

Erste Hauptsacheentscheidung (Urteil) des Verwaltungsgerichts Berlin zur Problematik „Sportwettvermittlung“

Sportwettvermittler erhält Recht. Bescheid des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten wird aufgehoben.

Nachdem das VG Berlin bereits vor einigen Monaten in mehreren Eilverfahren zu Gunsten von Sportwettvermittlern entschieden hatte, liegt nunmehr eine erste Hauptsache-Entscheidung in Form eines Urteils des Verwaltungsgericht Berlin (VG 35 A 108.07) vor.

In einem durch die Kanzlei Bongers geführten Verfahren war einem Sportwettvermittler, der Sportwetten an die Firma Cashpoint (Malta) Ltd. vermittelte, diese Tätigkeit durch das Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten des Landes Berlin untersagt worden.

Nachdem auch der Widerspruch zurückgewiesen worden war, hatte die bereits vor geraumer Zeit erhobene Klage nunmehr im Ergebnis Erfolg. Die Ordnungsverfügung der Behörde vom 01.12.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.01.2007 ist durch das Gericht aufgehoben worden. Die Kosten des Verfahrens sind der Behörde auferlegt worden, wobei auch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die Vertretung des Klägers im Vorverfahren als notwendig anerkannt worden ist.

Das Gericht hat im Übrigen die Berufung gegen das Urteil zugelassen.

Das Gericht hält die Klage für zulässig und begründet.

Der Zulässigkeit der Klage stehe insbesondere nicht entgegen, dass der Kläger darauf verwiesen werden könne, zunächst eine Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag beantragen und erhalten zu müssen.

Da ein faktisches staatliches Wettmonopol sowohl für die Veranstaltung, als auch für die Vermittlung von Sportwetten bestehe und ein Anspruch auf Erteilung einer Lizenz zu Gunsten eines privatrechtlichen Sportwettenvermittlers bereits nach den gesetzlichen Vorschriften ausgeschlossen sei, könne ein entsprechender Sportwettvermittler auch nicht darauf verwiesen werden, zunächst eine entsprechende Lizenz zu beantragen bzw. zu erstreiten. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Kläger sei auch deshalb zu bejahen, weil der Kläger schlichtweg besser gestellt sei, wenn er keiner Untersagungsverfügung, die mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, ausgesetzt ist.

Die Klage des Sportwettvermittlers hält das Gericht auch für begründet, wobei das Gericht als maßgeblichen Zeitpunkt auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung verweist.

Insgesamt stellt das Verwaltungsgericht fest, dass zwar die Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erfüllt seien, gleichwohl die Anwendbarkeit dieser Norm aber nicht in Betracht komme, weil die in § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV konstituierte Erlaubnispflicht im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 Satz 2, § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV nicht nur verfassungswidrig sei, sondern zudem im konkreten Fall auch gegen geltendes **Europäisches Gemeinschaftsrecht** verstoße. Infolge dessen, also dem Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht scheitere die Anwendbarkeit dieser Normen am **Anwendungsvorrang** des europäischen Gemeinschaftsrechts.

Das Gericht äußert in seiner weitergehenden Begründung zunächst erhebliche Zweifel daran, ob seitens des Landes Berlin nicht bereits mit Schaffung des Glücksspielstaatsvertrages Ziele verfolgt werden, die keine legitimen Zwecke darstellen. So verweist es beispielsweise darauf, dass in der einleitenden Begründung zum Berliner

Glücksspielgesetz der Landesgesetzgeber ausführe, dass der bei einer partiellen Öffnung des Monopols zu befürchtende Wegfall des – von ihm so bezeichneten – staatlichen Glücksspielmonopols zur Folge hätte, dass „sich die Ziele des Staatsvertrages nicht gleichwertig verwirklichen ließen und die **Einnahmen der Länder aus dem staatlichen Glücksspielmonopol weitgehend entfielen**“.

