

Schleswig-Holsteinischer Landtag

Innen- und Rechtsausschuss
Barbara Ostermeier
Die Vorsitzende

Linz, den 03.10.2012

Stellungnahme zum a) Entwurf eines Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland bzw. b) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze

Sehr geehrte Frau Ostermeier,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 11. September 2012, indem die bet-at-home.com Entertainment GmbH eingeladen wurde zu den oben genannten Gesetzesentwürfen eine Stellungnahme abzugeben.

Abgesehen von den erheblichen materiell-rechtlichen Mängeln in den Entwürfen, die ich nachstehend ausführlich darstellen werde, ist es nicht zu rechtfertigen, dass die an unser Tochterunternehmen bet-at-home.com Internet Ltd., Malta unter erheblichen Aufwand erteilte deutsche Konzession des schleswig-holsteinischen Innenministeriums vom 21. Mai 2012 nicht im gesamten Bundesgebiet anerkannt wird. Nunmehr muss ein zweites Mal ein kostspieliges und intransparentes Konzessionsverfahren durchlaufen werden, um in *ganz* Deutschland nach deutschem Recht legal tätig zu sein. Das Erfordernis, in ein und demselben Mitgliedstaat zwei unterschiedliche Genehmigungsverfahren durchlaufen zu müssen, ist unverhältnismäßig und lässt sich nicht rechtfertigen. Wenn sich die 16 Bundesländer und der Bund nicht auf eine einheitliche Regelung einigen können, darf dies nicht zu Lasten der Antragsteller gehen. bet-at-home.com hat unter der Annahme den Lizenzantrag in Schleswig-Holstein gestellt, mit der Zuerkennung in ganz Deutschland Rechtssicherheit zu bekommen. Wir ersuchen die Schleswig-Holsteinische Landesregierung für ein entsprechendes Anerkenntnis ihrer bereits erteilten Konzessionen für Sportwetten Sorge zu tragen.

Der Schleswig-Holsteinische Gesetzgeber würde mit dem Beschluss der gegenständlichen Gesetzesentwürfe von einem rechtskonformen Modell, das in einer ähnlichen Form aktuell in Dänemark unter breiter Zustimmung der beteiligten Parteien angewendet wird, zu einem protektionistischen Modell wechseln, das den unionsrechtlichen Vorgaben nicht standhalten wird. Es ist davon auszugehen, dass der Glücksspieländerungsstaatsvertrag wiederum von den nationalen Gerichten sowie letztendlich vom EuGH beanstandet bzw. für unanwendbar erachtet werden wird.

Dies begründen wir wie folgt:

A. Keine systematische und kohärente Regelung bei Casinospiele/Poker

bet-at-home.com ist der Ansicht, dass das deutsche Verbot von Online-Casinospiele und Poker bei gleichzeitiger Legalisierung einer stetig zunehmenden Anzahl öffentlicher Spielbanken, die auf Attraktivität ausgelegt sind und fast ohne Werbebeschränkungen in dem deutschen Umfeld agieren, das von einem omnipräsenten staatlichen oder staatlich konzessionierten anreizend beworbenen Glücksspielangebot geprägt ist, keine systematische und kohärente Begrenzung darstellt, um den damit verbundenen massiven Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen.

Nach dem Wortlaut des GlüÄndStV soll das Veranstalten und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet unverändert grundsätzlich verboten sein (§ 4 Abs. 4 GlüÄndStV). Eine Ausnahme davon ist für Casinospiele und Poker nicht mehr vorgesehen, anders als in dem 2011 notifizierten Entwurf auch nicht mehr für die konzessionierten traditionellen Spielbanken. Dieser Eingriff ist nicht zu rechtfertigen. Die Erwägungsgründe des geänderten Staatsvertrags überzeugen nicht.

Im GlüStV a. F., der bis Ende 2011 galt, wurde als Begründung für ein Internetvertriebsverbot für Casinospiele und Poker ausgeführt, damit werde eine „wesentliche Forderung“ erfüllt, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 28. März 2006 aufgestellt habe. Das ist keine Rechtfertigung für die Anwendung eines Internetverbots auf private Anbieter. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Beschränkung des Vertriebs nur für den Fall gefordert, dass die Bundesländer mit der Begründung der Suchtgefahr an einer monopolistischen Glücksspielpolitik festhalten. Das Verfassungsgericht hatte diese Forderung selbstredend nicht für den Fall der Marktöffnung und der effektiven Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit gegenüber dem Monopol gefordert. Das Bundesverfassungsgericht war angerufen worden, um die mit der Dienstleistungsfreiheit parallel laufende Berufsfreiheit bei gewerblichen Sportwetten zu **schützen**, nicht um sie mit einem Internetvertriebsverbot zu erschweren. Das Gericht wollte also nicht den gewerblichen Vertrieb in einem (teil-)liberalisierten Markt beschränken, sondern verlangte, dass sich die erlaubten Monopolisten selbst – und eben nur diese – zur Rechtfertigung des Monopols Vermarktungsbeschränkungen unterwerfen. Diese Vermarktungsbeschränkung sollte und den mit einem Monopol einhergehenden Ausschluss anderer Anbieter unter dem Aspekt der Suchtgefahr rechtfertigen.

Deshalb gibt es zwingende Argumente aus der Entstehungsgeschichte des Glücksspielstaatsvertrages und der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung¹, wonach das *unverändert* aus dem GlüStV übernommene Vermarktungsverbot des § 4 Abs. 4 GlüÄndStV allein die konzessionierten Anbieter betrifft, um den totalen Ausschluss der nicht konzessionierten Anbieter

¹ Bundesverwaltungsgericht, Urteile vom 24.11.2010, 8 C 13.09, Rn. 30 ff., 14.09, Rn. 26 ff. 15.09, Rn. 26 ff: „Die ... Bestimmungen über Art und Zuschnitt zulässiger Sportwetten und die Vorgaben für deren Vermarktung betreffen nicht die dem Parlamentsvorbehalt unterworfenen Regelungen der Grundrechtsausübung privater Sportwettenanbieter oder -vermittler. Sie regeln nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger.“

verhältnismäßig zu gestalten. Diejenigen Anbieter, die ohne Konzession vom deutschen Markt vollständig ausgeschlossen sind und sich unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit darüber hinwegsetzen, werden vom Internetverbot also von vornherein nicht tangiert². Diese Problematik ist unionsrechtlich insofern von Bedeutung, als Rechtsvorschriften, wenn sie nachteilige Folgen für einzelne und Unternehmen haben können, „klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar sein müssen“ (EuGh, Costa Rn. 74). Eine Vermarktungsbeschränkung, die sich nach der deutschen höchstrichterlichen Verwaltungsrechtsprechung (BVerwG 13, 14 und 15.09 v. 24.11.2010, vgl. Fn. 1) ausschließlich an die konzessionierten Monopolträger (bzw. demnächst Oligopolträger) wendet und die Träger von Grundrechten und Grundfreiheiten vor einem fiskalischen Monopol schützen soll, ist indessen weder klar und bestimmt noch in ihren Auswirkungen vorhersehbar. Deshalb darf § 4 Abs. 4 GlüÄndStV nicht angewendet werden.

Damit wird deutlich, dass es keinerlei rechtfertigende Gründe für die Errichtung eines Internetvertriebsverbots gibt. Jenes Verbot ist aus rein fiskalischen Erwägungen der Bundesländer 2006 in den Entwurf des Glücksspielstaatsvertrags aufgenommen worden. Einerseits wollte man an dem Monopol festhalten und musste dafür der Forderung des Verfassungsgerichts entgegenkommen und den Vertrieb einschränken. Andererseits wollten die Bundesländer – selbstredend wiederum aus rein fiskalischen Gründen – Wettbewerb untereinander vermeiden und ihnen blieb vor dem Hintergrund der vom Bundeskartellamt angedrohten Zwangsgelder keine andere Wahl, als den Internetvertrieb ganz zu schließen. Auch wollten die Bundesländer verhindern, dass die Inhaber von sogenannten DDR-Erlaubnissen Umsätze und Einnahmen ihrer Lotteriegesellschaften über das Internet „abschöpfen“.

