

Anmerkung

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Bonn, und Dr. Bernd Berberich, München*

Willkürliche Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Tatsachenrichter durch das Bundesverwaltungsgericht bei Bestätigung des Internetverbots?

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) – 8 C 18.16 – hat wie in der Pressemitteilung Nr. 74/2017 vom 27.10.2017 angekündigt, das Internetverbot für drei Glücksspielarten bestätigt. Fraglich ist, ob das BVerwG hierzu revisionsrechtlich überhaupt die Kompetenz hatte und ob die Feststellungen des Revisionsgerichts sich mit dem unionsrechtlich gebotenen Prüfmaßstab vereinbaren lassen.

I. Einführung

Das BVerwG äußert sich in den Urteilsgründen u. a. zu den Bestimmtheitserfordernissen einer vollstreckbaren Untersagungsverfügung und stellt hinsichtlich des von der Vorinstanz gerügten Ermessensfehlers fest, dass bei einer Verpflichtung zum Einschreiten die Behörde gerade keine Handlungsalternativen habe, dann aber das Gleichheitsgebot die Behörde auch nicht dazu verpflichte, vorab ein Handlungskonzept für die zeitliche Reihenfolge des Einschreitens zu entwickeln. Das BVerwG hat es aber nicht dabei belassen, diese beiden, durch die Vorinstanz aufgeworfenen allgemeinen Auslegungsfragen zu entscheiden. Vielmehr hat das BVerwG für sich in Anspruch genommen, über die Rechtmäßigkeit des allgemeinen Internetverbots gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV in der Sache selbst zu entscheiden. Indes hätte das BVerwG die Sache zur Nachholung der erforderlichen Tatsachenfeststellungen an den VGH Baden-Württemberg zurückverweisen müssen, da eine unionsrechtliche Bewertung der Anwendbarkeit des Online-Verbots nach § 4 Abs. 4 GlüStV entscheidend von den tatsächlichen Umständen des praktischen Verbotsvollzuges und auch dem bisher weitgehenden tatsächlichen Vollzugsausfall abhängt, also eine komplexe Tatsachensubsumtion unter den unionsrechtlichen Schrankenvorbehalt zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls voraussetzt. Könnte das BVerwG damit seine revisionsrechtlichen Kompetenzen sogar in willkürlicher Weise überschritten haben? Zudem wird der Frage nachgegangen, ob das BVerwG nicht selbst anhand der in den Gründen enthaltenen Bestätigung des Internetverbots für drei Glücksspielarten den unionsrechtlichen Kohärenzmaßstab verletzt hat.

II. Reichweite der revisionsrechtlichen Prüfkompetenzen des BVerwG

§ 144 VwGO konkretisiert den Entscheidungsspielraum des BVerwG. Hiernach kann das Revisionsgericht u. a. das angefochtene Urteil aufheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen oder

in der Sache selbst entscheiden. Letzteres ist angesichts des Charakters der Revisionsinstanz als reine Rechtsinstanz eher selten und grundsätzlich nur dann möglich, wenn das BVerwG eine eindeutige Entscheidung treffen kann, insbesondere keine Fragen in tatsächlicher Hinsicht offen bleiben.

Vorliegend arbeitete das BVerwG mit einer sog. Ergebnishypothese und untersuchte gemäß § 144 Abs. 4 VwGO, ob sich die Entscheidung der Vorinstanz nicht aus anderen Gründen als richtig erwies. Über diese „Hintertür“ nahm das Revisionsgericht für sich in Anspruch, insbesondere die Rechtmäßigkeit des Internetverbots für bestimmte Glücksspielarten zu überprüfen. Weil das Internetverbot für Online-Casino-, Rubbellos- und Online-Pokerspiele nicht zu beanstanden sei, könnten die verfahrensgegenständlichen Regelungen der Untersagungsverfügung insoweit als rechtmäßig bewertet werden, so dass das BVerwG in der Sache selbst entschied und gerade nicht an die Vorinstanz zurückverwies.

Einer eigenen Entscheidung des BVerwG sind aber enge Grenzen gesetzt, die sich aus der Eigenart des Revisionsverfahrens ergeben. So kann das Revisionsgericht nicht selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen feststellen. Eine eigene abschließende Entscheidung in der Sache selbst ist ihm grundsätzlich nur möglich auf der Grundlage der Tatsachen, welche die Vorinstanz festgestellt hat. Reichen sie für eine abschließende Entscheidung nicht aus, muss die Sache zur Feststellung der erforderlichen Tatsachen an das Tatsachengericht zurückverwiesen werden.¹

Vorliegend hatte die Vorinstanz indes gar nicht näher die Rechtmäßigkeit des Internetverbots bewertet und demzufolge auch nicht die tatsächliche Lage bezüglich der aktuellen Internet-Regulierung als Bewertungsgrundlage erhoben. Dies musste die Vorinstanz auch nicht, da nach ihrer Rechtsauffassung die streitgegenständlichen Untersagungsverfügungen bereits aus anderen Gründen (Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz sowie Ermessensfehler bei der Störerauswahl) sich als rechtswidrig erwiesen.

