

# **Keine übergangsweise Fortgeltung gemeinschaftswidrigen Wettmonopols – Generalanwalt Bot stärkt Position von Vermittlern privater Sportwetten**

*Von Rechtsanwalt Dr. Thomas Bartholmes*

Nationale Gerichte sind nicht berechtigt, Regelungen zum Verbot der Wettvermittlung ins EU-Ausland trotz Verstoßes gegen Europarecht für eine Übergangszeit weiter anzuwenden. Diesen Standpunkt vertrat Generalanwalt Yves Bot mit den am 26.01.2010 vorgelegten Schlußanträgen in der Rs. C-409/06 Winner Wetten ([www.curia.eu](http://www.curia.eu)), dem ersten Verfahren beim Europäischen Gerichtshof, das unmittelbar das Sportwettenrecht in Deutschland betrifft. Der diesbezügliche Entscheidungsvorschlag lautet wörtlich:

*„Ein Gericht eines Mitgliedstaats darf seine nationale Regelung über Sportwetten nicht ausnahms- und übergangsweise weiter anwenden, wenn diese Regelung eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, weil sie nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beiträgt“.*

## ***Hintergrund des Rechtsstreits***

Hintergrund des Rechtsstreits, in dem die Klägerin des Ausgangsverfahrens (Winner Wetten GmbH) durch die Rechtsanwaltskanzlei Kuentzle vertreten wird, ist die Praxis

des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, im Zeitraum zwischen Juni 2006 und Dezember 2007 in einer Vielzahl von Eilverfahren von Sportwettvermittlern die Vorschriften der §§ 284 f. StGB und des Sportwettengesetzes NRW trotz erkannter und festgestellter Unvereinbarkeit mit Art. 49 EGV übergangsweise weiter anzuwenden und somit erklärtermaßen den Anwendungsvorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht für einen Zeitraum von anderthalb Jahren zu suspendieren, „um unerträgliche Konsequenzen einer sonst eintretenden Regelungslosigkeit zu vermeiden“. Bei genauer Betrachtung konnte freilich von „übergangsweiser Weiteranwendung“ in weiten Landesteilen gar keine Rede sein, weil sowohl Strafverfolgungsorgane als auch Ordnungsbehörden gerade wegen der mutmaßlichen Unvereinbarkeit des § 284 StGB mit EG-Recht die Norm in Sportwettfällen schon seit Anfang 2005 faktisch gar nicht mehr angewandt haben. Der Idee der „Weiter“-Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen Rechts liegt die Vorstellung zugrunde, die allein den Konflikt mit dem Verfassungsrecht betreffende Übergangsregelung im Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (1 BvR 1054/01) auf das EG-Recht zu übertragen und auf dieser Grundlage private Wettangebote „weiter“ als verboten zu behandeln.

Aufgrund des erst im April 2006 wieder in Gang gekommenen massiven Vollzugs und der Suspension des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs durch das OVG NRW mußten ab Juni 2006 Hunderte Wettbüros in weiten Teilen von NRW ihren Betrieb einstellen. Während das Oberverwaltungsgericht meinte, auch ohne Befassung des Europäischen Gerichtshofes dem EG-Recht für anderthalb Jahre im Wettbereich faktisch seine Wirksamkeit nehmen zu können, hat das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluß vom 21.09.2006 im Verfahren 1 K 5910/05 (Winner Wetten GmbH ./, Bürgermeisterin der Stadt Bergheim), veröffentlicht auf [www.vewu.com/urteile.php](http://www.vewu.com/urteile.php), dem Europäischen Gerichtshof die Frage nach der Zulässigkeit der vorübergehenden Anwendung

gemeinschaftswidrigen Rechts im Sportwettenbereich vorgelegt. Es geht dort um die Fa. Winner Wetten GmbH, die Sportwetten an das in Malta konzessionierte Wettunternehmen Tipico Co. Ltd. vermittelt.

Generalanwalt Bot hat in nunmehr seinen Schlußanträgen die Position des Verwaltungsgerichts Köln gestärkt und sich zugleich auch klar gegen die Versuche sämtlicher am Verfahren beteiligter Mitgliedstaaten gewandt, den seit Jahrzehnten anerkannten gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Anwendungsvorrangs vor nationalem Recht aufzuweichen.