Zudem zitiert das Gericht aus den Beratungen im Abgeordnetenhaus des Parlaments in Berlin, wonach mehrere Abgeordnete die Zustimmung zum Glücksspielstaatsvertrag gerade deshalb für erforderlich hielten, um die gemeinnützigen Mittel, die aus dem Lotteriebereich an Destinatäre gezahlt werden, sicherzustellen.

Genau derartige fiskalische Interessen dürfen aber gerade nicht zur Rechtfertigung eines solchen Monopols entscheidend sein, so der EuGH.

Insgesamt stellt das Gericht des Weiteren fest, dass nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit die derzeitige gesetzliche Ausprägung des so genannten „Sportwettmonopols“ des Landes Berlin mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nicht zu vereinbaren ist. So habe das Gericht bereits vor Ablauf der so genannten Übergangsfrist wiederholt darauf hingewiesen, dass mit Ablauf der Übergangsfrist ab dem 31.12.2007 die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zukunft **verstärkt zu berücksichtigen** seien. Das Gericht macht hier deutlich, dass der Prüfungsmaßstab während der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts insoweit ein anderer war, als nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages zum 01.01.2008.

Das Gericht kommt zutreffend zu der Feststellung der **Verfassungswidrigkeit** des aktuellen Gesetzes, weil es schon die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Sportwettmonopols hinsichtlich inhaltlicher Kriterien betreffend Art und Zuschnitt der Sportwette nur ansatzweise für erfüllt sieht, nicht ersichtlich sei, dass der Gesetzgeber gestaltend auf den

Vertrieb der Sportwetten durch den staatlichen Monopolisten eingewirkt habe und gegenüber der vom Bundesverfassungsgericht beanstandeten Vermarktung von Sportwetten als „Gut des täglichen Lebens“ keine Veränderung geschaffen worden sei. Zudem enthalte der Glücksspielstaatsvertrag keine ausreichende strukturelle Vorgabe zur Begrenzung der Werbung für Sportwetten. Schließlich seien bei der gesetzlichen Konstituierung und Ausgestaltung des staatlichen Sportwettmonopols die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Spielerschutz nicht ausreichend beachtet worden.

Das Gericht legt in seinem **112 Seiten** umfassenden Urteil umfassend dar, dass insoweit die Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts gleich an mehreren Stellen durch den Landesgesetzgeber weder in **rechtlicher**, noch in **tatsächlicher** Form umgesetzt worden sind.

Neben der hier festgestellten verfassungswidrigen Ausgestaltung des staatlichen Sportwettmonopols bedürfe es einer weiteren Klärung der Frage, ob nun eine sektorale Betrachtung der einzelnen Spielsuchtgefahren geboten ist oder eine Gesamtschau aller Glücksspielsektoren vorgenommen werden müsse, im vorliegenden Fall nicht mehr. Würde man dieser Frage nachgehen, müsste aber geprüft werden – so das Gericht –, welche Maßnahme zur Begrenzung der Spielleidenschaft in den Bereichen Glücksspielautomaten, Kasinospiele, Pferdewetten, TV-Gewinnspiele, Fernsehlotterien, Internetgewinnspiele, Gewinn- und Lotteriesparen sowie in den weiteren, unter der Dachmarke Lotto vertriebenen, Produkten (z.B. Rubbellose) unternommen wurden. Dabei wäre dann insbesondere zu berücksichtigen, dass nach übereinstimmender Aussage von Suchtstudien das größte Gefährdungspotential von Glücksspielautomaten und Kasinospielen ausgehe. Zu untersuchen sei auch die ab dem 01.01.2008 veränderte Spielverordnung sowie die Frage, ob beispielsweise auch von der steigenden Anzahl von TV-Gewinnspielen Gefahren ausgingen und ob diesen in irgendeiner Form adäquat begegnet würde.

