



Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Frau Barbara Ostmeier (Vorsitzende)
Postfach 7121

24171 Kiel

KÖLN
Im Zollhafen 24
50678 Köln
T+ 49 221 20 50 70
Direkt T+ 49 221 20 50 7-240
F+ 49 221 20 50 79 0
Direkt F+ 49 221 20 50 7-391
E juliane.hilf@freshfields.com
W freshfieldsbruckhausderinger.com
DOK NR DAC12079455/6+
UNSER ZEICHEN Hf 151384-0050

Vorab per E-Mail:
Innenausschuss@landtag.ltsh.de

10. Oktober 2012

Schriftliche Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Drs. 18/79) und eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze (Drs. 18/104 und Umdruck 18/91)

Sehr geehrte Frau Ostmeier,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Einladung des Innen- und Rechtsausschusses, eine schriftliche Stellungnahme zu den o. g. Gesetzesentwürfen abzugeben.

Im Folgenden konzentrieren wir uns auf einzelne rechtliche Aspekte der Gesetzesentwürfe: Die Notifizierungspflicht nach der Richtlinie 98/34/EG (*Notifizierungsrichtlinie*) (I.), rechtliche Bedenken in Bezug auf Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages in der Fassung des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages (*GlüStV*) (II.) sowie die Notwendigkeit von Regelungen zur Fortgeltung der bereits erteilten Genehmigungen nach dem Glücksspielgesetz (III.).

Insgesamt wäre ein Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüStV mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Die derzeit in Schleswig-Holstein bestehende rechtmäßige Regulierung

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, registriert in England und Wales unter der Registernummer OC334789. Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist von der Solicitors Regulation Authority zugelassen und wird von dieser reguliert. Weitere regulatorische Informationen finden Sie im Internet unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf
Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand
Moskau München New York Paris Rom Shanghai Singapore Tokyo Washington Wien

des Glücksspielsektors würde durch eine Rechtslage abgelöst, die mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet ist. Es ist davon auszugehen, dass der GlüStV in seiner derzeitigen Gestalt keinen Bestand haben wird. So wurden schon die Kritikpunkte, die der EuGH zur vorherigen Rechtslage aufgezeigt hat, nicht adressiert. Durch das GlüG wird zudem überzeugend demonstriert, dass für Sucht- und Betrugsbekämpfung und die Eindämmung des Schwarzmarktes ein Monopol gerade nicht erforderlich ist. Das Land Schleswig-Holstein wäre daher gut beraten, nicht sehenden Auges einem rechtswidrigen Regelungsregime beizutreten, sondern vielmehr mit den anderen Bundesländern gemeinsam über eine gemeinsame Regulierungslösung, die die verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken adressiert, zu sprechen. Im Einzelnen:

I. NOTIFIZIERUNGSPFLICHT NACH DER NOTIFIZIERUNGSRICHTLINIE

Zu Recht wurden die Entwürfe eines Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland und eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze gemäß Art. 8 Abs. 1 der Notifizierungsrichtlinie notifiziert¹. Die Gesetzentwürfe (und auch der GlüStV, dem gemäß § 1 des ersten vorgenannten Gesetzentwurfs zugestimmt werden soll) enthalten Entwürfe technischer Vorschriften im Sinne des Art. 1 Nr. 11 und 12 der Notifizierungsrichtlinie und/oder ändern bestehende technische Vorschriften bzw. lösen diese (im Falle der Aufhebung des Glücksspielgesetzes) ab. Vorbehaltlich des Erlasses einer Ausführlichen Stellungnahme seitens der Europäischen Kommission oder eines Mitgliedstaates können die Gesetzentwürfe frühestens nach dem 7. Dezember 2012 (dem Ende der Stillhaltefrist) endgültig verabschiedet werden und in Kraft treten.

Selbst wenn innerhalb der Stillhaltefrist keine Ausführliche Stellungnahme und auch keine sonstigen Bemerkungen zu den notifizierten Gesetzentwürfen abgegeben werden sollten, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich die Europäische Kommission eine ausführliche Bewertung des GlüStV (und der gesamten deutschen Glücksspielregulierung) und (abhängig vom Ausgang der Bewertungen) auch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens ausdrücklich vorbehalten hat.² Die Glücksspielregulierung unter dem GlüStV dürfte nicht mit

¹ Vgl. Notifizierungsverfahren 2012/519/D und 2012/520/D.

