

Kein Europarechtsverstoß ohne „Folgenabschätzung“ – Glücksspielmonopol vom EuGH „geadelt“ – Keine Pflicht zur Lizenzerteilung in der „Übergangsfrist“

*EuGH konkretisiert seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen und Folgen einer europarechtlichen Inkohärenz und korrigiert die *Winner-Wetten*-Entscheidung!*

Der 24. Januar 2013 war ein herausragender Tag für die Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des Glücksspielrechts in Deutschland:

Nicht nur der BGH hat an diesem Tag seinen bedeutsamen Vorlagebeschluss (I ZR 171/10) an den EuGH verkündet, in dem erstmals die Frage aufgeworfen wird, ob das Europarecht in einem nicht harmonisierten Rechtsbereich die föderalstaatlich und verfassungsrechtlich garantierte Eigenständigkeit eines Mitgliedstaates (Art. 20 I GG) beschränken darf. CBH hat seit langem darauf hingewiesen, dass die These von der „Blindheit des Europarechts für die föderalstaatlichen Organisationsrechte eines Mitgliedstaates“ in nicht harmonisierten Bereichen, insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 4 Abs. 1 und 2 AEUV, nicht aufrecht erhalten werden kann (DVBl 2011, 1130, 1135 ff). Der BGH legt diese Frage – wie auch die Frage nach dem Erfordernis der sog. „Folgenabschätzung“ – nun dem EuGH zur Beantwortung vor.

Aber auch der EuGH hat am 24. Januar 2013 ein Urteil verkündet, das in seiner Bedeutung nicht unterschätzt werden kann: Auf den Prüfstand des Europarechts gestellt wurden die

griechischen Regelungen des Glücksspielrechts.

+Alter Wein in neuen Schläuchen:+

Der EuGH wiederholt zunächst seine ständige Rechtsprechung zur Beschränkbarkeit von Glücksspielen in den Mitgliedstaaten und verweist dabei auf das Erfordernis der Diskriminierungsfreiheit. Er betont, eine gesetzliche Regelung sei „nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Zieles zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“ (Rn. 27).

Beachtenswert ist in beiden Randnummern die Betonung des Hinweises, es komme auf die „tatsächlich verfolgten Ziele“ und deren „Erreichung“ an. Maßgeblich für die Europarechtsprüfung ist also nicht allein das geschriebene Recht, sondern vor allem die Rechtsanwendung und erfolgreiche Rechtsdurchsetzung. Diese Feststellung ist nicht neu. , Bereits in den Entscheidungen Markus Stoß (ZfWG 2010, 332ff, Rn. 106) und Carmen Media (ZfWG 2010, 344ff, Rn. 68) hat der EUGH hervorgehoben, dass die tatsächlichen Auswirkungen des restriktiven Glücksspiels für die europarechtliche Beurteilung von ausschlaggebender Bedeutung sind. Das BVerwG hatte diese Überlegung bereits unter dem Begriff der „Folgenabschätzung“ (s. hierzu ausführlich Hecker in DVBl 2011, 1130 ff) in einer Vielzahl von Revisionszulassungen und der BGH in seinem o.g. Vorlagebeschluss vom 24.01.2013 aufgegriffen.

+Das Glücksspielmonopol – ein geeignetes Mittel zur Regulierung des Angebotes!+

Wie bereits in der Zeturf-Entscheidung (Rn. 42) hervorgehoben betont der EuGH die grundsätzliche Zulässigkeit eines Glücksspielmonopols, weil die Kontrollinstanzen bessere Beeinflussungs- und Regulierungsmöglichkeiten gegenüber einem Monopolunternehmen besitzen, als gegenüber privaten Veranstaltern, die miteinander in Wettbewerb stehen. Damit

könne „eine bessere Beherrschung des Glücksspielangebotes und bessere Effizienzgarantien bei der Durchführung ihrer Politik“_ gewährleistet werden_ (Rn. 30).

Keine Pflicht zur Erlaubniserteilung auch bei europarechtswidriger Rechtslage in der Übergangsfrist:

Von zentraler Bedeutung ist allerdings die ***3. Frage***. Dort beschäftigt sich der EuGH mit der näheren Auslegung der ***Rechtsfolgen*** einer europarechtswidrigen Rechtslage in einem Mitgliedstaat: Das Vorlagegericht fragt nämlich, ob die nationalen Behörden „während einer Übergangszeit davon absehen können, Anträge auf Erteilung von Genehmigungen im Glücksspielsektor wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen zu prüfen“_ (Rn. 37). Der EuGH verweist zunächst auf seine Grundsätze aus der *Winner-Wetten* Entscheidung, wonach europarechtswidrige Gesetze auch nicht zur Überbrückung des für eine Neuregelung erforderlichen Zeitraums angewendet werden dürfen (Rn. 38). Aus diesem Grunde dürfen – so der EuGH nunmehr – die nationalen Behörden auch „nicht während einer Übergangszeit davon absehen (...), Anträge wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen, die die Erteilung von Genehmigungen im Glücksspielsektor betreffen, zu prüfen.“_ (Rn. 39).

Allerdings erkennt der EuGH jetzt endlich das offensichtliche Dilemma, in welches er die Mitgliedstaaten durch seine *Winner-Wetten*-Entscheidung gebracht hat. Dort hat der EuGH nämlich eine Übergangsfrist für europarechtlich beanstandete deutsche Gesetze abgelehnt. Wegen dieser Rechtsprechung haben sich verschiedene nationale Behörden gezwungen gesehen, während der Übergangsfrist angesichts der Unwirksamkeit der einschränkenden Vorschriften Erlaubnisse zu erteilen, die aber im Widerspruch zu der angestrebten (zukünftigen) restriktiven Glücksspielpolitik des betreffenden Mitgliedstaates stehen (Rn. 43).

