C-336/14-1

Ausfertigung 31. MRZ. 2014

Amtsgericht Sonthofen

Az.: 1 Ds 400 Js 17155/11

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr 969420
Luxemburg, den
11. 07. 2014
Der Kanzler,
Im Auftrag
Fax / E-mail: .....
eingegangen am: 11.7.14
Miroslav Alekseyev
Verwaltungsrat

In dem Strafverfahren gegen

1) **Ince** Sebat (geb. Ince),
geboren am 30.01.1966 in Cevizli, Staatsangehörigkeit: türkisch, wohnhaft: Am Alten Bahnhof 3, 87527 Sonthofen

Verteidiger:
Rechtsanwalt **Arendts** Martin, Perlacher Str. 68, 82031 Grünwald, Gz.: Sebat
Untervollmacht:
Rechtsanwalt Karpenstein Rolf, Gerhofstraße 38 , 20354 Hamburg-Gänsemarkt, Gz: ka/kl

wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels gem. § 284 Abs. 1 StGB u.a.

wird der Vorlagebeschluss vom 07.05.2013 wie folgt begründet und konkretisiert (Art. 267 AEUV)

In den verbundenen Strafsachen der Frau Ince, vertreten durch die Rechtsanwälte Martin Arends und Rolf Karpenstein werden dem Gerichtshof gemäß Beschluss vom 07. Mai 2013 folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

I.

Zum ersten Tatvorwurf (Januar 2012) und zum zweiten Tatvorwurf bis Ende Juni 2012:

1 a)

Ist Artikel 56 AEUV dahin auszulegen, dass den Strafverfolgungsbehörden, untersagt ist, die ohne deutsche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten, an im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn die Vermittlung auch eine deutsche Erlaubnis des Veranstalters voraussetzt, den nationalen Stellen aber durch eine unionsrechtswidrige Gesetzeslage („Sportwettenmonopol") verboten ist, nichtstaatlichen Wettveranstaltern eine Erlaubnis zu erteilen?

1 b)
Ändert sich die Beantwortung der Frage 1 a), wenn in einem der 15 deutschen Bundesländer, die das staatliche Sportwettenmonopol gemeinsam errichtet haben und gemeinsam vollziehen, staatliche Stellen in Verbots- oder Strafverfahren behaupten, das gesetzliche Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, werde bei einem eventuellen Antrag auf eine Veranstalter- oder Vermittlungserlaubnis für dieses Bundesland nicht angewendet?

1 c)
Sind die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit sowie das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-186/11 dahin auszulegen, dass sie einer dauerhaften, als „präventiv" bezeichneten Untersagung oder Sanktionierung der grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten entgegenstehen, wenn dies damit begründet wird, dass für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung nicht „*offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar war*", dass die Vermittlungstätigkeit alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen – abgesehen von dem monopolistischen Staatsvorbehalt – erfüllt?

2)
Ist die Richtlinie 98/34/EG dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der ohne deutsche Erlaubnis erfolgten Vermittlung von Sportwetten über einen Wettautomaten an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter entgegensteht, wenn die staatlichen Eingriffe auf einem nicht an die EU-Kommission notifizierten Gesetz eines einzelnen Bundeslandes beruhen, das den ausgelaufenen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen („GlüStV") zum Inhalt hat?

II.

Zum zweiten Tatvorwurf für die Zeit ab Juli 2012

3)
Sind die Artikel 56 AEUV, das Transparenzgebot, der Gleichheitssatz und das unionsrechtliche Verbot der Günstlingswirtschaft dahin auszulegen, dass sie der Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis an einen im EU-Ausland lizenzierten Wettveranstalter in einem Fall entgegenstehen, der durch den für neun Jahre angelegten Glückspieländerungsstaatsvertrag („GlüÄndStV") mit einer „*Experimentierklausel für Sportwetten*" gekennzeichnet ist, der für sieben Jahre die theoretische Möglichkeit vorsieht, maximal 20 Konzessionen auch an nicht staatliche Wettveranstalter mit Legalisierungswirkung für alle deutschen Bundesländer als notwendige Voraussetzung für eine Vermittlungserlaubnis zu vergeben, wenn

a) das Konzessionsverfahren und in diesem Zusammenhang geführte Rechtsstreitigkeiten von der Konzessionsstelle gemeinsam mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei betrieben werden, die die Mehrzahl der Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen im Zusammenhang mit dem unionsrechtswidrigen Sportwettenmonopol regelmäßig beraten und vor nationalen Gerichten gegen private Wettanbieter vertreten hat und mit der Vertretung der staatlichen Stellen in den

Vorabentscheidungsverfahren Markus Stoß, Carmen Media und Winner Wetten beauftragt war,

b) aus der am 8. August 2012 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Konzessionsausschreibung keine Details zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte, zum Inhalt der übrigen verlangten Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der maximal 20 Konzessionäre hervorgingen, Details vielmehr erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist mit einem so genannten „Informationsmemorandum" und zahlreichen weiteren Dokumenten nur Bewerbern mitgeteilt wurden, die sich für eine „zweite Stufe" des Konzessionsverfahrens qualifiziert hatten,

c) die Konzessionsstelle acht Monate nach Beginn des Verfahrens entgegen der Ausschreibung nur 14 Konzessionsbewerber zur persönlichen Präsentation ihrer Sozial- und Sicherheitskonzepte einlädt, weil diese die Mindestvoraussetzungen für eine Konzession zu 100 % erfüllt hätten, 15 Monate nach Beginn des Verfahrens aber mitteilt, kein einziger Bewerber habe die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen in „prüffähiger Form" nachgewiesen,

d) der aus einem Zusammenschluss der staatlichen Lotteriegesellschaften bestehende staatlich beherrschte Konzessionsbewerber („Ods", Ods Deutschland Sportwetten GmbH) zu den 14 Bewerbern gehört, die zur Präsentation ihrer Konzepte bei der Konzessionsstelle eingeladen wurden, wegen ihrer organisatorischen Verflechtung mit Veranstaltern von Sportereignissen aber wohl nicht konzessionsfähig ist, weil die Gesetzeslage (§ 21 Abs. 3 GlüÄndStV) eine strikte Trennung des aktiven Sports und der ihn organisierenden Vereinigungen von der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten verlangt,

e) für die Erteilung einer Konzession unter anderem die Darlegung „der rechtmäßigen Herkunft der für die Veranstaltung des beabsichtigten Sportwettenangebotes erforderlichen Mittel" verlangt wird,

f) die Konzessionsstelle und das über die Vergabe von Konzessionen entscheidende Glücksspielkollegium, das aus Vertretern der Bundesländer besteht, von der Möglichkeit der Konzessionsvergabe an private Wettveranstalter keinen Gebrauch machen, während staatliche Lotterieunternehmen bis ein Jahr nach der eventuellen Konzessionsvergabe Sportwetten, Lotterien und andere Glücksspiele ohne Konzession veranstalten und über ihr flächendeckendes Netz gewerblicher Annahmestellen vertreiben und bewerben dürfen?

Gründe:

A. Ausgangssachverhalt

1. Der Ausgangssachverhalt betrifft zwei verbundene Strafverfahren mit verschiedenen Tatzeiträumen aus dem Jahre 2012. Beide Vorwürfe betreffen die ohne deutsche Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten über einen, in einer „Sportsbar" aufgestellten, so genannten Tipomaten, durch eine türkische Staatsangehörige an einen Wettveranstalter mit Sitz und Lizenz in Österreich. Die Beurteilung des ersten Strafverfahrens fällt nach deutschem

Recht im Wesentlichen unter bayerisches Landesrecht, nämlich dem Ende 2011 ausgelaufenen Glücksspielstaatsvertrag (i. f. „GlüStV"). Die rechtliche Beurteilung des zweiten Strafverfahrens nach deutschem Recht fällt zum Teil unter dieselbe Rechtslage, zum Teil aber unter den Glücksspieländerungsstaatsvertrag (i.f. „GlüÄndStV").

2. Eine deutsche Erlaubnis für Sportwetten hat der mit der Angeklagten assoziierte Wettveranstalter nicht. Unter dem GlüStV war die Vermittlung und Veranstaltung von Wetten ohne deutsche Erlaubnis verboten und die Erteilung einer Erlaubnis an nicht staatliche Wettveranstalter gesetzlich untersagt (§§ 4 Abs. 1 S. 2, 10 Abs. 2 und 5 GlüStV, „staatliches Sportwettenmonopol").

3. Unter dem grundsätzlich weiterhin monopolistischen GlüÄndStV ist eine Erlaubnis (jetzt „Konzession") für Sportwetten zwar als „Experiment" zeitlich beschränkt möglich („*Experimentierklausel für Sportwetten*"). Das zuständige hessische Ministerium für Inneres und Sport und das verantwortliche Glücksspielkollegium, das aus Vertretern aller 16 Bundesländer besteht, haben das Konzessionsverfahren auch im August 2012 mit Unterstützung einer Rechtsanwaltskanzlei im August 2012 eröffnet. Das Verfahren wird jedoch voraussichtlich nicht vor Mitte 2014 abgeschlossen sein und die Konzessionsstelle rechnet auch dann mit zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen.

4. Zwar hatte die Konzessionsstelle im Frühjahr 2013 schon 14 Bewerber in die so genannte Verhandlungsphase zur persönlichen Präsentation von Konzepten eingeladen. Durch E-Mail vom 14. November 2013 hat die Konzessionsstelle jedoch mitgeteilt, kein Antragsteller habe die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen für eine Konzession in „prüffähiger Form" nachgewiesen.

5. Damit der Gerichtshof, die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten zureichend unterrichtet sind, werden im Folgenden die tatsächlichen Umstände, die beiden Rechtslagen nach dem GlüStV und dem GlüÄndStV sowie die komplexe und divergierende deutsche Rechtsprechung zur Auslegung des Unionsrechts im Zusammenhang mit dem deutschen Sportwettenmonpol und dem Erlaubnisvorbehalt eingehend dargelegt.

I. Zum ersten Tatvorwurf (11. - 12. Januar 2012, Verfahren 400 Js 17155/11).

6. Im Jahre 2011 eröffneten die deutsche (bayerische) Polizei und Staatsanwaltschaft gegen Frau Ince ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des strafbaren „illegalen Glücksspiels" gem. § 284 StGB. Dem lagen eine Anzeige von Lotto-Bayern bei der Staatsanwaltschaft Kempten vom 15. Februar 2011 (Bl. 27 und 29 der Akte) und bei der Stadtverwaltung von Sonthofen (Bl. 6 ff. der Akte) zu Grunde.

7. Lotto-Bayern ist der staatliche Sportwetten und Lotterieanbieter des Bundeslandes Bayern und eine staatliche Behörde (Art. 1 Abs. 2 BayVwfG; Fundstelle: BayRS II, S. 213). Lotto-Bayern veranstaltet und vertreibt Sportwetten und andere Glücksspiele in rund 3.700 gewerblichen Annahmestellen in Bayern. Deutschlandweit werden staatliche Glücksspiele, Lotterien und Sportwetten in ca. 26.000 Annahmestellen gemeinschaftlich durch die im Blockvertrag zusammengeschlossen Lotterieunternehmen der 16 Bundesländer vertrieben. Bis November 2006 und dann wieder seit 2012 erfolgte der Vertrieb von Glücksspielen auch über das Internet (www.lotto.de). Als Werbemedium nutzten die staatlichen Anbieter das Internet ununterbrochen.

8. Lotto-Bayern meint, „auch" nach den Urteilen des EuGH vom 8. September 2010 sei die Vermittlung von Sportwetten als „*unerlaubtes Glücksspiel*" strafrechtlich und durch Verbote zu verfolgen und verweist auf ein Schreiben des bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 27. September 2010 (Bl. 8 - 21 der Akte) über die Handhabung des Unionsrechts im Zusammenhang mit Sportwetten nach den Urteilen *Winner Wetten*, *Carmen Media* und *Markus*

Stoß. In diesem Schreiben *„zum weiteren Vorgehen“* an die bayerischen Regierungsbezirke (Regierung von Oberbayern, Niederbayern, Oberpfalz, Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken und Schwaben) argumentiert der Freistaat Bayern, der Gerichtshof habe zwar Bedenken zum deutschen Glücksspielmonopol formuliert. Diese resultierten jedoch nicht aus dem Kohärenzgebot, sondern bezögen sich auf die daneben zu betrachtende Eignung des Lotterie- und Wettmonopols zur Spielsuchtbekämpfung bei Zugrundelegung der in den Vorlagebeschlüssen getroffenen Feststellungen. Da der EuGH nur Auslegungsvorgaben mache, müssten die nationalen Gerichte jeweils für sich prüfen, ob eine Politik der Angebotserweiterung im gewerblichen Spiel und bei den Spielbanken verfolgt wird und ob dies die Schlussfolgerung rechtfertigt, dass mit dem staatlichen Lotterie- und Wettmonopol das Ziel der Spielsuchtbekämpfung nicht mehr wirksam verfolgt werden könne. Das sei nicht der Fall. Dann hebt die bayerische Landesregierung hervor, *„deshalb ist die Monopolregelung des § 10 Abs. 5 GlüStV weiter anzuwenden“* (S. 9 unten, Blatt 16 der Akte).

