

Hessischer VGH kippt Konzessionsverfahren

Mit Beschluss vom 16.10.2015 – 8 B 1028/15 – hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof in dem ersten der Musterverfahren seine seit langem mit Spannung erwartete Entscheidung gefällt und den Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 05.05.2015 – 5 L 1453/15 – bestätigt. Das von den Unterzeichnern der Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs geführte Verfahren betraf den Anbieter Betkick (Marke Tiplix). Gleichlautende Entscheidungen in den übrigen Musterverfahren für Tipico (Rechtsanwälte Würtenberger und Rechtsanwälte Dentons), Webcoin (Rechtsanwalt Rolf Karpenstein) und Youbet (Rechtsanwalt Böhm) dürften in Kürze folgen.

Der Beschluss lässt an Klarheit nichts zu wünschen übrig:

1. Der Hess. VGH wischt die prozessualen Bedenken des Landes gegen den Eilrechtsschutz bei Seite und schließt sich insoweit dem Vortrag der Antragsteller an, dass mit der Vergabe der Konzessionen im Verhältnis zwischen den miteinander konkurrierenden Bewerbern wirtschaftlich vollendete Tatsachen geschaffen werden, so dass durch eine Verweisung auf das Klageverfahren oder nachträglichen Eilrechtsschutz der grundrechtlich garantierte effektive Rechtsschutz nicht gewährleistet würde.
2. Der Hess. VGH schließt sich den zahlreichen Rechtsgutachten an, die das Glücksspielkollegium als verfassungsrechtlich unzulässige dritte Ebene im Bundesstaat ansehen, welche die erforderliche, dem einzelnen Bundesland, dass die Beschlüsse ausführen soll, zuzurechnende Staatsgewalt ausschließt und überdies als Gremium nicht aus dem Staatsvolk der einzelnen Bundesländer heraus demokratisch legitimiert ist (BA S.11-16). Die fehlende Legitimation des

Glücksspielkollegiums betrifft nach diesem Beschluss nicht nur , wie noch der Bayerische Verfassungsgerichtshof annahm, die Entscheidungen des Glücksspielkollegiums mit „politischem Einschlag“. Sie umfasst auch Beurteilungen, Bewertungen und Ermessensentscheidungen im Verwaltungsverfahren. Auch einstimmig kann dieses Gremium keine Entscheidungen treffen. Der Beschluss beruht auf einer umfassenden Rechtsprüfung und ist in einer Weise sorgfältig abgefasst, die eine abweichende inhaltliche Beurteilung im Hauptsacheverfahren nicht mehr erwarten lässt.

3. Unabhängig von diesen verfassungsrechtlichen Beanstandungen, welche die Einschaltung des Glücksspielkollegiums betreffen, weist der konkrete Ablauf des Konzessionsverfahrens auch darüber hinaus grundlegende Mängel auf. Der Verwaltungsgerichtshof bestätigt insoweit die Bedenken des Verwaltungsgerichts. Das betrifft zunächst die *Auswahlkriterien*, weil schon die der Auswahl zugrundeliegende *Bewertungsmatrix*, die zur Zweiten Stufe des Konzessionsverfahrens bekannt gegeben wurde, den gesetzlichen Vorgaben des § 4b Abs. 5 GlüStV widerspricht. Der Verwaltungsgerichtshof beanstandet insoweit insbesondere die Gewichtung, die der dort vorgesehenen gesetzlichen Rangfolge und Abstufung der maßgeblichen Kriterien nicht gerecht werde.

Seine Beanstandungen reichen aber bereits vor die Erste Stufe des Verfahrens, nämlich auf die Bekanntmachung zurück. Diese hatte als Kriterium der Vergabe u.a. irrtümlich das preisgünstigste Angebot als Zuschlagskriterium benannt, obwohl der Preis tatsächlich keine Rolle spielt.

4. Von den Beteiligten wurde im Verfahren darüber hinaus eine Fülle weiterer Rechtsmängel herausgearbeitet und darüber strittig mit Antragsgegner und Beigeladenen

Schriftsätze gewechselt. Mit alledem befasst der Hessische Verwaltungsgerichtshof sich nicht. Er musste dies nicht, weil es genügte aufzuzeigen, dass die Angriffe der Beschwerde des Landes gegen den erstinstanzlichen Beschluss des Verwaltungsgerichts nicht durchgreifen. Da diese auf ganzer Linie bestätigt werden, erübrigten sich Aussagen zu weiteren Rechtsmängeln.

