

✉ ARENDTS ANWÄLTE, Postfach 11 24, 82025 Grünwald

Schleswig-Holsteinischer Landtag
- Innen- und Rechtsausschuss -
Postfach 17 21

24171 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/195

PERLACHER STR. 68
D - 82031 GRÜNWALD

POSTFACH 11 24
D - 82025 GRÜNWALD

TEL. 089 / 649 111 - 75
FAX. 089 / 649 111 - 76

wetrecht@anlageanwalt.de
www.wetrecht.de

vorab per E-Mail 'Innenausschuss@landtag.ltsh.de'

Grünwald, den 5. Oktober 2012

Stellungnahme zu

a) Entwurf eines Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – Erster GlüÄndStV)

Gesetzentwurf der Landesregierung – Drucksache 18/79

b) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze

Gesetzentwurf der Fraktionen von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der Abgeordneten des SSW – Drucksache 18/104 – in der Fassung des Umdrucks 18/91

Sehr geehrte Frau Schönfelder,
sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 12. September 2012 und die Übersendung der oben genannten Gesetzentwürfe.

Zu den Entwürfen nehme ich wie gewünscht innerhalb der gesetzten Frist nachfolgend schriftlich Stellung, wobei ich entsprechend meiner Expertise vor allem auf die europarechtliche Beurteilung des derzeit ja bereits laufenden Konzessionsverfahrens eingehe, bei dem im Rahmen der sog. „Experimentierklausel“ 20 Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten vergeben werden. Dieses Verfahren dürfte nach meiner Einschätzung einer europarechtlichen Überprüfung nach den unter

Ziff. 2 dargestellten rechtlichen Vorgaben nicht standhalten und zu einer jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzung führen.

Bei dieser Stellungnahme handelt es sich um meine persönliche Einschätzung als selbständiger Rechtsanwalt und juristischer Fachautor.

Falls Sie noch Fragen haben, stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung. Ich bin auch gerne bereit, zu der für den 31. Oktober 2012 geplanten mündlichen Anhörung zu kommen.

Mit freundlichen Grüßen

Dipl.-Jur. Univ. Martin Arendts, M.B.L.-HSG
Rechtsanwalt

1. Geplante Neuregelung des Glücksspielrechts in Schleswig-Holstein

1.1. Aufhebung des Glücksspielgesetzes

Nach dem derzeit noch geltenden Glücksspielgesetz kann sowohl die Veranstaltung und der Vertrieb von Online-Casinospielen (§§ 18 – 20 GlückG SH) sowie von Wetten (§§ 21 – 24) genehmigt werden, wobei die Anzahl der Konzessionen gesetzlich nicht beschränkt ist.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze sieht in Artikel 4 mit den dort beschriebenen Ausnahmen „ansonsten“ eine Aufhebung des Glücksspielgesetzes vor. Für die auf seiner Grundlage erteilten Genehmigungen (bislang 12 Konzessionsinhaber für Sportwetten) soll das Glücksspielgesetz jedoch weiter Anwendung finden, „soweit auf seiner Grundlage bereits Genehmigungen erteilt worden sind“. Eine Aufhebung der bislang erteilten Konzessionen ist somit gesetzlich nicht vorgesehen. Allerdings bleibt bei der vorgesehenen Formulierung offen, welchem Regelungssystem der Konzessionsinhaber folgen soll, wenn es Divergenzen zwischen dem Glücksspielgesetz und dem Änderungsstaatsvertrag gibt. Auch ist für mich nicht nachvollziehbar, weshalb die Regelungen zu den Sicherheitsleistungen (§ 20 Abs. 7 und § 23 Abs. 7 Satz 4 und 5), mit denen neben den staatlichen Zahlungsansprüchen auch Auszahlungsansprüche der Spieler abgesichert werden sollen, nicht weitergelten sollen (während die vorgesehene Fortgeltung der Regelung für den Fachbeirat in § 31 GlückG SH Sinn macht).