9. Auch der Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GlüStV sei vom Gerichtshof als unionsrechtskonform bestätigt worden (S. 10). Für die Erteilung einer Erlaubnis gelte die vom EuGH nicht beanstandete Vorgabe des § 4 Abs. 2 S. 1 GlüStV, wonach die Erlaubnis zu versagen ist, wenn das Veranstalten oder das Vermitteln des Glücksspiels den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft. Eine Vermittlungserlaubnis setze eine Veranstaltererlaubnis für das vermittelte Glücksspiel im Freistaat Bayern voraus (Bl. 18 der Akte).

10. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft Kempten erließ das Amtsgericht Kempten (Richterin am Amtsgericht *Lechner*) am 30. November 2011 einen Durchsuchungsbeschluss (Blatt 43 d. Akte). Am 4. Januar 2012 fragte die Polizei bei der *„Regierung der Oberpfalz“* nach dem Stand bezüglich der Erteilung von Erlaubnissen für die Veranstaltung von Sportwetten (Bl. 203, 204 der Akte). Die Regierung der Oberpfalz antwortete wie folgt:

    „Sowohl die Veranstaltung von Sportwetten durch private Veranstalter als auch deren Vermittlung ist nach der jüngsten obergerichtlichen Rechtsprechung nach wie vor erlaubnispflichtig. Nach der aktuellen Rechtsprechung (vgl. insbesondere Beschluss des BayVGH vom 31.3.2011, Az. 10 AS 10.2499) findet das staatliche Sportwettenmonopol keine Anwendung mehr. Daher werden die Verfahren nach den Normen des GlüStV durchgeführt. Hierfür ist die Regierung der Oberpfalz nach § 24 S. 1 GlüStV in Verbindung mit Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 AGGlüStV zentral für den Freistaat Bayern zuständig. Die Erlaubnisvoraussetzungen ergeben sich insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 3, 5, 6 und 7 AGGGlüStV (Vermittlung von Sportwetten). …

    Bei der Vermittlung öffentlicher Glücksspiele ist zudem § 4 Abs. 2 S. 2 GlüStV in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 AGGlüStV zu beachten. Danach setzt eine Vermittlungserlaubnis für öffentliche Glücksspiele eine Veranstaltungserlaubnis für das zu vermittelnde Glücksspiel im Freistaat Bayern voraus.“

11. Die Frage, ob schon Erlaubnisse für Sportwetten vergeben wurden, wurde verneint. Die Regierung der Oberpfalz ergänzte, dass die von der Polizei beispielhaft aufgezählten Wettveranstalter aus dem EU-Ausland keine bayerische Erlaubnis hätten und *„aus diesem Grund eventuell gestellte Anträge von Wettvermittlern abgelehnt werden müssten.“*

12. Mit Schriftsatz vom 20. Januar 2012 machte Rechtsanwalt Arendts als Verteidiger unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH und nationaler Gerichte geltend, dass die Nichterfüllung der Verwaltungsformalität „Vermittlungserlaubnis“ nicht zum Anlass für eine Untersagung oder gar für eine Bestrafung genommen werden darf, weil für Private keine Möglichkeit zum Erhalt einer Erlaubnis für Sportwetten besteht und das Sportwettenmonopol nicht gerechtfertigt ist (Blatt 45 – 57 der Akte). Mit Beschwerde vom 20. Januar 2012 beantragte der Rechtsanwalt, den Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss aufzuheben (Blatt 61 – 107 d. Akte).

13. Die Staatsanwaltschaft Kempten erklärte mit Schreiben vom 10. Februar 2012, die verwaltungsrechtlichen Überlegungen, ob der GlüStV oder die verwaltungsrechtlichen Regeln mit Unionsrecht konform gehen, hätten nichts mit der Frage zu tun, dass der Erlaubnisvorbehalt gültig ist, so *„dass unabhängig von der Frage, ob die Beschuldigte einen Anspruch auf Genehmigung dieser Tätigkeit hat, zum Zeitpunkt ihrer Ausübung jedenfalls eine Erlaubnis nicht vorlag.“* Ebenso wenig könne ein EU-Bürger unter Berufung auf die Unionsrechtswidrigkeit des deutschen Fahrerlaubnisrechts, ohne im Besitz einer gültigen Fahrerlaubnis zu sein, am Straßenverkehr in Deutschland teilnehmen (Blatt 208 der Akte).

14. Das Amtsgericht Kempten (Richter am Amtsgericht *Kögl*) half der Beschwerde durch Beschluss 15. Februar 2012 ab und hob den Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss auf. Die Nachfrage der Polizei bei der Regierung der Oberpfalz habe gezeigt, dass derzeit keine rechtliche Möglichkeit zur Erlangung der geforderten Erlaubnis bestehe. Deshalb könne nicht formalistisch eine Tätigkeit unter Strafe gestellt werden, außer das staatliche Monopol könne gerechtfertigt sein. Das Glücksspielmonopol sei unverhältnismäßig, weil andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und noch dazu ein höheres Suchtpotenzial aufweisen, von Privaten betrieben werden dürfen. In der derzeitigen Ausgestaltung diene der Erlaubnisvorbehalt ausschließlich der Sicherung des staatlichen Monopols, da eine Erlaubnis unter keinen Umständen zu erlangen sei. Es könne von Wettanbietern nicht verlangt werden, eine von vornherein nicht erhältliche Erlaubnis zu beantragen. Es sei Aufgabe des Staates, die Voraussetzungen für eine Erlaubnis so abzufassen, dass allenfalls ungeeignete Personen ausgeschlossen werden, nicht aber alle (Blatt 209 – 211 d. Akte).

15. Die Staatsanwaltschaft legte am 22. Februar 2012 Beschwerde ein (Blatt 212 – 213 d. Akte). Sie meint, das *„Veranstalten zur Teilnahme an Sportwetten“*ohne Erlaubnis sei strafbar, weil Unionsrecht zunächst nur den Gesetzgeber verpflichte und vor dem Spruchrichter nicht unmittelbar umsetzbar sei. Derzeit fänden Verhandlungen über den Abschluss eines neuen GlüStV statt, in dem die Erlangung behördlicher Erlaubnisse neu geregelt werde. Dem Unionsrecht komme weder unmittelbare Anwendbarkeit noch Vorrangigkeit gegenüber deutschem Recht zu.

16. Richter am Amtsgericht *Kögl* half der Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht ab und legte sie dem Landgericht Kempten zur Entscheidung vor (Beschluss vom 27.2.2012, Blatt 214 d. Akte). Die Staatsanwaltschaft führte mit Schreiben vom 21.3.2012 aus, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts („BVerwG“) und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes („BayVGH“) würden den Erlaubnisvorbehalt nicht infrage stellen (Blatt 217, 218 d. Akte). Unabhängig von der Vereinbarkeit des GlüStV mit den Normen der EU sei festzustellen, dass Europarecht nur die Frage betreffe, unter welchen Bedingungen ein Anspruch auf eine Erlaubnis bestehe. In keiner Entscheidung sei in Zweifel gezogen worden, dass die grundsätzliche Regelung „Erlaubnisvorbehalt“ nicht EU-konform wäre. Die Argumentation des Richters am Amtsgericht *Kögl* sei falsch, weil die Rechtsprechung des EuGH primär nur den Gesetzgeber binde. Solange der Gesetzgeber den Erlaubnisvorbehalt in § 284 StGB aufrechterhalte, könne es nicht Aufgabe des Amtsrichters sein, entgegen dem Gesetzeswortlaut Strafbestimmungen faktisch abzuschaffen. Der Beschuldigten wäre außerdem zumutbar gewesen, einen Antrag auf Erlaubnis zu stellen und diese im Falle einer versagenden Verfügung einzuklagen.

17. Das Landgericht Kempten hob durch Beschluss vom 10. April 2012 (Blatt 221 - 224 d. Akte) den Beschluss des Amtsgerichts vom 15. Februar 2012 auf und verwarf die Beschwerde der Angeklagten. Sie sei hinreichend verdächtig, ohne Erlaubnis private Sportwetten zu vermitteln. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei jeder Mitgliedstaat berechtigt, die Vermittlung von Glücksspiel vom Besitz einer Erlaubnis abhängig zu machen. Ausweislich der ständigen Rechtsprechung des BayVGH sowie anderer Verwaltungsgerichte sei eine Verbotsverfügung

nur rechtswidrig, wenn sie auf die unionsrechtwidrige Staatsmonopolbestimmung des § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV und die danach generell fehlende Erlaubnisfähigkeit der Vermittlung von Sportwetten privater Veranstalter gestützt ist. Dies bedeute nicht, dass ein privater Betreiber ohne Erlaubnis private Sportwetten vermitteln dürfe bzw. dass § 284 StGB nicht zur Anwendung komme. Eine Bindung der Strafgerichte an Entscheidungen des EuGH mit der Folge, dass die Anwendung der Strafbarkeit ausgeschlossen sein könnte, bestehe nicht. Auch das Bundesverfassungsgericht („BVerfG") habe die Beurteilung der Strafbarkeit sogar bei festgestellter Verfassungswidrigkeit der alten Rechtslage vor 2008 den Strafgerichten überlassen.

18. Das Landgericht Kempten ergänzt, dass sich aus der aktuellen Rechtsprechung des BayVGH ergebe, dass für jeden privaten Anbieter (und dann auch für Vermittler) nunmehr auch die grundsätzliche Möglichkeit bestehe, eine entsprechende Erlaubnis zu beantragen. Es sei jedem Interessierten zuzumuten, vor der Vermittlung von Wetten einen Antrag zu stellen und im Falle der Ablehnung eine Erlaubnis vor den Verwaltungsgerichten einzuklagen. Die Beschuldigte habe keinen Antrag gestellt. Von der zuständigen Regierung der Oberpfalz sei lediglich bestätigt worden, dass bislang Erlaubnisse nicht erteilt wurden. Falls diese bei ihrer generell ablehnenden Haltung bleibe, sei der Beschuldigten der Rechtsweg zuzumuten.

19. Daraufhin erhob die Staatsanwaltschaft gegen Frau Ince vor dem Amtsgericht Sonthofen am 30. April 2012 Anklage wegen des Vorwurfs, in dem Lokal „Sportsbar" vom 11. Januar bis 12. Januar 2012 mit technischen Geräten an einen nicht bekannten im Ausland aufhältigen Buchmacher den Abschluss von Wetten auf Sportveranstaltungen, insbesondere Fußballwetten, angeboten zu haben. Dies sei strafbar als gewerbsmäßiges unerlaubtes Veranstalten eines Glücksspiels nach § 284 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB.

20. Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2012 (Blatt 257 – 285 d. Akte) beantragte Rechtsanwalt Arendts, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen. Er verwies auf die Rechtsprechung des BayVGH (u.a. Beschluss vom 19. Januar 2012, Az. 10 CS 11.923). Das Sportwettenmonopol sei unanwendbar und eine vollständige Untersagung der Vermittlung von Wetten könne nicht allein auf die formelle Illegalität gestützt werden. Deshalb dürfe erst recht keine strafrechtliche Sanktion erfolgen. Der Gerichtshof habe dies in *Placanica* ausgeführt und in Rn. 115 in der Sache *Markus Stoß u. a.* wiederholt. Das im Jahre 2007 vorlegende VG Stuttgart sei im Anschluss an die Vorlageentscheidungen aus 2010 der Anwendbarkeit des § 284 StGB wie folgt entgegengetreten:

    „Die Untersagungsverfügung kann schließlich auch nicht wegen des vom Beklagten behaupteten Verstoßes gegen § 284 StGB aufrechterhalten werden. ... Denn die Vorschrift kann nach Sinn und Zweck und bei unionsrechtkonformer Auslegung keine Grundlage für polizeiliches Einschreiten darstellen, wenn – wie hier – staatliche Vorschriften eine rechtliche Möglichkeit zur Erteilung einer Genehmigung im Bereich der Sportwetten für Private nicht vorsehen und ein staatliches Monopol dort konkret jedenfalls derzeit nicht gerechtfertigt ist. Unter diesen Umständen fehlt es jedenfalls an einer Strafbarkeit (vgl. VG Hamburg, a.a.O. Rn. 135 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 16.8.2007 – 4 StR 62/07 – NJW 2007, 3078). Anderenfalls würde über den Weg des Strafrechts ermöglicht, eine unionsrechtswidrig in Grundrechte und Grundfreiheiten eingreifende Monopolstruktur vorläufig aufrechtzuerhalten; in seinem Urteil vom 8.9.2010 (Winner Wetten C-409/06, Rn. 62-69) hat der Europäische Gerichtshof aber gerade ausgeschlossen, dass für eine Übergangszeit unionsrechtswidrige Zustände akzeptiert werden dürfen."

21. Die Staatsanwaltschaft verweist mit Schreiben vom 23. Oktober 2012 (Bl. 287 d. Akte) auf ein Urteil des Oberlandesgerichts („OLG") München vom 5.7.2012 (Blatt 250 ff. der Akte), mit dem der Freispruch eines Vermittlers durch das Amtsgericht („AG") Augsburg aufgehoben wurde. Das Amtsgericht hatte im Urteil vom 30. November 2011 (Az. 12 Ds 102 Js 113892/09) ausgeführt, der Erlaubnisvorbehalt diene derzeit ausschließlich dazu, das unionsrechtswidrige

Monopol durchzusetzen. Das OLG München hingegen meint, der Gerichtshof habe in den Entscheidungen vom September 2010 nicht verbindlich festgestellt, dass dem Sportwettenmonopol in seiner konkreten Ausgestaltung Unionsrecht entgegenstehe. Außerdem erfasse der Anwendungsvorrang nur den in § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV normierten Staatsvorbehalt, nicht aber den in § 4 Abs. 1 GlüStV geregelten Erlaubnisvorbehalt. Der Gesetzgeber habe mit dieser veranstalterunabhängigen Erlaubnispflicht die Beachtung der Zielsetzung des Staatsvertrags auch für den Fall sicherstellen wollen, dass das Staatsmonopol gemeinschaftsrechtlich keinen Bestand haben sollte.

22. Durch Eröffnungsbeschluss vom 15. März 2013 hat das vorlegende Gericht die Anklage zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet.

23. Mit Schriftsatz vom 8. April 2013 (Bl. 290 bis 299 d. Akte) hat die Angeklagte ausgeführt, dass mit dem Erlaubnisvorbehalt keine Unterlassungspflicht und schon gar keine Strafbarkeit begründet werden könne, weil die nichterfüllte Verwaltungsformalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt und vereitelt worden sei. Hierzu habe das Amtsgericht Augsburg zutreffend folgendes ausgeführt:

> *„Wenn der Erlaubnisvorbehalt (trotz europarechtswidriger Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols) wirksam bleibt, dann muss es aber für den Angeklagten auch die Möglichkeit gegeben haben, eine Erlaubnis zu erhalten. Der Erlaubnisvorbehalt wäre sonst eine Verbotsvorschrift und würde wieder das europarechtswidrige Sportwettenmonopol absichern. ... Auch diesem Gericht drängt sich daher der Eindruck auf, dass der Freistaat Bayern am staatlichen Sportwettenmonopol festhält und private Anbieter gerade nicht zulassen will. Bis in das Jahr 2012 gab es zur Überzeugung des Gerichts daher kein ergebnisoffenes Erlaubnisverfahren. Der Erlaubnisvorbehalt ist aus Sicht der Verwaltung faktisch eine Verbotsvorschrift. Damit sichert der Erlaubnisvorbehalt bis heute noch das staatliche Sportwettenmonopol ab, welches nach jetzt gefestigter Rechtsprechung europarechtswidrig ausgestaltet ist."*

24. Mit Schriftsatz vom 6. Mai 2013 (Bl. 305 - 323 d. Akte) wies die Angeklagte darauf hin, dass der GlüStV in dem Zeitraum 11. und 12. Januar 2012 ausgelaufen war. Das bayerische Ausführungsgesetz habe den GlüStV zwar in Landesrecht transformiert. Dieses Gesetz sei aber wegen der fehlenden Notifizierung und der Verletzung der Informationsrichtlinie 98/34/EG nicht anwendbar. Eine Strafbarkeit, die an der fehlenden Erlaubnis anknüpft, komme daher nicht in Betracht. Rechtsanwalt Arendts verwies auf ein Urteil des Landgerichts („LG") Bremen vom 10. Mai 2012 (Az. 9 O 476/12), das diese Schlussfolgerung in einem parallelen Fall gezogen habe.

25. Die Angeklagte wies auch auf ein Urteil des BayVGH vom 26. Juni 2012 hin (Az. 10 BV 09.2259). Darin bestätige der BayVGH die unionsrechtswidrige Praxis der im Lotto- und Totoblock gemeinschaftlich agierenden Bundesländer im Bereich des Glücksspiels und der Sportwetten mit Bezug zu dem Internetwerbeverbot. Der BayVGH bestätige, dass die Bundesländer mit dem GlüStV in Wahrheit nicht Suchtgefahren bekämpfen, sondern fiskalische Zwecke verfolgen und habe u.a. folgendes ausgeführt:

> *„Die strukturelle Duldung der Verstöße der Lottogesellschaften gegen das Internetwerbeverbot durch die Aufsichtsbehörden der Bundesländer hat zur Folge, dass das Ziel des Verbots, die Bekämpfung der Glücksspielsucht und den Spieler- und Jugendschutz zu effektivieren, indem das Internet mit seiner Breitenwirkung als Werbemedium konsequent ausgeschlossen wird, nicht wirksam verwirklicht werden kann. Vor diesem Hintergrund kann diesem Ziel für die Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aber nur geringes Gewicht zukommen. Denn wird es von den staatlichen Monopolträgern mit Duldung der zuständigen Aufsichtsbehörden systematisch missachtet, so zeigt dies, dass*

die staatlichen Stellen das Verbot nicht ernst nehmen und in Wahrheit andere, insbesondere fiskalische Ziele verfolgen."

26. Dann zitiert Rechtsanwalt Arendts einen Beschluss vom 26. Juni 2012 des BayVGH (Az. 10 CS 12.522). Darin werde der bayerischen Exekutive vorgehalten, dass es keine ergebnisoffene Möglichkeit für private Wettvermittler und Wettveranstalter gebe, eine Erlaubnis zu erhalten:

„Der Antragstellerin kann das bloße Fehlen der erforderlichen Erlaubnis jedenfalls solange nicht entgegengehalten werden, wie die Erfüllung dieser Verpflichtung unter Verstoß gegen das Unionsrecht vereitelt wird (vgl. EuGH vom 6.3.2007 Rs. C-338/04 *u.a. - M. Placanica u.a. - RdNrn. 69 f. sowie vom 15.9.2011 Rs.* C-347/09 *RdNr. 32; BayVGH vom 12.1.2012 Az.* 10 BV 10.2271, *Rn. 58 sowie zuletzt vom 20.6.2012 Az. 10 CS 12.100 Rn. 30). Davon kann erst dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn das Erlaubnisverfahren mit Blick auf den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang ergebnisoffen durchgeführt wird, die für die Erteilung der Erlaubnis zuständige Behörde im Rahmen des Art. 25 BayVwVfG auf eine ordnungsgemäße und erfolgversprechende Antragstellung hinwirkt und bei Zweifeln oder Unklarheiten über die Beachtung von Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbetätigkeit die Sicherstellung der materiellen Erlaubnisanforderungen gegebenenfalls durch Nebenbestimmungen gewährleistet wird (vgl. BayVGH vom 12.1.2012 Az.* 10 BV 10.2271 *Rn. 58 sowie vom 20.6.2012 Az. 10 CS 12.100 Rn. 30). Es bestehen aber erhebliche Zweifel, ob dies derzeit geschieht.*

Zwar haben Freistaat Bayern und Vertreter des öffentlichen Interesses dem VGH gegenüber im Rahmen ähnlicher glücksspielrechtlicher Verfahren wiederholt erklärt, dass die Prüfung von Erlaubnisanträgen ergebnisoffen erfolge. An substantiierten Darlegungen und Belegen fehlt es aber insoweit bisher. Erlaubnisse für das Veranstalten oder Vermitteln von Sportwetten durch Private sind bisher jedenfalls offenbar nicht erteilt worden. Dass dies allein an nicht ordnungsgemäßen Erlaubnisanträgen läge, ist für den Senat nicht ersichtlich. Der Freistaat Bayern hat außerdem in Bezug auf alle Urteile des Senats, die auf die Unanwendbarkeit der das staatliche Sportwettenmonopol begründenden Regelung von § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV in Folge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gestützt sind, als Beklagter oder durch den Vertreter des öffentlichen Interesses Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision mit der Begründung erhoben, dass er die Auffassung des Senats zur Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung nicht teile. Aus allen diesen Gründen drängt sich dem Senat der Eindruck auf, dass der Freistaat Bayern am staatlichen Sportwettenmonopol bis zum Inkrafttreten eines neuen Glücksspielstaatsvertrags festhalten und private Wettanbieter demgemäß gerade nicht zulassen will (vgl. BayVGH vom 20.6.2012 Az. 10 CS 12.100 RdNr. 30)."

27. Nach Beweisaufnahme und Anhörung der Angeklagten hat das vorlegende Gericht durch Beschluss vom 7. Mai 2013 das Verfahren ausgesetzt und beschlossen, den Gerichtshof zur Auslegung des Unionsrechts anzurufen und vor der Ausformulierung der Vorlagefragen die Begründung der Urteile des BVerwG v. 16. Mai 2013 abzuwarten.

II. Zum zweiten Tatvorwurf (7. April 2012 - 7. November 2012, Az. Js 7378/12

28. Der zweite Tatvorwurf begann mit einer polizeilichen Kontrolle in der „Sportsbar" von Frau Ince am 13. April 2012, bei der ein Wettautomat vorgefunden wurde. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft Kempten erließ das Amtsgericht Kempten (Richterin am Amtsgericht *Lechner*) am 9. August 2012 einen Durchsuchungsbeschluss (Blatt 12, 13 der Akte). Auf erneuten Antrag erging ein weiterer Durchsuchungsbeschluss am 7. November 2012 und zugleich wurde der frühere Beschluss aufgehoben. Aufgrund dieses zweiten Beschlusses wurde das Lokal am 7. November 2012 durchsucht und ein Wettautomat beschlagnahmt. Am 7. Mai 2013 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage gegen Frau Ince. Sie wirft ihr vor, als

verantwortliche Inhaberin der Sportsbar zwischen dem 13. April 2012 und dem 7. November 2012 einen Live-Sportwettenautomaten in der Absicht betrieben zu haben, interessierten Dritten den Abschluss von Sportwetten zu vermitteln obwohl sie nicht im Besitz der erforderlichen Erlaubnis war. Dies sei strafbar als gewerbsmäßiges unerlaubtes Veranstalten eines Glücksspiels nach § 264 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB (gemeint sein dürfte § 284 StGB) (Blatt 33/34 d. Akte).

29. Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2013 (Bl. 36 - 63 d. Akte) verwies Rechtsanwalt Arendts für die Angeklagte auf seine Ausführungen in dem Parallelverfahren. Darin habe er eine E-Mail vom 4. Dezember 2012 der Regierung von Schwaben (Freistaat Bayern) an seine Kanzlei wie folgt zitiert:

„Mit Fax vom 28.11.2012 informierten Sie uns darüber, dass Sie Sportwettenvermittler im Regierungsbezirk Schwaben anwaltlich vertreten und baten um Übersendung von Antragsformularen und Informationsmaterialien zum Erlaubnisverfahren für Wettvermittlungsstellen, damit Ihre Mandanten „...unverzüglich einen entsprechenden Antrag stellen können". Hierzu teilen wir Ihnen mit, dass wir zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Antragsformulare übersenden. Eine besondere Eilbedürftigkeit besteht unseres Erachtens auch nicht. So können derzeit keine zulässigen Erlaubnisanträge für Wettvermittlungsstellen gestellt werden, nachdem das Konzessionsverfahren gemäß § 4a ff. GlüStV noch nicht abgeschlossen ist. Dies ergibt sich aus § 10a Abs. 5 S. 2 Halbsatz 2 GlüStV, der § 29 Abs. 2 S. 2 GlüStV für entsprechend anwendbar erklärt. Danach stellen nicht die Vermittler selbst, sondern die Konzessionsnehmer für ihre Vermittler den Erlaubnisantrag. Der Kreis der Konzessionsnehmer – und damit der künftig berechtigten Antragsteller – steht jedoch noch nicht fest. Ihre Mandanten können jedenfalls, wie oben dargestellt, einen Erlaubnisantrag auch nach Abschluss des Konzessionsverfahrens nicht selbst stellen."