In diesen Fällen billigt der EuGH nunmehr den Mitgliedstaaten

die gleiche Ermessensprärogative zu, wie bei der Festlegung des gesetzlichen Regelungsgefüges (Rn. 44). Er betont die Risiken, die mit einem Wettbewerb auf dem Glücksspielmarkt verbunden sind. Hierzu führt er aus, dass ein solches Konkurrenzverhältnis „insofern nachteilige Folgen haben könnte, als diese Veranstalter versucht wären, einander an Einfallsreichtum zu übertreffen, um ihr Angebot attraktiver als das ihrer Wettbewerber zu machen, so dass für die Verbraucher die mit dem Spiel verbundenen Ausgaben und die Gefahr der Spielsucht erhöht würde“ (Rn. 45). Diese Feststellung entspricht der bereits im *Ladbrokes*-Verfahren (C-258/08, Rn. 59) von Generalanwalt Yves Bot getroffenen Einschätzung, die Vorteile der Dienstleistungsfreiheit könnten nicht auf den Bereich der Glücksspiele übertragen werden. Wörtlich meint der Generalanwalt dort: „Diese Vorteile treten allerdings im Bereich der Glücksspiele nicht auf. Diese Spiele können nämlich nur funktionieren und auf Dauer angeboten werden, wenn die Spieler in ihrer übergroßen Mehrheit mehr verlieren als sie gewinnen. Das eigentliche Prinzip des Spielens, an dem ein lukratives Interesse wegen der Anziehungskraft der Träume besteht, führt durch die Vorspiegelung der Möglichkeit des Reichwerdens zur Verarmung derjenigen, die sich dem Spiel hingeben. Ein Wettbewerb zwischen den Dienstleistungserbringern bezüglich der gleichen Kategorie von Spielen, der sie dazu zwingen würde, den Verbrauchern immer attraktivere Spiele anzubieten, um so die höchsten Gewinne zu erzielen, würde Haushalte womöglich dazu verleiten, mehr als ihre für das Vergnügen verfügbaren Mittel auszugeben, ja sie geradezu in die Spielsucht treiben. Man könnte sogar sagen, dass eine rein wirtschaftliche Logik ihrer Natur nach zu diesem Verhalten führen würde. Damit wären wir weit von den Zielen des Art. 2 EG entfernt.“

Vor diesem Hintergrund kommt der EuGH in dem nun vorliegenden Urteil zu dem Schluss, dass ungeachtet der Prüfungspflicht keineswegs ein Zwang zur Erteilung solcher Erlaubnisse besteht, wodurch eine Liberalisierung unausweichlich würde.

Der einschlägige Absatz unter Rn. 46 hierzu lautet: „Es ist daher festzustellen, dass, falls die innerstaatliche Regelung mit den Art. 43 EG und 49 EG unvereinbar ist, die Versagung einer Übergangszeit nicht zwangsläufig zur Folge hat, dass der betroffene Mitgliedstaat, wenn er eine Liberalisierung des Glücksspielmarkts mit dem von ihm angestrebten Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung nicht für vereinbar hält, zu einer derartigen Liberalisierung verpflichtet wäre. Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts steht es den Mitgliedstaaten nämlich frei, das bestehende Monopol zu reformieren, um es mit den Bestimmungen des Vertrags in Einklang zu bringen, indem es insbesondere einer wirksamen und strengen behördlichen Kontrolle unterworfen wird.“

Nicht zu entscheiden hatte der EuGH über die Frage, ob in der Übergangsfrist auch Verbotsverfügungen gegen solche Glücksspielanbieter ausgesprochen werden können, die – ohne einen Erlaubnisantrag zu stellen – unter Missachtung der politischen Ziele des Mitgliedstaates ihre Glücksspiel auf dem Markt bewerben, veranstalten und vertreiben. Auch hier wird man wegen Verstoßes gegen die einschlägigen Erlaubnisvorschriften Untersagungsverfügung aussprechen oder aufrechterhalten können, ohne dass deren Wirksamkeit mit der Argumentation eines Europarechtsverstoßes angegriffen werden kann. Durch die erlaubnislosen Vertriebsaktivitäten würde es nämlich zu ebenjener faktischen „Liberalisierung des Glücksspielmarktes“ kommen, welcher der EuGH mit der als zulässig erklärten Versagungsbefugnis entgegen treten will. Es kann nicht angehen, dass derjenige Anbieter, welcher bewußt gegen die – temporär sistierten – Erlaubnisanforderungen verstößt, besser gestellt sein soll, als der lautere Unternehmer, welcher sich an das vom EuGH vorgegebene Recht hält.

+Die Bedeutung dieser Entscheidung+ kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Zum einen macht der EuGH deutlich, dass es für die Beurteilung der Kohärenz nicht (allein) auf die

formale Rechtslage in den Mitgliedstaaten ankommt, sondern auf die tatsächlichen Auswirkungen im Marktgeschehen.

EuGH Zum anderen sind die Mitgliedstaaten während einer Übergangsfrist von einem europarechtswidrigen oder früher liberaleren Glücksspielrecht zu einem restriktiveren Rechtssystem nicht gezwungen, Erlaubnisanträge positiv zu entscheiden. Sie können auch bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts die dort vorgesehenen Beschränkungen anwenden und damit das angestrebte zukünftige Schutzniveau sichern.