1.2. Beitritt zum Glücksspielstaatsvertrag 2012

Der Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüÄndStV), dem sich das Land Schleswig-Holstein nach dem Gesetzesentwurf zu a) anschließen soll, sieht im Grundsatz eine Beibehaltung des staatlichen Monopols für Glücksspiele (vor allem hinsichtlich der für die Länder fiskalisch interessanten Lotterien) vor, allerdings für Sportwetten mit einer Durchbrechung im Rahmen einer sog. „Experimentierklausel“. Diese Öffnungsmöglichkeit ist vorerst beschränkt auf einen Zeitraum von sieben Jahren (mit einer

Möglichkeit der Aufhebung der Befristung in § 35 Abs. 1 GlÄndStV). Entgegen dem Glücksspielgesetz ist eine Konzessionierung hinsichtlich Poker und Casinospielen nicht vorgesehen (wobei es nach den mir bekannten Marktstudien in diesem Bereich eine erhebliche Nachfrage und damit einen Regelungsbedarf gibt). Eine effektive Regulierung und Bekämpfung des Schwarzmarkts in diesen Bereichen findet somit entgegen der Zielsetzung in § 1 Nr. 2 GlüÄndStV nicht statt.

Entsprechend der Experimentierklausel sollen auch private Wettanbieter zugelassen werden, wobei allerdings (ohne nachvollziehbaren Grund) die Anzahl der Konzessionen auf 20 beschränkt ist. Es bleibt offen, wie diese zahlenmäßige Begrenzung mit den bereits nach dem Glücksspielgesetz erteilten (zahlenmäßig nicht beschränkten) Konzessionen in Einklang zu bringen ist.

Diese Konzessionen wurden bereits europaweit ausgeschrieben (im Amtsblatt der Europäischen Union vom 8. August 2012) und dürften frühestens Anfang nächsten Jahres vergeben werden. Die einmal verlängerte, aus meiner Sicht angesichts der Ferienzeit sehr kurze Abgabefrist für die „erste Stufe“ endete am 12. September 2012, 10.00 Uhr. Bereits in der ersten Stufe mussten die Antragsteller umfassende Angaben, u.a. zur Geschäftsleitung und zu den mittelbaren und unmittelbaren Inhaber- und Beteiligungsverhältnissen (vgl. das Erläuterungsblatt A-9), machen. Angeblich sollen mehr als 100 Anträge eingegangen sein.

Die bislang unklaren Auswahlkriterien sollen laut Ausschreibung in der „zweiten Stufe“ in einem sog. „Informationsmemorandum“ konkretisiert werden. So hält die offizielle Ausschreibung fest:

„Alle Einzelheiten zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte und zum Wortlaut der übrigen Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der Konzessionäre werden den Bewerbern, die sich für die zweite Stufe qualifiziert haben (dann Antragsteller genannt), mit der Aufforderung zur Antragstellung in einem Informationsmemorandum mitgeteilt.“

Nach der „zweiten Stufe“ schließt sich laut Ausschreibung ein Verhandlungsverfahren an. Die Antragsteller sollen dabei Gelegenheit erhalten, *„ihre Sicherheits- und Sozialkonzepte der Konzessionsgeberin persönlich vorzustellen, zu besprechen und binnen einer von der Konzessionsgeberin festgelegten Frist ggf. auch nochmals zu überarbeiten.“*

Die 20 zu vergebenden Konzessionen sollen nach Geeignetheit der Bewerber vergeben werden. Insoweit regelt § 4b Abs. 5 Nr. 3 bis 5 GlüÄndStV die maßgeblichen Eignungskriterien. Nach den niedergelegten Auswahlkriterien ist der Konzessionsbewerber am besten geeignet, der seine nachhaltige finanzielle Leistungsfähigkeit nachweist, der einen wirtschaftlichen Betrieb und die Erfüllung der Abgabepflichten gewährleistet. Dabei ist die Gewichtung hinsichtlich dieser zum Teil deutlich divergierenden, nicht in gleicher Weise zu erfüllenden Ziele nicht ganz klar. Auch ist bislang keine objektive Gewichtung der Auswahlkriterien vorgegeben, etwa wie bei anderen Konzessionsverfahren ein Punkteschema (das eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen würde).