31. Der Rechtsanwalt führte aus, dass es derzeit unbestreitbar kein Erlaubnisverfahren für Vermittler, erst recht kein „ergebnisoffenes" gebe. Außerdem könnten nur die Veranstalter für Vermittler eine Erlaubnis beantragen und dies könnte frühestens Jahr 2014 erfolgen. Der zunächst für April/Mai 2013 vorgesehene Abschluss des seit August 2012 laufenden Konzessionsverfahrens für Wettveranstalter sei nicht abzusehen. So habe das VG Wiesbaden in einem Beschluss vom 30. April 2013 (Az. 5 L 90/13 WI.) die fehlende Transparenz des Verfahrens bestätigt und eine endgültige Klärung der Auseinandersetzungen werde nicht zeitnah erfolgen. Die Konzessionsstelle suche Anwälte für mindestens 80 Gerichtsverfahren. (Bl. 40 d. Akte).

31. Außerdem zitiert Rechtsanwalt Arendts eine Entscheidung des VG Hamburg (Beschluss vom 29. April 2013, Az. 4 331/12) wie folgt:

„Es ist bei dieser Sachlage nicht gerechtfertigt, für die Dauer des Konzessionsverfahrens und des daran anschließenden Verwaltungsverfahrens zur Erlaubniserteilung für die Wettannahmestellen eine Untersagung auf das Fehlen der Erlaubnis zu stützen. In diesem Sinne hat auch das OVG Saarlouis entschieden (Beschluss vom 6. Dezember 2012 - 3 B 268/12). Danach vermag das rein formale Fehlen der nach §4 Abs. 1 S. 1 GlüStV erforderlichen Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten eine umfassende glückspielrechtliche Untersagung nicht zu rechtfertigen, solange das Konzessionsverfahren gemäß § 4a GlüStV noch nicht abgeschlossen ist, weil ein Antrag auf Erteilung einer Vermittlungserlaubnis vor der Konzessionsentscheidung aussichtslos wäre. Dabei hat das OVG Saarlouis ausdrücklich darauf abgehoben, dass der Schwebezustand auf die verzögerte Umsetzung des neuen GlüÄndStVs zurückzuführen ist. Auch nach der Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg ist das Fehlen einer Erlaubnis während des laufenden Konzessionsverfahrens für eine Untersagung nicht ausreichend.

Soweit demgegenüber in der Rechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten wird, dass unter Geltung des GlüÄndStV bereits das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis Untersagungsverfügungen tragen würde (so VG Karlsruhe, Urteil vom 15. November 2012 - 3 K 1119/12), folgt die Kammer dem nicht. Ein solches Verständnis der Eingriffsbefugnis des § 9 Abs. 1 S. 2, S. 3 Nr. 3 GlüStV würde die Dienstleistungsfreiheit der Antragstellerin, in deren Licht die glücksspielrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die Eingriffsbefugnis, auszulegen ist, konterkarieren (in diesem Sinne auch OVG Berlin, Brandenburg, Beschluss vom 24. August 2008 – A. OVG 1 S 44.12.). Wie die Kammer mehrfach entschieden hat und wie auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt ist, wird die Annahme von Sportwetten und die Vermittlung an ein Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat nach Art. 56 AEUV geschützt. Gleichzeitig ist das frühere Sportwettenmonopol des außer Kraft getretenen GlüStV mit dieser Grundfreiheit nicht vereinbar gewesen (vgl. nur VG Hamburg, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 4 K 2860/08 u.a.). Soweit die Vorschriften des GlüÄndStV ein solches staatliches Monopol nicht vorsehen, sondern auch an Private die Erteilung von Veranstaltungs- und Vermittlungserlaubnissen zulassen, ist es europarechtlich geboten, dass die entsprechenden Bestimmungen nicht nur erlassen und in Kraft getreten sind, sondern in der Verwaltungspraxis auch tatsächlich umgesetzt werden. Denn die Grundfreiheiten werden nur gewahrt, wenn ihre Gewährleistungen sich in der Praxis tatsächlich bewähren.

Sind danach die staatlichen Sportwetten-Veranstalter und ihre Vermittler berechtigt, ihren Betrieb aufrechtzuerhalten, muss dies auch für die Antragstellerin gelten. Andernfalls hätte das Inkrafttreten des GlüÄndStV, der im Hinblick auf das Konzessionsverfahrens bei Sportwetten ein europarechtswidriges Monopol beseitigen sollte, eine Verschlechterung der Rechtsposition der Antragstellerin zur Folge. Denn vor Inkrafttreten der neuen Rechtslage war die Antragstellerin nach der Rechtsprechung der Kammer und der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die europarechtliche Unanwendbarkeit des Sportwettenmonopols zur Vermittlung von Sportwetten berechtigt. Während des laufenden Konzessionsverfahrens kann die Antragstellerin im Hinblick auf ihre Dienstleistungsfreiheit nicht schlechter stehen."

32. Das vorlegende Gericht hat dieses Strafverfahren mit dem ersten Strafverfahren gegen Frau Ince verbunden.

III. **Die Rechtslage sowie die Tendenzen der deutschen Rechtsprechung im Zeitpunkt des ersten Tatvorwurfs (Januar 2012)**

33. Dem Gerichtshof ist aus dem Verfahren *Carmen Media* bekannt, dass die deutsche Rechtslage im Bereich der Sportwetten seit 2008 durch den von 16 deutschen Bundesländern abgeschlossenen GlüStV gekennzeichnet ist (www.gluecksspiel.uni-hohenheim.de/staatsvertrag). Der GlüStV erlangte am 1. Januar 2008 bundesweit Gesetzeskraft und lief Ende 2011 aus. Nach § 10 Abs. 2 können die Länder ihre „*ordnungsrechtliche Aufgabe*", ein ausreichendes Glücksspielangebot zur Verfügung zu stellen, selbst oder durch staatlich beherrschte Unternehmen erfüllen. § 10 Abs. 5 GlüStV bestimmt, dass anderen keine Erlaubnis für Sportwetten erteilt werden darf. Und § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV bestimmt, dass öffentliche Glücksspiele, wozu per Definition des § 3 auch Sportwetten zählen, nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Bundeslandes veranstaltet oder vermittelt werden dürfen. Das Veranstalten oder Vermitteln ohne diese Erlaubnis („*unerlaubtes Glücksspiel*") wird in § 4 Abs. 1 Satz 2 explizit verboten.

34. Nach § 9 Absatz 1 S. 2, S. 3 Nr. 3 GlüStV kann die zuständige Landesbehörde die Veranstaltung oder Vermittlung unerlaubten Glücksspiels untersagen. Nach § 9 Abs. 3 GlüStV arbeiten die Bundesländer bei der Glücksspielaufsicht zusammen. Dazu haben sie eine gemeinsame Geschäftsstelle beim hessischen Ministerium für Inneres und Sport errichtet.

35. Daneben stellt Bundesrecht (§ 284 StGB) die Veranstaltung von öffentlichem Glücksspiel *„ohne behördliche Erlaubnis"* unter Strafe. Unter dem Tatbestandsmerkmal *„behördliche Erlaubnis"* wird allgemein die Erlaubnis einer *deutschen* Behörde verstanden. Die Legalisierungswirkung von Erlaubnissen einer Behörde der DDR ist allerdings umstritten. Hierzu wird vertreten, ihre Legalisierungswirkung beschränke sich nach der Wiedervereinigung auf das frühere Ost-Berlin und auf das räumliche Gebiet der fünf „neuen" Bundesländer (BGH, Urt. v. 29.9.2011, I ZR 189/08; BVerwG, Urt. v. 1.6.2011, 8 C 5.10). Nach anderer Ansicht legalisieren sportwettenrechtliche DDR-Gewerbeerlaubnisse deutschlandweit den Vertrieb von Sportwetten (VG Stuttgart, Urt. v. 7.10.2008, 4 K 3230/06; VG Gera, Urt. v. 14.12.2010, 5 K 155/09; *Voßkuhle*, GewA 2006, 395 ff.).

36. Außerdem regelt das RennWett- und Lotteriegesetz von 1922 die gewerbliche Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten auf den Pferdesport (vgl. EuGH, *Carmen Media*, Rn. 4-6). Zu Einzelheiten der deutschen Rechtslage Folgendes:

1. Zustimmungsgesetzte und Ausführungsgesetzte zum GlüStV

37. Der GlüStV 2008 wurde von den Landesparlamenten ratifiziert und damit zu einer gesetzlichen Vorschrift. In Bayern geschah dies durch einen Beschluss des Landtages (GVBl. Bay 2007, S 906), in den übrigen Bundesländern durch ein Zustimmungsgesetz. Diese Zustimmungsgesetze der Länder sind streng zu trennen von den jeweiligen *Ausführungsgesetzen* der Länder (dazu *Carmen Media*, Rn. 19 ff.). In § 24 GlüStV findet sich die Grundlage zum Erlass der Ausführungsgesetze. Diese gestalten die Vorgaben des GlüStV aus, ergänzen dessen Vorgaben inhaltlich und nehmen bestimmte landesspezifische Regelungen vor. Insbesondere enthalten sie Vorschriften über Ordnungswidrigkeiten. Die Zustimmungsgesetze zum GlüStV und die Ausführungsgesetze wurden nicht an die Kommission notifiziert.

2. Entstehungsgeschichte des GlüStV

38. Zum Verständnis der divergierenden Ansichten im Bereich der Sportwetten ist die Entstehungsgeschichte des GlüStV bedeutsam. Der GlüStV diente in erster Linie dazu, das von den Bundesländern und ihren Lotterieunternehmen begehrte Veranstalter-Monopol für Lotterien und Sportwetten zu erhalten. Der GlüStV sollte Defizite beheben, die das BVerfG im Urteil vom 28. März 2006 (1 BvR 1054/01, vgl. *Carmen Media*, Rn. 8) in Anlehnung an die *Gambelli*-Entscheidung aufgezeigt hatte. Daher nahmen die Länder gewisse Beschränkungen des Angebotes der Monopolträger vor. Werbung für erlaubtes Glücksspiel durfte zwar auf Plakaten, in öffentlichen Verkehrsmitteln etc. sowie in Zeitschriften und Zeitungen und im Radio erfolgen, nicht aber im Internet oder Fernsehen (§ 5 GlüStV).

39. Die staatlichen Lotteriegesellschaften vertreiben Sportwetten, Glücksspiele und Lotterien über ca. 26.000 gewerbliche stationäre Annahmestellen. § 4 Abs. 4 GlüStV enthält auch das Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet („Internetvertriebsverbot"). Ob das Internetvertriebsverbot neben den erlaubnisfähigen Monopolträgern und den gewerblichen Spielvermittlern, die das staatliche Angebot bis Ende 2008 über das Internet vermitteln durften (vgl. EuGH, *Carmen Media*), auch private Anbieter betrifft, ist umstritten. Weil private Wettveranstalter nach der Systematik des GlüStV von vornherein ausgeschlossen sind und der GlüStV in erster Linie geschaffen wurde, um diesen Ausschluss zu rechtfertigen, wird vertreten, dass das Internetvertriebsverbot nicht die ohnehin ausnahmslos verbotenen privaten Anbieter (zusätzlich) beschränken will, sondern vor einem fiskalisch ausgerichteten Monopol schützt und deshalb nur die erlaubnisfähigen Monopolträger und deren Vermittler betrifft. Die Urteile des BVerwG vom 24. November 2010 deuten in diese Richtung. Das BVerwG hatte geurteilt, dass die Bestimmungen über Art und Zuschnitt

zulässiger Sportwetten und die Vorgaben für deren Vermarktung nicht private Sportwettenanbieter oder -vermittler betreffen, sondern nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger regeln (BVerwG, 8 C 13.09, Rn. 30, 8 C 14.09, Rn. 26, 8 C 15.09, Rn. 26).

