

Zum Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen vom 29. September 2011 □- 4 A 17/08

Mit seinem Urteil vom 29. September 2011 bricht das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht mit der ständigen Rechtsprechung des 4. Senates, der Untersagungsverfügungen bislang durch alle Rechtslagen hindurch zu rechtfertigen versucht hatte. In kaum zu überbietender Deutlichkeit wird die Unionsrechtswidrigkeit der geltenden Rechtslage des Glücksspielstaatsvertrags bestätigt und begründet.

Der Sache nach ist das Urteil eine Ohrfeige für die Politik der letzten vier Jahre und eine Bestätigung für das Vorgehen der privaten Glücksspielanbieter auf ganzer Linie. Es ist deshalb eine geradezu groteske Verdrehung der Tatsachen, wenn die Erläuterungen der Länder zu ihrem 1.GlüÄndStV davon sprechen, der Glücksspielstaatsvertrag sei in seinen Zielen und Einzelregelungen von der Rechtsprechung gebilligt worden (Erläuterungen vom 13.10.2011 A I. 2.). Vom EuGH über das Bundesverwaltungsgericht und die Oberverwaltungsgerichte ist inzwischen das glatte Gegenteil der Fall.

Ebenso absurd ist es, wenn der Evaluierungsbericht davon spricht, dass die Vorschriften des GlüStV sich „im Wesentlichen bewährt haben“. Auch insoweit hat die von den Ländern durchgeführte Anhörung gerade in Bezug auf Sportwetten den Befund eines Totalversagens der Regulierung ergeben.

Insofern geht der derzeit vorliegende Änderungsentwurf schon im Ansatz von völlig verfehlten Grundlagen aus.

Die wichtigsten rechtlichen Erkenntnisse aus dem Urteil sollen nachstehend zusammenfassend festgehalten werden:

1. Das Oberverwaltungsgerichtsurteil erging vor dem

Hintergrund eines parallel beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängigen Schadensersatzprozesses der Klägerin. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben den Fortsetzungsfeststellungsantrag deshalb entgegnen versucht, dass Schadensersatzansprüche offensichtlich ausgeschlossen seien. Das Oberverwaltungsgericht erteilt dem eine unmissverständliche Absage (UA S. 10). Es ist absehbar, dass die Kommune nunmehr Schadensersatz leisten muss.

In dieser Hinsicht ist das Urteil auch ein Warnschuss für Kommunen und Glücksspielaufsichtsbehörden, die in den vergangenen Jahren allzu leichtfertig mit Schließungen vorgegangen sind. Dieser betrifft nicht nur das Recht der Übergangsrechtszeit, sondern auch das des Glücksspielstaatsvertrages und wird – wenn die Ministerpräsidenten auf dem bisherigen Weg fortfahren – auch die künftige Rechtslage betreffen.

2. Ebenso deutlich verwirft das Oberverwaltungsgericht die Argumentation der Länder und Monopolbefürworter, Untersagungsverfügungen könnten unabhängig von der unionsrechtlichen Beurteilung des Sportwettmonopols allein auf den Erlaubnisvorbehalt gestützt werden.

Das Gericht hebt in diesem Zusammenhang zu Recht hervor, dass Zweifel über die Beachtung von Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbetätigkeit zunächst mit Nebenbestimmungen ausgeräumt werden können (Urteilsausdruck S. 41). Damit widerlegt das Oberverwaltungsgericht zugleich die Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts, das mit zuletzt zum Teil grotesken Verrenkungen versucht hat, auf dem Umweg über eine Zurechnung der Betätigung EU-ausländischer Anbieter, an die der inländische Sportwettbürobetreiber Wetten vermittelt, Untersagungsverfügungen zu rechtfertigen.

Der richtige Prüfungsmaßstab muss insoweit nach den

Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 01. Juni 2011 vielmehr heißen, dass

„die Vermittlungstätigkeit der Klägerin schlechterdings nicht erlaubnisfähig gewesen wäre, also nicht einmal teilweise und/oder mit Nebenbestimmungen hätte erlaubt werden können“ (UA S. 41).

