

✉ ARENDTS ANWÄLTE, Postfach 11 24, 82025 Grünwald

PERLACHER STR. 68
D - 82031 GRÜNWALD

Buchmacherskongress 2011

des Österreichischen Buchmacherverbandes
am 11. Oktober 2011
in Anif bei Salzburg

POSTFACH 11 24
D- 82025 GRÜNWALD

TEL. 0700 / WETTRECHT
TEL. 089 / 649 111 - 75
FAX. 089 / 649 111 - 76

wettrecht@anlageanwalt.de
wettrecht.blogspot.com
www.wettrecht.de

Sportwettenmonopol in Deutschland: Laufende Verfahren

von Rechtsanwalt Martin Arendts, M.B.L.-HSG

- Thesenpapier -

I. Ausgangspunkt: Urteile des EuGH zu deutschen Sportwetten-Vorlageverfahren

Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 8. September 2010 in den Rechtssachen

- **Markus Stoß** u. a. (verbundene Rechtssachen C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 und C-410/07)
- **Carmen Media** (Rs. C-46/08) und
- **Winner Wetten** (Rs. C-409/06).

Fazit aus meiner Sicht:

Europarechtlich ist eine kohärente Regelung des gesamten Glücksspielmarkts erforderlich: Ablehnung der früher von mehreren deutschen Gerichten vertretenen These einer eingeschränkten, sektoralen Kohärenzprüfung („Kohärenz light“: nur Prüfung, ob der „Sektor“ der Sportwetten unter Ausschluss der durch Bundesgesetz geregelten Pferdewetten kohärent geregelt ist).

Bei der unionsrechtlichen Prüfung der Glückspielrechtlichen Regelungen unter Berücksichtigung des Gebots der Gesamtkohärenz ist nicht nur die Verhältnisse im jeweiligen Bundesland, sondern **auf die Sach- und Rechtslage in der gesamten Bundesrepublik Deutschland abzustellen**, und zwar unabhängig davon, ob für die außer den Sportwetten in die Beurteilung einzubeziehenden anderen Glücksspiele (Pferdewetten, Glücksspielautomaten etc.) die Länder oder der Bund zuständig sind.

Grundsätzlich kann ein Glücksspielmonopol europarechtlich zulässig sein. Deutschland scheitert jedoch klar am Scheinheiligkeitstest (*hypocrisy test*), keine kohärente und systematische Regelung und Umsetzung. Das in Deutschland errichtete Monopol ist daher nicht gerechtfertigt. Die beschränkenden Regelungen des deutschen Glücksspiel-Staatsvertrags (und der dazu ergangenen Ausführungsgesetze der Länder) dürfen wegen des Vorrangs des Europarechts nicht mehr angewandt werden. Anders als nach deutschem Recht gibt es keine Übergangsregelung und keine vorübergehende Weitergeltung europarechtswidrigen Rechts (siehe hierzu das *Winner Wetten*-Urteil in klarer Ablehnung des Vorgehens des OVG NRW). Bis auf Weiteres (bis zu einer europarechtskonformen Neuregelung und Umsetzung) kann somit das binnengrenz-überschreitende Angebot von Glücksspielen an in anderen EU-Mitgliedstaaten staatlich zugelassene Anbieter nicht mehr verboten werden. Zumindest muss es ein europarechtskonformes Genehmigungsverfahren geben (vgl. hierzu u.a. das Urteil des EuGH vom 9. September 2011 in der Rs. *Engelmann*).

II. Umsetzung der Vorgaben des EuGH durch die vorliegenden Gerichte

Die vorliegenden deutschen Gerichte haben in Umsetzung der EuGH-Urteile die gegen Sportwettenvermittler ergangenen Untersagungsverfügungen aufgehoben. So hat das Verwaltungsgericht Stuttgart umgehend noch im Jahr 2010 die Ausgangsverfahren zu seinen EuGH-Vorlagen entschieden. Das Gericht ist dabei konsequent den Vorgaben des EuGH gefolgt (Urteile vom 16. Dezember 2010, Az. 4 K 3645/10 u.a.). Demnach verstößt das durch den Glücksspielstaatsvertrag verankerte Glücksspielmonopol gegen den Vorrang des Unionsrechts, da es nicht hinreichend kohärent ausgestaltet sei. Das

Verwaltungsgericht Stuttgart hält hierzu zutreffend fest (Hervorhebungen jeweils durch den Autor):

*"Die Untersagungsverfügung kann jedoch nicht hierauf gestützt werden, denn die in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV getroffene und auf dem Glücksspielmonopol (§ 10 Abs. 2 und 5 GlüStV) basierende Regelung ist wegen Verstoßes gegen Art. 49 bzw. 56 AEUV (die Art. 43 bzw. 49 EG entsprechen) unanwendbar. Das folgt aus dem **Vorrang des Unionsrechts**. Aus der von der Kammer eingeholten Vorabentscheidung des EuGH vom 08.09.2010 (C-358/07-360/07, GewArch 2010, 444 = ZfWG 2010, 332) ergibt sich, dass zwar grundsätzlich Monopole im Bereich der Sportwetten zulässig sein können, dies aber **nur bei hinreichend kohärenter Ausgestaltung möglich** ist. Fehlt es hieran, so sind **sowohl die inhaltlichen Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags**, soweit sie Monopolisierungen betreffen bzw. voraussetzen (insbesondere § 4 GlüStV), **als auch die begleitenden im Vertrag enthaltenen behördlichen Handlungsermächtigungen (wie § 9 GlüStV) mit Unionsrecht unvereinbar**. An einer solchen kohärenten Ausgestaltung fehlt es auch zum heutigen Zeitpunkt.*