40. Der mit dem GlüStV ab 2008 gesetzlich in § Abs. 4 GlüStV bestätigte Verzicht der Monopolträger auf den Internetvertrieb ist das Resultat eines vom Bundeskartellamt 2006 gegen die staatlichen Lotterieunternehmen geführten Kartellverfahrens. Wie der Bundesgerichtshofs („BGH") im Urteil vom 24. September 2013 (BGH, KZR 62/11) ausführt, hatten die staatlichen Lotterieunternehmen unter Verletzung des Kartellrechts vereinbart, Lotterien und Sportwetten nur in dem Bundesland ihres Sitzes zu vertreiben. Das Bundeskartellamt hat ihnen deshalb durch Beschluss vom 23. August 2006 (BKartA, B 10-92713-Kc-148/05) untersagt, ihren Internetvertrieb auf Teilnehmer des Bundeslandes zu beschränken, die ihren Wohnsitz im Land der jeweiligen Lottogesellschaft haben. Mit Vollstreckungsbeschluss vom 30. Oktober 2006 hat das Bundeskartellamt den Lotterieunternehmen ein Zwangsgeld angedroht, wenn sie über den 6. November 2006 hinaus ihren Internetvertrieb auf Spielteilnehmer in ihrem Bundesland beschränken (BKartA, Vollstreckungsbeschluss vom 30. Oktober 2006, Az. 92713-KC 528/06). Die Bundesländer entschieden dann am 6. November 2006 nicht, den Internetvertrieb freizugeben, sondern stellten ihn ein und beschränkten den Vertrieb ihrer Glücksspielprodukte und Sportwetten auf die rund 26.000 gewerblichen Annahmestellen (BGH, KZR 62/11, Rn. 8). Anschließend kamen die Bundesländer auf der Konferenz der Ministerpräsidenten vom 12./13. Dezember 2006 grundsätzlich überein, ihren Monopolträgern mit dem GlüStV zum 1.1.2008 als Vermarktungsbeschränkung ein Internetvertriebsverbot und bestimmte Werbeverbote aufzuerlegen.

3. Die Rechtslage nach Auslaufen des GlüStV zum Ende 2011

41. Nach seinem § 28 lief der GlüStV Ende 2011 aus. Von der Verlängerungsoption wurde kein Gebrauch gemacht und Schleswig-Holstein liberalisierte Glücksspiele und Sportwetten. Die deutschen Bundesländer (abgesehen von Schleswig-Holstein) beschlossen aber jeweils Gesetze, wonach der (ausgelaufene) GlüStV als Landesrecht fortgelte. In Bayern erfolgte dies vorab durch Gesetz (AGGLÜSTV) vom 20. Dezember 2007 (Fundstelle: BayGVBl 2007, Seite 922). § 10 Abs. 2 AGGLÜSTV lautet:

> *„Tritt der GlüStV nach seinem § 28 Absatz 1 S. 1 zum 31. Dezember 2011 außer Kraft, bleiben seine Regelungen mit Ausnahme der §§ 26, 28 und 29 bis zum Inkrafttreten eines neuen Staatsvertrages als Landesgesetz in Kraft."*

42. Weder dieses noch die Gesetze anderer Bundesländer, die den ausgelaufenen GlüStV als eigenständige Regelungen beinhalten, wurden notifiziert. Dies wurde von deutschen Gerichten unterschiedlich bewertet. Mit Urteil vom 10. Mai 2012 (9 O 476/12) meinte das LG Bremen, dass die technischen Vorschriften eines Landesgesetzes mit dem Inhalt des ausgelaufenen GlüStV nicht anwendbar sind:

> *„Die Verfügungsbeklagte hat nicht gegen eine gesetzliche Bestimmung verstoßen, die das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele untersagt. Zwar soll ein solches bis zum 31.12.2011 aus §4 Abs. 4 GlüStV folgendes Verbot gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 des Bremer Fortgeltungsgesetzes (BremGlüStVG) als bremisches Landesrecht fortgelten. Diese Vorschrift kann jedoch nicht angewandt werden, weil das Land Bremen seiner europarechtlichen Notifizierungspflicht nicht nachgekommen ist. ... Zwar ist der GlüStV der Kommission am 21. Dezember 2006 notifiziert worden. Auch die in § 1 BremGlüStVG enthaltene Zustimmung des Landes Bremen zum GlüStV stellt keinen über diesen Vertrag hinausgehenden notifizierungspflichtigen Inhalt dar. Dies gilt allerdings nicht für § 2 Abs. 3*

BremGlüStVG, wonach über den 31.12.2011 hinaus der GlüStV als bremisches Landesgesetz fortgelten soll.

Diese Vorschrift war nach Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 3 der Informationsrichtlinie notifizierungspflichtig. Danach wird eine erneute Notifizierungspflicht ausgelöst, wenn „wesentliche Änderungen"vorgenommen werden, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen oder Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen". Dies ist hier der Fall, denn § 2 Abs. 3 S. 1 BremGlüStVG ändert den Anwendungsbereich im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 3 der Informationsrichtlinie. Mit der im bremischen Landesgesetz angeordneten Fortgeltung über den 31.12.2011 hinaus wird die ursprünglich in § 28 Abs. 1 S. 1 GlüStV vorgesehene zeitliche Befristung des GlüStV auf den 31.12.2011 geändert, indem eine Fortgeltung über diesen Tag hinaus vorgesehen wird."

43. Das OLG Bremen hat diese Auslegung der Informationsrichtlinie nicht geteilt (OLG Bremen, 2 U 61/12, Urt. vom 12. Oktober 2012). Die faktische Fortgeltung des GlüStV als Landesgesetz sei keine „*wesentliche Änderung*". Dass Bremen nach Auslaufen des Staatsvertrages für sich alleine die Regelungen des GlüStV als Landesrecht beschlossen habe, wirke sich nicht anders aus, als die in § 28 Abs. 1 GlüStV als Option vorgesehene Verlängerung der Ursprungsregelung.

44. Der BayVGH hat die Frage, ob das Internetwerbeverbot (§ 5 Abs. 3 GlüStV) wegen Missachtung der Notifizierungspflicht unanwendbar ist, in seinem Urteil vom 26. Juni 2012 offengelassen. Aus seiner Sicht sind die Werbebeschränkungen von Sportwetten im Internet schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Bundesländer damit in Wahrheit illegitime Zwecke verfolgen (BayVGH, 10 BV 09.2259, Rn. 55 ff.).

4. Die deutsche Rechtsprechung zum Erlaubnisvorbehalt

45. In der deutschen Rechtsprechung und Literatur herrscht Einigkeit, dass die Strafbarkeit der Vermittlung von Sportwetten nach § 284 StGB wegen fehlender deutscher Erlaubnis nicht losgelöst von der unionsrechtlichen Beurteilung des gesamten Sportwettenrechts beantwortet werden darf. Dies folgt aus der verwaltungsakzessorischen Natur des § 284 StGB (BGH, Urteil vom 16. August 2007, 4 StR 62/07, Rn. 21; OLG München, Urt. v. 26. September 2006, 5 St RR 115/05, Rn. 59). Derjenige Anbieter von Sportwetten, der nicht zunächst eine behördliche Erlaubnis im Sinne von § 284 StGB beantragt und erhalten hat, ist daher nicht strafbar, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem unionsrechtswidrigen Rechtszustand beruht (BVerfG, Beschl. v. 3.9.2013, 1 BvL 7/12, Rn. 16).

46. Ob eine Untersagung wegen „*illegalen Glücksspiels*" als Grundlage für die Strafbarkeit allein gestützt auf den Erlaubnisvorbehalt erfolgen darf, wird dennoch von deutschen Gerichten und Behörden (sehr) unterschiedlich beurteilt und gehandhabt. Zwar hat der Gerichtshof in *Placanica* (Rn. 67 ff.) klargestellt, dass keine Sanktion wegen des Fehlens einer Erlaubnis verhängt werden darf, wenn diese unionsrechtswidrig verweigert wurde. In den Urteilen *Markus Stoß* (Rn. 115) und *Costa/Cifone* (Rn. 43) hat der Gerichtshof dies wiederholt. Auch haben zahlreiche deutsche Gerichte in den vergangenen Jahren privaten Wettvermittlern und Wettveranstaltern Rechtsschutz gegen behördliche Verbote und strafrechtliche Sanktionen gewährt, weil das Sportwettenmonopl nicht gerechtfertigt sei. Dazu hat die Angeklagte Beispiele aufgeführt. Auch das Amtsgericht Kempten (Richter am Amtsgericht *Kögl*) hat sich so positioniert, weil eine rechtliche Möglichkeit zur Erlangung der Erlaubnis nicht besteht; dies habe auch die Nachfrage der Polizei bei der Regierung der Oberpfalz gezeigt.

47. Jedoch beurteilen deutsche Gerichte und Behörden, insbesondere die Staatsanwaltschaft und das Landgericht Kempten, das Fehlen einer deutschen Erlaubnis auch anders. Zwar wird jedenfalls seit den Urteilen des Gerichtshofs vom 8. September 2010 weitgehend von allen

Gerichten anerkannt, dass mit der Monopolisierung von Sportwetten illegitime Zwecke verfolgt werden (zuletzt: BVerwG, Urt. vom 20.6.2013, 8 C 10.12, 12.12., Rn. 49 und 17.12, Rn. 60 ff.). Nicht nur zwischen privaten Anbietern und den Behörden, sondern auch zwischen den Gerichten untereinander besteht aber seit Jahren Streit, welche unionsrechtlichen Konsequenzen daraus für behördliche Verbote und strafrechtliche Sanktionen zu ziehen sind, wie beispielhaft folgende Passage aus einem Urteil des VG Berlin vom 4. November 2010 (VG 35 K 75.09, S. 5) verdeutlicht:

„Der Kläger kann nicht darauf verwiesen werden, zunächst eine Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 S. 1 des GlüStV zu beantragen (so wohl aber VG Regensburg, Beschluss vom 30. April 2008 – RO 4 S 08.252 -, Rn. 17, 19; insoweit jedoch ausdrücklich nicht bestätigt durch BayVGH, Beschluss vom 8. Juli 2008 – 10 CS 08.1364 –, Rn. 11: „Die Antragsteller haben ...die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass für Vermittler privater Wettangebote ein Erlaubnisverfahren bereit stünde, mit gewichtigen Argumenten in Zweifel gezogen. Sie haben zutreffend ausgeführt, dass das Erlaubnisverfahren nach § 4 Abs. 1 GlüStV grundsätzlich nur für Veranstalter und Vermittler staatlicher Wettangebote geschaffen worden ist und dass nach § 4 Abs. 2 S. 2 GlüStV in Verbindung mit § 10 Abs. 5 GlüStV die Erteilung einer solchen Erlaubnis an Vermittler privater Sport Wettangebote ausgeschlossen ist. Die Veranstaltung von Sportwetten ist in Bayern ausnahmslos dem Freistaat oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder privat-rechtlichen Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, vorbehalten. Es besteht insofern weiterhin ein reines Staatsmonopol, das die Vermittlung privater Wettangebote ausschließt. Das Genehmigungsverfahren für Vermittler staatlicher Wettangebote ist nicht darauf angelegt, auch als Genehmigungsverfahren für Vermittler privater Wettangebote zu dienen, so dass die Antragsteller auch nicht auf die Durchführung dieses Verfahrens verwiesen werden könnten.“)

Das Erlaubnisverfahren nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV ist demnach nur für (Wettveranstalter und) Vermittler staatlicher Wettangebote geschaffen worden, die Erteilung einer Erlaubnis an Vermittler privater Wettangebote ist nach § 4 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 10 Abs. 5 und Abs. 2 GlüStV ausgeschlossen (dazu ausführlich Urteil vom 7. Juli 2008 – VG 35 A 149.07, Rn. 40 ff., sowie weitere Urteile; a.A.: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. Oktober 2010 – OVG 1 S 154.10, Rn. 6 ff.). Es besteht auch keine Möglichkeit, im Wege der Auslegung das Genehmigungsverfahren des § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 GlüStV für Vermittler staatlich veranstalteter Sportwetten auch als ein Genehmigungsverfahren für private Wettangebote zu verstehen. ... Zum einen würde ein Erlaubnisverfahren, das auch die Zulassung privater Vermittler einbezieht, weitere grundlegende gesetzliche Regelungen erfordern, die das Gericht nicht fingieren kann (zum Gebot richterlicher Zurückhaltung vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. Dezember 2009 – OVG 1 S 09, Rn. 14). Beispielsweise müsste der Gesetzgeber klären, ob der private Vermittler eine "Annahmestelle" im Sinne des § 3 Abs. 5 GlüStV betreibt, ob dann eine Erlaubnis für ihn nur über einen Antrag der DKLB zu erlangen wäre (vgl. § 8 Abs. 1 AG GlüStV), ob die Erteilung der so beantragten Erlaubnis mit der Begründung, es gebe bereits 1100 Annahmestellen (der DKLB) in Berlin, abgelehnt werden könnte (vgl. § 8 Abs. 1 AG GlüStV), oder ob der Betreiber einer Sportwetten-Annahmestelle eine gewerbliche Spielvermittlung im Sinne des § 3 Abs. 6 GlüStV betreibt und dann schon deshalb die Einrichtung einer örtlichen Verkaufsstelle unzulässig wäre (vgl. § 13 Abs. 2 AG GlüStV), ob der Betreiber einer Annahmestelle eine vom Land Berlin erteilte Erlaubnis des privaten (ausländischen) Veranstalters nachweisen müsste, und – falls ja – nach welchen vom Gesetzgeber unstreitig nicht vorgesehenen Regelungen der Veranstalter diese Erlaubnis beantragen und erhalten können sollte, falls nein, aus welchem Grund nicht der Veranstalter, wohl aber der Vermittler eine Erlaubnis innehaben müsste.