² Vgl. dazu das abschließende Schreiben der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren 2011/188/D zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 20. März 2012 (Mitteilung 792). Die Kommission hat zu erkennen gegeben, dass eine Rechtfertigung nach den ihr bislang vorliegenden Informationen noch nicht gegeben ist. Das ergibt sich schon daraus, dass gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (*EuGH*) ein Mitgliedstaat, der eine Beschränkung der Dienstleistungs- oder

den unionsrechtlichen Grundfreiheiten (Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit, Artikel 49 und 56 AEUV) vereinbaren sein, so dass ein entsprechender Hinweis in einer Ausführlichen Stellungnahme durchaus berechtigt wäre (dazu noch unter II.). Ein Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüStV wäre daher mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden. Im Unterschied dazu hat die Kommission das GlüG im Rahmen des seinerzeitigen Notifizierungsverfahrens akzeptiert. Es ist nicht nachvollziehbar, warum nunmehr ein rechtmäßiges Regelungsregime durch eine unsichere Rechtslage, die erheblichen (unions-) rechtlichen Bedenken unterliegt, ersetzt werden soll.

II. RECHTLICHE BEDENKEN GEGEN DIE REGULIERUNG VON SPORTWETTEN UND SONSTIGEN ONLINE-GLÜCKSSPIELEN UNTER DEM REGIME DES GLÜSTV

Es bestehen erhebliche Bedenken, ob die Regulierung von Sportwetten und sonstigen Online-Glücksspielen unter dem GlüStV mit höherrangigem Recht (d.h. insbesondere mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und den Grundrechten der Glücksspielanbieter) vereinbar ist. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Jüngst hat auch die Monopolkommission auf einige wesentliche Defizite der Glücksspielregulierung der anderen Bundesländer hingewiesen, im Gegensatz dazu jedoch den Ansatz des Glücksspielgesetzes Schleswig-Holsteins (insbesondere wegen der Einführung einer Abgabe auf Basis der Bruttoerträge) in mehrfacher Hinsicht gelobt.³ Nimmt man z.B. die Regulierung der Sportwetten und der Online-Glücksspiele in den Blick, so drängt sich nach wie vor der Verdacht auf, dass die Länder das Ziel einer konsequenten Eindämmung des Grau- und Schwarzmarktes gerade auch im Bereich des Onlineglücksspiels – also eines der Hauptziele des GlüStV (vgl. § 1 S. 1 Nr. 2; § 10a Abs. 1 GlüStV) – nicht wirklich, d.h. nicht in kohärenter und verhältnismäßiger Weise, verfolgen. Stattdessen scheinen die Länder eher die (vermeintliche) Sicherung von staatlichen Einnahmen durch die staatlichen im Sportwetten- und Spielbanksektor tätigen Unternehmen im Blick zu haben. Dies ist nicht mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben für eine Glücksspielregulierung zu vereinbaren, die jedoch auch die Gesetzgebung (hier: der Landtag Schleswig-Holsteins) gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV zu beachten hat.

Niederlassungsfreiheit durch eine restriktive nationale Maßnahme rechtfertigen möchte, die volle Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (vgl. dazu etwa EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – C-316/07 u.a. (*Markus Stoß*), Rn. 71 m.w.N.).

³ Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB – 2010/2011 –, 30. Juni 2012.



Im Folgenden gehen wir näher auf einige Regelungen des GlüStV ein: Die Festlegung der Höchstzahl von 20 Sportwettenkonzessionen ist nicht zu rechtfertigen (1.). Auch im Übrigen dürfte das Konzessionssystem den unionsrechtlichen Vorgaben nicht genügen (2.). Die zentralen Regelungen des GlüStV für das Angebot und das Bewerben von Sportwetten sowie die flankierenden Abgabenregelungen dürften (da die durch sie bewirkten Eingriffe nicht verhältnismäßig und kohärent sind) die Grundrechte und Grundfreiheiten privater Anbieter von (Online-)Glücksspielen verletzen; entsprechendes gilt auch für das Totalverbot von Online-Casinospielen (3.).

1. Begrenzte Anzahl von maximal 20 Konzessionen nicht zu rechtfertigen

Die Beschränkung auf 20 Konzessionen in § 10a Abs. 3 GlüStV dürfte schon als solche (unabhängig von den untauglichen Vergabekriterien, dazu noch unter (2.)), einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) darstellen.⁴ Die ursprünglich vorgesehene Zahl von sieben Konzessionen wurde von der Europäischen Kommission in ihrer Ausführlichen Stellungnahme vom 18. Juli 2011 im Notifizierungsverfahren 2011/188/D zu Recht bemängelt. Die rechtlichen Bedenken sind nach wie vor gültig, da es nicht darauf ankommt, ob die Höchstzahl sieben oder 20 lautet. Zu Recht hat auch die Monopolkommission an der Limitierung der Anzahl zuzulassender privater Unternehmen Kritik geübt.⁵ In jedem Fall stellt sich ein System der qualitativen kontrollierten Zulassung (wie etwa unter dem Glücksspielgesetz) als milderer, aber gleich wirksames Mittel gegenüber einem System der quantitativen Begrenzung dar. Eine plausible Begründung für die Festlegung der Zahl der Konzessionen ist auch in den Erläuterungen zum GlüStV nicht enthalten. Zudem ist eine Inkohärenz der zahlenmäßigen Begrenzung mit Blick auf das Fehlen einer solchen Begrenzung in dem Sektor der Pferdewetten und Automatenglücksspiele festzustellen, also bei der Regulierung von Glücksspielen, die ein mit Sportwetten vergleichbares, wenn nicht sogar höheres Gefahrpotential (aus dem Gesichtspunkt der Suchtprävention)

⁴ Zum Eingriffscharakter einer Konzessionierung vgl. etwa EuGH, Urteil vom 09.09.2010 – C-64/08 (*Engelmann*) m.w.N.

