

Bundesverwaltungsgericht: □ Verfassungs- und unionsrechtswidrige Untersagungsverfügungen

Das Bundesverwaltungsgericht hat inzwischen seine Urteilsbegründungen in den drei Revisionsverfahren (8 C 13.09, 14.09 und 15.09) übersandt. Von allgemeinem Interesse sind natürlich vor allem die beiden stattgebenden Entscheidungen in den Verfahren 8 C 14.09 und 15.09. Nur über die wichtigsten Erkenntnisse daraus soll hier berichtet werden. Für eine detaillierte Analyse der gestern eingegangenen Urteilsgründe dürfte es noch zu früh sein.

Fest steht schon jetzt, dass – bei aller Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts zur europarechtlichen Bewertung – die bisherige Rechtsprechung der meisten Oberverwaltungsgerichte keinen Bestand haben dürfte.

Die beiden mit der Revision angefochtenen Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 18.12.2008 zu Untersagungsverfügungen bei einem Wettbürobetreiber der Firma Happybet Sportwetten GmbH und einem für die Firma Tipico tätigen Wettanbieter waren, wie berichtet, aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen worden.

Über die bislang nur vorliegende Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts hinaus ergibt die erste Auswertung der Urteilsgründe vor allem folgende wichtige Erkenntnisse:

1. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts teilen der *Erlaubnisvorbehalt* und der Ausschluss von Erlaubnissen für private Wettanbieter das Schicksal des Monopols. Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 GlüStV und Ausschluss

von Erlaubnissen sind rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Sie müssen damit die aus der Rechtsprechung des EuGH sich ergebenden Anforderungen des Unionsrechts erfüllen (Urteil vom 24.11.2010 – 8 C 15.09, Rn. 60 f. und 8 C 14.09, Rn. 61 f.). Die gesamte europarechtliche Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts baut auf diesem Obersatz auf und ist Teil der Subsumtion unter die vom Bundesverwaltungsgericht an dieser Stelle formulierten vier Anforderungen.

Danach ist klar, dass auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts der Erlaubnisvorbehalt im Falle der Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettmonopols und des mit diesem einhergehenden Ausschlusses privater Anbieter nicht durchgreift. Wenn die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung des Glücksspielrechts inkohärent ist, führt ein Fehlen einer Erlaubnis also nicht per se zu einem Verbot der Tätigkeit.

Nur aus diesem Grunde vermag das Bundesverwaltungsgericht auch abschließend zu dem Befund zu gelangen, dass das Urteil des BayVGH sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig erweise, weil die Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung erst auf der Grundlage von Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts beurteilt werden könne. Wenn das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation mit der formellen Illegalität etwas abgewonnen hätte, hätte es die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung schon wegen Verstoßes gegen den Erlaubnisvorbehalt annehmen müssen. Anstelle der Aufhebung der Urteile und der Zurückverweisung an den BayVGH hätte dann eine Zurückweisung der Revisionen erfolgen müssen.

2. Ebenso hinfällig dürfte mit den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts auch die Rechtsprechungslinie der *Oberverwaltungsgerichte Berlin-Brandenburg* und *Niedersachsen* sein, auf die fehlende Erlaubnisfähigkeit,

also die *materielle Illegalität* abzustellen. Da dem *stationären* Sportwettvertrieb das *Internetverbot* – so es denn überhaupt als wirksam angesehen werden könnte, was die meisten Hauptsacheentscheidungen bisher ablehnen (VG Berlin, U.v.22.9.2008 – 35 A15.08 – (für Lotterievermittlung); VG Halle, U.v.11.11.2010 – 3 A 158 u.156/09 – (für Lotterievermittlung), VG Gera, U.v.14.12.2010 – (für Sportwetten), a.A. VG Hamburg)) – von vornherein nicht entgegengehalten werden kann, weil es ihn nicht betrifft, und gegen den stationären Vertrieb angesichts der parallelen Vertriebsstruktur des staatlichen ODDSET-Angebotes auch sonstige grundsätzliche Bedenken nicht ersichtlich sind, hatten diese Oberverwaltungsgerichte eine bemerkenswerte Volte hingelegt:

