermäßige Rechtsunsicherheit darüber, welche Maßnahmen tatsächlich notifizierungspflichtig sind[37] oder schlicht eine Einladung, der

37 — Wie von Generalanwalt Jacobs ausgeführt, „würde das Erfordernis einer vorherigen Beurteilung der Auswirkungen einer Maßnahme dazu führen, dass es weniger leicht wäre, zu bestimmen, welche Maßnahmen betroffen sind“ (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Lindberg, C-267/03, EU:C:2004:819, Nr. 35). In entsprechender Weise werden häufig Bedenken im Zusammenhang mit Art. 34 AEUV und der Verwendung eines „Marktzugangskriteriums“ zur Bestimmung der Anwendbarkeit dieser Vorschrift geäußert. Vgl. z. B. Gormley, L. „Two years after Keck“, *Fordham International. Law Journal* Nr. 19, 1996, S. 882 bis 883, und Snell, J., „The notion of market access: a concept or a slogan“, *Common Market Law Review*, 2010, S. 437 bis 459).

Kommission absolut alles zu notifizieren [38]. Es bedarf keiner weiter gehenden Suche als eines Blicks auf die Rechtssache Fortuna selbst, um diese Rechtsunsicherheit belegt zu finden. Jene Rechtssache hat zu einer Reihe von einander widersprechenden nationalen Urteilen dazu geführt, wie das Kriterium des „wesentlichen Einflusses“ anzuwenden ist [39].

58. Zweitens sind die Dominoeffekte einer unzutreffenden Beurteilung der Notifizierungspflicht ein weiterer Grund dafür, die Rechtssicherheit im Rahmen der Definition des Begriffs „technische Vorschrift“ zu erhöhen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die „unmittelbaren und schwerwiegenden Folgen“ [40], die die Nichtdurchsetzbarkeit bestimmter Regelungen auf Verhältnisse zwischen privaten Parteien, d. h. an der ursprünglich unterlassenen Notifizierung unbeteiligten Rechtssubjekten, haben kann. Das oben angeführte Urteil CIA Security veranschaulicht diesen Punkt. Jene Rechtssache betraf einen Zivilrechtsstreit zwischen zwei privaten Parteien. Dass einer dieser Parteien verwehrt war, sich zu ihrer Verteidigung auf eine „technische Vorschrift“ zu berufen, weil sie nicht notifiziert worden war, hatte wesentliche Auswirkungen auf den Ausgang dieses Rechtsstreits [41].

59. Drittens, und von Auswirkungen auf privatrechtliche Verhältnisse abgesehen, haben die Mitgliedstaaten es in der Vergangenheit immer wieder unterlassen, Maßnahmen zu notifizieren, was dann unter eher unerwarteten Umständen ohne erkennbare Verbindung zum ursprünglichen Geltungsbereich der betreffenden nationalen Maßnahme geltend gemacht wurde. Beispielsweise ist die unterlassene Notifizierung einer Maßnahme geltend gemacht worden, um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit abzuwenden [42].

60. Die oben skizzierten Folgen einer unterlassenen Notifizierung sind, vorsichtig ausgedrückt, nicht auf einhelligen Beifall gestoßen [43]. Eine Ausweitung des Begriffs der „sonstigen Vorschriften“ auf Vorschriften, die hauptsächlich auf Dienstleistungen (und nicht auf Waren) abzielen, insbesondere auf Erlaubnisvorbehaltsregelungen und Örtlichkeitsbeschränkungen [44], dürfte nur zu einer Häufung derartiger Fallgestaltungen führen.

38 — Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass zumindest das letztere Szenario nicht wünschenswert sei.

