

OVG Münster: Beschränkungen der Spielhallen sind am EU-Recht zu messen

Ein Artikel von Günter Utikal

In einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, in welchem ein Spielhallenbetreiber beantragt hatte, die Stadt Wuppertal im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, glücksspielrechtliche Konzessionen nach § 24 GlüStV nur unter Einhaltung des unionsrechtlichen Transparenzgebotes zu vergeben, hat das OVG Münster bestätigt, dass die Kommunen auch im Bereich der Spielhallen an das EU-Recht gebunden sind. Die Kommunen geraten damit unter Druck. Sie müssen gewährleisten und nachweisen, dass die komplexen Anforderungen des EU-Rechts an die Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Grundfreiheiten aus Art. 49 und 56 AEUV eingehalten werden.

Nachdem Verwaltungsgerichte bis hin zum Bundesverwaltungsgericht fälschlich suggeriert hatten, EU-Recht fände keine Anwendung auf die Beschränkungen der Spielhallen, bekommt die Diskussion eine neue Tragweite. Die Verbote aus Art. 49 und 56 AEUV stehen über deutschem Recht. Sie verbieten jede staatliche Maßnahme, die die Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr weniger attraktiv macht. Die Kommunen sind nunmehr gehalten, Beschränkungen im nationalen Recht unangewendet zu lassen, wenn sie nicht – was kaum möglich erscheint – darlegen und nachweisen, dass – im Licht der *konkreten Anwendungsmodalitäten* der betreffenden restriktiven Regelung jede einzelne Beschränkung „*tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich zu begrenzen.*“

Das OVG Münster bricht damit einen Bann. Zwar hat das Gericht den Eil-Antrag, die Behörde im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, glücksspielrechtliche Konzessionen nur in einem unionsrechtskonformen transparenten Verfahren zu vergeben, abgewiesen. Auch könnte die Pressemitteilung des OVG fälschlich dahin verstanden werden, als sei unionsrechtlich nicht alles im Argen. Dies ist jedoch ein Irrtum.

Der Grund für die Abweisung des Eilantrags war (auch insoweit ist die Pressemitteilung missverständlich) nicht, dass das Transparenzgebot in Wuppertal eingehalten wird. Vielmehr wurde der Antrag als unzulässig abgewiesen, weil die Spielhallenbetreiberin bisher keinen Antrag auf glücksspielrechtliche Konzession gestellt hatte. Ob nach Stellung des Antrages ein transparentes Verfahren gewährleistet wird und im Rahmen von Mindestabständen überhaupt gewährleistet werden könnte, wurde daher in dem summarischen Verfahren nicht entschieden.

Die Einhaltung des Transparenzgebotes darf bezweifelt werden. Schon der so genannte Stichtag ist unklar, die Gesetzeslage damit intransparent. So hatte der vierte Senat des OVG Münster in Übereinstimmung mit der überwiegenden Behördenansicht in seinem Beschluss vom 29. Februar 2016 (4 A 824/15) den Ablauf der Fünfjahresfrist erst am 30.11.2017 gesehen. Wenn der vierte Senat den Ablauf der Fünfjahresfrist jetzt auf den 30.6.2017 versteht, verdeutlicht dies diejenige Intransparenz, die zur Unionsrechtswidrigkeit mit der Folge führt, dass Spielhallenbetreibern das Fehlen der glücksspielrechtlichen Konzession nicht entgegengehalten werden darf. Ein Genehmigungsverfahren, bei dem sogar das Obergericht widersprüchlich entscheidet und den Fristablauf einmal am 30.6.2017 sieht, ein andermal am 30.11.2017, ist intransparent. Das Transparenzgebot verlangt nämlich, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Genehmigungsverfahrens *„klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Interessenten*

bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genau Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.“ (EuGH, Rs. C-336/14, Ince, Rn. 87). Dass diese EU-rechtliche Vorgabe in NRW verletzt wird, bestätigt das OVG Münster also durch die Abweichung von seinen früheren Sichtweisen.

