

Aufsätze

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Anja Jäger, Bonn*

EU-rechtskonforme Optionen zur Neuordnung der Regulierung der (digitalen) Glücksspielwirtschaft in Deutschland

Die Kommission hat in dem 2015 gegen Deutschland eingeleiteten Pilotverfahren das Fehlen der Gesamtschlüssigkeit und damit die Unverhältnismäßigkeit der deutschen Glücksspielregulierung beanstandet. Um dem bevorstehenden Vertragsverletzungsverfahren zu begegnen, arbeiten die Länder derzeit an einer Reform des Glücksspielrechts. Dabei verfolgen sie aber lediglich eine „kleine Reform“, die, wie der Aufsatz zeigt, den unionsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird.

I. Ausgangslage

Für Online-Casinospiele ordnet der am 1.7.2012 in Kraft getretene Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüStV)¹ ein Totalverbot an (§ 4 Abs. 4 GlüStV). Demgegenüber ist im Bereich der Online-Sportwetten aufgrund der Experimentierklausel des § 10a GlüStV i. V. m. §§ 4 a ff. GlüStV ein – das staatliche Veranstaltungsmonopol ablösendes – restriktives Konzessionsmodell eingeführt worden, welches für sieben Jahre erprobt werden sollte. Gegen diese regulatorische Ungleichbehandlung zwischen Online-Sportwetten und Online-Casinospielen hat bereits die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 20.3.2012² zu dem notifizierten Entwurf des GlüStV erhebliche unionsrechtliche Bedenken angemeldet, und zwar wegen der offenkundigen Unzulänglichkeiten hinsichtlich der Erfüllung der mitgliedstaatlichen Darlegungs- und Nachweispflicht zur Erforderlichkeit und Kohärenz eines Totalverbots von Online-Casinospielen (und Online-Poker) ohne einen diesbezüglichen empirischen Gefährlichkeitsnachweis.

Im Sommer 2015 hat die Europäische Kommission unter dem Az. 7625/15/GROW ein sogenanntes EU-Pilotverfahren gegen Deutschland eingeleitet.³ Pilotverfahren stellen für Mitgliedstaaten die letzte Möglichkeit dar, ein drohen-

des Vertragsverletzungsverfahrens zu verhindern. Die Kommission beanstandet in dem Pilotverfahren das Fehlen der Gesamtschlüssigkeit und damit die Unverhältnismäßigkeit der deutschen Glücksspielregulierung.⁴

Darüber hinaus richten sich die Vorwürfe der Kommission gegen das Verfahren der Sportwettkonzessionsvergabe, die schweren Defizite hinsichtlich einer wirksamen Glücksspielüberwachung und gegen das Lotto-Regionalisierungsprinzip.

Auch die Rechtsprechung deutscher Verwaltungsgerichte⁵ bezweifelt die Unionsrechtskonformität des GlüStV,⁶ die rechtliche Haltbarkeit der dort vorgesehenen Sanktionsverfahren und die Verfassungsmäßigkeit der Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungsprozesse.⁷

Der EuGH urteilte am 4.2.2016 in der Rechtssache Ince, dass die unionsrechtswidrigen Regelungen des GlüStV nicht angewendet werden dürfen.⁸ Durch diese Entwicklungen sahen sich die Ministerpräsidenten der Länder dazu veran-

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Vgl. BayGVBl 2012, Nr. 12, B 1612, 317, 2187-4-I.

2 Im Rahmen des Notifizierungsverfahrens für technische Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 98/34/EG; Az. SG (2012) D/50777.

3 EU PILOT 7625/15/GROW – Deutsche Glücksspielgesetzgebung; hierzu instruktiv Willmroth, Süddeutsche Zeitung vom 7.7.2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/1.2554751> (zuletzt abgerufen am 25.6.2016).

4 Schreiben der EU-Kommission an die Bundesrepublik Deutschland im EU PILOT 7625/15/GROW vom 29.6.2015, S. 4 ff.

5 VGH Mannheim, 8.9.2015 – 6 S 1426/14, ZfWG 2016, 50; VGH Kassel, 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478; VG Wiesbaden, 15.4.2016 – 5 K 1431/14.WI, ZfWG 2016, 277.

6 VGH Mannheim, 8.9.2015 – 6 S 1426/14, ZfWG 2016, 50.

7 VGH Kassel, 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478.

8 EuGH, 4.2.2016 – C-336/14 – Ince, ZfWG 2016, 115.

lasst, einen neuen Anlauf zur Reform des GlüStV zu nehmen. Allerdings fokussieren sie keine grundlegende Neuordnung der Regulierung der (digitalen) Glücksspielwirtschaft auf der Grundlage einer integralen, in sich schlüssigen Regulierung und aufsichtsrechtlichen Überwachung aller vergleichbaren Online- und Offline-Glücksspiele, sondern betrachten vorrangig den Sportwettmarkt und verfolgen lediglich eine sogenannte kleine Reform.

Da aber die unionsrechtswidrigen Regelungen des GlüStV nach der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte und des EuGH, insbesondere nach seinem jüngsten Ince-Urteil, nicht angewendet werden können, entsteht sowohl ein regulatorisches als auch ein aufsichtsrechtliches Vakuum, das die Ziele des GlüStV, insbesondere den Jugendschutz, die Bekämpfung der Spielsucht und den Verbraucherschutz gefährdet.