Weil sie auf Rechtsverstöße der *Betreiber* nicht abstellen konnten, sollen diesen stattdessen sonstige Rechtsverstöße der *Anbieter* entgegengehalten werden können, an die sie vermitteln. Der EU-ausländische Anbieter könne in diesem Falle keine deutsche Erlaubnis auch für sein stationäres Angebot erhalten (warum?) und der inländische Wettbürobetreiber deshalb nicht an ihn vermitteln. Ein solcher Sachverhalt wurde anschließend von den betreffenden Gerichten den Rechtsschutzsuchenden unterstellt, ohne ihnen Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern.

Dieser – vom inakzeptablen *Procedere* einmal abgesehen – materiellrechtlich mehr als fragwürdigen Konstruktion hat das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls nichts abgewinnen können. Die Landesrechtsanwaltschaft Bayern hatte sie unter Berufung auf die beiden Beschlüsse mit Schriftsatz vom 11.11.2010 zu mobilisieren versucht und sich auch in der mündlichen Verhandlung vergeblich darauf berufen, dass die betreffenden EU-ausländischen Anbieter nach dem festgestellten Sachverhalt auch im Internet anbieten würden. Zu Recht hat das

Bundesverwaltungsgericht sich auf diese Argumentation nicht eingelassen und angenommen, dass die Urteile sich deshalb aus anderem Grunde als richtig erweisen. Zu Kohärenz und Wirksamkeit des Internetverbots brauchte das BVerwG damit nichts mehr auszuführen.

3. Das Bundesverwaltungsgericht hält das Urteil des BayVGH *verfassungsrechtlich* insoweit mit dem Grundrecht auf Berufsfreiheit für unvereinbar, als es die *Untersagungsverfügung* auf der Grundlage seiner Tatsachenfeststellungen als rechtmäßig ansieht. Der BayVGH habe einen verfehlten verfassungsrechtlichen Maßstab zugrunde gelegt.

Als nicht mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar, sieht das Bundesverwaltungsgericht namentlich die *Auslegung der Regelungen zur Werbung* für das staatliche Wettangebot in § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV an (BVerwG 8 C 14.09 und 15.09 Rn. 45). Es stellt insoweit deutlich strengere Anforderungen, als sie in der Rechtsprechung bisher praktiziert wurden.

„Alle Werbeformen, die von einem noch nicht zum Wetten entschlossenen durchschnittlichen Empfänger der Botschaft als Motivierung zum Wetten zu verstehen sind“ (Rn. 48), gehen nach dem Bundesverwaltungsgericht über die „gebotene Beschränkung auf eine sachliche Information über legale Wettmöglichkeiten hinaus“ (Rn. 48). Maßgeblich ist danach der objektive Aussagegehalt. Aussagegehalt der Werbung und Kontext der Aufmachung formen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts miteinander die Werbeaussage und müssen also gemeinsam daraufhin überprüft werden, ob sie sich darauf beschränken, auf eine legale Möglichkeit hinzuweisen, einen vorhandenen Entschluss zum Wetten umzusetzen (Rn. 49).

„Jede Form der Image- oder Sympathiewerbung, die über den Hinweis auf die Legalität der Monopolangebote hinaus

Sympathien für das Wetten selbst weckt“, ist nach dem Bundesverwaltungsgericht unzulässig (Rn. 52). Schon „die moralische Aufwertung des Wettens zum positiv zu beurteilenden Verhalten“, wird vom Bundesverwaltungsgericht beanstandet (Rn. 52).

Das Bundesverwaltungsgericht formuliert insoweit einen so strengen Maßstab, dass dem nicht nur die gesamte bisherige Werbepaxis des Deutschen Lotto-Toto-Blocks nicht gerecht wird, sondern kaum Werbemöglichkeiten verbleiben dürften.