Das OVG Münster hatte schon durch Urteil vom 23.1.2017 bestätigt, dass die Genehmigungsvergabe im Bereich der Sportwetten trotz gesetzlicher Verfahrensvorgaben in den §§ 4a ff. GlüStV und trotz der Unterstützung einer auf das Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei nicht dem unionsrechtlichen Transparenzgebot entspricht (<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/157333.html>). Sportwettenanbieter im Schutzbereich des EU-Rechts bedürfen daher keiner glücksspielrechtlichen Erlaubnis.

Die Verletzung des unionsrechtlichen Transparenzgrundsatzes und die fehlende Erfüllung der Rechtfertigungsanforderungen der Grundfreiheiten bei staatlichen Eingriffen hatte auch der VGH Kassel (<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164588.html>) herangezogen, um dem Hessischen Erfordernis einer „Duldungs-Erlaubnis“ die unionsrechtliche Absage zu erteilen.

Schon weil nicht einmal das Oberverwaltungsgericht eine klare, genaue und eindeutige Formulierung des Stichtages erkennen kann, sondern widersprüchlich entscheidet, dürfte der glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt dasselbe Schicksal erleiden.

Dass die Einhaltung des unionsrechtlichen Transparenzgrundsatzes im Bereich der Spielhallen von den Kommunen auf der bestehenden gesetzlichen Basis erreicht werden kann, wird nicht nur von spezialisierten Juristen verneint, sondern von den Kommunen selbst angezweifelt. Die zögerliche Vorgehensweise der Kommunen beruht darauf, dass die Staatsvertragsparteien und Landesgesetzgeber kein Verfahren

für die Genehmigungsvergabe vorgesehen haben, sondern die Einhaltung des Transparenzgebotes oder gar des seit April 2016 auch Dienstleistungskonzessionen erfassenden förmlichen Vergaberechts den darauf nicht vorbereiteten Kommunen überlassen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (z.B. Rs. C-72/10, Costa Cifone) hat das Transparenzgebot zusammengefasst folgenden Inhalt:

*„55 Auch wenn das Transparenzgebot, das gilt, wenn die betreffende Konzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist, nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der **eine Öffnung der Konzessionen für den Wettbewerb** und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (Urteile C-260/04, Kommission/Italien, Randnr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung, Sporting Exchange, Randnrn. 40 und 41, sowie Engemann, Randnr. 50).*

*56 Die Vergabe solcher Konzessionen muss daher **auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen**, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil Engemann, Randnr. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

*57 Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt im Übrigen, dass **alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben**, und impliziert somit, dass sie denselben Bedingungen unterliegen.“*

Die Einhaltung dieser Vorgaben ist für die Kommunen ausgesprochen schwierig. Ob glücksspielrechtliche Genehmigungen, die mit einem Ausschließlichkeitsrecht im Rahmen von Mindestabständen einhergehen, entsprechend dem in

Rn. 55 der Rechtssache C-72/10 definierten Transparenzgebot *wettbewerbsoffen* vergeben werden, oder intransparent und ohne Publizität „unter der Hand“, muss nunmehr innerhalb jeder Kommune genau geprüft werden. Ist die Wettbewerbsoffenheit nicht gewährleistet, dürften nicht zuletzt Schadensersatzforderungen benachteiligter Interessenten auf die Kommunen zukommen.

Auch die Frage, ob die Genehmigungsvergabe entsprechend den Ausführungen des EuGH in Rn. 56 auf „*objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien*“ beruht, muss in jeder Kommune genau untersucht werden. Der Staatsvertrag jedenfalls enthält weder objektive noch nicht diskriminierende Kriterien für eine Genehmigungsvergabe, sondern verpflichtet die Kommunen zur Erteilung der glücksspielrechtlichen Konzession, wenn die Ziele des Staatsvertrages eingehalten werden. Die Landesgesetze enthalten entweder überhaupt keine Auswahlkriterien und übersehen die Rechte von Neu-Bewerbern. Oder sie beruhen – wie zum Beispiel in Hamburg – auf diskriminierenden Kriterien und bevorzugen die „am längsten bestehende Spielhalle“, obwohl dieses Auswahlkriterium willkürlich ist und nichts mit den Zielen des Staatsvertrages zu tun hat.

