Autor	Beitrag

Autor	Beitrag
räubertochter 22.03.2017 08:28	Zum Urteil des BVerwG vom 16.12.2016 in 8 C 6.15 Von Rechtsanwalt Rolf Karpenstein „Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs setzt die Eignung der Internetverbote zusätzlich voraus, dass sie zur Erreichung der mit ihnen verfolgten Gemeinwohlzwecke in systematischer und kohärenter Weise beitragen (EuGH, Urteile vom 6. November 2003 – Rs. C-243/01, Gambelli u.a. – Slg. 2003, I-13031 Rn. 67, vom 3. Juni 2010 – Rs. C-258/08, Ladbrokes – NVwZ 2010, 1081 Rn. 21 sowie vom 8. September 2010, Markus Stoß u.a., a.a.O. Rn. 88 ff. und Carmen Media, a.a.O. Rn. 55, 64 ff.). Entgegen der Auffassung des Beklagten gilt diese zusätzliche Anforderung nicht nur für die Rechtfertigung staatlicher Glücksspielmonopole, sondern für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit allgemein (vgl. EuGH, Urteil vom 10. März 2009 – Rs. C–169/07, Hartlauer – Slg. 2009, I–1721 Rn. 55 ff.)“ Dieses Zitat entstammt dem Urteil des 8. Senats beim BVerwG vom 31.5.2011 in der Sache 8 C 5.10 (bwin e.K.). Den Vorsitz hatte der heutige Präsident des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Dr. Rennert (dazu K. Stuht, https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/82687.html). Zwar war das Urteil im Ergebnis falsch. Die aus Rn. 35 zitierten Ausführungen indes sind richtig. Das unionsrechtliche Erfordernis, demnach eine auf legitime Interessen des Gemeinwohls gestützte Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs auch systematisch und kohärent – sowohl in der Rechtslage als auch in der staatlichen Praxis – verfolgt werden muss, gilt keineswegs nur für Beschränkungen durch ein Monopol. Dies lässt sich zweifelsfrei – worauf der 8. Senat auch in der Rechtsache 8 C 36/13 in Rn. 21 hingewiesen hatte – schon der Hartlauer–Entscheidung oder dem EuGH-Urteil in der Sache Petersen (C-341/08) entnehmen. Anders nunmehr der 8. Senat unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten Dr. Christ in der Rechtssache 8 C 6.15 in Rn. 85. Mit schamloser Rechtsvergesslichkeit heißt es im Urteil vom 16.12.2016: „Der Europäische Gerichtshof hat das unionsrechtliche Kohärenzgebot für das Glücksspiel in seiner bisherigen Rechtsprechung lediglich im Bereich staatlicher Monopolregelungen für relevant gehalten.“ Diese Behauptung ist in tatsächlicher Hinsicht falsch, in rechtlicher Hinsicht unvertretbar. Fake News vom 8. Senat aus Leipzig, einmal mehr. Das Urteil des BVerwG vom 16.12.2016 ist damit unanwendbar, wie der EuGH sagen würde; willkürlich, wie das Bundesverfassungsgericht es auszudrücken pflegt und eine Beugung des EU-Rechts in der Sprache der Staatsanwaltschaft. Die unionsrechtliche Anforderung, dass auf zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls gestützte Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auch systematisch und kohärent verfolgt werden müssen, gilt auch in Sachverhalten mit Bezug zu Sportwetten oder Glücksspiel, in denen – wie im Bereich der Spielhallen – die Beschränkung nicht in einem staatlichen Monopol besteht. Der Gerichtshof hat z. B. im Urteil Costa Cifone (Rs. C–72/10 und 77/10) den der aktuellen deutschen Spielhallen–Problematik vergleichbaren Sachverhalt behandelt, dass in Italien 7.000 Dienstleistungskonzessionen für neue stationäre Spielstätten und weitere 10.000 Dienstleistungskonzessionen für neue stationäre Stätten für Pferdewetten vergeben wurden. Die Konzessionsvergabe für bis zu 17.000 Konzessionen in Italien war dem Publizitätserfordernis entsprechend im Amtsblatt der EU ausgeschrieben worden („Dekret-Bersani“). Das Ausschreibungsverfahren wurde im Dezember 2006 mit der Vergabe von etwa 14.000 neuen Konzessionen abgeschlossen. Zwar war

Autor	Beitrag