39 — Vgl. z. B. Urteil Wojewódzki Sąd Administracyjny, Gdańsk (Regionales Verwaltungsgericht Gdańsk) vom 19. November 2012 (III SA/Gd 546/12), wonach die Art. 129, 135 und 138 des Glücksspielgesetzes (auf die im Urteil Fortuna Bezug genommen wird) technische Vorschriften sind, da sie die Art oder die Vermarktung der betreffenden Erzeugnisse (niedrigpreisige Spielgeräte) wesentlich beeinflussten. Dieses Urteil ist vom Naczelny Sąd Administracyjny (Oberster Verwaltungsgerichtshof) mit Urteil vom 5. November 2015 (II GSK 1632/15) mit der Begründung aufgehoben worden, dass die Übergangsvorschrift die Rechtsstellung der Parteien nicht geändert habe (wobei außerdem entschieden worden ist, dass Art. 6 des Glücksspielgesetzes keine technische Vorschrift sei). Vgl. Urteil des Wojewódzki Sąd Administracyjny, Szczecin (Regionales Verwaltungsgericht Szczecin) vom 9. Oktober 2015 (II SA/Sz 396/15), wonach Art. 135 des Glücksspielgesetzes keine technische Vorschrift sei. Urteil des Wojewódzki Sąd Administracyjny, Wrocław (Regionales Verwaltungsgericht Wrocław) vom 4. Oktober 2013 (III SA/Wr 373/13), bestätigt im Urteil II GSK 181/14 vom 25. November 2015.

40 — Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Sapod Audic (C-159/00, EU:C:2002:25, Nr. 47).

41 — Vgl. auch Urteile vom 6. Juni 2002, Sapod Audic (C-159/00, EU:C:2002:343), und vom 26. September 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496).

42 — Vgl. z. B. Urteil vom 16. Juni 1998, Lemmens (C-226/97, EU:C:1998:296). In jener Rechtssache sollten dem Vortrag nach Beweismittel in einer Strafsache wegen Trunkenheit im Verkehr infolge einer unterlassenen Notifizierung technischer Vorschriften über Alkoholmeter als Beweismittel unzulässig sein.

43 — Michael Dougan, „Case C-390/99, Canal Satélite Digital; Case C-159/00, Sapod Audic v. Eco-Emballages“, CMLRev 2003, Nr. 40, S. 193 bis 218; Weatherill, S., „A Case Study in Judicial Activism in the 1990s: The Status before National Courts of Measures Wrongfully Un-notified to the Commission“, *Judicial Review in EU Law* (Hrsg. O'Keeffe, D., und Bavasso, A.), Kluwer Law International, Niederlande, 2000, S. 481.

44 — Örtlichkeitsbeschränkungen können für die Erbringung vieler Dienstleistungen gelten, z. B. für Taxi-Dienstleistungen (u. a. durch Einschränkungen auf Zonen oder bestimmte Örtlichkeiten wie etwa Flughäfen), Apotheken und vieles mehr.

61. Viertens war der Gerichtshof in den 1980er Jahren mit einer wahren „Freien-Warenverkehrs-Flut“ konfrontiert. Gegen nationale Maßnahmen jedweder Art, die die Art der Vermarktung von Erzeugnissen regulierten, wurden vor nationalen Gerichten Auswirkungen auf den Handel vorgebracht. In Wirklichkeit sollten mit vielen der betreffenden nationalen Maßnahmen nicht die Waren selbst, sondern die Art ihrer Vermarktung reguliert werden [45]. Zur Antwort des Gerichtshofs auf diese Rechtssachen gehörte das Urteil Keck [46].

62. Ein ähnliches Muster sehe ich in den Rechtssachen betreffend die Richtlinie 98/34. Um einer „Notifizierungs-Flut“ im Zusammenhang mit der Richtlinie 98/34 vorzubeugen, sollte eine unkontrollierte Ausweitung des Anwendungsbereichs der „sonstigen Vorschriften“ auf den Bereich der Dienstleistungen auf der Grundlage, dass nationale Maßnahmen, die sich auf die Erbringung von Dienstleistungen beziehen, mittelbare Auswirkungen auf den Handel mit Erzeugnissen haben können, nicht zugelassen werden.