Wenn aber die äußerst dynamischen Märkte der Internet-Glücksspiele einer laufenden empirischen Bewertung der damit einhergehenden Risiken zu unterziehen sind, so be-

* Anmerkung zu BVerwG, Ur. v. 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145. Die Kommentierung konzentriert sich aus Raumgründen auf die Frage, ob das BVerwG das Internetverbot gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV für drei Glücksspielarten auf rechtskonforme Weise bestätigt hat. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Neumann, in: Sodan/Zickow (Hrsg.), VwGO, 4. Aufl. 2014, § 144 Rn. 6, 24.

trifft dies hochkomplexe Sachverhaltszusammenhänge. Dann hätte aber auch das BVerwG nur auf Basis eines entsprechend durch die Vorinstanz aufbereiteten Sachverhalts die Rechtmäßigkeit des Internetverbots als Rechtsfrage abschließend bewerten dürfen.

Bezeichnenderweise zitiert das Revisionsgericht bei Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Internetverbots immer wieder die gesetzgeberischen Intentionen bzw. die Einschätzung der Länder in der amtlichen Erläuterung des GlüStV 2012. Eine Überprüfung der aktuell tatsächlichen Lage anhand empirischer Erkenntnisse zum Entscheidungszeitpunkt (26.10.2017) sucht man in den Urteilsgründen vergeblich. Tatsächlich wäre es dem BVerwG auch verwehrt gewesen, solche in das Urteil mit einzubeziehen. Denn es ist Sache der unteren Instanzgerichte, den der rechtlichen Bewertung unterliegenden Lebenssachverhalt umfassend aufzubereiten. Das BVerwG hätte damit mangels hinreichender Tatsachengrundlage die Sache zwingend an die Vorinstanz zur weiteren Sachaufklärung zurückverweisen müssen.

III. Prüfung der Kohärenzlage hinsichtlich des Vertriebswegs Internet

Dieser Verstoß gegen den Rahmen der revisionsrechtlichen Prüfkompetenzen wird besonders deutlich, wenn man sich im Speziellen den unionsrechtlichen Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die Kohärenzlage vergegenwärtigt.

1. Anforderungen des EuGH zur Prüfung der Kohärenzlage

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, das nationale Schutzniveau in Bezug auf Glücksspiele selbst zu bestimmen.² Der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten wird hierbei zum einen umrissen durch prozedurale Darlegungs- und Nachweisanforderungen, zum anderen haben sich die Mitgliedstaaten fortlaufend zu vergewissern, dass restriktive, in die Dienstleistungsfreiheit eingreifende Regelungen auch tatsächlich dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.³ Voraussetzung für die Ausübung der mitgliedstaatlichen Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus ist damit auf der Rechtsfolgenseite, dass der Mitgliedstaat auf der Tatbestandsseite die Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolagen laufend ermittelt und folgerichtig beurteilt. Danach ergibt sich im Rahmen der Kohärenzprüfung das folgende Beurteilungsprogramm:

1. Zur Beurteilung der geltend gemachten Gefährdungen durch Online-Poker- und Casinospiele müssen die zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Informationen und Daten *erhoben und herangezogen* werden („Erhebungsebene“).⁴
2. Auf der Grundlage dieser Informationen und Daten muss eine *Risikobewertung* vorgenommen und der Wahrscheinlichkeitsgrad der schädlichen Auswirkungen beurteilt werden („Bewertungsebene“).⁵
3. Das zur Rechtfertigung nationaler Beschränkungen, insbesondere von Totalverboten wie im Falle der Online-Poker- und -Casinospiele, beizubringende Informations- und Datenmaterial sowie die darauf aufbauende Risikobewertung müssen gerade die geltend gemachten spezi-

fischen – den stationären Risikomodus übersteigenden – Online-Gefährdungs- und Risikozusammenhänge *tragen* („Tragfähigkeitsbeurteilung“).⁶

