

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Bonn\*

## Vorabentscheidungswirkungen erga omnes – die Glücksspielurteile des EuGH als Lehrbuchbeispiele!

Der Gerichtshof hat in den am 8. 9. 2010 verkündeten Urteilen in den Rechtssachen C-46/08 (Carmen Media), C-316/07, C-409/07, C-410/07 (Markus Stoß u. a.), C-358/07, C-359/07, C-360/07 (Kulpa Automaten-Service Asperg GmbH u. a.) und C-409/06 (Winner Wetten GmbH) mit – für ein Vorabentscheidungsverfahren einmalig klaren Entscheidungsformeln – das letzte von Deutschland verteidigte Staatsmonopol unionsrechtlich in Frage gestellt und den „berechtigten Anlass“ zur Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) formuliert. Nach den Urteilen vom 8. 9. 2010 ist das staatliche Monopol auf Sportwetten und Lotterien in Deutschland in seiner konkreten staatsvertraglichen Ausgestaltung als Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV; ex Art. 49 EG) unionsrechtlich nicht gerechtfertigt. In dem Urteil Winner Wetten GmbH hat der Gerichtshof eine übergangsweise Anwendbarkeit der unionsrechtswidrigen Bestimmungen des GlüStV untersagt. Aus den Urteilen könnte sich eine unionsrechtliche Bindungswirkung erga omnes für alle den GlüStV anwendenden Gerichte und Behörden ergeben.

### I. Die Glücksspielurteile des EuGH vom 8. 9. 2010 ...

#### 1. Keine Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit

Nach den Urteilen vom 8. 9. 2010 ist das staatliche Monopol auf Sportwetten und Lotterien in Deutschland in seiner konkreten staatsvertraglichen Ausgestaltung als Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV; ex Art. 49 EG) unionsrechtlich nicht gerechtfertigt, da die vorliegenden Gerichte ausweislich ihrer begründeten Vorlagebeschlüsse „berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben“:

„dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“ (Ziffer 1d des Urteilstenors in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-409/07, C-410/07, C-358/07, C-359/07 und C-360/07, Stoß).

#### 2. Sofortige Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen des GlüStV

In dem Urteil *Winner Wetten GmbH* hat der Gerichtshof dann die klare Konsequenz aus der Unionsrechtswidrigkeit und der daraus folgenden sofortigen Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen des GlüStV gezogen:

„Aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts darf eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden“ (Urteilstenor in der Rechtssache C-409/06, *Winner Wetten*).

Diese Entscheidungsformeln – insbesondere die zuletzt zitierte Versagung einer übergangsweisen Anwendbarkeit unionsrechtswidriger Bestimmungen des GlüStV – entfalten eine besondere Sprengkraft für das staatliche Monopol auf Sportwetten und Lotterien in Deutschland, da die monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen nach § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 GlüStV mit sofortiger Wirkung unanwendbar sind. Denn für ein deutsches Gericht genügen diese Bestimmungen ganz offensichtlich nicht den Anforderungen des Gerichtshofes:

„Art. 49 EG ist dahin gehend auszulegen, dass eine in einem Mitgliedstaat eingeführte Regelung, nach der das Angebot bestimmter Arten von Glücksspielen einer vorherigen behördlichen Erlaubnis bedarf, als eine in den durch Art. 49 EG gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehr eingreifende Regelung nur dann den Anforderungen dieser Bestimmung genügen kann, wenn sie auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgen kann. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offenstehen“ (Ziffer 3 des Urteilstenors in der Rechtssache C-46/08, *Carmen Media*).

Das regulatorische Zusammenwirken des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt (§ 4 Abs. 1 GlüStV) mit dem Ausschluss eines Erlaubnisanspruchs (§ 4 Abs. 2 Satz 3 GlüStV) sowie der exklusiven Aufgabenzuweisung an staat-

\* Prof. Dr. iur. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn. Mehr auf S. IV. Der Verfasser war Prozessbevollmächtigter der Carmen Media Group Ltd. in dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-46/08.

lich beherrschte Gesellschaften (§ 10 Abs. 1, 2 und 5 GlüStV) – Vorschriften, die der Gerichtshof in den Ziffern 14 und 15 des Urteils in der Rechtssache C-46/08<sup>1</sup> in Bezug nimmt – erfüllt ganz offensichtlich nicht die „objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien“, die zudem durch einen „effektiven gerichtlichen Rechtsbehelf“ abgesichert sein müssen:

#### § 4 GlüStV:

„(1) Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. Das Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) ist verboten.