Der Transparenzgrundsatz dürfte in den meisten Kommunen auch wegen der Missachtung des Gleichheitsgrundsatzes verletzt sein, wie er in Rn. 57 der EuGH-Entscheidung C-72/10 formuliert ist. Stellt eine Kommune unter Anwendung des so genannten „Härtefalls“ auf individuelle Umstände ab, die nur in der Person eines einzelnen Wirtschaftsteilnehmers liegen, unterliegen Spielhallenbetreiber nämlich nicht mehr „*denselben Bedingungen*“.

Das europarechtliche Transparenzgebot soll außerdem die Gefahr der Günstlingswirtschaft und von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle ausschließen und den europarechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. So verlangt der EuGH wie oben ausgeführt „*dass alle*

Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind.“ (Rs. C-72/10, Rn. 73)

In den meisten Kommunen sind die Bedingungen und Modalitäten der Genehmigungsverfahren nicht nur für die Wirtschaftsbeteiligten, sondern auch für die Kommunen unklar. So ist z.B. unklar, welche Anforderungen an eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach der Gesetzeslage, die an die Einhaltung der nicht greifbar formulierten Ziele des Staatsvertrages anknüpft, gestellt werden dürfen. Genauso unklar ist, wie eine Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Betreibern und/oder Neu-Interessenten stattzufinden hat. Ebenso unklar ist die Einordnung, Auslegung und praktische Handhabung des so genannten Härtefalls.

Diese Unklarheiten verdeutlichen die Verletzung des Transparenzgrundsatzes. Verstehen nicht einmal die Kommunen die Bedingungen und Modalitäten der Verfahren genau und wenden die gesetzlichen Vorgaben in gleicher Weise an, lässt sich nicht behaupten, ein „*durchschnittlich fachkundiger*“ Interessent würde bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt die „*genaue Bedeutung*“ der Informationen zum Genehmigungsverfahren verstehen.

Zwar meint das OVG Münster in einem obiter dictum, das System einer vorherigen behördlichen Genehmigung in Wuppertal beruhe seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 auf unionsrechtskonformen Kriterien. Das Bundesverfassungsgericht habe „*in Ausfüllung des den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessens*“ ausreichende gesetzlich fundierte Maßstäbe für die Auswahlentscheidung benannt, durch die die Gefahr willkürlicher Entscheidungen ausgeschlossen wird.

Das überzeugt jedoch nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat keine gesetzlich fundierten Maßstäbe für die Genehmigungsvergabe in Wuppertal benannt, schon gar nicht solche, die zur Auflösung von Konflikten im Rahmen von Mindestabständen herangezogen werden könnten.

Das Bundesverfassungsgericht hat nur klargestellt, dass sich die Behörden eines **„Verteilmechanismus bedienen müssen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazitäten in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Dies gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisanträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Vorbelastungen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben.“**

Das Bundesverfassungsgericht hat einen „Verteilmechanismus“, der nach dem Transparenzgebot **im Voraus festgelegt und bekannt** gegeben hätte werden müssen, jedoch nicht selbst kreiert oder gar ausformuliert. Es hat lediglich klargestellt, dass dieser „Verteilmechanismus“ nicht zwingend einer gesetzlichen Grundlage bedürfe – dies verlangt auch das unionsrechtliche Transparenzgebot nicht –, sondern **„im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen ... im Wege der Gesetz- oder Verordnungsgebung oder auch mittels Verwaltungsvorschriften“** festgelegt werden könne.