4. Die Konsequenzen gehen über den Sportwettbereich hinaus. Zu Recht macht das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil in unionsrechtlichem Zusammenhang deutlich, dass mit Rücksicht auf die insoweit gebotene Gesamtkohärenz das staatliche Verhalten im Bereich von Lotterien mit einzubeziehen ist (Rn. 79). Die Umsetzung und Beachtung des Urteils dürfte daher auf eine fiskalische Katastrophe hinauslaufen, wenn die Länder daran festhalten, das Lotteriemonopol weiter wie bisher auf die Suchtbekämpfung zu stützen. Ohne Werbung schrumpft das staatliche Lotteriemonopol Einschätzung informierter Personen aus der Lotteriebranche binnen Kürze auf die Hälfte des derzeitigen Ertrages zusammen.

Politisch und fiskalisch zwingt das Urteil die Länder daher dazu, die längst gebotene Konsequenz zu ziehen und die Lebenslüge des Lotterieveranstaltungsmonopols (siehe VG Halle und Gutachten Stöver, die Ergebnisse der Evaluation in Mainz) aufzugeben und sich einer vernünftigen Begründung des Lotteriemonopols zuzuwenden. Die unsinnigen Fesseln der Werberestriktionen können dann abgestreift und ein modernes und den Marktbedürfnissen gerecht werdendes Lotterieangebot wieder ermöglicht werden.

5. Was den *Vertrieb über das flächendeckende Annahmestellennetz* privater Betreiber anbetrifft, hält

sich das Bundesverwaltungsgericht auffallend stark zurück und argumentiert auch in der Sache wenig überzeugend.

(1) Es hat es zunächst für ausreichend, das der Gesetzgeber die Reduzierung der Zahl der Annahmestellen auf die Laufzeit des Glücksspielstaatsvertrages gestreckt hat (!). Es erscheint doch mindestens recht zweifelhaft, ob dies mit der Anforderung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar ist, dass

„die Vertriebswege ... so auszuwählen und einzurichten [sind], dass Möglichkeiten zur Realisierung des Spieler- und Jugendschutzes genutzt werden“ (BVerfGE 115, 276, 318)

Statt des Maßstabes des Bundesverfassungsgerichts verlangt das Bundesverwaltungsgericht nur, die

„Vertriebswege [zu] begrenzen und sicher[zu]stellen, dass bei der Einzelausgestaltung der Wettgelegenheiten dem Spieler- und Jugendschutz Rechnung getragen wird“ (Rn. 36 in beiden Urteilen).

Hier dürfte zwischen dem verfassungsrechtlichen Anforderungsprofil und der Umsetzung durch das Bundesverwaltungsgericht eine gewisse Lücke klaffen, auf die es für die Entscheidung aber letztlich nicht ankam.

(2) Immerhin enthält das Urteil für den deutschen Lotto-Toto-Block auch insoweit einen nicht geringen Pferdefuß: Das Bundesverwaltungsgericht hat die Begrenzung nur mit der Begründung ausreichen lassen, dass die im Staatsvertrag vorgesehene wissenschaftliche Evaluation über das Erfordernis weiterer Anpassungen des Vertriebssystems abgewartet werden dürfe. Ob ein Überangebot an Annahmestellen vorliegt, soll also danach entschieden werden dürfen.

Damit ist nun die Frage virulent, was zu geschehen hat, wenn die wissenschaftliche Evaluation sich mit dieser Frage überhaupt nicht befasst. Genau vor diesem Problem stehen die Länder. Denn die gem. § 27 S. 2 GlüStV spätestens zum 01.01.2011 vorzulegende wissenschaftliche Evaluation unter Mitwirkung des Fachbeirats (!) verhält sich überhaupt nicht dazu, inwieweit aus suchtpreventiver und suchtpolitischer Sicht das dichte Annahmestellennetz des deutschen Lotto-Toto-Blocks über das hinausgeht, was für eine auf Suchtprevention ausgerichtete Politik erforderlich ist. Wenn die vom Bundesverwaltungsgericht insoweit gewährte Schonfrist also überschritten ist, bleibt die große Frage, ob nicht spätestens jetzt der Monopolvertrieb hinter den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zurückbleibt. Als Revisionsgericht musste das Bundesverwaltungsgericht sich damit nicht befassen.

