

# **Spielhallen: Unionsrechtliche Staatshaftungsklage beim Landgericht**

\*\_Ein Beitrag von Rechtsanwalt Rolf Karpenstein (24.01.2018)\_\*

Ein namhafter Spielhallenbetreiber hat beim Landgericht Staatshaftungsklage wegen der Verletzung des Unionsrechts durch die Anwendung des glücksspielrechtlichen Konzessionsvorbehaltes eingereicht.

Die Klage ist auf den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gestützt (dazu EuGH, C-445/06). Die beklagte öffentliche Hand missachtete trotz der Hinweise des Klägers auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH das Unionsrecht. Die erbetene Bestätigung der glücksspielrechtlichen Erlaubnisfreiheit aufgrund der fehlenden Legitimation des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehaltes und der Intransparenz des Verfahrens hatten die Amtswalter ebenso abgelehnt wie die hilfsweise beantragten glücksspielrechtlichen Konzessionen. Als Ausdruck ihrer Schädigungsabsicht wurde sogar die Betriebseinstellung verfügt.

Für die entstandenen und noch entstehenden Schäden wird die öffentliche Hand nicht unbedeutenden Schadensersatz leisten müssen. Die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ausblendung des Unionsrechts ist ein hinreichend qualifizierter Fehler und sogar Ausdruck staatlicher Willkür. Spielhallenbetreiber können sich aufgrund der Binnenmarktrelevanz dieses Bereiches auf die Grundfreiheiten und die daraus folgenden Gebote der Rechtssicherheit, Transparenz und Publizität gegenüber Behörden und Gerichten berufen.

Fehlentscheidungen deutscher Gerichte zum EU-Recht im Zusammenhang mit der Spielhallenproblematik haben für die Haftung der öffentlichen Hand keine entlastende Bedeutung. Die nicht selten zu beobachtende falsche Handhabung der Grundfreiheiten und des daraus folgenden Transparenzgebotes durch deutsche Gerichte im Bereich der Spielhallen spielt bei der unionsrechtlichen Staatshaftung keine Rolle (vgl. nur EuGH, *Haim*; LG Berlin, Vorlagebeschluss vom 18.3.2016, *Pisciotti*;

„<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/148201.html>“: <https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/148201.html>). Im Fall *Pisciotti* hatte das Landgericht Berlin zwanglos einen hinreichend qualifizierten Verstoß der öffentlichen Hand gegen das Unionsrecht gesehen, obwohl das OLG Frankfurt und das Bundesverfassungsgericht den beantragten Primärrechtsschutz abgelehnt und eine Verletzung des EU-Rechts nicht gesehen hatten. Dennoch sollte die Erkenntnis, dass die unionsrechtlichen Vorgaben von deutschen Gerichten im Bereich der Spielhallen gleichsam „systematisch und kohärent“ missachtet werden, Anlass für die überfällige Reform der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* hin zu einer *Bürgergerichtsbarkeit* sein.

Viele Bundesländer und Kommunen werden Schadensersatz für die unionsrechtswidrigen Beschränkungen im Bereich der Spielhallen leisten müssen, sollte ein Vollzug des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehaltes stattfinden. Die Verletzung der vorrangigen Vorgaben des EU-Rechts liegt im Bereich des Betriebs von Spielhallen noch offener auf der Hand, als im Bereich Sportwette. Im Bereich der Sportwetten muss die öffentliche Hand für die Anwendung des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehaltes selbstredend Schadensersatz leisten, weil dieser Eingriff in die an den Staat gerichteten Verbotsnormen der Artikel 56 und 49 AEUV unionsrechtlich nicht legitimiert ist (LG Landshut, Urteil vom 21.6.2013; „<https://dejure.org/2013,76325>“: <https://dejure.org/2013,76325>). Im Bereich der Spielhallen sind die Voraussetzungen für die

unionsrechtliche Staatshaftung erst Recht erfüllt.

Der vor dem Landgericht klagende namhafte Spielhallenbetreiber verkennt nicht, dass die unionsrechtliche Staatshaftung in der richterlichen Praxis nicht die Effektivität erreicht, die sich der Gerichtshof der Europäischen Union vorstellt. Nicht selten werden mit der unionsrechtlichen Staatshaftung befasste Richter willkürlich ausgetauscht, bevor sie eine für die Verwaltung unliebsame richtige Entscheidung treffen. Nicht selten steht der Geschädigte mit seinen berechtigten Ansprüchen nicht vor einem unabhängigen und nur nach Recht und Gesetz handelndem Richter, sondern vor einem Fels aus Granit. Dennoch sollten Spielhallenbetreiber von der unionsrechtlichen Staatshaftung als Instrument zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts Gebrauch machen. Die Staatshaftung für die Anwendung des glücksspielrechtlichen Konzessionsvorbehaltes im Bereich der Spielhallen ist objektiv betrachtet zwanglos begründet.

Ein glücksspielrechtlicher Konzessionsvorbehalt für den Betrieb von Spielhallen dürfte nicht angewendet werden, weil er gegen die an jeden Amtswalter gerichteten Verbotsnormen der Artikel 49 und 56 AEUV verstößt. Eine Legitimation der glücksspielrechtlichen Beschränkungen, wie sie das BVerwG in Entscheidungen vom 16.12.2016 unter willkürlicher Missachtung seiner Vorlagepflicht ins Blaue behauptet, scheidet mit Blick auf die – allein maßgebliche – Rechtsprechung des EuGH aus. Dementsprechend versucht die Verwaltung erst gar nicht, den ihr obliegenden Nachweis der unionsrechtlichen Legitimation zu erbringen.

