

Überraschende Wendung beim VGH-Kassel in Sachen Konzessionsverfahren

Zum Beschluss des VGH Kassel in 8 B 883/15 (VG Wiesbaden 5 L 1448/14)

Ein Beitrag von Ra. Rolf Karpenstein

Mit Beschluss vom 16.04.2015 (5 L 1448/14.WI) hatte das Verwaltungsgericht Wiesbaden Hessen im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, über den Konzessionsantrag eines Wettanbieters mit Sitz in Wien unter Beachtung der vom Verwaltungsgericht bestätigten Unionsrechtswidrigkeit der Bekanntgabe, des Glücksspieländerungsstaatsvertrages und des Konzessionsverfahrens erneut zu entscheiden. Auch sei die Beteiligung des Glücksspielkollegiums an dem Konzessionsverfahren verfassungsrechtlich problematisch. Diese erneute Entscheidung verweigert Hessen bis heute. Den darüber hinausgehenden Antrag auf Gleichbehandlung mit den vorläufig als „erste 20“ ausgewählten Bewerbern hatte das Verwaltungsgericht irrtümlich interpretiert als Anspruch auf eine (vorläufige) Konzession. Daher hatte der österreichische Wettanbieter Beschwerde vor dem VGH Kassel eingelegt und klargestellt, dass der Antrag auf Gleichbehandlung als Antrag zu verstehen sei, die Konzessionsvergabe an die vorläufig ausgewählten „ersten 20“ zu untersagen.

Der Verwaltungsgerichtshof sah in dieser Klarstellung in seinem Beschluss vom 04.01.2016 überraschend eine unzulässige Antragserweiterung. Dabei geht der Antrag auf Gleichbehandlung entweder dahin, dass die Beschwerdeführerin zu dem Kreis der Konzessionsanwärter hinzugezogen wird oder vorläufig keiner der Konzessionsanwärter eine Konzession bekommt. Worin eine Antragserweiterung liegen soll, bleibt denn im Beschluss

offen.

Bemerkenswert ist aber, dass der VGH Kassel einen verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den 20 vorläufig ausgewählten Konzessionsbewerbern materiell-rechtlich scheitern lässt, weil kein verfassungskonformes Konzessionsverfahren existiert. Wörtlich heißt es:

„Ein solcher Anspruch auf Gleichbehandlung mit den 20 ausgewählten Konzessionsbewerbern scheitert bereits daran, dass ... derzeit kein verfassungsgemäßes Verfahren für die Vergabe von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten besteht.“

Diese Sicht der Dinge ist erstaunlich. Der verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung wird obsolet, weil die Staatsvertragsgesetzgeber ein verfassungswidriges Konzessionsverfahren konzipiert und angewendet haben. Wenn das Schule macht, wird es in Zukunft viele verfassungswidrig ausgestaltete Genehmigungsverfahren geben, um den Anspruch auf Gleichbehandlung auszuhebeln.

Der VGH jedoch bekräftigt seine Sicht. Die Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, dass ein Anspruch auf eine Konzession auch in einem unionsrechtswidrigen und verfassungswidrigen Konzessionsregime besteht, um vor dem Hintergrund des strafbewehrten Erlaubnis- und Konzessionsvorbehaltes die Effektivität des freien Dienstleistungsverkehrs zu gewährleisten und für ein unionsrechtliches Minimum an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu sorgen. Dieses Vorbringen legt der VGH hilfsweise als Geltendmachung eines Anspruchs auf Erteilung einer Konzession aus und wiederholt, dass ein solcher Anspruch „unwahrscheinlich“ ist, weil kein verfassungsgemäßes Verfahren für die Vergabe von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten besteht.

„Sofern man den Vortrag der Antragstellerin ... in der Weise auslegt, sie mache (auch) einen Anspruch auf Erteilung einer Konzession geltend, ist ein solcher Anspruch ... überwiegend unwahrscheinlich, da derzeit kein verfassungsgemäßes Verfahren für die Vergabe von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten besteht.“

~~Der VGHBeschluss bringt privaten Anbietern zwar in einem Punkt ein Plus an Rechtssicherheit: Die materiell rechtlichen Beschränkungen des Staatsvertrages, wie insbesondere das durch § 4 Abs. 5 GlüÄndStV gelockerte Internetvertriebsverbot oder der derzeit oft diskutierte Ausschluss von Wetten auf „Ereignisse“ sind und bleiben nur für die mit einer deutschen Erlaubnis versehenen staatlichen Lotterieu Unternehmen maßgeblich. Alle übrigen Glücksspiel und Wettanbieter, die im Schutze des freien Dienstleistungsverkehrs auf der Grundlage der Regulierung in ihrem EU-Sitzland verfassungswidrig und unionsrechtswidrig von einer deutschen Erlaubnis/Konzession ausgeschlossen sind, können hingegen weiter – selbstverständlich verantwortungsvoll – im Rahmen der allgemein gültigen unionsrechtskonformen deutschen Normen Glücksspiele oder Sportwetten über jeden Vertriebsweg anbieten, ohne verpflichtet zu sein, systematisch und kohärent sowie konsequent mögliche Suchtgefahren zu bekämpfen. Die Beschränkungen des Staatsvertrages müsste ein privater Anbieter nur einhalten, wenn er im Gegenzug eine der wenigen vorgesehenen deutschen Konzessionen bekommt und als Oligopolist einen entsprechenden Wettbewerbsvorteil hat. Diese zwingende Systematik des Staatsvertrages hat die Bundesregierung gegenüber dem EuGH in ihrer schriftlichen Stellungnahme in der Rechtssache C-336/14 (Ince) bestätigt und in Rn. 155 folgendes ausgeführt:~~

