

✉ ARENDTS ANWÄLTE, Postfach 11 24, 82025 Grünwald

Buchmacherskongress 2013

des Österreichischen Buchmacherverbandes
am 8. November 2013
in Anif bei Salzburg

PERLACHER STR. 68
D - 82031 GRÜNWALD

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

Die neuen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zu Untersagungsverfügungen gegen Sportwettenvermittler

von Rechtsanwalt Clemens Schmutzner, ARENDTS ANWÄLTE

I. Entscheidungen des BVerwG vom 16. Mai 2013: Wesentlich Argumentationslinien

Aufgrund fehlendem Fortsetzungsfeststellungsinteresses Unzulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage, mit der die Kläger die Feststellung begehrt, dass die auf das staatliche Sportwettenmonopol gestützten Untersagungsverfügungen aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung rechtswidrig gewesen sind. Keine der vier von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen sind nach Ansicht des Bundesverwaltungsgericht einschlägig:

1. Keine konkrete Wiederholungsgefahr

Konkrete Gefahr erforderlich, dass künftig ein vergleichbarer Verwaltungsakt erlassen wird. Zudem müssen die für die Beurteilung maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände im Wesentlichen unverändert geblieben sein.

Mit Inkrafttreten des GlüÄndStV habe sich die für die Beurteilung einer Glücksspielrechtlichen Untersagung maßgeblichen rechtlichen Umstände grundlegend geändert.

Monopol – Konzessionssystem

Die erheblichen Änderungen der für die materiell-rechtliche Beurteilung der Untersagung erheblichen Vorschriften schließe es aus, von einer im Wesentlichen gleichen Rechtslage auszugehen.

Unberücksichtigt blieb der Vortrag bzgl. einer konkreten Wiederholungsgefahr im Hinblick auf einen Vermittler von Sportwetten, der auch Lotterierprodukte von nicht-staatlichen Veranstalter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat von Deutschland aus an diese vermitteln möchte.

2. Rehabilitierungsinteresse

Die bloße Einschätzung eines Verhaltens als objektiv strafbar hat nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts keinen den Betroffenen diskriminierenden Charakter und kann deshalb kein Rehabilitierungsinteresse auslösen. Ein berechtigtes ideelles Interesse an einer Rehabilitierung besteht nur, wenn sich aus der angegriffenen Maßnahme eine Stigmatisierung des Betroffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern.

Der objektive Strafvorwurf enthalte kein ethisches Unwerturteil, das geeignet wäre, das soziale Ansehen des Betroffenen herabzusetzen. Diese Schwelle werde erst mit dem konkreten, personenbezogenen Vorwurf eines schuldhaft-kriminellen Verhaltens überschritten. Selbst bei Einleitung staatsanwaltlicher Ermittlungsverfahren entfalle eine etwaige stigmatisierende Außenwirkung mit deren Einstellung. Dabei spiele es keine Rolle, wenn in der Einstellung ein Verschulden des Vermittlers nicht ausdrücklich verneint wird, sondern mit Bezug auf die damalige unklare Rechtslage nur bezweifelt und als

allenfalls geringfügig bezeichnet wurde. Allein aufgrund der Einstellung des Ermittlungsverfahrens als Bagatellsache sei nicht schon von einer nachhaltigen, heute noch fortwirkenden Stigmatisierung auszugehen.

3. Tiefgreifender Grundrechtseingriff bzw. Eingriff in die unionsrechtlichen Grundfreiheiten

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gebiete grundsätzlich nicht, den Rechtsweg gegen erledigte Maßnahmen zu eröffnen, wenn dies für die Beseitigung etwa fortwirkender Nachteile für den Betroffenen nicht von Nutzen sein könne. Anders sei dies nur bei Eingriffen, die sich typischerweise kurzfristig endgültig erledigen. In diesen speziellen Fällen wäre eine gerichtliche Klärung in einem Hauptsacheverfahren sonst praktisch ausgeschlossen.

