

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

# Revisionsgerichtliche Maßstäbe der unionsrechtlichen Kohärenzkontrolle von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

Die Europäische Kommission führt seit dem 31. 1. 2008 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der Anwendung eines Internetvertriebsverbotes auf private Glücksspielanbieter. Trotzdem haben weder BVerwG 8 C 5.10 noch BGH I ZR 92/09 u. a. dem Gerichtshof entsprechende Auslegungsfragen zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) vorgelegt. Der Gerichtshof hat seinerseits in dem Urteil vom 15. 9. 2011 in der österreichischen Rechtssache C-347/09, Dickinger und Ömer (EWS 2011, 528, in diesem Heft) die Kontrollanforderungen an nationale Gerichte für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielbereich mit Bezug auf den Vertriebskanal Internet präzisiert. Nach dieser – revisiblen – unionsrechtlichen Kohärenzkontrolle müssten sich BVerwG 8 C 5.10 und BGH I ZR 92/09 u. a. „vergewissert“ haben, ob zumindest die Vorinstanzen, die Tatsachengerichte, tatsächliche Feststellungen getroffen haben, dass den – genau zu diagnostizierenden – Spielsuchtproblemen nur durch ein Internetvertriebsverbot kohärent und systematisch abgeholfen werden kann.

## I. Die Revisionsurteile BGH I ZR 92/09 u. a. und BVerwG 8 C 5.10

In den fünf Revisionsfällen BGH I ZR 92/09, I ZR 189/08, I ZR 30/10, I ZR 43/10 und I ZR 93/10 (im Folgenden: BGH I ZR 92/09 u. a.), die mit den Urteilen vom 28. 9. 2011 rechtskräftig entschieden worden sind, sollen in- und ausländische Anbieter nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags Wettangebote im Internet in Deutschland zur Verfügung gestellt haben. Sie wurden von staatlichen Lottogesellschaften auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen. Das Internetvertriebsverbot des § 4 Abs. 4 des Glücksspielstaatsvertrags vom 1. 1. 2008 (GlüStV) erfülle – so die Urteilsgründe – auch die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Anforderungen der Kohärenz, indem § 4 Abs. 4 GlüStV dazu beitrage, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Angesichts der vergleichsweise geringen Bedeutung von Pferdewetten führe die tatsächliche Duldung des Internetvertriebs durch die Bundesländer – trotz eines auch für Pferdewetten geltenden Internetvertriebsverbotes – nicht zur Inkohärenz und Ungeeignetheit von § 4 Abs. 4 GlüStV. Auch das Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel u. a. im Internet (§ 5 Abs. 3 GlüStV) sieht der BGH als Norm, die zugleich das Monopol rechtfertigen und private Anbieter beschränken soll. Mit seinen Urteilen vom 28. 9. 2011 schließt der BGH an das Urteil des BVerwG vom 1. 6. 2011 – 8 C 5.10 an. So hat er sich der Prämisse des BVerwG angeschlossen, das Internetvertriebsverbot sei isoliert von der unionsrechtlichen Anwendbarkeit der Regeln

gen des GlüStV zum stationären Glücksspiel und zum Monopol zu betrachten. Diese Grundprämisse wird in Rdnr. 12 des Urteils BVerwG 8 C 5.10 wie folgt formuliert:

„Die Internetverbote sind [...] nicht „monopolakzessorisch“, sondern sind unabhängig von Gültigkeit und Bestand des Glücksspielmonopols allgemein geltendes Recht.“

## II. Die Maßstäbe des EuGH an die unionsrechtliche Kohärenzkontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte

Ohne zwischen mitgliedstaatlichen Tatsachen- und Revisionsgerichten zu differenzieren, erläutert der Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. 6. 2011 in der französischen Rechtssache C-212/08, Zeturf die unionsrechtlich gebotene Kohärenzkontrolle wie folgt:

„Das vorlegende Gericht wird somit zu prüfen haben, ob die nationalen Behörden zum für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich bestrebt waren, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten [...]“ (Rdnr. 47).

„Dem vorlegenden Gericht obliegt es, zu prüfen, inwieweit dieses Vorbringen nachgewiesen ist und ob eine etwaige Toleranz gegenüber derartigen Praktiken mit dem Streben nach einem hohen Schutzniveau vereinbar ist.“ (Rdnr. 50).

„Das vorlegende Gericht hat daher insbesondere im Licht der Entwicklung des Glücksspielmarkts in Frankreich zu prüfen, ob die staatlichen Kontrollen, denen die Tätigkeit des PMU grundsätzlich unterliegt, wirksam durchgeführt und damit die Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, die mit der Errichtung der Ausschließlichkeitsregelung zugunsten des PMU angestrebt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. 6. 2010, Ladbrokes Betting & Gaming und Ladbrokes International, C-258/08 [...], Rdnr. 37)“ (Rdnr. 62).