Die maßgeblichen Zuschlagskriterien für die Zuteilung einer Konzession sind in § 4b Abs. 5 Nr. 1 und 2 GlüÄndStV geregelt. Demnach wird der den Zuschlag erhalten, der bei der Veranstaltung der Sportwetten die Erreichung der Ziele des § 1 GlüÄndStV am besten gewährleistet und der zuständigen Aufsichtsbehörde die am weitesten gehenden Informations-, Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse einräumt. Insoweit besteht nach meiner Einschätzung eine nicht aufzulösende Gegensätzlichkeit der Auswahlkriterien, insbesondere da die Bewerber jeweils eigene Sozial-, Spielerschutz- und Jugendschutzkonzepte erstellen sollen, ohne dass der Gesetzgeber, der diese Ziele in § 1 GlüÄndStV postuliert hat, irgendwelche Vorgaben machen bzw. Mindestvoraussetzungen regeln würde.

Eine Konkretisierung der Kriterien, insbesondere hinsichtlich der vom Bewerber vorzulegenden fünf Konzepte (die für die Auswahl maßgeblich sind) soll erst während des laufenden Konzessionierungsverfahrens in dem oben erwähnten behördliche

„Informationsmemorandum“ erfolgen, das bislang allerdings noch nicht veröffentlicht worden ist.

2. Rechtliche Anforderungen an die Konzessionierung von Glücksspielanbietern

Um die rechtliche Haltbarkeit der geplanten Neuregelung und Konzessionsvergabe prüfen zu können, ist auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu verweisen.

2.1. Vorgaben des EuGH

Der EuGH hat sich in den letzten fünf Jahren in mehreren Urteilen zur Glücksspielthematik mit den europarechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Wett- und Glücksspielkonzessionen befasst. Er hat dabei ein System relativ detaillierter Vorgaben entwickelt, auf die er selber wie auch nationale Gerichte zurückgreifen. An diesen Vorgaben ist die geplante Neuregelung zu messen (nachfolgend unter Ziff. 3).

Nach einem Urteil im Jahr 2007 zu dem Vertragsverletzungsverfahren zur Vergabe von Pferdewettlizenzen in Italien¹ konnte der EuGH in mehreren Vorlageverfahren aufeinander aufbauend ein System von Mindestanforderungen und Kriterien entwickeln. Das im Juni 2010 verkündete Urteil in der Rechtssache *Sporting Exchange* betraf die Zulassung von Glücksspielanbietern in den Niederlanden.² Im September 2010 musste sich der EuGH in Vorlageverfahren aus Deutschland (*Carmen Media*-Urteil³) und aus Österreich (*Engelmann*-Urteil⁴) erneut mit Kriterien bei der Vergabe von Konzessionen auseinandersetzen. In seinen Urteilen in der Rechtssache *Dickinger*⁵ kam er

¹ EuGH, Urteil vom 13.09.2007, Rs. C-260/04 – *Kommission/Italien*.

² EuGH, Urteil vom 03.06.2010, Rs. C-203/08 – *Sporting Exchange* („*Sporting Exchange*-Urteil“), ZfWG 2010, 250.

³ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs. C-46/08 – *Carmen Media* („*Carmen Media*-Urteil“), ZfWG 2010, 344. Ziel der Klage der in Gibraltar zugelassenen Glücksspielanbieterin war es, das Land Schleswig-Holstein zu verpflichten, ihr eine Erlaubnis zur Vermarktung von Sportwetten im Land Schleswig-Holstein zu erteilen oder, hilfsweise, diese Tätigkeit bis zur Schaffung eines unionsrechtskonformen Erlaubnisverfahrens zu dulden.