Die EU-Kommission hat deshalb vollkommen zu Recht gegen ein – weit verstandenes – Internetvertriebsverbots des Glücksspielstaatsvertrags ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

Ein – weit verstandenes – Internetvertriebsverbot ist auch nach der deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung nicht durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. bet-at-home.com erlaubt sich, insoweit auf das Urteil des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 26. Juni 2012 zu verweisen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, dem man eine übertriebene Bürgernähe nicht nachsagt, stellt im Zusammenhang mit dem Werbeverbot im Internet unmissverständlich klar, dass – so das Gericht wörtlich – *„die staatlichen Stellen das Verbot nicht ernst nehmen und in Wahrheit andere, insbesondere fiskalische Ziele verfolgen. Einem Ziel, dass tatsächlich von den mitgliedstaatlichen Behörden nicht verwirklicht werden soll, kann aber nicht ein Gewicht beigemessen werden, dass die mit dem Verbot, im Internet für Glücksspiele zu werben, verbundene erhebliche Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit der privaten Glücksspielanbieter rechtfertigen könnte.“* Diese vernichtende Feststellung gilt unter dem GlüÄndStV genauso, wie unter dem GlüStV.

Vor diesem *wirklichen* Hintergrund wird nachvollziehbar, weshalb die 15 Bundesländer die Beibehaltung des § 4 Abs. 4 GlüStV nicht mit einer Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit begründen, wie es die Kommission in ihrer Ausführlichen Stellungnahme vom

18.7.2011 gefordert hatte. Es gibt diese Untersuchung nicht. Die Bundesländer können auch im Zusammenhang mit dem GlüÄndStV nicht darlegen, dass der Vertriebsweg Internet zu einer gesteigerten Suchtgefahr oder anderen Gefahren im Vergleich zu dem stationären oder postalischen Vertrieb führen könnte. In den Erläuterungen zum GlüÄndStV heißt es daher lediglich, die Ziele des § 1 GlüÄndStV rechtfertigen die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Dies gelte insbesondere in Anbetracht der Besonderheiten, die mit dem Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbunden seien (Erläuterungen zum GlüÄndStV, S. 22).

Die 15 Bundesländer haben also keine Umstände dargelegt, anhand deren sich die Kommission, der Bürger oder ein Gericht vergewissern könnte, dass ein Internetvertriebsverbot für Casinospiele und Poker **tatsächlich** den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (vgl. dazu EuGh, *Dickinger & Ömer, Zeturf*). Indessen haben der Gerichtshof und die Kommission mehrfach klargestellt, dass der Mitgliedstaat in der Lage sein muss, „**im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung**“ darzulegen, dass sie **tatsächlich** dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (EuGh, a.a.O.; Ausführliche Stellungnahme vom 18.7.2011). Diese Vorgaben kann Deutschland nicht erfüllen.

In dieses Bild fügt sich ein, dass der GlüÄndStV in der der Kommission 2011 notifizierten Fassung noch den Online-Vertrieb von Poker und Casinospiele unter bestimmten Voraussetzungen gestattete. Weshalb unter dem Gesichtspunkt der Bekämpfung von Suchtgefahren oder zur Schwarzmarkt看ämpfung nunmehr der Onlinevertrieb von Poker und Casinospiele insgesamt nicht mehr erlaubnisfähig ist, obwohl keine neuen Erkenntnisse zu angeblichen Gefahren gewonnen wurden, erschließt sich nicht. Es ist dann ebenso widersprüchlich und unlogisch, dass bei Sportwetten der Ansatz einer Online-Liberalisierung stattfindet und das angebliche Suchtproblem durch Regeln für den Internetvertrieb gelöst werden soll, bei Poker und Casinospiele dieser Ansatz hingegen zur Bekämpfung angeblicher Gefahren für das Gemeinwohl nicht geeignet sein soll.

Die Bundesländer haben es auch versäumt, dem Prüfungsauftrag nachzukommen, den die Kommission in ihrer Stellungnahme vom 20. März 2012 formuliert hatte. Danach hätten die Bundesländer vor Verabschiedung ihrer restriktiven Glücksspielregelungen zunächst ermitteln müssen, ob betrügerische und kriminelle Handlungen im Zusammenhang mit Online-Glücksspielen allgemein und Online-Poker im besonderen tatsächlich auftreten; ob in Deutschland überhaupt eine signifikante Suchtproblematik in diesem Online-Bereich besteht und ob diese Problematiken durch das Totalverbot gelöst werden können. Dazu findet sich rein gar nichts in den Erläuterungen zum GlüÄndStV und dazu gibt es auch nichts.

Soweit es in den Erläuterungen zum GlüÄndStV (S. 17) heißt, in einer rechtsvergleichenden Analyse, die federführend von zwei Schweizer Instituten mit der Universität Bremen gefertigt wurde, sei die hohe Suchtgefahr des Internet-Glücksspiels aus gesundheitswissenschaftlicher Sicht bestätigt worden, wobei dies vor allem für Casinospiele, aber auch für Sportwetten gelte, findet sich diese Behauptung in dieser apodiktischen Form nicht im Original der im Nachhinein manipulierten Studie. Dieses Original hatte der Unterzeichner der Kommission mit Beschwerdeschreiben vom 21.11.2011

für die *Arena Sportwetten Informations- und Kurierdienst GmbH* übermittelt. Es ist unbestritten, dass die Kernaussagen jener Schweizer Studie von Handlangern der Bundesländer in eine Richtung manipuliert wurden, die das weitgehende Festhalten an einem Monopol bei gleichzeitiger Liberalisierung des Internetvertriebs für die staatlichen Anbieter legitimieren soll.

Diese heimlichen Manipulationen an der Studie, die allen Beteiligten ursprünglich Grundlage für eine ergebnisoffene Novellierung des Glücksspielstaatsvertrags sein sollte, verdeutlichen einmal mehr, dass dem Totalverbot von Online-Casinospielen und Poker keine *tatsächlichen* Nachweise besonderer Umstände oder Gefahren für das Gemeinwohl zu Grunde liegen.

Die Auswertung eines im Februar 2012 veröffentlichten wissenschaftlichen Gutachtens von *Peren und Clement* zur „*Bemessung und Bewertung des Suchtgefährdungspotenzials des Onlinepokerspiels Texas Hold'em No Limit*“ belegt, dass in der Tat kein messbares zusätzliches Risikopotenzial entsteht, wenn anstelle des stationären Pokerspiels Online-Poker gespielt wird. Deutschland ist der zweitgrößte Online-Poker Markt weltweit und wissenschaftliche Studien belegen, dass kein über das von Sportwetten hinausgehende Risiko-Potenzial existiert, dem durch ein Verbot des Vertriebskanals Internet abgeholfen werden müsste. Für die grundsätzliche Differenzierung sowohl auf der Konzessions- als auch auf der Vertriebsstufe zwischen Sportwetten und Casinospielen einschließlich Poker ist daher kein tatsächlicher Anhaltspunkt ersichtlich.

In Wahrheit geht es bei den widersprüchlichen und unsystematischen Regulierungen des GlüÄndStV im Bereich der Casinospiele und Poker einerseits um die Förderung der traditionellen Spielbanken, die nach dem Vorbild von *Monte Carlo* jahrzehntelang für viele Regionen eine bedeutende Einnahmequelle dargestellt haben, unter dem zunehmenden Wettbewerbsdruck aus dem Internet aber finanziell leiden. Die in dem im April 2011 notifizierten Entwurf des GlüÄndStV enthaltene Regelung, dass die stationären traditionellen Spielbanken eine Öffnung zum Spielen über das Internet vornehmen dürfen, diene also der Abhilfe der finanziellen Not der staatlich konzessionierten Spielbanken. Nachdem die Kommission diese Regelung in ihrer Ausführlichen Stellungnahme jedoch zu Recht als unsystematisch kritisiert hatte, haben die 15 Bundesländer es aus finanziellen Gründen vorgezogen, den für die Staatseinnahmen wichtigen traditionellen Spielbanken einen Wettbewerbsvorteil zuzubilligen, indem ein Erlaubnisvorbehalt errichtet wird und die Online-Wettbewerber der Spielbanken von vornherein nicht erlaubnisfähig sind. Gerechtfertigt ist diese Differenzierung indessen nicht.

Andererseits dienen die Regelungen des GlüÄndStV dem Wettbewerbsvorteil der staatlichen Lotteriegesellschaften, die ihre fiskalische Ausrichtung niemals aufgegeben haben, in den vergangenen Jahren aber Umsatzeinbussen hinnehmen mussten. Es gelingt jedoch nicht im Ansatz, eine systematische und kohärente Regelung zu schaffen. Alles ist von Systembrüchen und fehlenden empirischen Nachweisen besonderer Gefahren geprägt.

So passt nicht zusammen, dass der Internetvertrieb von Lotterien zulässig ist und von einigen staatlichen Anbietern auch betrieben wird, ebenso wie die anreizende Werbung in allen Medien

zulässig ist, zugleich aber geltend gemacht wird, die Gefahren von Lotterien seien derart groß, dass ein Veranstaltermonopol beim Staat notwendig ist.

