

# Zu den Urteilen des Wettbewerbsrats beim BGH vom 28.9.2011

*Ein Artikel von Rechtsanwalt Rolf Karpenstein*

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Urteilen vom 28.9.2011 Unterlassungsklagen von Lottogesellschaften der Bundesländer gegen Sportwettanbieter, die sich auf die Dienstleistungsfreiheit und auf eine sog. DDR-Genehmigung berufen, unter Hinweis auf § 4 Abs. 4 Glücksspielstaatsvertrag (Internetverbot) für begründet erklärt. Die Klagen rügen Sportwettangebote aus der Zeit vor der Fussball-Weltmeisterschaft 2006.

## I.

Die Heranziehung des § 4 Abs. 4 GlüStV an Stelle des monopolistischen Ausschlusses (§ 10 Abs. 2 und 5 iVm § 4 Abs. 1 GlüStV) verwundert schon im Ansatz. Der Staatsvertrag regelt nicht den Vertrieb privater Wettanbieter, sondern schließt sie vom deutschen Markt vollständig aus. Kein Gesetzgeber regelt den Vertriebsweg einer ohnehin verbotenen und nicht genehmigungsfähigen Dienstleistung. Das Internetvertriebsverbot wurde nicht als Eingriffsnorm für staatliche Übergriffe in private – nach deutschem Recht von vornherein illegale (§ 4 Abs. 1 GlüStV iVm § 10 Abs. 2 und 5) – Sportwettangebote in den Staatsvertrag aufgenommen. Es sollte im Anschluss an das Sportwettenurteil des BVerfG den durch den Staatsvorbehalt bewirkten Eingriff in Grundrechte und Grundfreiheiten privater Anbieter rechtfertigen, indem das staatliche Monopolangebot entkommerzialisiert und systematisch und kohärent auf die Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet wird.

Diese grundrechtsschützende Funktion des § 4 Abs. 4 GlüStV hatte das BVerfG in seinen drei Urteilen vom 24.11.2010 (dort Rn. 26 bzw. 30 ff) zutreffend gesehen und wörtlich ausgeführt, dass die Vermarktungsbeschränkungen des GlüStV „nicht die dem

*Parlamentsvorbehalt unterworfenen Regelung der Grundrechtsausübung privater Sportwettenanbieter oder -Vermittler betreffen. Sie regeln nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger.“* Zwar lavierte sich der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinen Urteilen vom 1. Juni 2011 unter neuem Vorsitz an dieser richtigen Auslegung des GlüStV vorbei, indem er auf seine gesetzliche Bindung (§ 137 II VwGO) an das Verständnis des GlüStV durch die Vorinstanz verwies (BVerwG, 8 C 5.10 Rn. 10 ff). Beim BGH besteht diese Bindung indessen nicht. Vielmehr ist es ihm sogar untersagt, in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten (deutschen) Gerichtshofs abzuweichen, ohne den Gemeinsamen Senat anzurufen (Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung). Die Pressemitteilung des BGH ist vor diesem Hintergrund missverständlich. Seine rechtliche Beurteilung deckt sich nur mit dem scharf kritisierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1.6.2011 in der Sache 8 C 5.10 (dazu Reichert, Isa-Guide Law, Nachricht v. 11.8.2011, T. Wächter, WRP 2011, 1278) nicht aber mit der Beurteilung des GlüStV durch das Bundesverwaltungsgericht in den Rechtssachen 8 C 13, 14 und 15.09.

Mit Spannung wird daher allseits den Urteilsgründen des BGH entgegengesehen, die unter Verstoß gegen § 310 Abs. 2 ZPO am Verkündungstermin leider nicht vorlagen. Noch ist nicht ersichtlich, wie der BGH nachvollziehbar erklären wird, dass er von den drei Urteilen des 8. Senats beim Bundesverwaltungsgericht vom 24.11.2010 ohne Anrufung des Gemeinsamen Senats abweicht. Bisläng wurde weder von Seiten der Gerichte noch von Seiten der Bundesländer plausibel erklärt, wie ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers eine an die Monopolträger gerichtete Vermarktungsbeschränkung, die den durch das Monopol bewirkten Eingriff in die Grundrechte privater Anbieter verhältnismäßig gestalten soll, in eine „Ersatzeingriffsgrundlage“ umgewandelt werden kann, wenn sich der monopolistische Ausschluss als ungerechtfertigt erweist.

Dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe eine „Ersatzeingriffsnorm“ für den Fall vorgesehen, dass der Anwendung des Monopols das Unionsrecht entgegensteht, liegt ersichtlich fern.

Auf das Bundesverfassungsgericht kann sich der BGH für die These, das Internetvertriebsverbot habe je nach Belieben der Gerichte und Behörden zwei Funktionen gleichzeitig – grundrechtsschützend zur Rechtfertigung des Monopols und grundrechtsnegierend für den Fall der Unanwendbarkeit des Monopols – jedenfalls nicht stützen. Das Bundesverfassungsgericht hatte im Sportwettenurteil nicht verlangt, die Rechte privater Anbieter durch ein Internetvertriebsverbots zu beschränken. Es hatte postuliert, dass sich der Staat hinsichtlich seiner Werbung und auch durch den Verzicht auf den Vertriebskanal Internet entkommerzialisieren muss, wenn er ein Monopol mit der Suchtgefahr zu rechtfertigen gedenkt.

## II.

Den nur mit Tenor verkündeten Urteilen ist naturgemäß nicht zu entnehmen, wie der BGH damit umgeht, dass die Europäische Kommission die Anwendung des weit verstandenen § 4 Abs. 4 GlüStV auf private Anbieter als nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das höherrangige Unionsrecht sieht. Der I Senat beim BGH kennt das anhängige Vertragsverletzungsverfahren. Im Kartellbeschluss vom 14.8.2008 (KVR 54/07) heißt es in Rn. 120 vielsagend: *„Die Kommission hält ... das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht und hat deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.“* Wer gedacht hatte, dass die Auffassung der obersten Aufsichtsbehörde der Europäischen Union und die Vorlagepflicht bei den letztinstanzlichen deutschen Gerichten eine Rolle spielt, wird also einmal mehr eines Besseren belehrt. An der unionsrechtlichen Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof sind im Bereich des Glücksspiels nur die aufrechten unteren Instanzen interessiert. Weil es davon mehrere gibt, ist es wahrscheinlich, dass sich – wie z. B. im der Sache Winner-Wetten – irgendwann der EuGH zu den unionsrechtlichen Fragen äußert, die Gegenstand der BGH-

Urteile vom 28.9.2011 und des BVerwG-Urteils vom 1.6.2011 gewesen sind. Als sicher erscheint, dass die Rechtsfindung des EuGH dann wieder einmal von derjenigen der oberen deutschen Gerichte abweichen wird. Denn der EuGH geht bei der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit Glücksspiel keineswegs floskelhaft davon aus, dass deren Suchtgefahren durch die Nutzung des Vertriebskanals Internet verstärkt werden (EuGH, *Zeturf*; *Dickinger & Öhmer*). Er stellt deshalb auch bei einem Verbot des Vertriebskanals Internet (durch ein Monopol) wie schon in der *Zeturf*-Entscheidung klar, dass eine besondere Gefahrenverstärkung von dem Mitgliedstaat vor den Tatsacheninstanzen nachgewiesen werden muss. Floskeln können diesen tatsächlichen Nachweis kaum ersetzen.

### III.

Ob der BGH in den Urteilen zu den Wettbewerbsverfahren ausreichend würdigen wird, dass nach EuGH (*Zeturf*, Rn. 59 – 63) die nachvollziehbare tatsächliche Vermutung besteht, dass auch die staatliche Glücksspielanbieter erwerbswirtschaftlich (fiskalisch) tätig sind, was die Rechtfertigung des staatlichen Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit ausschließt (EuGH, *Zenatti*, Rn. 35 f; BVerwG, 8. C 5.10, Rn. 35 Mitte), bleibt abzuwarten. Vor den Tatsacheninstanzen jedenfalls hatten die Lottogesellschaften diese tatsächliche Vermutung nicht entkräftet. Und die Äußerungen der Landespolitik in den aktuellen Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des GlüStV lassen ebenso wie die Tatsache, dass die Lottogesellschaften ihre Monopolstellung bei Sportwetten über das Wettbewerbsrecht durchsetzen, wenig Zweifel, dass die wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme fiskalischen Zielen dient und nicht der systematischen und kohärenten Bekämpfung der Suchtgefahr. Das wird – dies nur am Rande – natürlich auch durch den Umstand belegt, dass alle Unterlassungsklagen, die der BGH jetzt als unionsrechtlich gerechtfertigt ansieht, aus der Zeit vor dem deutschen Sommermärchen stammen. Damals hatten nicht einmal die Länder selbst eine systematische und kohärente Glücksspielpolitik behauptet, sondern gerade begonnen, am GlüStV zu laborieren.

