

Universitätsrepetitorium Öffentliches Recht *Examensklausurenkurs (Ö2)*

18. November 2006

Lösungshinweise:

Die Klausur ist angelehnt an die Sportwetten-Entscheidung des BVerfG vom 28. März 2006, 1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261.

1. Aufgabe

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Beschwerdefähigkeit

Verfassungsbeschwerden können von „Jedermann“ i.S. des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und des § 90 Abs. 1 BVerfGG und damit nicht nur von natürlichen, sondern – angesichts des Art. 19 Abs. 3 GG – auch von juristischen Personen erhoben werden. Die K-GmbH ist als juristische Person (§ 13 GmbHG) somit beschwerdefähig.

II. Prozessfähigkeit

Die K-GmbH müsste auch prozessfähig sein. Da das BVerfGG keine Regelungen zur Prozessfähigkeit enthält, ist hier auf die Rechtsgedanken anderer Verfahrensordnungen zurückzugreifen (§ 52 ZPO, § 62 VwGO). Danach wird unter Prozessfähigkeit die Fähigkeit verstanden, selbst oder durch einen Vertreter Prozesshandlungen vornehmen zu können (Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 1123). Hierzu wird in der Regel auf die Geschäftsfähigkeit abgestellt. Die K-GmbH ist gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG von ihrem Geschäftsführer zu vertreten und dann prozessfähig.

III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde kann jeder Akt öffentlicher Gewalt des Bundes oder eines Landes sein.

Beschwerdegegenstand sind vorliegend die angegriffenen Gerichtsentscheidungen einschließlich der Entscheidung des BVerwG = Urteilsverfassungsbeschwerde.

IV. Beschwerdebefugnis

Nach Art. 93 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG müssen die Beschwerdeführer eine

Grundrechtsverletzung behaupten können. Vorliegend ist jedenfalls nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG durch die Entscheidungen der Fachgerichte und des BVerwG verkannt wurden.

Die K-GmbH ist durch die gegen sie ergangenen Urteile der Fachgerichte weiterhin selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihren Grundrechten betroffen.

V. Rechtswegerschöpfung bzw. Subsidiarität

Der Rechtsweg ist erschöpft (§ 90 II 1 BVerfGG). Andere Möglichkeiten der Rechtsverfolgung sind nicht ersichtlich, so dass der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde vorliegend auch der Grundsatz der Subsidiarität nicht entgegensteht.

VI. Form und Frist

Die Beschwerde wurde frist- (§ 93 Abs. 1 BVerfGG) und formgerecht (§ 23 Abs. 1 BVerfGG) erhoben.

VII. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der K-GmbH ist begründet, wenn diese durch das staatliche Wettmonopol tatsächlich in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist.

I. Art. 12 Abs. 1 GG

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Definition

Art. 12 Abs. 1 GG schützt das Recht freier Berufswahl. Unter Beruf ist dabei jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient (vgl. BVerfGE 105, 252, 256 m.w.N.) Bei einer juristischen Person bedeutet letzteres den Erhalt ihrer wirtschaftlichen Grundlage. Das Veranlassen sowie das Vermitteln von Sportwetten erfüllen diese Merkmale und stehen somit als berufliche Tätigkeiten unter dem Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG.

Schutzbereichsbegrenzung auf erlaubte Tätigkeiten?

Der Qualifizierung als Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG könnte jedoch entgegenstehen, dass es sich bei der in Frage stehenden Tätigkeit um eine durch § 284 StGB in Verbindung mit dem Staatslotteriegesetz des Freistaates B für Private verbotene Tätigkeit handelt, da das Anbieten von Sportwetten im Freistaat B dem Staat vorbehalten ist.

Einer der Merkmale des Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich erfüllende Tätigkeit ist der Schutz durch das Grundrecht nicht schon dann versagt, wenn das einfache Recht die gewerbliche Ausübung dieser Tätigkeit verbietet. Ansonsten hätte es der Gesetzgeber in der Hand, bestimmte Betätigungen von Vorneherein aus dem Schutzbereich auszuschließen (Schmidt, Grundrechte, Rn 771).

Allenfalls kommt somit eine Begrenzung des Schutzbereiches auf solche Tätigkeiten in Betracht, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, da sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können (BVerfGE 22, 286, 289; Gubelt, MüK, Art. 12 Rn 9).

Dies ist bei der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten durch private Wettunternehmen nicht der Fall, auch wenn zur Begründung des staatlichen Wettangebotes angeführt wird, die Ausnutzung der natürlichen Spiel- und Wettleidenschaft in der Bevölkerung zu Gewinnzwecken sei sozial unerwünscht.

Das Strafgesetz stellt Glücksspiele nur dann unter Strafe, wenn sie nicht behördlich erlaubt sind, setzt also ihre Erlaubnisfähigkeit voraus. Die Rechtsordnung kennt das Angebot von Sportwetten als erlaubte Betätigung, wie zum Beispiel im Spezialbereich der Pferdewetten nach dem Rennwett- und Lotteriegesetz. In diesem Bereich ist der Beruf des Buchmachers für das Vermitteln von Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen als privates Gewerbe ausgestaltet.

Auch ist das Anbieten von Sportwetten als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Gemeinschaftsrechtes anerkannt, vgl. Gambelli-Urteil des EuGH vom 6. November 2003, C-243/01, Slg. 2003, I-13076, Rn 52 ff.

Ebenso wenig handelt es sich bei der Veranstaltung von Sportwetten um eine Tätigkeit, die von vorneherein nur der öffentlichen Hand zugänglich und ihr vorbehalten ist. Allein aus der Monopolisierung der Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und Wetten folgt nicht, dass diese Tätigkeitsform keiner beruflichen Ausübung durch Private zugänglich ist.

Der Beruf des Sportwettenanbieters fällt somit nicht aus dem Schutzbereich der Berufsfreiheit heraus, obwohl er - wenn ohne Erlaubnis betrieben - einfachgesetzlich verboten ist.