Das folgt schon daraus, dass bei den aufgrund der Vorabentscheidung mit in den Blick zu nehmenden Automatenspielen - diese wurden vom Beklagten und auch im Urteil des VGH Bad.-Württ. v. 10.12.2009 (a.a.O.) bisher für unerheblich gehalten, da allein auf den Sektor der Sportwetten abzustellen sei - die rechtliche Situation gegenüber dem Vorlagebeschluss von 2007 unverändert geblieben ist.

Im Vorlagebeschluss hatte die Kammer dazu ausgeführt: „Es ist jedoch für die Kammer nicht ersichtlich, dass die maßgeblichen gesetzgeberischen Körperschaften der Bundesrepublik Deutschland namentlich gegen die vielfältigen Automatenspiele vorgehen bzw. vorzugehen beabsichtigen. Denn die im Kontext des Abschlusses eines neuen Lotteriestaatsvertrags und infolge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.März 2006 in Angriff genommenen Maßnahmen beziehen die dargestellten privaten Unternehmen

offenstehenden Glücksspielsektoren in keiner Weise mit ein.... Hinzu kommt ein Weiteres: Mit Wirkung vom 01.01.2006 erfolgte eine Änderung der SpielV (vgl. u. a. §§ 3 und 13 SpielV, BGBl. I 2006, 280) in einer Weise, dass verschiedene suchtrelevante Begrenzungen sogar gelockert wurden. So wurde die Zahl der in einer Gaststätte zugelassenen Geld- und Warenspielgeräte von zwei auf drei erhöht, die in Spielhallen zulässige Zahl von 10 auf 12 Geräte; zudem wurde hierbei noch die Mindestquadratmeterzahl von 15 auf 12 qm reduziert. Weiter erfolgte eine Reduzierung der Mindestspieldauer von 12 auf 5 Sekunden bei gleichzeitiger Erhöhung der Verlustgrenze von 60 auf 80 €..... Gerade dieses lediglich sektorale und im Übrigen höchst widersprüchliche Vorgehen, ohne dass dem eine konzeptionelle Gesamtschau zugrunde läge, stellt hiernach keine geeignete und angemessene und daher kohärente Begrenzungsmaßnahme dar.“

In tatsächlicher Hinsicht hat sich die Problematik der Automaten Spiele gegenüber dem Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses sogar noch verschärft. Dieser Sektor hat sich nämlich erheblich vergrößert (siehe hierzu auch VG Hamburg, Urt. v. 02.11.2010 - 4 K 1495/07 -, Rn. 86, - juris). So verzeichnete das gewerbliche Automaten Spiel deutliche Steigerungsraten. Verglichen mit dem Jahr vor der Novellierung der Spielverordnung ergaben sich Umsatzzuwächse von 38,3% (im Jahr 2005 5,88 Mrd. Euro, im Jahr 2008 8,13 Mrd. Euro). Parallel dazu stieg die Zahl der Geldspielautomaten in den gastronomischen Betrieben und rund 12.300 Spielhallen von 200.000 auf 225.000 an. Damit positionierte sich das Marktsegment des gewerblichen Automaten Spiels 2008 erstmals an der Spitze aller legalen Umsatzträger (Hayer, Sucht Aktuell 2010, 47). Damit einhergehend stieg der Anteil der jungen Männer, die an den - besonders suchtfördernden (siehe dazu sogleich) - Spielautomaten ihr Glück versuchen, von 6% im Jahr 2007 auf 15% im Jahr 2009 (Welt-Online v. 04.02.2010).

Zu den mit dem Automaten Spiel verbundenen Suchtgefahren hat bereits das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28.03.2006 (- 1 BvR 1054/01 -, NJW 2006, 1261) ausgeführt, dass bei weitem die meisten Spieler mit problematischem

oder pathologischem Spielverhalten nach derzeitigem Erkenntnisstand an Automaten spielten, die nach der Gewerbeordnung betrieben werden dürfen. An zweiter Stelle in der Statistik folgten Casino-Spiele. Alle anderen Glücksspielformen trügen gegenwärtig deutlich weniger zu problematischem und pathologischem Spielverhalten bei (vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293, 296). An diesen Befunden hat sich für die aktuelle Situation nichts geändert (Hayer, Sucht Aktuell, 2010, 47, 50 f.). (...)