⁵ Vgl. Monopolkommission (Fn 3), Ziffer 30 (S. 14f.): „Zunächst ist die Beschränkung der Anzahl möglicher Konzessionen eine Besonderheit der Regulierung. Für die Monopolkommission ist hier nicht erkennbar, inwiefern die Beschränkung der Anzahl von Konzessionen für das Angebot von Sportwetten geeignet ist, die Ziele der Regulierung der Glücksspielmärkte zu erreichen. Da beispielsweise die für die Suchtprävention wichtige Ereignisfrequenz nicht signifikant durch die Anzahl der Wettanbieter beeinflusst wird, sondern exogen durch die globalen Sportereignisse gegeben ist, ist eine Beschränkung dieser Art nicht zu rechtfertigen. Spätestens dann, wenn die künftig vorgesehenen 20 Sportwettenkonzessionen vergeben sind, sind Rechtsstreitigkeiten seitens der nicht berücksichtigten Bewerber zu erwarten. Konkurrentenstreitigkeiten um den Konzessionserwerb sind damit kaum vermeidbar.“



aufweisen. Damit ist die Festlegung der Höchstzahl von 20 Konzessionen inkohärent und unverhältnismäßig.⁶

2. Unionsrechtswidrigkeit des Konzessionsvergabeverfahrens und der Vergabekriterien

Die (Verfahrens-)Anforderungen (§§ 4a ff. GlüStV), die von Anbietern von Sportwetten unter dem GlüStV zu erfüllen sind, dürften nicht mit den Vorgaben des EuGH für die Rechtfertigung eines Erlaubnissystems am Maßstab der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren sein.

Bei der Vergabe von Erlaubnissen/Konzessionen auf dem Gebiet der Glücksspiele haben die Mitgliedsstaaten die Grundregeln der Verträge, insbesondere die Vorgaben aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten.⁷ Die Vergabe von Konzessionen muss auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen.⁸ Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt im Übrigen, dass alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben, und impliziert somit, dass sie denselben Bedingungen unterliegen.⁹ Entsprechend der Entscheidung *Costa und Cifone*¹⁰ müsste auch die Beurteilung in Bezug auf das neue Konzessionssystem in Deutschland ausfallen:

⁶ So beispielsweise auch *Streinz/Michl*, Gutachten zur Vereinbarkeit des Entwurfs für einen Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Stand: 28. Oktober 2011) mit dem Unionsrecht, S. 9.

⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 16.02.2012 – C-72/10, C-77/10 (*Costa und Cifone*) Rn 54 ff.; Engelmann Rn. 50 m.w.N.

⁸ Vgl. *Engelmann*, Rn. 50 m.w.N.

⁹ Vgl. *Costa und Cifone*, Rn. 57.

¹⁰ In der Entscheidung *Costa und Cifone* (Fn. 7) hat der EuGH auch in Bezug auf die neuen Konzessionsbedingungen unter dem novellierten italienischen Recht, das nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Placanica* (EuGH, Urteil vom 06.03.2012 – C-3338/04 u.a.) in Kraft getreten ist, eine Entscheidung mit folgendem Tenor erlassen:

„1. Die Art. 43 EG und 49 EG sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Effektivität sind dahin auszulegen, dass sie es einem Mitgliedstaat, der unionsrechtswidrig eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern von der Vergabe von Konzessionen für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen hat und diesen Verstoß durch Ausschreibung einer großen Zahl von neuen Konzessionen beheben will, verbieten, die von den bestehenden Betreibern erworbenen Geschäftspositionen u. a. durch das Vorschreiben von Mindestabständen zwischen den Einrichtungen der neuen Konzessionäre und denen der bestehenden Betreiber zu schützen.“



Die bislang allein (durch das unionsrechtswidrige Monopol) zugelassenen staatlichen Anbieter werden durch den GlüStV in ungerechtfertigter Weise bevorzugt, und zwar nicht nur dadurch, dass es eine Übergangsbestimmung in § 29 GlüStV gibt (a)), sondern auch durch eine bevorzugte Behandlung in Bezug auf das Annahmestellensystem (b)) und durch die teilweise untauglichen / intransparenten Vergabebedingungen (c)).