Aufgrund der „Schwammigkeit“ des Begriffes der Sozial- bzw. Gemeinschaftsschädlichkeit können an diesem Punkt mit entsprechender Begründung andere Meinungen zum Kriterium des „Erlaubtseins“ vertreten werden.

Eine weitere Möglichkeit ist die Begrenzung der aus dem Schutzbereich fallenden Tätigkeiten auf solche Handlungen, die insgesamt schlechthin strafbar sind (z.B. Taschendieb, Rauschgift Händler, Auftragskiller). Nicht aus dem Schutzbereich fallen dann solche Berufe, bei denen nur einzelne, konkrete Handlungen aus dem Tätigkeitsbündel des Berufes verboten sind (z.B. Schwarzarbeit). (Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 810 f.)

Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist somit eröffnet.

b) Personeller Schutzbereich

Auf das Grundrecht der Berufsfreiheit können sich ohne weiteres auch juristische Personen des Privatrechts berufen, da die Ausübung der Berufsfreiheit nicht an die Eigenschaft einer natürlichen Person anknüpft. (BVerfGE 105, 252, 265 – Glykolwein; BVerfGE 102, 197, 203 – öffentliche Spielbank; 97, 228, 253; 97, 12, 25; 95, 173, 181; 85, 97, 104)

c) Ergebnis

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist somit eröffnet.

2. Eingriff

Ein Eingriff in ein Grundrecht liegt immer dann vor, wenn ein Rechtsakt final und unmittelbar freiheitsverkürzend in die Rechtssphäre des Bürgers eingreift. (Schmidt, Grundrechte, Rn 149)

Die Veranstaltung und Vermittlung von Wetten ist gemäß § 284 StGB grundsätzlich verboten, aber ausnahmsweise einer Erlaubnis zugänglich. Vor diesem Hintergrund behält das Staatslotteriesgesetz die Veranstaltung von Wetten im Freistaat B dem Staat vor, ohne die Möglichkeit zur Erteilung einer Erlaubnis für gewerbliche Wettangebote durch private Wettunternehmen vorzusehen. Wegen des mit dem in B bestehenden staatlichen Wettmonopol einhergehenden Ausschlusses gewerblicher Wettveranstaltung durch private Wettunternehmer entfaltet das staatliche Wettmonopol in B finale Wirkungen mit unmittelbarer rechtlicher Verbindlichkeit für die betroffenen potentiellen Sportwettenanbieter; es stellt somit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin dar.

Ein Aspekt der Eingriffsprüfung ist im Bereich der Berufsfreiheit die so genannte Drei-Stufen-Lehre. Seit dem „Apotheken-Urteil“ (BVerfGE 7, 377) fordert das BVerfG, die Rechtfertigung eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 12 I GG grundsätzlich an diesem Argumentationsschema auszurichten. Eingriffe in die Berufsfreiheit sind in die Kategorien Berufsausübungsregelung und subjektive bzw. objektive Berufszulassungsschranke einzuordnen, die jeweils unterschiedliche Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffes stellen.

Es handelt sich bei dem staatlichen Wettmonopol und dem damit einhergehenden Ausschluss gewerblicher Wettveranstaltungen um eine objektive Berufswahlbeschränkungen, da das Wettmonopol schlechthin den Zugang zum Beruf des Sportwettenveranstalters verwehrt und sich somit an objektiven Kriterien orientiert, die von der Person des Bewerbers unabhängig sind.

In der dem vorliegenden Klausurfall zugrunde liegenden Entscheidung teilt das BVerfG den Eingriff nicht explizit einer der drei Eingriffs-Stufen im Sinne der Drei-Stufen-Lehre zu.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Wegen des einheitlichen Schutzbereiches von Art 12 Abs. 1 sind Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl gemäß Abs. 1 Satz 2 nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung erlaubt, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Dies ist der Fall, wenn die eingreifende Norm kompetenzgemäß erlassen wurde, durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das das Wettmonopol aufstellende Staatslotteriegesetz des Freistaates B müsste zunächst kompetenzgemäß erlassen worden sein.

Die Ausführungen des BVerfG zu diesem Punkt sind äußerst kurz gehalten. Es ordnet in der vorliegenden Entscheidung den Bereich der Sportwetten dem Kompetenztitel im Bereich konkurrierender Gesetzgebung „Recht der Wirtschaft“ gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu, unabhängig von der Kompetenz des Bundes für den Bereich des Strafrechts.

Das Recht der Wirtschaft sind alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen zu begreifen.

Im Falle der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten spricht vieles dafür, dass eine solche Tätigkeit grundsätzlich auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Allerdings spricht das BVerfG in der Entscheidung später davon, dass die Abschöpfung von finanziellen Mitteln und somit fiskalische Interessen durch den Staat als legitime Ziele der gesetzlichen Regelung ausscheiden.

Wenn allerdings wiederum die Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG gilt, kann ihm die grundsätzliche Einordnung als wirtschaftliche Betätigung nicht abgesprochen werden.

Sollte hier der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 bejaht werden, so muss weiter darauf eingegangen werden, dass dem Freistaat B die Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 72 Abs. 1 GG lediglich zustünde, wenn der Bund keinen Gebrauch von ihr gemacht hat, also keine Sperrwirkung eines Bundesgesetzes eingreift.

Im vorliegenden Fall könnte eine Kompetenzsperre in der strafrechtlichen Regelung des § 284 StGB zu sehen sein. Dies aber läge nur vor, wenn dadurch eine abschließende bundesgesetzliche Regelung des Glücksspiel- und somit Sportwettenrechts beabsichtigt wäre. Der Wortlaut des Paragraphen, wonach Glücksspiel nur „ohne Erlaubnis“ nicht betrieben werden darf, lässt erkennen, dass die Voraussetzungen der Erlaubnis noch zu bestimmen sind, weitere wesentliche Fragen also noch geregelt werden müssen. Somit liegt keine abschließende Regelung vor, der Freistaat B ist für den Erlass des Staatslotteriegesetzes zuständig gewesen.