63. Es gibt zugestandenermaßen Unterschiede zwischen der „Freien-Warenverkehrs-Flut“ nach dem AEUV und der „Notifizierungs-Flut“ nach der Richtlinie 98/34. Insbesondere stellt eine Maßnahme nach der Richtlinie 98/34 nur dann eine notifizierungspflichtige „sonstige Vorschrift“ dar, wenn sie *wesentlichen Einfluss* auf die Vermarktung haben kann. Im Gegensatz dazu gibt es eine *De-minimis* -Schwelle im Rahmen von Art. 34 AEUV nicht [47].

64. „Wesentlicher Einfluss“ ist indes ein sehr dehnbarer Begriff, der eher zusätzliche Probleme schafft, als eine konkrete Lösung anzubieten. Zwei Arten von Problemen treten besonders hervor: konzeptionelle und anwendungsbezogene.

65. Konzeptionell sollte die Entscheidung, ob eine nationale Rechtsvorschrift notifiziert werden muss oder nicht, sinnvollerweise dann getroffen werden, wenn sie ausgearbeitet wird. Zu diesem Zeitpunkt vorherzusagen, ob sie „wesentlichen Einfluss“ auf die Vermarktung haben wird oder nicht, mag schwierig sein. Die Beurteilung der Frage, ob eine Vorschrift bestimmte Merkmale aufweist, aufgrund deren sie notifiziert werden muss, sollte somit meines Erachtens *in erster Linie* auf einer Beurteilung ihrer normativen Qualität beruhen. Es sollte in den meisten Fällen möglich sein, das Vorhandensein solcher Merkmale *ex ante* und unabhängig von der hypothetischen künftigen Anwendung der Bestimmung zu beurteilen.

66. Zu diesem konzeptionellen Element kommt das Anwendungs- oder Funktionalitätsproblem hinzu. Praktisch betrachtet, wird es für ein nationales Gericht, das mit einem auf die Nicht-Notifizierung gestützten Vorbringen konfrontiert ist, schwierig sein, den „wesentlichen Einfluss“ objektiv und mit hinreichender Sicherheit verständig zu beurteilen. Dass verlässliche quantitative Daten zu der betreffenden nationalen Maßnahme vorliegen, kann nicht als gegeben vorausgesetzt werden, und selbst wenn quantitative Daten verfügbar sind, bleibt die Schwelle des „wesentlichen“ Einflusses schwer fassbar [48]. Vorhersagen zur künftigen Entwicklung der betreffenden nationalen Maßnahme oder auf Intuition gründende Ansätze führen schnell in den Bereich bestenfalls der Hypothese und schlimmstenfalls des Blicks in die Glaskugel. Das Bild verkompliziert sich noch weiter erstens

45 — Vgl. z. B. Urteile vom 23. November 1989, B & Q (C-145/88, EU:C:1989:593), vom 14. Juli 1981, Oebel (155/80, EU:C:1981:177), und vom 11. Juli 1985, Cinéthèque u. a. (60/84 und 61/84, EU:C:1985:329).

46 — Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905).

47 — Urteile vom 5. April 1984, van de Haar und Kaveka De Meern (177/82 und 178/82, EU:C:1984:144, Rn. 12 bis 14), und vom 14. Dezember 2004, Radlberger Getränkegesellschaft und S. Spitz (C-309/02, EU:C:2004:799). Einige Urteile deuten allerdings auf die Einführung einer solchen Schwelle durch die Hintertür hin, vgl. z. B. Urteil vom 28. April 2009, Kommission/Italien (C-518/06, EU:C:2009:270, Rn. 66 bis 70).

48 — Wäre beispielsweise ein geschätzter Rückgang des Absatzvolumens um 10 % ausreichend? (Dies war der geschätzte Rückgang infolge der Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs über den Verkauf an Sonntagen – siehe Urteil vom 23. November 1989, B & Q, C-145/88, EU:C:1989:593, Rn. 7).

angesichts dessen, dass eine Maßnahme aufgrund von Entwicklungen der Handelsströme notifizierungspflichtig werden könnte, und zweitens dadurch, dass die Notifizierungspflichtigkeit im Wesentlichen ähnlicher Regelungen aufgrund unterschiedlicher Handelsströme des betreffenden Erzeugnisses auf nationaler Ebene wahrscheinlich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variiert [49].