## 1. Unionsrechtlich schulden auch Revisionsgerichte eine tatsächlich ausgerichtete sowie praktisch wirksame Kontrolle ...

Vor dem Hintergrund des Zeturf-Urteils, das dem nationalen Gericht abverlangt, alle Gesichtspunkte tatsächlich und umfassend zu prüfen, besteht besonderer Anlass zu einer unionsrechtlichen Kohärenzprüfung mit Blick auf die Revisionsurteile BGH I ZR 92/09 u. a. und BVerwG 8 C 5.10, zumal weder der BGH noch das BVerwG vorlegten. Die Frage, ob insbesondere der BGH der nach *revisiblem* Unionsrecht durchzuführenden revisionsgerichtlichen Kohärenzkontrolle nachgekommen ist, drängt sich umso mehr auf, als der erkennende Senat des BGH vor seiner Entscheidung am 28. 9.

\* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. IV. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Der Autor dankt Herrn Rechtsanwalt Rolf Karpenstein, einem überzeugten und europarechtlich gestählten Kombattanten an der Glücksspielrechtlichen Liberalisierungsfrente, für die wertvollen Anregungen und intensiven Diskussionen.

2011 von den am 31. 8. 2011 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Schlussfolgerungen des von ihr am 25. 5. 2011 einberufenen Workshops europäischer Suchtexperten zum Online- Glücksspiel hätte Kenntnis nehmen können:

„Overall, the access to online gambling products does not appear to have given rise to problem development or addiction at a higher rate than in the offline environment.

At the same time, online gambling provides good opportunities for close monitoring of individual gambling behavior and early detection of problem development.“<sup>1</sup>

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich dem BGH und dem BVerwG zumindest Auslegungsfragen zur an wissenschaftlichen Erkenntnissen orientierten Prüfungsdichte der am Maßstab des *revisiblen* Unionsrechts durchzuführenden *revisionsgerichtlichen* Kohärenzkontrolle im Hinblick auf die von den Vorinstanzen *tatsächlich* auszurichtende Kohärenzprüfung stellen mussten. Wenn ein in letzter Instanz urteilendes Bundesgericht „eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 1 und 3 AEUV [für] nicht geboten“ erachtet, da

„in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt [ist], dass Art. 56 AEUV so auszulegen ist, dass auch ein Vertriebsverbot von öffentlichen Glücksspielen einschließlich Sportwetten über das Internet dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot entsprechen muss“,<sup>2</sup>

so drängt sich die Frage auf, ob die nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorlagepflichtigen Bundesgerichte *ausnahmsweise* von einem Vorabentscheidungsersuchen absehen konnten. Dies wiederum setzt das richtige Verständnis des Bundesgerichts von dem nach *revisiblen* Unionsrecht anzulegenden Kohärenzmaßstab voraus. Unionsrechtlich müssten sich die Bundesgerichte vergewissert haben, dass zumindest die Tatsachengerichte, die prozessual mehr als ausdrücklich vorgelegene Möglichkeit von im Mitgliedstaat Deutschland inkohärent angewandten Vertriebsverbotsregelungen für Glücksspiele einer eingehenden Überprüfung unterzogen haben. Die Kohärenzprüfungsanforderungen des EuGH müssen Bundesgerichte umso mehr beachten, wenn sie von einem Vorabentscheidungsersuchen absehen. Die auch vom BGH sowie vom BVerwG – und zwar am Maßstab des *revisiblen* Unionsrechts – durchzuführende *revisionsgerichtliche* Kohärenzkontrolle im Hinblick auf die von den Vorinstanzen *tatsächlich* auszurichtende Kohärenzprüfung ist auch praktisch wirksam durchzuführen („*wirksam durchgeführt* (...), *damit die Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden*“; Rdnr. 62 des Urteils Zeturf). Abstrakte Verweise nach dem Muster, dass eine Auslegungsfrage „in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt“<sup>3</sup> sei, genügen der unionsrechtlich gebotenen revisionsgerichtlichen Kohärenzkontrolle nicht.

Der Gerichtshof hat in dem Urteil vom 15. 9. 2011 – Rs. C-347/09, Dickinger & Ömer die Rechtfertigungsanforderungen von Beschränkungen der Grundfreiheiten im Glücksspielbereich mit Bezug auf den Vertriebskanal Internet präzisiert. Das Bezirksgericht Linz ersuchte den Gerichtshof, Auslegungsfragen zu den Rechtfertigungsanforderungen an ein Monopol für die Durchführung von Internet-Kasinospielen sowie zur Anwendbarkeit von – das Monopol sanktionierenden und die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden – Strafbestimmungen zu beantworten. Der Gerichtshof hat in Fortführung von Zeturf verdeutlicht, dass auf das Internet bezogene Beschränkungen derselben Kohärenzprüfung zu

unterziehen sind wie Beschränkungen im terrestrisch-stationären Vertrieb, dass also eine vertriebswegübergreifende Prüfung von Beschränkungsregelungen für Internet-Glücksspiele geboten ist, die nur gerechtfertigt werden können, wenn mit ihnen die mit diesen Spielen verbundenen Gefahren in systematischer und kohärenter Weise bekämpft werden. Zum Maßstab der unionsrechtlichen Kohärenzkontrolle durch nationale Gerichte führt der Gerichtshof aus (Hervorhebung nur hier):

„(56) In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Daher ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu *vergewissern*, dass sie *tatsächlich* dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (vgl. in diesem Sinne Urteil Stoß u. a., Rdnrn. 88, 97 und 98).