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn das Veranstalten oder das Vermitteln des Glücksspiels den Zielen des § 1 zuwiderläuft. Die Erlaubnis darf nicht für das Vermitteln nach diesem Staatsvertrag nicht erlaubter Glücksspiele erteilt werden. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht kein Rechtsanspruch.“

#### § 10 GlüStV:

„(1) Die Länder haben zur Erreichung der Ziele des § 1 die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Sie werden dabei von einem Fachbeirat beraten, der sich aus Experten in der Bekämpfung der Glücksspielsucht zusammensetzt.

(2) Auf gesetzlicher Grundlage können die Länder diese öffentliche Aufgabe selbst, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen.

...

(5) Anderen als den in Abs. 2 Genannten darf nur die Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen nach den Vorschriften des Dritten Abschnitts<sup>2</sup> erlaubt werden.“

### 3. Rechtfertigung des Eingriffs durch ein System der vorherigen behördlichen Erlaubnis

Der Gerichtshof begründet seinen tenorierten Maßstab der „objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien“, die durch einen „effektiven gerichtlichen Rechtsbehelf“ abzusichern sind, wie folgt:

„86 Nach ständiger Rechtsprechung kann eine in einem Mitgliedstaat geschaffene Erlaubnisregelung, mit der legitime, in der Rechtsprechung anerkannte Ziele verfolgt werden, insbesondere keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die geeignet ist, den Bestimmungen des Unionsrechts und vor allem denen, die eine Grundfreiheit wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen (vgl. u. a. Urteil vom 3. 6. 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 49).

87 Daher muss ein System der vorherigen behördlichen Erlaubnis, um trotz des Eingriffs in eine solche Grundfreiheit rechtfertigt zu sein, auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgt. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offenstehen (vgl. Urteil *Sporting Exchange*, Rdnr. 50 und dort angeführte Rechtsprechung).“<sup>3</sup>

### 4. Unverhältnismäßigkeit und Inkohärenz der staatsvertraglichen Monopolgestaltung

Zwar hält der Gerichtshof – seiner mittlerweile gefestigten Glücksspielrechtsprechung entsprechend – auch in den Ur-

teilen vom 8. 9. 2010 an dem Grundsatz der mitgliedstaatlichen Monopolooption fest:

„79 Was insbesondere die Errichtung staatlicher Monopole betrifft, hat der Gerichtshof bereits anerkannt, dass ein nationales System, das eine begrenzte Erlaubnis von Geldspielen im Rahmen von – bestimmten Einrichtungen gewährten oder zur Konzession erteilten – besonderen oder Ausschließlichkeitsrechten vorsieht, was insbesondere den Vorteil bietet, die Spiellust und den Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen zu lenken, zur Verwirklichung der oben genannten, im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung dienen kann (vgl. u. a. Urteile *Zenatti*, Rdnr. 35, und *Anomar* u. a., Rdnr. 74). Er hat ferner klargestellt, dass die Entscheidung über die Frage, ob es zur Erreichung dieser Ziele besser wäre, eine Regelung mit den erforderlichen Auflagen für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu erlassen, statt einer zugelassenen Einrichtung der öffentlichen Hand ein ausschließliches Betriebsrecht zu gewähren, im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, jedoch unter dem Vorbehalt, dass die getroffene Wahl im Hinblick auf das angestrebte Ziel nicht unverhältnismäßig erscheint (Urteil *Läärä* u. a., Rdnr. 39).

(...)

83 Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus rechtfertigen lässt, mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleistet lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.“<sup>4</sup>

Das deutsche staatliche Glücksspielmonopol erreichte für den Gerichtshof offenbar in seiner konkreten staatsvertraglichen Ausgestaltung einen solchen Grad an Unverhältnismäßigkeit und Inkohärenz, dass er seine – im nicht harmonisierten Bereich mit weitestgehendem mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum – sonst so zurückhaltende Rechtsprechungslinie zum Kohärenzgebot<sup>5</sup> verließ. Die Unverhältnismäßigkeit und Inkohärenz ist der staatsvertraglichen Monopolgestaltung derart „auf die Stirn geschrieben“, dass selbst der seiner ständigen Rechtsprechung zu Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EG) entsprechende Grundsatz der Zurückverweisung jeglicher Sachverhaltsfeststellungen und -subsumtionsschritte an die vorlegenden Gerichte den Gerichtshof nicht davon abhielt, den vorlegenden Verwaltungsgerichten den „berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung“ – gewissermaßen als prima facie Sachverhaltssubsumtion – mit auf den Weg zu geben:

„99 Wie der Gerichtshof zu diesen verschiedenen Aspekten bereits im Urteil *Gambelli* u. a. (Rdnrn. 7, 8 und 69) entschieden

1 Dagegen bezieht sich das Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/07, C-359/07, C-360/07, Rdnrn. 8 und 9, auf den am 1. 7. 2004 in Kraft getretenen, durch den GlüStV abgelösten Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (*LottStV*).