Die Kammer weist zusammenfassend darauf hin, dass schon im Hinblick auf die normative Ermöglichung einer Angebotsexpansion in einem Bereich des Glücksspiels, der - trotz anerkannt hohen Suchtpotentials - nicht dem Monopol unterliegt, sondern liberalisiert ist, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotserweiterung betreiben oder zumindest dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren. Umso mehr gilt das, wenn entsprechende Angebotserweiterungen tatsächlich realisiert werden; dass der Normgeber diese faktischen Entwicklungen beobachtet und mittelfristig Untersuchungen oder ein Eingreifen erwägt, genügt unter diesen Umständen nicht, um die Schlussfolgerung in Frage zu stellen, dass das Sportwettenmonopol wegen Inkohärenz im Verhältnis zum Automatenpiel mit Unionsrecht derzeit unvereinbar ist.

Ob die im Vorlagebeschluss zusätzlich geäußerte gemeinschaftsrechtliche Kritik an der rechtlichen Struktur und faktischen Ausgestaltung des Sportwettenmonopols unter der Geltung des Lotteriestaatsvertrags auch heute noch - mit Blick auf umfangreiche Änderungen durch den Glücksspielstaatsvertrag - in vollem Umfang berechtigt ist, bedarf keiner Entscheidung, weil es - wie ausgeführt - an einer kohärenten Begrenzung und damit einer Erforderlichkeit des Monopols schon im Hinblick auf den Umgang mit dem Automatenpiel fehlt.

Entgegen der Auffassung des Beklagten kann auch nicht davon ausgegangen

werden, dass ein Verstoß gegen Unionsrecht nur dann anzunehmen ist, wenn die im Urteil des Europäischen Gerichtshofs genannten drei, sprachlich mit „sowohl - als auch“ verbundenen Elemente kumulativ erfüllt sind. Vielmehr rekurriert die Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof auf die Vorlagefragen der nationalen Gerichte und nimmt dazu deren Ausführungen in Bezug. Hieraus ist daher für die Auslegung eines Vorabentscheidungsurteils nicht abzuleiten, dass ausschließlich dann, wenn alle dort in Referierung des Vortrags aus dem Vorlagebeschluss genannten Elemente gegeben sind, berechtigter Anlass zur Schlussfolgerung fehlender Kohärenz und Systematik bestehen kann. Dieses Verständnis folgt im Übrigen auch daraus, dass in der Entscheidung des EuGH vom 08.09.2010 zur Rechtssache C-46/08 (Carmen Media, GewArch 2010, 448 = ZfWG 2010, 344) insoweit zwei Feststellungen benannt sind (dort Rn. 71), in der Vorabentscheidung zum vorliegenden Fall drei (vgl. zutreffend VG Berlin, Beschl. v. 06.10.2010 - 35 L 354.10). Neben diesem systematischen Argument sprechen gegen ein Erfordernis kumulativer Erfüllung aber vor allem Sinn und Zweck der vom Europäischen Gerichtshof dargelegten Kohärenzanforderungen, die unterlaufen würden, wollte man die Inkohärenz im Verhältnis zum Automatenspielbereich (vgl. dazu auch Krause, GewArch 2010, 428, 430; Ennuschat, GewArch 2010, 425, 427) durch - unterstellte - rechtliche und/oder tatsächliche Verbesserungen im Bereich des Sportwettenmonopols für kompensierbar halten. In diesem Sinn dürften auch die Entscheidungsgründe des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.11.1010 (8 C 13.09-15.09), soweit sie sich aus dessen Pressemitteilung Nr. 110/2010 ergeben, zu verstehen sein.

Die gegenteilige, eng auf den Wortlaut der Vorabentscheidung gestützte Auffassung greift dagegen zu kurz. Der Vergleich mehrerer Sprachfassungen mit dem Ergebnis, dass die deutsche Formulierung „sowohl - als auch“ in Übereinstimmung mit diesen anderen Sprachfassungen steht (so Urteilsanmerkung Stein, ZfWG 2010, 353, 354 hinsichtlich der englischen und französischen Fassung), bringt keinen eigenständigen Erkenntnisgewinn, sondern bestätigt nur die - in aller Regel zu erwartende - Richtigkeit von amtlichen Übersetzungen. Hieraus lässt sich aber nicht der Umkehrschluss ableiten, beim

Vorliegen nur eines oder nur zweier Elemente seien die nationalen Regelungen unionsrechtskonform. Im Hinblick auf die entscheidende Frage nach der Kohärenz bestehen für die Kammer vielmehr keine Zweifel daran, dass eine Vorlagefrage, die „nur“ auf mangelnde Kohärenz der zu Sportwetten getroffenen Regelung im Verhältnis zur Regelung der Automaten Spiele gestützt worden wäre, aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs keine andere Antwort zur Folge gehabt hätte als die konkret gegebene; einer neuerlichen Vorlage unter diesem Aspekt bedarf es aus Sicht der Kammer daher nicht.“

Auch mit dem Argument des sog. Erlaubnisvorbehalts als angeblich eigenständige Begründung des Monopols kann die Untersagungsverfügung gegen den Sportwettenvermittler nicht aufrechterhalten werden. Das Verwaltungsgericht Stuttgart hält hierzu fest:

„Die Untersagungsverfügung kann auch nicht - wie der Beklagte offenbar meint - mit der Argumentation aufrechterhalten werden, dass es an einer nach dem deutschen Recht erforderlichen Genehmigung fehle (formelle Illegalität). Denn wie bereits ausgeführt wurde, ist **§ 9 GlüStV wegen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar. Eine geltungserhaltende Reduktion ihres Inhalts dergestalt, dass die Vorschrift - solange eine Genehmigung nicht vorliege - trotz Unionsrechtswidrigkeit der konkreten Regelungen zum Sportwettenmonopol (und damit von § 4 Abs. 1 und 2 GlüStV) eine Untersagungsverfügung rechtfertige, ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht möglich** (so i. Erg. auch VG Halle, Urt. v. 11.11.2010, a.a.O. Rn. 190; VG Hamburg, Urt. v. 02.11.2010, a.a.O. Rn. 55 ff.). Diese Auffassung entspricht auch in vollem Umfang den Grundsätzen des Urteils des EuGH in seinem Urteil vom 06.03.2007 (C-338/04, Placanica, Rn. 67), in dem insoweit ausgeführt ist: „Das Fehlen einer polizeilichen Genehmigung kann daher Personen (...), die sich derartige Genehmigungen nicht hätten beschaffen können, weil deren Erteilung den Besitz einer Konzession voraussetzt, von deren Erhalt sie unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen worden waren, auf jeden Fall nicht zum Vorwurf gemacht werden.“ Dass diese Ausführungen im Kontext mit einem strafrechtlichen Verfahren standen, relativiert

sie nicht; vielmehr müssen sie sinngemäß auch für die Frage einer Berechtigung zu Ordnungsverfügungen gelten, da diese oft nicht weniger einschneidende Maßnahmen als das Strafrecht beinhalten.

Der Beklagte behauptet, aus dem Carmen Media-Urteil vom 08.09.2010 (a.a.O.) ergebe sich, dass der Europäische Gerichtshof auch für den Fall einer Unionsrechtswidrigkeit des Monopols von einem Erlaubnisvorbehalt ausgegangen sei. Diese Behauptung trifft indes nicht zu. Vielmehr hat der Europäische Gerichtshof im dortigen Urteil (a.a.O.) Ausführungen zur Erlaubnispflicht auf der Basis einer vom Ausgangsgericht hilfsweise für den Fall der Europarechtswidrigkeit des Monopols gestellten Vorlagefrage gemacht. In diesem Zusammenhang nahm die Vorfrage, weshalb diese - dort dritte - Frage überhaupt gestellt wurde, breiten Raum ein; der Europäische Gerichtshof war der Auffassung, dass trotz der vom Land Schleswig-Holstein geäußerten Zweifel an ihrer Zulässigkeit diese im Hinblick auf die insoweit gegebene Präponderanz des nationalen Vorlagegerichts zu bejahen sei, da nach nationalem Recht trotz Monopols die Möglichkeit einer Erlaubnis in diesem Bereich „zumindest theoretisch durch §§ 4 Abs. 1 und 2 GlüStV und § 5 Abs. 1 GlüStVAG vorbehalten worden zu sein scheint“ (a.a.O. Rn. 81). Damit setzen die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs auf einem - unterstellten - Sachverhalt auf, wonach - unabhängig vom Monopol - zumindest theoretisch ein Lizenzierungsmodell für Sportwetten mit konkreten Anforderungen bestehe. Inwieweit diese Annahme auf der Basis des in der Carmen Media-Entscheidung zugrundegelegten schleswig-holsteinischen Landesrechts zutraf, kann offen bleiben. In Baden-Württemberg lassen die Regelungen eine Lizenzierung für Private im Bereich der Sportwetten jedenfalls nicht zu (vgl. § 2 AGGlüStV). Für die Behauptung des Beklagten, dass bei einer hinsichtlich Sportwetten (ausgenommen Pferdewetten) ausschließlich vorgesehenen Monopolstruktur - bei deren Unionsrechtswidrigkeit - gleichwohl ein Erlaubnisvorbehalt zum Tragen kommen müsse, ist nichts ersichtlich. Im Gegenteil erschiene die Annahme, bei konkreter Unzulässigkeit eines vom Normgeber gewollten Monopols verenge sich der Handlungsrahmen des nationalen Rechts aus unionsrechtlichen Gründen auf ein

Lizenzierungsmodell, nicht gerechtfertigt. Denn die grundsätzliche Billigung einer Monopolstruktur in diesem Bereich durch den Europäischen Gerichtshof impliziert notwendig auch die Möglichkeit zu deren kohärenter Nachbesserung mit der Folge, dass Lizenzierungen für Private auf Dauer ausgeschlossen blieben. **Damit bedarf es auch keiner Überlegungen dazu, ob und ggf. inwieweit die Klägerin - bei einer unterstellten Lizenzierungsmöglichkeit - materiellen Genehmigungsanforderungen genügen würde und wie diese ggf. zu bestimmen wären. Soweit der Beklagte davon ausgeht, solche materiellen Anforderungen ließen sich dem nur teilweise, nämlich um unionsrechtswidrige Teile „bereinigen“ Glücksspielstaatsvertrag entnehmen, ist das im Übrigen nicht richtig; vielmehr wäre hierfür eine (normative) Ergänzung des verbliebenen Regelungstorsos erforderlich, die aber im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung durch ein Gericht weder geleistet werden kann noch darf** (vgl. so zutreffend VG Halle, a.a.O., Rn. 196-201)."