In dieses widersprüchliche Bild fügt sich ein, dass nur die *Veranstaltung* von Lotterien bei den staatlichen Lotteriegesellschaften monopolisiert wird, was mit der besonderen Sucht- und Betrugsgefahr begründet wird, der *Vertrieb* dieser Lotterien und anderer vom Staat veranstalteter Glücksspiele hingegen nicht beim Staat monopolisiert wird, sondern über ca. 27.000 rein gewerblich tätige und provisionsabhängige Kleingewerbetreibende erfolgt. Soweit die Bundesländer also behaupten, der geänderte GlüStV verfolge *legitime* Ziele des Gemeinwohls, ist das unzutreffend. Es geht um die Gewinnmaximierung.

Bemerkenswert inkohärent ist weiter, dass die deutschen Bundesländer bei Casinospielen und Poker keine Notwendigkeit für eine Monopolisierung sehen und den Bereich des traditionellen stationären Spielbankengeschäfts sowohl staatlich beherrschten als auch privaten konzessionierten Anbietern überlassen. Der Hintergrund ist, dass die Spielbankabgabe eine wichtige Einnahmequelle für den Staat ist und sowohl von den staatlich beherrschten als auch den privaten konzessionierten Casinos gezahlt wird.

Die Widersprüchlichkeit setzt sich dann beim Vertriebsweg und der zulässigen Werbung fort. Während ohne Nachweise relevanter Gefährdungen des Gemeinwohls der Vertriebsweg Internet ausgeschlossen ist, wurden bei der Werbung für Casinospiele und Poker in dem Entwurf einer (nicht notifizierten) „Werberichtlinie“ faktisch alle Werbebeschränkungen aufgehoben.

Unter dem neuen Regime ist der Bürger mithin umfassender Werbung für stationäre Casinospiele einschließlich Poker ausgesetzt und wird dazu ermuntert, die zahlreichen staatlich konzessionierten und rein fiskalisch arbeitenden Spielbanken zu besuchen. Parallel dazu wird der Bürger anreizender Werbung für Sportwetten der staatlichen und der konzessionierten privaten Anbieter ausgesetzt sein, wobei dort auch der Vertrieb über das Internet erlaubt ist. Es soll jedoch in dem weltweit zweitgrößten Markt für Online-Poker nicht legal möglich sein, an diesem Kartenspiel, das von vielen nicht als Glücksspiel, sondern als Geschicklichkeitsspiel angesehen wird, teilzunehmen. Das lässt sich nicht mit den Vorgaben des Gerichtshofs für eine kohärente und systematische Beschränkung von Glücksspiel in Einklang bringen.

Ebenso wenig passt es zusammen, dass Geldspielgeräte in den konzessionierten Casinos und den gewerblichen Spielhallen faktisch ohne jede Begrenzung zugänglich sind und dafür anreizende Werbung geschaltet wird, während das Angebot von bet-at-home.com im Internet von vornherein nicht erlaubnisfähig sein soll. Für eine besondere Gefahr durch die Nutzung des Vertriebswegs Internet gegenüber dem terrestrischen Vertrieb von Poker oder Casinospielen gibt es keinerlei tatsächliche Erkenntnisse. Vielmehr liegt es sogar nahe, dass haptisch greifbare Geldspielgeräte ebenso wie das stationäre Poker hinsichtlich möglicher Suchtgefahren eine größere Anziehungskraft für Suchtgefährdete ausüben, als dies virtuelle Spiele tun.

Darauf kommt es aber letztlich nicht an. Deutschland hat seiner unionsrechtlichen Darlegungslast bezüglich der Interkohärenz und der Intrakohärenz nicht Genüge getan. Wie der Gerichtshof in

*Dickinger & Ömer und in Zeturf klargestellt hat, obliegt es dem Mitgliedstaat, „der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht [oder der Kommission], alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht [oder die Kommission] sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt. ... Daher ist es Sache des vorlegenden Gerichts [bzw. der Kommission] sich im Licht insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie **tatsächlich** dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spielen zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“*

Die Deutschen Stellen haben es versäumt, diesen Anforderungen an die Rechtfertigung ihrer Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit Rechnung zu tragen. Weder im Notifizierungsverfahren noch in den Erläuterungen zum GlüÄndStV finden sich Darlegungen, anhand derer man sich vergewissern könnte, dass die restriktiven Regelungen tatsächlich dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheiten zum Wetten und Spielen zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.

B. Zur unionsrechtswidrigen Regulierung der Sportwetten

Für den Wettsektor sieht der GlüÄndStV eine „*Experimentierklausel für Sportwetten*“ vor (§ 10a GlüÄndStV). Danach können die Bundesländer in engen Grenzen die Veranstaltung und Vermittlung privater Sportwetten im Internet erlauben. bet-at-home.com bemüht sich um eine Konzession. Es gibt aber zahlreiche berechtigte Gründe für die Annahme, dass die „*Experimentierklausel für Sportwetten*“ und das Konzessionsverfahren des GlüÄndStV nicht praktikabel sind und es auch nicht sein sollen.

Das Konzessionsverfahren wurde nicht zur begrenzten Öffnung des Marktes eingeführt, sondern in erster Linie, um dem Argument den Boden zu entziehen, dass einem privaten Anbieter das Fehlen einer Erlaubnis, von deren Erhalt er unter Verletzung des Unionsrechts ausgeschlossen ist, nicht vorgeworfen werden darf.

Der Bereich der Sportwetten ist im GlüÄndStV ebenso wenig systematisch und kohärent geregelt, wie der Bereich der Casinospiele und des Poker. Zwar gibt es die Möglichkeit einer Konzession, die auch den Online-Bereich für Sportwetten erfasst. Ein fairer Wettbewerb zu staatlichen Anbietern und ihren ca. 27.000 gewerblichen Annahmestellen entsteht damit aber nicht. Um ihren in Wahrheit rein fiskalischen Interessen effektiver nachgehen zu können, haben die 15 Bundesländer nämlich für ihre staatlichen Anbieter auf unbestimmte Zeit keine Konzessionspflicht vorgesehen (§ 29 GlüÄndStV). Die bestehenden Erlaubnisse staatlicher Anbieter, die praktisch an keinerlei Anforderungen geknüpft waren, gelten fort, während sich ca. 90 private Anbieter eine der wenigen Konzessionen bemühen müssen.

Dieser Wettbewerbsvorteil der staatlichen Anbieter, lässt sich nicht durch das Bedürfnis einer systematischen und kohärenten Bekämpfung von Suchtgefahren rechtfertigen. Die staatlichen Anbieter sind rein fiskalisch orientiert und betreiben das Geschäft mit Sportwetten nicht zur

Bekämpfung von Suchtgefahren. Es gibt daher für Ihren Wettbewerbsvorteil, den der geänderte Staatsvertrag einräumt, keinerlei Rechtfertigung.

Auch der Werbe- und Vertriebsbereich ist im GlüÄndStV inkohärent geregelt. Im Lotteriebereich, der weiterhin bei den staatlichen und staatlich beherrschten Anbietern im Rahmen des deutschen Lotto und Totoblocks monopolisiert bleibt, wurde der Internetvertrieb für die staatlichen Anbieter wieder geöffnet (§ 4 Abs. 5 GlüÄndStV; www.lotto-hessen.de). Außerdem wurde das Angebot massiv erweitert, insbesondere mit der Einführung des Euro-Jackpot (§ 22 GlüÄndStV). Diese Regelungen sind denkbar unsystematisch und widersprüchlich. Die Monopolisierung als denkbar schärfster Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit bedürfte einer besonderen Rechtfertigung durch besondere Gefahren für die Allgemeinheit. Stattdessen erweitern die Bundesländer ihre Angebote im Lotteriebereich, öffnen für sich den Internetvertrieb und beteiligen sich an dem grenzüberschreitenden Euro-Jackpot, der bekanntlich teilweise zu einem hysterischen Run auf Lotto-Annahmestellen führt. Die Bundesländer begründen diese Erweiterung ihres Angebotes mit der Behauptung, ein attraktives Angebot an Lotterien sei Verschiebungen zu Glücksspielen mit einem höheren Suchtgefahren und Potenzial vorzuziehen; Voraussetzung für die Zulassung solcher neuer Lotterien sei indes eine wissenschaftliche Begleitstudie zu ihren Auswirkungen (Erläuterungen zu § 22 GlüÄndStV). Diese Argumentation ist logisch nicht nachvollziehbar, weil die Monopolisierung selbst mit den angeblich besonderen Gefahren von Lotterien begründet wird.