Dieser – vom Unterzeichner und den übrigen Prozessbevollmächtigten von Sportwettanbietern – bislang vergeblich vorgetragene Einwand hat sich damit endlich bei den Verwaltungsgerichten durchgesetzt.

3. Darüber hinaus stellt das Oberverwaltungsgericht klar, dass Verletzungen von Anforderungen nach § 4 Abs. 2 bis 4 GlüStV, die nicht ausgeräumt werden können, bei denen der Erlaubnisvorbehalt also durchgreifen soll, von den Behörden bereits im Untersagungsverfahren geklärt werden müssten (UA S. 41 f). Das Gericht sieht es also zu Recht nicht als seine Aufgabe an, diese Tatsachenermittlungen im Klageverfahren gegen die Untersagungsverfügung nachzuholen, weil der insoweit bestehende Ermessensfehler damit nicht ausgeräumt würde (UA S. 42).
4. Das OVG NW tritt in aller Deutlichkeit den Irrwegen mancher Verwaltungsgerichte entgegen, die eine Weitergabe von Sportwetten über eine Online-Standleitung als Verstoß gegen das Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV ansehen (so z.B. OVG Berlin-Brandenburg, UA S. 43). Vielmehr würden Sportwetten insoweit nicht „im Internet vermittelt, sondern sich des Internets nur bedient“. Dem ist nichts hinzuzufügen.
5. Das Oberverwaltungsgericht räumt für die Übergangszeit endgültig mit den umständlichen apologetischen Verrenkungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Übergangsrechtszeit auf. Es bestätigt das nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts offensichtliche Regelungsdefizit und die daraus erwachsende

unionsrechtliche Inkohärenz, die zur Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügungen der Übergangsrechtszeit führt.

Es bestätigt damit in aller Klarheit – nach dem EuGH-Urteil WinnerWetten auch unumgänglich -, dass die Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts eine unionsrechtliche offene Flanke aufwies. Der Unterzeichner und Michael Winkelmüller hatten dies im unmittelbaren Anschluss an das Bundesverfassungsgerichtsurteil in einem umfassenden Gutachten im April 2006 bereits im Einzelnen aufgezeigt. Mit unterschiedlichsten Begründungen hat die seinerzeitige Verwaltungsgerichtsbarkeit seinerzeit fast bundesweit diese Erkenntnis zu verwerfen versucht.

Erinnern wir uns deshalb noch einmal: Den Betreibern wurde seinerzeit Strafbarkeit und ihren Anwälten Beihilfe dazu oder eine leichtfertige Bereitschaft der Illegalität Vorschub zu leisten, vorgeworfen. Die gesamte Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte (eine Ausnahme bildeten seinerzeit nur das OVG Schleswig, des Saarlandes und der Hessische VGH) hat sich seinerzeit über die jetzt klargestellten und seinerzeit schon unionsrechtlich unumgänglichen Erkenntnisse hinweggesetzt. Das OVG Nordrhein-Westfalen hatte in der seinerzeitigen Besetzung des Senates die Idee der vorübergehenden Außerkraftsetzung des Unionsrechts durch ein mitgliedsstaatliches Gericht aus der Taufe gehoben, die Europarechtlern die Haare zu Berge stehen ließ.

Das alles hat sich als Makulatur erwiesen. Auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat in der neuen Besetzung des 4. Senates darunter nun einen Schlussstrich gezogen (UA S. 46 – 51).

6. Ebenso deutlich befasst sich das Oberverwaltungsgericht mit der geltenden Rechtslage. Aus der unmissverständlichen Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofs zu den Anforderungen an eine unionsrechtskonforme Werbepaxis und -regulierung werden erstmals in einem Hauptsacheverfahren durch ein Obergerverwaltungsgericht die gebotenen Konsequenzen gezogen (S. 13 – 21).