2 Der Dritte Abschnitt des GlüStV bezieht sich auf Lotterien mit geringem Gefährdungspotential, die unter sehr restriktiven Voraussetzungen ausschließlich solchen Veranstaltern erlaubt werden können, die gemeinnützige oder mildtätige Zwecke verfolgen.

3 EuGH, 8. 9. 2010 – Rs. C-46/08, *Carmen Media*, EWS 2010, 477, Rdnrn. 86 und 87.

4 EuGH, 8. 9. 2010 – verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß* u. a., EWS 2010, 468, Rdnrn. 79–83.

5 EuGH, 10. 3. 2009 – Rs. C-169/07, *Hartlauer*, Slg. 2009, I-1721; EuGH, 19. 5. 2009 – verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes gegen Saarland (Doc Morris)*, Slg. 2009, I-4171, RIW 2009, 477, EWS 2009, 226, Rdnr. 31.

hat, können sich die Behörden eines Mitgliedstaats, soweit sie den Verbrauchern Anreize geben und sie dazu ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, nicht auf die öffentliche Sozialordnung mit der aus ihr folgenden Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, berufen, um restriktive Maßnahmen zu rechtfertigen, auch wenn diese sich wie in jener Rechtssache ausschließlich auf Wetttätigkeiten beziehen.

100 Hier haben die vorlegenden Gerichte nach einem Hinweis darauf, dass Pferdewetten und Automaten Spiele von privaten Veranstaltern mit einer Erlaubnis betrieben werden könnten, auch festgestellt, dass zum einen der Inhaber des staatlichen Monopols auf Sportwetten in Bezug auf die ebenfalls dem Monopol unterliegenden Lotteriespiele intensive Werbekampagnen durchführe, in denen der Finanzierungsbedarf sozialer, kultureller oder sportlicher Aktivitäten herausgestellt werde, denen die erzielten Gewinne zugute kämen, und so den Anschein erwecke, dass die Maximierung der diesen Aktivitäten zugeordneten Gewinne zu einem eigenständigen Ziel der fraglichen restriktiven Maßnahmen werde. Zum anderen haben die genannten Gerichte festgestellt, dass die zuständigen Behörden in Bezug auf Kasino- und Automaten Spiele, obwohl diese ein höheres Suchtpotenzial aufwiesen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben oder duldeten. Das Angebot neuer Kasinospielmöglichkeiten im Internet werde nämlich von diesen Behörden geduldet, während die Bedingungen für den Betrieb von Automaten Spielen in anderen Einrichtungen als Spielbanken, etwa in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben, unlängst erheblich gelockert worden seien.<sup>6</sup>

## II. ... sind Lehrbuchbeispiele für Vorabentscheidungswirkungen erga omnes, ...

### 1. Rechtskraftvorwirkungen inter partes

Die unionsrechtliche Bindungswirkung der Urteile vom 8. 9. 2010 für alle den GlüStV anwendenden Gerichte und Behörden drängt sich schon aufgrund der außerordentlich prägnanten Diktion des Gerichtshofes auf, mit der die Entscheidungsformeln zum „berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung“ der Unionsrechtswidrigkeit (*Carmen Media, Markus Stoß, Kulpa Automaten Service Asperg GmbH*) und zur daraus folgenden *sofortigen* Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen unter ausdrücklicher Versagung einer Übergangsfrist (*Winner Wetten GmbH*) begründet werden. Zwar hat der Gerichtshof – entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung zu Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EG) – die differenzierte Sachverhaltsfeststellung und die einzelnen Subsumtionsschritte formal an die vorlegenden Gerichte zurückverwiesen. Diese „Pflichtübung“ schuldet der Gerichtshof der prozessrechtlichen Eigenschaft des Vorabentscheidungsverfahrens, das im Gegensatz zu Direktklagen kein selbstständiges Verfahren ist, sondern ein Zwischenverfahren im Rahmen eines vormitgliedstaatlichen Gerichten bereits anhängigen Rechtsstreits.<sup>7</sup> Gleichwohl entfaltet ein Vorabentscheidungsurteil schon mit seiner Verkündung sowohl Rechtskraftvorwirkungen *inter partes* als auch unmittelbare Bindungswirkungen *erga omnes*, zumal kein Rechtsmittel gegen ein Vorabentscheidungsurteil zur Verfügung steht.

### 2. Unmittelbare Bindungswirkung für alle mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden, ...

Bei der Wirkung des Vorabentscheidungsurteils<sup>8</sup> ist prozessrechtlich zwischen der Rechtskraftwirkung, welche die Bindung der Parteien an das später ergehende rechtskräftige Ur-

teil des vorlegenden Gerichts bzw. des konkret letztinstanzlich entscheidenden Rechtsmittelgerichts bezeichnet (Wirkung *inter partes*), welches seinerseits im Prozess der Entscheidungsfindung strikt an das Urteil des Gerichtshofs gebunden ist (Rechtskraftvorwirkungen), und der Bindungswirkung *erga omnes* zu unterscheiden. Die Bindungswirkung *erga omnes* bezeichnet eine allgemeine Bindung aller mitgliedstaatlichen Organe an den Auslegungstenor des Vorabentscheidungsurteils aufgrund des Primärrechtsgrundsatzes der Unionstreue i. V. m. dem Telos des Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EG), nämlich eine in allen Mitgliedstaaten einheitliche Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten.