Darüber hinaus ist ein hypothetischer Wille des Gesetzgebers, im Falle einer Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols ein Zulassungsverfahren für private Sportwett-Vermittler zu schaffen, nicht ansatzweise zu erkennen. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich und eindeutig in der gesamten Regelungsstruktur des GlüStV wie des Berliner Ausführungsgesetzes für ein staatliches Sportwettenveranstaltungsmonopol ausgesprochen. Eine hiervon abweichende, alternativ in eine andere Richtung gehende Absicht ist dem Gesetzgeber im vorliegenden Fall nicht zu unterstellen ...“

48. Kurz darauf hat sich das BVerwG in seinen drei Urteilen vom 24. November 2010 mit dem Sportwettenmonopol befasst (BVerwG 8 C 13.09, 14.09 und 15.09). Die Verfahren 14.09 und 15.09 betrafen die Vermittlung von Sportwetten im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit, das Verfahren 13.09 aus Sicht des BVerwG nicht (ebenda, Rn. 84). Das BVerwG hat mit Blick auf die *Carmen Media*-Entscheidung in 8 C 14.09 und 15.09 die Urteile der Vorinstanzen (BayVGH) aufgehoben. Die Vorinstanz habe fehlerhaft nicht geprüft, ob die gesetzliche Regelung und/oder die Anwendungspraxis in anderen Glücksspielbereichen die Verbraucher zur Teilnahme am Spiel ermuntert oder anreizt, oder ob sie in anderer Weise - insbesondere aus fiskalischen Interessen – auf eine Expansion gerichtet ist oder diese duldet. Aus der Zurückverweisung ließ sich folgern, dass das bloße Fehlen einer Erlaubnis aus Sicht des BVerwG nicht isoliert die Untersagung rechtfertigt, denn sonst hätte das BVerwG die Vorinstanz bestätigt.

49. Dennoch blieben die Gerichte weiterhin in zwei Lager geteilt, die sich diametral gegenüber stehen. Das eine Lager meint, dass der Erlaubnisvorbehalt nicht isoliert von dem Verbot des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV angewendet werden darf. Die Fiktion eines Erlaubnisverfahrens für Private durch den Richter sei unzulässig. Das Erlaubnisverfahren des GlüStV und der Ausführungsgesetze sei auch nicht auf private Wettveranstalter und deren Vermittler zugeschnitten, sondern nur auf die staatlichen Monopolträger und deren Vermittler. Beispielhaft sei auf das VG Berlin verwiesen, das an seiner Rechtsprechung trotz entgegenstehender ständiger Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg festhielt und z. B. im Beschluss vom 22. September 2011 (VG 35 L 344.11) ausführte:

„Das Vermittlungsverbot für Sportwetten kann nicht auf formelle Illegalität gestützt werden, weil eine erforderliche Erlaubnis für die streitgegenständliche Tätigkeit nicht vorliege. Dies hat das BVerwG ausdrücklich festgestellt (Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 13/09 –, juris, Rn. 72). Zwar hat es unmittelbar danach – als „obiter dictum“ – von einem „Erlaubnisvorbehalt“ gesprochen, der unabhängig von der Wirksamkeit des staatlichen Sportwettenmonopols bestehe (8 C 13/09, a.a.O., juris, Rn. 73). Gestützt hat es seine Entscheidung jedoch nicht auf das bloße Fehlen der (in jenem Fall zwar beantragten, aber nicht bewilligten) Erlaubnis, sondern auf den Mangel der Erlaubnisfähigkeit im Sinne eines normativen Verbotenseins (a.a.O., Rn. 72; ebenso Urteil vom 1. Juni 2011 – 8 C 4/10 –, Rn. 55) und die Revision sodann ausschließlich wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Trennungsgebot in § 21 Abs. 2 GlüStV zurückgewiesen.“

50. Weiter sei beispielhaft auf folgende Gerichte verwiesen, die die Wettvermittlung im Anwendungsbereich des Unionsrechts als erlaubnisfrei ansehen: VG Gießen (z. B. Urt. v. 28.3.2011, 4 K 2687/10.GI; 4 K 2688/10.GI, 4 K 2689/10.GI), VG Stuttgart (Urt. v. 16.12.2010, 4 K 3645/10 u.a.), LG Berlin (z. B. Beschluss v. 19.1.2012, 526Qs 42/11); VG Berlin (z.B. Urteil vom 30.11.2010, VG 35 K 486.09 u.a.), VG Hamburg (Urt. v. 2.11.2010, 4 K 1495/07, 4 K 22-08 u.a.), VG Halle (Urt. v. 20.11.2010, 3 A 158/09), VG Köln (Urt. v. 24.3.2011, 1 K 4589-07 u.a.), VG Minden (Urt. v. 1.2.2011, 1 K 2346/07 u.a.), VG Bremen (Urt. v. 10.3.2011, 5 K 1919/09), VG Gelsenkirchen (Urt. v. 6.4.2011, 7 K 6737/08) VG Arnsberg (Beschl. v. 15.10.2010, 1 L 700/10 u.a.).

51. Das LG Berlin hat die Strafbarkeit in einem Vorlagebeschluss an das BVerfG zur Klärung der Vereinbarkeit des Sportwettenmonopols mit der Verfassung (Vorlagebeschluss vom 19. Januar 2012, Az. 526 Qs 8/11) wie folgt verneint:

„157. Entgegen der zum Teil in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. Oktober 2010, OVG 1 S 154.10; OVG Münster, Beschluss vom 22. März 2011, 4 B 48/11; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 11. November 2010, 11 MC 429/10, Rn. 23; OVG Sachsen, Beschluss vom 04. Januar 2011, 3 B 507/09, Rn. 5; VG Saarlouis, Urteil vom 28. September 2011, 6 K 1081/10, Rn. 60 ff.; a.A. – entsprechend der von der Kammer vertretenen Auffassung – VG Berlin, Beschluss vom 04. November 2010, 35 K 88.09, Rn. 17 ff.; VG Aachen, Beschluss vom 17. Juni 2011, 6 L 495/10, Rn. 20; VG Minden, Urteil vom 07. Februar 2011, 1 K 2835/07, Rn. 79; VG Köln, Urteil vom 18. November 2010,1 K 3293/07; VG Halle, Urteil vom 11. November 2010, 3 A 155/09; VG Hamburg; Urteil vom 05. November 2010, 4 K 350/08; VG Arnsberg, Beschluss vom 15. Oktober 2010, 1 L 700/10) weist der Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV keinen sog. gestuften Regelungsgehalt auf, der sich dergestalt von der Frage der Wirksamkeit des Sportwettenmonopols trennen ließe, dass die fehlende Erlaubnisfähigkeit auch allein auf die besonderen Zulassungskriterien und die Zuverlässigkeitsprüfung in § 7 AG GlüStV gestützt werden könnte. ...

159. Allerdings ist der Erlaubnisvorbehalt gemäß § 4 Abs. 1 GlüStV vom Gesetzgeber als Mittel eingesetzt worden, um das staatliche Wettmonopol konkret auszugestalten und abzusichern, indem der Kreis der möglichen Veranstalter von Sportwetten von vornherein ausschließlich auf staatliche Stellen beschränkt wurde. Die besonderen Zulassungskriterien und die Zuverlässigkeitsprüfung werden nur auf diesen beschränkten Kreis angewendet (vgl. VG Aachen, Beschluss vom 17. Juni 2011, 6 L 495/10, Rn. 20 – juris). Damit steht die Prüfung der Einhaltung der Wettmonopolregelung nicht neben der Frage, ob darüber hinaus auch die weiteren Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen."

52 Hierzu ist anzumerken, dass das BVerfG in einer Entscheidung vom 3. September 2013 (1 BvL 7/12) diese Vorlage nicht zur Entscheidung angenommen hat. Sie sei unzulässig, weil daraus nicht hervorgehe, *„dass das vorlegende Gericht sich in ausreichender Weise mit der für die Frage der Entscheidungserheblichkeit maßgeblichen Rechtslage nach dem Recht der Europäischen Union auseinandergesetzt hat"* (BVerfG, Rn. 15 ff). Die Ausführungen, das Sportwettenmonopol verstoße zwar gegen Unionsrecht, der türkische Angeschuldigte könne sich hierauf aber nicht berufen, seien mit Blick auf das Effektivitätsgebot und die *Gambelli*-Entscheidung nicht zwingend.

53. Auch das VG Stuttgart, das mit Beschluss vom 24. Juli 2007 den EuGH angerufen hatte, urteilte im Anschluss an *Markus Stoß u.a.* durch Urteil vom 16. Dezember 2010 (Az. 4 K 3645), dass eine Sanktion oder Untersagung bei Unanwendbarkeit des Sportwettenmonopols nicht allein auf *formelle Illegalität* gestützt werden kann.

„Die Untersagungsverfügung kann auch nicht - wie der Beklagte offenbar meint - mit der Argumentation aufrechterhalten werden, dass es an einer nach dem deutschen Recht erforderlichen Genehmigung fehle (formelle Illegalität). Denn wie bereits ausgeführt wurde, ist § 9 GlüStV wegen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar. Eine geltungserhaltende Reduktion ihres Inhalts dergestalt, dass die Vorschrift - solange eine Genehmigung nicht vorliege - trotz Unionsrechtswidrigkeit der konkreten Regelungen zum Sportwettenmonopol (und damit von § 4 Abs. 1 und 2 GlüstV) eine Untersagungsverfügung rechtfertige, ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht möglich (so im Ergebnis auch VG Halle, Urt. v. 11.11.2010, a.a.O. Rn. 190; VG Hamburg, Urt. v. 02.11.2010, a.a.O. Rn. 55 ff.). Diese Auffassung entspricht auch in vollem Umfang den Grundsätzen des Urteils des EuGH in seinem Urteil vom 06.03.2007 (C-338/04, Placanica, Rn. 67) ..."