	diese Konzessionsvergabe trotz der öffentlichen Ausschreibung intransparent und musste neu gestaltet werden. Angesichts der Vergabe von 14.000 Konzessionen kann aber nicht von einer monopolistischen Beschränkung gesprochen werden. Dennoch hat der Gerichtshof in Costa Cifone nach seinem Hinweis, dass die Vergabe glücksspielrechtlicher Konzessionen auf „objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen muss, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden“ (EuGH, a.a.O., Rn. 56) anhand des in BVerwG 8 C 6.15 so genannten „Kohärenzgebotes“ geprüft, ob Mindestabstände zwischen Spielstätten wegen der Nachteile für Neu-Konzessionäre unionsrechtlich gerechtfertigt sind. Dazu führt der Gerichtshof zunächst aus, dass sich Italien nicht auf die Notwendigkeit der Verringerung der Gelegenheiten zum Spielen berufen kann, weil der italienische Glücksspielsektor „lange Zeit durch eine expansive Politik gekennzeichnet war, die mit dem Ziel einer Erhöhung der Staatseinnahmen betrieben wurde, so dass vor diesem Hintergrund weder das Ziel einer Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch das einer Eindämmung des Spielangebots als Rechtfertigung dienen können.“ (EuGH, Costa Cifone, Rn. 62) Diese Klarstellung, dass die Beschränkungen durch Mindestabstände bei der nach einer öffentlichen Ausschreibung erfolgten Vergabe von Konzessionen für Spielstätten in Italien nicht mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar sind, untermauert der Gerichtshof in Rn. 63 mit einem Verstoß gegen das unionsrechtliche Gebot, demnach die eingesetzten Mittel kohärent und systematisch sein müssen: „63 Sodann ergibt sich, was das zweite der angeführten Ziele angeht, aus der ständigen Rechtsprechung, dass von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen und dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn die eingesetzten Mittel kohärent und systematisch sind (Urteil Placanica u.a., Rn. 48 und 53).“ Der 8. Senat hat nicht nur die Hartlauer-, die Petersen und die Costa Cifone–Entscheidungen des EuGH sowie die eingangs zitierte eigene Rechtsprechung unter dem Vorsitzenden Rennert ausgeblendet, sondern auch die Rechtssache Placanica (EuGH, Rs. C-338/04). In Placanica hatte der Gerichtshof in Rn. 53 unter Hinweis auf seine Zenatti- und Gambelli–Entscheidungen darauf hingewiesen, dass „Beschränkungen der Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer zwar grundsätzlich gerechtfertigt sein können, jedoch in jedem Fall dem Anliegen gerecht werden müssen, die Gelegenheiten zum Spiel wirklich zu vermindern und die Tätigkeiten in diesem Bereich kohärent und systematisch zu begrenzen.“ In Placanica ging es nicht um ein Monopol. Die Entscheidung Placanica behandelte eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Rahmen eines Regimes, bei dem nach nur teilweiser Ausschreibung bis zu 2000 Konzessionen für stationäre Glücksspielangebote vergeben werden konnten. Dennoch hat der EuGH klargestellt, dass auch bei diesen Beschränkungen das Erfordernis einer Systematik und Kohärenz besteht. Auch in Rechtssache C-169/07 (Hartlauer) ging es nicht um ein Monopol für Krankenanstalten, sondern um die Frage, ob die Regelungen zum Erlaubnisvorbehalt für ein Ambulatorium unionsrechtlich belastbar sind. Dazu hat der Gerichtshof zunächst ausgeführt, dass der Mitgliedstaat in einem nicht harmonisierten Bereich zwar das Schutzniveau bestimmen kann. Der EuGH hat aber in Rn. 55 der Hartlauer-Entscheidung daran erinnert, dass „eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“ Dazu hat der Gerichtshof in Rn. 55 nicht nur auf die

Autor	Beitrag