Auch das Gewerberecht stellt keine abschließende bundesgesetzliche Regelung dar, da § 33 h Nr. 3 GewO das Sportwettenrecht ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnimmt.

Vorherrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vor der Entscheidung des BVerfG war hingegen, den Bereich der Sportwetten dem Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuzuordnen (BVerfGE 28, 119, 146 ff.; BVerwGE 4, 294, 295; 97, 12, 15; 114, 92; Dietlein, BayVBl 2002, 161, 166; Janz, NJW 2003, 1694, 1699; Jahndorf, VerwArch 2004, 359, 363). Angesichts des auch vom BVerfG benannten Hauptzieles der landesgesetzlichen Regelung als Schutz vor den und Bekämpfung der Gefahren der Spiel- und Wertsucht für Individuum und Gesellschaft erscheint diese Einordnung auch konsequent.

Für das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besteht ausschließliche Länderkompetenz gemäß Art. 70 Abs. 1 GG.

Die Form und das notwendige Gesetzgebungsverfahren von Landesgesetzen sind im Grundgesetz nicht geregelt. Da das BVerfG die Regelung nur an den Vorgaben der Verfassung misst, beschränkt sich die Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit auf die Gesetzgebungskompetenz.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Staatsmonopol für Sportwetten in der Form des Lotteriestaatgesetzes des Freistaates B müsste materiell verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig sein.

aa) Legitime Ziele der gesetzlichen Regelung

Hier ist wiederum auf die vom BVerfG entwickelte Drei-Stufen-Lehre einzugehen. Eingriffe auf der Ebene der objektiven Berufszulassungsschranken sind grundsätzlich nur gerechtfertigt, „wenn sie zur Abwehr nachweisbarer und höchstwahrscheinlicher Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sind“ (BVerfGE 7, 377, 408; 102, 197, 214 = NVwZ 2000, 790).

Wie bereits erwähnt, nimmt das BVerfG in dieser Entscheidung keine Einteilung in die verschiedenen Eingriffsstufen vor und tut dies konsequenterweise auch nicht auf Ebene der Rechtfertigung. Stattdessen prüft es zunächst lediglich, ob „legitime Gemeinwohlziele“ der staatlichen Regelung zugrunde liegen. Die identifizierten Ziele werden dann im Folgenden als „besonders wichtiges Gemeinwohlziel“ bzw. als „überragend wichtiges Gemeinwohlziel“ qualifiziert.

Dies könnte als Ausdruck einer Durchbrechung der Drei-Stufen-Theorie gesehen werden, die das BVerfG bereits in seiner Spielbanken-Entscheidung (BVerfG 102, 197) vorgenommen hat. In diesem Urteil hatte das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des Baden-Württembergischen Spielbankengesetzes zu entscheiden, das für den Betrieb von Spielbanken ein staatliches Monopol aufstellte. Das BVerfG hat bereits in dieser Entscheidung „wichtige Gemeinwohlbelange“ als ausreichenden Rechtfertigungsgrund angesehen. Der Grund für diesen Bruch wurde vom BVerfG mit der Atypik des Falles begründet: Es handele sich bei dem Betrieb einer Spielbank um Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB. Es sei somit eine an sich unerwünschte Tätigkeit. Um das illegale Glücksspiel zu unterdrücken, sei es dem Staat gleichwohl erlaubt, den nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen, und dadurch die natürliche Spieleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen. Dies müsse bei der Rechtfertigung des dadurch entstehenden Eingriffes in die Berufsfreiheit berücksichtigt werden.

Diese Argumentation ist auf das Staatsmonopol für die Veranstaltung von Sportwetten entsprechend übertragbar, da es sich in beiden Fällen um Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB handelt.

Das Bundesverfassungsgericht identifiziert in der Entscheidung folgende Gemeinwohlziele:

(1) Hauptzweck der Errichtung eines staatlichen Wettmonopols und der dadurch beabsichtigten Begrenzung und Ordnung des Wettwesens sei die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht.

Glücksspiele und Wetten können zu krankhaftem Suchtverhalten führen; von der WHO wurde die pathologische Spielsucht in die internationale Klassifikation psychischer Störungen (ICD-10) aufgenommen.

Der Schutz vor dieser Gefahr stellt sich als Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar. Insbesondere, da die Folgen der Spielsucht nicht nur den Betroffenen selbst, sondern auch seine Familie und die Gemeinschaft treffen, kann die Abwehr der Suchtgefahren trotz der aus der Menschenwürde erwachsenden Eigenverantwortlichkeit des Menschen als besonders wichtiges Gemeinwohlziel qualifiziert werden.

Selbst wenn das Suchtpotential von Sportwetten noch nicht abschließend beurteilt werden könne, könne der Gesetzgeber in Anwendung seines Beurteilungsspielraumes nach jetzigem Erkenntnisstand von einer erheblichen Gefahr ausgehen. Das gelte insbesondere für den Jugendschutz.

(2) Weiteres Gemeinwohlziel ist der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinausgehender Verbraucherschutz, insbesondere vor den Gefahren irreführender Werbung. Vor allem bei Sportwetten könnten die Verbraucher durch eventuelle Zahlungsunfähigkeit des Veranstalters gefährdet werden.

(3) Weiteres Ziel ist die Abwehr von Gefahren aus mit dem Wetten verbundener Begleitkriminalität, z.B. Sportwettbetrug, damit auch von Gefahren für die Integrität des Sportgeschehens.

(4) Zur Legitimation des Sportwettenmonopols nicht ausreichend sind jedoch fiskalische Interessen des Staates. Zwar wird ein erheblicher Teil der Einnahmen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke verwendet. Auch dies ist jedoch nur zum Zwecke der Suchtbekämpfung und als Konsequenz aus dem staatlichen Monopolsystem gerechtfertigt, nicht jedoch als Selbstzweck.