Die Europäische Kommission wird nach Informationen aus zuverlässigen Quellen voraussichtlich recht bald ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) gegen Deutschland im Anschluss an das am 29.7.2015 von ihr initiierte Pilotverfahren einleiten.⁹ Voraussichtlich wird das erste Mahnschreiben der Kommission, welches das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV förmlich einleitet, die schon im Pilotverfahren unter dem Az. 7625/15/GROW vorgetragene Unionsrechtsverstöße Deutschlands aufgreifen und weiter akzentuieren.

II. Unionsrechtliche Sollbruchstellen des GlüStV

1. Die aufsichtsrechtlichen Defizite und deren Unanwendbarkeitsfolgen für das ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren aufgrund der Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit

Mehr als vier Jahre nach Inkrafttreten des GlüStV ist im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GlüStV noch immer kein Anbieter gesperrt worden, obwohl die zahlreichen und vielfältigen Verstöße manifest sind. Insbesondere funktioniert das Blockieren von Zahlungsströmen (Financial Blocking) als wesentliches Vollzugsinstrument nicht.¹⁰ Das Financial Blocking ist vor allem unter Beachtung des Datenschutzrechts nicht durchsetzbar.¹¹ Insofern besteht eine Blockadesituation, die eine Anwendung der bestehenden Vollzugsnormen und damit eine wirksame Glücksspielüberwachung verhindert.

Auf der Grundlage des Internet-Totalverbots nach § 4 Abs. 4 GlüStV werden Online-Casinospiele im Rahmen der Glücksspielaufsicht (§ 9 GlüStV) als „unerlaubtes Glücksspiel“ behandelt. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV ermächtigt dann die von den Ländern nach § 9a Abs. 2 S. 2 GlüStV einheitlich betraute niedersächsische Glücksspielaufsichtsbehörde (das Innenministerium) im sogenannten ländereinheitlichen Verfahren gegen unerlaubte Glücksspiele, die in mehr als einem Land angeboten werden, Maßnahmen des Financial Blocking durchzuführen und zu vollstrecken.¹²

Die betraute Glücksspielaufsichtsbehörde hat so erhebliche Schwierigkeiten bei der rechtlichen und verfahrenstechnischen Ausgestaltung des Financial Blocking zu erkennen gegeben,¹³ dass bis heute trotz manifester Verstöße noch kein illegaler Anbieter einem Vollzug unterworfen worden

ist. Die Behörde schreckt vor der Welle gerichtlicher Streitigkeiten und den Staatshaftungsrisiken des Vollzugs zurück.

Datenschutzrechtlich fehlt es bisher an einer gesetzlich ausreichend bestimmten, dem grundrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz genügenden Gesetzesgrundlage. So müssten Schutzvorkehrungen gegen Datenzweckentfremdungen in wesentlichen Grundzügen für das Financial Blocking eigens gesetzlich geregelt werden.¹⁴

Darüber hinaus besteht die konkrete Gefahr des unverhältnismäßigen „Financial Overblocking“, also des Unterbindens auch erlaubter Zahlungsströme. Denn ein effektives Financial Blocking ist technisch ohne die Beeinträchtigung legaler Glücksspielanbieter und Spieler kaum möglich,¹⁵ was aber unverhältnismäßig in die Grundrechte legaler Glücksspielanbieter (Art. 12 GG) und Spieler (Art. 2 Abs. 1 GG) eingreift. Dieses Verletzungsmuster ist in Bezug auf das ISP-Blocking (Sperranordnungen gegenüber Internetservices) erfolgreich von den Providern gerichtlich angefochten worden.¹⁶

9 Siehe u. a. <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/gluecksspiel-eu-kommission-ermittelt-gegen-deutsche-gluecksspielregeln/13079204.html> (zuletzt abgerufen am 25.6.2016); EU PILOT Az. 7625/15/GROW.

10 Hiermit hat sich bereits die eco-Fachtagung am 11.3.2015 kritisch auseinandergesetzt, siehe <https://politik-recht.eco.de2015/events/eco-fachtagung-kritische-auseinandersetzung-mit-den-themen-vorratsdatenspeicherung-big-data-und-financial-blocking.html> (zuletzt abgerufen am 25.6.2016).

11 <https://www.datenschutzzentrum.de/artikel/860-Datenschutzrechtliche-Bewertung-der-Regelungen-zum-Financial-Blocking-zur-Verhinderung-illegalen-Gluecksspiels-im-Internet.html> (zuletzt abgerufen am 25.6.2016).

12 Dazu im Einzelnen Koenig, ZfWG 2016, 2.

13 Der Gesetzgeber des GlüStV hat sich mit der Ausgestaltung des Verfahrens, das zu einer Untersagungsverfügung führt, und insbesondere auch mit der rechtlichen und verfahrenstechnischen Ausgestaltung des Financial Blocking ausweislich der Erläuterungen zum GlüStV lediglich sehr beiläufig befasst; vgl. die Erläuterungen zum 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 7.12.2011, S. 32 ff.