### ***Verfassungsgerichtliche Weitergeltungsanordnung berührt Anwendungsvorrang nicht***

Hinsichtlich der Auswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 und vom 02.08.2006 (1 BvR 2677/04) verweist Bot auf das erst vor kurzem ergangene Urteil des EuGH in der Rs. C-314/08 Filipiak, in welchem ausgeführt wurde, daß eine von einem nationalen Verfassungsgericht angeordnete übergangsweise Weiteranwendung einer Rechtsvorschrift das nationale Gericht nicht daran hindere, diese Vorschriften in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit gemäß dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewandt zu lassen. Hieraus schließt Bot für die deutsche Situation in den Jahren 2006/07:

*„Daraus folgt, dass im vorliegenden Fall der Umstand, dass die streitige Regelung auch gegen das Grundgesetz verstößt und dass das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, sie für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten, in keiner Weise die Verpflichtung des vorlegenden Gerichts mindert, die Regelung in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit unangewandt zu lassen, wenn es der Auffassung ist, sie verstoße gegen Art. 49 EG“.*  
(Rn. 73)

(Tatsächlich gab es übrigens nie eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in NRW geltende Regelungen zum

Wettwesen übergangsweise weiter anzuwenden. Eine solche hätte gemäß § 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG auch gar nicht in einem bloßen Kammer-Nichtannahmebeschluß wie dem vom 02.08.2006, in den Bot eine solche Anordnung hineinliest, ausgesprochen werden können.)

### ***Suchtbekämpfung rechtfertigt nicht Außerachtlassung des EG-Rechts***

Auch Gründe des Verbraucherschutzes können laut Bot nicht für eine Außerachtlassung des EG-Rechts angeführt werden:

*„Um die Bedeutung der untersuchten Problematik zu bemessen, ist auch daran zu erinnern, dass die fragliche Regelung nach der Prämisse des vorliegenden Gerichts eine wirksame Bekämpfung der Spielsucht nicht ermöglicht. Mit anderen Worten bewirkt die Regelung dieser Prämisse zufolge, dass Anbietern, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, verboten wird, Verbrauchern im Land NRW Sportwetten anzubieten; sie ist danach aber ungeeignet, die Verbraucher vor einem übermäßigen Anreiz zu solchen Wetten seitens des zugelassenen Veranstalters zu schützen“. (Rn. 78)*

### ***Keine „Nachbesserungsfrist“ zur Rettung eines Wettmonopols***

Deutlich wandte sich Generalanwalt Bot auch gegen die von einigen Mitgliedstaaten vorgebrachten These, ihnen müsse bei festgestellter Unvereinbarkeit von Regelungen des Wettwesens mit EG-Recht eine Frist zur „Nachbesserung“ verbleiben, mit der Folge, daß dem Marktteilnehmer letztlich nicht mehr verbliebe als das Recht, den Staat gerichtlich zu einer konsequenteren Ausgestaltung seines Wettrechts zu veranlassen. Vielmehr muß Marktteilnehmern – hier also konkret Personen, die an der Vermittlung von Sportwetten an Wettunternehmer im EU-Ausland interessiert sind – die Möglichkeit bleiben, das aus Art. 49 EGV folgende Marktzugangsrecht in Fällen nicht gerechtfertigter Beschränkungen auch durchzusetzen:

*„Die praktische Wirksamkeit des Art. 234 EG in Verbindung mit*

*der unmittelbaren Wirkung der Rechte aus den Verkehrsfreiheiten soll es dem Einzelnen gerade ermöglichen, sich gegen eine Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats zu wenden und zu erreichen, dass sie auf ihn nicht angewandt wird, wenn sie gegen eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts wie eine Verkehrsgrundfreiheit verstößt. (...) Wendete man die streitige Regelung im Ausgangsrechtsstreit gegenüber Winner Wetten an, was eine Abweisung ihrer Klage als unbegründet zur Folge hätte, würde dies bewirken, ihr den wirksamen gerichtlichen Schutz der Rechte zu versagen, die ihr unmittelbar durch die Vertragsbestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit verliehen werden“. (Rn. 105/108)*