⁴ EuGH, Urteil vom 09.09.2010, Rs. C-64/08 – *Engelmann* („*Engelmann*-Urteil“), ZfWG 2010, 415.

⁵ EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-347/09 – *Dickinger und Ömer* („*Dickinger*-Urteil“), ZfWG 2011, 403.

auf Österreich und in der Rechtssache *Costa*⁶ auf Italien zurück, wobei beiden Rechtssachen Strafverfahren zugrunde lagen.

In diesen Entscheidungen hat der Gerichtshof die Grundfreiheiten eng mit Verfahrensgrundrechten verknüpft, indem er – so seine bekannte Argumentationslinie – mit der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts argumentiert. Entsprechend der EuGH-Rechtsprechung muss die Konzessionsvergabe transparent sein, d.h. – so die ständige Formel in mehreren Entscheidungen – „auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen“⁷. Das Ermessen der Behörde wird durch die wiederholte Forderung des EuGH nach umfassender Transparenz und vollständiger gerichtlicher Nachprüfbarkeit erheblich eingeschränkt.

Voraussetzungen für Konzession müssen „klar, genau und eindeutig formuliert“ sein

Nach Auffassung des EuGH ist das „*Transparenzgebot nämlich als eine zwingende Vorbedingung des Rechts eines Mitgliedstaats (anzusehen), das ausschließliche Recht zur Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit an einen oder mehrere private Unternehmer zu vergeben*“⁸. Alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen demnach nicht nur veröffentlicht werden, sondern auch vorher „klar, genau und eindeutig formuliert“ sein.⁹ Zum Einen sollen dadurch nach Überzeugung des EuGH alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Zum Anderen soll dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden.

Die Vergabekriterien müssen somit vorher gesetzlich geregelt und für die (potentiellen) Bewerber klar und bestimmt sein. Für die Bewerber muss vorher objektiv erkennbar sein, auf was sie sich einlassen, welche Kriterien sie erfüllen müssen und wie diese von der

⁶ EuGH, Urteil vom 16.02.2012, verbundene Rs. C-72/10 und C-77/10 – *Costa und Cifone* („Costa-Urteil“), ZfWG 2012, 105.

⁷ So etwa *Sporting Exchange*-Urteil, Rn. 50; *Carmen Media*-Urteil, Rn. 87; *Costa*-Urteil, Rn. 56.

⁸ *Sporting Exchange*-Urteil, Rn. 47.

⁹ *Costa*-Urteil, Rn. 89.

Behörde beurteilt und gewichtet werden. Der EuGH folgert aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, „dass Rechtsvorschriften vor allem dann, wenn sie nachteilige Folgen haben können, klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen voraussehbar sind“.¹⁰ Auch nach Ansicht der Europäischen Kommission können nicht präzise Kriterien es den Bewerbern erschweren, ihre Chancen auf Erhalt einer Konzession korrekt zu bewerten.¹¹ Im *Costa*-Urteil äußert der EuGH, soweit in dem italienischen Gesetz hinsichtlich der Sanktionen auf „sonstige Straftatbestände, die geeignet sind, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS (italienische Glücksspielbehörde) zu zerrütten“, Bezug genommen wird, gravierende Zweifel an der Bestimmtheit, überlässt die Überprüfung angesichts der Aufgabenteilung zwischen EuGH und nationalem Gericht im Vorabentscheidungsverfahren jedoch dem vorlegenden Gericht.¹² Nach Ansicht des EuGH kann ein Ausschluss vom Markt durch Entzug der Konzession auch nur dann als dem Ziel der Bekämpfung der Kriminalität angemessen betrachtet werden, wenn er auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer hinreichend schweren Straftat beruht.¹³