14 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 76. EL Dezember 2015, Art. 20 GG Rn. 106: „Anhand der Wesentlichkeit wird dabei nicht nur beurteilt, ob ein parlamentarisches Gesetz erforderlich ist, sondern zugleich die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes bestimmt. Mit zunehmender Wesentlichkeit der Entscheidung nimmt auch die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes zu. Damit erhält der Gesetzesvorbehalt nicht nur eine Zuordnung zum parlamentarischen Gesetzgeber, sondern zugleich ein Delegationsverbot. Der Gesetzgeber muss das Wesentliche selber im Gesetz regeln und kann es nicht durch eine pauschale gesetzliche Ermächtigungsregelung auf die Exekutive delegieren.“; vgl. auch Thüsing/Forst, Beschäftigten-datenschutz und Compliance, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 59: „Erstens erfordert eine gesetzliche Regelung des Whistleblowing, dass grundlegende Entscheidungen getroffen werden, etwa darüber, ob das Whistleblowing für den begrenzten Bereich der unternehmensinternen Kriminalitätsbekämpfung genutzt werden soll oder zur Abwehr allfälliger Gefahren des täglichen Lebens. Diese Entscheidungen kann das Datenschutzrecht mit seinen Generalklauseln nicht treffen. Es läge an den Datenschutzbehörden und Gerichten, diese grundlegenden Fragen zu beantworten. Das schürt wegen des Wesentlichkeitsgrundsatzes verfassungsrechtliche Bedenken. Auch aus praktischer Sicht empfiehlt sich eine Entscheidungsfindung auf dieser Ebene nicht.“

15 Vgl. dazu das Gutachten von Webshield Ltd. (London), Der Zahlungsabwicklungsprozess für Online-Glücksspielanbieter und Möglichkeiten des Financial Blockings für illegale Glücksspieltransaktionen in Deutschland, vom 28.5.2013, S. 51 und die Antwort der Baden-Württembergischen Landesregierung auf eine Große Anfrage der Landtagsfraktion der SPD (11.5.2012, Drs. 15/1707), S. 12 f.

16 So waren z. B. die Klagen der Vodafone D2 GmbH (VG Düsseldorf, 29.11.2011 – 27 K 5887/10, ZfWG 2012, 50) und der Deutschen Telekom AG (VG Köln, 15.12.2011 – 6 K 5404/10, ZfWG 2012, 56) gegen die Sperranordnungen erfolgreich.

Aufgrund der – dem Innenministerium des Landes Niedersachsen bewussten¹⁷ – problematischen Rechtslage und angesichts drohender Staatshaftungsklagen wird gegenüber hoheitlichen Verfügungen gegen Finanzdienstleister ein „informelles Verfahren“ im Wege der „informellen Zusammenarbeit“ mit den am Zahlungsverkehr beteiligten Finanzinstituten, die sich zum Financial Blocking „selbst verpflichten“ sollen, bevorzugt. Grundlage dieser „informellen Zusammenarbeit“ mit den Finanzinstituten sind dabei (nach Auskünften von Marktbeteiligten) vom Innenministerium geführte sogenannte geheime Anbieterdossiers und schwarze Listen.¹⁸ Ob und inwieweit diese rechtsstaatlich problematische „informelle Zusammenarbeit“ mit dem am Zahlungsverkehr beteiligten Finanzinstituten noch aktuell oder inzwischen eingestellt worden ist, entzieht sich der Kenntnis der Verfasser.

Mittlerweile zeichnet sich eine neue Praxis der Glücksspielaufsichtsbehörde ab. So soll sie „informell“ auf Kartenbezahlungsstellen dahingehend „eingewirkt“ haben, dass diese in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln aufnehmen, wonach die Kreditkarten nicht für „unerlaubtes“ (also insbesondere Online-) Glücksspiel genutzt werden dürfen. Dies hat zur Folge, dass nunmehr Private zum Financial Blocking im Vollzug von unionsrechtswidrigen Regelungen des GlüStV instrumentalisiert werden, die aber nach der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte und des EuGH gar nicht angewendet werden dürfen.

Aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten ergibt sich, dass dem Mitgliedstaat auch eine solche Instrumentalisierung von Privaten als staatliche Beschränkungsmaßnahme zugerechnet werden muss.¹⁹

„Liegt keine staatliche Maßnahme vor, so muss die Beschränkung der Freiheit des Warenverkehrs dem Mitgliedstaat als Hoheitsträger zumindest zurechenbar sein. In dem Fall *Buy Irish*, in dem ein sog. Irish Goods Council zur Absatzförderung irischer Produkte als privatrechtliche Gesellschaft mit staatlichen Finanzmitteln eingerichtet wurde, stellte der Gerichtshof die Verantwortlichkeit der irischen Regierung für die Verletzung der Warenverkehrsfreiheit wie folgt fest: Ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV liegt vor, wenn ‚mit Hilfe einer Werbekampagne im nationalen Rahmen und mit der Einführung besonderer, nur für inländische Waren geltender Verfahren zum Kauf von inländischen Erzeugnissen angespornt wird, und wenn diese Aktivitäten insgesamt der Regierung zuzurechnen sind und in einer organisierten Form im ganzen Land vorgenommen werden‘.²⁰“²¹

Nach der Rechtsprechung des EuGH in den sogenannten privaten Blockadefällen²² muss der Mitgliedstaat sogar eingreifen und haftet anderenfalls aufgrund der mitgliedstaatlichen Garantienpflicht zur Gewährleistung der Grundfreiheiten für sein Unterlassen, welches dann wie eine staatliche Beschränkungsmaßnahme zugerechnet werden muss.²³

Wenn ein Mitgliedstaat aber schon bei einem Nichteinschreiten haftet, so haftet er a fortiori, wenn er über eine „freiwillige Selbstverpflichtung“ der Finanzinstitute und Kartenbezahlungsstellen so auf diese „einwirkt“, dass sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Kartennutzung für „unerlaubtes“ Glücksspiel verbieten, also einen rechtswidrigen Eingriff in die Grundfreiheiten bewirken.