54. Das VG Köln ergänzt im Urteil vom 24. März 2011 (1 K 4589/07), dass der auf die staatlichen Wettveranstalter und ihre Vermittler zugeschnittene Erlaubnisvorbehalt unabhängig von dem Monopol nicht den Anforderungen des EuGH gerecht werde. (Rn. 92 ff.):

> *„Der Erlaubnisvorbehalt muss nach den Vorgaben des EuGH auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen. Ferner muss ein effektiver Rechtsbehelf offen stehen, vgl.: EuGH, Urteil Carmen Media, a.a.O., Rn. 87; Koenig/Bache, ZfWG 2011, 7 ff.). Diesen Anforderungen wird der Erlaubnisvorbehalt nicht gerecht. So „soll" nach § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV AG NRW zwar die Erlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt sind. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV AG NRW beinhaltet aber zum Teil Negativkriterien, deren Erfüllbarkeit für den Erlaubnissuchenden nicht objektiv bewertbar sind, vgl. Koenig/Bache, a.a.O.. Dies betrifft vor allem die Ziffern 1, 5 und 6 des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV AG NRW. Für den privaten Erlaubnissuchenden ist dort nicht transparent dargelegt, welche Anforderungen an ihn gestellt werden. Die Frage, ob eine an ihn erteilte Erlaubnis der Zielsetzung des GlüStV (1) zuwiderläuft, bleibt für den Einzelfall unklar. Schließlich wird ein effektiver Rechtsschutz durch § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV, wonach kein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis besteht, erheblich reduziert und steht in gewissem Widerspruch zur ermessenslenkenden Wirkung der „Soll-Regelung" in § 4 Absatz 1 S. 2 GlüStV AG NRW."*

55. Die Sichtweise, dass der Erlaubnisvorbehalt unanwendbar ist, weil mit dem Monopol illegitime Zwecke verfolgt werden, teilen die oberen Verwaltungsgerichte („VGH", „OVG") auch seit den Urteilen des Gerichtshofs vom September 2010 und des BVerwG vom November 2010 nicht. Sie fingieren ein Erlaubnisverfahren für private Wettveranstalter, in welchem dieser bei Erfüllung der Vorgaben für die staatlichen Monopolträger und deren Annahmestellen theoretisch eine Erlaubnis bekommen könnte. Dann prüfen die oberen Verwaltungsgerichte, ob private Veranstalter oder Vermittler ungeachtet des Verbots des § 10 Abs. 5 GlüStV unter den Bedingungen, die der GlüStV und die Ausführungsgesetze für die Monopolträger und deren Vermittler vorsehen, theoretisch eine Erlaubnis bekommen könnten. Diese (fiktive) „Erlaubnisfähigkeit" wird stets verneint. Dies wird in dem unterstellten Lizenzierungsmodell u. a. damit begründet, dass der Wettveranstalter nicht die Vermarktungsbeschränkungen oder die Bestimmungen über Art und Zuschnitt einhält, die der GlüStV für die Monopolträger zur Rechtfertigung des Monopols vorgesehen hat. So heißt es z. B. beim OVG Niedersachsen im Beschluss vom 11. November 2010 (11 MC 429/10):

> *„In welchem Umfang damit die §§ 3-7 GlüStV, insbesondere auch die einschränkenden Werberegelungen in § 5 GlüStV, im Einzelnen für private Veranstalter von Sportwetten Geltung beanspruchen, kann und muss im vorliegenden Verfahren nicht abschließend geklärt werden. Jedenfalls haben ... zumindest das Verbot der Veranstaltung von Sportwetten im Internet sowie das Verbot von Livewetten ... Bestand. Ist aber die Tätigkeit des jeweiligen Wettveranstalters unter diesen Umständen nicht erlaubnisfähig, so ist wegen der ausdrücklichen Akzessorietät auch das Vermitteln unzulässig."* (OVG, Rn. 35).

56. Auch das OVG Berlin-Brandenburg meinte, dem Wettvermittler dürfe die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit dauerhaft und vollständig verboten werden, weil er an einen Veranstalter vermittelt, der Live- oder Internetwetten anbietet:

> *„Ergänzend ist nunmehr zu verdeutlichen, dass neben dieser formellen Illegalität die erforderliche, von Berliner Behörden zu erteilende Erlaubnis für die vorliegende Betätigung der unter der – wiederum unterstellten – Voraussetzung, dass hier auch gewerblich tätige private Veranstalter zugelassen werden könnten, auch materiell nicht erteilt werden kann. Das Verbot der Veranstaltung im Internet wie auch nach näherer Betrachtung der Tätigkeit im Einzelnen die Beschränkung von Sportwetten auf den Ausgang von Sportereignissen und das Verbot von Live-Sportwetten führen dazu, dass die Veranstaltung in der vorliegenden Form voraussichtlich nicht erlaubnisfähig ist. ...*

Kann dem Wettveranstalter nach alledem die erforderliche Erlaubnis nicht erteilt werden, gilt dies erst recht für die von der Antragstellerin ausgeübte Vermittlungstätigkeit. Auch sie ist nicht erlaubnisfähig, wenn sie auf Wettabschlüsse bei einer nichterlaubnisfähigen (Internet-)Veranstaltung zielt. ... Die Untersagung der ohne Erlaubnis ausgeübten – formell illegalen – und auch materiell voraussichtlich nicht erlaubnisfähigen Tätigkeiten der Antragstellerin, die diese offenbar in Kenntnis und unter Negierung der Erlaubnispflicht zu realisieren sucht, erweist sich bei summarischer Prüfung als rechtmäßig. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Tätigkeiten des Veranstaltens und des Vermittelns von Sportwetten ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 284 StGB strafbewehrt sind und der Verstoß gegen Strafvorschriften eine Störung der öffentlichen Sicherheit darstellt, ...“ (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. Oktober 2010, 1 S 154.10.

57. Das BVerwG änderte ab Juni 2011 seine Rechtsprechung in den Urteilen vom 24. November 2010, die dahin verstanden worden war, dass der Erlaubnisvorbehalt nicht isoliert anwendbar ist. In Urteilen vom 1. Juni bzw. 11. Juli 2011 (8 C 2.10 und 8 C 4.10, Rn. 55 sowie 8 C 11.10, Rn. 53) meinte der 8. Senat beim BVerwG:

„Der Erlaubnisvorbehalt rechtfertigt eine vollständige Untersagung nur bei Fehlen der Erlaubnisfähigkeit; bei Zweifeln über die Beachtung von Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbetätigkeit kommen zunächst Nebenbestimmungen in Betracht. Schließlich hat der Beklagte sein Ermessen nicht mit Blick auf die nunmehr angeführten rechtlichen Gesichtspunkte ausgeübt. Ermessenserwägungen können im gerichtlichen Verfahren nur ergänzt, aber nicht völlig ausgewechselt werden (vgl. §114 Abs. 2 VwGO; Rennert in: Eyermann, VwGO Kommentar, 13. Aufl. 2010, §114 Rn. 89 m.w.N.).“

58. Obwohl das BVerwG den Erlaubnisvorbehalt nunmehr trotz der fehlenden Rechtfertigung der Sportwettenmonopols als isoliert anwendbar beurteilte, führte diese geänderte Rechtsprechung aufgrund der Ausführungen zum Ermessen der Verwaltung im Ergebnis dazu, dass auf das Sportwettenmonopol gestützte Verbote auch von den oberen Verwaltungsgerichten als rechtswidrig beurteilt wurden. Weil *Ermessenserwägungen nur ergänzt, aber nicht völlig ausgewechselt werden* dürfen, war es nicht möglich, im laufenden Verfahren aus einer Verbotsverfügung eine Verfügung zu konstruieren, die auf die fehlende Erlaubnisfähigkeit in einem fiktiven Lizenzierungsmodell gestützt wird. So führt z. B. der vierte Senat beim OVG Münster im Urteil vom 29.11.2011 (4 A 17/08) aus:

„Denn der Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV dürfte auch unabhängig von der Wirksamkeit des Sportwettenmonopols Anwendung finden. ... Dieser Umstand hatte den Ermessensspielraum der Beklagten aber nicht auf die getroffene Entscheidung verengt. Nach den Urteilen des BVerwG vom 1. Juni, denen der Senat – insoweit unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung in einschlägigen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit folgt, rechtfertigt der Erlaubnisvorbehalt eine vollständige Untersagung nur bei Fehlen der Erlaubnisfähigkeit; bei Zweifeln über die Beachtung von Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbetätigkeit kommen zunächst Nebenbestimmungen in Betracht. ...

Dementsprechend lägen die Voraussetzungen für eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegend allenfalls vor, wenn die Vermittlungstätigkeit der Klägerin schlechterdings nicht erlaubnisfähig gewesen wäre, also nicht einmal teilweise und/oder mit Nebenbestimmungen hätte erlaubt werden können. Dafür sind indes keine ausreichenden Anhaltspunkte ersichtlich. ... Vielmehr ergibt sich aus den vorgenannten Urteilen des BVerwG, dass die Frage der Erlaubnisfähigkeit im Untersagungsverfahren von der Behörde zu klären ist.“...

59. Auch der BayVGH ist dem BVerwG gefolgt. Zwar erfasse der Anwendungsvorrang nur das Monopol und nicht den in § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV geregelten Erlaubnisvorbehalt. Auch genüge der Erlaubnisvorbehalt den unionsrechtlichen Anforderungen, weil das im GlüStV normierte

System auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Erlaubniskriterien beruhe und eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende verwaltungsgerichtliche Kontrolle gewährleiste (BayVGH, z. B. Beschluss vom 27. Januar 2012, 10 CS 11.2158, Rn. 23 ff.). Ein vollständiges Verbot sei aber nicht gerechtfertigt, weil bei *Zweifeln über die Erlaubnisfähigkeit* zunächst Nebenbestimmungen in Betracht kommen (vgl. auch BayVGH, Urt. v. 15.5.2012, 10 BV 10.2257; Beschluss vom 26.1.2012, 10 CS 11.1889).

60. Obwohl also das Unionsrecht unterschiedlich ausgelegt wurde, kamen ab den Urteilen des BVerwG vom Juni/Juli 2011 beide Lager in der Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass behördliche Verbote und Sanktionen wegen *„unerlaubten Glücksspiels"* rechtswidrig sind. Allerdings stützen die oberen Verwaltungsgerichte dieses Ergebnis nicht auf die unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts, sondern fingieren weiterhin die theoretische Möglichkeit der Erlaubniserteilung an private Wettveranstalter und prüfen dann die Erlaubnisfähigkeit auf der Grundlage der Beschränkungen des GlüStV und der Ausführungsgesetze (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 31.08.2011; Az.: 6 S 1695/11).

61. In mehreren Urteilen von Mai 2013, die für beide der vorliegenden Tatzeiträume relevant sind, änderte das BVerwG jedoch seine Rechtsprechung von Juni/Juli 2011. Jene Urteile seien missverstanden worden. Die deutschen Stellen dürften die Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis auch im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit „präventiv" vollständig und dauerhaft verbieten; es bestehe keine Pflicht der Untersagungsbehörde, eine unerlaubte Tätigkeit bis zur Klärung ihrer Erlaubnisfähigkeit durch die Erlaubnisbehörde zu dulden (BVerwG, Urteile v. 16. Mai 2013, 8 C 14.12, 15.12, 16.12 u.a.).

62. Diesen Urteilen lagen Urteile des BayVGH zu Grunde, die zu Gunsten privater Vermittler ergingen (BayVGH, Urt. v. 12.1.2012, 10 BV 10.2271; 10 BV 10.2505 bzw. v. 24.1.2012, 10 BV 10.2665). Der BayVGH hatte die Rechtswidrigkeit von Verboten in Anwendung der Rechtsprechung des BVerwG vom Juni/Juli 2011 bestätigt und die Revision nicht zugelassen. Das BVerwG hat die Revision dann durch Beschlüsse vom 24. Mai 2012 (BVerwG 8 B 33.12 u.a.) mit folgender Begründung zugelassen:

> *„Im Revisionsverfahren wird voraussichtlich u. a. zu klären sein, ob die Vereinbarkeit des staatlichen Sportwettenmonopols mit dem unionsrechtlichen Kohärenzerfordernis von einer Folgenabschätzung im Sinne einer Wanderbewegung hin zu liberaler geregelten anderen Glücksspielbereichen abhängt und ob der glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt gem. §4 Abs. 1 GlüStV eine vollständige Untersagung der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten nur rechtfertigt, wenn die fehlende Erlaubnisfähigkeit umfassend und abschließend festgestellt worden ist."*

63. Das BVerwG hob die Urteile des BayVGH auf und wies die Klagen der Wettvermittler als *unzulässig* ab. Es fehle ein Feststellungsinteresse. Seine Formulierung in den Urteilen vom Juni/Juli 2011, wonach der Erlaubnisvorbehalt eine vollständige Untersagung „nur" bei Fehlen der Erlaubnisfähigkeit rechtfertige, andernfalls kämen Nebenbestimmungen oder Auflagen in Betracht, *„mag Anlass zu Missverständnissen"* gegeben haben. Das BVerwG habe aber keine Pflicht der Untersagungsbehörde behaupten wollen, eine unerlaubte Tätigkeit bis zur Klärung ihrer Erlaubnisfähigkeit zu dulden (BVerwG, 8 C 16.12, Rn. 56).