### ***Diskriminierende und protektionistische Maßnahme***

Generalanwalt Bot weist zudem darauf hin, daß schon das Wesen des hier in Rede stehenden Verstoßes gegen EG-Recht einer übergangsweise Weiteranwendung der Verbotsnormen entgegensteht:

*„Das Argument, die fragliche Regelung müsse aufrechterhalten werden, um eine Gesetzeslücke zu vermeiden, kann daher nicht durchgreifen, da diese Regelung selbst ungeeignet ist, die Verbraucher zu schützen. Nach der Prämisse des vorlegenden Gerichts stellt sie in Wirklichkeit lediglich eine diskriminierende oder zumindest protektionistische Maßnahme dar“. (Rn. 113)*

### ***„Übergangsregelung“ des OVG NRW schon im Ansatz verfehlt***

Schließlich weist er auf den Gesichtspunkt hin, daß eine übergangsweise Weiteranwendung von Vorschriften, deren Unvereinbarkeit mit EG-Recht aus dem Urteil „Gambelli“ vom 06.11.2003 (C-243/01) hergeleitet wird, notwendigerweise bereits im Gambelli-Urteil selbst hätte angeordnet werden müssen. Bot führt hierzu aus:

*„Begrenzt der Gerichtshof die Rückwirkung seiner Urteile zeitlich, ist er bestrebt, diese Abweichung von der wirksamen*

*Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit dem Erfordernis in Einklang zu bringen, eine einheitliche Auslegung dieses Rechts in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherzustellen. Zum einen kann nach ständiger Rechtsprechung nur der Gerichtshof selbst über diese Begrenzung entscheiden.*

Zum anderen – dieser zweite Punkt ist hier entscheidend – kann sich die zeitliche Einschränkung der Wirkungen nur aus dem Urteil ergeben, in dem die Gemeinschaftsnorm ausgelegt wird. Daher kann eine solche Einschränkung nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nur in dem Urteil selbst vorgenommen werden, in dem über die erbetene Auslegung entschieden wird.

Diese Bedingung ist aus folgendem Grund zwingend. Die zeitliche Wirkung der vom Gerichtshof auf ein Vorabentscheidungsersuchen hin vorgenommenen Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts muss sich notwendig nach einem einheitlichen Zeitpunkt bestimmen. Insoweit stellt der Grundsatz, dass eine Beschränkung nur in dem Urteil selbst erfolgen kann, in dem über die erbetene Auslegung entschieden wird, die Gleichbehandlung der Mitgliedstaaten und der Einzelnen in Ansehung des Gemeinschaftsrechts sicher und erfüllt damit die Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit ergeben“. (Rn. 115-117)

***Gemeinschaftsrechtswidrigkeit erscheint plausibel – Bot folgt nicht dem Standpunkt der Bundesregierung***

Zu der Frage, ob die Beschränkungen der Wettvermittlung in NRW in den Jahren 2006 und 2007 tatsächlich mit EG-Recht unvereinbar waren, äußert sich Generalanwalt Bot – entgegen den Erwartungen, die insbesondere die Bundesrepublik Deutschland im Verfahren geäußert hatte – nur am Rande. Er hält den Standpunkt des Verwaltungsgerichts Köln aber für durchaus plausibel. Weil allerdings der Vorlagebeschluß entscheidende Gesichtspunkte, aus denen sich die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Rechtslage in NRW in

Zeitraum bis Ende 2007 ergibt, nicht selbst nennt, sondern insoweit lediglich auf den Beschluß des OVG NRW vom 28.06.2006 (4 B 961/06) und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (1 BvR 1054/01) verweist, war es für Generalanwalt Bot kaum nachvollziehbar, ob die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts mit seiner eigenen, in den Schlußanträgen vom 17.12.2009 zu den Niederlanden (Rs. C-203/08 u. C-258/08, The Sporting Exchange [Betfair] u. Ladbrokes) geäußerten Ansichten harmonisiert. Insbesondere ergibt sich aus dem Vorlagebeschluß nur implizit – durch Verweise auf die besagten Entscheidungen von BVerfG und OVG NRW – daß das Wettmonopol 2006/07 (auch) nicht das im Urteil Gambelli, Rn. 62, niedergelegte, auf das Zenatti-Urteil vom 21.10.1999 (C-67/98) zurückgehende Kriterium erfüllte, „wirklich dem Ziel der Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel zu dienen“. Gerade – und nur – hierauf bezieht sich auch die in Rn. 144 des Verfassungsurteils festgestellte „Parallelität“ der Anforderungen von Verfassungs- und EG-Recht. Eine restriktive Politik, für deren Einführung die Sicherstellung der Finanzierung sozialer Aktivitäten der eigentliche Grund war, verstößt gegen EG-Recht, unabhängig von der faktischen Ausgestaltung des staatlichen Wettangebotes (die etwa im Urteil Zenatti gar keine Rolle gespielt hat).