Ein weiteres Vollzugshindernis beim Financial Blocking ist die Einbindung des Glücksspielkollegiums auch in dieses ordnungsrechtliche Sanktionsverfahren aufgrund der Verweisungskette von § 9a Abs. 5 über § 9a Abs. 2 Nr. 4 auf § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV. Sowohl der VGH Kassel als auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof haben diese Einbindung aus unterschiedlichen, indes gleichermaßen kategorischen Gründen als verfassungswidrig verworfen.²⁴

Früh hat der EuGH in seiner *Placanica*-Entscheidung den Grundsatz der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher Sanktionsverfahren im Falle eines unionsrechtswidrigen Konzessionsverfahrens betont. Danach darf das Fehlen einer Konzession nicht zum Anlass für die Verhängung von mitgliedstaatlichen Sanktionen genommen werden:

„Es ist jedoch in jedem Fall festzustellen, dass in Ermangelung eines Verfahrens der Konzessionsvergabe, das auch den bei der letzten Ausschreibung rechtswidrig von einem möglichen Konzessionserhalt ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmern offensteht, der Umstand, dass sie keine Konzession besitzen, nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen sie genommen werden darf.“²⁵

Diesen Grundsatz der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher, straf- wie ordnungsrechtlicher Sanktionen, die auf einem unionsrechtswidrigen Verfahren beruhen, hat jüngst der EuGH in seinem Urteil vom 4.2.2016 in der Rechtssache *Ince* im Urteilstenor wieder betont:

„Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er die Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats daran hindert, die ohne Erlaubnis erfolgte Vermittlung [...] zu ahnden, wenn die Erlaubnispflicht für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten im Rahmen eines staatlichen Monopols besteht, das die nationalen Gerichte für unionsrechtswidrig befunden haben.“²⁶

Dabei schließt sich der Gerichtshof den Schlussanträgen von Generalanwalt *Szpunar* in der Rechtssache *Ince* an, der besonders unter Ziffer 69 (sowie Ziffer 73) das Transparenzgebot für das aufsichtsrechtliche Verfahren unterstreicht.

Und hier schließt sich der Kreis zum deutschen Verfassungsrecht, insbesondere zum Beschluss des VGH Kassel vom 19.10.2015.²⁷ Dieser hat die In-camera-Einbindung des Glücksspielkollegiums in die Entscheidungsfindungs-

17 Vgl. die Anfrage der Landtagsabgeordneten Christian Dürr, Jörg Bode und Jan-Christoph Oetjen an die Niedersächsische Landesregierung (28.4.2015, Drs. 17/3412) und die Antwort des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport (11.6.2015, Drs. 17/3683).

18 Diese Sachverhaltsangabe beruht auf Auskünften, die der Verfasser von mehreren Marktbeteiligten eingeholt hat, die um Wahrung ihrer Anonymität gebeten haben.

19 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 832.

20 EuGH, 24.11.1982 – C-249/81, Rn. 29 – *Buy Irish*.

21 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 871.

22 EuGH, 9.12.1997 – C-265/95, Rn. 66 – Kommission/Frankreich („Bauernproteste“).

23 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 832, 872–874.

24 Anders als der VGH Kassel, 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478 erkannte der BayVerfGH, 25.9.2014 – 9-VII-13, 4-VII-14 und 10-VII-14, ZfWG 2015, 457 keine Verletzungen des Bundesstaatsprinzips und des Demokratieprinzips, vielmehr eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips.

25 EuGH, 7.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04 – *Placanica*, ZfWG 2007, 125.

26 EuGH, 4.2.2016 – C-336/14 – *Ince*, ZfWG 2016, 115.

27 VGH Kassel, 16.10.2015 – 8 B 1028/15, ZfWG 2015, 478.

prozesse nach dem GlüStV als verfassungswidrig verworfen. Auch das Schrifttum bekräftigt, dass sich aufgrund des höchst intransparenten, nicht öffentlichen Verfahrens des Glücksspielkollegiums, das selbst nicht gegenüber den von der Entscheidung betroffenen Grundrechtsträgern auftritt, der Kreis von der Verfassungswidrigkeit zur Unionsrechts-widrigkeit schließt.²⁸

Sind danach sämtliche Beschlüsse des Glücksspielkollegiums verfassungsrechtswidrig zustande gekommen, sodass sie unwirksam sind und damit keine Grundlage für Aufsichtsverfügungen und sonstige Maßnahmen, wie etwa zum Financial Blocking, bilden dürfen, so können diese schon nach nationalem Recht unwirksamen Maßnahmen erst recht keine tragfähige Grundlage für Beschränkungen der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV begründen.

2. Bewertung des im Mai 2016 vorgelegten GlüÄStV-E

Mit den Grundzügen eines Entwurfs zu einem Änderungsstaatsvertrag haben sich die Chefs der Staatskanzleien in ihrer Sitzung am 12.5.2016 befasst. Die rechtliche Bewertung dieses Entwurfs stützt sich auf die folgende, dem Unterzeichner vorliegende Fassung (aus Abkürzungsgründen schon als „GlüÄStV-E 2016“ bezeichnet):

Artikel 1: Änderung des Glücksspielstaatsvertrages

1. § 4b wird wie folgt geändert:

a) In der Überschrift werden nach dem Wort „Auswahlkriterien“ ein Komma und die Wörter „vorläufige Erlaubnis“ eingefügt.

b) Abs. 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Bewerbung ist grundsätzlich in Textform (§ 126b BGB) mithilfe elektronischer Mittel zu übermitteln.“

c) Es werden folgende Abs. 6 und 7 angefügt:

„(6) Im Übrigen finden für die Vergabe der Konzessionen die Bestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Bestimmungen der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) in der jeweils geltenden Fassung Anwendung.“