Auf diese offenkundige Widersprüchlichkeit („*Bedenken nach geltendem Recht*“) hatte der von den Bundesländern initiierte Fachbeirat-Glücksspielsucht sowie für das bayerische Staatsministerium des Inneren auch Herr Gössl mit dem Schreiben vom 28. Januar 2011 explizit (aber vergeblich) hingewiesen. In diesem an das beim GlüÄndStV federführend agierende bayerische Staatsministerium der Finanzen gerichteten Schreiben heißt es zu der Angebotsausweitung bei Lotterien:

*„Diese Bedenken wiegen umso schwerer, als es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie des Europäischen Gerichtshofs zur Rechtfertigung eines ordnungsrechtlich begründeten Staatsvorbehaltes einer tatsächlichen Begrenzung des Spielangebotes bedarf. ... Hinzu kommen die vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. September 2010, Carmen Media Group, C-46/08, geäußerten erheblichen Zweifel an der Unionsrechtmäßigkeit des deutschen Lotterie- und Wettmonopols, die in dieser Entscheidung allein auf Angebotserweiterungen in anderen Bereichen, nämlich bei Spielbanken und im gewerblichen Automatenpiel gestützt wurden. Muss eine Angebotsausweitung im monopolisierten Bereich daher per se Fragen nach ihrer Rechtfertigung nach sich ziehen, **dürfte dies im vorliegenden Fall umso mehr gelten**, in dem vom sachverständigen Votum des Fachbeirates abgewichen werden musste.“*

Herr Gössl ist einer der maßgeblichen Akteure im Glücksspielwesen der Bundesländer. Seine Kritik wurde allgemein zur Kenntnis genommen, aber bei der Novellierung des Staatsvertrages ausgeklammert. Dies bedeutet jedoch, dass die deutschen Bundesländer bewusst und gewollt und nicht etwa in Unkenntnis der Rechtslage bezüglich der Rechtfertigung eine inkohärente und unsystematische Regulierung des Glücksspiels vorgenommen haben, um ihre fiskalischen Interessen

zu befriedigen. Dies sollte umso mehr Anlass für die Kommission sein, gegen Deutschland einzuschreiten.

Um Ihren fiskalischen Zielen besser nachgehen zu können, haben die 15 Bundesländer die früheren Werberestriktionen bei den staatlichen Lotterien fast vollständig beseitigt. Obwohl weiterhin Bedarf für ein Monopol behauptet wird, darf sogar entgegen dem EuGh in *Markus Stoß* u. a. der gemeinnützige Charakter der Lotterien in den Vordergrund gestellt werden, insbesondere auch im Fernsehen; bevorzugt in Dauerwerbesendungen (vgl. den Entwurf der nicht notifizierten Werberichtlinie, § 6: „Bei der Werbung kann der gemeinnützige Charakter der Lotterien und Soziallotterien in den Vordergrund gestellt werden“). Dadurch ist sichergestellt, dass die staatlichen Anbieter für ihre Dachmarke *Lotto* und damit auch für Sportwetten zur besten Sendezeit Dauerwerbesendungen platzieren und mit dem angeblichen gemeinnützigen Charakter werben dürfen.

Private konzessionierte Wett-Anbieter hingegen dürfen nach dem Entwurf der Werberichtlinie nur in engen Grenzen und nur dann werben, wenn eine in Nordrhein-Westfalen einzurichtende Werbezensurbehörde dies vorab genehmigt. Damit wird eine marktwirtschaftlich sinnvolle Werbetätigkeit außerordentlich erschwert und hängt von der Willkür einer staatlichen Stelle ab, die jahrelang aggressiv versucht hat, Mitglieder des EGBA vom deutschen Markt zu verdrängen.

Von einer systematischen und kohärenten Glücksspielpolitik ist Deutschland in den 15 Ländern noch weiter entfernt als früher. Während private Anbieter derzeit schon allein deshalb keine Konzession für Sportwetten bekommen können, weil das Verfahren gerade erst begonnen hat, haben sich die staatlichen Anbieter alle Vertriebswege geöffnet und frühere Restriktionen bei der Werbung faktisch weitestgehend für ihre Werbezwecke aufgehoben. Die Bemühungen der Kommission, die mit dem Grünbuch versucht hatte, einen funktionierenden Binnenmarkt im Sportwetten- und Glücksspielbereich in die Wege zu leiten, werden ebenso torpediert, wie ihre Ausführliche Stellungnahme vom 18.7.2011, ihre ergänzende Stellungnahme vom 20.3.2012 und die (mittlerweile nach einem Regierungswechsel wieder infrage gestellte) Initiative Schleswig-Holsteins, eine systematische und kohärente Marktöffnung in die Wege zu leiten.

Nachdem die Kommission in ihrer *Ausführlichen Stellungnahme* vom 18. Juli 2011 den Entwurf des GlüÄndStV kritisiert hatte, haben die 15 Länder zwar die Anzahl der theoretisch erhältlichen Konzessionen für Sportwetten auf 20 erhöht (davon werden allerdings 8 an die staatlichen Anbieter gehen) und die Besteuerung des Umsatzes auf 5 % gesenkt. Diese Maßnahmen rechtfertigen jedoch nicht die mit dem GlüÄndStV einhergehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Dazu bedürfte es der Darlegung von Umständen, anhand derer sich die Gerichte, die Kommission und auch der EGBA vergewissern können, dass die restriktive Glücksspielpolitik im Bereich der Sportwetten *tatsächlich* den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt. Derartige Umstände können die 15 Bundesländer aber nicht vorgetragen, weil es sie nicht gibt.

Im Nachgang zu ihrer *Ausführlichen Stellungnahme* hat die EU-Kommission am 20.3.2012 zutreffend klargestellt, dass sie mangels ausreichender Darlegungen nicht in der Lage ist, die wirtschaftliche Umsetzbarkeit und die Geeignetheit und Effizienz des zukünftigen Systems für Online-Sportwetten mit

Blick auf die Erreichung der Zielsetzungen des Vertrages zu bewerten. Die Kommission weist darauf hin, dass Deutschland keine verwertbaren Fakten vorlegt, um den Nachweis betreffend das tatsächliche Vorhandensein der ermittelten Gefährdungen zu erbringen und betont, dass untersucht werden müsste, ob das Verbot oder die Beschränkung bestimmter Arten von Glücksspielen oder Online-Glücksspielen geeignet ist, angeblichen kriminellen oder betrügerischen Aktivitäten abzuwehren. Die EU-Kommission hob außerdem hervor, dass ein Konzessionsverfahren transparent und nichtdiskriminierend organisiert sein muss.

Der GlüÄndStV erfüllt diese Forderungen nicht. Trotz der „*Experimentierklausel für Sportwetten*“, die unter engen Voraussetzungen auch den Online-Bereich erfasst, ist der geänderte GlüStV stärker als früher von einem fiskalisch ausgerichteten staatlichen Monopol bei Lotterien und Sportwetten und nicht von dem Ziel einer systematischen und kohärenten Öffnung der Märkte getragen. Das Konzessionsmodell erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht praktikabel, prohibitiv, diskriminierend und ist auf Günstlingswirtschaft ausgerichtet - und obwohl es nicht abgeschlossen ist, sind die Verbote des GlüÄndStV schon in Kraft getreten. Für unbestimmte Zeit besteht somit das Monopol staatlich beherrschter Anbieter fort, mit der einzigen Änderung, dass zur Steigerung der Staatseinnahmen die Vertriebs- und Werbebeschränkungen des GlüStV weitgehend aufgehoben wurden.

