

I. AUFSätze

BVerwG 8 C 5.10 und damit auch BGH I ZR 92/09 zum unionsrechtlichen Kohärenzkontroll-TÜV für Glücksspielregulierung!

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) und Benjamin Schmitz, Bonn*

In seinem Urteil vom 1. Juni 2011 (Az. 8 C 5.10)¹ hat das BVerwG entschieden, dass das Internetverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar und damit anwendbar sei. Die isolierte Anwendbarkeit des Internetverbotes sei „unabhängig von Gültigkeit und Bestand des Glücksspielmonopols“ geboten. In seinem Urteil vom 28. September 2011 (Az. I ZR 92/09) hat sich nun auch der BGH dem angeschlossen und entschieden, dass das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV auch für private Anbieter weiterhin anwendbar sei. Es erfülle insbesondere die vom EuGH entwickelten Anforderungen der Kohärenz. Daran ändere auch das Vollzugsdefizit im Bereich der Pferdewetten im Internet nichts. Da sich die Beurteilung des Bundesgerichtshofs mit der Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts deckt, BVerwG 8 C 5.10 schon ausweislich der Pressemitteilung vom 28. September 2011 offenbar für BGH I ZR 92/09 eine Leitentscheidungsfunktion zukam, wird sich diese Abhandlung aus Platzgründen auf die Entscheidung des BVerwG konzentrieren.

1. Der nach Unionsrecht praktisch wirksame gerichtliche Kontrollmaßstab

Der EuGH hat den nationalen Gerichten insbesondere in den Rz. 47, 50 und 62 des *Zeturf*-Urteils vom 30. Juni 2011² hinsichtlich des zugrunde zu legenden Kohärenzprüfungsmaßstabes einen tatsächlichen und umfassenden Konkretisierungsgrad für die gerichtliche Prüfung aufgegeben. Am 15. September 2011 hat der Gerichtshof in dem Urteil *Dickinger & Ömer* (Rs. C 347/09) den Kohärenzprüfungsmaßstab in Bezug auf nationale Online-Verbote (zum Schutz des Monopols für Internet-Kasinospiele) dahingehend präzisiert, dass nationale Gerichte gehalten sind,

„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“ (Rz. 56)

Dieser unionsrechtliche Maßstab muss insbesondere für mitgliedstaatliche Gerichte gelten, die sich gegen eine Vorlage nach Art. 267 AEUV entscheiden. Vor

allem an ein nach Art. 267 Abs. 3 AEUV grundsätzlich vorlagepflichtiges, in letzter Instanz entscheidendes mitgliedstaatliches (Revisions-) Gericht, das – wie das BVerwG und der BGH – von einer Vorlage absieht, sind mindestens die gleichen Anforderungen zu stellen wie an ein Gericht, welches vorgelegt hat. Das BVerwG und der BGH müssten im Rahmen ihrer Urteile gerade bei Absehen von einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV – über die am Maßstab des Unionsrechts durchzuführende Revisionskontrolle der Vorinstanz – eine die Anforderungen des EuGH erfüllende eingehende, *praktisch wirksame* gerichtliche Kohärenzprüfung vorgenommen haben und zwar in Bezug auf deren tatsacheninstanzliche Überprüfung einer im – durch das Unionsrecht adressierten – Mitgliedstaat Deutschland insgesamt (nicht nur in bestimmten Bundesländern) kohärenten Zielverfolgung.

Der EuGH hat dabei eine vertriebswegübergreifende Gesamtkohärenzprüfung der Beschränkungen des Online- und des Offlinevertriebsweges durch mitgliedstaatliche Gerichte für den Fall, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber – wie im deutschen GlüStV – für den Internetvertrieb ein Verbot und für den Offlinevertrieb ein Staatsmonopol unterschiedlich normiert hat, angeordnet, wenn zum einen eine „Austauschbarkeit der verschiedenen Vertriebskanäle aus Sicht des Verbrauchers“ besteht³ und zum anderen die Nutzung des Onlinevertriebskanals (Internet) nicht dazu führt, dass die mit dem Glücksspiel einhergehenden Gefahren über diejenigen hinaus verstärkt werden, die mit den über traditionelle Kanäle (offline) vertriebenen Spielen einhergehen (erster Begründungssatz der Rz. 83 des *Zeturf*-Urteils).⁴