(7) Die zuständige Behörde kann Bewerbern im Konzessionsverfahren auf Antrag bereits vor Erteilung der Konzessionen vorläufig die Veranstaltung von Sportwetten erlauben, wenn die nach § 4a Abs. 4 bestehenden und die im Konzessionsverfahren gestellten Mindestanforderungen erfüllt sind. Die vorläufige Erlaubnis ist widerruflich zu erteilen und zu befristen; sie erlischt spätestens mit Ablauf der Experimentierklausel. § 4c Abs. 2 und 3 Satz 1, §§ 4e und 9 Abs. 4 Satz 4 finden entsprechende Anwendung; die Sicherheitsleistung beläuft sich auf 2,5 Millionen Euro. Im Übrigen steht die vorläufige Erlaubnis in ihren Rechtswirkungen der Konzession gleich.“

2. § 10a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Wörter „für einen Zeitraum von sieben Jahren ab Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages nicht angewandt“ durch die Wörter „bis 30. Juni 2021 nicht angewandt; im Falle einer Fortgeltung des Staatsvertrages nach § 35 Abs. 2 verlängert sich die Frist bis 30. Juni 2024“ ersetzt.

b) In Absatz 3 wird die Angabe „20“ durch die Angabe „40“ ersetzt.

3. § 29 Abs. 1 Satz 3 wird aufgehoben.

Artikel 2: Inkrafttreten, Übergangsregelung

(1) Dieser Staatsvertrag tritt am 1. Juli 2017 in Kraft. Sind bis zum 30. Juni 2017 nicht alle Ratifikationsurkunden bei der Staatskanzlei der oder des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz hinterlegt, wird der Staatsvertrag gegenstandslos.

(2) Die Staatskanzlei der oder des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz teilt den Ländern die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden mit.

(3) Die Veranstaltung von Sportwetten durch Bewerber des mit Ausschreibung vom 8. August 2012 eingeleiteten Konzessionsverfahrens, die die im Informationsmemorandum vom 24. Oktober 2012 aufgeführten Mindestvoraussetzungen erfüllt haben, ist mit Inkrafttreten dieses Staatsvertrages vorläufig erlaubt. Die vorläufige Erlaubnis steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Bewerber entsprechend § 4c Abs. 3 Satz 1 GlüStV Sicherheit leistet; die Sicherheitsleistung beläuft sich auf 2,5 Millionen Euro. Die vorläufige Erlaubnis soll von der im Konzessionsverfahren zuständigen Behörde entsprechend § 4c Abs. 2 GlüStV mit Inhalts- und Nebenbestimmungen versehen werden.

§ 9 Abs. 4 Satz 4 GlüStV findet entsprechende Anwendung. Die vorläufige Erlaubnis kann jederzeit widerrufen werden. Das gilt insbesondere, wenn eine Bewerbung nicht erfolgt, zurückgenommen oder endgültig abgelehnt wird, oder bei Erteilung der Konzession. Sie erlischt spätestens mit Ablauf der Experimentierklausel. Im Übrigen steht die vorläufige Erlaubnis in ihren Rechtswirkungen der Konzession gleich. Hinsichtlich der Konzessionspflichten und den darauf bezogenen aufsichtlichen Maßnahmen findet § 4e GlüStV entsprechende Anwendung.

Der GlüÄStV-E 2016 erteilt einer großen Reform zur integralen, in sich schlüssigen Regulierung aller vergleichbaren Online- und Offline-Glücksspiele eine vorläufige Absage und beschränkt das Reformvorhaben der Länder im Wesentlichen auf den Sportwettmarkt.

a) Unionsrechtliche Defekte des Verfahrens zur Vergabe von Sportwettkonzessionen nach GlüÄStV-E 2016

Der GlüÄStV-E 2016 erlaubt zunächst Bewerbern, die im ersten Vergabeverfahrensdurchgang 2012 die Mindestvoraussetzungen bei der Auswahl erfüllt haben, aufgrund einer vorläufigen Erlaubnis anzubieten. Dabei „ist“ die vorläufige Erlaubnis zwingend nur widerruflich zu erteilen und darüber hinaus zu befristen. Vorläufige Erlaubnisse erlöschen damit automatisch mit dem Ablauf der gesetzten Frist, spätestens aber mit Ablauf der Experimentierklauselfrist.²⁹ Die vorläufige Erlaubniserteilung setzt die Stellung einer Sicherheitsleistung in Höhe von 2,5 Millionen Euro voraus; nur insofern steht sie in ihren Rechtswirkungen einer Konzession gleich. Das kommt aber angesichts des

²⁸ Kirchhoff, ZfWG 2015, 301, 302; Koenig, ZfWG 2016, 2; Jarass, Rechtsgutachten: EU-rechtliche Probleme der Vorgaben für die Veranstaltung von Lotterien nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag.