Die „*Experimentierklausel für Sportwetten*“ dient lediglich dazu, in gerichtlichen Auseinandersetzungen das Argument auszuschalten, die Erlangung einer Konzession sei gesetzlich ausgeschlossen. Mit dem Änderungsvertrag werden fast 1:1 die fiskalischen Forderungen erfüllt, die der Deutsche Lotto- und Totoblock mit Schreiben vom 1. April 2010 im Rahmen einer Anhörung zum Thema „*Zukunft des Glücksspielwesens in Deutschland*“ gestellt hatte. In diesem der Kommission bekannten Anspruchspapier kommt die fiskalische Zielsetzung deutlich zum Ausdruck: „*Das staatliche Monopol ist zur Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV am besten geeignet. ... Als positive Nebenfolge werden von den Unternehmen des DLTB derzeit etwa 2,8 Mrd. € jährlich für das Gemeinwohl erwirtschaftet. Im Falle einer Kommerzialisierung des Glücksspiels oder auch nur einzelner Bereiche würden diese Einnahmen dramatisch sinken.*“

Vor diesem Hintergrund nehmen wir zu den Einzelheiten des GlüÄndStV im Bereich der Sportwetten Stellung:

1.) Das Vergabeverfahren ist offen diskriminierend

Der GlüÄndStV kennt keine Übergangsfrist für den Zeitraum, innerhalb der private Anbieter dennotwendig keine Konzession für Online-Sportwetten haben können, weil das Konzessionsverfahren nicht abgeschlossen ist. Während privaten Anbietern in diesem Zeitraum die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten und die Werbung hierfür seit dem 1.7.2012 durch die §§ 4 ff. GlüÄndStV verboten sind, gilt für die staatlichen Anbieter § 29 GlüÄndStV, d. h. die staatlichen Veranstalter bedürfen zunächst keiner Konzession. Ihre Erlaubnisse gelten zunächst bis Ende 2012, sind dann zu erneuern (was unproblematisch ist) und gelten dann bis zu einem Jahr nach Erteilung der *ersten* Konzession. Damit hat es die Vergabestelle in der Hand, die staatlichen Wettbewerber von dem Konzessionserfordernis freizuhalten. Sie braucht lediglich keine Konzession

zu vergeben, was angesichts der faktisch nicht erfüllbaren Anforderungen und des fehlenden Rechtsanspruchs durchaus realistisch erscheint.

Außerdem ist die Bewerbung um eine Konzession mit gewaltigem Aufwand und Kosten im siebenstelligen Bereich verbunden. Das führt zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil zu Lasten der privaten Anbieter gegenüber den staatlichen Wettbewerbern.

Diskriminierender kann ein Vergabeverfahren kaum ausgestaltet sein. Einzelheiten des Vergabeverfahrens auf der zweiten Stufe sind privaten Anbietern weitgehend unbekannt und diese Einzelheiten werden just von derjenigen Rechtsanwaltskanzlei ausgearbeitet, die seit Jahrzehnten die staatlichen Wettanbieter berät und in Verfahren gegen private Anbieter vertritt. Dennoch wird privaten Wettanbietern ihre Dienstleistung schon heute verboten und sie können trotz aller denkbaren Vorbereitungen bis auf Weiteres keine Konzession erlangen. Die staatlichen Wettbewerber hingegen nutzen unter stark gelockerten Vertriebs- und Werbebedingungen ihre faktische Monopolstellung mit Unterstützung der staatlichen Aufsichtsbehörden für erwerbswirtschaftliche Zwecke. Zwar zögern einige staatliche Wettanbieter noch mit dem Wiedereintritt in den Internetvertrieb und bleiben derzeit bei ihren ca. 27.000 gewerblichen Annahmestellen. Der staatliche Anbieter von Sportwetten wurde jedoch jüngst *Premiumsponsor* beim Deutschen Fußballmeister *Borussia Dortmund*, während staatliche Stellen das Sportsponsoring privater Anbieter als rechtswidrig ansehen.

2.) Belastung durch Sicherheiten

Zu den enormen Kosten des Konzessionsantrags und der Konzessionsabgabe kommt hinzu, dass der GlüÄndStV eine Bürgschaft von mindestens 5 Millionen € als Sicherheitsleistung für Auszahlungsansprüche von Kunden erbringen muss, die die Konzessionsbehörde nach Belieben auf bis zu 25 Millionen € erhöhen darf (§ 4c Abs. 3 GlüÄndStV). Eine weitere Bürgschaft oder andere Sicherheit kann die deutsche Behörde für die Konzessionsabgabe verlangen (§ 4d Abs. 6 GlüÄndStV). Da Bürgschaften in dieser Größenordnung ein gewaltiger Kostenfaktor sind, kann ein privater Anbieter auf der Grundlage einer Konzession nur sehr schwer wirtschaftlich arbeiten und kaum im Wettbewerb zu den staatlichen Anbietern bestehen, die von diesen Kostenlasten freigestellt sind.

3.) Der fehlende Rechtsanspruch lässt willkürliche Entscheidungen zu

Der GlüÄndStV schließt einen Rechtsanspruch auf die beantragte Erlaubnis aus (§§ 4 Abs. 2 und 4a Abs. 2). Eine negative Entscheidung im Erlaubnisverfahren ist daher nicht gerichtlich voll überprüfbar und eine Konzession kann nicht vor Gericht beansprucht werden. Eine gerichtliche Überprüfbarkeit wird in den Erwägungsgründen des GlüÄndStV zwar behauptet. Ohne Rechtsanspruch auf eine Erlaubnis ist ein sinnvolles gerichtliches Verfahren allerdings nicht denkbar. Die Inanspruchnahme eines Gerichts macht nur Sinn, wenn das Gericht die Konzessionserteilung anstelle der Behörde aussprechen kann.

Unionsrechtswidrige Maßnahmen Deutschlands im Vergabeverfahren werden deshalb niemals über ein Vorlageverfahren Gegenstand von EuGH-Rechtsprechung und eine Konzession kann nicht auf

dem Rechtsweg erstritten, sondern nur „erhofft“ werden. Das entspricht nicht dem vom Gerichtshof geforderten fairen und transparenten Verfahren zur Konzessionsvergabe.

Das Fehlen eines Rechtsanspruchs hat ohne Zweifel viele private Anbieter davon abgehalten, das aufwendige Vergabeverfahren überhaupt zu versuchen, und begünstigt außerdem die schon „erlaubten“ staatlichen Anbieter, die sich aufgrund der Nähe der Vergabestelle zu den fiskalischen Interessen der Bundesländer sicher sein können, dass sie eine der 20 Konzessionen bekommen werden.

Auch fördert die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit die ohnehin gegebene Gefahr von Günstlingswirtschaft. Das hat System. Schon in der Vergangenheit hatte die staatliche Glücksspielaufsicht stets die staatlichen Glücksspielgesellschaften sehr bevorzugt behandelt, wie (endlich) auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof kritisiert hat. Private Anbieter wurden wegen angeblich illegalen „Glücksspiels ohne Erlaubnis“ verfolgt, ohne das Verbot des Artikels 56 AEUV zu beachten, während bei staatlichen Anbietern jedes Verhalten, das zielgerichtet die Vermarktungsbeschränkungen des Glücksspielstaatsvertrags umging, bewusst geduldet wurde.

Vorhersehbar ist das Konzessionsverfahren mithin ohne Rechtsanspruch nicht. Es ist reines Glücksspiel. Die Behörde Hessens hat alle Möglichkeiten, privaten Anbietern die Lizenz zu verweigern, ohne dass ein Gericht dies korrigieren könnte. Ein privater Anbieter wird auch deshalb stets gegenüber staatlichen Bewerbern benachteiligt werden.

Die als sicher geltende Benachteiligung privater Anbieter gegenüber den staatlichen Bewerbern folgt zum einen aus der Nähe der Vergabestelle zu den fiskalischen Interessen der Bundesländer. Zum anderen ist sie im GlüÄndStV angelegt. Die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern soll nämlich nach dem Prinzip erfolgen, welcher Anbieter nach Beurteilung der Behörde (also nicht nach Beurteilung eines objektiven Gerichts) „am besten geeignet ist“. Maßgeblich ist insbesondere, welcher Bewerber aus Sicht der Behörde als „am besten geeignet“ erscheint, weitgehende Informations-, Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse der zuständigen Behörden sicherzustellen (§ 4b Abs. 5 Zif. 2 GlüÄndStV). Damit steht von vornherein fest, dass die Konzessionsstelle immer einem staatlichen Anbieter den Vorzug geben wird, weil staatlich beherrschte Anbieter aus der Natur der Sache „am besten“ geeignet sind, die in Abs. 5 Zif. 2 genannten *„weitgehenden Informations-, Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse der zuständigen Behörde sicherzustellen“*; sie unterliegen bereits der Einwirkung und Kontrolle durch ihren staatlichen Gesellschafter.

Ein staatlicher Anbieter ist wegen seiner gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse sogar **objektiv** „am besten geeignet“ dem Staat die vom GlüÄndStV gewollten Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse zu gewährleisten, denn diese Befugnisse bestehen bereits. Ein privater Anbieter könnte mithin nur dann mit Erfolgsaussicht gegen einen staatlichen Anbieter um eine Konzession konkurrieren, wenn er sich gesellschaftsrechtlich unter deutsche *staatliche* Kontrolle begibt. Die diskriminierende und willkürliche Ausgestaltung des GlüÄndStV tritt daher auch in diesem Punkt offen zu Tage.