(57) Das vorlegende Gericht wird folglich u. a. unter Berücksichtigung der Entwicklung des Glücksspielmarkts in Österreich prüfen müssen, ob die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols gewährleisten können, dass dieser *tatsächlich* in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. 6. 2010, Ladbrokes Betting & Gaming und Ladbrokes International, C-258/08 [...], Rdnr. 37, und Stoß u. a., Rdnr. 83).“

Der EuGH bestätigt damit, dass theoretische und abstrakte Gefahren nicht zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit genügen. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Internetbeschränkung muss vom Mitgliedstaat zur „*Vergewisserung*“ des Gerichts nachgewiesen werden:

„In diesem Zusammenhang obliegt es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände darzulegen, *anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann*, dass die Maßnahme *tatsächlich* den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (Urteil Stoß u. a., Rdnr. 71).“ (Rdnr. 54 des Urteils Dickinger & Ömer)

## 2. ... der Urteile der Vorinstanzen in Bezug auf deren tatsächlicheninstanzliche Überprüfung ...

Legt man diesen *revisiblen* Kontrollmaßstab des Unionsrechts an, so müssten sich BVerwG 8 C 5.10 und BGH I ZR 92/09 u. a. vergewissert haben, dass die Vorinstanzen *tatsächliche* Feststellungen getroffen haben, dass den – genau zu diagnostizierenden – Spielsuchtproblemen nur durch ein Internetvertriebsverbot verbunden mit einem monopolistischen stationären Wettvertrieb mit über 27 000 gewerblichen Annahmestellen (und einem unbeschränkten Vertrieb von Wetten auf den Pferdesport) abgeholfen werden kann. Darüber hinaus müssten sich der BGH und das BVerwG als Revisionsgerichte gerade nach Maßgabe des *revisiblen* Uni-

1 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions_en.pdf), S. 2.

2 BVerwG, 1. 6. 2011 – 8 C 5.10, Rdnr. 44.

3 BVerwG 8 C 5.10 (Fn. 2), Rdnr. 44.

onsrechts vergewissert haben, dass die Vorinstanzen überprüft haben, ob die staatliche Aufsicht über den Monopolinhaber gewährleistet, dass die geltend gemachten Ziele kohärent und systematisch verfolgt werden (Rdnr. 57 des Urteils Dickinger & Ömer).

Die Duldung der selbst nach der eigenen Rechtsprechung des BVerwG<sup>4</sup> in einem Monopolregime unzulässigen Werbung durch die Aufsichtsbehörden und der Umstand, dass Rechtsverstöße der Monopolinhaber gegen die Vermarktungsbeschränkungen des GlüStV nur aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Verfahren, nicht aber von den staatlichen Aufsichtsbehörden beseitigt werden, erhärtet erhebliche Zweifel, ob die unionsrechtlichen Anforderungen an die Aufsichtsqualität im Sinne von Rdnr. 57 des Urteils Dickinger & Ömer erfüllt werden.

### III. Der Missbrauchsmaßstab als Mindestmaß der unionsrechtlichen Kohärenzkontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte

#### 1. Der Zweck des Internetvertriebsverbots, den durch das Monopol bewirkten Grundrechtseingriff verhältnismäßig zu gestalten, ...

Wenn der EuGH in Rdnr. 72 des Urteils Dickinger & Ömer betont, dass „es grundsätzlich nicht nur mit dem Unionsrecht vereinbar [ist], dem Inhaber eines Monopols gewisse Beschränkungen aufzuerlegen, sondern nach diesem Recht auch erforderlich“, so schließt sich der Kreis zu den grundgesetzlichen Verhältnismäßigkeitsanforderungen, die das BVerfG aus den Grundrechten im Sportwettenurteil vom 28. 3. 2006<sup>5</sup> abgeleitet hat. Das BVerfG hatte in diesem Urteil das bayerische Staatslotteriegesetz für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt, da es einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellte, indem das Gesetz ein staatliches Wettmonopol begründete, „ohne zugleich hinreichende gesetzliche Regelungen zur materiellen und strukturellen Sicherung der Erreichung der damit verfolgten Ziele zu schaffen, insbesondere zur Ausrichtung des Wettangebots an der Begrenzung und Bekämpfung von Wertsucht und problematischem Spielverhalten“.<sup>6</sup> Insbesondere hinsichtlich des Vertriebs staatlichen Glücksspiels über das Internet stellte das BVerfG fest:

„Vor dem Hintergrund der rechtlich gebotenen Ausrichtung des Wettangebots am Ziel der Bekämpfung von Wertsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ist auch die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internetangebot der Staatlichen Lotterieverwaltung bedenklich.“<sup>7</sup>

Um diesen Anforderungen des BVerfG gerecht zu werden und den Eingriff durch die Monopolregelung im Ansatz verhältnismäßig auszugestalten, musste das Internetvertriebsverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV aufgenommen werden.