Auch Regelungen, die sich unterschiedlich auslegen lassen, sind nach Ansicht des EuGH nicht hinreichend klar und damit nicht hinreichend bestimmt. So verweist der EuGH in seinem *Costa*-Urteil hinsichtlich einer weiteren Konzessionsentziehungsmöglichkeit (die in Art. 23 Abs. 3 des nach dem einschlägigen italienischen Recht von dem Konzessionsbewerber zu unterzeichnenden Mustervertrags vorgesehen ist) auf die zwei völlig unterschiedlichen Auslegungen durch den Generalanwalt.¹⁴ Dieser Bestimmung fehle es daher ersichtlich an Klarheit.

Level playing field für etablierte Konzessionsinhaber und Newcomer

¹⁰ *Costa*-Urteil, Rn. 74.

¹¹ Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325, 328 (Tz. 2.1.).

¹² *Costa*-Urteil, Rn. 79.

¹³ *Costa*-Urteil, Rn. 81.

¹⁴ *Costa*-Urteil, Rn. 87.

(Potentielle) Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten dürfen weder offen noch mittelbar diskriminiert werden (etwa durch nicht oder deutlich schwerer von ihnen zur erfüllende Voraussetzungen). Aus der vom EuGH geforderten Öffnung für den Wettbewerb und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt zudem, dass etablierte Konzessionsinhaber keine unzulässigen Wettbewerbsvorteile gegenüber den Newcomern haben dürfen (wie etwa – so der Sachverhalt im *Costa*-Urteil - durch einseitig geltende Abstandsvorschriften). Auch die Europäische Kommission hat hinsichtlich des Änderungsstaatvertrags darauf hingewiesen, dass keine ungleichen Bedingungen für die neuen Marktteilnehmer geschaffen werden dürfen.¹⁵ Neue Bewerber sind gleich den etablierten Konzessionsinhabern zu behandeln. Bislang rechtswidrig ausgeschlossene Wirtschaftsteilnehmer müssen auf dem Markt unter den gleichen Voraussetzungen wie die bestehenden Betreiber tätig werden können.¹⁶

Auch Übergangsregelungen dürfen nicht zu ungleichen Bedingungen für die neuen Marktteilnehmer führen.¹⁷ Die etablierten Betreiber müssen den gleichen Konzessionsbedingungen und dem gleichen Zeitplan unterliegen.¹⁸ Den bisherigen Konzessionsinhabern, die sich auf dem Markt bereits etablieren konnten, dürften nach Ansicht des EuGH keine zusätzlichen Wettbewerbsvorteile eingeräumt werden.¹⁹ Ansonsten werde der rechtswidrige Ausschluss aufrechterhalten und verstärkt. Dies stelle eine weitere Verletzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dar und verstoße gegen den Gleichbehandlungs- und Effektivitätsgrundsatz.

Die etablierten Konzessionäre und die Zulassungsbehörde können sich insbesondere nicht auf „Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den getätigten Investitionen“ berufen, da es sich hierbei nicht um zwingende Gründe des Allgemeininteresses handelt, die ggf. eine Einschränkung der Grundfreiheiten

¹⁵ Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325, 329 (Tz. 2.3.).

¹⁶ *Costa*-Urteil, Rn. 52 unter Hinweis auf Rn. 63 des *Placania*-Urteils.

¹⁷ Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325, 331 (Tz. 2.9.).

¹⁸ Vgl. Ergänzende Stellungnahme der Kommission vom 20.03.2012 zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2012, 171, 173 (Tz. 2.3.).