Die glücksspielrechtlichen Untersagungen seien als Verwaltungsakte mit Dauerwirkung aber gerade nicht auf eine solch kurzfristige Erledigung, sondern auf langfristige Geltung angelegt. Das würden gerade die entschiedenen Fälle belegen. In ihnen sei die endgültige Erledigung erst nach mehrjährigem Rechtsstreit aufgrund einer nachträglichen Befristung während des Revisionsverfahrens eingetreten. Bis dahin sei eine gerichtliche Überprüfung in der Hauptsache im Rahmen der Anfechtungsklage ohne Weiteres möglich und wäre in den ersten beiden Instanzen auch vorgenommen worden.

Aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und der Gewährleistung eines wirksamen Rechtsbehelfs nach der Europäischen Grundrechtecharta (vgl. Art. 47 GRC) lasse sich keine Verpflichtung herleiten, in solchen Fällen die Anforderungen an ein berechtigtes Feststellungsinteresse großzügiger zu fassen. Das ergebe sich aus der unionsgerichtlichen Rechtsprechung.

4. Präjudizwirkung für eine angestrebte Staatshaftungsklage

Ein Präjudizinteresse besteht nur dann, wenn die beabsichtigte Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen nicht offensichtlich aussichtslos ist. Bei der Prüfung dieses

Ausschlusskriteriums ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Wahrscheinlichkeit eines Misserfolgs im zivilgerichtlichen Haftungsprozess genügt nicht. Offensichtlich aussichtslos ist eine Staatshaftungsklage jedoch, wenn der geltend gemachte Anspruch unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt besteht und dies sich ohne eine ins Einzelne gehende Würdigung ergibt. Der Verwaltungsprozess muss nicht zur Klärung öffentlich-rechtlicher Vorfragen der Staatshaftung fortgeführt werden, wenn der Kläger daraus wegen offenkundigen Fehlens anderer Anspruchsvoraussetzungen keinen Nutzen ziehen könnte. In den entschiedenen Fällen würde es sich – so das Bundesverwaltungsgericht – schon ohne eine detaillierte Würdigung aufdrängen, dass der jeweilige Vermittler selbst bei Rechtswidrigkeit der Untersagung keine staatshaftungsrechtlichen Ansprüche zuständen, so dass eine Staatshaftungsklage offensichtlich aussichtslos wäre.

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH liege im Zeitraum bis zum Herbst 2010 (Urteile des EuGH vom 8. September 2010) weder ein für die Amtshaftung erforderliches Verschulden der zuständigen Amtswalter noch eine hinreichend qualifizierte Verletzung unionsrechtlicher Bestimmungen vor. Den Amtswaltern sei nicht vorzuwerfen, dass sie sich an der damaligen Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichte orientiert hätten, die die Untersagungen damals insoweit gebilligt hatten. Die unionsrechtlichen Anforderungen an das Sportwettenmonopol seien zumindest bis zu den Entscheidungen des EuGH vom 8. September 2010 und den daran anknüpfenden Entscheidungen des BVerwG vom 24. November 2010 noch nicht hinreichend geklärt gewesen.

Für den anschließenden Zeitraum bis zur endgültigen Erledigung der Untersagungen am 30. Juni 2012 fehle es jedenfalls an der Ursächlichkeit einer etwaigen Rechtswidrigkeit der Verbotsverfügungen für den geltend gemachten Schaden.

Bei Ermessensentscheidungen wie den glücksspielrechtlichen Untersagungen sei der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Schaden nur zu bejahen, wenn feststehe, dass die Behörde bei fehlerfreier Ermessensausübung eine andere, nicht zum Schaden führende Entscheidung getroffen hätte. Das treffe in den

entschiedenen Fällen nicht zu. Die Behörden hätten die unerlaubte Sportwettenvermittlung - unabhängig von der Wirksamkeit und Anwendbarkeit des Monopols - ermessensfehlerfrei untersagen können, um den ordnungsrechtlichen Erlaubnisvorbehalt im Interesse effektiver Gefahrenabwehr durchzusetzen. Der Erlaubnisvorbehalt selbst sei mit Verfassungs- und Unionsrecht vereinbar. Er diene dazu, die persönliche Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zu überprüfen und sicherzustellen, dass seine Wettvermittlung den gesetzlichen Anforderungen entspreche, die insbesondere zum Spieler- und zum Jugendschutz bestehe.