#### 2. ... wird durch dessen Anwendung auf in anderen Mitgliedstaaten zugelassene Anbieter in eine unionsrechtswidrige Beschränkungsmaßnahme „verkehrt“

Auch das BVerwG hatte in seinen Urteilen vom 24. 11. 2010 zutreffend erkannt, dass die Vorgaben für die Vermarktung der nach dem GlüStV zulässigen Wetten, und damit auch das Internetvertriebsverbot, „nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger“ regelten.<sup>8</sup> Gemessen am Entstehungsgrund

und der Zweckrichtung des § 4 Abs. 4 GlüStV, den durch das Monopol bewirkten Eingriff in die Grundrechte bzw. Grundfreiheiten der ausgeschlossenen Dienstleister verhältnismäßig zu gestalten, erfüllt seine Anwendung auf die in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Anbieter den im Unionsrecht als allgemeinen Rechtsgrundsatz sanktionierten Missbrauchstatbestand „détournement de pouvoir“. Dieses an Verwaltungsträger adressierte Verbot des Befugnis- bzw. Ermessensmissbrauchs ist als auch für die Union grundlegendes Rechtsprinzip aus dem französischen Verwaltungsrecht abgeleitet worden. Es ist in Bezug auf den Befugnis- bzw. Ermessensmissbrauch durch Unionsorgane unionsprimärrechtlich als Nichtigkeitsklagegrund in Art. 263 Abs. 2 AEUV kodifiziert worden.

Ein Befugnis- bzw. Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn ein Beurteilungs- oder Entscheidungsspielraum – auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite – zu anderen als den angegebenen Zielen verwendet wird bzw. wenn damit ein rechtlich vorgesehenes Verfahren umgangen werden soll.<sup>9</sup> Entsprechend seiner Geltung als Verbot des Befugnis- bzw. Ermessensmissbrauchs durch Unionsorgane muss dieser allgemeine Rechtsgrundsatz auch für einen mitgliedstaatlich begangenen Befugnismissbrauch gelten, insbesondere im Hinblick auf die von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu beantwortende Frage,

„ob die nationalen Behörden zum für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich bestrebt waren, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten“ (Rdnr. 47 des Urteils Zeturf).

Der im Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz sanktionierte Missbrauchstatbestand „détournement de pouvoir“ muss als erfüllt angesehen werden, nachdem auch das BVerwG in seinen Urteilen vom 24. 11. 2010 zutreffend erkannt hatte, dass die Vermarktungsregeln nach dem GlüStV, und damit auch das Internetvertriebsverbot, „*nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger*“ regelten,<sup>10</sup> die Behörden und die Monopolanbieter aber gerade auch nach diesen Urteilen hoheitlich bzw. wettbewerbsrechtlich massiv gegen die EU-ausländischen Anbieter mit der Behauptung von – ratione personae ausgeschlossenen – Verstößen gegen § 4 Abs. 4 GlüStV rechtswidrig bzw. rechtsmissbräuchlich vorgehen. Die Prämisse von BVerwG 8 C 5.10 und BGH I ZR 92/09 u. a. von der isolierten Anwendbarkeit des Internetvertriebsverbots erweist sich damit umso mehr als unionsrechtlich unhaltbar. Beide Bundesgerichte verkennen damit den Missbrauchsmaßstab als Mindestmaß der unionsrechtlichen – und damit der revisionsgerichtlichen – Kohärenzkontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte.

### IV. Der nach Unionsrecht praktisch wirksame revisionsgerichtliche Kontrollmaßstab

Der EuGH hat den nationalen Gerichten hinsichtlich des zugehörigen Kohärenzprüfungsmaßstabes einen tatsächlichen und umfassenden Konkretisierungsgrad für die gerichtliche Prüfung aufgegeben. Dabei sind die unions-

4 BVerwG, 24. 11. 2010 – 8 C 13.09; 8 C 14.09; 8 C 15.09.

5 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01.

6 BVerfG 1 BvR 1054/01 (Fn. 5), Rdnr. 79.

7 BVerfG 1 BvR 1054/01 (Fn. 5), Rdnr. 139.

8 BVerwG 8 C 14.09; 8 C 15.0 (Fn. 4), Rdnr. 26, 35 ff.

9 Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rdnr. 546 ff.