Die Untersagungsverfügung kann auch nicht durch Bezugnahme auf die Strafnorm des § 284 deutsches StGB (unerlaubtes Glücksspiel) aufrechterhalten werden. Das Verwaltungsgericht Stuttgart hält hierzu fest:

"Die Untersagungsverfügung kann schließlich auch nicht wegen des vom Beklagten behaupteten Verstoßes gegen § 284 StGB aufrechterhalten werden. Weder eine Auslegung als polizeirechtliche Ordnungsverfügung (§§ 1, 3 PolG) noch eine Umdeutung (§ 47 LVwVfG) in eine solche ist möglich. Denn gegenwärtig könnte eine polizeirechtliche Ordnungsverfügung nicht erlassen werden. Dass hierbei erhebliche Probleme der sachlichen Zuständigkeit und des Nachschiebens bzw. des Austausches von Ermessenserwägungen aufträten, bedarf keiner Vertiefung, weil es jedenfalls schon an den tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten fehlt. Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit mit Blick auf § 284 StGB liegt nämlich nicht vor. Zwar stellt diese Vorschrift das Veranlassen von öffentlichem Glücksspiel oder die Bereitstellung von Einrichtungen hierzu ohne behördliche Erlaubnis unter Strafe. Ein Strafrechtsverstoß kommt aber dennoch nicht in Betracht. Dabei kann offen

bleiben, ob § 284 StGB derzeit überhaupt verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Denn auch wenn man dies annimmt, kann die Vorschrift nach Sinn und Zweck und bei unionsrechtskonformer Auslegung keine Grundlage für ein polizeirechtliches Einschreiten darstellen, wenn - wie hier (siehe die Ausführungen zu 1. und 2.) - staatliche Vorschriften eine rechtliche Möglichkeit zur Erteilung einer Genehmigung im Bereich der Sportwetten für Private nicht vorsehen und ein staatliches Monopol dort konkret jedenfalls derzeit nicht gerechtfertigt ist. Unter diesen Umständen **fehlt es jedenfalls an einer Strafbarkeit** (vgl. VG Hamburg, a.a.O., Rn. 135 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 16.08.2007 - 4 StR 62/07 - NJW 2007, 3078). **Andernfalls würde über den Weg des Strafrechts ermöglicht, eine unionsrechtswidrig in Grundrechte (Art. 12 GG) und Grundfreiheiten (Art. 49 bzw. 56 AEUV) eingreifende Monopolstruktur vorläufig aufrechtzuerhalten; in seinem Urteil vom 08.09.2010 (Winner Wetten C-409/06, Rn. 62-69, GewArch 2010, 442 = NVwZ 2010, 1419) hat der Europäische Gerichtshof aber gerade ausgeschlossen, dass für eine Übergangszeit unionsrechtswidrige Zustände akzeptiert werden dürfen."**

Die meisten deutschen Verwaltungsgerichte gehen zumindest hinsichtlich alter, maßgeblich auf das staatliche Monopol gestützter Untersagungsverfügungen von einer Rechtswidrigkeit aus. Dies hat am 29. September 2011 nunmehr selbst das Oberverwaltungsgericht NRW (das bislang besonders monopolfreundlich geurteilt hatte und deswegen vom EuGH in der Winner Wetten-Entscheidung kritisiert wurde) eingesehen (Az. 4 A 17/08). In seiner Pressemitteilung vom 30. September 2011 begründet das OVG diese Meinungsänderung mit der fehlenden Kohärenz bei der Regulierung und der rechtswidrigen Werbung der staatlichen Anbieter:

„Nach den inzwischen vom EuGH und vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Maßstäben verletze das staatliche Monopol im Bereich der Sportwetten die europarechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. **Denn der Staat überlasse zugleich andere Glücksspielbereiche mit höherem Suchtpotential privaten Anbietern und nehme die Ausweitung des Marktes hin. Er verhalte sich dadurch widersprüchlich.** Seit der im Jahr 2006 erfolgten