67. Fünftens und abschließend besteht ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der Notifizierungspflicht nach der Richtlinie 98/34 und den Art. 34 und 36 AEUV, der dafür spricht, dass im Umgang mit der Notifizierungspflicht erhöhte Vorsicht geboten ist: Nach der Richtlinie ist, sobald eine Maßnahme als „sonstige Vorschrift“ eingestuft ist, keine Rechtfertigung möglich. Es findet keine Abwägung statt. Ist die Maßnahme nicht mitgeteilt worden, ist sie ganz einfach nicht durchsetzbar. Dies steht im Gegensatz zur Situation nach den Art. 34 und 36 AEUV, in der Beschränkungen des freien Verkehrs zumindest potenziell gerechtfertigt sein können [50].

68. Die schwerwiegenderen automatischen Folgen einer unterlassenen Notifizierung nach der Richtlinie sollten doppelte Vorsicht vor einer expansiven Auslegung des Begriffs „sonstige Vorschrift“ gebieten. Eine solche expansive Auslegung könnte auch zu der recht paradoxen Situation führen, dass Maßnahmen, die als von Art. 34 AEUV gar nicht erfasst angesehen werden, gleichwohl notifizierungspflichtig und infolge einer unterlassenen Notifizierung unanwendbar sind [51].

69. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen ist die vorliegende Rechtssache offenbar ein günstiger Zeitpunkt für eine Überprüfung des Bedeutung des Begriffs „sonstige Vorschriften“ im Sinne der Richtlinie 98/34 im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Regulierung von Dienstleistungen, die Auswirkungen auf Waren haben können.

2. Vorgeschlagener Ansatz zur Auslegung des Begriffs „sonstige Vorschriften“

a) Wortlaut, Systematik und Zweck

70. Der Ausgangspunkt und die Haupterwägung für die Auslegung des Begriffs der „sonstigen Vorschriften“ im vorliegenden Zusammenhang ist, dass die Richtlinie 98/34 ganz klar im Kern auf Maßnahmen abzielt, die Waren und den freien Warenverkehr und nicht Dienstleistungen betreffen.

71. Ihre Vorgängerregelung, die Richtlinie 83/189, sah eine Notifizierungspflicht für Entwürfe „technischer Vorschriften“ nur für Erzeugnisse vor. Selbst jetzt sind die einzigen Arten von „technischen Vorschriften“ speziell für Dienstleistungen, die nach der Richtlinie 98/34 notifizierungspflichtig sind, tatsächlich Dienste der Informationsgesellschaft [52]. Andere Arten von

49 — Vgl. zu ähnlichen Bedenken im Zusammenhang mit Art. 34 AEUV: Snell, „The notion of market access: a concept or a slogan“, *Common Market Law Review* 2010, S. 437 bis 472, insbesondere S. 459.

50 — Es ist im Wesentlichen gerade der Umstand, dass eine Rechtfertigung oder Abwägung im Rahmen der Richtlinie 98/34 (im Gegensatz zu den Art. 34 und 36 AEUV) nicht möglich ist, der zu dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen geführt hat.