Zwar laufen Transparenzgebot und verfassungsrechtliche Anforderungen insoweit parallel. Sie stehen aber der im summarischen Verfahren gewonnenen Sicht des OVG Münster entgegen. Der vom BVerfG so genannte *bestmögliche Verteilmechanismus* muss nämlich nach dem unionsrechtlichen Transparenzgebot **im Voraus festgelegt und bekannt gemacht werden**. Objektive Bedingungen und Modalitäten der Genehmigungsverfahren hätten also nach dem Transparenzgebot festgelegt und bekannt gemacht werden müssen, bevor die Genehmigungs-/Konzessionsverfahren eröffnet werden, weil andernfalls die Behörde die Genehmigungskriterien an den Interessentenkreis anpassen könnte.

Nach allem muss jetzt in den Kommunen ein Umdenkungsprozess stattfinden. Die Kommunen tragen die Darlegungslast, dass der glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt und Mindestabstände durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls gerechtfertigt

und Ausdruck einer *systematischen und kohärenten* Glücksspielpolitik sind. Erforderlich ist eine bundesweite Betrachtungsweise, wie der VGH Kassel in seiner Entscheidung vom 29.5.2017 klargestellt hat, die die *wirklichen* Ziele der Bundesländer im Bereich des Glücksspiels ebenso in Betracht zieht, wie die *anreizende und ermunternde* Werbung ihrer staatlichen Lotterieunternehmen.

Schon weil staatliche Lotterieunternehmen *anreizend und ermunternd* Werbung für staatliche Glücksspiele betreiben, damit der Staatskasse Einnahmen zufließen, können sich die Kommunen nicht auf die Notwendigkeit der Bekämpfung von Suchtgefahren berufen, um das Erfordernis einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis und Mindestabstände zu rechtfertigen. Auch fehlt es an einer *systematischen und kohärenten* Glücksspielpolitik, die zwingende Voraussetzung ist, um kommunale Eingriffe, die mit der angeblichen Notwendigkeit der Bekämpfung von Suchtgefahren begründet werden, zu legitimieren, wie z.B. die Tatsache verdeutlicht, dass mehrere 1000 Betreiber von online-Casino seit Jahren strukturell geduldet werden, obwohl sie keine deutsche Konzession innehaben.

Auch wenn sich seine Pressemitteilung auf den ersten Blick negativ liest, hat das OVG Münster mithin für Spielhallenbetreiber, die durch das Erfordernis einer glücksspielrechtlichen Genehmigung/Konzession beeinträchtigt werden, den Weg geebnet, auf die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und das daraus folgende Transparenzgebot sowie auf die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zurückzugreifen, um Behörden und Gerichten entgegenzuhalten, dass die Beschränkungen im Bereich der Spielhallen nicht zu ihrem Nachteil angewendet werden dürfen.

Die Kommunen stehen zudem vor der Herausforderung, kurz vor dem Stichtag ohne greifbare Vorgaben ein transparentes Verfahren auf die Beine zu stellen. Die Entscheidung des BVerfG vom 7.3.2017 nimmt ihnen den Druck nicht, sondern

vergrößert ihn durch die Vorgabe, eine bestmögliche Vergabe künstlich verknappter Standortkapazitäten vorzunehmen, ohne klarzustellen, was unter „bestmöglich“ eigentlich zu verstehen ist. Da die Genehmigungsverfahren schon begonnen und zum Teil abgeschlossen sind, dürfte es kaum möglich sein, rückwirkend sowohl die Vorgaben des EuGH zum Transparenzgebot als auch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts unangreifbar einzuhalten.

Zwar suggeriert die Pressemitteilung des OVG Münster, ein gesetzlich vorgesehenes Auswahlverfahren in Wuppertal beruhe auf unionsrechtskonformen Kriterien. Der Blick *„hinter die Kulissen“* offenbart jedoch, dass es weder in NRW noch in anderen Kommunen ein gesetzlich vorgesehenes Genehmigungsverfahren gibt, bei dem entsprechend den Vorgaben des EU-Rechts ***„alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Interessenten bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genau Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.“*** Daran können die Pressemitteilung und die Abweisung des Antrags auf Durchführung eines transparenten Verfahrens als (noch) unzulässig nichts ändern.