a) Ungerechtfertigte Übergangsregelung zugunsten der staatlichen Monopolanbieter

Mit dem Inkrafttreten des GlüStV zum 1. Juli 2012 in 14 Bundesländern (außer Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein) hat sich an der Tatsache, dass das unionsrechtswidrige Sportwettenmonopol¹¹ entgegen der eindeutigen unionsrechtlichen Rechtsprechung¹² fortbesteht, nichts geändert. Entscheidend ist hier, dass § 29 Abs. 1 und 2 GlüStV für die bisherigen staatlichen Anbieter und ihr Annahmestellennetz eine großzügige Fortgeltungsanordnung enthält, die unabhängig von der Suspendierungsregelung des § 10a Abs. 1 GlüStV das Sportwettenangebot unter der Marke „Oddset“ für zulässig erklärt, und dass bislang keine Konzessionen an private Anbieter von Sportwetten erteilt worden sind. Damit wird es den bisherigen Anbietern theoretisch auch ermöglicht, gemäß § 4 Abs. 5 GlüStV eine Erlaubnis für den Internetvertrieb (unabhängig von der Erteilung einer Konzession zu erhalten), da ihr Angebot nun weiterhin als erlaubt gilt. Im Vergleich zur Rechtslage vor dem 1. Juli 2012 hat sich insbesondere an dem (die Unionsrechtswidrigkeit des Monopols mitbegründenden) Werbeverhalten der staatlichen Anbieter, der weniger restriktiven Regulierung der Glücksspielautomaten und dem Nebeneinander von kontrollierter Marktöffnung für Sportwetten im Internet nach dem Glücksspielgesetz Schleswig-Holsteins einerseits

2. Die Art. 43 EG und 49 EG sind dahin auszulegen, dass sie Sanktionen wegen Sammelns von Wetten ohne Konzession oder polizeiliche Genehmigung gegen Personen, die an einen Wirtschaftsteilnehmer gebunden sind, der von einer Ausschreibung unions-rechtswidrig ausgeschlossen worden war, auch nach der Neuausschreibung zur Behebung dieses Unionsrechtsverstoßes entgegenstehen, soweit diese Ausschreibung und die daraus folgende Vergabe neuer Konzessionen den rechtswidrigen Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der früheren Ausschreibung nicht wirksam behoben haben.

3. Aus den Art. 43 EG und 49 EG, dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Transparenzgebot und dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgt, dass die Bedingungen und Modalitäten eines Vergabeverfahrens wie des in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden und insbesondere Bestimmungen, die wie Art. 23 Abs. 2 Buchst. a und Abs. 3 des Mustervertrags zwischen der Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato und dem Zuschlagsempfänger über die Konzession betreffend Glücksspiele in Bezug auf andere Ereignisse als Pferderennen den Entzug von nach einer solchen Ausschreibung vergebenen Konzessionen vorsehen, klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.“

¹¹ Vgl. dazu nur VGH Bayern, Urteil vom 12. Januar 2012 – 10 WV 10-2171; OVG NRW, Urteil vom 29. September 2011 – 4 A 17/08; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. März 2012 – 6 A 11163/11.

¹² Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – C-409/06 (*Winner Wetten*) Rn. 69: „Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden darf.“

und dem fortbestehendem GlüStV a.F. (NRW) bzw. dem nach wie vor auch rein faktisch bestehenden Marktbarrieren für private Anbieter in den anderen Bundesländern andererseits nichts geändert.

- b) Ungleichbehandlung von staatlichen und privaten Anbietern hinsichtlich der Zahl der Annahmestellen

Für die Konzessionäre unter dem GlüStV sehen die Länder in Konkretisierung des § 10a Abs. 5 GlüStV in ihren Ausführungsgesetzen beispielhaft folgende Obergrenzen für Annahmestellen vor:

- Bayern: insgesamt 400 (vgl. Art. 7 Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland GVBl. Bayern 11/2012, S. 272);
- Sachsen-Anhalt: 3 pro Konzessionsnehmer (vgl. § 5 Abs. 6 Glücksspielgesetz Sachsen-Anhalt, GVBl. Sachsen-Anhalt 14/2012, S. 205).¹³

Dem stehen jedoch erheblich höhere Obergrenzen für die Annahmestellen der staatlichen Unternehmen gegenüber. Insgesamt verfügen die staatlichen Unternehmen über ein Netz von ca. 22.000-27.000 Annahmestellen:

- Bayern: 3.700 Annahmestellen (vgl. Art. 1 Abs. 3 Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland GVBl. 11/2012, S. 270)
- Sachsen-Anhalt: derzeit 680 (§ 1 Glücksspielverordnung Sachsen-Anhalt).

Das Beispiel der Annahmestellen zeigt besonders plastisch, dass die Gesetzgebung der Länder, die bislang dem GlüStV zugestimmt haben, in einer nicht mit der Dienstleistungsfreiheit zu vereinbarenden Weise darauf bedacht ist, die Geschäftspositionen der derzeitigen Monopolunternehmen zu schützen, also zumindest im „Offline-Bereich“ (d.h. dem terrestrischen Vertrieb über Annahmestellen) den staatlichen Anbietern einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den neu hinzutretenden Konzessionären zu gewähren.