2. Verletzung des Prüfmaßstabs durch das BVerwG

Das BVerwG hat diesen unionsrechtlichen Prüfmaßstab in einer verkürzten Form in seinen Urteilsgründen dargestellt,⁷ dann aber in der Sache keine Umstände, Informationen bzw. Daten zur aktuellen Regulierungslage im Online-Bereich zitiert („Ebene 1“), geschweige denn diese bewertet („Ebene 2“). Diese Lücke, insbesondere der einen Ausfall in der Tatsachensubsumtion unter den unionsrechtlichen Schrankenvorbehalt zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls offenbarende gedankliche Bruch, wird besonders augenscheinlich, indem das Revisionsgericht zuerst den allgemeinen unionsrechtlichen Prüfmaßstab in Rn. 39 der Urteilsgründe abstrakt zitiert, dann aber die gebotene konkrete Tatsachensubsumtion in Rn. 40 ff. der Urteilsgründe vollständig übergeht, ja ignoriert. Dieser – durch die unterlassene Rückverweisung bedingte – Subsumtionsausfall manifestiert sich besonders im ersten Satz in Rn. 40 der Urteilsgründe: „Ausgehend von diesen Maßstäben steht die Eignung des Internetverbots zur Verfolgung der legitimen Gemeinwohlziele des Glücksspielstaatsvertrages nicht in Zweifel“. Ohne die gebotene, aber unterlassene Rückverweisung konnte das BVerwG indes überhaupt keine Umstände heranziehen, anhand derer sich das Gericht hätte vergewissern können, ob die gesetzgeberischen Grundannahmen der Länder bei Begründung des GlüStV 2012 dem unionsrechtlichen Kohärenzmaßstab genügen. Stattdessen wiederholt das BVerwG abstrakt-generelle Ergebnissätze wie „[...] die Eignung des Internetverbots steht [...] nicht in Zweifel.“⁸ oder „Die teilweise Zulassung der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet widerspricht keiner konsequenten Eindämmung der den Glücksspielen immanenten Gefahren.“⁹

Wenn nun aber das Revisionsgericht keine Tatsachengrundlagen, welche von der Vorinstanz umfassend aufzubereiten gewesen wären, in die gebotene, aber unterbliebene – tatsächlich-konkret auszurichtende – Kohärenzprüfung mit einbezieht, sondern stattdessen lediglich wiederholend die gesetzgeberischen Grundannahmen zitiert, verkennt das Gericht die unionsrechtliche Rechtsschutzfunktion des Kohärenzprinzips gegenüber der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Im Ergebnis läuft diese, seitens des BVerwG praktizierte faktische Vorenthaltung einer sachlichen Kohärenzprüfung darauf hinaus, dass der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nichts entgegen gesetzt wird, womit der effektive Rechtsschutz in Bezug auf den Geltungsvorrang der unionsrechtlich verbürgten Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV entzogen wird.

2 Vgl. EuGH, 8.9.2010 – C-316/07 – Markus Stoß sowie C-46/08 – Carmen Media. Zum Sinngehalt der Begrifflichkeiten Konsistenz und Kohärenz vgl. auch Liesching/Berberich, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.), Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Aufl. 2014, Art. 12 GG Rn. 57 ff.

3 EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 56 – Dickinger/Ömer.

4 Vgl. EuGH, 23.9.2003 – C-192/01, Rn. 48 – Kommission/Dänemark.

5 Vgl. EuGH, 23.9.2003 – C-192/01, Rn. 48 – Kommission/Dänemark.

6 Vgl. EuGH, 13.11.2003 – C-42/02, Rn. 26 – Lindman; EuGH, 3.4.2008 – C-346/06, Rn. 42 – Ruffert; EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 56 – Dickinger/Ömer; vgl. dazu ausführlich: Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 806.

7 Vgl. BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145, Rn. 39.

8 Vgl. BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145, Rn. 40.

9 Vgl. BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145, Rn. 41.

IV. Folgen der revisionsrechtlichen Kompetenzüberschreitung

Das BVerwG hätte zwingend zur weiteren Aufklärung der tatsächlichen Grundlagen die Rechtssache an die Vorinstanz gemäß § 144 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwGO zurückverweisen müssen. Indem das Revisionsgericht dies nicht getan hat, hat es den betroffenen Klägern ihren Anspruch auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG willkürlich entzogen. Denn das BVerwG hat sich in der Entsagung prüffähiger Tatsachengrundlagen über die dem Gericht gezogenen Kompetenzgrenzen hinweggesetzt. Den Betroffenen ist deshalb anzuraten, eine entsprechende Urteilsverfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht einzulegen.