Zwar hat es das BVerfG im Spielbankenbeschluss als legitimes Ziel angesehen, einen erheblichen Teil der Einnahmen von Spielbanken Gemeinwohlzwecken zuzuführen (vgl. BVerfGE 102, 197, 216). Dies wurde aber mit den besonderen Gewinnmöglichkeiten begründet, die sich aus dem privaten Betreiben einer Spielbank ergeben. Insofern kann es sowohl zur Verteuerung und damit Reduzierung des Angebots wie zum Ausgleich besonders hoher Gewinnmöglichkeiten gerechtfertigt sein, Gewinne aus Glücksspieleinnahmen über die sonst üblichen Steuersätze hinaus abzuschöpfen. Auch im Spielbankenbeschluss hat der Senat jedoch betont, dass das Ziel, aus fiskalischen Gründen die Einnahmen des Staates zu erhöhen, allein eine Beschränkung der Berufswahlfreiheit nicht rechtfertigen kann (vgl. BVerfGE 102, 197, 216).

(5) Ebenfalls kann zur Legitimation nicht dienen, eine Ausnutzung des Spieltriebs zu gewerblichen oder privaten Gewinnzwecken auszuschließen. Da Art. 12 Abs. 1 GG gerade die Erwerbsausübung zum privaten finanziellen Nutzen schützt, ist dies ebenfalls kein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel, wenn es lediglich um den Ausschluss privaten Gewinnstrebens gehen soll.

Das grundsätzliche Ziel der Verhinderung der Ausnutzung des Spieltriebs ist jedoch nach Ansicht des BVerfG ebenfalls legitimes Ziel der Regelung.

bb) Geeignetheit

Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 283). Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Es ist vornehmlich seine Sache, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.

Das BVerfG führt hierzu aus, dass nach diesem Maßstab die Annahme des Gesetzgebers, die Errichtung eines Wettmonopols sei ein geeignetes Mittel, die mit dem Wetten verbundenen Gefahren zu bekämpfen, im Grunde nicht zu beanstanden ist. Dies gelte auch für die Annahme, dass eine Öffnung des Marktes zu einer erheblichen Erweiterung des Wettangebotes und dies zu einer Zunahme von problematischen und suchtbeeinflusstem Verhalten führen werde.

Die Geeignetheit scheitert auch nicht daran, dass das staatliche Wettmonopol nur beschränkt durchsetzbar ist. Zum einen bestehen immer illegale Formen des Glücksspiels, zum anderen besteht die Möglichkeit, Sportwetten über das Internet weltweit zu platzieren. Aus der technischen und ökonomischen Entwicklung folgende Vollzugshindernisse machen jedoch eine prinzipiell geeignete Organisation staatlicher Gemeinwohlförderung auf nationaler Ebene nicht ungeeignet.

cc) Erforderlichkeit

Auch hier verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. Infolge dieser Einschätzungsprärogative können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts wie der Abwehr von Suchtgefahren für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten.

Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass auch durch die Normierung entsprechender rechtlicher Anforderungen an gewerbliche Wettangebote, deren Einhaltung durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Wirtschaftsaufsicht sichergestellt würde, den Gefahren der Folge- und Begleitkriminalität begegnet werden und der Verbraucher und Jugendschutz erreicht werden könne.

In Bezug auf die Suchtgefahren durfte der Gesetzgeber aber angesichts seines Beurteilungsspielraums davon ausgehen, dass sie mit Hilfe eines auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichteten Wettmonopols mit staatlich verantwortetem Wettangebot effektiver beherrscht werden können als im Wege der Kontrolle privater Wettunternehmen.

Die Ausführungen des BVerfG zu den beiden letzten Punkten sind wiederum eher knapp gehalten, es legt den Schwerpunkt stattdessen auf die Prüfung der Angemessenheit der Regelung. Die dort getroffenen Ausführungen können methodisch jedoch auch der Eignungs- bzw. Erforderlichkeitsprüfung zugeordnet werden. Denn ein Mittel, das in seiner jetzigen rechtlichen

Ausgestaltung den angestrebten Eingriffszweck nicht erreicht bzw. diesem Ziel nicht dient, ist „so“ nicht geeignet und kann die Beschränkung des Grundrechtes nicht rechtfertigen.

In der Angemessenheitsprüfung könnte dann eine Abwägung zwischen dem Eingriffsziel Suchtprävention und der Belastung für die Betroffenen (keine Sportwetten für Private) vorgenommen werden. Diese Abwägung wird vom BVerfG allerdings nicht vorgenommen.

dd) Angemessenheit

Das BVerfG kommt im Bereich der Prüfung der Angemessenheit zu dem Ergebnis, dass das staatliche Wettmonopol in seiner gegenwärtigen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt. Es macht dies an folgenden Punkten fest: Auf der einen Seite besteht bereits ein Defizit der rechtlichen Regelung durch das Staatslotteriegesetz. Dies spiegelt sich auf der anderen Seite darin wieder, dass auch das tatsächliche Erscheinungsbild eher dem der wirtschaftlichen gewinnorientierten Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung entspricht.

(1) Regelungsdefizit

Den an dem Angebot von Sportwetten interessierten Bürgern ist der – strafbewehrte – Ausschluss gewerblicher Wettangebote nur dann zumutbar, wenn das Wettmonopol in seiner konkreten Ausgestaltung an dem Ziel der Vermeidung von problematischem Spielverhalten und Wettsucht ausgerichtet ist. Dies ist allein durch ein staatliches Wettmonopol selbst noch nicht gesichert. Ein Monopol kann auch fiskalischen Zwecken des Staates dienen und damit in ein Spannungsverhältnis zu der Zielsetzung geraten, die Wettleidenschaft zu begrenzen und Wettsucht zu bekämpfen. Das staatliche Monopol muss daher, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen, von Maßnahmen begleitet sein, die eine aktive Prävention ermöglichen, insbesondere durch angebotsimmanente Aufklärung, Früherkennung problematischen Spielverhaltens und Förderung der Motivation zur Verhaltensänderung.