4.) Die Erfüllung der „erweiterten Zuverlässigkeit“ (§ 4a Abs. 4) ist unmöglich

Der GlüÄndStV verlangt für die Konzessionsvergabe den Nachweis einer „erweiterten Zuverlässigkeit“. Dazu muss der private Anbieter unter anderem darlegen, dass die für die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele erforderlichen Mittel „rechtmäßiger Herkunft“ sind (§ 4a Abs. 4 Zif. 1c). Diese umgekehrte Darlegungslast ist ungewöhnlich und es dürfte einmalig sein, dass ein Mitgliedstaat bei der Konzessionsvergabe die Darlegung verlangt, dass der Bewerber entgegen der grundsätzlichen Wertung des Art. 6 EMRK (Unschuldsvermutung) seine finanziellen Mittel rechtmäßig erwirtschaftet hat. Die Verhältnismäßigkeit dieser Bestimmung wird in den Erwägungsgründen nicht erläutert. Diese Vorgabe scheint prohibitiv zu sein.

Ungeachtet dessen wird es bet-at-home.com in der Konzessionspraxis schwer fallen, die Vergabestelle zu überzeugen, dass die vorhandenen Mittel „rechtmäßiger Herkunft“ sind. Die deutschen staatlichen Stellen, insbesondere der verlängerte Arm der Vergabestelle CBH, sind seit Jahren festgelegt, dass das Anbieten von Sportwetten und Glücksspielen in Deutschland auch im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit staatlichen Anbietern vorbehalten ist. Ein Antragsteller müsste also die seit Jahrzehnten festgelegte Ansicht der Hessischen Vergabestelle und ihres verlängerten Arms durchbrechen, um darzulegen, dass seine Mittel „rechtmäßiger Herkunft“ sind, weil sie unter dem Schutz der Dienstleistungsfreiheit generiert wurden.

Der Nachweis „rechtmäßiger Herkunft“ erscheint in der Praxis unmöglich, ist angesichts der bisherigen Haltung der Vergabestelle und von CBH jedenfalls *unzumutbar*. Die Hessische Glücksspielaufsicht und die Rechtsanwaltskanzlei CBH bewerten seit Jahren jede Tätigkeit im Bereich der Sportwetten auf dem deutschen Markt ohne deutsche Erlaubnis als „illegal“ obwohl sie wissen, dass Deutschland keine systematische und kohärente Glücksspielpolitik betreibt, die ein Monopol oder ein Internetvertriebsverbot rechtfertigen könnte. Es besteht also die sehr konkrete Gefahr, dass die Vergabestelle ebenso wie die beratende und Entscheidungen vorschlagende Rechtsanwaltskanzlei CBH an dieser festgefahrenen Ansicht festhält, zumal ein Abweichen als Zugeständnis der Rechtswidrigkeit staatlicher Eingriffe in laufenden Gerichtsverfahren gewertet würde. Das Konzessionsverfahren ist deshalb – mit Verlaub – eine Farce. Die Anforderungen des GlüÄndStV können nicht erfüllt werden.

5.) Der Wirtschaftlichkeitsnachweis ist nicht zu erbringen (§ 4a Abs. 4 Nr. 2b)

Nach § 4a Abs. 4 Nr. 2b GlüÄndStV setzt die Erteilung der Sportwettkonzession den Nachweis der Wirtschaftlichkeit des „beabsichtigten Glücksspielangebotes unter Berücksichtigung der Abgaben“ voraus. Für Sportwetten wird nach § 4d Abs.1 GlüÄndStV eine Konzessionsabgabe erhoben. Deren Bemessungsgrundlage ist nach § 4d Abs.2 S.1 der Spieleinsatz, nicht der Bruttoertrag (Marge, bzw. Wetteinsätze abzüglich der Auszahlungen). Der Abgabesatz beträgt 5 % des Spieleinsatzes. Die Konzessionsabgabe macht es unter den tatsächlichen Umständen des Online-Marktes faktisch unmöglich, den Wirtschaftlichkeitsnachweis für Onlinesportwettangebote zu führen. Die Margen bei Internetangeboten sind niedrig. Die zu leistende Abgabe entspricht in etwa dem Bruttoertrag, also der auf dem Onlinewettmarkt zu erzielenden Marge (Bruttoertrag von ca. 5 bis max. 7%). Da der Bruttoertrag den Umsatz der Wettunternehmen darstellt (vgl. EuGH, *Glawe*), müssen sie bei einer

Anknüpfung der Abgabe in Höhe von 5 % am Einsatz beinahe alles an Steuern entrichten, was sie an Umsatz erwirtschaften.

Die hohe Besteuerung kann durch eine Anpassung der Wett-Quoten nicht aufgefangen werden. Im Internetbereich besteht ein besonders transparenter Preiswettbewerb. Der Wettbewerber ist stets „nur einen Mausklick entfernt“ und es gibt Foren, in denen die Quoten verglichen werden. Weil sich das Internet nicht generell kontrollieren lässt, wird der Preiswettbewerb zwischen konzessionierten und im Graubereich unter dem Schutz der Dienstleistungsfreiheit tätigen Anbietern niemals auszuschalten sein. Die staatlichen deutschen Anbieter befriedigen mit ihrem Monopol nur ca. 5 % der Nachfrage nach Sportwetten. Sie haben trotz der von ihnen gewollten vollständigen Marktabschottung in den viereinhalb Jahren seit Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages nicht ansatzweise die beabsichtigte marktbeherrschende Stellung erreicht, weil sich das Internet nicht mehr abstellen lässt.

Die faktische Unmöglichkeit der Ausschaltung des Wettbewerbs im Internet hatte die Kommission bei Inkrafttreten des GlüStV vorhergesehen und Deutschland gewarnt (Schreiben vom 31.1. 2008, Seite 7). Daran hat sich nichts geändert. Deshalb ist im Rahmen des deutschen Konzessionsmodells der Nachweis nicht möglich, dass das beabsichtigte Online-Sportwettenangebot unter Berücksichtigung der Abgaben im Sinne von § 4a Abs. 4 Zif. 2b) *wirtschaftlich* betrieben werden kann. Der GlüÄndStV ist somit auch in diesem Aspekt prohibitiv ausgestaltet und es macht von vornherein keinen Sinn, eine Bewerbung für eine Online-Konzession überhaupt anzugehen.

§ 4a Abs. 2 Nr. 2b) GlüÄndStV lässt sich auch nicht durch Quersubventionen überwinden. Die Vorgabe „*Leistungsfähigkeit*“ knüpft nicht an der Ertragssituation des Unternehmens, sondern an der Wirtschaftlichkeit „*des beabsichtigten Glücksspielangebots*“ an. Auch wirtschaftlich sehr erfolgreiche börsennotierte Marktteilnehmer können deshalb bei konsequenter Anwendung des GlüÄndStV wohl keine Online-Sportwettenkonzession erlangen. Bei Betrachtung der tatsächlichen Marktverhältnisse kann privaten Anbietern der Nachweis der Wirtschaftlichkeit im Bereich der Sportwetten nicht gelingen. Wie die Vergabestelle insoweit die staatlichen Anbieter bevorzugen wird, bleibt abzuwarten. Fest steht jedenfalls, dass die staatlichen deutschen Anbieter im Bereich der Sportwetten nur durch Quersubventionen aus dem vollständig monopolisierten Lotteriebereich wirtschaftlich am Leben erhalten werden und für die staatlichen Sportwetten die Synergie-Effekte nutzen, die sich aus den ca. 27.000 seit Jahrzehnten bestehenden Lotto-Annahmestellen ergeben. Bei genauer Betrachtung dürften die staatlichen Anbieter jedoch die Hürde der Leistungsfähigkeit nicht überschreiten können.