Neuregelung für gewerbliche Automaten Spiele sei vor allem bei Geldspielautomaten in Spielhallen nach allen einschlägigen Studien ein erhebliches Wachstum bezüglich Umsatz und Zahl der Spielgeräte zu verzeichnen. Dies führe zu einer Zunahme des Suchtpotentials, zumal die Neuregelungen zur Entwicklung von Automaten geführt hätten, die im Hinblick auf alle suchtfördernden Merkmale gefährlicher seien als die früher zulässigen. Weil sich diese Expansion in einem wirtschaftlich bedeutsamen Bereich des Glückspielmarktes vollzogen habe, könne das Sportwettenmonopol sein Ziel, die Spielsucht zu bekämpfen, nicht in stimmiger Weise erreichen und sei deshalb europarechtlich nicht zu rechtfertigen. Hinzu komme, dass das gegenwärtige Werbeverhalten des deutschen Lottoblockes die strengen Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts weiterhin nicht einhalte. Der Monopolträger dürfe danach lediglich sachlich informieren, um die Spiellust in legale Bahnen zu lenken. Hiermit seien weder die ständigen Werbekampagnen, die hohe Jackpots in den Vordergrund rückten („Westlotto informiert: Der Lotto-Jackpot wurde bei der letzten Ziehung nicht geknackt. Deshalb heute im Jackpot Mio. Euro“), noch die weiterhin betriebene Image-Werbung („Lotto hilft ..“) vereinbar.“

III. Verteidigungslinien der Monopolbefürworter: Die Rückkehr der „Untoten“

Die alten Argumente zur Verteidigung des Monopols kommen allerdings gerade in letzter Zeit in abgewandelter Form als „Untote“ zurück. Erfreulich ist lediglich, dass das Bundesverwaltungsgericht zumindest für die auf das Monopol gestützte Altfälle ein Austauschen von Gründen deutlich abgelehnt hat. Ermessenserwägungen können nach Überzeugung des Bundesverwaltungsgerichts im gerichtlichen Verfahren nur ergänzt, nicht aber erstmalig angestellt oder völlig ausgewechselt werden (vgl. § 114 Satz 2 VwGO).

Die Monopolvertreter sind nach den EuGH-Urteilen nicht untätig geblieben, sondern haben – nach einer gewissen Schockstarre (z.B. fast ein halbes Jahr keine Vollstreckung von Untersagungsverfügungen in Baden-Württemberg) neben dem Versuch, das Kohärenzkriterium soweit als möglich einzuschränken und in der Praxis wieder zu der

eingangs erwähnten, (vom EuGH abgelehnten) sektoralen Betrachtung zu kommen („Kohärenz light“) - so etwa die angebliche Unbeachtlichkeit der von privaten Buchmachern angebotenen Pferdewetten (offenkundig mit Erfolg beim BGH!) und bei der angeblich nicht erfolgten Liberalisierung der Glücksspielautomaten - zwei Verteidigungslinien aufgebaut:

(1) Erlaubnisvorbehalt

Zum Einen wird das schon ältere Argument aufgegriffen, dass eine Untersagungsverfügung unabhängig vom Monopol – anders als vom VG Stuttgart in der oben zitierten Entscheidung vertreten - auch auf den sog. **Erlaubnisvorbehalt** gestützt werden könne. Der EuGH habe ein Erlaubnisverfahren grundsätzlich als Voraussetzung zugelassen. In diese Richtung gehen mehrere neuere Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, die die Erteilung einer Genehmigung als zumindest möglich unterstellen und das Fehlen dann als Untersagungsgrund ausreichen lassen. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht in seinen neueren Urteilen davon aus, dass „*zunächst Nebenbestimmungen in Betracht kommen*“ (und unterstellt damit ein Genehmigungsverfahren).

Obwohl mehrere Aufsichtsbehörden (ohne gesetzliche Grundlage und mit z.T. über die gesetzlichen Anforderrungen hinausgehenden Anforderungen) „Checklisten“ für die Zulassung von Sportwetten- und Glücksspielanbietern und deren Vermittler entworfen haben¹ und teilweise gezielt zur Antragstellung auffordern (u. a. in Bayern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz: Anschreiben an Rechtsanwälte von Sportwettenvermittlern und Buchmachern), ist bislang keine einzige Erlaubnis erteilt worden. Die Anbieter werden in der Praxis häufig lediglich darauf verwiesen, dass nur staatliche und staatlich beherrschte Unternehmen zugelassen werden können (letztlich aus meiner Sicht bloß eine andere Ausformulierung des staatlichen Monopols). Den Vermittlern wiederum wird vorgehalten, dass der Anbieter ja nicht in Deutschland zugelassen sei, eine staatliche Zulassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat ohne Bedeutung sei und deswegen keine Vermittlererlaubnis erteilt werden könne (so neuere

¹ Vgl. hierzu die als Anlagen beigefügten Checklisten für Bayern und Schleswig-Holstein.

Urteile des BayVGH und des VG Mainz). Auch müsse der Anbieter den Erlaubnis Antrag für den Vermittler stellen (eine Regelung, die für die Landeslotteriegesellschaften und für diese tätigen ca. 26.000 Annahmestellen gedacht war).

(2) Internetverbot

Zum Anderen wird damit argumentiert, dass das im Glücksspielstaatsvertrag enthaltene **Internetverbot** (§ 4 Abs. 4 GlüStV), das gezielt das binnengrenzüberschreitende Angebot betrifft und u. a. deswegen in dem Notifizierungsverfahren von der Europäischen Kommission kritisiert wurde, angeblich völlig **unabhängig vom Monopol** sei. Das Internetverbot sei - so die Begriffsneuschöpfung - nicht „monopolakzessorisch“.