Im vorliegenden Fall enthält das Staatslotteriegesetz fast ausschließlich Vorschriften zur Zuständigkeit und Organisation. Es enthält hingegen keine inhaltlichen oder strukturellen Vorgaben, etwa die Einrichtung einer neutralen Kontrollinstanz. Vielmehr ist die Ausgestaltung des tatsächlichen Wettangebotes als auch die Ausgestaltung der Suchtprävention allein der Staatlichen Lotterieverwaltung und dem Ministerium für Finanzen überlassen. Somit gewährleistet die rechtliche Ausgestaltung nicht hinreichend, dass das staatliche Wettmonopol konsequent in den Dienst der Bekämpfung von Spielsucht gestellt wird; der Konflikt mit finanziellen Interessen des Staates geht somit zu dessen Gunsten aus.

Dieses verwaltungsrechtliche Regelungsdefizit wird auch nicht durch die Vorschrift des § 284 Abs. 1 StGB ausgeglichen, da auch diese keine inhaltlichen Vorgaben trifft.

(2) Tatsächliche Ausgestaltung

Das verwaltungsrechtliche Regelungsdefizit setzt sich auch in tatsächlicher Hinsicht fort. Das durch den Freistaat B veranstaltete Wettangebot lässt keine konsequente Ausrichtung an den zuvor herausgearbeiteten zulässigen Zielen eines solchen Monopols erkennen.

Zunächst ist der Vertrieb der Sportwetten nicht aktiv an einer Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtet. Das tatsächliche Erscheinungsbild entspricht vielmehr dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung. Dies ist exemplarisch erkennbar an der breit angelegten Werbung, in der das Wetten als sozialadäquate und sogar positiv bewertete Unterhaltung dargestellt wird. Sie ist auffallend und präsent, und ist in jedem Falle nicht darauf angelegt, die ohnehin vorhandene Wettleidenschaft hin zu staatlichen Angeboten zu kanalisieren, sondern reizt und ermuntert zum Wetten allgemein.

Weiter sind auch die Vertriebswege für das staatliche Sportwettenangebot nicht auf die Bekämpfung der Suchtgefahren und die Begrenzung der Wettleidenschaft angelegt. Das Wettangebot wird von der staatlichen Lotterieverwaltung über ein breit gefächertes Netz von Lottonannahmestellen betrieben, wobei es sich vor allem um Tabak- und Zeitschriftenläden handelt. Dadurch wird die Möglichkeit zum Sportwetten zu einem allorts verfügbaren „normalen“ Gut des täglichen Lebens.

Auch die Möglichkeit der Wettteilnahme über das Internetangebot ist vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Jugendschutzes bedenklich; dieser lässt sich über diesen Vertriebsweg jedenfalls derzeit nicht effektiv verwirklichen. Gleiches gilt auch für die Nutzung von SMS, die Sportwetten mittels Mobiltelefon jederzeit und von jedem Ort aus grundsätzlich spielbar macht.

Auch die Angebote zur Suchtprävention sind mangelhaft: Die staatliche Lotterieverwaltung beschränkt sich vorliegend auf eine indirekte und nicht aktiv kommunizierte Prävention, indem ein für den Einzelnen und die Allgemeinheit schädliches Übermaß an Wettangeboten dadurch vermieden wird, dass ein ausreichend attraktives, wenn auch begrenztes Wettangebot eröffnet und dadurch die Wettleidenschaft in geordnete und sichere Bahnen gelenkt wird. Dies stellt zwar eine geeignete strukturelle Ausgangsbasis dar, es fehlt jedoch an darüber hinaus gehender aktiver Suchtprävention, die über das Bereitstellen von Informationsbroschüren über Indizien der Spielsucht hinausgeht. Ein Beispiel wäre hier die Möglichkeit der Selbstsperre für Wetten im Internet.

Es ist somit zusammenzufassen, dass auch ins seiner tatsächlichen Ausgestaltung das Sportwettenmonopol eher fiskalische Zwecke des Staates verfolgt, als dem Ziel der Vermeidung problematischen Spielverhaltens zu dienen.

4. Ergebnis

Die in der gesetzlichen Regelung angelegten und dementsprechend in der Praxis realisierten Defizite bei der Verwirklichung der ein Wettmonopol grundsätzlich rechtfertigenden Ziele bewirken, dass die geltende Rechtslage nicht ausreicht, um dieses Monopol zu legitimieren und allein damit den Ausschluss privatwirtschaftlicher Unternehmen vom Veranstalten von Sportwetten verfassungsrechtlich zu begründen.

II. Art. 3 Abs. 1 GG

1. Ungleichbehandlung gegenüber staatlichen Lotterianbietern

Das staatliche Sportwettenmonopol könnte in der gegenwärtigen rechtlichen Ausgestaltung einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG darstellen. Anknüpfungspunkt ist hier, anders als bei den Freiheitsrechten, die Frage, ob das Gesetz „wesentlich Gleiches“ ungleich oder „wesentlich Ungleiches“ gleich behandelt.

a) Zunächst ist festzustellen, dass eine Person oder Personengruppe in einer bestimmten Weise rechtlich behandelt wird oder überhaupt nicht rechtlich behandelt wird.

Vorliegend wird dem staatlichen Veranstalter durch das Staatslotteriesgesetz des Freistaates B die Möglichkeit eröffnet, beliebige Sportwetten mit festen Gewinnquoten anzubieten.

b) Im zweiten Schritt muss festgestellt werden, dass eine andere Person oder Personengruppe in einer anderen Weise rechtlich behandelt wird.