Im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Ausgangsverfahren gilt, dass das Vorabentscheidungsurteil für das vorliegende Gericht bei seiner Urteilsfindung verbindlich ist (Rechtskraftvorwirkung *inter partes*).<sup>9</sup> Die Reichweite der Bindungswirkung *erga omnes* geht über diejenige der Rechtskraftvorwirkung hinaus. Während die Rechtskraft („*res iudicata*“) und die ihr vorgelagerte Rechtskraftvorwirkung durch den (in Deutschland zweigliedrigen<sup>10</sup>) Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens (*inter partes*) begrenzt bleibt, bezieht sich die Bindungswirkung *erga omnes* von Vorabentscheidungen auf die unionsrechtliche Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden zur einheitlichen Anwendung des Unionsrechts.<sup>11</sup> Danach erstreckt sich die Bindungswirkung von Gültigkeitsurteilen stets, die von Auslegungsurteilen nach Maßgabe ihrer allgemeingültig gefassten Urteilsformeln und -gründe auf alle mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden. Diese sind verpflichtet, das Unionsrecht in der Auslegung des EuGH ab der Urteilsverkündung unmittelbar anzuwenden, wenn dessen Urteilsformeln oder -gründe keine *ausdrücklichen* Beschränkungen *ratione temporis* bzw. *ratione materiae et personae* auf das streitgegenständliche Ausgangsverfahren enthalten. Dann führt das Vorabentscheidungsurteil zu einer *erga omnes*-Wirkung der vom Gerichtshof festgelegten Auslegung unionsrechtlicher Normen ab dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung.

Da die Urteile vom 8. 9. 2010 in den Rechtssachen C-46/08, C-316/07, C-409/07, C-410/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07 und C-409/06 weder im Urteilstenor noch in den Gründen zum Inkohärenzdiktum und der daraus folgenden *sofortigen* Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen maßgebliche Beschränkungen auf den Streitgegenstand der jeweiligen Vorlageverfahren *ratione temporis* oder *ratione materiae et personae* enthalten, besteht ab der Urteilsverkündung die Pflicht der zuständigen Aufsichtsbehörden zur unmittelbaren *erga omnes*-Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen Zulassungs- und Sanktionsvorschriften des GlüStV. Die unmittelbare Bindungswirkung *erga omnes* wird besonders von der Entscheidungsformel in der Rechtssache C-409/06 (*Winner Wetten GmbH*) getragen. Der Gerichtshof zieht darin die klare Konsequenz aus der Unionsrechtswidrigkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen des GlüStV:

„Aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts darf eine nationale Regelung über ein staatliches Sport-

6 EuGH verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Markus Stoß u. a. (Fn. 4), Rdnrn. 99–100.

7 Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 779.

8 Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 856.

9 Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 858.

10 Der zweigliedrige Streitgegenstand besteht aus den Parteienträgen und dem (im Zivilprozess der Dispositionsmaxime, im Verwaltungsgerichtsverfahren dem Amtsermittlungsgrundsatz unterliegenden) Sachverhalt.

11 Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 862.

wettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.“

Der Gerichtshof stellt in dieser Entscheidungsformel nicht nur auf die sofortige Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen des GlüStV im Instanzenzug des vorlegenden Gerichtes ab. Vielmehr „darf eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts unionsrechtswidrig ist, nicht nur im vorlegenden Instanzenzug, sondern überhaupt „nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden“. Diese unmittelbare Bindungswirkung *erga omnes* tritt also vor den nur streitgegenstandsbezogenen Rechtskraftwirkungen *inter partes* der später ergehenden Urteile der vorlegenden Gerichte ein. Die unmittelbare Bindungswirkung *erga omnes* von Vorabentscheidungsurteilen partizipiert damit am Vorrang des Unionsrechts, das verlangt, dass jede unionsrechtswidrige nationale Rechtsvorschrift mit sofortiger Wirkung nicht mehr angewendet wird.<sup>12</sup> Diese Nichtanwendungspflicht obliegt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes allen staatlichen Organen.<sup>13</sup> Das unbedingte Nichtanwendungsgebot hat der Gerichtshof noch einmal zur Begründung seiner sofortigen Wirkung in der Rechtssache C-409/06 (*Winner Wetten GmbH*) unmissverständlich erläutert und dann folgerichtig eine ausnahmsweise vorübergehende Anwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen ausgeschlossen:

„62 (...) Wie sich aus Rdnr. 26 des vorliegenden Urteils ergibt, stellt das vorlegende Gericht diese Frage nämlich insbesondere im Zusammenhang mit dem Umstand, dass das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen zwar die Auffassung vertreten hat, dass sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rechtsvorschriften gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstießen, aber dennoch entschieden hat, dass eine solche Aussetzung in Bezug auf diese Rechtsvorschriften gerechtfertigt sei, weil zwingende, an den Schutz der Sozialordnung und der Bürger vor den Gefahren des Glücksspiels anknüpfende Gründe der Entstehung einer Gesetzeslücke entgegenstünden, zu der die sofortige Verdrängung der entsprechenden Rechtsvorschriften führen würde.

(...)

67 Dazu genügt jedoch der Hinweis, dass – selbst wenn man davon ausgeht, dass ähnliche Erwägungen wie die, die der angeführten, für Maßnahmen der Union entwickelten Rechtsprechung zugrunde liegen, in analoger Anwendung ausnahmsweise zu einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung führen können, die eine unmittelbar geltende Rechtsvorschrift der Union gegenüber ihr entgegenstehendem nationalem Recht ausübt – eine solche Aussetzung, über deren Voraussetzungen nur der Gerichtshof entscheiden könnte, im vorliegenden Fall von vornherein auszuschließen ist, da keine zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit vorliegen, die sie rechtfertigen könnten.

68 Aus der Vorlageentscheidung geht nämlich hervor, dass das vorlegende Gericht, das allein für die Würdigung des Sachverhalts des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zuständig ist, in diesem Stadium der Ansicht war, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende restriktive Regelung nicht effektiv dazu beitrug, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, so dass sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergab, dass eine solche Regelung, die nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden kann, Anreize zu überhöhten Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstößt.“<sup>14</sup>

Dabei unterliegt die Nichtanwendungspflicht für alle mitgliedstaatlichen Organe, welche diese überzeugenden Gründe für die Unionsrechtswidrigkeit der Zulassungs- und Sanktionsvorschriften des GlüStV nach den Urteilsgründen vom 8. 9. 2010 erkennen müssen, nach der etablierten Rechtsprechung des Gerichtshofes noch nicht einmal einem Vorbehalt der – bei § 4 Abs. 1 und 2, § 10 GlüStV gleichwohl vorliegenden – Offenkundigkeit des Unionsrechtsverstößes.<sup>15</sup>

### 3. ... unabhängig von einer Umsetzung durch den Gesetzgeber

In der Rechtssache C-198/01 (*Fiammiferi*) sah der Gerichtshof die mitgliedstaatliche Behörde als verpflichtet an, unionsrechtswidriges nationales Recht nicht anzuwenden, obwohl der von der Behörde durchzuführenden Untersuchung komplexe, keinesfalls evident zu klärende Rechtsfragen zugrunde lagen:

„Die den Mitgliedstaaten auf Grund der Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG, 10 EG, 81 EG und 82 EG obliegenden Verpflichtungen, die sich von denen der Unternehmen aus den Art. 81 EG und 82 EG unterscheiden, bleiben nämlich bestehen, so dass die nationale Wettbewerbsbehörde verpflichtet bleibt, die streitige nationale Maßnahme nicht anzuwenden.“<sup>16</sup>

Entscheidend ist damit die „objektive Rechtslage“ nach sorgfältiger Beurteilung durch eine unionsrechtstreue mitgliedstaatliche Behörde unter Zugrundelegung der Auslegungsmaßstäbe nach den Urteilsformeln und -gründen vom 8. 9. 2010.

Eine mitgliedstaatliche Aufsichtsbehörde kann nicht den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EG) um Vorabentscheidung ersuchen. Sie kann eine unionsrechtliche Frage dem Gerichtshof gerade nicht zur Klärung vorlegen. Würde eine Nichtanwendungspflicht verneint, stünde es allein im Ermessen der mitgliedstaatlichen Behörde, unionsrechtswidriges nationales Recht anzuwenden oder dieses unangewendet zu lassen. Jede mitgliedstaatliche Behörde ist jedoch von vornherein zu einem unionsrechtskonformen Vorgehen verpflichtet. Alle mitgliedstaatlichen Organe sind verpflichtet, den Anwendungsvorrang des Unionsrechts praktisch wirksam („*effet utile*“) in vollem Umfang zu realisieren. Dem widerspräche es, wenn eine mitgliedstaatliche Behörde erst ein gesetzgeberisches oder gerichtliches Verfahren abzuwarten hätte.<sup>17</sup>