(1) *Austauschbarkeit der Online und Offlinevertriebskanäle*
§ 1 GlüStV und die Erläuterungen zum GlüStV weisen als Zielprimat die Bekämpfung und Vermeidung von Spielsucht aus: „Eine wirksame Suchtbekämpfung erfordert die Begrenzung des Glücksspielangebots und die Verhinderung des Ausweichens auf nicht erlaubtes Glücksspiel.“⁵

Die zur Suchtbekämpfung zu implementierende Begrenzung des Glücksspielangebots und die Verhinderung des Ausweichens auf anderes, insbesondere auf nicht erlaubtes Glücksspiel werden erheblich durch die tatsächliche Austauschbarkeit der

* Der Autor Koenig ist geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Der Autor Schmitz ist wissenschaftlicher Referent am ZEI. Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 BVerwG, Urteil vom 01.06.2011, Az. 8 C 5.10, ZfWG 04/2011, 304.

2 EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Rs. C-212/08, *Zeturf*, ZfWG 04/2011, 251 ff.

3 EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Rs. C-212/08, *Zeturf*, ZfWG 04/2011, 251 ff. (Rn. 76).

4 EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Rs. C-212/08, *Zeturf*, ZfWG 04/2011, 251 ff. (Rn. 78 ff., 81).

5 Erläuterungen zum GlüStV, Bay. LT-Drs. 15/8486, S.10.

Vertriebskanäle aus der Sicht des suchtgefährdeten Spielers konterkariert. Die Beschränkung einer bestimmten Vertriebsform kann dann nicht geeignet sein, das Ziel der Spielsuchtbekämpfung zu erreichen, wenn die suchtgefährdeten Spieler gerade wegen der regulatorischen Beschränkungen auf andere Vertriebsformen ausweichen. Expertisen von Spielsuchtspezialisten zeigen jedoch, dass gerade die suchtgefährdeten Spieler jede Gelegenheit des Spiels unabhängig von Ort oder Vertriebsform ergreifen, um ihrer Neigung nachzugehen. Aus der Sicht dieser entscheidenden Verbrauchergruppe besteht daher eine Austauschbarkeit der Vertriebsformen Offline- und Onlineglücksspiel.

(2) Keine erhöhten Gefahren durch den Internetvertrieb im Vergleich zum traditionellen Offlinevertrieb

Durch den fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen Verbraucher und Anbieter, durch den leichten und ständigen Zugang zu den im Internet angebotenen Spielen sowie durch die Isolation des Spielers dürfen die Gefahren des Glücksspiels nicht über diejenigen Gefahren hinaus verstärkt werden, die mit den über traditionelle Kanäle (offline) vertriebenen Spielen einhergehen.⁶ Wenn mittlerweile aber jede Spielform offline und online angeboten wird, ist daher zu prüfen, ob die Gefahr der Spielsucht bei der jeweiligen Spielform durch die Wahl des Vertriebsweges Internet wirklich steigt. Zum einen arbeitet die vom TÜV Rheinland erstellte Studie „Was kann das Internet in der Praxis“ heraus, dass über das digitale Medium Internet effektive Spielersperren, Einsatzgrenzen und gezielte Maßnahmen zur Spielsuchtbekämpfung und zum Jugendschutz in tatsächlicher, systematischer, kohärenter, geeigneter und erforderlicher Weise gerade an den spezifischen Gefährdungswirkungszusammenhängen der Spielsucht, der Jugendgefährdung und von Betrugsstrategien im Sinne des Kohärenzgebotes anzusetzen vermögen: „Es ist vielmehr eine Ungleichbehandlung der Online- und Offline-Welten, die hier die Probleme aufwirft.“ Zum anderen bestätigen die am 31. August 2011 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Schlussfolgerungen des von ihr am 25. Mai 2011 einberufenen Workshops europäischer Suchtspezialisten zum Online-Glücksspiel, dass die Spielsuchtschancen durch die Wahl des Vertriebsweges Internet gerade *nicht* steigen:

„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 behaviour and early detection of problem development.”⁷

Bei Casinospielen und Geldautomatenspielen geht von den stationären Offlinevertriebsformen immer noch die höchste Suchtgefahr aus. Eine Gesamtkohärenzprüfung online und offline ist damit geboten.