¹³ Vgl. auch die Übersicht in der öffentlichen Ausschreibung zum Konzessionsvergabeverfahren, (2012/S 151-253153).

c) Untaugliche / Intransparente Vergabebedingungen / Glücksspielkollegium rechtlich problematisch

Des Weiteren sind auch die formellen und materiellen Vergabevoraussetzungen teilweise nicht hinreichend objektiv und transparent und dürften aus diesem Grund für die Auswahl von Konzessionsbewerbern untauglich sein.¹⁴ Gegen diese Regelungen wurde bereits eine Beschwerde seitens der führenden Vereinigungen bei der Europäischen Kommission eingereicht.¹⁵ Vor kurzem ist die erste Phase des Konzessionsvergabeverfahrens unter dem GlüStV beendet worden. Es steht zu befürchten, dass die Vergabe der Konzessionen nicht unionsrechtskonform vonstatten geht – aus der Presse war zu entnehmen, dass über 100 Interessensbekundungen in der ersten Phase des Vergabeverfahrens eingegangen sind.¹⁶

Es bestehen auch erheblich Zweifel an der erforderlichen Neutralität der Vergabestelle. Die Zweifel gründen sich insbesondere auf der Tatsache, dass die Entscheidungen für die Sportwettenkonzessionsvergabe nicht (allein) dem nach außen hin zuständigen Hessischen Ministerium des Innern und für Sport, sondern insbesondere im Innenverhältnis dem Glücksspielkollegium der Länder obliegt (vgl. § 9a Abs. 5-8 i.V.m. Abs. 2 Nr. 3 GlüStV). Es

¹⁴ Hier sei nur darauf hingewiesen, dass die Auswahlkriterien in § 4b Abs. 5 Nr. 1 und 2 GlüStV weder Objektivität noch Transparenz gewährleisten. Der Schutz von Minderjährigen und suchtgefährdeter Spieler stellt keine ernsthafte Auswahloption dar, sondern gehört ohnehin zum Standard bei allen seriösen Anbietern. Hingegen werden durch das Postulat von möglichst weitreichenden Informations-, Einwirkungs- und Kontrollbefugnissen staatliche Anbieter bevorzugt. Vor Aufnahme des Betriebs in Deutschland auf Basis einer Erlaubnis kann keinem Anbieter unterstellt werden, er werde seinen obligatorischen Kooperationspflichten nicht nachkommen (vgl. dazu auch *Streinz/Michl*, a.a.O., S. 11; vgl. zur mangelnden Bestimmtheit des Auswahlkriteriums unter § 4b Abs. 5 Nr. 1 GlüStV aus verfassungsrechtlicher Sicht auch *Papier/Krönke*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines Konzessionssystems für das Veranstellen von Sportwetten in Deutschland (2011), S. 75f.).

Die Kriterien in § 4b Abs. 5 Nr. 3-5 GlüStV hingegen stellen allein auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers ab. Inwieweit sich die Kriterien voneinander unterscheiden und wonach zum Beispiel beurteilt werden soll, ob ein „wirtschaftlicher Betrieb“ gewährleistet ist, bleibt völlig unklar. Das Kriterium in Nr. 5 legt zudem die Vermutung nahe, dass bei der Auswahl auch fiskalische Zielsetzungen mitberücksichtigt werden, die als Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ausscheiden.

¹⁵ Vgl. dazu etwa *GamblingCompliance* (3. Oktober 2012) „*Online Firms Tell Brussels: German Gambling Breaks EU Treaty*“.

¹⁶ Vgl. Handelsblatt vom 01.10.2012 (Wettanbieter drohen mit Klagen): „*20 Konzessionen will der Staat verteilen. Beworben haben sich nach Angaben aus Branchenkreisen aber mehr als 100 Firmen.*“ Zum Kreis der Interessenten dürften auch einige der staatlichen Unternehmen des deutschen Lotto- und Totoblocks mit ihrem Sportwettenangebot „*Oddset*“ gehört haben; auch die eigens für diesen Zweck gegründete *Oddset Deutschland GmbH* dürfte zu den Bewerbern zu zählen sein.



steht zu befürchten, dass in dem Glücksspielkollegium Personen vertreten sind, die eng mit den staatsmonopolistischen Strukturen der Glücksspielverwaltung verbunden sind.¹⁷

Die Verfassungsmäßigkeit des Gremiums „Glücksspielkollegium“ und der in § 9a Abs. 8 vorgesehenen verbindlichen Beschlussfassung ist zudem mehr als zweifelhaft.¹⁸

Festzuhalten ist damit, dass unter dem GlüStV kein unionsrechtskonformes Konzessionsvergaberegime etabliert worden sein dürfte. Warum der Landtag Schleswig-Holsteins einem solchen System beitreten sollte, wenn doch derzeit unter dem GlüG ein funktionierendes, rechtlich nicht angreifbares Regulierungsmodell besteht, ist nicht nachvollziehbar.