	Placanica–Entscheidung, sondern auch auf die Rechtssache C 500/06 verwiesen, in welcher es nicht um ein Monopol, sondern um Fernsehwerbung für medizinische Einrichtungen ging. In C-500/06 hatte der Gerichtshof in Rn. 39 ausgeführt, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die Werbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen in nationalen Fernsehsendern verbietet, es aber zulässt, über lokale Fernsehsender derartige Werbung zu betreiben, einen unsystematischen und in kohärenten Widerspruch aufweist, der eine Legitimation der Beschränkungen durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls entgegensteht. Der 8. Senat (besetzt mit den Richtern: Hoock, Dr. Seegmüller, Dr. Held-Daab, Dr. Christ und Dr. Rublack) übergeht somit in dem Urteil vom 16.12.2016, dass das unionsrechtliche Erfordernis einer systematischen und kohärenten Regulierung und Praxis nach der Rechtsprechung des EuGH für jeden Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr gilt. Kurz: Das Urteil 8 C 6.15 ist (grob) falsch. Darüber können die Hilfserwägungen des 8. Senats aus Leipzig in Rn. 85 nicht hinweghelfen. Soweit der 8. Senat meint, „hier läge jedenfalls kein Verstoß gegen die aus dem Kohärenzgebot abgeleiteten Anforderungen vor“, weil „keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Beschränkungen für Spielhallen lediglich „scheinheilig“ zur Suchtbekämpfung eingeführt worden wären“, haben sich die Bundesrichter nicht nur der auch gerichtbekannten Realität, sondern auch der Lektüre der Erläuterungen zum Staatsvertrag versperrt. Darin wird nämlich der neu eingeführte glücksspielrechtliche Konzessionsvorbehalt für Spielhallen damit begründet, dass das – auch aus Sicht des 8 Senats in 8 C 10.12, 12.12 und 17.12 „scheinheilige“ – Lotterie- und Sportwettenmonopol durch die Beschränkungen im Bereich der Spielhallen legitimiert werden soll. Zitat aus den Erläuterungen: „7. gewerbliches Automatenspiel. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinen Urteilen vom 8. September 2010 festgestellt, dass das mit dem Glücksspielstaatsvertrag verfolgte und auf die Grundkonzeption staatlicher Ausschließlichkeitsrechte im Bereich der Lotterien und Sportwetten gegründete Präventionsmodell unionsrechtlich nur Bestand haben könnte, wenn in Glücksspielbereichen mit höherem Suchtpotenzial nicht gleichzeitig eine expansive Politik verfolgt werde.“ Die Staatsvertragsgesetzgeber schreiben also in ihren Erläuterungen selbst, dass die staatsvertraglichen Beschränkungen der Spielhallen – jedenfalls primär – dazu dienen, die staatlichen Ausschließlichkeitsrechte im Bereich der Lotterien und Sportwetten unionsrechtlich zu legitimieren. Auf Deutsch: Die Betreiber von Spielhallen sind die Opfer des unionsrechtswidrigen Sportwetten- und Lotteriemonopols. Bestätigt durch mehrere Urteile des 8. Senats in Leipzig vom 20.6.2013, die auf zutreffenden tatsächlichen Feststellungen des vierten Senats beim OVG Münster basieren, verfolgen die Bundesländer mit ihren Ausschließlichkeitsrechten im Bereich der Lotterien und Sportwetten illegitime fiskalische Ziele, agieren also „scheinheilig“. Weil aber die Beschränkungen der Spielhallen der Legitimation dieses scheinheiligen staatlichen Monopols dienen, gilt der Vorwurf der Scheinheiligkeit eins zu eins für die Beschränkungen im Bereich der Spielhallen, und dies höchstrichterlich durch das Bundesverwaltungsgericht in 8 C 10.12, 8 C 12.12 und 8 C 17.12 bestätigt. Was sind die rechtlichen Konsequenzen aus der Unionsrechtswidrigkeit des Urteils aus Leipzig? Zunächst einmal dürfen sich weder Behörden noch Gerichte auf das Urteil des 8. Senats aus Leipzig vom 16.12.2016 berufen, um Beschränkungen des GlüÄndStV oder der damit einhergehenden Ausführungsgesetze der Länder anzuwenden und zu legitimieren. Deutsche Behörden und deutsche Gerichte bleiben daran gebunden,

Autor	Beitrag