Der Senat geht dabei sowohl mit der Praxis der staatlichen Lotteriegesellschaften als auch mit dem Gesetzgeber ins Gericht. Er bestätigt, dass die Werbepaxis bundesweit in den Blick genommen werden muss und die Betrachtung nicht auf das jeweilige Bundesland beschränkt werden darf (UA S. 15). Er bestätigt ferner, dass die Werbepaxis für andere Glücksspielarten in den Blick zu nehmen ist (UA S. 15). Beide verfehlten Rechtsauffassungen hatten sich selbst nach dem EuGH-Urteil zum Teil noch gehalten. Deshalb ist das Urteil auch insoweit hilfreich, auch wenn der Sache nach spätestens nach den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.11.2010 die Aussage inhaltlich keine Überraschung mehr darstellen.

7. Was die *Werbepaxis* anbetrifft, bietet das Obergerverwaltungsgericht alles an Beanstandungen auf, was über Jahre hinweg von den Anbietern vergeblich vorgebracht worden war, von der Dachmarkenstrategie über die Animationswirkung für Unentschlossene bei den Werbeaktivitäten (UA S. 16), die dies ermöglichenden Werberichtlinien der Glücksspielaufsichtsbehörden, die Jackpot-Werbekampagnen (UA S. 17 f.), die Verstöße gegen das Internetverbot durch die Homepageauftritte des Deutschen Lotto-Toto-Blocks, die gemeinnützigen „Lotto hilft“ Kampagnen (UA S. 18 f.), die Präsentation glücklicher Millionäre (UA S. 19 f.). Selbst die Ziehung der Lottozahlen wird zu Recht als Verstoß gegen das Fernsehwerbeverbot des § 5 Abs. 3 GlüStV verworfen.
8. Was den *normativen Rahmen* anbetrifft, stellt das Obergerverwaltungsgericht darüber hinaus fest, dass dieser nur bei entsprechender unions- und verfassungskonformer

Auslegung den Anforderungen des EuGH gerecht wird. Die Frage, ob eine solche unionsrechtskonforme Auslegung von den vorhandenen Formulierungen des Gesetzes überhaupt gedeckt werden kann, wird wie schon zuvor bei den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts nicht weiter vertieft. Es kommt darauf für das Oberverwaltungsgericht aufgrund der sonstigen Feststellungen auch nicht an.

9. Darüber hinaus stützt sich das Oberverwaltungsgericht auch auf die Argumentation einer fehlenden *Gesamtkohärenz*. Es stellt dabei zutreffend klar, dass der Glücksspielmarkt in den jeweiligen Glücksspielsektoren deren Eigenarten entsprechend differenziert ausgestaltet werden kann (UA S. 22). Vielmehr führen erst den Zwecken des Monopols entgegenlaufende Ausgestaltungen in anderen Glücksspielbereichen unabhängig von der Schwere eines solchen Widerspruchs zur Inkohärenz (UA S. 23 unter Berufung auf das Bundesverwaltungsgericht).
10. Dies verdient hier deshalb hervorgehoben zu werden, weil zu Unrecht von Glücksspielreferenten und Staatskanzleien derzeit die Devise ausgegeben wird, die *Pferdewetten* müssten in den Glücksspielstaatsvertrag einbezogen werden, um dem Inkohärenzerfordernis gerecht zu werden. Eben diese Annahme hat das Bundesverwaltungsgericht mit seinem Urteil vom 01.06.2011 selbst für den Internetbereich verworfen. Sie hat sich durch die Öffnung des Internets, das die Länder beabsichtigen, ohnehin erledigt.
11. Auch der von interessierten Anwälten aufgebraachten These, über die Feststellung eines bestehenden Regelungswiderspruchs oder widersprüchlichen Schutzkonzeptes hinaus bedürfe es einer „*Folgenabschätzung*“, wird eine unmissverständliche Absage erteilt (S. 36 f.). Es spielt also keine Rolle, ob tatsächlich festgestellt werden kann, ob durch das Monopol von Sportwetten abgehaltene Spieler zu den Automatenspielen abwandern, um darauf eine entsprechende

Folgenabschätzung zu stützen, weil dadurch durch die Hintertür die sektorielle Betrachtung wieder eingeführt würde (UA S. 37 bis 39).