51 — Der Gerichtshof hat beispielsweise mehrfach entschieden, dass Beschränkungen der Örtlichkeiten, an denen Erzeugnisse verkauft werden dürfen, nicht unter Art. 34 AEUV fallen können (vgl. z. B. Kommission/Griechenland, Banchero und TK-Heimdienst [Urteil vom 29. Juni 1995, Kommission/Griechenland, C-391/92, EU:C:1995:199, Rn. 11 bis 15 (Verkaufsverbot für verarbeitete Milch für Säuglinge außerhalb von Apotheken beschränkt das Volumen des Absatzes, fällt jedoch nicht unter die Regelungen des Vertrags über die Verkehrsfreiheit), Urteil vom 14. Dezember 1995, Banchero, C-387/93, EU:C:1995:439, Rn. 44 (Einschränkung des Einzelhandels mit Tabakwaren auf konzessionierte Läden behindert den Zugang für Einfuhren nicht oder erschwert ihn nicht stärker als für inländische Erzeugnisse und fällt nicht unter die Regelungen des Vertrags über die Verkehrsfreiheit), und Urteil vom 13. Januar 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, EU:C:2000:12 (Einschränkungen der geografischen Gebiete für Tätigkeiten von Bäckern, Fleischern und Lebensmittelhändlern sind bestimmte Verkaufsmodalitäten, fallen jedoch wegen der größeren Auswirkungen auf Einfuhren unter die Regelungen über die Verkehrsfreiheit)]).

52 — In der ursprünglichen Fassung der Richtlinie waren Dienstleistungen außer im zweiten Erwägungsgrund nicht erwähnt, der ebenfalls verdeutlicht, dass die Richtlinie im Kern auf den freien Warenverkehr abzielt („Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Folglich ist das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen im Warenaustausch sowie von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie solche mengenmäßigen Beschränkungen eine der Grundlagen der Gemeinschaft“).

Dienstleistungen könnten somit als von ihrem Anwendungsbereich systematisch ausgenommen betrachtet werden. Oder, genauer gesagt, können andere Arten von Dienstleistungen nur mittelbar und insoweit in den Anwendungsbereich der Richtlinie 98/34 fallen, als sie Auswirkungen auf Waren haben.

72. Diese Kernausrichtung auf Waren bestätigt eine eingehende Auslegung der Richtlinie 98/34 anhand von Wortlaut, Systematik und Zweck.

73. Art. 1 Abs. 4 führt den Begriff „sonstige Vorschriften“ ein als Vorschriften *„für ein Erzeugnis“*. Diese Vorschriften müssen „den Lebenszyklus des Erzeugnisses [betreffen]“. Zu den im Wortlaut von Art. 1 Abs. 4 genannten Beispielen gehören „Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung“ des Erzeugnisses, sofern diese seine „Zusammensetzung“, „Art“ oder „Vermarktung“ wesentlich beeinflussen können. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung schreit es also förmlich: „Erzeugnis, Erzeugnis, Erzeugnis!“

74. Insbesondere müssen „sonstige Vorschriften“ definitionsgemäß „für Erzeugnisse“ erlassen werden und *nicht* für Dienstleistungen, für die diese Erzeugnisse verwendet werden. Zwar kann sich eine Vorschrift für *Dienstleistungen* wesentlich auf die Verwendung damit in Zusammenhang stehender Waren auswirken. Die Frage des „wesentlichen Einflusses“ auf Erzeugnisse wird jedoch im Rahmen einer gesonderten zusätzlichen Voraussetzung innerhalb der Definition der „sonstigen Vorschrift“ behandelt. Wenn dagegen die Formulierung „für Erzeugnisse“ als „unmittelbar oder mittelbar für Erzeugnisse“ verstanden wird, wird die Formulierung „für Erzeugnisse erlassen“ letztlich ignoriert [53].

75. Die zentrale Bedeutung der Erzeugnisse für den Begriff der „sonstigen Vorschriften“ wird durch die sich wiederholenden Hinweise darauf bestätigt, dass es sich um Maßnahmen handeln muss, die sich auf irgendeine Weise auf die physischen Merkmale des Erzeugnisses (nämlich seine Zusammensetzung, seine Art, die Art und Weise seiner Beseitigung oder Wiederverwertung) auswirken.