Die Durchsetzung des Erlaubnisvorbehalts wäre in den entschiedenen Fällen auch nicht unverhältnismäßig gewesen. Anders wäre es nur, wenn die untersagte Tätigkeit offensichtlich erlaubnisfähig gewesen wäre. Die Ungewissheit, ob sie erlaubnisfähig war, hätte eine Untersagung dagegen nicht ausgeschlossen. Der Erlaubnisvorbehalt solle und dürfe gerade sicherstellen, dass offene Fragen zur Gefährlichkeit der Tätigkeit im Erlaubnisverfahren geklärt werden. Seine Durchsetzung solle verhindern, dass unkontrolliertes Handeln vollendete Tatsachen schaffen und unüberprüfte Gefahren realisieren könne.

Eine Klärung im Erlaubnisverfahren sei den Betroffenen auch zuzumuten gewesen, weil der Freistaat Bayern dieses Verfahren nach den unionsgerichtlichen Entscheidungen vom September 2010 für private Wettanbieter und deren Vermittler (angeblich) geöffnet haben soll. Die landesgesetzliche Regelung hätte eine entsprechende, verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften ermöglicht. Gegen etwaige rechtsfehlerhafte - auch unionsrechtswidrige - Entscheidungen im durchzuführenden Erlaubnisverfahren würde effektiver Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zur Verfügung stehen.

II. Entscheidungen des BVerwG vom 20. Juni 2013

Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols

1. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklagen in den nordrhein-westfälischen Fällen

In Nordrhein-Westfalen können sich die Vermittler aufgrund der Existenz einer landesrechtlichen verschuldensunabhängigen Regelung eines Haftungsanspruches im dortigen Ordnungsbehördengesetz auf ein Präjudizinteresse berufen. Eine höchstrichterliche Klärung durch den BGH, ob die Voraussetzungen für eine Haftung nach der verschuldensunabhängigen landesgesetzlichen Regelung des § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW gegeben sind, sei bisher noch nicht erfolgt. Damit könne in Bezug auf die Regelung des § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW in den nordrhein-westfälischen Fällen derzeit nicht von einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen ausgegangen werden, so dass das Präjudizinteresse insoweit auch nicht entfallen könne.

2. Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols

Das Sportwettenmonopol in Nordrhein-Westfalen verstoße in der Zeit bis zum 30. November 2013 (in Nordrhein-Westfalen ist der GlüÄndStV nicht zum 1. Juli 2013, sondern erst zum 1. Dezember 2013 in Kraft getreten) gegen die europarechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Es habe die unionsrechtlichen Freiheiten unverhältnismäßig eingeschränkt, weil es nicht kohärent und systematisch dazu beigetragen habe, die gesetzlichen Monopolziele der Suchtbekämpfung und des Jugend- und Spielerschutzes zu verwirklichen.

Dies folge allerdings nicht schon aus der gegenläufigen Glücksspielpolitik im Bereich des gewerblichen Automatenspiels. Nach der Rechtsprechung des EuGH ließe diese Politik die Eignung des Sportwettenmonopols zur Suchtbekämpfung nur dann entfallen, wenn sie zur Folge hätte, dass das Ziel der Spielsuchtbekämpfung mit dem Monopol nicht mehr wirksam verfolgt werden könne. Tatsachen, die eine so erhebliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Monopolregelung belegen, habe das

Berufungsgericht hingegen nicht festgestellt. Das Kohärenzerfordernis erfordere keine zwischen Bund und Ländern koordinierte, sektorenübergreifende, systematisch und widerspruchsfrei am Monopolziel der Suchtbekämpfung orientierte Glücksspielpolitik, die vergleichbare Gefährdungen gleichermaßen erfasse. Insbesondere bedürfe es keines gebiets- und zuständigkeitsübergreifend konzipierten Systems aufeinander abgestimmter Regelungen im Sinne einer sämtliche Glücksspielbereiche überspannenden Gesamtkohärenz.