„Die derzeit illegal am Markt tätigen privaten Sportwettveranstalter haben ein erhebliches Interesse daran, eine rechtskräftig abgeschlossene Konzessionserteilung zu verhindern, da sie dann – im Falle eines Konzessionserhalts –

den durch den Glücksspielstaatsvertrag vorgegebenen Beschränkungen unterliegen würden bzw. – im Falle ihrer Ablehnung – wieder ernsthaft damit rechnen müssten, dass die jeweiligen Aufsichtsbehörden gegen ihr illegales Sportwettangebot vorgehen würden.“

Diese Regelungssystematik des Staatsvertrages, der auf die Legitimation der restriktiven Erlaubnis-/Konzessionserteilung ausgerichtet ist, und nicht auf die Regulierung des nach deutschem Recht „illegalen“ Sportwetten- und Glücksspielangebotes, das die unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Erlaubnisvorbehaltes und damit die Effektivität des freien Dienstleistungsverkehrs ausnutzt, darf nicht in Vergessenheit geraten. Glücksspielaufsichtsbehörden, die materiellrechtliche Beschränkungen des Staatsvertrages zum Anlass für staatliche Eingriffe nehmen, rennen offen in die Staatshaftung. Ein das Verschulden ausschließender Irrtum kommt nicht in Betracht, nachdem diese Systematik vom Bundesverwaltungsgericht in 8 C 13.09, 14.09 und 15.09 und nunmehr sogar von der Bundesregierung gegenüber dem EuGH klargestellt wurde.

Bringt der Beschluss des VGH insoweit Rechtssicherheit, dass weiterhin nur die staatlichen Lotterieu Unternehmen unter dem Joch des Glücksspieländerungsstaatsvertrages agieren müssen, weil die Einbeziehung privater Anbieter in das nach wie vor monopolistisch aufgebaute Regime verfassungsrechtlich verhindert ist, so wirft er auch Fragen auf. Ist es wirklich der Weisheit letzter Schluss, dass ein Anspruch auf Gleichbehandlung ausgeschlossen ist, weil die anwaltlich beratene Exekutive der Bundesländer einen verfassungswidrigen Staatsvertrag vereinbart und in ihren Landesparlamenten ohne Änderungsmöglichkeit absegnen lässt? Dies wird in Hauptsacheverfahren genauso zu diskutieren sein, wie die Frage, ob dem Land Hessen von Verfassung wegen untersagt ist, eine Konzession – sei es auch nur im Wege eines Vergleiches oder auf richterliche Anordnung eines Verwaltungsgerichts – zu

vergeben. Auch stellt sich die Frage, ob eine solche verfassungswidrig erteilte Konzession wegen des Fehlens eines verfassungsgemäßen Verfahrens für die Konzessionsvergabe von vornherein nichtig oder nur von Seiten Dritter anfechtbar ist.

~~Für die Bundesländer und ihre Adlaten ist der jüngste VGHBeschluss ein ergiebiger Quell an weiterem Diskussionsbedarf. Für die privaten Glücksspiel und Wettanbieter hingegen ein weiterer Baustein auf dem Weg zur Rechtssicherheit. Allerdings dürfte entgegen dem VGH aus dem unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und vor allem der Effektivität des freien Dienstleistungsverkehrs ungeachtet der Unionsrechtswidrigkeit und der Verfassungswidrigkeit des Konzessionsverfahrens ein Anspruch auf eine Konzession frei von den Beschränkungen des Staatsvertrages folgen, jedenfalls solange dieser unionsrechtswidrige Staatsvertrag mit dem Erlaubnisvorbehalt nicht abgeschafft wird.~~

Kontakt:

Blume Ritscher Nguyen Rega Rechtsanwälte

Rechtsanwalt Rolf Karpenstein

Gerhofstraße 38

20354 Hamburg

Telefon: 040 / 355 030 – 0

Telefax: 040 / 355 030 – 30

Mobil: 0171 / 8503528

eMail: karpenstein@raeblume.de

Online: www.raeblume.de