	dass aktuellen oder potentiellen Spielhallenbetreibern Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs durch Artikel 56 AEUV, eine unmittelbar anwendbare Verbotsnorm, die auch von Inländern gegenüber den eigenen staatlichen Stellen geltend gemacht werden kann (EuGH, Rs. C-221/12, Belgacom), verboten sind. Die Staatsvertragsparteien sind im Sinne der Effektivität des EU-Rechts verpflichtet, den Staatsvertrag aufzulösen und dafür zu sorgen, dass die landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen durch die Landesparlamente abgeschafft werden. Der glücksspielrechtliche Konzessionsvorbehalt bleibt unanwendbar. Seine Durchsetzung verpflichtet zum unionsrechtlichen Schadensersatz. Zusammengefasst bleiben unionsrechtlich folgende Erkenntnisse zum Urteil 8 C 6.15: Die unionsrechtlich tragende These des 8. Senats in Rn. 85, Beschränkungen im Bereich der Geldspielautomaten müssten nicht systematisch und kohärent sein, weil es sich nicht um monopolistische Beschränkungen handelt, ist falsch. Diese falsche Behauptung erregt bei aus dem EU-Recht Berechtigten (also bei den Bürgern) sowie bei den dem EU-Recht Unterworfenen (also bei den staatlichen Stellen) den Irrtum, der in Wirklichkeit unionsrechtwidrige – und daher unanwendbare – Erlaubnisvorbehalt des § 24 GlüÄndStV dürfe ohne Nachweis der Verhältnismäßigkeit und der Systematik und Kohärenz angewendet werden. Das Bundesverwaltungsgericht bleibt daher im Sinne der Effektivität zur Korrektur der Aussagen in seinem Urteil verpflichtet. Die Täuschung des 8. Senats über den wirklichen Gehalt der Verbotsnorm des Artikels 56 AEUV führt zur Staatshaftung des Bundesverwaltungsgerichts bzw. des dahinter stehenden Bundes für Schäden, die (mit-)ursächlich auf das Urteil des BVerwG zurückzuführen sind (EuGH, Köbler). Die Haftung der Kommunen und der Bundesländer für die Missachtung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Anwendung des glücksspielrechtlichen Konzessionsvorbehaltes bleibt unberührt. Weil der 8. Senat in Leipzig mit Berufsrichtern besetzt ist, liegt die Annahme fern, die Missachtung der Rechtsprechung des EuGH und der Vorlagepflicht könne lediglich fahrlässig erfolgt sein (vgl. https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/155620.html). Das Urteil des 8. Senats vom 16.12.2016 wird vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben werden. Die Missachtung der ständigen Rechtsprechung des EuGH und die Missachtung der Vorlagepflicht verletzen willkürlich Artikel 267 III AEUV und damit auch Artikel 101 I 2 GG (gesetzlicher Richter). Das unionsrechtlich fehlerhafte Urteil des 8. Senats vom 16.12.2016 bindet weder die Parteien noch andere deutsche staatliche Stellen. Das Urteil ist unanwendbar und unbeachtlich. Jeder aktuelle oder potentielle Spielhallenbetreiber kann sich – auch in Berlin – unabhängig von der „Rechtsprechung“ des 8. Senats gegenüber Behörden und Gerichten darauf berufen, dass Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verboten sind. Weil die Behörden nicht den Nachweis erbringen können, dass die Beschränkungen zwingend erforderlich, verhältnismäßig sowie Ausdruck einer systematischen und kohärenten Regulierung und staatlichen Praxis sind, setzt sich der höherrangige Art. 56 AEUV gegenüber nationalen Beschränkungen durch. Das für die Anwendbarkeit des freien Dienstleistungsverkehrs erforderliche grenzüberschreitende Element ist immer gegeben, weil die Errichtung und der Betrieb von Spielhallen Binnenmarktrelevanz hat. Quintessenz: Die Richter Dr. Christ, Dr. Held-Daab, Hoock, Dr. Rublack und Dr. Seegmüller haben zwar gezeigt, dass kein Vertrauen in eine unabhängige und objektive Revisionsinstanz in Leipzig gerechtfertigt ist. Sie haben durch die

Autor	Beitrag