(3) Und weiter darf zu der Ausgestaltung des Vertriebes nicht vergessen werden – das Bundesverwaltungsgericht hat dies leider nicht näher thematisiert, obwohl es Gegenstand der Revision gewesen ist -, dass das Bundesverfassungsgericht folgendes ausdrücklich beanstandet hatte:

Ebenso wenig sind die Vertriebswege für ODDSET auf eine Bekämpfung der Suchtgefahren und auf eine Begrenzung der Wettleidenschaft angelegt. Die staatliche Lotterieverwaltung betreibt ODDSET über ihr breitgefächertes Netz von Lotto-Annahmestellen, denen die offizielle Maxime „weites Land – kurze Wege“ zugrunde liegt. Dabei handelte es sich vor allem um Zeitschriften- und Tabakläden oder ähnliche kleine oder mittelständische Gewerbebetriebe, so dass der Vertrieb in bewusster Nähe zum Kunden stattfindet. Dadurch wird die Möglichkeit zu Sportwetten zu einem allorts verfügbaren „normalen“ Gut des täglichen Lebens.“

(BVerfGE 115, 276, 314 f.)

An dieser Grundbeanstandung des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber und hat der deutsche Lotto-Toto-Block seither nichts geändert. Die bloße Reduzierung der Zahl der Annahmestelle um etwa 5 % jedenfalls bleibt deutlich hinter diesem Maßstab zurück. Das Zitat könnte ebenso gut einer aktuellen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung entstammen.

Das Bundesverwaltungsgericht versucht die von ihm nicht zitierte Aussage des Bundesverfassungsgerichts mit Sachverständigenaussagen von Meyer/Hayer zu relativieren. Es verschweigt allerdings, dass diese dem Bundesverfassungsgericht seinerzeit ebenfalls vorlagen, ohne dass das Bundesverwaltungsgericht deshalb an seiner Formulierung etwas geändert hätte (!).

Auch erscheint es doch mehr als zweifelhaft, ob es wirklich der kohärenten Suchtbekämpfung dienen kann, wenn es bundesweit mehr als 18 mal mehr Lottoannahmestellen (ca. 25.000) gibt als McDonalds Restaurants (nach Eigendarstellung aktuell 1.361 in Deutschland, mit denen diese Fastfood-Kette täglich (!) durchschnittlich über 2,67 Mio. täglich und im Jahr 2009 insgesamt 937 Mio. Besucher verköstigt hat (?!)), erscheint doch mehr als zweifelhaft.

(4) Etwas befremdlich ist in diesem Zusammenhang der eigentümliche Versuch des Bundesverwaltungsgerichts, den Einwand der Revision auszuräumen, dass der *Verordnungsgeber* halb so viele Annahmestellen, nämlich 12.000 Postfilialen, zur flächendeckenden Versorgung mit postalischen Dienstleistungen als ausreichend angesehen hat (§ 2 Nr.1 PUDLV). Die Revision hatte geltend gemacht, dass es zur Einstufung als *suchtgefährdendes Gut* nicht passe, diese doppelt so intensiv zu

verbreiten, wie eine nicht nur unschädliche, sondern sogar für die Infrastrukturversorgung der Bevölkerung lebenswichtige Dienstleistung.

Das Bundesverwaltungsgericht will dem nun entgegenhalten, dass „ein erheblicher Teil der früher der Post vorbehaltenen Dienstleistungen durch andere Anbieter erbracht“ würden (Rn.38). Das ist indessen weder tatsächlich zutreffend (ca. 90% der Versorgung mit Briefen versieht bis heute die DP AG), noch trifft es den rechtlichen Kern. Denn die Vorgabe des Verordnungsgebers betraf den seinerzeit und bis heute ausschließlich von der Deutschen Post AG erbrachten Universaldienst, und nur diesen. Der Einwand wird also gar nicht entkräftet.