¹⁹ *Costa*-Urteil, Rn. 53.

rechtfertigen können.²⁰ Auch mit dem Argument einer Verringerung der Gelegenheit zum Spiel, kann angesichts der expansiven Politik im italienischen Glücksspielsektor die Ungleichbehandlung nicht begründet werden.²¹

Weites Diskriminierungsverbot

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben müssen, und impliziert somit, dass sie denselben Bedingungen unterliegen.²² Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot gilt relativ weit. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann bereits eine tatsächliche Ungleichbehandlung, etwa wenn bestimmte Kriterien leichter von eigenen Staatsangehörigen zu erfüllen sind, eine *mittelbare Diskriminierung* darstellen. Eine Maßnahme ist als mittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats als auf Inländer auswirken kann, sofern sie nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist.²³ Eine mittelbare Diskriminierung hat der EuGH bereits in dem Umstand gesehen, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer keine reale Möglichkeit hatten, ihr Interesse an der fraglichen Konzession zu bekunden.²⁴

Umfassende und effektive gerichtliche Überprüfung

Jedem Marktteilnehmer, der von einem „System der vorherigen behördlichen Genehmigung“ betroffen ist, muss der Rechtsweg offen stehen.²⁵ Somit muss insbesondere für die (erfolglosen oder sich anderweitig benachteiligt fühlenden) Bewerber um eine Konzession eine Nachprüfung möglich sein, ob die Verfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.²⁶ Für die rechtswidrig von der Konzessionsvergabe ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer muss es einen effektiven Rechtsschutz

²⁰ *Costa*-Urteil, Rn. 59.

²¹ *Costa*-Urteil, Rn. 62.

²² *Costa*-Urteil, Rn. 57.

²³ Vgl. *Engelmann*-Urteil, Rn. 51.

²⁴ *Engelmann*-Urteil, Rn. 51.

²⁵ *Sporting Exchange*-Urteil, Rn. 50 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 20.2.2001, *Analir* u. a., C-205/99, Slg. 2001, I-1271, Rn. 3.

²⁶ *Garkalns*-Urteil.

geben.²⁷ Dieser darf nicht weniger günstig ausgestaltet sein als für entsprechende Sachverhalte innerstaatlicher Art (*Äquivalenzgrundsatz*).²⁸ Auch darf er die Ausübung der Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Effektivitätsgrundsatz*).²⁹ Einem klagenden Bewerber dürfen daher keine zu hohen Hürden auferlegt werden, wie etwa eine praktisch nicht zu erfüllende Darlegungs- und Beweislast. Das zur Überprüfung angerufene nationale Gericht muss im Sinne der vom EuGH geforderten Transparenz umfassend Einblick in sämtliche relevanten Behördenakten erhalten.

2.2. Umsetzung durch nationale Gerichte

(a) Fürstentum Liechtenstein: Nichtigkeit der Casino-Lizenz

Der Verwaltungsgerichtshof des EWR-Mitgliedstaats Liechtenstein hat in einem aktuellen Urteil auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH (*Costa*- und *Engelmann*-Urteile) verwiesen und wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts ein Vergabeverfahren für eine Spielbankenkonzession für nichtig erklärt.³⁰ Dort waren Gewichtungsregeln für die Konzessionsvergabe (in einem behördeninternen „Bewertungsbogen“ nach einem Punkteschema) erst nach Ablauf der Eingabefrist von der Behörde entwickelt worden. Bereits der Umstand, dass die aus Zeitungsberichten möglicherweise bekannte Identität der Antragsteller den Eindruck einer nicht objektiven Festlegung der Gewichtungsregeln und der Unterkriterien erwecken könne, stellt nach Ansicht des VGH Liechtenstein einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar.³¹ Die nachträgliche Festlegung der Gewichtung von Zuschlagskriterien verstößt nach Ansicht des VGH Liechtenstein gegen das europarechtliche Erfordernis „im Voraus bekannter Kriterien“.

(b) Österreich: Glücksspielautomaten-Konzessionen

²⁷ *Costa*-Urteil, Rn. 51.

²⁸ *Costa*-Urteil, Rn. 51.

²⁹ *Costa*-Urteil, Rn. 51.

³⁰ VGH Liechtenstein, Urteil vom 31.05.2012 – VGH 2012/030, abrufbar unter <http://www.gerichtsentscheide.li>.