76. Zwar könnte das Wort „Vermarktung“ theoretisch dahin ausgelegt werden, dass es ein weiteres Verständnis der Bestimmung impliziert, etwa dann, wenn die Maßnahme nur quantitative Auswirkungen auf den Absatz hat und das Erzeugnis selbst im Übrigen nicht betrifft. Bei einer stärker systematisch orientierten Auslegung der gesamten Definition der „sonstigen Vorschriften“ im Zusammenhang mit der Richtlinie als Ganzer ist das jedoch nicht der Fall. Das Wort „Vermarktung“ kann nicht ungeachtet des Wortlauts der vier vorangegangen Zeilen der Definition als unverhüllte Aufforderung verstanden werden, unter den Begriff der „sonstigen Vorschriften“ Regelungen jedweder Art fallen zu lassen, die in erster Linie die Erbringung von Dienstleistungen betreffen, für die aber zufällig Erzeugnisse Verwendung finden.

77. Der Begriff „Vermarktung“ in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 98/34 muss meines Erachtens im Einklang mit dem übrigen Teil der Definition und dem Wortlaut der Richtlinie als Ganzer dahin verstanden werden, dass damit vermarktungsbezogene Maßnahmen mit potenziellen *Auswirkungen auf die physischen Merkmale des Erzeugnisses*, wie Kennzeichnung oder Aufmachung, gemeint sind. Im Gegensatz hierzu stehen andere Maßnahmen, die potenziell den Handel mit dem Erzeugnis betreffen, z. B. Regelungen über die Verkaufsbedingungen [54].

53 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Lindberg (C-267/03, EU:C:2004:819, Nrn. 54 bis 59).

54 — Vgl. entsprechend die Schlussanträge des Generalanwalts Campos Sánchez-Bordona in der Rechtssache James Elliott Construction (C-613/14, EU:C:2016:63, Nrn. 87 bis 94), wonach eine implizite Vertragsklausel, dass Produkte handelsüblich sein müssen, keine „technische Vorschrift“ darstellte. Vgl. auch oben, Fn. 26 und 32, zu Beschränkungen der Werbung.

78. Wie in der Begründung der Kommission zu ihrem Vorschlag für die Richtlinie 94/10 ausgeführt, konnten durch die Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie 83/189 Regelungen abgedeckt werden, die *„eine Auswirkung auf das Erzeugnis haben und auf dem Markt Verzerrungen hervorrufen können“* [55]. Die Formulierung „Auswirkung auf das Erzeugnis“ spiegelt auch hier die zentrale Bedeutung des Erzeugnisses für den Begriff der „technischen Vorschrift“ sowie die Voraussetzung wider, dass die Maßnahme nicht nur den Absatz, sondern auch das Erzeugnis selbst betreffen muss. Ferner bezieht sich die Formulierung „auf dem Markt Verzerrungen“ meines Erachtens dem natürlichen Verständnis nach auf eine befürchtete Diskriminierung unter konkurrierenden Waren und nicht auf Beschränkungen des Marktzugangs. Die hier vertretene stärker „erzeugnisausgerichtete“ Auslegung des Begriffs der „sonstigen Vorschriften“ in dem Sinne, dass eine gewisse „Rückwirkung“ oder ein gewisser „Rückschlag“ auf die Merkmale des Erzeugnisses selbst erforderlich ist, wird daher auch durch den ursprünglichen Kommissionsvorschlag gestützt, der den betreffenden Wortlaut einführte.

b) Schwerpunkt und Ausnahmen für Verbote und bei Auswirkungen auf Erzeugnisse

79. Aus den vorgenannten Gründen schlage ich den folgenden, am Schwerpunkt der nationalen Maßnahme ausgerichteten Ansatz zur Auslegung und Anwendung des Begriffs der „sonstigen Vorschriften“ im Sinne der Richtlinie 98/34 mit begrenzten Ausnahmen vor, der drei aufeinanderfolgende Schritte umfasst.

80. Erstens sind hauptsächlich „für Erzeugnisse erlassene“ nationale Maßnahmen „sonstige Vorschriften“ im Sinne von Art. 1 Abs. 4, vorbehaltlich der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen dieser Bestimmung.