2. Grund (Entstehung) und Telos (Zweckrichtung) des Internetverbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV im verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Kohärenzbezug - die Gründe des BVerwG 8 C 5.10 im Einzelnen

Das BVerfG hatte in seinem Urteil vom 28. März 2006⁸ das bayerische Staatslotteriegesetz vom 29. April 1999 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 Wettsucht und problematischem Spielverhalten“.⁹ 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 Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ist auch die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internetangebot der Staatlichen Lotterieverwaltung bedenklich.“¹⁰ Das BVerfG stellte weiter klar, dass der Gesetzgeber bei einer Neuregelung des Glücksspielsektors, bei der er an einem staatlichen Wettmonopol festhalten wolle, „dieses konsequent am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ausrichten“ müsse.¹¹ Um diesen Anforderungen des BVerfG gerecht zu werden und den Eingriff durch die Monopolregelung verhältnismäßig auszugestalten, musste daher das Internetverbot in § 4 Abs. 4 des GlüStV aufgenommen werden. Telos des Verbotes ist es folglich, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, um die gebotene Ausrichtung des Wettangebots am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft durch das Monopol sicherzustellen und dafür die Angebotsmöglichkeiten im staatlichen Glücksspielmonopol seinerseits zu beschränken und die Verhältnismäßigkeit dieses starken Eingriffes zu gewährleisten. Auch das BVerwG hatte in seinen Urteilen vom 24. November 2010 insofern zutreffend erkannt, dass die Vorgaben für die Vermarktung der nach dem GlüStV zulässigen Wetten, und damit auch das Internetverbot, „nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger“ regeln.¹² Dieser Regelungsrichtung kann das Internetverbot nach dem – mit der am 14. September 2011 im Landtag von Schleswig Holstein beschlossenen gesetzlichen

6 EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Rs. C-212/08, *Zeturf*, ZfWG 04/2011, 251 ff. (Rn. 80 ff.).

7 Conclusions workshop on online Gambling: Detection and Prevention of problem Gambling and Gambling addiction, 25 May 2011 in Barcelona, S. 2; http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/workshops/workshop-ii-conclusions_en.pdf.

8 BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, Az. 1 BvR 1054/01, ZfWG 02/2006, 16 ff.

9 BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, Az. 1 BvR 1054/01, ZfWG 02/2006, 16 ff. (Rn. 79).

10 BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, Az. 1 BvR 1054/01, ZfWG 02/2006, 16 ff. (Rn. 139).

11 BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, Az. 1 BvR 1054/01, ZfWG 02/2006, 16 ff. (Rn. 149).

12 BVerwG, Urteile vom 24.11.2010, Az. 8 C 14.09 und 15.09, ZfWG 01/2011, 108 ff., 148 (Rn. 26, 35 ff.).

Liberalisierung¹³ manifesten – Wegbrechen des staatlichen Glücksspielmonopols in Folge des Urteils des EuGH vom 08. September 2010 in den verbundenen Rechtssachen C 316/07, C 358/07 bis C 360/07, C 409/07 und C 410/07 – Markus Stoß u.a.¹⁴ nicht mehr dienen. Die Verhältnismäßigkeit der staatlichen Monopolregelungen kann mit deren Erosion in Schleswig Holstein und unionsrechtlicher Unanwendbarkeit in Deutschland weder kohärent noch systematisch erreicht werden. Das Internetverbot verkommt vielmehr zu einem Mittel der Konkurrenzabwehr aus dem EU-Ausland, da ausländischen Glücksspielanbietern der Zugang zum deutschen Glücksspielmarkt durch das Internetverbot verschlossen wird. Wenn das Internetverbot zum Verteidigungsmittel der inkohärenten stationären Monopolregelung wird, muss es seinerseits als inkohärent qualifiziert werden und an der Unionsrechtswidrigkeit sowie der Unanwendbarkeit der Monopolregelung teilnehmen. Die Prämisse des BVerwG (8 C 5.10) sowie des BGH (I ZR 92/09) von der isolierten Anwendbarkeit des Internetverbots ist unionsrechtlich nicht haltbar.