Der glücksspielrechtliche zusätzliche Konzessionsvorbehalt ist schon nicht durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls legitimiert. Dabei spielt es keine Rolle, dass das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 7.3.2017 gemeint hat, verfassungsrechtlich seien die Einschätzungen des Gesetzgebers nicht „offensichtlich fehlerhaft“. Die unionsrechtlichen Grundfreiheiten haben einen vollkommen

anderen Maßstab. Im Unionsrecht kommt es nicht auf die „Einschätzung“ des Gesetzgebers an. Maßgeblich sind die dynamisch auf der Grundlage der tatsächlichen Auswirkungen der Beschränkung zu führenden Beweise der eingreifenden Behörde für die zwingende Erforderlichkeit, die Verhältnismäßigkeit und die Systematik und Kohärenz des von der Behörde ausgehenden Eingriffs ([„https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164982.html“](https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164982.html):<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164982.html>). Die zusätzliche Beschränkung der Grundfreiheiten im Bereich der Spielhallen durch einen weiteren Erlaubnisvorbehalt ist jedoch weder zwingend erforderlich noch ist sie verhältnismäßig und schon gar nicht Ausdruck einer systematischen und kohärenten Regulierung und Behördenpraxis.

Außerdem gibt es in keinem Bundesland ein transparentes glücksspielrechtliches Erlaubnisverfahren (dazu [„https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/165141.html“](https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/165141.html):<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/165141.html>). Das Transparenzgebot verlangt jedoch, dass „alle Bedingungen und Modalitäten des Verfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genau Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können“ sowie, dass die Voraussetzungen vor Eröffnung des Genehmigungsverfahrens festgelegt und bekannt gemacht wurden (EFTA, 24/13, Rn. 55, 56).

Die Verletzung des Transparenzgebotes ist mittlerweile nicht nur vom Verwaltungsgericht Freiburg, sondern auch obergerichtlich bestätigt. Der vierte Senat beim OVG Münster hat 2017 zwar effektiven Rechtsschutz verweigert. Er hat jedoch (vgl. [„https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164920.html“](https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164920.html):<https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164920.html>) klargestellt, dass es zu Beginn der Genehmigungsverfahren an vollständigen und abschließenden Informationen fehlte.

Nach OVG Münster sei das Konzessionsverfahren zwar nachträglich durch die Entscheidung des BVerfG vom 7.3.2017 transparent geworden („Nachdem das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, anhand welcher Kriterien Auswahlentscheidungen bei der Entscheidung über die Erteilung von Erlaubnissen nach § 24 Abs. 1 GlüStV nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist zu treffen sind, beruht dieses System der vorherigen behördlichen Genehmigung auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien.“). Die Genehmigungsverfahren begannen jedoch bundesweit zeitlich lange vor Veröffentlichung des Beschlusses aus Karlsruhe. Von „im Voraus festgelegten und bekannt gemachten“ Konzessionsvoraussetzungen, die „klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar sind“, kann mithin in keinem Konzessionsverfahren für Spielhallenbetreiber die Rede sein.

Ohnehin sind Erlaubnis- oder Konzessionsverfahren, deren Kriterien aus Sicht eines oberen Verwaltungsgerichtes erst durch die Entscheidung eines Verfassungsgerichts konkretisiert werden müssen und – so das BVerfG ausdrücklich in Rn. 186 (!) die Verwaltung dazu zwingen, vor Beginn der Genehmigungsverfahren „einen Verteilmechanismus“ zu kreieren, der „die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht“ und neu in den Markt eintretende Bewerber einbezieht, nicht transparent. Die Kriterien für die Genehmigung und für die erforderlichen Auswahlentscheidungen sind weder „im Voraus festgelegt und bekannt gemacht“ noch sind sie „klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar“.

Der Gerichtshof der Europäischen Union indes verlangt unmissverständlich, dass „alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können“ und dass diese Informationen „im Voraus festgelegt und bekannt gemacht werden“, also

publiziert werden, bevor das Genehmigungsverfahren eröffnet und bevor Anträge gestellt werden können.

Bedarf es zum Verständnis des schon begonnenen Verfahrens erst der Analyse einer nachträglich erfolgten Entscheidung des BVerfG und der Kreation eines Verteilmechanismus durch die Konzessionsstellen, sind die Bedingungen und Modalitäten des Verfahrens weder „im Voraus festgelegt und bekannt gemacht“ noch so „klar, genau und eindeutig formuliert, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.“

Nicht zuletzt besteht Einigkeit, dass mit § 29 Abs. 4 S. 4 GlüÄndStV („unbillige Härte“) ein unbestimmter Rechtsbegriff Bestandteil des glücksspielrechtlichen Erlaubnisverfahrens ist. Da dieser unbestimmte Rechtsbegriff vor Eröffnung des Genehmigungsverfahrens durch den Gesetzgeber nicht so konkretisiert wurde, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter die genaue Bedeutung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs verstehen und ihn in \*gleicher\* Weise auslegen können, können die Konzessionsanforderungen denotwendig nicht „klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar“ sein.

\*Kontakt:\*

Blume Ritscher Nguyen Rega Rechtsanwälte

Rechtsanwalt Rolf Karpenstein

Gerhofstraße 38

20354 Hamburg

Tel.: 0171/8503528

eMail:

„karpenstein@raeblume.de“:mailto:karpenstein@raeblume.de

Online: „www.raeblume.de“:http://www.raeblume.de