81. Zweitens fallen im Gegensatz hierzu nationale Maßnahmen, die hauptsächlich für Dienstleistungen (oder die Niederlassung) erlassen werden, *grundsätzlich* nicht unter den Begriff der „sonstigen Vorschriften“. Hierzu gehören insbesondere nationale Maßnahmen, die die Art der Vermarktung oder der Verwendung von Erzeugnissen durch Dienstleister beschränken. Hierunter fallen z. B. i) Erlaubnispflichten und sonstige Zulassungsvoraussetzungen für die Niederlassung oder die Erbringung von Dienstleistungen [56], ii) Beschränkungen der Örtlichkeiten, an denen Dienstleistungen erbracht werden dürfen [57], und iii) die Werbung für Dienstleistungen [58].

82. Drittens können nationale Regelungen, die *prima facie* für Dienstleistungen erlassen werden, jedoch *unter besonderen Umständen* und vorbehaltlich der Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 4 (wieder) unter den Begriff der „sonstigen Vorschriften“ fallen, insbesondere wenn

— mit der nationalen Maßnahme ein *vollständiges* Verbot einer Dienstleistung verbunden ist und eine bestimmte Ware entweder infolgedessen überhaupt nicht verwendet wird oder in anderen Zusammenhängen nur sehr marginal Verwendung findet [59], oder

— die sich in erster Linie auf die Erbringung von Dienstleistungen beziehende nationale Maßnahme notwendigerweise den Lebenszyklus des Erzeugnisses in einer Weise betrifft, die *Auswirkungen auf seine physischen Merkmale hat* (z. B. Beschränkungen der Verwendung eines Erzeugnisses bei der

55 — KOM(92) 491 endg., Ziff. 18. Die Definition der „sonstigen Vorschrift“ wurde mit der Richtlinie 94/10 eingeführt. Vgl. die Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. März 1994 zur zweiten wesentlichen Änderung der Richtlinie 83/189/EWG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. 1994, L 100, S. 30).

56 — Dies entspricht der Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA (z. B. Konzessionen für Taxi-Fahrer).

57 — Worin nach mehreren Urteilen des Gerichtshofs bestimmte Verkaufsmodalitäten zu sehen sind (siehe oben, Fn. 51). Beispiele sind u. a. eine Beschränkung des Verkaufs bestimmter Erzeugnisse auf Apotheken oder die Ausführung von Glücksspieltätigkeiten in Kasinos.

58 — Vgl. Urteil vom 8. März 2001, van der Burg (C-278/99, EU:C:2001:143), wonach Vorschriften über eine bestimmte Art und Weise des Absatzes keine „technischen Vorschriften“ darstellen.

59 — Diese Fälle würden jedenfalls regelmäßig unter den Begriff des vollständigen Verbots in Art. 1 Abs. 11 der Richtlinie 98/34 fallen.

Erbringung einer Dienstleistung, die notwendigerweise eine Änderung der Zusammensetzung, Kennzeichnung oder Aufmachung eines Erzeugnisses erforderlich machen). In diesen Fällen gibt es eine klare Rückwirkung oder einen klaren Rückschlag auf das Erzeugnis selbst [60].

83. Um ein Höchstmaß an Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Fälle auf ein Mindestmaß zu begrenzen, in denen nationale Behörden und Gerichte auf Grundlage des eher schwer fassbaren Begriffs des „wesentlichen Einflusses auf die Vermarktung" entscheiden müssen, ob eine nationale Maßnahme notifiziert werden muss, sollte die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA klar bestätigt werden. Mit anderen Worten stellen Erlaubnisvorbehaltsregelungen keine „technischen Vorschriften" dar, sofern sie nicht unter einen der oben in Nr. 82 skizzierten Sonderfälle fallen.