²⁹ Nach § 10a Abs. 1 GlüStV dauert die Experimentierphase zunächst bis zum 30.6.2021 an. § 35 Abs. 2 GlüStV regelt weiter: „Dieser Staatsvertrag tritt mit Ablauf des 30. Juni 2021 außer Kraft, sofern nicht die Ministerpräsidentenkonferenz mit mindestens 13 Stimmen das Fortgelten des Staatsvertrages beschließt. In diesem Fall gilt der Staatsvertrag unter den Ländern fort, die dem Beschluss zugestimmt haben.“ Beschließt die Ministerpräsidentenkonferenz mit mindestens 13 Stimmen die Fortgeltung, so verlängert sich die Laufzeit bis zum 30.6.2024.

in § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 angeordneten gesetzlichen Widerrufsvorbehalts und der damit einhergehenden weitestgehenden Aufhebungsermächtigung nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG eher einem Lippenbekenntnis gleich. So führt der durch § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 angeordnete Widerrufsvorbehalt keine besonderen (qualifizierten) Widerrufsgründe auf, für deren Eintritt ein Widerruf vorbehalten und damit voraussehbar wird. Daran vermag auch die in der Übergangsregelung zum GlüÄStV-E 2016 in Art. 2 Abs. 3 (nicht aber in § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016) „verpackte“ Passage nichts zu ändern („Die vorläufige Erlaubnis kann jederzeit widerrufen werden. Das gilt insbesondere, wenn eine Bewerbung nicht erfolgt, zurückgenommen oder endgültig abgelehnt wird, oder bei Erteilung der Konzession“). Denn die Verknüpfung der Wendungen „jederzeit widerrufen“ mit „insbesondere“ im Kontext der Übergangsregelung des Art. 2 Abs. 3 (nicht aber in der Widerrufsermächtigung des § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 i. V. m. § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG selbst) lässt einen weitestgehenden Rückgriff auf nicht voraussehbare Widerrufsgründe außerhalb des Übergangsregelungszusammenhangs zu. Damit wird der Ermessensrahmen für einen Widerruf nach § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 i. V. m. § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG, der grundsätzlich aus dem zum Widerruf ermächtigenden Gesetz selbst zu entnehmen ist,³⁰ bedenklich weit gefasst.

Mithin kann ein rechtssicheres und transparentes unionsrechtskonformes Verfahren zur Vergabe von Sportwettkonzessionen, wie es u. a. der EuGH in seinem Urteil vom 4.2.2016 in der Rechtssache Ince³¹ sowie das Verwaltungsgericht Wiesbaden in seinem Urteil vom 15.4.2016³² verlangt haben, auf der Grundlage des GlüÄStV-E 2016 nicht etabliert werden.

Zudem handelt es sich bei § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 um ein unzulässiges Einzelfallgesetz (Art. 19 Abs. 1 GG). Denn die vorläufige Erlaubniserteilung wird nach § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 nicht abstrakt-generell kodifiziert, sondern – konkret-individuell – ausschließlich auf die individualisierte Gruppe der 35 vorqualifizierten Bewerber beschränkt, die im ersten Durchgang des Lizenzvergabeverfahrens 2012, also in einem konkreten Verfahrenssachverhalt, die Mindestvoraussetzungen erfüllten. Die Grundrechtsrelevanz von § 4b Abs. 7 GlüÄStV-E 2016 als Einzelfallgesetz i. S. v. Art. 19 Abs. 1 GG ergibt sich aus der Voraberteilung vorläufiger Erlaubnisse an den beschränkten Kreis von maximal 35 der im ersten Vergabedurchgang 2012 vorqualifizierten Altbewerber im Rahmen des durch die – im GlüÄStV-E 2016 so zunächst vorgesehene – Kontingentierung eng verdichteten Wettbewerbsverhältnisses. Dies geschieht in einer die Gleichbehandlung der Konzessionsneubewerber erheblich berührenden Weise. Umgekehrt und damit rechtsdogmatisch gewissermaßen paradox wird die Position der bereits im ersten Vergabedurchgang 2012 vorqualifizierten Altbewerber durch den GlüÄStV-E 2016 wieder infrage gestellt, was auch gegen das Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot verstößt. Auch in dieser im GlüÄStV-E 2016 nicht gelösten Gleichbehandlungsproblematik in Bezug auf die vorqualifizierten Altbewerber einerseits und die Neubewerber andererseits offenbart sich der Fehlschlag der Regelungsansätze.

Auch wird die im GlüÄStV-E 2016 genannte Erhöhung der zu vergebenden Sportwettkonzessionen von 20 auf 40 (§ 10a Abs. 3 GlüÄStV-E 2016) den unionsrechtlichen An-

forderungen nicht gerecht. In den Erläuterungen zum GlüÄStV-E 2016 heißt es zwar unter A.II., dass die Erhöhung eine Anpassung an die aktuellen Marktverhältnisse darstellen würde. Diese Annahme erscheint „ins Blaue gegriffen“ zu sein, da nach Angaben des hessischen Innenministeriums derzeit schon 79 Anbieter Sportwettsteuer in Deutschland zahlen und es mindestens 100 ernsthaft interessierte Anbieter für den deutschen Markt gibt. Damit vermag die Erhöhung auf 40 Sportwettkonzessionen die vom VG Wiesbaden als unionsrechtswidrig verworfene willkürliche Kontingentierung nicht zu heilen.³³ Offenbar haben dies nun auch die Ministerpräsidenten erkannt, die die Kontingentierung nun selbst für nicht mehr haltbar ansehen. Aktuell beabsichtigen die Länder deshalb, die Kontingentierung der Sportwettkonzessionen ganz aufzugeben. Zumindest diesbezüglich erweist sich der im Mai 2016 vorgelegte GlüÄStV-E gegenwärtig schon wieder als hinfällig.

b) Fortschreibung des Grunddefekts der unionsrechtswidrigen Rechtsfolgenunterscheidungen

Allerdings beabsichtigen die Länder gegenwärtig weiterhin, den Grunddefekt und die strukturellen Defizite des noch geltenden GlüStV in einem GlüÄStV fortzuschreiben, indem insbesondere die unionsrechtswidrigen gravierenden Rechtsfolgenunterscheidungen zwischen Totalverboten (Online-Casinospiele/Poker), einem restriktiven Konzessionssystem (Sportwetten) und der gewerberechtlichen Erlassung des suchtfährlichsten Automatenglücksspiels (voraussichtlich) aufrechterhalten werden sollen.