10 BVerwG 8 C 14.09 und 15.09 (Fn. 4), Rdnr. 26, 35 ff.

rechtlichen Kontrollanforderungen einer kohärenten und systematischen Zweckerreichung erheblich strenger als das im deutschen Verfassungsrecht einem weiten, im Vergleich zum Unionsrecht großzügigerem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum unterliegende Gebot der Folgerichtigkeit, wie es das BVerfG in seinem Urteil vom 28. 3. 2006<sup>11</sup> zum bayerischen Staatslotteriegesetz zugrunde gelegt hatte.

### 1. Systematische und kohärente Zielverfolgung ...

Aufgrund des streng auf mitgliedstaatliche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit angewandten Kohärenzgebotes gibt der EuGH den nationalen Gerichten hinsichtlich des zugrunde zu legenden Kohärenzprüfungsmaßstabes in einem in tatsächlicher Hinsicht hohen Konkretisierungsgrad zu prüfen auf, ob

„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“.<sup>12</sup> Er verlangt von den nationalen Gerichten, „sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie *tatsächlich* dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“.<sup>13</sup>

### 2. ... im Rahmen von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch den Mitgliedstaat

Dieser unionsrechtliche Kontrollmaßstab muss umso mehr für in letzter Instanz entscheidende mitgliedstaatliche Gerichte gelten, die sich gegen eine Vorlage entscheiden. Denn an ein nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorlagepflichtiges mitgliedstaatliches Revisionsgericht, das – wie BVerwG 8 C 5.10 und BGH I ZR 92/09 u. a. – von einer Vorlage absieht, sind mindestens die gleichen Anforderungen zu stellen wie an ein Gericht, welches vorgelegt hat. Die Urteile BVerwG 8 C 5.10 und BGH I ZR 92/09 u. a. müssten gerade bei Absehen von einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV – über die am Maßstab des Unionsrechts durchzuführende Revisionskontrolle der Vorinstanzen – eine die Anforderungen des EuGH erfüllende eingehende, *praktisch wirksame* gerichtliche Kohärenzprüfung vorgenommen haben. BGH I ZR 92/09 u. a. und BVerwG 8 C 5.10 müssten also eine diesem unionsrechtlichen Kohärenzmaßstab gerecht werdende, im Sinne des Unionsrechts *praktisch wirksame* revisionsgerichtliche Kontrolle der Urteile der Vorinstanzen vorgenommen haben und zwar in Bezug auf deren tatsacheninstanzliche Überprüfung einer im – durch das Unionsrecht adressierten – Mitgliedstaat Deutschland insgesamt (nicht nur in einem Bundesland) kohärenten Zielverfolgung.

## V. Das BVerwG-Urteil 8 C 5.10 auf dem unionsrechtlich gebotenen revisionsgerichtlichen Kohärenzprüfstand

### 1. Widerspruch zu BVerwG 8 C 14.09 und 8 C 15.09

Da BGH I ZR 92/09 u. a. nahtlos die von BVerwG 8 C 5.10 aufgestellten Online-Verbotsprämissen übernimmt, werden im Folgenden aus Platzgründen nur die Urteilsgründe des BVerwG kurz auf den unionsrechtlichen Kohärenzprüfstand gestellt. Bereits die Ausführungen zu einer isolierten, „*nicht monopolakzessorischen*“ Anwendbarkeit des Internetvertriebsverbotes in Rdnr. 12 des Urteils BVerwG 8 C 5.10 vom

1. 6. 2011 erhärten Zweifel daran, ob das BVerwG den *nach revisiblem Unionsrecht* gebotenen revisionsgerichtlichen Kontrollmaßstab angelegt hat. Eine dem unionsrechtlichen Kohärenzmaßstab gerecht werdende, *praktisch wirksame* revisionsgerichtliche Kontrolle des Urteils des VG Ansbach vom 9. 12. 2009<sup>14</sup> bahnt sich hier nicht an. Vor allem verkennt BVerwG 8 C 5.10 ausweislich der Rdnr. 12 des Urteils, dass die Vermarktungsbeschränkung des Internetvertriebsverbotes sich in einem Monopolsystem nicht an die von vornherein ausgeschlossenen Anbieter richten kann. Diese an die Monopolanbieter gerichtete Vermarktungsbeschränkung war nach dem Sportwetten-Urteil des BVerfG vom 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01 – *erforderlich*, um den durch das Monopol bewirkten Eingriff in die Grundrechte bzw. Grundfreiheiten der ausgeschlossenen Dienstleister verhältnismäßig zu gestalten. Damit stellt sich BVerwG 8 C 5.10 in einen offenen Widerspruch zu seinen Urteilen BVerwG 8 C 14.09 und 8 C 15.09 vom 24. 11. 2010, in denen zutreffend festgestellt wird, dass die Vermarktungsregeln nach dem GlüStV, und damit auch das Internetvertriebsverbot, „*nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger*“ regeln (Rdnrn. 26, 30 ff.). Wenn die Behörden aber weiterhin gegen die EU-ausländischen Anbieter mit der Behauptung von – *ratione personae* ausgeschlossenen – Verstößen gegen § 4 Abs. 4 GlüStV rechtswidrig vorgehen, so verschließt sich BVerwG 8 C 5.10 dem nach Unionsrecht gebotenen revisionsgerichtlichen Kontrollmaßstab.