84. Mit dem hier vorgeschlagenen Ansatz wird anerkannt, dass nationale Maßnahmen, die für die Erbringung von Dienstleistungen erlassen werden, den freien Warenverkehr beeinträchtigen können und in den Anwendungsbereich beider dieser Grundfreiheiten fallen können [61] (soweit nicht die eine der anderen gegenüber völlig untergeordnete Bedeutung hat) [62]. Der Ansatz spiegelt jedoch auch die Aspekte des Wortlauts, der Systematik und des Zwecks des Begriffs der „sonstigen Vorschriften" in Art. 1 Abs. 4 wider, die seine klare Ausrichtung auf Erzeugnisse untermauern (insbesondere die Voraussetzung im Wortlaut selbst, dass die Maßnahme „für Erzeugnisse" erlassen werden muss). Der auf den Schwerpunkt in Verbindung mit den begrenzten Ausnahmen aufbauende Ansatz hat darüber hinaus den Vorteil, die Rechtssicherheit zu erhöhen. Dies ist von wesentlicher Bedeutung angesichts der schwerwiegenden Folgen einer unterlassenen Notifizierung.

3. Anwendung auf die vorliegende Rechtssache

85. Die Erlaubnispflicht ist *nicht* für Erzeugnisse erlassen [63]. Sie stellt grundsätzlich keine „sonstige Vorschrift" dar. Dieses Ergebnis wird durch die Ausnahme für Erlaubnisse nach dem Urteil CIA untermauert.

86. In der Bezugnahme auf die Örtlichkeitsbeschränkung könnte eine Änderung des Wesens der Erlaubnispflicht gesehen werden. Sie kann daher Anlass zur Berücksichtigung der besonderen Umstände in Nr. 82 geben. Anscheinend liegt jedoch keiner der dort skizzierten besonderen Umstände vor, die eine Abweichung von dem *prima facie* auf der Grundlage des Schwerpunkts der nationalen Maßnahme gewonnenen Ergebnisses rechtfertigen würden. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das abschließende Ergebnis insoweit zu prüfen. Ausgehend von den dem Gerichtshof vorliegenden Sachverhaltsangaben dürfte die Erlaubnispflicht jedoch keine erkennbaren Auswirkungen auf die physischen Merkmale der betreffenden Erzeugnisse haben.

4. Ergebnis

87. Aus den vorgenannten Gründen stellt die Erlaubnispflicht meines Erachtens keine „sonstige Vorschrift" oder, allgemeiner, keine „technische Vorschrift" im Sinne der Richtlinie 98/34 dar.

60 — Zu unterstreichen ist, dass es sich bei den hier gemeinten Arten von Maßnahmen um solche handelt, die „für Dienstleistungen" und nicht für Erzeugnisse erlassen werden. Daher würden sie, wie vom Gerichtshof bereits entschieden, nicht unter den Begriff der „technischen Spezifikation" im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 98/34 fallen, obwohl sie Auswirkungen auf die physischen Merkmale der Waren haben. Vgl. Urteil vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, insbesondere Rn. 59).

61 — Urteil vom 11. September 2003, Anomar u. a. (C-6/01, EU:C:2003:446, Rn. 55).

62 — D. h., soweit das Element des Waren-Aspekts gegenüber dem Dienstleistungselement völlig nebensächlich ist oder umgekehrt. Vgl. hierzu Urteile vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a. (C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 78 ff.), vom 24. März 1994, Schindler (C-275/92, EU:C:1994:119, Rn. 24), und vom 22. Januar 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, Rn. 29 bis 32).

63 — Denn sie sieht Beschränkungen der Veranstaltung von Spielen und nicht in Bezug auf die bei der Veranstaltung dieser Spiele verwendeten Erzeugnisse vor.

V – Ergebnis

88. Nach alledem empfehle ich dem Gerichtshof, auf die Fragen des Sąd Okręgowy w Łodzi (Regionalgericht Łódź) zu erkennen, dass eine nationale Regelung wie die Erlaubnispflicht nach Art. 6 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes keine „technische Vorschrift“ im Sinne 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 (ABl. 1998, L 204, S. 37) darstellt.