12. Das Oberverwaltungsgericht stützt die Annahme einer Inkohärenz der Glücksspielpolitik insgesamt sodann auf die Entwicklung des gewerblichen Glücksspiels bei den GGSG (Gewerbliche Geldgewinnspielgeräte), hinsichtlich derer „sogar ein krasses Missverhältnis der Regelungen“ zu den Zielen des Glücksspielstaatsvertrages bestünde. Hilfreich ist insoweit die erstmalige klare Bestätigung eines Oberverwaltungsgerichts, dass die Beweislast für Rechtfertigungen und tatsächliche Besonderheiten wie das Fehlen von Interdependenzen zwischen den Glücksspielsektoren bei den Ländern und Behörden liegt. In der Sache wird der Regelungsbedarf für das gewerbliche Geldgewinngerätespiel insoweit nicht vertieft, sondern auf andere Untersuchungen verwiesen (UA S. 38).

Da die Länder mit dem 1. GlüÄndStV inzwischen ohnehin das bisherige Sportwettmonopol aufgeben und stattdessen eine beschränkte Marktöffnung vornehmen wollen, hat sich diese Notwendigkeit einer das gewerbliche Geldgewinngerätespiel erfassenden Gesamtkohärenz aber ohnehin erledigt, wenn die Länder endlich den längst überfälligen Schritt gehen würden, das Lotteriemonopol nicht mehr auf die Suchtbegründung zu stützen. Der bisherige Änderungsentwurf der Länder trägt dem bedauerlicherweise keine Rechnung. Man kann nur vermuten, dass die politisch verantwortlichen Kräfte eine eigene Agenda verfolgen.

Insgesamt stellt das Urteil aus dem Munde eben jenes 4. Senats, der seit dem Jahr 2002 (wenngleich in anderer Besetzung) kontinuierlich zu Lasten von Sportwettanbietern entschieden und mehrfach den Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht nicht gescheut hat, eine rechtliche

und politische Sensation dar.

Es bleibt zu hoffen, dass die *Ministerpräsidenten der Länder* in ihrer Konferenz in der kommenden Woche diesen Erkenntnissen Rechnung tragen. Der ihnen von Akteuren aus der Ministerialverwaltung dazu vorgelegte Entwurf des 1. GlüÄndStV und seine Erläuterungen tun dies jedenfalls nicht. Er führt in zentralen Hinsichten völlig in die Irre, und das, obwohl gangbare Vorschläge seit langem auf dem Tisch liegen. Einmal mehr bestätigt sich der Eindruck, dass zumindest einige der administrativ Verantwortlichen das Primat der Politik zum Schaden für die Allgemeinheit unterlaufen.

Die Politik sollte endlich erkennen, dass ihr Ziel, das Lotterieveranstaltungsmonopol zu retten und den Länderhaushalten Einnahmen zu bescheren, allein mit der sich aufdrängenden überkommenden Begründung des Lotterieveranstaltungsmonopols gesichert ist. Nur damit würde der Weg frei gemacht für eine Regulierung, die den Namen verdient, den bestehenden Gefahren des Glücksspiels Rechnung trägt und dafür sorgt, dass Lottospieler, Wettkunden und andere Glücksspieler einerseits einem Freizeitvergnügen nachgehen und andererseits vor Auswüchsen und Gefahren geschützt sind.

Ansonsten steht zu befürchten, dass die Europäische Kommission und der Bund den Ländern endgültig das Heft des Handelns nach inzwischen zwölfjährigem kontinuierlichen Scheitern vor den höchsten Gerichten des Landes und der Europäischen Union aus der Hand nehmen.

Ein solcher Schritt wäre längst überfällig. Es bleibt zu hoffen, dass unter den Ministerpräsidenten sich doch noch diese Einsicht durchsetzt und ein ernsthafter Versuch für eine funktionierende Regulierung unternommen wird.

Das Land Schleswig-Holstein hat den Weg dafür aufgezeigt. Der Deutsche Olympische Sportbund hat mit einem – strukturell und

inhaltlich durchaus ähnlichen – Entwurf deutlich gemacht, dass dieser Weg von einem breiten gesellschaftlichen Konsens getragen würde. Es ist Zeit umzudenken.