³¹ VGH Liechtenstein, a.a.O. Tz. 5.2. (§. 11).

In Österreich hat der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Oberösterreich kürzlich unter Hinweis auf das *Engelmann*- und das *Dickinger*-Urteil des EuGH Zweifel an der rechtlichen Haltbarkeit des Oberösterreichischen Glücksspielautomatengesetzes (und der aufgrund dieses Gesetzes erfolgten Konzessionsvergabe) und an der Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit Unionrecht geäußert. Der UVS hat die Sache deswegen kürzlich dem österreichischen Verfassungsgerichtshof vorgelegt.³² Im Übrigen hat der UVS Oberösterreich die Berechtigung eines (Quasi-)Monopols bezweifelt und den EuGH am gleichen Tag deswegen im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV um Klärung gebeten.³³

3. Beurteilung des laufenden Konzessionsverfahrens nach den Vorgaben des EuGH

Eine ganze Reihe von Punkten bei der geplanten Neuregelung dürfte nach meiner Einschätzung einer gerichtlichen Überprüfung anhand der unter Ziff. 2 dargestellten rechtlichen Kriterien nicht standhalten.

Im Einzelnen:

- Begrenzung auf 20 Konzessionen

Für die zahlenmäßige Begrenzung fehlt es nachvollziehbare Begründung: Weshalb 20 und nicht – wie ursprünglich geplant sieben oder gleich 30?

Vgl. hierzu die oben dargestellte Entscheidung des UVS Oberösterreich (Anträge an den Verfassungsgerichtshof vom 10.08.2012, s.o.). Der UVS bezweifelt insbesondere die dort gesetzlich vorgesehene Beschränkung auf lediglich drei Konzessionen. Das Ziel der Kriminalitäts- und Spielsuchtbekämpfung könne auch dadurch erreicht werden, dass

³² UVS Oberösterreich, Anträge an den Verfassungsgerichtshof vom 10.08.2012 – VwSen-740042/5/Gf/Rt und VwSen-700050/6/Gf/Rt u.a.

³³ UVS Oberösterreich, Antrag auf Vorabentscheidung vom 10.08.2012 – VwSen-740121/2/Gf/Rt u.a. Neben einer weiteren Klärung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei glücksspielrechtlichen Bestimmungen/Einschränkungen bittet der UVS auch um Auslegung der „demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen, wie diese offenkundig dem Art. 16 EGRC zu Grunde liegen, und/oder des Fairness- und Effizienzgebots des Art. 47 EGRC“.

das Kontingent von 449 Glücksspielautomaten „auf mehr – nämlich beispielsweise auf insgesamt 5 oder 10 – Konzessionäre aufgeteilt wird“.

Mit der zahlenmäßigen Beschränkung gerät man auch bei dem Konzessionsverfahren in erhebliche Probleme, da die 20 Konzessionen wohl nur auf einmal vergeben werden können. Es bleibt völlig offen, wie mehr als 100 Bewerbungen in einer rechtlich haltbaren (und vollständig gerichtlich überprüfbar) objektiven Weise auf lediglich 20 Konzessionsinhaber „reduziert“ werden sollen, insbesondere nachdem die hierfür maßgeblichen Auswahlkriterien bislang nicht veröffentlicht sind.

- Kurze Bewerbungsfrist und auf deutsche Verhältnisse abgestimmte Bewerbungsunterlagen als mittelbare Diskriminierung

Die sehr kurze Bewerbungsfrist während der Sommerferien dürfte unionsrechtlich als mittelbare Diskriminierung (s.o.) angesehen werden, da die Voraussetzungen für deutsche Bewerber deutlich leichter zu erbringen waren. In der Ausschreibung wurde die fristgerechte Vorlage zahlreichen Unterlagen gefordert, die es z.T. in anderen EU-Mitgliedstaaten gar nicht oder nicht in dieser Form gibt (wie etwa eine Gewerbezentralregisterauskunft). Es wurde mehrfach auf Vorschriften des deutschen (Steuer-)Rechts verwiesen, die für Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten z.T. nicht nachvollziehbar waren.