12 EuGH, 9. 9. 2003 – Rs. C-198/01, *Fiammiferi*, Slg. 2003, I-8055, EWS 2003, 465, Rdnr. 48.

13 Vgl. aus ständiger Rechtsprechung des EuGH, 13. 7. 1972 – Rs. 48/71, Kommission/Italienische Republik, Slg. 1972, 529, RIW 1973, 343, Rdnr. 5, 10; 4. 4. 1974 – Rs. 167/73, Kommission/Französische Republik, Slg. 1974, 359, Rdnr. 35; 22. 6. 1989 – Rs. 103/88, Fratelli Costanzo SPA, Slg. 1989, 1838, RIW 1990, 407, Rdnr. 30f.; 12. 6. 1990 – Rs. 8/88, Bundesrepublik Deutschland/Kommission, Slg. 1990, I-2321, Rdnr. 13; 29. 4. 1999 – Rs. C-224/97, Ciola, Slg. 1999, I-2517, EWS 1999, 307, Rdnr. 26; 26. 9. 2000 – Rs. C-262/97, Engelbrecht, Slg. 2000, I-7321, Rdnr. 38; 22. 5. 2003 – Rs. C-462/99, Connect Austria, Slg. 2003, I-5197, Rdnrn. 38, 40; EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 12), Rdnr. 49.

14 EuGH, 8. 9. 2010 – Rs. C-409/06, *Winner Wetten GmbH*, EWS 2010, 484, Rdnrn. 62–68.

15 Der Gerichtshof beurteilt die Praxis mitgliedstaatlicher Behörden in ständiger Rechtsprechung nach der „*objektiven Rechtslage*“; EuGH Rs. 167/73, Kommission/Französische Republik (Fn. 13), Rdnrn. 41, 42.

16 EuGH Rs. C-198/01, *Fiammiferi* (Fn. 12), Rdnr. 51.

17 Dies betont der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung für die Entscheidungsbefugnis nationaler Gerichte, siehe nur EuGH, 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Staatliche Finanzverwaltung/SPA Simmenthal, Slg. 1978, 629, Rdnr. 24; 8. 6. 2000 – Rs. C-258/98, Giovanni Carra, Slg. 2000, I-4217, EWS 2000, 368, Rdnr. 16.

Mithin darf eine Zulassung der bisher unionsrechtswidrig ausgeschlossenen Anbieter seit der Urteilsverkündung am 8. 9. 2010 nicht mehr von einer entsprechenden Liberalisierungsnovelle des GlüStV abhängig gemacht werden. Vielmehr sind die unionsrechtswidrigen Verbots- und Zulassungsvorschriften des GlüStV sowie die Sanktionsverfahren zur Durchsetzung dieser Vorschriften nicht mehr anzuwenden.

### III. ... die einen praktisch wirksamen Sanktionsschutz erga omnes für unionsrechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossene Anbieter ab der Urteilsverkündung gebieten!

#### 1. Erweiterter Mindestschutz gegenüber „Placanica“

In seiner *Placanica*-Entscheidung<sup>18</sup> mahnt der Gerichtshof in Rdnr. 63 ausführlich einen unmittelbaren und praktisch wirksamen Sanktionsschutz für unionsrechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossene Anbieter an:

„Was die Folgen angeht, die sich aus der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses einer bestimmten Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern von den Ausschreibungen für die Zuteilung der bestehenden Konzessionen ergeben, so ist es Aufgabe des innerstaatlichen Rechts, Verfahrensmodalitäten vorzusehen, die den Schutz der den Wirtschaftsteilnehmern aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten, wobei diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als für entsprechende Sachverhalte innerstaatlicher Art (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz).<sup>19</sup> Sowohl eine Rücknahme und eine Neuverteilung der alten Konzessionen als auch die Ausschreibung einer angemessenen Anzahl neuer Konzessionen könnten in dieser Hinsicht eine angemessene Lösung sein. Es ist jedoch in jedem Fall festzustellen, dass in Ermangelung eines Verfahrens der Konzessionsvergabe, das auch den bei der letzten Ausschreibung rechtswidrig von einem möglichen Konzessionserhalt ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmern offensteht, der Umstand, dass sie keine Konzession besitzen, nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden darf.“<sup>20</sup>

Auf das *Placanica*-Gebot des unmittelbaren und praktisch wirksamen Sanktionsschutzes für unionsrechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossene Anbieter nimmt der Gerichtshof in dem Urteil *Markus Stoß u. a.* in Rdnr. 115 Bezug und weist noch einmal darauf hin,

„(...) dass ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen darf, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt hat (Urteil *Placanica* u. a., Rdnr. 69).“<sup>21</sup>

Dabei ist der strafrechtliche Bezug den „in Rdnr. 19 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen näheren Angaben des Verwaltungsgerichts Gießen“ geschuldet. Das *Placanica*-Sanktionsschutzgebot entfaltet nach Maßgabe der jeweiligen Sachverhaltskonstellation strafrechtliche, verwaltungsrechtliche, zivil- oder wettbewerbsrechtliche Wirkungen. Dies bekräftigte der Gerichtshof bereits in der zuvor zitierten Rdnr. 63 der *Placanica*-Entscheidung mit der

„Aufgabe des innerstaatlichen Rechts, Verfahrensmodalitäten vorzusehen, die den Schutz der den Wirtschaftsteilnehmern aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten“.