Diese Verteidigungslinie war sehr erfolgreich. Dem Ansatz des angeblich völlig unabhängig vom Monopol geltenden und nicht-diskriminierend geregelten Internetverbots **folgen nunmehr Bundesverwaltungsgericht (Urteile vom 1. Juni 2011) und kürzlich auch der BGH (Urteile vom 28. September 2011)**, ohne diese Frage - wie von den beklagten Buchmachern beantragt - dem EuGH vorzulegen. Nach Ansicht der beiden deutschen Höchstgerichte soll das Internetverbot entgegen der bisherigen Rechtsauffassung und der Behördenpraxis sogar für Pferdewetten gelten (wofür es allerdings nach meiner Einschätzung keine gesetzliche Grundlage gibt).

Angesichts der bislang nicht vorliegenden Urteilsgründe des BGH verweise ich auf die offizielle Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs vom 28. September 2011:

„Das Verbot des Veranstaltens und Vermittelns öffentlicher Glücksspiele im Internet nach § 4 Abs. 4 des Glücksspielstaatsvertrags vom 1. Januar 2008 (GlüStV) ist wirksam. Es verstößt insbesondere nicht gegen das Recht der Europäischen Union. Das hat der u.a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs heute entschieden.

In den fünf Fällen, in denen jetzt Urteile verkündet wurden, haben in- und ausländische Wettunternehmen auch nach dem 1. Januar 2008, also nach dem

Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags, ihr Wettangebot im Internet unter ihren jeweiligen Domainnamen präsentiert und beworben. Deutsche Spieler konnten dieses Angebot nutzen. Die Wettunternehmen wurden von verschiedenen staatlichen Lottogesellschaften auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen. Die Klagen waren vor den Instanzgerichten überwiegend erfolgreich. Nur die Landgerichte Wiesbaden und München I sowie das Oberlandesgericht München hatten sie abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof, der erstmals über die Rechtslage nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags zu entscheiden hatte, hat die Klagen der Lottogesellschaften für begründet erachtet. Soweit den Beklagten von Behörden der DDR im Jahr 1990 vor der Wiedervereinigung Genehmigungen zum Veranstalten oder Vermitteln von Glücksspielen erteilt worden sind, folgt daraus keine Berechtigung, diese Tätigkeit entgegen § 4 Abs. 4 GlüStV nach dem 1. Januar 2008 im Internet auszuüben. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union können sich die Beklagten auch nicht auf eine durch einen anderen Mitgliedstaat – etwa Gibraltar oder Malta - erteilte Erlaubnis berufen, um in Deutschland Glücksspiele im Internet anzubieten.

Das Verbot von Glücksspielen im Internet gem. § 4 Abs. 4 GlüStV stellt zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs in der Europäischen Union dar. Die mit dem Glücksspielstaatsvertrag verfolgten Ziele wie Suchtbekämpfung, Jugendschutz und Betrugsvorbeugung können aber Beschränkungen der Spieltätigkeit rechtfertigen. Wegen der größeren Gefahren des Internets, insbesondere Anonymität, fehlende soziale Kontrolle und jederzeitige Verfügbarkeit, darf dieser Vertriebsweg stärker als herkömmliche Absatzwege eingeschränkt werden.

Das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV erfüllt auch die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelte Anforderung der Kohärenz. Danach müssen Maßnahmen, mit denen ein Mitgliedstaat die Spieltätigkeit beschränkt, dazu beitragen, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in

*diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Da es sich bei **§ 4 Abs. 4 GlüStV um eine eigenständige Regelung** handelt, **kommt es insoweit nicht darauf an, ob der Glücksspielstaatsvertrag insgesamt das Kohärenzkriterium erfüllt**. Es ist deshalb hier unerheblich, welche Regeln in Deutschland für Automaten Spiele oder herkömmliche Spielbanken gelten, die eine persönliche Anwesenheit der Spieler voraussetzen. Das Angebot von Pferdewetten im Internet ist verboten. Allerdings wird es bislang von den Bundesländern geduldet. Das führt aber im Hinblick auf die vergleichsweise geringe Bedeutung der Pferdewetten nicht zur Ungeeignetheit des Internetverbots zur Gefahrenabwehr.*

Der Bundesgerichtshof hat § 5 Abs. 3 GlüStV, der die Werbung für öffentliches Glücksspiel u.a. im Internet verbietet, ebenfalls als wirksam angesehen.

Die Beurteilung des Bundesgerichtshofs deckt sich mit der des Bundesverwaltungsgerichts, das am 1. Juni 2011 ebenfalls eine Entscheidung über die Zulässigkeit privater Sportwetten verkündet hat (8 C 5.10, juris).“

Eine Zuständigkeit der deutschen (Landes-)Behörden bzw. eine Klagemöglichkeit der staatlichen Anbieter (bei Wettbewerbsverfahren) wird bereits dann angenommen, wenn das betreffende Internetangebot (auch) auf Deutsch abrufbar ist, eine deutsche Fahne als Symbol verwendet wird und etwa auf deutsche Angebote für Spielsüchtige verwiesen wird.