V. Ausblick

Angesichts der Kompetenzüberschreitung des BVerwG wäre es zu begrüßen, wenn die zuständigen Behörden und Entscheidungsträger keine voreiligen Schlüsse aus der Entscheidung des BVerwG ziehen. Auf jeden Fall haben alle Träger staatlicher Gewalt die mittlerweile empirisch unterlegten Erfahrungen mit regulierten Systemen wie in Dänemark oder Schleswig-Holstein im Hinblick auf die vorgeblichen Sucht-, Schwarzmarkt- und Geldwäschegefahren in ihre Entscheidungsfindung fortlaufend mit einzubeziehen. Es ist zu begrüßen, dass Länder wie Schleswig-Holstein, Hessen und Nordrhein-Westfalen auf Basis der mittlerweile gesammelten Erfahrungen sich dazu verpflichtet sehen, nach einer tragfähigen und europarechtskonformen Lösung für den gesamten Online-Glücksspielbereich zu suchen. Es gilt, die digitalen Möglichkeiten als Chance zu begreifen und nicht rückwärtsgerichtet zu dämonisieren. Eine prohibitive Verbotspolitik wird den Möglichkeiten und Chancen, welche das Internet bietet, nicht gerecht. Ein praxisgerechter Regulierungsansatz würde hingegen auf entsprechende Akzeptanz sowohl in der Industrie als auch der Bevölkerung stoßen, so dass endlich die Grundlage für eine effektive Durchsetzung der Ziele des GlüStV 2012 geschaffen wäre.

Summary

In its final appellate decision dated 26 October 2017 the German Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht, BVerwG 8 C 18.16) held that the prohibition of online-gambling pursuant to sec. 4 para. 4 of the German Inter-State Treaty on Gambling (Glücksspielstaatsvertrag) does not infringe the requirements of proportionality and coherence as laid down in the case law of the Court of Justice of the European Union. This appellate decision is based on a merely abstract reasoning focusing only on the legal scope of proportionality and coherence without any reference to the highly disputed facts regarding the coherence of the prohibition of online-gambling. The appellate decision of the highest German administrative court neglects entirely the duty of the national courts to establish the facts and assess whether or not such prohibitive legislation is able to satisfy the requirements of proportionality and coherence under the freedom to provide services as laid down in the case law of the Court of Justice of the European Union, especially in Dickinger and Ömer. By not referring

back to the lower court to establish the facts on proportionality and coherence, the German Federal Administrative Court failed to comply not only with EU law, but with fundamental German appellate and constitutional law principles of a fair trial.

Kein Anspruch auf vorläufige Duldung des Weiterbetriebs einer Mehrfachspielhalle

OVG Sachsen, Beschl. v. 9.11.2017 – 3 B 240/17

(VG Chemnitz, Beschl. v. 21.7.2017 – 4 L 553/17)

GlüStV §§ 25, 29 Abs. 4; SächsGlüStVAG § 18a Abs. 4

Die unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Bundesländern im Hinblick auf die Konkretisierung des durch § 25 Abs. 1 Satz 1 GlüStV vorgegebenen Verbots von Mehrfachkonzessionen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Es ist höchstrichterlich geklärt, dass keine Bedenken gegen ein landesrechtliches Mindestabstandsgebot von 500 m Luftlinie bestehen. Geringere, für den Spielhallenbetreiber günstigere Mindestabstände, wie sie auch § 18a Abs. 4 SächsGlüStVAG vorsehen, sind damit nicht unverhältnismäßig.

Im Falle eines Mehrfachbetriebs von Spielhallen an einem Standort ist von vornherein keine Befreiung im Rahmen eines Härtefalls möglich, weil § 25 Abs. 2 GlüStV ein ausnahmsloses Verbot vorsieht.

(Ls. d. Red.)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht Chemnitz hat den Antrag der Antragstellerin zu Recht abgelehnt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zusammenfassend zu verpflichten, den Weiterbetrieb ihrer Spielhalle 1 am Standort H[...] Straße S1, S[...] über den 30. Juni 2017 hinaus bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu dulden. Die dagegen mit der Beschwerde vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, sind nicht geeignet, die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in Frage zu stellen.

Die Antragstellerin betreibt an dem vorbezeichneten Standort zwei Spielhallen. Die entsprechenden gewerberechtlichen Erlaubnisse nach § 33i GewO sind der Antragstellerin durch die zuständige Behörde erstmals im Jahr 1994 (S. 604 f. der Behördenakte) und sodann erneut im Dezember 2001 (S. 593 f. der Behördenakte) erteilt worden. Während der Antragstellerin auf ihren Antrag vom 25. April 2016 hin mit Bescheid des Antragsgegners vom 1. Juni 2017 die glücksspielrechtliche Erlaubnis für die Spielhalle „L[...] 2“ für den Zeitraum vom 1. Juli 2017 bis zum 30. Juni 2021 erteilt, für einen darüber hinaus gehenden Zeitraum aber abgelehnt wurde, wurde der Antrag der Antragstellerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis für die Spielhalle „L[...] 1“ mit Bescheid vom 2. Juni 2017