Rechtsfolgenunterschiede sind nur gerechtfertigt, soweit jeweils unterschiedliche empirisch nachgewiesene Suchtpotentiale, Manipulations- sowie Geldwäschegefahren vorliegen, die entsprechende unterschiedliche Rechtsfolgen erfordern. Es müssen verhältnismäßige (geeignete, erforderliche und angemessene) Rechtsfolgen vorgesehen werden.

Jedoch ist „ein herausragendes Suchtpotential“³⁴ von Casino- und Pokerspielen empirisch nicht erkennbar und damit unionsrechtlich auch nicht tragfähig. Tragfähig wäre die Rechtsfolgenunterscheidung zwischen Totalverbot und einem Konzessionssystem nach den Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben, auf die der Gerichtshof in der Rechtssache Digibet und Albers unter Rn. 40 der Urteilsbegründung verweist, nur, wenn die vorhandenen empirisch gewonnenen Erkenntnisse aus Erfahrungen mit regulierten Konzessionssystemen auch berücksichtigt würden. Dasselbe gilt für eine angeblich „hohe Manipulationsanfälligkeit“ sowie für eine „Anfälligkeit für eine Nutzung zu Zwecken der Geldwäsche“.³⁵ Manipulationsgefahren bestehen im Online-Modus gleichermaßen für Sportwetten wie für Casino-Spiele inklusive Poker. Im Bereich regulierter Märkte unterliegen lizenzierte Anbieter jedoch hohen Sicherheitsanforderungen.³⁶ Wie die mittlerweile empirisch unterlegten Erfahrungen mit den regulierten Systemen in Schleswig-Holstein sowie in Dänemark im Hinblick auf die Schwarzmarkt- und Geldwäschebekämpfung belegen, bestehen gerade im regulierten Bereich keine Anhaltspunkte

30 OVG Schleswig-Holstein, 24.8.1993 – 4 L 170/92, NVwZ-RR 1994, 553.

31 EuGH, 4.2.2016 – C-336/14 – Ince, ZfWG 2016, 115.

32 VG Wiesbaden, 15.4.2016 – 5 K 1431/14.WI, ZfWG 2016, 277.

33 VG Wiesbaden, 5.5.2015 – 5 L 1453/14.WI, ZfWG 2015, 276.

34 Erläuterungen zum GlüStV v. 7.12.2011, 12.

35 Erläuterungen zum GlüStV v. 7.12.2011, 12.

36 Hambach, K&R 2014, 570, 574.

für eine erhöhte Geldwäschegefahr bei Online-Poker und Online-Casinospielen im Vergleich zu Sportwetten.³⁷

Eine Beibehaltung dieser Rechtsfolgenunterscheidungen wird den unionsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

III. EU-rechtskonforme Handlungsoptionen im Hinblick auf eine „große Reform“

1. Rechtliche Reformkoordinaten

Die zentralen Elemente einer EU-rechtskonformen Reform des GlüStV ergeben sich aus den von der Europäischen Kommission im Pilotverfahren substantiiert vorgetragenen „harten“ Rechtsargumenten, die sich auf eine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des EuGH stützen („rechtliche Reformkoordinaten“). Die Kommission stellt in ungewöhnlich scharfer Form die unionsrechtlich gebotene Kohärenz der deutschen Glücksspielregulierung insgesamt infrage. Für das erwartete Vertragsverletzungsverfahren wird die Kommission maßgeblich durch das Urteil vom 4.2.2016 in der Rechtssache C-336/14 (Ince) bestärkt, in dem der EuGH den Gestaltungsspielraum der deutschen Länder dadurch eingeschränkt hat, dass auf Urteile des Gerichtshofs kaum noch im Wege der bloßen Anpassung der Behördenpraxis reagiert werden kann.³⁸ Untermuert werden diese rechtlichen Reformkoordinaten von der zitierten (ober-) verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, nach der die unionsrechtswidrigen Regelungen des GlüStV nicht angewendet werden dürfen. Im rechtlichen Fokus steht danach, dass ein neuer GlüStV nach Maßgabe der jeweils empirisch nachgewiesenen Suchtpotentiale, Manipulations- sowie Geldwäschegefahren tatsächlich verhältnismäßige (geeignete, erforderliche und angemessene) Rechtsfolgen vorsehen muss.

Die im GlüStV normierten – unionsrechtswidrigen und daher unanwendbaren – gravierenden Rechtsfolgenunterschiede zwischen Totalverboten (Online-Casinospiele/Poker), einem restriktiven Konzessionssystem (Sportwetten) und der gewerberechtlichen Zulassung des aus einhelliger Sachverständigensicht suchtfährlichsten aller Glücksspiele, nämlich des Automatenglücksspiels, müssen EU-rechtskonform aufgegeben bzw. umgestaltet werden.