	Missachtung der Rechtsprechung des EuGH und ihrer Vorlagepflicht jedoch zugleich verdeutlicht, dass eine belastbare unionsrechtliche Legitimation der mit dem GlüÄndStV und den Spielhallen-Ausführungsgesetzen einhergehenden Beschränkungen nicht existiert. Wenn fünf hochqualifizierte Bundesrichter auch nach Monaten des Überlegens und Beratens nicht in der Lage sind, eine auch nur im Ansatz nachvollziehbare unionsrechtliche Argumentation zur Legitimation der Beschränkungen im Bereich der Spielhallen zu Papier zu bringen, gibt es auch keine unionsrechtlich belastbare Legitimation der Beschränkungen im Bereich der Spielhallen. Wie sollte es auch anders sein? Der GlüÄndStV beruht bekanntlich auf einer wissenschaftlichen Studie, die vom Lenkungsausschuss der Bundesländer in ihren Kernaussagen massiv manipuliert wurde, weil sie im Original die Beschränkungen des Staatsvertrages nicht hergibt. Der glücksspielrechtliche Konzessionsvorbehalt für Spielhallen dient dementsprechend nicht der systematischen und kohärenten Bekämpfung von Suchtgefahren, sondern im Anschluss an die Urteile des Gerichtshofs vom 8.9.2010 primär der Legitimation eines staatlichen Sportwetten- sowie Lotteriemonopols, mit dem – auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts (BVerfG 8 C 10.12, 12.12 und 17.12) – illegitime fiskalische Ziele verfolgt werden. Die Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen werben zudem notorisch aggressiv für ihre staatlichen Glücksspiele, Lotterien und Sportwetten, um privilegierten Destinatären bequeme fiskalische Mittel auf dem Rücken der Verbraucher zuzuschieben. Mit der Notwendigkeit der Bekämpfung von Suchtgefahren lässt sich der glücksspielrechtliche Konzessionsvorbehalt für Spielhallen deshalb weder aktuell noch zukünftig legitimieren. Insoweit kommt hinzu, dass es auch im Bereich der Sportwetten in Anbetracht eines durch Artikel 56 AEUV legalen omnipräsenten Angebotes keine systematische und kohärente Bekämpfung von Suchtgefahren mit der Folge gibt, dass eine Gesamtkohärenz, die zur Legitimation des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehaltes für Spielhallen zwingend wäre, derzeit und in absehbarer Zukunft nicht entstehen kann. Durch Artikel 56 AEUV bleibt somit jede staatliche Stelle verpflichtet, dem höherrangigen EU-Recht gegenüber den illegitimen fiskalischen sowie inkohärent und unsystematisch verfolgten Zielen, die die Bundesländer mit den Restriktionen des GlüÄndStV im Bereich der Spielhallen verfolgen, den Vorrang einzuräumen. Dies gilt nicht zuletzt im Umgang mit der Vergabe glücksspielrechtlicher Konzessionen für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen, die aufgrund der Binnenmarktrelevanz im Einklang mit Artikel 56 AEUV und weiteren unionsrechtlichen Vorgaben erfolgen müsste, derzeit aber noch viel chaotischer verläuft, als das gescheiterte Konzessionsverfahren für Sportwetten. PS: Die Behörden und Gerichte als Adressaten der Verbotsnorm des Artikels 56 müssten gemäß der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH auch prüfen, ob die deutsche Politik des Deutschen Lotto– und Totoblocks „lange Zeit durch eine expansive Politik gekennzeichnet war, die mit dem Ziel einer Erhöhung der Staatseinnahmen betrieben wurde, so dass vor diesem Hintergrund weder das Ziel einer Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch das einer Eindämmung des Spielangebots als Rechtfertigung dienen können.“ Das Bundesverwaltungsgericht hatte diese unionsrechtlich zwingende Prüfung trotz fehlender Feststellungen der Vorinstanz unterlassen, ist aber unionsrechtlich wie gesagt kein Vorbild. Man darf daher gespannt sein, ob es zu dieser Prüfung zwei Meinungen auf Seiten der Behörden oder Instanzgerichte geben wird, sollte allerdings – der Wahrheit entsprechend – nur eine Meinung als richtig akzeptieren. Denn die Politik des Deutschen Lotto- und Totoblocks war nicht lediglich lange Zeit durch eine expansive Politik gekennzeichnet, sondern ist es nach wie vor. https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/162575.html

In diesem Thema befinden sich folgende Anhänge:

Powered by: PDF Thread Hack 1.0 Beta 2 © 2004 Christian Fritz
Powered by Burning Board 2.3.6 pl2 © 2001-2004 WoltLab GmbH