Durch das Verbot des § 284 StGB in Verbindung mit dem Staatslotteriesgesetz hingegen wird potentiellen gewerblichen Anbietern eben diese Betätigung verboten.

c) Schließlich ist zu fragen, ob diese beiden Personen oder Gruppen unter einem gemeinsamen, andere ausschließenden Bezugspunkt (*tertium comparationis*) zusammengefasst werden können. Nur in diesem Fall kann von wesentlich Gleichem gesprochen werden. Gemeinsamer Bezugspunkt der beiden Personen staatlicher Anbieter und gewerblicher Anbieter ist die Veranstaltung von Sportwetten mit Ausnahme von Pferdewetten.

d) Eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung liegt zunächst vor.

2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Hier kann auf die Ausführungen unter 1. Frage A I 3. a) verwiesen werden. Das Gesetz ist kompetenzgemäß erlassen worden.

b) Bestehen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung

In diesem Rahmen ist zunächst nach der Intensität zu differenzieren, mit der die Ungleichbehandlung die Betroffenen beeinträchtigt. Diese ist umso größer, je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten erschwert (BVerfGE 88, 87, 96; 91, 389, 401; 95, 267, 316 f.).

Im vorliegenden Fall wird der K-GmbH durch die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung des Sportwettenmarktes die Ausübung des Berufes vollständig verwehrt. Eine solche Ungleichbehandlung von größerer Intensität ist nach der Rechtsprechung des BVerfG dann gerechtfertigt, wenn die Regelung einen legitimen Zweck verfolgt, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und notwendig ist und auch sonst in angemessenem Verhältnis zum Wert des Zweckes steht.

Es muss folglich wieder eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden. Hier ist auf die Argumentation unter B. I. 3. b) zu verweisen.

3. Ergebnis

Die Ungleichbehandlung von gewerblichen Anbietern mit dem staatlichen Monopolist stellt sich in der gegenwärtigen rechtlichen Ausgestaltung als unverhältnismäßig, und somit nicht gerechtfertigt dar. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG liegt vor.

4. Ungleichbehandlung von Pferdewetten und anderen Sportwetten

Weiterer Anknüpfungspunkt für eine mögliche Ungleichbehandlung könnte die Ausnahmestellung der Pferdewetten darstellen. Für den Bereich der Pferdewetten gibt es die Möglichkeit, Wetten gemäß dem in Deutschland als Bundesrecht fortgeltenden und von Bundesgesetzgeber mehrfach geänderten Rennwett- und Lotteriegesetz vom 8. April 1922 als konzessionierter gewerblicher Buchmacher anzubieten. Für alle anderen Sportwettenarten bleibt es auf bundesgesetzlicher Ebene bei dem grundsätzlichen Verbot des § 284 StGB. Die Möglichkeit der Erteilung der Erlaubnis an gewerbliche Anbieter gibt es für solche Wetten nicht, obwohl dem Bundesgesetzgeber (zumindest wenn man den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für einschlägig hält) die Gesetzgebungskompetenz zustünde, ihm eine Regelung also möglich wäre. Gemeinsamer Bezugspunkt ist im vorliegenden Fall das Anbieten von Sportwetten.

Um diese Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, muss wiederum ein legitimer Zweck verfolgt werden. Vom Bundesverwaltungsgericht wurde in seiner Entscheidung im vorliegenden Fall darauf hingewiesen, dass sich Pferdewetten auf ein enges und deshalb leichter überschaubares Sportgeschehen bezögen. Sie seien in einer besonderen wirtschaftlichen Situation zur Bekämpfung des „Winkelbuchmachertums“ der privaten Veranstaltung zugänglich gemacht worden. Es ist jedoch fraglich, ob diese Begründung die Ungleichbehandlung der potentiellen Anbieter sonstiger Sportwetten rechtfertigen kann.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass ein Vergleich auf landesgesetzlicher Ebene (für die einen Sportwetten staatliches Monopol, für Pferdewetten Erlaubnisfähigkeit) nicht stattfinden kann. Der allgemeine Gleichbehandlungssatz gewährt lediglich Gleichbehandlung durch dieselbe Rechtssetzungsgewalt; die Ungleichbehandlung muss innerhalb ihres Normgefüges stattfinden. Bei dem Staatsmonopol handelt es sich um eine landesgesetzliche Regelung, bei dem Rennwettgesetz jedoch um Bundesrecht.

III. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet. Das Bundesverfassungsgericht wird eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG feststellen.

Die folgenden Ausführungen müssen nicht in der Klausurlösung enthalten sein; Bearbeiter können damit aber Zusatzpunkte erreichen.

Grundsätzlich wäre die Folge, dass das BVerfG das Gesetz gemäß Art. 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig erklärt. Gestützt auf seine Befugnis zur Regelung der Vollstreckung seiner Urteile nach § 35 BVerfGG hat das BVerfG im vorliegenden Fall das Gesetz jedoch nicht für nichtig erklärt, sondern hat trotz der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31.12.2007 gesetzt, innerhalb derer er die verfassungswidrige Situation beseitigen und eine Neuregelung des Sportwettenmarktes vornehmen müsse. Ihm blieben hierbei zwei Möglichkeiten: Zum einen kann er das staatliche Monopol in einer Art und Weise ausgestalten, die eine effektive Bekämpfung der Suchtgefahren gewährleistet. Zum anderen kann er den Sportwettenmarkt auch für private Anbieter

öffnen, und entsprechende Zulassungs- und Kontrollverfahren schaffen. In seiner Entscheidung konkretisiert das BVerfG die Anforderungen an die gesetzliche Neugestaltung weiter.

2. Aufgabe

Frage a) Prüfungsmaßstab des BVerfG ?