Viel klarer als noch zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung in der Rechtssache *Placanica* im Jahr 2007 muss nun mit Verkündung der Urteile am 8. 9. 2010 von der Unionsrechtswidrigkeit des Zulassungsausschlusses von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten ausgegangen werden. Damit wird das *Placanica*-Gebot des unmittelbaren und praktisch wirksamen Sanktionsschutzes für unionsrechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossene Anbieter mit der Urteilsverkündung am 8. 9. 2010 erheblich verstärkt.

Nachdem der Gerichtshof in der Rechtssache *Placanica* den Schutz der unionsrechtswidrig nicht berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmer unter strikter Wahrung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes dem mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht zuweist und diesem eine Rücknahme der alten unionsrechtswidrigen Konzessionsvergabe und anschließende transparente sowie diskriminierungsfreie Konzessionsneuverteilung oder eine dem entsprechende Ausschreibung neuer (zusätzlicher) Konzessionen anheimstellt, formuliert er die Mindestschutzvorgabe, „in jedem Fall“ gegen nicht zugelassene Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten, zumindest bis zum Abschluss einer unionsrechtskonformen Ausschreibung, keine Sanktionen zu verhängen.

#### 2. Gebundene Rücknahme der Glücksspielerlaubnisse ohne Vertrauensschutz für Begünstigte

Doch ist auch oberhalb dieser Mindestschutzvorgabe an die ständige, zunächst im Zusammenhang mit der Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen entwickelte *Alcan*-Rechtsprechung des Gerichtshofes zu erinnern. Danach darf das nationale Recht den Vollzug des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen. Wenn das Unionsrecht die Rücknahme eines Bescheides der unionsrechtswidrigen Beihilfenvergabe verlangt, muss § 48 Abs. 4 VwVfG, der die Rücknahme des Bescheids nach Ablauf einer Ein-Jahresfrist ausschließt, unangewendet bleiben.<sup>22</sup> Auch steht die Rücknahmeentscheidung in einem solchen Fall nicht im Ermessen der nationalen Behörde, wie dies § 48 Abs. 1 VwVfG vorsieht. Die Rücknahmeentscheidung wird zu einer gebundenen Entscheidung.<sup>23</sup> Die nationale Behörde muss den Bewilligungsbescheid zurücknehmen und die unionsrechtswidrige Subvention zurückfordern.

Auch der Vertrauensschutz nach nationalem Recht bleibt unanwendbar. Die nationale Behörde muss eine rechtswidrig gewährte Beihilfe selbst dann zurückfordern, wenn sie für die Rechtswidrigkeit in einem solchen Maß verantwortlich ist, dass die Rücknahme aus der Sicht des Begünstigten als treuwidrig erscheinen mag.<sup>24</sup>

Nach diesen Grundsätzen ist kein unionsrechtlich tragfähiger Hinderungsgrund erkennbar, der einer Rücknahme der unionsrechtswidrig verliehenen Glücksspielerlaubnisse an die deutschen Lottogesellschaften nach § 48 VwVfG dauer-

18 EuGH, 6. 3. 2007 – verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Slg. 2007, I-1932, EWS 2007, 171.

19 EuGH, 20. 9. 2001 – Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rdnr. 29; EuGH, 19. 9. 2006 – verb. Rs. C-392/04 und Rs. C-422/04, i-21 *Germany und Arcor*, Slg. 2006, I-8559, EWS 2006, 505, Rdnr. 57.

20 EuGH verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica* (Fn. 18), Rdnr. 63.

21 EuGH verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, *Markus Stoß u. a.* (Fn. 4), Rdnr. 115.

22 EuGH, 20. 9. 1990 – Rs. C-5/89, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, RIW 1990, 1033, Rdnr. 18 f.

23 EuGH, 20. 3. 1997 – Rs. C-24/95, *Alcan*, Slg. 1997, I-1591, RIW 1997, 433, EWS 1997, 240, Rdnr. 34.

24 EuGH Rs. C-24/95, *Alcan* (Fn. 23), Rdnr. 43.

haft entgegengesetzt werden könnte, zumal alle aus dem Glücksspielstaatsvertrag, insbesondere aus § 4 Abs. 2 GlüStV, vorgebrachten Einwände dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts weichen müssen. Das unbedingte und mit Verkündung der Urteile am 8. 9. 2010 sofort wirkende Nichtanwendungsgebot, das der Gerichtshof in der Rechtsache C-409/06 (*Winner Wetten GmbH*) unmissverständlich begründet hat, gilt gleichermaßen auch für unionsrechtswidrig verliehene Glücksspielerlaubnisse:

„56 Demnach ist jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beiseite zu lassen, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der unmittelbar geltenden Normen des Unionsrechts bilden, mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar (Urteile *Simmmenthal*, Rdnr. 22, und *Factortame* u. a., Rdnr. 20).“<sup>25</sup>

### 3. Geltung des Sanktionsverbots auch für das Wettbewerbsrecht

Bis zu einer Rücknahme der unionsrechtswidrigen Monopolkonzessionen und anschließenden transparenten sowie diskriminierungsfreien Konzessionsneuverteilung dürfen die deutschen Behörden gegen nicht zugelassene Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten, deren Angebot in Deutschland die nicht zulassungsgebundenen Rechts- und Schutzvorschriften einhält<sup>26</sup>, keine – auf die fehlende Zulassung gestützten –, wie insbesondere sofort vollziehbare Untersagungsverfügungen, erlassen.

Nach dem unmissverständlichen Diktum des Gerichtshofs in der Rechtssache C-409/06 („jede *Gerichtspraxis*“) muss das Sanktionsverbot auch wettbewerbsrechtlich durchschlagen, wenn die staatlichen Lotteriegesellschaften in diversen wettbewerbsrechtlichen Verfahren vor Zivilgerichten die Durchsetzung des unionsrechtswidrig – nicht transparent und nicht diskriminierungsfrei – konzessionierten Monopols zu verfolgen versuchen. Die Verletzung der Unionsrechtsgrundsätze darf nicht in den wettbewerbsrechtlichen Verfahren vor Zivilgerichten aufrechterhalten werden. Viel-

mehr muss das unionsrechtliche Sanktionsverbot hier mit der gleichen praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) wie hinsichtlich des Verbotes öffentlich-rechtlicher Untersagungsverfahren durchschlagen.

### IV. Fazit

Die zuständigen Aufsichtsbehörden müssen nun die *erga omnes* unionsrechtsverbindlichen Direktiven der am 8. 9. 2010 verkündeten Glücksspielurteile mit *sofortiger Wirkung* beachten und – im Sinne der Mindestschutzvorgabe des Gerichtshofs zugunsten der bisher unionsrechtswidrig von einer Zulassung ausgeschlossenen Anbieter – aufsichtsrechtlich umsetzen. Dabei steht den Behörden kein Ermessensspielraum hinsichtlich dieser Mindestschutzvorgabe zu, „in jedem Fall“ keine – auf die fehlende Zulassung gestützten – Sanktionen gegen nicht zugelassene Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten zu erlassen, bis ein transparentes und diskriminierungsfreies Konzessionsvergabeverfahren durchgeführt worden ist. Verhängen Behörden dem Diktum widersprechende unionsrechtswidrige Sanktionen, wie insbesondere sofort vollziehbare Untersagungsverfügungen, so verstoßen sie offenkundig und erheblich, also „hinreichend qualifiziert“, gegen ihre – subjektiv gerade die Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten schützende – unionsrechtliche Verpflichtung und setzen sich damit der *unionsrechtlichen Staatshaftung* aus.

25 EuGH Rs. C-409/06, *Winner Wetten GmbH* (Fn. 14), Rdnr. 56.

26 Das in seiner konkreten staatsvertraglichen Ausgestaltung ungeeignete und inkohärent kodifizierte, mithin unionsrechtswidrige Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV (dazu *Koenig*, MMR 2010, 657) muss ebenfalls dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts weichen. Der EuGH war gehalten, die vierte, zum Online-Verbot lediglich abstrakt gestellte Frage des vorliegenden Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts in der Rechtssache C-46/08 (*Carmen Media*) ebenso abstrakt zu beantworten, da er an den Gegenstand des Vorlagebeschlusses gebunden ist. Deshalb beschränkt sich der EuGH Rs. C-46/08, *Carmen Media* (Fn. 3), Rdnrn. 105, 111 strikt auf die *abstrakte* Eignung eines – als Beurteilungsprämisse zugrunde gelegten – verhältnismäßig und kohärent gestalteten Online-Verbotes und sieht von einer *konkreten* Überprüfung des Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV an den inneren und äußeren Kohärenzmaßstäben ab, die er in den Urteilen vom 8. 9. 2010 auf den stationären Offline-Betrieb angewandt hat. Nach Auffassung von *Koenig*, MMR 2010, 657 dürfen keine auf das unionsrechtswidrige Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV gestützten Sanktionen erlassen werden.