- Fehlender Transparenz/Unklarheit

Es gibt trotz der bereits abgelaufenen Abgabefrist immer noch keine entsprechend den EuGH-Vorgaben vorher „klar, genau und eindeutig formulierten“ Auswahlkriterien:

- Die Europäische Kommission nennt in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2011 zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag beispielhaft das nach ihrer Ansicht nicht hinreichend konkretisierte Sozial- und Wirtschaftlichkeitskonzept und die Rangfolge der Auswahlkriterien in § 4b Abs. 5. In der ergänzenden Stellungnahme vom 20. März 2012 (ZfWG 2012, 171) geht die Kommission davon aus, dass die „individuellen Bedingungen und Kriterien im Rahmen des Ausschreibung spezifiziert werden“. Dies ist nach meiner Einschätzung allerdings

nicht hinreichend erfolgt, sondern es wurde auf das noch ausstehende „Informationsmemorandum“ zur Konkretisierung verwiesen.

- Das (letztlich für die Auswahl maßgebliche) „Informationsmemorandum“ ist bislang nicht veröffentlicht, obwohl die Abgabefrist abgelaufen ist, vgl. hierzu die oben dargestellte Entscheidung des VGH Liechtenstein. Bereits aus diesem Grund dürfte das gesamte Verfahren rechtlich nicht haltbar sein, da die Gewichtung der Auswahlkriterien für die Bewerber und die Interessenten unklar ist.
- Der territoriale Anwendungsbereich ist für die bisherigen Antragsteller und für Interessenten unklar, da NRW (immerhin das wirtschaftlich bedeutendste Land Deutschlands) und Schleswig-Holstein dem Glücksspiel-staatsvertrag 2012 bislang nicht beigetreten sind.

- Kein „level playing field“ für private Bewerber/Diskriminierung

- Diskriminierende Übergangsregelung in § 29 GlüÄndStV: Die staatlichen Anbieter und deren Annahmestellen (ca. 26.000) benötigen „ein Jahr nach Erteilungen der Konzessionen nach § 10a in Verbindung mit § 4c“ keine Erlaubnis (d.h. bis weit in das Jahr 2014). Die privaten Anbieter müssen erst ein Vertriebsnetz aufbauen und Genehmigungen hierfür einholen.
- Einschaltung einer für den Deutschen Lotto- und Totoblock seit Jahrzehnten tätigen Rechtsanwaltskanzlei als Kontaktstelle (angeblich jedoch ungeöffnete Weitergabe von Bewerbungsunterlagen)
- Eklatante Ungleichbehandlung beim Vertrieb: Staatliche Anbieter wollen ihr bundesweites Vertriebsnetz weiter nutzen (ca. 26.000), für private Wettanbieter z.T. (je nach Ausführungsgesetz) massive Einschränkungen (so etwa maximal 10 Wettannahmestellen im Land Berlin).

Fazit: Die Neuregelung in Deutschland ist europarechtlich bedenklich, da offenkundig nicht kohärent. Insbesondere das Lotteriemonopol dürfte auf diese Weise nicht auf Dauer zu halten sein.

Das derzeit laufende Konzessionierungsverfahren ist nach meiner Beurteilung rechtlich nicht haltbar, da die Vorgaben des EuGH in mehreren Punkten nicht eingehalten werden. Es bleibt völlig offen, wie mehr als 100 Bewerbungen in einer rechtlich haltbaren (und vollständig gerichtlich überprüfbaren) objektiven Weise auf lediglich 20 Konzessionsinhaber „reduziert“ werden sollen, insbesondere nachdem die hierfür maßgeblichen Auswahlkriterien bislang nicht veröffentlicht sind.