5. Allerdings bestätigt der Hessische Verwaltungsgerichtshof – ebenfalls in Fortsetzung des Verwaltungsgerichts – den Rechtsstandpunkt des Landes, dass die Zweistufigkeit des Verfahrens als solche keinen prinzipiellen Bedenken begegnet und vertritt hierzu den Rechtsstandpunkt, dass im Rahmen einer etwaigen Neuauflage die Bekanntmachung nicht schon auf der Ersten Stufe die Bewertungskriterien mit umfassen müsste. Dies eröffnet dem Land im Falle der Wiederholung des Verfahrens den Weg, eine gleichartige Konzeption zu wiederholen.

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat damit insgesamt Tacheles geredet. Der Beschluss markiert eine Zäsur. Faktisch führt er für den Sportwettbereich zur Stunde null.

- Die Länder müssen entweder einen Neubeginn des Konzessionsverfahrens wagen, obwohl zweifelhaft erscheint, ob dieser eine Ausgabe der Sportwettkonzessionen vor Ablauf der Experimentierphase, also dem Juni 2019, noch gewährleisten kann, weil im Rahmen einer solchen Neuauflage erneut mit zeitaufwendigem Eilrechtsschutz gerechnet werden muss. Sie können hierbei aber nicht auf das Glücksspielkollegium als zentraler Steuerungseinheit der Länder zurückgreifen, sondern müssten das Land Hessen allein entscheiden lassen.
- Oder sie müssen sich der Entscheidung stellen, die Deckelung aufzuheben und damit dem Land und den

Beteiligten erhebliche Verfahrenserleichterungen zu gewähren. Die mit dem Konkurrenzschutz einhergehenden Komplikationen würden dann entfallen. Ein solcher Wegfall der Deckelung lässt sich freilich durch bloßen Ministerpräsidentenbeschluss nicht realisieren. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat insoweit einen Riegel vorgeschoben. Voraussetzung wäre daher ein neuer Staatsvertrag, dem wiederum entsprechende Gesetzgebungsverfahren nachfolgen müssten.

Betrachtet man die Bilanz des bisherigen Staatsvertrages, erscheint eine solche Neubesinnung auch aus anderem Grunde mehr als angezeigt. Der von der Europäischen Kommission nur vorsorglich benannte Evaluierungszeitraum ist längst abgelaufen. Die danach gebotene Bilanz des bisherigen Staatsvertrages fällt erschütternd aus. Die Neuregulierung der Länder durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag hat auf ganzer Linie versagt. Rechtsunsicherheit durchzieht alle Bereiche. Selbst die Genehmigungspraxis funktioniert vom Monopolbereich der Staatslotterien und den größtenteils aus dem Anwendungsbereich des Staatsvertrages ausgeklammerten Spielbankenbereich abgesehen nicht mehr. Weder im Sportwettbereich noch im Pferderennwettbereich konnten selbst nach 3 1/2 Jahren Konzessionen oder Erlaubnisse ausgegeben und damit die Grundlagen für einen regulierten Markt gelegt werden. Im Einzelnen:

- Im *Pferderennwettbereich* haben die Länder mit dem Nebeneinander der Bundes- und Landesregulierung ein regulatorisches Monstrum geschaffen, dessen Inhalte in mehrjährigen Diskussionen zwischen den Ländern bis heute nicht abschließend geklärt werden konnten. Für ausländische Pferderennwettanbieter ohne Sitz im Inland ist noch nicht einmal eine gesetzliche Zuständigkeitsregelung vorgesehen. Die Länder müssen insoweit improvisieren. Auch die Frage, was mit den sich überlagernden Genehmigungserfordernissen für ein und

denselben Vorgang der Entgegennahme von Pferderennwetten im Inland im Rahmen der Vermittlung ins Ausland bezweckt ist und welche Anforderungen jeweils gestellt werden sollen, ist ungeklärt geblieben. Über den Streit um die Auslegung wurde die praktische Durchführung der Genehmigungsverfahren weitgehend verschleppt. Der größte Teil der Anbieter verfügt bis heute entweder über gar keine oder über provisorische Genehmigungen.