Gemeinschaftsrechtlich begründete Rechte gehören nicht zu den Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten, gegen deren Verletzung nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG mit der Verfassungsbeschwerde vorgegangen werden kann (vgl. BVerfGE 110, 141, 154 f.). Ein möglicher Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht ist auch nicht mit der Begründung rügefähig, angesichts des Anwendungsvorranges des europäischen Gemeinschaftsrechts könnte es gegebenenfalls schon an einem anwendbaren, den Gesetzesvorbehalt eines Grundrechts ausfüllenden Gesetz und damit an einer Beschränkung der grundrechtlichen Gewährleistung fehlen. Denn für die insoweit maßgebliche Frage der Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Norm des einfachen Rechts mit den Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts ist das Bundesverfassungsgericht nicht zuständig (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191). Vielmehr fällt die Entscheidung dieser Frage in die ausschließliche Zuständigkeit des europäischen Gerichtshofes.

Allerdings ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, das innerstaatliche Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht lässt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden; soweit eine solche gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, dürfen sie entgegenstehende innerstaatliche Vorschriften nicht anwenden. Insofern hätten die vorinstanzlichen Gerichte eine Prüfung des Staatsmonopols anhand der vom EuGH in der Gambelli-Entscheidung entwickelten Kriterien vornehmen müssen. Im Falle von Zweifeln über die Auslegung des Gemeinschaftsrechtes, hätten sie ein Vorlageverfahren gemäß Art. 234 EG anstrengen müssen.

Daher hätte ein weiterer Aspekt der Prüfung durch das BVerfG die mögliche Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, sein können. Das BVerfG geht in der vorliegenden Entscheidung nicht auf diese Frage ein, da es vom Beschwerdeführer nicht gerügt wurde.

Dieses Recht wäre allerdings lediglich verletzt, wenn das Bundesverwaltungsgericht seine Vorlagepflicht grundsätzlich verkannt hätte oder bewusst von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen ist.

Frage b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG ?

Die Einlassung der K-GmbH, das staatliche Wettmonopol verstoße gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, ist materiell begründet, wenn es einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen ihre Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG darstellt.

aa) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Bereits aus Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG („zwischen den Mitgliedsstaaten“) folgt, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen muss, um die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechtes zur Anwendung zu bringen. (Streinz, Europarecht, Rn 683) Im vorliegenden Fall ergibt sich der zwischenstaatliche Bezug aus der Tatsache, dass die K-GmbH Sportwetten, die von einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Unternehmen angeboten werden, in Deutschland vermitteln will.

bb) Tatbestand der Dienstleistungsfreiheit

(1) Schutzbereich

Die Dienstleistungsfreiheit stellt ein unmittelbar anwendbares subjektives Recht zu Gunsten natürlicher Personen und ihnen gleichgestellter Gesellschaften (Art. 55 i.V.m. Art 48 EG) dar, ohne dass weitere Liberalisierungsakte erforderlich wären. (Streinz, EUV/EG, München 2003, Art 49, Rn 2 m.w.N.)

Unter dem Begriff der Dienstleistungen sind i.S.d. Art 49 EG sind gemäß Art. 50 EG Leistungen zu

verstehen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr oder über die Freizügigkeit der Person unterliegen. Sie ist somit subsidiär. Die Vermittlung von Sportwetten ist eine unkörperliche Leistung und damit keine Ware; ebenso wenig fällt sie unter den Kapitalverkehr, weil der wesentliche Gegenstand des Vertrages nicht der Transfer von Kapital ist, sondern die Einräumung einer Gewinnchance.

Unter einer von Art. 49 EG erfassten Dienstleistung wird eine solche Leistung erfasst, die selbständig und üblicherweise gegen Entgelt erbracht wird, und die ferner nicht nur eine Begleiterscheinung bei der Verwirklichung einer Tätigkeit darstellt, die ihrem Schwerpunkt nach einer anderen Grundfreiheit unterfällt (Streinz, EGV/EUV, Art. 49, Rn 15). Bei der Veranstaltung von Glücksspielen allgemein und bei der Vermittlung von Sportwetten insbesondere handelt es sich um selbständige, gegen Entgelt erbrachte Tätigkeiten und somit um Dienstleistungen in diesem Sinne. (st. Rechtsprechung des EuGH, s. EuGH, Urteil v. 24. 3. 1994, Rs. C-275/92 – Schindler, Leitsatz 1; Urteil v. 21. 9. 1999, Rs. C-124/97 – Läära, Rn 27; Urteil v. 21. 10. 1999, Rs. C-67/98 – Zenatti, Rn 24; Urteil v. 6. 11. 2003, Rs. C-243/01 – Gambelli, Rn 51)

Der sachliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit umfasst die Freiheit, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedsstaat zu erbringen (aktive Dienstleistungsfreiheit), Dienstleistungen aus/in einem anderen Mitgliedsstaat (passive Dienstleistungsfreiheit), sowie Dienstleistungen im Wege des Informations- und Leistungsaustausches auf Distanz ohne körperliche Grenzüberschreitung (Korrespondenzdienstleistung) in Anspruch zu nehmen. (Calliess/Ruffert, Art. 50 EGV, Rn 21ff.) Erfasst sind dabei auch auslandsbedingten Dienstleistungen an Empfänger, die im selben Mitgliedsstaat ansässig sind wie der Dienstleistungserbringer (Streinz, Europarecht, Rn 756). Bei der Vermittlung von Sportwetten ausländischer Anbieter an Kunden im eigenen Mitgliedsstaat handelt es sich um einen Fall einer Korrespondenzdienstleistung, da weder der Dienstleistende noch der Dienstleistungsempfänger die Grenze überschreitet, die Dienstleistung aber in der Vermittlung des Wettabschlusses mit dem Unternehmen aus dem anderen Mitgliedstaat besteht. Der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ist daher eröffnet.

(2) Ausnahme für die Ausübung öffentlicher Gewalt?