(5) Da das Bundesverwaltungsgericht sich mit der Frage der angemessenen Dichte des Vertriebsnetzes aber auch nicht näher befassen musste oder wollte, sie vielmehr als Gegenstand der Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts ansah, wird dies in den weiteren Berufungsverfahren im Einzelnen zu untersuchen sein. Es ist kaum zu erwarten, dass dabei Sachverständige bestätigen würden, die Abgabe von Lottoscheinen und Wettscheinen in Lottoannahmestellen gewährleiste eine soziale Kontrolle. Denn die Kunden begreifen dies ja gerade längst als sozialadäquate Betätigung.

6. In *unionsrechtlicher* Hinsicht enthält das Urteil im wesentlichen keine Überraschungen. Insoweit kann im wesentlichen zur Vermeidung von Wiederholungen auf den soeben erschienen Beitrag des Kollegen Dr. Bartholmes bei isa-law verwiesen werden.

Erwartungsgemäß wird die zwischen Verwaltungsgerichtshof und den Monopolverfechtern beharrlich verfochtene These, die Kohärenzfrage müsse nur sektoral, hier also für den Wettbereich untersucht werden, verworfen. Die Prüfung der Kohärenz muss vielmehr das staatliche Verhalten im

Bereich von Lotterien und anderen Glücksspielen mit einbeziehen (Rn. 79). Soweit Glücksspielmonopole sich auf die Spielsuchtbekämpfung als zwingenden Gemeinwohlbelang zur Rechtfertigung berufen, müssen die beschränkten Regelungen sich mithin auch in Zukunft für den jeweiligen Glücksspielsektor als systematisch und kohärent erweisen. Darüber hinaus muss sie sich, wie das Bundesverwaltungsgericht formuliert,

„auf die Frage erstrecken, ob die gesetzliche Regelung oder die Anwendungspraxis in anderen Glücksspielbereichen, insbesondere solchen mit vergleichbarem oder höherem Suchtpotential, die Verbraucher zur Teilnahme am Glücksspiel ermuntern oder anreizt, oder ob sie in anderer Weise – insbesondere aus fiskalischen Interessen – auf eine Expansion gerichtet ist oder diese duldet.“ (Rn. 80).

Das Bundesverwaltungsgericht beanstandet deshalb, dass das Berufungsgericht sich mit Regelungen und Anwendungspraxis bei Casino- und Automatenspielen nicht befasst. Es stellt ferner klar, dass die unionsrechtliche Prüfung selbstverständlich die bundesrechtliche Seite mit abdeckt (Rn. 81).

7. Hervorzuheben ist schließlich, dass das Bundesverwaltungsgericht in Konsequenz der EuGH-Urteile die Annahme des BayVGH – und des OVG Nordrhein-Westfalen – es bedürfe eines „krassen Missverhältnisses“ der Glücksspielpolitik im Bereich der Sportwetten einerseits und der Spielbanken und des Automatenspiels andererseits ausdrücklich verwirft (Rn. 82). Im Anschluss an den EuGH genügt es vielmehr schon, wenn die

„legitimen Zwecke des Sportwettenmonopols in anderen Glücksspielbereichen normativ oder durch die Praxis der Rechtsanwendung konterkariert werden. Das kann auch dadurch geschehen, dass diesen Zwecken entgegenlaufende

Ausgestaltungen geduldet werden. Auf die besondere Schwere eines solchen Widerspruchs kommt es nicht an.“ (Rn. 82).

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof wird in Konsequenz der Zurückverweisung die fehlenden Tatsachenfeststellungen nunmehr nachholen. Da das Ergebnis aufgrund der vorliegenden Erkenntnisse bereits absehbar ist, dürfte an dem Befund einer unionsrechtswidrigen Rechtslage und der Unzulässigkeit des Vorgehens gegenüber privaten Wettanbietern nichts mehr vorbeiführen. Vermutlich wird der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in den dort anstehenden Eilentscheidungen Konsequenzen ziehen. Mindestens ebenso bedeutsam sind die erwähnten politischen und fiskalischen Schlussfolgerungen, über die die Ministerpräsidentenkonferenz im März/April entscheiden will. Dass bei der jetzt vorliegenden Sachlage die Monopolbefürworter unter den Bundesländern sich noch durchsetzen werden, erscheint eher unwahrscheinlich.