### 2. Keine konkrete revisionsgerichtliche Kontrolle einer vertriebswegübergreifenden Kohärenzprüfung des VG in tatsächlicher Hinsicht, ...

Auch im weiteren Verlauf der revisionsgerichtlichen Kontrolle des Urteils des unterinstanzlichen Tatsachengerichts gibt es kaum Anhaltspunkte, dass das BVerwG die *nach revisiblem Unionsrecht* gebotene Tatsachenprüfung der konkreten und kohärenten Verfolgung der Ziele des Internetvertriebsverbotes durch die deutschen Behörden und die von ihnen beherrschten Monopolanbieter (nicht nur durch bayerrische Stellen) gerade im Sinne des Unionsrechts einer *praktisch wirksamen* revisionsgerichtlichen Überprüfung unterzogen hat. In Rdnr. 13 erwägt das BVerwG nicht einmal eine vertriebswegübergreifende Gesamtkohärenzprüfung – online und offline –, obwohl das Unionsrecht eine solche wegen der Austauschbarkeit der Vertriebswege gebietet. Das BVerwG hätte zumindest das tatsacheninstanzliche Urteil des VG Ansbach hinsichtlich der Anwendbarkeit einer vertriebswegübergreifenden Gesamtkohärenzprüfung einer revisionsrechtlichen Kontrolle unterziehen oder den EuGH anrufen müssen. Auch mit Blick auf Rdnr. 17 des Urteils des BVerwG erscheint es ausgeschlossen, dass das BVerwG seiner unionsrechtlichen Pflicht zu einer solchen revisionsrechtlichen Kontrolle der unionsrechtlich geforderten kohärenten Zielverfolgung nachkommt:

„Angesichts des mit den Anordnungen angestrebten Ziels, Verstöße gegen geltendes Recht zu unterbinden, sind die dadurch

<sup>11</sup> BVerfG 1 BvR 1054/01 (Fn. 5).

<sup>12</sup> 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, Rdnr. 100.

<sup>13</sup> EuGH, 15. 9. 2011, Rs. C-347/09, Dickinger & Ömer, EWS 2011, 528 (in diesem Heft), Rdnr. 56.

<sup>14</sup> VG Ansbach, 9. 12. 2009 – AN K 09.00570 und VG Ansbach, 9. 12. 2009 – AN K 09.00592.

für den Kläger bewirkten Nachteile auch nicht unverhältnismäßig schwer.“

Das BVerwG setzt hier eine kohärente Verfolgung der als Rechtfertigung für ein weit verstandenes Internetvertriebsverbot herangezogenen Ziele bereits voraus. Die kohärente und systematische Zielverfolgung ist jedoch gerade Gegenstand der unionsrechtlich geforderten und damit *revisiblen* Kohärenzprüfung. Das BVerwG nimmt mithin keine eigene revisionsrechtliche Kohärenzkontrolle des Urteils des VG Ansbach vor. Erst in den Rdnrn. 31 ff. des Urteils beschäftigt sich das BVerwG mit der Vereinbarkeit der Internetvertriebsverbote der § 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 3 GlüStV mit dem Unionsrecht. Gleichwohl zieht sich der hochabstrakte Prüfungsmaßstab wie ein roter Faden durch die gesamten Urteilsgründe. Das BVerwG verbleibt bei einer lediglich abstrakten Betrachtung der Verfolgung der Ziele des Gemeinwohls durch das Internetvertriebsverbot sowohl im Rahmen des Grundgesetzes als auch des Unionsrechts. Zwar sind die Bekämpfung der Wertsucht und der effektive Jugendschutz auch unionsrechtlich wichtige Belange des Gemeinwohls, jedoch findet keine revisionsgerichtliche Überprüfung dahingehend statt, ob das Verwaltungsgericht die Beachtung des unionsrechtlichen Gebotes der systematischen und kohärenten Zielverfolgung durch das in Rede stehende Internetvertriebsverbot ausreichend in *tatsächlicher* Hinsicht geprüft hat. Es bleibt bei der kurzen tatsächlichen Feststellung des BVerwG, die es augenscheinlich aus sich selbst heraus entwickelt hat:

„Zweifel an der tatsächlichen Verfolgung dieser Ziele bestehen nicht.“

### 3. ... die kohärente Zielverfolgung wird lediglich abstrakt „außer Zweifel“ gestellt

Das BVerwG beschränkt sich zudem auf abstrakte Möglichkeiten weiterer Maßnahmen zur Durchsetzung der Verbote gegenüber Server-Betreibern und Finanzdienstleistungsunternehmen. Inwieweit diese vom Verwaltungsgericht Ansbach auf ihre tatsächliche, systematische und zielwirksame Implementierung in der Realität hin überprüft wurden, ist vom BVerwG keiner den unionsrechtlichen Maßstäben genügenden revisionsgerichtlichen Kontrolle unterzogen worden. Zwar erkennt das BVerwG in Rdnr. 35 des Urteils auf abstrakter Ebene das unionsrechtliche Kohärenzgebot an, unterlässt dann aber die ebenso unionsrechtlich gebotene konkrete revisionsgerichtliche Kontrolle der tatsächlichen Kohärenzprüfung durch das Verwaltungsgericht Ansbach bezogen auf die *gesamte Bundesrepublik Deutschland*. Das Urteil des VG Ansbach wird diesbezüglich nur am Maßstab des nationalen Rechts (Art. 3 Abs. 1 GG) revisionsgerichtlich überprüft. Unter Rdnr. 36 entsteht der Eindruck, das BVerwG erachte eine konkret und tatsächlich ausgerichtete Kohärenzprüfung unionsrechtlich für überflüssig, da es eine kohärente Zielverfolgung bereits *prima facie* als bewiesen unterstellt:

„Es steht *außer Zweifel*, dass die angegebenen Ziele auch die tatsächlich verfolgten Ziele sind und dass die Länder mit ihm [dem Internetvertriebsverbot] nicht in Wahrheit fiskalische Interessen verfolgen.“

Dass die Länder diese Ziele *tatsächlich* – und nicht in Wahrheit ihren stationären Monopolrentenschutz durch das Internetvertriebsverbot, mithin fiskalische Interessen – verfolgen, ist jedoch gerade Gegenstand der unionsrechtlichen Kohärenzprüfung. Diesbezüglich müsste eine revisionsgerichtliche Kontrolle des Urteils des VG Ansbach durch das

BVerwG stattgefunden haben. Stattdessen wird die Annahme einer kohärenten Zielverfolgung „*außer Zweifel*“ gestellt und einer Überprüfung entzogen. Insgesamt ist festzustellen, dass eine unionsrechtlich gebotene revisionsgerichtliche Kontrolle durch das BVerwG in Bezug auf die durch das VG Ansbach zu prüfende tatsächliche Wirksamkeit der kohärenten Zielverfolgung nicht bzw. nicht in ausreichender Weise durchgeführt worden ist.

## VI. Unionsrechtlich gebotene Eingrenzung der Rechtskraftwirkungen

Die Urteile der Bundesgerichte entfalten zunächst Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien. Die Rechtskraft mitgliedstaatlicher Gerichtsurteile bleibt auch nach dem Unionsrecht und insbesondere nach der Rechtsprechung des EuGH unangetastet, da das Prinzip der Rechtskraft zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört, das seinerseits auf dem Prinzip der Rechtssicherheit gründet.<sup>15</sup> So muss bei Entscheidungen innerstaatlicher Gerichte nach Unionsrecht nicht von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften zur Rechtskraft abgesehen werden.<sup>16</sup> Nach dem Grundsatz der Verfahrenautonomie haben die Mitgliedstaaten die Modalitäten der Rechtskraft nationalgerichtlicher Entscheidungen für ihre Rechtsordnungen autonom zu bestimmen, insbesondere auch, da entsprechende unionsrechtliche Vorschriften fehlen.<sup>17</sup> Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass einem in Rechtskraft erwachsenen Urteil eines mitgliedstaatlichen Gerichts entgegengesetzt werden kann, das Unionsrecht verbiete die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils, das eine dauerhafte Negation der Dienstleistungsfreiheit und nicht – wie in den vom EuGH entschiedenen Fällen – einen abgeschlossenen Eingriff betrifft, der dadurch gekennzeichnet ist, dass die Rechtskraft allein wegen der Versäumung von Fristen eintritt.

Außerhalb ihrer Rechtskraftwirkung entfalten zwar auch höchstrichterliche Entscheidungen keine Bindungswirkung im normativen Sinne, ihnen kommt jedoch im Rahmen der Gesetzesauslegung durch unterinstanzliche, oberinstanzliche und auch höchstinstanzliche Gerichte eine gewichtige Leitfunktion<sup>18</sup> zu. Die Leitfunktionswirkungen der Urteile BVerwG 8 C 5.10 und BGH I ZR 92/09 u. a. gilt es nun, im Lichte der Vorabentscheidungsurteile Zeturf und Dickinger & Ömer unionsrechtskonform einzugrenzen.