Obgleich es im vorliegenden Fall aus Sicht des Verwaltungsgerichts Berlin nicht mehr darauf ankommt, stellt das Gericht insoweit zutreffend fest, dass sich die Bundesländer nicht darauf berufen könnten, nicht über die notwendige Gesetzgebungskompetenz im Bereich anderer Glücksspielbereiche zu verfügen. Angesichts der beim Abschluss des Glücksspielstaatsvertrages bekundeten Einigkeit der Bundesländer wäre es diesen ohne Weiteres möglich gewesen, mittels des Initiativrechts des Bundesrates zumindest ein Gesetzgebungsverfahren in Gang zu setzen, um auch andere Glücksspielbereiche mit in die Thematik einzubeziehen, so das Gericht.

Im Übrigen hält die Kammer es auch nicht für erforderlich, die Angelegenheit dem Bundesverfassungsgericht vorab vorzulegen, da die streitgegenständlichen Normen auch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstießen und unter Berücksichtigung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts derartige Normen nicht angewandt werden können, so lange sie unzulässige Eingriffe in die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit enthalten.

Das Verwaltungsgericht weist im Zusammenhang mit der Prüfung der Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH zunächst darauf hin, dass es aus dortiger Sicht einer weiteren Vorlage an den EuGH grundsätzlich auch nicht bedürfe, da bereits auf Basis der bisherigen Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH geprüft werden könne, ob die derzeitige tatsächliche und rechtliche Ausgestaltung des Sportwettmonopols mit geltendem europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei oder eben nicht (wie hier festgestellt).

Die Unverhältnismäßigkeit und damit die Gemeinschaftswidrigkeit des staatlichen Sportwettmonopols ergäbe sich bereits aus der Betrachtung der sportwettbezogenen Rechtsnormen selbst, so dass es aus Sicht des Gerichts auf die "Kohärenzfrage" gar nicht mehr ankomme.

Der grenzüberschreitende Bezug der Dienstleistungserbringung ergäbe sich im vorliegenden Fall aus der Annahme der Sportwetten in Deutschland und deren Online-Übermittlung an die Firma Cashpoint in Malta. In diesem Zusammenhang könne sich auch der Kläger als Unionsbürger der Europäischen Union bei seiner Tätigkeit als Vermittler auf die europäischen Grundfreiheiten berufen. In der Unmöglichkeit für den Kläger, die Erlaubnispflicht des Glücksspielstaatsvertrages zu erfüllen, liege eine – rechtfertigungsbedürftige – Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Klägers. Das Gericht stellt weiter fest, dass das Unternehmen, an welches der Kläger Sportwetten vermittele, auf Malta selbst rechtmäßig Sportwetten anbieten würde und über die dort erforderliche Lizenz verfüge. Dabei komme es auch nicht darauf an, ob die Übermittlung in den europäischen Mitgliedsstaat und das hiesige Angebot gegenüber dem Kunden in Annahmestellen aus Sicht des anderen Mitgliedsstaates rechtmäßig sei oder nicht. Das maltesische Unternehmen Cashpoint (Malta) Ltd. verfüge über eine maltesische Lizenz der Klasse 2 und damit über eine Lizenz, mit der Glücksspiele mittels Fernkommunikation gestattet seien. Dies sei ausdrücklich auch durch Mitarbeiter der maltesischen Behörde bestätigt worden. Letztlich sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei dem hier vorgenommenen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nicht gewahrt. Die Maßnahmen müssten nämlich insbesondere geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Zieles zu gewährleisten und dürften nicht über das hierfür **Erforderliche** hinausgehen. Dabei komme dem jeweiligen Mitgliedsstaat zwar ein Entscheidungsspielraum zu, um auf die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die damit einhergehenden schädlichen Folgen für den einzelnen und die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten verbunden sind, angemessen reagieren zu können. Der Gesetzgeber sei bei seiner gesetzgeberischen Entscheidung gerade nicht völlig frei, sondern an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Anforderungen des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann erfüllt, wenn die **Beschränkungen die Gelegenheit zum Spiel wirklich vermindern und bei Sicherung eines regulierten Zugangs zu Glücksspielen die Tätigkeit in diesem Bereich kohärent und systematisch begrenzt würde.** Der EuGH habe weiter betont, dass sich **Mitgliedsstaaten nicht auf das grundsätzlich legitime Ziel der Suchtbekämpfung berufen können, wenn sie die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Glücksspielen teilzunehmen, damit der Staatskasse hieraus Einnahmen zufließen.**