Art. 55 i.V.m. Art. 45 EG nimmt von der Liberalisierung diejenigen Tätigkeiten aus, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind. Um eine Umgehung der Dienstleistungsfreiheit zu verhindern, ist diese Ausnahme eng auszulegen (Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, S. 390). Nach Sinn und Zweck der Norm soll den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung originär staatlicher Aufgaben, d.h. solcher, die eng mit dem staatlichen Gewaltmonopol zusammenhängen, ermöglichen. Die Veranstaltung von Sportwetten, wenn auch staatlich monopolisiert, steht aber in keinem solchen Zusammenhang und stellt sich demnach nicht als Ausübung von Hoheitsgewalt dar. Der Gesetzgeber kann folglich nicht unter Hinweis auf die ordnungsrechtliche Komponente des Glücksspielrechts den Sportwettenmarkt als einen Bereich sui generis nationaler Regelungsbefugnis vorbehalten.

(3) Eingriff

Hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sie nicht nur eine Inländergleichbehandlung, sondern sogar eine Beseitigung der Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs verlange (Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art 50, Rn 38, m.w.N.). Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist hierbei schon dann gegeben, wenn eine Maßnahme geeignet ist, die Ausübung der Grundfreiheit „weniger attraktiv“ zu machen (vgl. EuGH, Rs. C-19/92 – Kraus, Rn 32). Eine Beschränkung liegt somit nicht nur in jeder diskriminierenden Maßnahme, sondern bereits in jeder Erschwerung der Aufnahme oder Ausübung der gemeinschaftsrechtlich geschützten Tätigkeit.

Durch die repressive Ausgestaltung des Zugangs zum nationalen Sportwettenmarkt werden potentielle Vermittler von Sportwetten, die von in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen Unternehmen angeboten werden, daran gehindert diese anzubieten.

Auch der EuGH hat bereits ausgeführt, dass rechtliche Vorschriften, die bestimmten Einrichtungen das Recht zur Annahme von Sportwetten vorbehalten und dadurch die Veranstalter aus anderen Mitgliedsstaaten direkt oder indirekt daran hindern, selbst Wetten anzunehmen, auch wenn sie

unterschiedslos anwendbar sind, ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr darstellen. (EuGH, Urteil v. 21.10.1999, Rs. C-67/98 – Zenatti, LS 1) Dies gilt nicht nur für Personen oder Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedsstaat ihre Wetten anbieten wollen. Vielmehr stellen auch Verbote der Vermittlung von Wetten, die von einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Anbieter organisiert werden, eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit der Vermittler dar, auch wenn die Vermittler in demselben Mitgliedsstaat ansässig sind wie die Empfänger der Dienstleistung (EuGH, Urteil v. 6.11.2003, Rs. C-243/01 – Gambelli, Rn 58).

[Da manche Fallbücher den Eingriff vor der Ausnahmegvorschrift des Art. 55 i.V.m. Art. 45 EG prüfen, ist dieser Aufbau ebenfalls vertretbar.]

cc) Rechtfertigung

Handelt es sich bei einer solchen repressiven Zulassungsgestaltung zu einem Markt somit um eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, so bedarf sie nach den allgemeinen europarechtlichen Grundsätzen der Rechtfertigung.

Zunächst kann eine solche Beschränkung gemäß Art. 55 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 gerechtfertigt sein, wenn sie Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dient. Anders als im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht fallen unter diesen Begriff nach der Rechtsprechung des EuGH lediglich wesentliche, grundlegende Interessen des Staates. Die Bestimmung ist als Ausnahmegvorschrift eng auszulegen. (Lecheler, Einführung in das Europarecht, S. 268)

Eventuell einschlägige Grundinteressen des Staates sind im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Es ist auch nicht ausreichend, eine nationale Regelung bereits deshalb unter den Begriff der öffentlichen Ordnung zu fassen, weil sie mit einer Strafsanktion versehen ist, wie vorliegend § 284 StGB. (EuGH, Slg. 1084, 1299 – Karl Prantl, Bocksbeutel, Tz 33)

Daneben können parallel zur Cassis-Rechtsprechung des EuGH (EuGH Slg. 1979, 649), die ursprünglich zur Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 ff EG entwickelt wurde, nicht formal-diskriminierende Maßnahmen auch gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dienen, geeignet sind, die mit ihnen verfolgten Ziele zu gewährleisten, nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist und in nicht-diskriminierender Weise angewendet werden. („Gebhard-Formel“, EuGH Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 – Gebhard, Rn 37)

Im Rahmen der folgenden Prüfungspunkte können die Bearbeiter auf die Argumentation zu Art. 12 Abs. 1 GG verweisen.

Die Ziele der staatlichen Monopolisierung können als zwingende Gründe des Allgemeinwohls qualifiziert werden. So hat auch der EuGH in seiner jüngsten Sportwetten-Entscheidung als zwingende durch ein Staatsmonopol geschützte Interessen sowohl den Verbraucherschutz, als auch Betrugsvermeidung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu erhöhten Ausgaben für das Spielen identifiziert (EuGH Urteil v. 6.11.2003, Rs. C-243/01 – Gambelli, Rn. 67) Nach den Ausführungen des BVerfG sind dies auch mit der Regelung des Staatsmonopols verfolgte Ziele.

In dieser Entscheidung hat der EuGH festgestellt, dass die Errichtung eines staatlichen Monopols zwar grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur Erreichung der genannten Ziele darstellen kann, hat aber gleichzeitig die Anforderung aufgestellt, dass ein solches restriktives System „kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“ müsse. (EuGH, Urteil v. 6.11.2003, Rs. C-243/01 – Gambelli, Rn. 67)

Hier ist auf die Argumentation zu Art. 12 Abs. 1 GG zu verweisen. In der jetzigen tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltung erfüllt das staatliche Spielwettenmonopol diese vom EuGH aufgestellten Vorgaben nicht.

dd) Ergebnis

Das staatliche Sportwettenmonopol stellt somit einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit der K-GmbH dar. Die Einlassung der K-GmbH ist materiell begründet.