3. Weitere unverhältnismäßige Restriktionen unter dem Regime des GlüStV

Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass der GlüStV noch diverse andere Restriktionen vorsieht, die nicht mit der Berufs- und Dienstleistungsfreiheit vereinbar sein dürften. Dies betrifft insbesondere die Beschränkungen des Internetvertriebsweges (§ 4 Abs. 4 und 5 GlüStV), mit der auch ein Totalverbot für Online-Casinospiele einhergeht (a)), die Werbeverbote- und -erlaubnisvorbehalte (§ 5 GlüStV) (b)), die von Sportwettanbietern zu entrichtenden Abgaben auf Basis der Spieleinsätze (c)).

- a) Unzulässige Beschränkungen des Internetvertriebsweges / Unverhältnismäßiges Verbot von Online-Casinospielen

Obwohl der GlüStV nunmehr kein absolutes Internetverbot vorsieht, sondern ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (vgl. § 4 Abs. 4 und Abs. 5 GlüStV) - womit zugleich deutlich wird, dass das in der Vergangenheit bestehende Totalverbot nicht erforderlich gewesen ist - dürfte auch die Neuregelung des Internetvertriebsweges durch den GlüStV nicht zu rechtfertigen sein.

¹⁷ Vgl. auch *Streinz/Michl*, S. 12 zu den unionsrechtlichen Bedenken. Unter dem Gesichtspunkt einer neutralen Vergabeentscheidung. Zumindest bedenklich erscheint auch die Beauftragung der Kanzlei Cornelius Barthenbach Haesemann (CBH) als Kontaktstelle und Rechtsberaterin im Vergabeverfahren. Die Kanzlei CBH ist bis in die Gegenwart hinein als Prozessbevollmächtigte für verschiedene Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks tätig. Eine neutrale Rechtsberatung des Hessischen Innenministeriums dürfte daher fraglich sein.

¹⁸ Vgl. dazu ausführlich *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, Gutachten (2011).

Eine besondere Gefährlichkeit des Vertriebsweges „Internet“, die die erheblichen Restriktionen rechtfertigen könnte, ist nach wie vor nicht erwiesen; außerdem haben die Länder nicht dargelegt, weshalb die in § 4 Abs. 5 GlüStV enthaltenen Restriktionen dazu geeignet und erforderlich sein sollen, entsprechenden Risiken zu begegnen. Die Beschränkungen sind (demnach) auch inkohärent, denn sie bestehen allein für den Online-Vertriebsweg, nicht aber für den terrestrischen Vertrieb. So könnte beispielsweise ein Wettkunde in ein und derselben oder in mehreren Annahmestellen desselben (staatlichen) Anbieters, in denen auch andere Glücksspiele (z.B. Lotterien) angeboten werden, Wetteinsätze von mehr als 1.000 Euro im Monat tätigen - ein Ergebnis, das (allein) im Internet durch die §§ 4 Abs. 5 Nr. 2 und 5 GlüStV verboten ist.

Es ist überdies sehr zweifelhaft, ob das Verbot des Angebots oder der Verlinkung von mehreren Glücksspielen auf einer Internetseite und die vorgesehene Beschränkung der Einsatzlimits (die einerseits für manche Kunden zu hoch und für manche zu niedrig angesetzt ist), einen wirksamen Beitrag zur Suchtprävention leisten können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Regelungen ungeeignet, jedenfalls nicht erforderlich und deshalb unverhältnismäßig sind.

Betrachtet man die Summe der Restriktionen, denen die Konzessionäre unter dem GlüStV unterliegen (einschließlich der Belastung durch die Konzessionsabgabe in Höhe von 5 % der Spieleinsätze), so erscheint das Sportwettenregime insgesamt sowohl aus verfassungs- als auch unionsrechtlicher Perspektive als unverhältnismäßig (zu den Abgabenregelungen noch sogleich unter c)).¹⁹

Ohne eine plausible Begründung sind Online-Casinospiele ausnahmslos unter dem GlüStV verboten; ein Erlaubnisverfahren ist nicht vorgesehen. Eine Rechtfertigung für die fortbestehende Illegalisierung des gesamten Online-Pokermarktes in Deutschland (der zu den größten der Welt zählt), ist schlicht nicht ersichtlich. Einen irgendwie gearteten Spielschutz vor Gefahren der Spielsucht oder der Kriminalität kann der GlüStV damit von vornherein nicht gewährleisten. Hingegen hat Schleswig-Holstein mit dem Glücksspielgesetz den richtigen Ansatz gewählt, seriöse, kontrollierte Anbieter zuzulassen, um eine Kanalisierung des

¹⁹ Vgl. zur Vereinbarkeit der Sportwettenregulierung im GlüStV mit Art. 12 GG etwa auch *Papier/Krönke*, Zusatzvermerk zu dem Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines Konzessionssystems für das Veranlassen von Sportwetten in Deutschland - unter Berücksichtigung der Höchstzahl von zwanzig Konzessionen und der Wirkung der Konzessionsabgabe im Online-Sektor (2011).