### IV.

Ob die vollständig abgefassten Urteilsgründe eine nachvollziehbare Begründung für die Nichtvorlage und die Rechtfertigung des Eingriffs in die Verbotsnorm des Artikels

56 AEUV liefern, erscheint auch unter einem anderen Aspekt fraglich. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Glücksspiels ist nur gerechtfertigt, wenn auch die gesamte Glücksspielpraxis des Staates (in Ergänzung zur rechtlichen Ausgestaltung) systematisch und kohärent allein auf die Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist. Wie auch das Bundesverwaltungsgericht hervorhebt (8 C 5.10, a.a.O), scheidet die Rechtfertigung eines Internetvertriebsverbots aus, wenn der Staat in Wahrheit Glücksspiele mit erwerbswirtschaftlicher Zielrichtung anbietet oder wenn er – wie gegenüber dem BGH durch Beispiele von Internetwerbung des DLTB nachgewiesen wurde – eine emotionale Werbung für staatliches Glücksspiel betreibt, die daran anknüpft, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden. Das alles kann der BGH im Zeitpunkt *seiner* Entscheidung, also im Zeitpunkt seines Verstoßes gegen das Verbot des Artikels 56 AEUV, denklogisch nicht beurteilen. Er ist keine Tatsacheninstanz und darf nicht von Amts wegen diejenigen Tatsachen ermitteln, die eine Rechtfertigung der Verletzung der Verbotsnorm des Artikels 56 AEUV ausnahmsweise rechtfertigen könnten. Der BGH kann nur auf einen Sachverhalt zurückgreifen, den ihm die Vorinstanzen – ersichtlich defizitär – Jahre zuvor geliefert haben. Seine Urteile haben deshalb keine *aktuelle* wettbewerbsrechtliche Aussagekraft, sondern allenfalls bezogen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung der jeweiligen Verfahren. Diese liegen Jahre zurück.

Dennoch bleibt ein Beigeschmack. Wenn ohne belastbare tatsächliche Feststellungen zur *aktuellen* Systematik und Kohärenz der deutschen Glücksspielpolitik mit Wirkung für die Gegenwart und die Zukunft in die Grundfreiheiten eingegriffen wird, wird das der Dienstleistungsfreiheit kaum gerecht. Staatliche Verstöße gegen Artikel 56 AEUV sind nur unter sehr strengen Voraussetzungen und nur ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn der eingreifende Staat die zwingende Notwendigkeit des Eingriffs sowie nachweist, dass er bundesweit eine systematische und kohärente Glücksspielpolitik ohne jede fiskalische Motivation betreibt. Über diesen *tatsächlichen* Nachweis verfügte der BGH bezogen auf den Zeitpunkt seiner Entscheidung nicht. Im Gegenteil lagen dem

BGH unzählige wettbewerbsrechtliche Entscheidungen deutscher Gerichte vor, die Verstöße des DLTB gegen die eigenen Vermarktungsbeschränkungen zum Gegenstand haben und damit die Inkonsistenz der Glücksspielpolitik der Länder belegen.

Der Blick auf das aktuelle tatsächliche Werbeverhalten der staatlichen Anbieter, auf ihre aktuelle *wahre* Motivation für die restriktive deutsche Glücksspielpolitik und auf die bevorstehenden und schon begonnenen gesetzlichen Änderungen, die keinerlei Bedarf für ein auf private Anbieter anwendbares Internetvertriebsverbot sehen, hätte dem Bundesgerichtshof also eine tatsächliche Situation offenbart, die eine Rechtfertigung der Anwendung eines Internetvertriebsverbots ausschließt. Das deutsche Revisionsrecht hat dem BGH diesen Blick zwar verwehrt. Steht aber das deutsche Revisionsrecht tatsächlich über dem Unionsrecht?

**Kontakt:**

Blume Ritscher Nguyen Rega Rechtsanwälte

Rechtsanwalt Rolf Karpenstein  
Gerhofstraße 38

20354 Hamburg

Telefon: 040 /355 030 – 0

Telefax: 040 /355 030 – 30

eMail: ✕ [karpenstein@raeblume.de](mailto:karpenstein@raeblume.de)

Online: [www.raeblume.de](http://www.raeblume.de)