Zusammenfassend stellt das Gericht sodann fest, dass diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben den verfassungsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich entsprechen würden. Allerdings sei europarechtlich – anders als verfassungsrechtlich – nicht nur die rechtliche Ausgestaltung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in den Blick zu nehmen, sondern es komme entscheidend auch auf die konkreten Anwendungsmodalitäten, d. h. die **tatsächliche** Ausgestaltung, an.

Persönliche Anmerkung:

Hier unterscheidet sich im Übrigen die zutreffende Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin von der Einschätzung einzelner, anderer Verwaltungsgerichte, die es trotz dieser klaren Vorgabe der Rechtsprechung des EuGH nicht für erforderlich erachten, auch die **tatsächliche** Ausgestaltung des Monopols zu prüfen, sondern sich darauf beschränken, die rechtliche Ausgestaltung in den Blick zu nehmen.

Das Gericht kommt sodann zu der völlig zutreffenden Einschätzung, dass derzeit weder die rechtliche, noch die tatsächliche Ausgestaltung des so genannten Sportwettmonopols des Landes Berlin den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen gerecht wird. Es finde keine angemessene Begrenzung der Vermarktung von Sportwetten statt, die Zahl der Annahmestellen für Sportwetten im Lande Berlin sei gesetzlich lediglich auf 1.100 Annahmestellen beschränkt, so dass weiterhin ein breit

gefächertes Netz von Annahmestellen zur Verfügung stehe. Sportwetten stellten sich damit weiterhin als „Gut des täglichen Lebens“ überall zur Verfügung. Durch diese quantitative und qualitative Präsenz der Annahmestellen werde zu einer aktiven Teilnahme am Glücksspiel eingeladen und dazu angereizt und ermuntert, an solchen teilzunehmen. Ferner enthalte der Glücksspielstaatsvertrag unter Missachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Werbestrategie keine ausreichende strukturelle Vorgabe zur Begrenzung der Werbung für Sportwetten. Die gesetzlichen Vorgaben zur Beschränkung der Werbung in § 5 GlüStV vermögen gerade nicht zu verhindern, dass mit der Werbung für Sportwetten der DKLB zu einer aktiven Teilnahme am Glücksspiel eingeladen, somit also angereizt und ermuntert werde. Zudem würden die Kunden durch eine weiterhin mögliche Omnipräsenz der „mittelbaren“ Werbung für Sportwetten und insbesondere auch die Möglichkeit der Werbung für Sportwetten zu einer aktiven Teilnahme eingeladen.

Zudem enthielten die gesetzlichen Bestimmungen zur Suchtprävention schon strukturelle Defizite, da es insbesondere an gesetzlichen Höchsteinsatzgrenzen für einen bestimmten Zeitraum fehle. Schließlich differenziere die gesetzliche Regelung des Ausschlusses von Vermittlern von Sportwetten nicht nach dem Herkunftsstaat des Sportwettanbieters und somit nach einer – möglicherweise – unterschiedlichen Kontrolle im Staate des Anbieters der Sportwetten. Diese Defizite wiederum spiegeln sich nach Auffassung des Gerichts in der aktuellen tatsächlichen Situation wieder. Es bestünden bei der tatsächlichen Betrachtung des Sportwettmarktes reale Unzulänglichkeiten, wobei das Gericht dann zahlreiche Werbeslogans der Landeslotteriegesellschaft zitiert.