Glücksspiels zu erreichen. Diesen richtigen Ansatz sollte Schleswig-Holstein fortsetzen und mit den anderen Bundesländern um eine bundesweite Regulierung verhandeln.

b) Unzulässige Restriktionen der Glücksspielwerbung

Unter dem GlüStV gibt es derzeit auch kein mit den Vorgaben der Berufs- und Dienstleistungsfreiheit vereinbares Regime für die Glücksspielwerbung. Was die Erteilung besonderer Erlaubnisse für die TV- und Internetwerbung gemäß § 5 Abs. 3 GlüStV und die Konkretisierung der Werberestriktionen durch eine Werberichtlinie betrifft, ist insbesondere Folgendes festzustellen: Da Nordrhein-Westfalen bislang dem GlüStV nicht beigetreten ist, kommt derzeit eine Erteilung einer Erlaubnis nach § 5 Abs. 3 GlüStV im ländereinheitlichen Verfahren nicht in Betracht – es fehlt an der zuständigen Behörde (vgl. § 9a Abs. 2 Nr. 1 GlüStV). Die Werberichtlinien sind ebenfalls noch nicht erlassen worden – derzeit existiert lediglich ein zweiter Entwurf der Werberichtlinie. Das Ergebnis der Verbändeanhörung dazu steht noch aus. Es dürfte auf breiter Front berechtigte Kritik geübt werden. Es bestehen schon gegen die Ermächtigung zum Erlass der Werberichtlinie sowie gegen ihre Rechtsform durchgreifende verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken. Die Ermächtigungsgrundlage regelt nicht hinreichend den Inhalt und Umfang der zulässigen Werbung und ist daher verfassungsrechtlich nicht hinreichend bestimmt.²⁰ Damit mangelt es - wie beim Konzessionsvorbehalt - an objektiven, diskriminierungsfreien und im Voraus bestimmten Kriterien. Angesichts der Grundrechtsrelevanz der Werberestriktionen (neben der Berufs- und Dienstleistungsfreiheit könnte auch die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 10 EMRK, Art. 11 Grundrechts-Charta einschlägig sein – zumindest als Schranken-Schranke) ist auch eine Regelung per Gesetz erforderlich. Hinzu kommt die fehlende Publizität der Werberichtlinie mangels Veröffentlichung in Gesetz- und Verordnungsblättern.²¹

Festzuhalten ist damit: Neben dem Konzessionssystem als solchem stellen sich auch wesentliche Verbots- und Erlaubnisvorbehalte hinsichtlich der Vertriebs- und Werbewege des GlüStV als unvereinbar mit höherrangigem Recht dar.

²⁰ Vgl. dazu *Papier/Krönke* (Fn 19), S. 77f.

²¹ Vgl. dazu auch *Streinz/Michl* (Fn 6), S. 18-20.



c) Bedenken gegen Abgabenregelungen für Sportwetten auf Basis der Spieleinsätze

Erhebliche rechtliche Bedenken bestehen auch gegen die Abgabenregelungen (Gebühren- und Konzessionsabgabe) des GlüStV und des Rennwett- und Lotteriegesezt, die allesamt auf die Bemessungsgröße und –grundlage der Spieleinsätze abstellen.

Letztlich hat Schleswig-Holstein mit dem Glücksspielgesetz gegenüber den anderen Bundesländern auch einen aus abgabenrechtlicher Sicht vorzugswürdigen Rechtsrahmen geschaffen: Nach Auffassung von Experten ist ein System der Abgabenerhebung auf Basis der Brutto-spielerträge (vgl. §§ 35 ff. Glücksspielgesetz) einem solchen auf Basis der Spieleinsätze (vgl. etwa § 4d GlüStV, § 17 Rennwett- und Lotteriegesezt) in vielfacher Hinsicht überlegen und gerade auch in einem Regulierungsumfeld, das auf „Kanalisation“ setzt, vorzugswürdig.²² Auch hier könnte und sollte Schleswig-Holstein das eigene, dem GlüStV (und der Sportwettensteuer unter dem Rennwett- und Lotteriegesezt) überlegene Abgabenmodell unter dem Glücksspielgesetz nicht aufgeben, sondern stattdessen bei den anderen Bundesländern darum werben, dass diese die nicht auf alle Glücksspielformen anwendbare Besteuerung auf Basis der Spieleinsätze zugunsten einer Besteuerung auf Basis der Brutto-spielerträge austauschen.