6.) Die Zuverlässigkeit wird nicht erfüllt werden können (§ 4b Abs. 4 Nr.1b)

Als kaum überwindbares Konzessionshindernis wird sich auch das nicht weiter konkretisierte Zuverlässigkeitserfordernis nach 4a Nr. 1b) erweisen. Der GlüÄndStV verlangt, dass der Konzessionsnehmer und die von ihm beauftragten verantwortlichen Personen bzw. die vertretungsbefugten Personen die *Voraussetzungen der Zuverlässigkeit* besitzen. Diese Zuverlässigkeit wird von der Vergabestelle aller Voraussicht nach verneint und dies wird auch vor Gerichten kaum korrigiert werden können. Für viele der bisherigen Marktteilnehmer besteht deshalb ein objektives Marktzugangshindernis. Onlineangebote wurden und werden weiterhin von den meisten staatlichen Stellen in Deutschland als illegal angesehen und der Vorrang der Dienstleistungsfreiheit

wird in diesem Bereich konsequent von der Vergabestelle und ihrem verlängerten Arm seit Jahren ignoriert. Zwar hat die Kommission im Notifizierungsverfahren mit Schreiben vom 22.3.2007, S. 3, und im Vertragsverletzungsverfahren mit Schreiben vom 31.1.2008, S. 4 -12 klargestellt, dass ein Internetvertriebsverbot die Dienstleistungsfreiheit ungerechtfertigt verletzt. Diese Klarstellung, die auch vor dem oben angesprochenen Bayerischen Verwaltungsgerichtshof schon andere Deutsche Gerichte (z. B. VG Gera und auch das OVG Münster) bestätigt haben, wird von den staatlichen Stellen jedoch übergangen. Aller Wahrscheinlichkeit nach wird daher im Konzessionsverfahren die Unzuverlässigkeit der Bewerber daraus hergeleitet, dass sie in der Vergangenheit Sportwetten Online in Deutschland angeboten haben.

Der GlüÄndStV enthält außer Anforderungen, die praktisch kaum erfüllbar sind und daher einer Konzessionserteilung entgegenstehen, weitere Anforderungen, die unverhältnismäßig schwer zu erfüllen sind und daher der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens entgegenstehen. Dazu folgendes:

7. Eigene Buchführung für alle Spiel- und Zahlungsvorgänge in Deutschland

§ 4a Abs. 4 Nr. 3e) GlüÄndStV verlangt, dass für alle Spiel- und Zahlungsvorgänge in Deutschland eine eigene Buchführung eingerichtet wird. Auch diese Konzessionsvoraussetzung trifft einseitig die Internetanbieter und bevorzugt den stationären Vertrieb der deutschen staatlichen Anbieter über ihre ca. 27.000 gewerblichen Annahmestellen, weil bei ihnen Standort des Spielers, Standort des Angebotes und Zahlungsverkehr typischerweise grenzüberschreitend auseinanderfallen. Bei stationären Anbietern wird der Zahlungsverkehr fast ausschließlich in bar abgewickelt, so dass Ort des Spielgeschehens und Zahlungsvorgänge einheitlich in Deutschland liegen. Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs ist nicht ersichtlich.

8. Unverhältnismäßige zeitliche Begrenzung der Konzessionen

Nach § 10a Abs. 1 GlüÄndStV ist die Laufzeit der „Experimentierklausel“ auf maximal sieben Jahre beschränkt. Die Laufzeit des GlüÄndStV selbst beträgt nach § 35 Abs. 2 hingegen neun Jahre. Da die Experimentierklausel lediglich das Verbot der Erlaubnis von Glückspielen des § 10 Abs. 6 GlüÄndStV für die Dauer ihrer Gültigkeit außer Kraft setzt, tritt nach sieben Jahren das Monopol wieder in Kraft, ohne dass eine Verlängerung der Konzessionen vorgesehen ist. Für gewerbliche Anbieter – und besonders für börsennotierte Anbieter – ist unter diesen Umständen ein Markteintritt aus wirtschaftlichen Gründen sehr bedenklich. Ein Markteintritt geht mit erheblichen Investitionen in das Konzessionsverfahren, sowie in Marketing und Technik für den deutschen Markt einher. Derartige Investitionen lassen sich nur dann vor Aktionären rechtfertigen, wenn vorhersehbar ist, dass mit einer Verlängerung der Konzession zu rechnen ist. Das indessen ist gesetzlich ausgeschlossen. Nach 7 Jahren erlischt die Konzession automatisch und es gilt das reine staatliche Veranstaltermonopol. Private Konzessionäre haben keinen Anspruch auf Verlängerung oder neuerliche Erteilung einer Konzession. Eine Amortisation von Investitionen, wie der Gerichtshof sie verlangt und für die er einen Zeitraum von 15 Jahren bei Spielbanken als angemessen angesehen hat (vgl. EuGh, *Engelmann*, Rn. 48), wäre kaum möglich.

9. Unverhältnismäßige Konzessionsgebühr (§ 9a Abs. 4)

Die Gebühr für die Konzessionserteilung und andere Amtshandlungen, nämlich für die Erteilung einer Erlaubnis für Werbung für Sportwetten im Internet und im Fernsehen, die in Nordrhein-Westfalen beantragt werden muss, folgt einem unionsrechtswidrigen Bemessungsmaßstab und privilegiert staatliche und staatlich beherrschte Anbieter, deren Erlaubnisse weiter gelten. Die Konzessionsgebühr bei einem Spiel- oder Wett-Einsatz von über 100 Millionen beträgt € 71.000 und erhöht sich um 0,3-promille für jeden die 100 Millionen € übersteigenden Wetteinsatz. Dieser Gebührenansatz liegt weit jenseits sonst im Wirtschaftsverwaltungsrecht anfallender Genehmigungsgebühren und lässt sich nicht durch besonderen Aufwand der Behörden rechtfertigen, denn der Antragsteller muss alle externen Kosten z. B. für Sachverständige und Wirtschaftsprüfer *zusätzlich* bezahlen.

Die Kommission hat in Notifizierungsverfahren die Notwendigkeit am Verwaltungsaufwand orientierter Gebühren hervorgehoben (2010/282/I; 2010/225/PL; 2008/100/EE; s.a.2010/272/DK). Die deutschen Gebühren orientieren sich stattdessen am vermeintlichen wirtschaftlichen Nutzen der Konzession und haben damit (zusätzlich zur Konzessionsabgabe) **abschöpfenden Charakter**. Das macht deutlich, dass das Konzessionsverfahren nicht der systematischen und kohärenten Ausrichtung der deutschen Glücksspielpolitik dient, sondern der Einnahmenerzielung der Länder und der Behinderung der privaten Wettbewerber. Private Anbieter sollen ganz bewusst nicht in die Lage versetzt werden, wirtschaftlich sinnvoll gegen das fiskalisch ausgerichtete staatliche Angebot antreten zu können.

Offen diskriminierend und wettbewerbsverzerrend ist außerdem, dass die staatlichen Anbieter keinerlei Gebühren und Auslagen nach dem GlüÄndStV für ihre Erlaubnisse bezahlen müssen, um nach deutschem Recht legal tätig zu sein. Eine Rechtfertigung für diese Diskriminierung ist nicht ersichtlich und wird von den Bundesländern auch nicht behauptet.

10. Benachteiligung des Onlinevertriebs durch Limits

Beim online-Vertrieb von Sportwetten ist - anders als beim Vertrieb von Sportwetten über die ca. 27.000 etablierten Lotto-Annahmestellen - nach § 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüÄndStV der Höchsteinsatz grundsätzlich auf maximal 1000 € pro Monat begrenzt. Zwar kann ein solches Limit von der Behörde nach oben oder unten korrigiert werden. Diese Limits sind jedoch extrem wettbewerbsverzerrend zu Gunsten der staatlichen Anbieter mit ihrem ca. 27.000 terrestrischen Annahmestellen, haben nichts mit ernst gemeintem Verbraucherschutz zu tun und stellen eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

Als Bemessungsgrundlage für die Bekämpfung von Suchtgefahren ist der Wetteinsatz untauglich. So erschöpft ein Kunde, der ohne wirkliches Risiko 1000 € auf ein statistisch recht sicheres Ergebnis setzt (z. B. Heimsieg des Deutschen Meisters gegen einen Drittliga-Verein) und einen geringen aber recht sicheren Gewinn einstreicht, sein Budget, obwohl er keinen einzigen Euro verspielt hat. Warum er dann nichts mehr, nicht einmal seinen Gewinn bei demselben Anbieter riskieren darf, ist nicht ersichtlich. Die Limitierung führt stattdessen dazu, dass der Kunde Wetten bei einem anderen Anbieter platziert und vermutlich bei einem Anbieter, der neben einem Online-Angebot auch den stationären Vertrieb unterhält. Denn dann kann der Anbieter seinen Kunden nach Ausschöpfung des Online-Budgets auf den stationären Vertrieb verweisen. Durch diese Regelung der Limits wird also massiv

der staatliche Anbieter bevorzugt, der aufgrund der Übergangsvorschriften und der für ihn vorgezogenen Öffnung des Internets und dem politisch gewollten Fortbestand aller rund 27.000 Annahmestellen, die seit Jahrzehnten in Geschäften für Bedarf des täglichen Lebens tätig sind, über einen uneinholbaren Wettbewerbsvorsprung verfügt.