Es gibt darüber hinaus im Verlauf der revisionsgerichtlichen Kontrolle des unterinstanzlichen Tatsachenurteils des VG Ansbach vom 9. Dezember 2009¹⁵ keine Anhaltspunkte, dass das BVerwG die nach *revisiblem Unionsrecht* gebotene Tatsachenprüfung der konkreten und kohärenten Verfolgung der Ziele des Internetverbotes durch die deutschen Behörden und die von ihnen beherrschten Monopolanbieter (nicht nur durch bayerische Stellen) gerade im Sinne des Unionsrechts einer *praktisch wirksamen* revisionsgerichtlichen Überprüfung unterzogen hat. Das BVerwG erwägt in Rz. 13 nicht einmal eine revisionsrechtliche Kontrolle in Bezug auf die vertriebswegübergreifende Gesamtkohärenzprüfung – online und offline – durch das VG Ansbach, obwohl das Unionsrecht eine solche gebietet, sondern lässt die maßgeblichen Kriterien ausdrücklich ungeprüft.

In Rz. 17 des Urteils setzt das BVerwG die kohärente Verfolgung der als Rechtfertigung für das Internetverbot herangezogenen abstrakten Ziele bereits voraus. Die kohärente und systematische Zielverfolgung ist jedoch gerade Gegenstand der unionsrechtlich geforderten, und damit *revisiblen* Kohärenzprüfung. Eine Überprüfung, insbesondere mit Blick auf die konkrete (monopolverteidigende) Wirkung des Internetverbots, durch das BVerwG bleibt jedoch erneut aus.

In Rz. 20 des Urteils vom 1. Juni 2011 wird vom BVerwG lediglich abstrakt darauf abgestellt, dass „die Internetverbote [...] dem Ziel der Bekämpfung der Wettsucht (§ 1 Nr. 1 GlüStV) sowie einem effektiven Jugendschutz (§ 1

Nr. 3 GlüStV)“ dienen und die konkrete unionsrechtlich gebotene revisionsgerichtliche Kontrolle unterbleibt.

Zwar beziehen sich diese Ausführungen auf den verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab nach dem Grundgesetz. Gleichwohl zieht sich der hochabstrakte Prüfungsmaßstab wie ein roter Faden durch die gesamten Urteilsgründe. Das BVerwG verbleibt bei dieser abstrakten Betrachtung der Verfolgung der Ziele des Gemeinwohls durch das Internetverbot sowohl im Rahmen des Grundgesetzes als auch im Rahmen des Unionsrechts in den Rz. 31 ff. Es findet weder an dieser Stelle noch später eine revisionsgerichtliche Überprüfung dahingehend statt, ob das Verwaltungsgericht die Beachtung des Kohärenzgebotes im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Internetverbot ausreichend in *tatsächlicher* Hinsicht geprüft hat. Die tatsächlichen, das unionsrechtswidrige Monopol verteidigenden Wirkungen des Internetverbots bleiben so auch hier unberücksichtigt. Das BVerwG stellt lediglich fest, dass „Zweifel an der tatsächlichen Verfolgung dieser Ziele [nicht] bestehen“.

Dieses Kontrolldefizit setzt sich in Rz. 21 des Urteils fort, in der das BVerwG erkennt, dass „es wegen des grenzüberschreitenden Charakters des Internets schwierig ist, die Beachtung des Verbots sicherzustellen“, dies aber aufgrund der abstrakten Möglichkeit weiterer Maßnahmen zur Durchsetzung der Verbote als unerheblich für die Eignung des Internetverbotes zur Verwirklichung der Gemeinwohlziele ansieht. Inwieweit diese vom Verwaltungsgericht Ansbach auf ihre tatsächliche, systematische und zielwirksame Implementierung in der Realität hin überprüft wurden, ist vom BVerwG nicht der gebotenen Kontrolle unterzogen worden.