Insgesamt bleibt also festzuhalten, daß die Bestrebungen sowohl der Bundesregierung als auch der Stadt Bergheim, sich die übergangsweise Weiteranwendung von Beschränkungen der Sportwettvermittlung in den Jahren 2006/07 gemeinschaftsrechtlich „absegnen“ zu lassen, mit den Schlußanträgen keinerlei Rückendeckung bekommen haben. Obwohl sich Generalanwalt Bot in seinen bisherigen Schlußanträgen zu Portugal (C-42/07 Liga Portuguesa) und den Niederlanden als ausgewiesener Verteidiger von Ausschließlichkeitsrechten im Wettbereich positioniert und dabei auch Standpunkte vertreten hat, die so in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung keinen Niederschlag gefunden haben, hat er sich die in der schriftlichen Stellungnahme der Bundesregierung vertretenen

Rechtsansichten der deutschen Monopolverfechter weitestgehend nicht zueigen gemacht. Deren Strategie bestand darin, den Gerichtshof zu veranlassen, den Rechtsstandpunkt des Verwaltungsgerichts Köln als offenkundig falsch zu verwerfen und über eine Umformulierung der Frage den Gerichtshof zu einer Bestätigung des übergangsweisen Fortgeltung des Monopols zu bewegen. Diesem Ansinnen hat sich Generalanwalt Bot verschlossen. Er hat die Bewertung des Verwaltungsgerichts zwar hinterfragt, konnte aber – anders als die Bundesregierung – eine offenkundige Fehlinterpretation des Gemeinschaftsrechts gerade nicht feststellen. Hätte sich das Verwaltungsgericht die Mühe gemacht, die Gründe der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit klarer darzustellen und dabei zumindest die entscheidenden Passagen in den Entscheidungen von Oberverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht (v.a. die Rn. 136 und 144) wörtlich zu zitieren, so wäre deutlich geworden, daß seine Auffassung vollauf mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH konform geht und auch nicht im Widerspruch zu Bots späteren Schlußanträgen betreffend Portugal und die Niederlanden steht.

### **Resümee**

Der Entscheidungsvorschlag bindet den Gerichtshof nicht, allerdings pflegt der Gerichtshof in den weitaus meisten Fällen dem Schlußantrag des Generalanwaltes in der Tendenz zu folgen. Mit dem eigentlichen Urteil ist frühestens in einigen Monaten zu rechnen.

Die unmittelbar Deutschland betreffenden Schlußanträge von Generalanwalt Bot geben Grund zu der Hoffnung, daß der mehr als leichtfertige Umgang mit europäischem Gemeinschaftsrecht, den deutsche Ordnungsbehörden und Gerichte im Wettbereich – bis heute – pflegen, auch vom Gerichtshof selbst beanstandet werden wird. Neben dem Oberverwaltungsgericht NRW hatten u.a. auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof, das Sächsische Oberverwaltungsgericht, der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg und das Thüringer Oberverwaltungsgericht in den Jahren 2006 und 2007 die Auffassung vertreten, Rechtsnormen



zum Wettmonopol könnten trotz Verstoßes gegen EG-Recht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.

**Kontakt:**

Rechtsanwalt Dr. Oliver Bludovsky  
Rechtsanwalt Dr. Thomas Bartholmes  
Kuentzle Rechtsanwälte

An der Raumfabrik 29  
76227 Karlsruhe  
Tel: 0721-919600  
Fax: 0721-9196020

E-Mail: ✕ [drose@kuentzle-rechtsanwaelte.de](mailto:drose@kuentzle-rechtsanwaelte.de)