Das Limit ist in jeder Hinsicht ungeeignet, die behaupteten Suchtgefahren zu bekämpfen. Durch die Erweiterung der denkbaren Konzessionen auf 20 verzwanzigfacht sich auch das Online-Limit. Der Kunde, der angeblich geschützt werden soll, kann theoretisch nach dem neuen Staatsvertrag bei 20 Online-Anbietern Einsätze in Höhe von insgesamt 20.000 € platzieren. Ein sinnvoller Spielerschutz ist das sicher nicht. Ohnehin sind der Online-Vertrieb und der stationäre Vertrieb von Sportwetten substituierbar und damit steht ein unlimitiertes legales Angebot zur Verfügung, was wie gesagt die staatlichen Anbieter bevorzugen soll, die an jeder Ecke in Geschäften mit Bedarfsgütern des täglichen Lebens ihre Sportwetten vertreiben.

Schließlich ist nicht zu rechtfertigen, dass die derzeitige Regelung der Limits willkürlich von den Behörden nach unten oder oben abgeändert werden kann. Mit einer derartigen Regelung können die Behörden nach Belieben die Einnahmen privater Anbieter steuern und in das Wettbewerbsverhältnis zum Vorteil des eigenen staatlichen Angebots eingreifen, bei dem im stationären Vertrieb keine Limits eingreifen. Die Formulierung in § 4 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 GlüÄndStV, wonach zur Erreichung der Ziele des § 1 ein abweichender Betrag festgesetzt werden kann, ist denkbar weit formuliert und erfüllt mitnichten die Anforderungen des Unionsrechts an eine hinreichend vorhersehbare nationale Regelung, wie sie der Gerichtshof zuletzt in *Costa/Cifone* angemahnt hat.

14. Nicht gerechtfertigte Restriktionen bei Live-Wetten

Schließlich ist nicht zu rechtfertigen, dass nach § 21 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 GlüÄndStV Wetten zwar als Einzel- oder Kombinationswetten auch auf den Ausgang von Abschnitten von Sportereignissen erlaubnisfähig sind und Wetten auf das Endergebnis während des laufenden Sportereignisses zugelassen werden können, jedoch Wetten auf einzelne Vorgänge während des Sportereignisses (sog. „Ereigniswetten“) nicht erlaubnisfähig sind.

Diese Beschränkung ist für Online-Anbieter nicht akzeptabel und durch nichts zu rechtfertigen. Die sogenannten Ereigniswetten machen einen erheblichen Teil der Einnahmen aus und ein entsprechendes Verbot würde dazu führen, dass Online-Anbieter ihre Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Abgabepflichten (Wirtschaftlichkeitskonzept) im Sinne von § 4b, Abs. 2 Nr. 4 GlüÄndStV nicht mehr darstellen können. Sie wären bei konsequenter Anwendung des § 21 Abs. 1 und 4 GlüÄndStV von vornherein von der Konzessionsvergabe ausgeschlossen.

Weder im Notifizierungsverfahren noch in den Erläuterungen zum GlüÄndStV haben die deutschen Stellen eine nachvollziehbare Rechtfertigung für diese Restriktionen vorgebracht. Zu § 21 Abs. 1 GlüÄndStV wird lediglich behauptet, dass „*alle Ereigniswetten, (nächstes Foul etc.), in besonderem Maße von Einzelnen manipulierbar sind*“. Diese Behauptung ist aus der Luft gegriffen und es fällt auf,

dass in den Erläuterungen der Bundesländer mit Stand vom 6. Oktober 2011 nicht der Begriff „manipulierbar“, sondern „beeinflussbar“ verwendet wurde.

Eine tatsächliche Gefahr der Manipulation, die eine derart massive Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch nur im Ansatz rechtfertigen könnte, besteht indessen nicht. Der potentielle Manipulator kann nämlich nicht wissen, welche Ereigniswette der Online-Wettanbieter zu welchem Zeitpunkt und zu welcher Quote anbietet. Er kann daher vor dem Sportereignis gar keine Maßnahmen zur Manipulation treffen. Entscheidet zum Beispiel der Online-Anbieter, in der 55. Minute eines Fußballspiels die Wette anzubieten, dass Verein X das nächste Foul begeht, hat der Manipulator keinerlei Einflussmöglichkeiten, einen Spieler mit Bestechungsgeldern zu diesem Foul zu überreden.

Ohnehin werden Ereigniswetten fast ausschließlich zu Sportereignissen von Profis angeboten, die in den Medien übertragen werden. Im Profibereich ist eine Bestechung faktisch ausgeschlossen. Außerdem geht es im Bereich der Ereigniswetten nur um geringe Einsätze und größere und verdächtige Einsätze würden sofort über das sehr ausgeklügelte Frühwarnsystem der Online-Anbieter zu einer Aufhebung der Wette führen.

Entscheidend ist aber letztlich folgendes: Würde man im Bereich des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit Beschränkungen der Mitgliedstaaten mit dem Kriterium einer behaupteten Manipulationsanfälligkeit rechtfertigen können, führte dies zu unvorhersehbaren nationalen Beschränkungen in allen Mitgliedstaaten. So unterliegen z.B. hochpreisige Damenhandtaschen oder hochpreisige Uhren einer besonderen Manipulationsanfälligkeit und es wird in diesem Bereich auch tatsächlich zu Lasten des Verbrauchers und der Hersteller manipuliert. Dies rechtfertigt jedoch nicht, den Handtaschen- oder Uhrenhersteller zu beschränken und ihm aufzugeben, nur in einem Segment tätig zu sein, das weniger manipulationsanfällig ist.

Schließlich ist bezogen auf das angebliche Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren § 21 GlüÄndStV auch inkohärent. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Wetten auf den Ausgang von Abschnitten von Sportereignissen zugelassen werden, andere Ereigniswetten (nächstes Foul) aber nicht.

Außerdem ist die Regelung nicht praktikabel, weil in beiden Fällen der Begriff „Ereignis“ verwendet wird. Der Unterschied zwischen der Wette auf den Ausgang eines Abschnittes von Sportereignissen und der Wette auf einen einzelnen Vorgang während des Sportereignisses verschwimmt. Jedes Ereignis kann zugleich der „Ausgang eines Abschnittes von Sportereignissen“ und ein „einzelner Vorgang während des Sportereignisses“ sein. Das hängt allein davon ab, wie man den „Abschnitt eines Sportereignisses“ definiert. In der Praxis wird § 21 GlüÄndStV daher zu ganz erheblichen Problemen und Streitigkeiten führen, was mit dem unionsrechtlichen Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht vereinbar ist.

Schlussfolgerung

Die vorstehenden Aspekte sind nicht abschließend. Sie belegen aber, dass die 15 Bundesländer mit der „Novellierung“ des GlüStV weiterhin keine systematische und kohärente Glücksspielpolitik verfolgen, die sich einer Marktöffnung annähert. Den Bundesländern geht es mehr denn je um die

Verdrängung privater Wettbewerber vom deutschen Markt, damit ihre landeseigenen Glücksspielgesellschaften aber auch die konzessionierten Spielbanken nach Aufhebung fast aller Werbe- und Vertriebsrestriktionen und der Einführung des Euro-Jackpots höhere Einnahmen generieren können. Die „*Experimentierklausel für Sportwetten*“ ist vorgeschoben, um den Anschein einer systematischen und kohärenten Marktöffnung zu erwecken. Die Anforderungen an eine Konzession sind jedoch schon im Gesetz derart diskriminierend und auf Günstlingswirtschaft angelegt, dass die Restriktionen des GlüÄndStV unanwendbar sind.

Die Teilnahme am Konzessionsverfahren erscheint nach allem unzumutbar und nicht zu rechtfertigen, zumal ein privater Online-Anbieter die Konzessionsvoraussetzungen kaum erfüllen kann und aufgrund der Nähe der Vergabestelle zu den staatlichen Anbietern und den fiskalischen Interessen der Bundesländer kaum damit rechnen kann, eine Konzession zu erhalten.

Damit sind private Anbieter weiterhin unter Verletzung der Vorgaben des Unionsrechts von einer Erlaubnis ausgeschlossen. Ihnen dürfte das Fehlen einer Konzession deshalb selbst dann nicht entgegengehalten werden, wenn sie angesichts der fehlenden Rechtssicherheit auf die kostspielige Bewerbung um eine Konzession ganz verzichten (EuGh, *Costa/Cifone*, Rn. 90).

Vor diesem Hintergrund fordern wir den schleswig-holsteinischen Gesetzgeber auf sein unionsrechtskonformes Konzessionsmodell auf Recht zu erhalten und dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag der übrigen Bundesländer nicht beizutreten!

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag



Mag. Claus Retschitzegger
bet-at-home.com Entertainment GmbH