Besonders deutlich wird dies in Rz. 25 des Urteils mit Blick auf die Ausführungen des BVerwG zu alten Erlaubnissen für Spielbanken in Niedersachsen. Nach dem BVerwG „bedarf [es] hier keiner näheren rechtlichen Prüfung“, ob diese „fortbestehen und den Internetvertrieb von Glücksspielen gestatten“, da eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der tatsächlichen Verfolgung der mit den Internetverboten verfolgten Ziele in Niedersachsen – möglicherweise durch einen unionsrechtlich veranlassten Widerruf (§ 49 Abs. 2 VwVfG) bestandskräftiger Bescheide – „außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Beklagten“ ausbleiben kann. Dies mag bei einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gelten, „da Art. 3 Abs. 1 GG jeden Gesetzgeber nur in seinem eigenen Kompetenzbereich bindet“ (Rz. 29 des Urteils).

Das Unionsrecht verlangt dagegen im Rahmen von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV eine Kohärenzprüfung bezogen auf die Zielverfolgung im gesamten Mitgliedstaat als Adressaten des Unionsrechts. Davon geht das BVerwG in Rz. 35 des Urteils selbst aus, es bleibt jedoch die

13 <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl17/drucks/1700/drucksache-17-1785.pdf>

14 EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rs. C 316/07, C 358/07 bis C 360/07, C 409/07 und C 410/07, Markus Stoß u.a., ZfWG 05/2010, 332 ff.

15 Az. AN K 09.00570 und Az. AN K 09.00592.

unionsrechtlich gebotene konkrete revisionsgerichtliche Kontrolle bezogen auf die *gesamte Bundesrepublik Deutschland* auch dort aus und insbesondere wird nicht überprüft, ob in Bezug auf den gerügten Zustand in Niedersachsen (Rz. 25) alle Möglichkeiten der Herstellung eines kohärenten Gesamtzustands in die Beurteilung durch das VG Ansbach mit einbezogen wurden.

Auch der konkreten Prüfung, ob Fernsehwerbung für Sozial-Fernseh-Lotterien, bezüglich derer die Möglichkeit einer Befreiung vom Verbot des § 5 Abs. 3 GlüStV besteht, in gleicher Weise die mit den Internetverboten verfolgten Gemeinwohlziele gefährdet, wie dies im Bezug auf die Nutzung des Internets im Zusammenhang mit anderen Glücksspielarten angenommen wird, verschließt sich das Gericht in Rz. 26 und geht auch im Rahmen seiner revisionsgerichtlichen Kontrolle auf diese, für die unionsrechtliche Prüfung des Kohärenzgebotes durchaus erhebliche Frage später in den Rz. 31 ff. nicht näher ein.

Eine Überprüfung dahingehend, ob das VG Ansbach den unionsrechtlichen Beanstandungen des Klägers in tatsächlicher Hinsicht ausreichend nachgegangen ist, findet auch in Rz. 26 nicht statt. Stattdessen wird darauf verwiesen, dass der Normgeber ausweislich seiner Begründung zum GlüStV „davon ausgegangen [ist], dass das geringere Suchtpotenzial der Werbung für Soziallotterien eine Ausnahme vom Verbot der Fernsehwerbung nach § 5 Abs. 3 GlüStV rechtfertigt“. Dies erfüllt nicht die unionsrechtlichen Anforderungen an eine konkrete Kohärenzprüfung.

Gleiches gilt für die in Rz. 27 des Urteils des BVerwG angestellten Erwägungen im Hinblick auf die Zulässigkeit von Gewinnspielen im Rundfunk.

In Rz. 28 findet bezüglich der – in § 26 Abs. 6 GlüStV normierten – Sonderregelung zur Möglichkeit der weiteren Gestattung von Lotterien im Internet für ein Jahr eine revisionsgerichtliche Überprüfung des Urteils des VG Ansbach erneut nur am Maßstab des nationalen Rechts (Art. 3 Abs. 1 GG) statt.