- Im Bereich der *Sportwetten* konnten Konzessionen nicht ausgegeben werden. Das 3 1/2jährige Verfahren muss nach dem jetzt ergangenen Beschluss auf null zurückgedreht werden.
- Bei den *unabhängigen Lotterievermittlern* bleiben die Anbieter entweder im Morast der Verfahrensanforderungen stecken oder werden durch einen Wust an Anforderungen, etwa die Pflicht, Tipps für Lotto und Eurojackpot nach Bundesländern streng landesweise zu sortieren und separat zu vermitteln, an der Entwicklung eines tragfähigen Geschäftsmodells gehindert, deren vorrangiger Zweck wohl darin bestehen dürfte, das Aufkommen nennenswerten Wettbewerbs zum faktischen Vertriebsmonopol der staatlichen Lotteriegesellschaften von vornherein zu verhindern.
- Im Bereich der *gewerblichen Spielhallen* ist an die Stelle der jahrelangen ungebremsten bundesweiten Expansionspolitik ein bundesweit ausgetragener Rechtsstreit vor den Verwaltungsgerichten getreten, in dem wirkliche Rechtsklärungen vermutlich erst vor dem Bundesverwaltungs- oder Bundesverfassungsgericht erfolgen werden. An den regulierten und spielsuchtpräventionsbemühten Spielhallenbetreibern wird hier überkompensiert, was an den Vorjahren an Bereitschaft zur staatlichen Intervention gefehlt hat, während es an einem wirksamen Vollzug gegenüber den eigentlichen Auslösern der Neuregulierung weiterhin fehlt. Die genehmigungsfreien Klein- und Scheingaststätten, deren Wildwuchs Landes- und

Lokalpolitiker auf die Palme getrieben hat, treiben in den Städten bis heute ihr Unwesen, ohne dass insoweit irgendwelche Fortschritte der Spielsuchtbekämpfung erkennbar wären. Besonders krass wirkt das Versagen im Nebeneinander zwischen den riesigen Automatenälen der monopolisierten Spielbanken, die sich in den Innenstädten ausgebreitet haben und mit ihren keiner staatlichen Regulierung unterliegenden Slotmachines weiter Einnahmen für die Landeshaushalte generieren, während die gewerblichen Spielhallenbetreiber auf den Betrieb massiver Restriktionen unterliegender gewerblicher Geld- und Unterhaltungsspielgeräte beschränkt sind, strengen Abstandsregelungen und einer Vielzahl von weiteren Anforderungen unterliegen. Bislang haben die Verwaltungsgerichte hierzu geschwiegen. Doch es ist nur eine Frage der Zeit, bis die auf der Hand liegende fiskalische Motivation dieses Nebeneinanders und der krasse Mangel an Kohärenz der staatlichen Glücksspielpolitik auch in diesem Bereich angeprangert wird.

- Und selbst im *Staatsmonopolbereich der Lotterieveranstaltung* verliert Deutschland jedes Jahr Milliarden möglicher Einnahmen (seit 2008 rund 20 Milliarden Euro) und verliert den Anschluss zum Rest Europas, weil zur Absicherung der Politik in anderen Glücksspielbereichen eine nicht existente Gefahr einer Lottosucht bemüht wird. Dabei sind im Bereich des Volksspiels Lotto Süchtige weit und breit nicht zu finden.

Überfällig also, dass die Länder sich des Glücksspielstaatsvertrages noch einmal annehmen und einen neuen Anlauf unternehmen, eine realistische Marktordnung betreiben, welche tatsächlich eine ernsthaft gewollte Kanalisierung des Glücksspiels in überwachte Bahnen und damit effektiven Spielerschutz gewährleistet und damit regulierungswilligen Gewerbetreibenden zugleich das Überleben

sichert.

Ob es in der Übergangszeit vernünftige Zwischenlösungen gibt, mit denen das drohende lange Warten auf die Neuregelung überbrückt werden kann, die im Konsens zwischen Industrie und Ländern zustande kommen, wird die spannende Aufgabe der kommenden Monate darstellen.

Dass politische Entscheidungen fallen müssen, ist jedenfalls sicher. Das Land Hessen hat sich hierfür mit seinen Leitlinien für eine künftige Glücksspielpolitik bereits positioniert und einen realistischen Weg für die künftige Regulierung aufgezeigt. Ob in den anderen Bundesländern durch die Riege der Glücksspielreferenten in den übrigen Bundesländern der erforderliche Ruck gehen wird, bleibt abzuwarten.