Nach der unionsgerichtlichen Rechtsprechung liege eine Inkohärenz wegen konterkarierender Regelungen nicht schon vor, wenn in einem anderen Glücksspielbereich mit gleichem oder höherem Suchtpotenzial eine den Monopolzielen zuwiderlaufende Politik verfolgt werde, sondern ausdrücklich nur dann, wenn dies zur Folge habe, dass das der Errichtung des Monopols zugrunde liegende Ziel mit diesem nicht mehr wirksam verfolgt werden könne. Entgegen der Annahme des Berufungsurteils und der Auffassung des Klägers sei eine sog. Folgenbetrachtung nicht entbehrlich. Da die Monopolregelung allein in ihrem Anwendungsbereich wirksam werden könne (Bereich der Sportwetten), könnten Beeinträchtigungen ihrer Wirksamkeit nur dort ermittelt werden. Danach komme es auf die Rückwirkungen der gegenläufigen Glücksspielpolitik im anderen Glücksspielsektor (Bereich der Geldspielautomaten) auf den Monopolbereich an. Festgestellt werden müsse, inwieweit diese Glücksspielpolitik im liberalisierten Geldspielautomatenbereich die Wirksamkeit der Monopolregelung im Sportwettenbereich und deren Beitrag zur Verwirklichung der mit ihr verfolgten Ziele beeinträchtige.

Darin liege keine Rückkehr zu einer unzureichenden sektoralen (allein auf den Sportwettenbereich bezogenen) Kohärenzprüfung. Eine sektorale Kohärenzprüfung blende mögliche Folgen einer Expansionspolitik in anderen Glücksspielbereichen für den Bereich der Sportwetten aus. Die sog. intersektorale Kohärenzprüfung beziehe sie dagegen mit ein. Sie lehne nur die weitergehende Forderung nach einer alle Glücksspielbereiche überspannenden Gesamtkohärenz ab, da für die Geeignetheit der Monopolregelung nur ihr eigener Beitrag zur Zielverwirklichung maßgeblich sei.

Die Unverhältnismäßigkeit der Monopolregelung im Sportwettenbereich ergebe sich aber aus einer systematisch zum Glücksspiel anreizenden Werbung der Monopolträger, der staatlichen Lotto- und Totogesellschaften. Die Werbepaxis der staatlichen Lotto- und Totogesellschaften deute darauf hin, dass das Monopol tatsächlich nicht der Suchtbekämpfung, sondern anderen, insbesondere fiskalischen Zwecken diene. Dabei sei nicht nur die nordrhein-westfälische Werbung für Sportwetten, sondern auch die Werbung für das Lotto-Angebot zu berücksichtigen. Wegen der im Deutschen Lotto- und Totoblock abgestimmten Dachmarkenstrategie und der gemeinsamen Werberichtlinien sei darüber hinaus die Werbung in anderen Bundesländern in die Beurteilung einzubeziehen. Unzulässig seien insoweit insbesondere die „Lotto-hilft“-Kampagne, die das Glücksspiel zum sozial verantwortlichen Handeln aufwertete, die Präsentation der Glücksspirale vor der Hauptausgabe der Tagesschau zur besten Sendezeit und die massive Jackpot-Werbung der staatlichen Anbieter, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellte. Sie sei fortgesetzt worden, obwohl sie nach der eigenen Einschätzung eines Monopolträgers sonst nicht Spielwillige zur Teilnahme am Glücksspiel bewegte.

3. Übergangsweise Anwendung einer unverhältnismäßigen Monopolregelung nicht gerechtfertigt

Die übergangsweise Anwendung unionsrechtswidriger Vorschriften kann nur nach Maßgabe des Unionsrechts legitimiert werden.

Aus dem Urteil des EuGH vom 24. Januar 2013 ergebe sich keine solche unionsrechtliche Rechtfertigung. Diese Entscheidung bestätige vielmehr unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 8. September 2010 ausdrücklich, dass ein unionsrechtswidriges Glücksspielmonopol auch nicht übergangsweise weiter angewendet werden dürfe. Der Mitgliedstaat sei allerdings nicht zu einer Liberalisierung verpflichtet. Er könne sich auch dafür entscheiden, das Monopol unionsrechtskonform zu reformieren. Jedenfalls sei er aber bei Unionsrechtswidrigkeit des Monopols verpflichtet, Erlaubnisansträge anderer Glücksspielanbieter auch während der Übergangszeit bis zu einer Neuregelung zu prüfen und gegebenenfalls nach unionsrechtskonformen Maßstäben zu bescheiden.