2. Digitaltechnische Reformkoordinaten

Im Rahmen einer großen GlüStV-Reform eröffnet sich die Chance, die zutage getretenen Schwierigkeiten staatlicher Aufsicht über das Glücksspielwesen unter Nutzung der aktuellen digitaltechnischen Möglichkeiten zu beheben. Nur so können der Jugendschutz, die Bekämpfung der Spielsucht und die Sicherstellung des Verbraucherschutzes effektiv gewährleistet werden („digitaltechnische Reformkoordinaten“). Danach müssen anbieterinterne Sicherungsmaßnahmen regulatorisch so zuverlässig aufsichtsrechtlich angeordnet und kontrolliert werden, dass alle Transaktionen und Zahlungsvorgänge registriert sowie sämtliche Spielvorgänge gespeichert, in bzw. nahe Echtzeit auf Auffälligkeiten digital durchforstet und den Aufsichtsbehörden diesbezügliche Zugriffsmöglichkeiten eingeräumt werden können. Wird eine Genehmigung bei Erfüllung der gesetzlichen Anbietervoraussetzungen erteilt, muss die Einhaltung der Voraussetzungen in der Folgezeit fortlaufend überprüft werden. Dies könnte durch ein technisches Safe-System erfolgen, das die für die Durchführung der Glücks-

spielaufsicht erforderlichen Daten erfasst und eine elektronische Kontrolle ermöglicht. Wird dabei ein Verstoß festgestellt, kann die Genehmigung entzogen werden.

Solch eine fortlaufende elektronische Kontrolle stellt die Aufsichtsbehörden vor große sachliche und finanzielle Herausforderungen, sodass es der Einbindung von IT-Spezialisten in die Glücksspielaufsicht und der Einrichtung einer geeigneten IT-Infrastruktur bedarf.

3. Aufbau einer digitaltechnisch effektiven Aufsicht über das Glücksspielwesen – Empfehlung eines TÜV-analogen Beleihungsmodells

Im Rahmen der digitaltechnischen Verfahrensabläufe einer effektiven Glücksspielaufsicht könnten private Unternehmen oder technische Vereine als Beliehene zur selbstständigen Wahrnehmung klar definierter einzelner technischer Aufsichtsaufgaben³⁹ herangezogen werden. So könnte, wie auch bei der Erteilung oder Verweigerung der KFZ-Prüfplakette nach § 29 Abs. 2 StVZO durch den beliebigen TÜV, auf die selbstständige Erfüllung technischer Aufsichtsaufgaben durch private IT-Unternehmen, Konsortien oder Vereinigungen auf der Grundlage eines gesetzlichen (staatsvertraglichen) Beleihungsakts zurückgegriffen werden. Eine Beleihung würde die digitaltechnische Funktionsfähigkeit der Glücksspielaufsicht gewährleisten und auch die Aufsichtsbehörden bzw. eine künftige länderübergreifende Behörde (Anstalt) für die Glücksspielaufsicht in sachlicher und finanzieller Hinsicht erheblich entlasten. So würde der Beliehene die ihm übertragene Aufgabenwahrnehmung – wie der KFZ-TÜV⁴⁰ – durch die vom Beliehenen selbst gegenüber den geprüften Anbietern zu erhebenden Gebühren refinanzieren.⁴¹ Unabhängig hiervon könnte die länderübergreifende Behörde (Anstalt) für die Glücksspielaufsicht für die bei ihr verbleibenden Kernaufgaben staatlicher Aufsicht und Kontrolle, insbesondere für die Erteilung von Genehmigungen, Verwaltungsgebühren und – vorbehaltlich einer näheren abgabenrechtlichen Prüfung – auch Glücksspiel-Konzessionsabgaben erheben.

4. Ablösung des Glücksspielkollegiums

Das Glücksspielkollegium könnte von einem unabhängigen Beirat aus Sachverständigen abgelöst werden, der den Aufbau und die Durchführung einer digitaltechnisch effektiven Kontrolle und Aufsicht über das Glücksspielwesen, insbesondere im Rahmen des Beleihungsmodells und der diesem vorgeschalteten Ausschreibungsprozesse, kontinuierlich berät.

IV. Fazit

Die vorgesehene „kleine Reform“ vermag es nicht, die von der Kommission, dem EuGH und den deutschen Verwal-

³⁷ *Hambach*, K&R 2014, 570, 574; *Koenig*, ZfWG 2015, 10.

³⁸ So auch die Begründung des Entwurfs für einen Staatsvertrag zur Neuregelung des Glücksspielwesens in Deutschland und zur Errichtung der Gemeinsamen Länderanstalt für Glücksspielaufsicht, S. 48 („Reformvorschlag Hessen“).

³⁹ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 21 Rn. 11; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2015, Rn. 110.

⁴⁰ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2016, Rn. 192.

⁴¹ Siehe auch § 5 BGebG: „Gebührengläubiger ist [...] 2. der Beliehene, wenn die individuell zurechenbare öffentliche Leistung von diesem erbracht wird.“

tungsgerichten vorgegebenen harten rechtlichen Reformkoordinaten umzusetzen.

Die Regulierung und Überwachung der (digitalen) Glücksspielwirtschaft in Deutschland muss EU-rechtskonform im Rahmen einer großen Reform grundlegend neu geordnet werden. Die von den Ländern bisher verfolgte kleine Reform läuft Gefahr, dass der Grunddefekt der inkohärenten Rechtsfolgenunterschiede des GlüStV aufgrund von Abstimmungs- und Einigungsschwierigkeiten zwischen den Ländern mit Blick auf das bevorstehende Vertragsverletzungsverfahren – im Wege scheinbarer Nachbesserungen – nicht mehr rechtzeitig behoben würde.

Summary

According to the European Commission the German gambling regulation lacks coherency, and therefore, proportionality. In light of standing case law of the Court of Justice of the European Union as well as of German administrative courts, Germany faces heavy headwinds with regard to upcoming infringement proceedings. Meanwhile the German Länder are drafting a gambling law reform, which merely pursues a "small reform". Such a "small reform" would not remedy the lack of coherency and proportionality of German gambling regulation. The essay demonstrates that only a "large reform" of German gambling law can meet the requirements of EU law.