Auch aus dem in den Rz. 31 ff. folgenden Abschnitt des Urteils, in dem sich das BVerwG ausdrücklich mit der Vereinbarkeit der Internetverbote des § 4 Abs. 4 und des § 5 Abs. 3 GlüStV mit Unionsrecht beschäftigt, ergibt sich keine ausreichende revisionsgerichtliche Kontrolle. In Rz. 34 trifft das BVerwG mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH die Annahme, „dass Wetten und Glücksspiele im Internet diese [unionsrechtlichen Gemeinwohl-]Ziele in besonderem Maße gefährden“.

Ausweislich wissenschaftlicher und digitaltechnischer Studien, insbesondere der Studie „Was kann das Internet in der Praxis“ des TÜV Rheinland, gab es

jedoch schon beim damaligen Sachverhaltsstand erhebliche Zweifel darüber, inwiefern diese Annahme in der Realität überhaupt zutrifft. Spätestens im Rahmen seiner unionsrechtlichen Ausführungen ist das BVerwG gehalten gewesen, bei seiner revisionsgerichtlichen Kontrolle zu ermitteln, ob das VG Ansbach eine tatsächliche und ausreichende Prüfung gerade bezüglich der Gefahren für die Ziele des Allgemeinwohls beim Onlineglücksspiel im Vergleich zum stationären Glücksspiel vorgenommen hat. Dagegen wird in Rz. 34 lediglich abstrakt auf die Ausführungen der Rechtsprechung verwiesen.

Unter Rz. 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, und es „außer Zweifel [stehe], dass die angegebenen Ziele auch die tatsächlich verfolgten Ziele sind und dass die Länder mit ihm [dem Internetverbot] nicht in Wahrheit fiskalische Interessen verfolgen“.

Dies hätte jedoch als Gegenstand der unionsrechtlichen Kohärenzprüfung gerade im Rahmen einer revisionsgerichtlichen Kontrolle des Urteils des VG Ansbach überprüft werden müssen. Auch an dieser Stelle wird insbesondere auf die faktisch das staatliche Monopol verteidigende Wirkung des Internetverbots nicht eingegangen.

Weiter findet die gebotene Kontrolle dahingehend nicht statt, ob der Pferdewettensektor, mit dem sich das BVerwG in den Rz. 36 ff. beschäftigt, in kohärenter Weise im Verhältnis zu den Onlineverboten im GlüStV ausgestaltet ist. In Rz. 41 des Urteils kommt das BVerwG zwar zu dem Schluss, dass ein *tatsächliches* Vollzugsdefizit hinsichtlich des Onlineverbotes für Pferdewetten besteht. Statt eine qualitative Kohärenzprüfung vorzunehmen, beschränkt es sich jedoch auf einen rein quantitativen Spürbarkeitstest (Rz. 42) hinsichtlich der Auswirkungen des tatsächlichen Vollzugsdefizites und die Feststellung dass der Bereich so geringfügig sei, „dass nennenswerte nachteilige Rückwirkungen auf den vom Glücksspielstaatsvertrag geregelten Glücksspielmarkt praktisch ausgeschlossen sind“. Der EuGH unterscheidet jedoch nicht quantitativ zwischen inkohärenten Regelungen in Bezug auf die jeweiligen Größen der in dem maßgeblichen Mitgliedstaat differenziert regulierten (Teil) Märkte. Die tatsächlichen Auswirkungen der Onlinewerbung für Pferdewetten für die Ziele des Onlinewerbeverbots für sonstiges Glücksspiel werden in Rz. 43 des Urteils lediglich oberflächlich angesprochen, nicht aber von Amts wegen (§ 86 Abs. 1 S. 1 VwGO) geprüft.

Die unionsrechtlich gebotene revisionsgerichtliche Kontrolle durch das BVerwG in Bezug auf die durch das VG Ansbach zu prüfende tatsächliche Wirksamkeit

der kohärenten Zielverfolgung ist insgesamt nicht bzw. nicht in ausreichender Weise durchgeführt worden.