Damit ist insgesamt in Bezug auf den Entwurf eines Gesetzes zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und den Entwurf zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze festzuhalten: Sollte der Landtag Schleswig-Holsteins die Gesetzentwürfe verabschieden, so würde ein von der Europäischen Kommission gebilligtes System (das System der kontrollierten Zulassung unter dem Glücksspielgesetz) zugunsten eines rechtlich hoch problematischen und (rechts-)streitträchtigen Konzessionssystems für Sportwetten und eines offensichtlich unverhältnismäßigen vollständigen Verbots aller Online-Casinospiele aufgegeben werden. Ein solcher Schritt wäre völlig unverständlich. Die Tatsache, dass andere 14 Bundesländer das andere Regulierungssystem unterstützen, ist rechtlich unerheblich und macht das Regulierungsregime nicht weniger angreifbar.

²² Vgl. dazu etwa Herzig/Stock, ZfWG 2012, S. 12ff. m.w.N.; vgl. auch Monopolkommission (a.a.O.), Einleitung, Ziffer 34, S. 16: „Im Ergebnis ist damit für das gesellschaftlich relevante Ziel der Suchtbekämpfung durch Kontrolle ein Besteuerungssystem, wie es in Schleswig-Holstein gewählt wurde, klar vorzuziehen. Die Kanalisation des Glücksspiels in den legalen Markt erfolgt unter einem derartigen System deutlich besser. Dabei sind nicht allein die Ergebnisse der wissenschaftlichen Studien zu den Sportwettenmärkten relevant, sondern auch die Möglichkeiten zur Erweiterung des Geltungsbereichs.“

III. FORTGELTUNG DER BEREITS ERTEILTEN GENEHMIGUNGEN NACH DEM GLÜCKSSPIELGESETZ

Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze gilt zunächst das bislang Ausgeführte: Eine Aufhebung des Glücksspielgesetzes und ein Beitritt zum GlüStV sind unions- und verfassungsrechtlich höchst bedenklich. Für den Fall, dass der Landtag von Schleswig-Holstein dennoch die Aufhebung des Glücksspielgesetzes beabsichtigt, erlauben wir uns folgende Anmerkungen zu der Regelung in Artikel 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze:

In Bezug auf das (verfassungsrechtlich gebotene) Fortbestehen der glücksspielrechtlichen Genehmigungen nach dem Glücksspielgesetz stellt sich insbesondere die Frage, ob nicht (auch zur Vermeidung möglicher unionsrechtlicher Inkohärenzen²³) Schleswig-Holstein mit den anderen Bundesländern nach einer Lösung suchen sollte, wie das Regulierungssystem des GlüStV an das der Genehmigungen nach dem Glücksspielgesetz angeglichen werden kann.

Es bestehen im keine Bedenken dagegen, den landesrechtlichen Fachbeirat gemäß § 31 Glücksspielgesetz aufrechtzuerhalten. Allerdings ist unklar, wie dessen Zusammenarbeit mit dem Fachbeirat nach dem GlüStV in Zukunft aussehen soll.

Obwohl die Fortgeltung des Glücksspielgesetzes („soweit auf seiner Grundlage bereits Genehmigungen erteilt worden sind“) zu begrüßen ist, ist nicht ersichtlich, warum gerade die §§ 20 Abs. 7 und § 23 Abs. 7 Satz 4 und 5 Glücksspielgesetz von der Fortgeltung ausgenommen sind. Es fällt zudem auf, dass mit § 20 Abs. 7 Glücksspielgesetz der gesamte Absatz zur Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft gestrichen werden soll, wohingegen für Online-Casinospiele nur die Regelungen zur Höhe der Bürgschaft entfallen sollen. Die naheliegende Rechtsfolge einer solchen Maßnahme könnte dann sein, dass die bestehenden Bürgschaften für die erteilten Genehmigungen zurückgefordert werden könnten, weil für die Bürgschaftsstellung dann keine gesetzliche Verpflichtung mehr bestünde.

²³ Durch das Nebeneinander zweier Glücksspielsysteme dürfte sich für das restriktive System die Kohärenz- und Rechtfertigungsfrage stellen, vgl. dazu etwa Schorkopf, Gutachten zu den Folgen für die Unionsrechtsmäßigkeit des Glücksspielrechts der Länder aus dem Inkrafttreten des schleswig-holsteinischen Glücksspielgesetzes, Januar 2012.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass solange das Glücksspielgesetz noch nicht aufgehoben ist, noch anhängige (d.h. noch nicht beschiedene) Anträge auf Genehmigungserteilungen weiter zu bearbeiten und zu bescheiden sind.

Mit freundlichen Grüßen,

Dr. Juliane Hilf
(Rechtsanwältin)


pro abs. Matthias Schleifenbaum
(Rechtsanwalt)