Mit der bislang noch bestehenden Fehlerhaftigkeit von Geolokalisationsprogrammen kann man derzeit bei den Gerichten nicht punkten. Vielmehr wird die Durchführung einer (insbesondere datenschutzrechtlich problematischen) Handyortung oder ein gesamtes Abschalten zumindest für Deutschland erwartet (was zukünftig ggf. bei Anbietern mit Genehmigung in Schleswig-Holstein interessant werden dürfte).

Gegen diese Ansätze der Aufrechterhaltung einzelner Regelungen des GlüStV hatte u.a. das VG Halle (wie oben zitiert vom VG Stuttgart) vorgetragen, dass es originäre

Aufgabe des Gesetzgebers (und nicht der Gerichte) sei, eine Neuregelung festzulegen, wenn maßgebliche Kernregelungen, hier das staatliche Monopol, nicht mehr gälten.

Eine genaue Analyse kann ich erst nach Vorliegen der Urteilsgründe liefern. Nach meiner persönlichen Einschätzung vom Verfahrensverlauf und der mündlichen Verhandlung, an der ich teilgenommen hatte, war der für Wettbewerbssachen zuständige I. Zivilsenat des BGH offenbar in sich nicht ganz einig. Offenkundig bestand Diskussionsbedarf. Letztlich dürfte die vom BGH zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juni 2011 (gegen die zwischenzeitlich Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde) wohl den Ausschlag gegeben haben, auch wenn bereits der Ansatzpunkt (Aushebelung des Wettbewerbs durch Klagen von Monopolunternehmen gegen ausländische Mitwettbewerber und damit eine offenkundig bezweckte Marktabschottung) aus meiner Sicht mehr als problematisch ist.

Überzeugend halte ich die in der Pressemitteilung wiedergegebene Argumentation allerdings nicht. Das Internetverbot richtet sich nach der Intention des Gesetzgebers primär an die bisherigen staatlichen Monopolanbieter (andere sind bislang nicht erlaubt), deren Expansionsstrategie und deren problematisches Werbeverhalten eingeschränkt werden sollte (während insbesondere das Internet-Werbeverbot von den Landeslotteriegesellschaften in der Praxis vor allem bei der Imagewerbung bislang nicht beachtet wird). Soweit das Verbot auf in anderen Mitgliedstaaten zugelassene Anbieter angewendet werden soll, dient es vor allem der Marktabschottung. Geschützt werden die deutschen Landeslotteriegesellschaften, die über mehr als 26.000 Annahmestellen und umfassende Werbemöglichkeiten (Aushänge an den Annahmestellen, Kundenzeitschriften etc.) verfügen, während die privaten Anbieter auf den Internetvertriebsweg angewiesen sind (so dass eine zumindest faktische Diskriminierung vorliegen dürfte). Hinsichtlich des letzteren Punktes hat sich der bezüglich des Internets mehr als kritische EuGH (vgl. das den Buchmacher bwin betreffende Urteil in der Rs. *Liga Portuguesa*) wenigstens in seinen im Jahr 2011 ergangenen neuen Urteilen in den Rechtssachen *Zeturf* sowie *Dickinger und Ömer* etwas bewegt.

Zumindest hinsichtlich der Pferdewetten, bei denen das Bundesverwaltungsgericht kürzlich ein bislang nicht einmal von den Behörden vertretenes Internetverbot „erfunden“ hat, besteht selbst nach den Ausführungen in der Pressemitteilung eine tatsächliche Ungleichbehandlung. Mit der „vergleichsweise geringen Bedeutung“ kann man aus meiner Sicht nicht argumentieren.

Neuer Ansatzpunkt: Baurechtliches Vorgehen gegen Annahmestellen

Neben dem nach den EuGH-Urteilen zunächst vielfach nicht mehr primär ergriffenen, auf das staatliche Monopol gestützten Untersagungsverfügungen, ist in der letzten Zeit verstärkt ein auf Baurecht gestütztes Vorgehen zu beobachten (offenbar z. T. auf ministerielle Weisung/Koordinierung zurückzuführen). So wird von den Bauämtern argumentiert, dass eine Nutzungsänderung vorliege. Eine Wettannahmestelle sei mit einer Spielhalle vergleichbar und damit als Vergnügungsstätte zu qualifizieren. Eine Genehmigung als Vergnügungsstätte ist angesichts der deutlich erhöhten Anforderungen (insbesondere an die Stellplätze) nicht bzw. nicht zu angemessenen Kosten zu erhalten.

Anlagen:

- **Checkliste Erlaubniserteilung Bayern**
- **Checkliste Erlaubniserteilung Schleswig-Holstein** (*entspricht noch nicht dem erst zum 1. Januar 2012 in Kraft tretenden Glücksspielgesetz*)