Letztlich bedürfe es im Hinblick auf die hier getroffenen Feststellungen keiner weiteren Klärung mehr – so das Gericht – , ob das Sportwettmonopol nicht auch deshalb gemeinschaftswidrig sei, weil es aus weiteren Gründen eine

unverhältnismäßige, nämlich zur Erreichung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrages nicht erforderliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle, da der Gesetzgeber nicht in ausreichendem Maße nachgewiesen habe, dass auch weniger einschneidende Mittel (wie etwa die Zulassung privater Anbieter unter strengen Konzessionsbedingungen) zur Abwehr der mit Sportwetten verbundenen Gefahren ausgereicht hätten.

Am Rande stellt das Gericht noch fest, dass der Bescheid der Behörde lediglich formale Hinweise auf die Gesetzeslage enthält, eine konkrete Auseinandersetzung mit dem konkreten Fall aber schlichtweg bei Erlass der Ordnungsverfügung fehlte. Individuelle Gefahren, die vom Betrieb des Klägers ausgehen könnten, seien nicht festgestellt worden und auch in eine Ermessensprüfung nicht einbezogen worden. Voraussetzung für eine pflichtgemäße Ausübung des Ermessens sei die vollständige und zutreffende Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes, was hier unterblieben sei. Solche Ermessenserwägungen könnten – so das Gericht zutreffend – auch nicht nachgeschoben und geheilt werden. Es sei im Übrigen ohnehin fraglich, ob ein Nachschieben von Gründen zur Heilung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Verfügung überhaupt zulässig sei.

Besonders bemerkenswert ist, dass das Verwaltungsgericht zutreffend und ergänzend ausführt, dass sich die Ordnungsverfügung, die vor dem 28.03.2006 erlassen worden war, auch und gerade nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ausgangsbescheides als rechtswidrig darstelle. Letztlich bedürfe es der Klärung auch dieser Rechtsfrage nicht, wobei das Verwaltungsgericht aber verdeutlicht, dass es durchaus problematisch erscheint, eine einmal rechtswidrige Verfügung aufrechtzuerhalten (so übrigens zutreffend auch VG Minden oder VG Chemnitz).

Abschließend hat das Gericht die weitergehenden Aufklärungsanträge und auch Beiladungsanträge des Beklagtenvertreters zurückgewiesen und eine Erforderlichkeit

hierfür nicht erachtet, nachdem das Gericht zutreffend festgestellt hatte, dass das maltesische Wettveranstaltungsunternehmen Cashpoint (Malta) Ltd. über eine ordnungsgemäße Lizenz zur Veranstaltung von Sportwetten, ausgestellt durch die maltesischen Behörden, verfügt, der Wettvermittlungsvertrag zwischen dem Vermittler und dem Veranstalter vorgelegt wurde und auch Bestätigungsschreiben der maltesischen Aufsichtsbehörde vorgelegt worden sind, aus denen sich die Legitimation der Annahme von Sportwetten durch die Firma Cashpoint (Malta) Ltd. ergeben habe.

Das Gericht hat abschließend die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes auch für das Vorverfahren als notwendig anerkannt, weil das Untersagungsverfahren nicht nur von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für den Kläger war und ist, sondern auch besondere rechtliche Schwierigkeiten bestehen, wobei eine höchst richterliche Klärung zu dieser Thematik bis heute nicht vorliege.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin ist die erste hier bekannte Hauptsache-Entscheidung in Berlin, die nun sicherlich auch bei der noch anstehenden Beschwerde-Entscheidung im Eilverfahren vor dem OVG Berlin-Brandenburg zu berücksichtigen sein wird. Die Entscheidung ist höchst umfangreich und detailliert begründet, geht von einem zutreffenden Prüfungsmaßstab gemäß den klaren Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH aus und kommt im Ergebnis zu Recht zu der Einschätzung, dass die hier streitgegenständliche Ordnungsverfügung rechtswidrig und damit aufzuheben war.