### 1. Abweichungen von den Anforderungen des EuGH ...

Der Gerichtshof hat in seinen Urteilen Zeturf und Dickinger & Ömer die unionsrechtlichen Anforderungen an die ungeschriebenen „*zwingenden*“ Rechtfertigungsgründe für mitgliedstaatliche Online-Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV ausgelegt. Dabei begründet der Gerichtshof seine Auslegungsurteile nicht „*rechtsschöpferisch*“, vielmehr in konsequenter Fortsetzung seiner mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zur kohärenten und systematischen mitgliedstaatlichen Zielverfolgung in den ver-

15 Vgl. EuGH, 21. 9. 1983 – verb. Rs. 205 bis 215/82, Deutsche Milchkontor, Slg. 1983, 2633, RIW 1983, 51, Rdnr. 30; EuGH, 6. 10. 2009 – Rs. C-40/08, Asturcom, Slg. 2009, I-9579, EWS 2009, 475, Rdnrn. 35 ff.

16 Vgl. EuGH, 1. 6. 1999 – Rs. C-126/97, Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, EWS 1999, 345, Rdnrn. 46 f., st. Rspr.

17 EuGH, 3. 9. 2009 – Rs. C-2/08, Olimpiclub, Slg. 2009, I-7501, Rdnr. 24; EuGH Rs. C-40/08, Asturcom (Fn. 15), Rdnr. 38.

18 Gottwald, in: MünchKomm-ZPO, § 322 Rdnr. 23.

schiedenen Glücksspielsektoren. Der Gerichtshof hat in diesen Urteilen – entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung zu Art. 267 AEUV – die differenzierte Sachverhaltsfeststellung und die einzelnen Subsumtionsschritte an das vorlegende Gericht zurückverwiesen. Dies ist der prozessrechtliche Eigenschaft des Vorabentscheidungsverfahrens geschuldet, welches im Gegensatz zur Direktklage kein selbstständiges Verfahren darstellt, sondern ein Zwischenverfahren im Rahmen eines vor mitgliedstaatlichen Gerichten bereits anhängigen Rechtsstreits. Gleichwohl hat der Gerichtshof ähnlich wie schon in den Urteilen Markus Stoß u. a. (C-316/07), Winner Wetten GmbH (C-409/06) sowie Carmen Media Group (C-46/08), in denen er den „berechtigten Anlass“ zur Unanwendbarkeit der monopolbegründenden und -sanktionierenden Bestimmungen des GlStV artikuliert, nun in dem Urteil Dickinger & Ömer – mit für ein Vorabentscheidungsverfahren sehr klar formulierten Gründen – die Rechtfertigungsanforderungen an mitgliedstaatliche Online-Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV ausgelegt. Nationale Gerichte sind gehalten, das Unionsrecht in der Auslegung des EuGH ab der Urteilsverkündung unmittelbar anzuwenden.<sup>19</sup> Nach dem Urteil Dickinger & Ömer müssen zunächst die erkennenden mitgliedstaatlichen Gerichte ihrer unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Verpflichtung nachkommen, die Online-Verbots-Kohärenzfrage anhand einer jeweils eingehenden, *praktisch wirksamen* gerichtlichen Kohärenzprüfung konkret zu beantworten und sich dabei „vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern“ (Rdnr. 56).

## 2. ... verpflichten zur Vorlage an den EuGH

Die erkennenden Gerichte der ordentlichen Zivil- und Straf- oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit dürfen angesichts die-

ser unionsrechtlichen Kontrollpflichten, die der EuGH erga omnes ausgelegt hat, die in den Urteilen des BGH und des BVerwG aufgestellten Prämissen, etwa die der isolierten „nicht monopolakzessorischen“ Anwendbarkeit des Internetvertriebsverbotes, nicht mehr „axiomatisch“ zugrunde legen. Vielmehr müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte die Kohärenz des Internetvertriebsverbotes sowohl hinsichtlich der tatsächlichen und praktisch wirksamen Zielverfolgung als auch in Bezug auf den Fortbestand des Glücksspielmonopols eingehend prüfen. Sollte ein mitgliedstaatliches Gericht gleichwohl den Urteilen des BGH und des BVerwG folgen wollen, so wäre dieses Gericht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Ohne eine tatsächlich ausgerichtete und praktisch wirksame Kohärenzkontrolle des Internetvertriebsverbotes dürfen die mitgliedstaatlichen Gerichte dieses nicht zum Anlass für die Verhängung bzw. Aufrechterhaltung von Sanktionen nehmen.<sup>20</sup> Dies gilt für straf-, verwaltungs- wie für zivil- und wettbewerbsrechtliche Verfahren gleichermaßen.

## VII. Fazit

Unionsrechtlich schulden Revisionsgerichte eine tatsächlich ausgerichtete sowie praktisch wirksame Kontrolle der Urteile der Vorinstanzen in Bezug auf deren tatsacheninstanzliche Überprüfung einer systematischen und kohärenten Zielverfolgung im Rahmen von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch den Mitgliedstaat.

<sup>19</sup> Zu den Vorabentscheidungswirkungen erga omnes vgl. Koenig, EWS 2010, 449 ff.

<sup>20</sup> EuGH, 7. 3. 2007 – verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Placencia, Slg. 2007, I-1932, EWS 2007, 171, Rdnr. 63.