3. Beschränkung auf die Rechtskraftwirkungen der Urteile des BVerwG vom 1. Juni 2011 und des BGH vom 28. September 2011

Die Rechtskraftwirkungen der Urteile des BVerwG und des BGH *inter partes* bleiben nach dem Unionsrecht und insbesondere nach der Rechtsprechung des EuGH unangetastet.¹⁶ Allerdings sind die Wirkungen der Urteile des BVerwG und des BGH jedoch im Lichte der Vorabentscheidungsurteile des EuGH Zeturf (Rs. C-212/08) und Dickinger & Ömer (Rs. C 347/09) unionsrechtskonform deutlich einzugrenzen. Erga omnes darf den Urteilen des BVerwG und des BGH keine Leitentscheidungsfunktion eingeräumt werden, da sie nicht dem unions- und zugleich revisionsrechtlichen Kohärenzprüfungsmaßstab in Bezug auf nationale Online-Verbote entsprechen, wonach auch Bundesgerichte über die Revisionskontrolle der Tatsacheninstanzen gehalten sind, zu überprüfen, ob die Vorinstanzen ihrerseits ihrer unionsrechtlichen und daher revisiblen Pflicht nachgekommen sind,

„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“. (Rz. 56 des Urteils Dickinger & Ömer, Rs. C 347/09)

¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.09.1983, verb. Rs. 205 bis 215/82, *Deutsche Milchkontor*, Slg. 1983, 02633 (Rn. 30); EuGH, Urteil vom 06.10.2009, Rs. C-40/08, *Asturcom*, Slg 2009, I-09579 (Rn. 35 ff.).

Die Bindungswirkung dieses unionsrechtlichen Kohärenzprüfungsmaßstabes nach dem auf das Unionsprimärrecht, die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), bezogenen Auslegungsurteil erstreckt sich nach Maßgabe seiner allgemeingültig gefassten Urteilsformeln und -gründe auf alle mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden. Diese sind gehalten, das Unionsrecht in der Auslegung des EuGH ab der Urteilsverkündung unmittelbar anzuwenden.¹⁷ Die erkennenden Gerichte haben – insbesondere wenn sie von einem Vorabentscheidungsersuchen absehen – zu prüfen, „ob die nationalen Behörden zum für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich bestrebt waren, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten [...]“ (Rz. 47 des Urteils Zeturf) und „inwieweit dieses Vorbringen nachgewiesen ist und ob eine etwaige Toleranz gegenüber derartigen Praktiken mit dem Streben nach einem hohen Schutzniveau vereinbar ist“ (Rz. 50 des Urteils Zeturf).

4. Fazit

Angesichts des unionsrechtlichen Kohärenzprüfungsmaßstabes, den der EuGH in seinen Urteilen Dickinger & Ömer und Zeturf den mitgliedstaatlichen Gerichten erga omnes auferlegt hat, dürfen die erkennenden Gerichte aller Gerichtsbarkeiten nicht die in den Urteilen des BGH und des BVerwG aufgestellten Online-Verbotsprämissen zugrunde legen, die unionsrechtlich strikt auf die Rechtskraft *inter partes* zu beschränken sind. Vielmehr müssen alle erkennenden Gerichte eine unionsrechtskonforme, tatsächlich ausgerichtete und praktisch wirksame Kohärenzkontrolle durchführen.

¹⁷ Koenig, Vorabentscheidungswirkungen erga omnes – Die Glücksspielurteile des EuGH als Lehrbuchbeispiele!, EWS 2010, S. 449 ff.

* Dr. Tobias Wild ist Referent für Glücksspielangelegenheiten beim Senator für Inneres und Sport der Freien Hansestadt Bremen. Der Aufsatz gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034, lesbar über den kostenlosen Bürgerzugang unter <http://www.bgbl.de/>), in Kraft getreten am 1. September 2006.

² Spielverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Januar 2006 (BGBl. I S. 280), Dokumentenserver a. a. O. (Fn. 1), abrufbar auch unter <http://www.gesetze-im-internet.de/spielv/>.

³ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/104 vom 13. April 2011, S. 11894 und Anlage 2, schriftliche Antwort des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie auf die Anfrage des Abgeordneten Garrelt Duin (SPD), abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/> (Dokumente).