64. Die Urteile des BVerwG vom Mai 2013 wurden erst Mitte August 2013 veröffentlicht. Sie haben aber Bedeutung für vergangene und zukünftige Sachverhalte. Ausweislich der Antwort der bayerischen Landesregierung auf eine Anfrage im Landtag (16. Wahlperiode, Drucksache 16/16947) ist überdies zu erwarten, dass sich Freistaat Bayern im Ausgangsverfahren und vor dem Gerichtshof auf diese Rechtsprechung beruft. Daher ist auf die Urteile des BVerwG vom Mai 2013 am Beispiel der Sache 8 C 16.12 vertieft einzugehen:

65. Der Ausgangssachverhalt betraf das („Fortsetzungs-„)-Feststellungsinteresse eines Wettvermittlers, der durch eine unionsrechtwidrige Verbotsverfügung, die mit dem Vorwurf der objektiven Strafbarkeit seines Gewerbes verbunden wurde, jahrelang bei der Vermittlung von Sportwetten behindert worden war. Die Verbotsverfügung hatte die Behörde dann auf schriftliche Empfehlung des BVerwG zeitlich auf den 1. Juli 2012 begrenzt. Der klagende Vermittler konnte deshalb in der mündlichen Verhandlung im März 2013 nicht mehr die Aufhebung der Verbotsverfügung, sondern nur noch die Bestätigung ihrer Rechtswidrigkeit für die Vergangenheit erreichen. Dafür ist (auch) nach deutschem Recht ein *„berechtigtes Interesse"* notwendig (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO; vgl. EuGH, *Abdulbasit*). Die Vorinstanz (BayVGH, 10 BV 10.2665) hatte dieses Interesse für die Vergangenheit bejaht. Weil die Verbotsverfügung mit dem Vorwurf objektiv strafbaren Verhaltens (§ 284 StGB) immerzu verbunden gewesen ist, bestehe ein Rehabilitierungsinteresse. Auch folge ein Feststellungsinteresse aus dem durch das Unterlassungsgebot bewirkten tiefgreifenden Eingriff in Grundrechte (BayVGH, Rn. 53).

66. Das BVerwG verneinte ein Feststellungsinteresse. Der Vorwurf objektiver Strafbarkeit nach § 284 StGB sei nicht geeignet, das soziale Ansehen des Betroffenen herabzusetzen (BVerwG, 8 C 16.12, Rn. 25; kritsch, Huber, NVwZ 2013, 1488, 1489). Dem tiefgreifenden Grundrechtseingriff sei Genüge getan, weil der Vermittler vor den Verwaltungsgerichten prozessieren konnte (BVerwG, Rn. 29 ff.).

67. Ein *berechtigtes Interesse* folge auch nicht aus der Erwägung, eventuell nach Bestätigung der Rechtswidrigkeit der Verbotsverfügung durch die Verwaltungsgerichte Staatshaftungsansprüche vor den gemäß Art. 34 GG und § 40 Abs. 2 VwGO zuständigen Zivilgerichten geltend zu machen. Staatshaftungsansprüche seien *offensichtlich aussichtslos*, *„ohne dass es insoweit einer ins Einzelne gehenden Prüfung bedürfte"* (BVerwG, Rn. 44 ff.). Für den Zeitraum nach den Urteilen des EuGH fehle es zwar nicht an einem qualifizierten Verstoß, aber an einem kausalen Schaden. Die Behörde habe eine inhaltlich gleiche Verbotsverfügung auf den Erlaubnisvorbehalt stützen können. Es stehe auch nicht fest, dass die Untersagungsbehörde hiervon abgesehen hätte (BVerwG, Rn. 52). Das Verhältnismäßigkeitsgebot verpflichte nicht, von einer Untersagung abzusehen und die formell illegale Tätigkeit zu dulden. Das wäre, so das BVerwG,

> *„nur anzunehmen, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen – mit Ausnahme der möglicherweise rechtswidrigen Monopolvorschriften – erfüllte und dies für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar war. … Verbleibende Unklarheiten oder Zweifel an der Erfüllung der nicht monopolabhängigen Erlaubnisvoraussetzungen rechtfertigten dagegen ein Einschreiten. In diesem Fall war die Untersagung notwendig, die Klärung im Erlaubnisverfahren zu sichern und zu verhindern, dass durch die unerlaubte Tätigkeit vollendete Tatsachen geschaffen und ungeprüfte Gefahren verwirklicht wurden."* (BVerwG, Rn. 56).

68. Die Verhältnismäßigkeit sei auch nicht infrage gestellt, weil nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Sanktionen wegen des Fehlens einer unionsrechtswidrig vorenthaltenen Erlaubnis verhängt werden dürfen. Das Unionsrecht schließe, so das BVerwG unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofs vom 24. Januar 2013 in der Rs. *Stanleybet* u.a. (C-186/11), *„eine ordnungsrechtliche präventive Untersagung bis zur Klärung"* der - monopolunabhängigen - Erlaubnisfähigkeit nicht aus. Insbesondere verlange Unionsrecht bei Rechtswidrigkeit des Monopols keine – und erst Recht keine sofortige – Öffnung des Marktes für alle Anbieter ohne jede präventive Kontrolle. Es stehe dem Mitgliedstaat in einer solchen Situation frei, das Monopol zu reformieren oder sich für eine Liberalisierung des Marktzugangs zu entscheiden. Das Unionsrecht vermittle keinen Anspruch auf Duldung einer unerlaubten Tätigkeit bei Unanwendbarkeit der Monopolregelung (BVerwG, Rn. 57).

69. Die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit der Durchsetzung des Erlaubnisvorbehaltes für den Fall, dass die Betroffenen keine Möglichkeit hatten, eine Erlaubnis zu erlangen, bedürfe keiner „näheren" Prüfung. Der Freistaat Bayern habe nämlich die Entscheidungen des EuGH vom September 2010 zum Anlass genommen, das Erlaubnisverfahren nach Art. 2 BayAGGlüStV für private Anbieter und die Vermittler an diese zu öffnen; dies sei eine ausreichende gesetzliche Grundlage, weil der Rechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols durch Nichtanwenden der monopol- und monopolakzessorischen Regelungen Rechnung zu tragen war (BVerwG, Rn. 58).

70. Diese Rechtsprechung erging zwar im Rahmen der eigentlich den Zivilgerichten zugewiesenen Prüfung der Staatshaftung und außerdem nur als Vorfrage für ein (Fortsetzungs-)-Feststellungsinteresse. Auch scheint das BVerwG von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen zu sein. Mit Blick auf das Schreiben des Bayerischen Innenministeriums vom 27. September 2010 erscheint die Unterstellung, der Freistaat Bayern habe die Urteile des Gerichtshofs vom 8. September 2010 zum Anlass für die Eröffnung eines unionsrechtkonformen Erlaubnisverfahrens genommen, sachlich unrichtig. Denn das Bayerische Innenministerium vertrat im September 2010 die Ansicht, dass die Monopolregelung weiter anzuwenden sei (Seite 9 des Schreibens, Blatt 18 d. Akte). Auch der BayVGH und das Amtsgericht Augsburg haben, wie der Vertreter der Angeklagten vorgetragen hat, kein ergebnisoffenes Erlaubnisverfahren in Bayern erkennen können.

71. Für eine sachgerechte Entscheidung der beiden Ausgangssachverhalte und ähnlicher Sachverhalte ist es aber wesentlich, dass der Gerichtshof über die dargelegte Entwicklung der Rechtsprechung des BVerwG informiert ist und das Unionsrecht in diesem Zusammenhang unabhängig von der Frage auslegt, ob ein Erlaubnisverfahren dem Grunde nach eröffnet ist oder nicht, denn dies kann unter Umständen auch nur eine Frage des Blickwinkels sein.

72. Zu den Urteilen des BVerwG vom Mai 2013 gibt es schon Entscheidungen oberer Verwaltungsgerichte. Das OVG Koblenz hat mit Urteil vom 10. September 2013 (6 A 10447/13.OVG) Rechtsschutz gegen eine Verbotsverfügung unter Hinweis auf die Rs. C-186/11 mit dem Argument verweigert, es komme nach der neuen Rechtsprechung des BVerwG nicht auf die von der Behörde zu prüfende Erlaubnisfähigkeit an, solange nicht *„offensichtlich"* ist, dass die materielle Legalität vorliegt oder mit Nebenbestimmungen gesichert werden kann. Auch das OVG Sachsen-Anhalt hat mit Beschluss vom 8. November 2013 (3 M 244/13) eine Untersagungsverfügung mit dem Fehlen der Vermittlungserlaubnis bestätigt, auch wenn eine Veranstalterkonzession als Grundlage für eine Vermittlungserlaubnis bisher nicht erhältlich ist, weil das Konzessionsverfahren für Sportwetten faktisch ruht. Das OVG SA führt aus:

> *„Insbesondere verpflichtet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Behörde nicht, von einer Untersagung abzusehen und die formell illegale Tätigkeit auf zeitlich unabsehbare Zeit zu dulden. Dies wäre nur anzunehmen, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt und dies für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung offensichtlich, d.h. ohne weitere Prüfung erkennbar war. ...Verbleibende Unklarheiten und Zweifel an der Erfüllung der Erlaubnisvoraussetzungen rechtfertigen dagegen ein Einschreiten."*

IV. Die deutsche Rechtslage während des zweiten Tatvorwurfs (13.4.2012 - 7.11.2012), die wesentlichen Züge des Konzessionsverfahrens und die Tendenzen in der deutschen Rechtsprechung

73. Soweit der zweite Vorwurf in die Zeit vor dem 1. Juli 2012 fällt, gelten die vorstehenden Darlegungen entsprechend.

74. Der zweite Tatvorwurf fällt aber zum Teil unter die Rechtslage nach dem GlüÄndStV, der zum 1. Juli 2012 in 13 von 16 Bundesländern in Kraft getretenen ist. Der GlüÄndStV ist in Bayern zum 1. Juli 2012 in Kraft getreten (GVBl. 2012, S. 318), in zwölf weiteren Bundesländern ebenfalls zu diesem Datum, in Baden-Württemberg zum 29.11.2012, in Nordrhein-Westfalen zum 1. Dezember 2012 und in Schleswig-Holstein zum 8. Februar 2013. Die von Schleswig-Holstein vergebenen Erlaubnisse für Sportwetten und Casinospiele, die sowohl den stationären Vertrieb als auch den Internetvertrieb umfassen, wurden nach dem Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüÄndStV allerdings nicht aufgehoben.

75. § 4 Abs. 1 und 2 GlüÄndStV lauten:

> *„(1) Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. Das Veranstalten und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) sowie die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel sind verboten.*
>
> *(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn das Veranstalten oder das Vermitteln des Glücksspiels den Zielen des § 1 zuwiderläuft. Die Erlaubnis darf nicht für das Vermitteln nach diesem Staatsvertrag nicht erlaubter Glücksspiele erteilt werden. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht kein Rechtsanspruch."*

76. In § 10 Abs. 1 GlüÄndStV wird Glücksspiel weiterhin als *„ordnungsrechtliche Aufgabe"* der Länder definiert. Die Bundesländer haben ein ausreichendes Glücksspielangebot *„sicherzustellen"*. In § 10 Abs. 2 und Abs. 6 GlüÄndStV ist das staatliche Monopol bei Lotterien und Sportwetten geregelt:

> *„(2) Auf gesetzlicher Grundlage können die Länder diese öffentliche Aufgabe selbst, durch eine von allen Vertragsländern gemeinsam geführte öffentliche Anstalt, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen."*
>
> *„(6) Anderen als den in den Abs. 2 und 3 Genannten darf nur die Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen nach den Vorschriften des Dritten Abschnitts erlaubt werden.*

77. Neu ist eine ***„Experimentierklausel für Sportwetten"*** (§ 10a):

> *„(1) Um eine bessere Erreichung der Ziele des § 1, insbesondere auch bei der Bekämpfung des in der Evaluierung festgestellten Schwarzmarktes, zu erproben, wird § 10 Abs. 6 auf das Veranstalten von Sportwetten für einen Zeitraum von sieben Jahren ab Inkrafttreten des ersten GlüÄndStV nicht angewandt.*
>
> *(2) Sportwetten dürfen in diesem Zeitraum nur mit einer Konzession §§4a-4e) veranstaltet werden.*
>
> *(3) Die Höchstzahl der Konzessionen wird auf 20 festgelegt.*
>
> *(4.) Die Konzession gibt dem Konzessionsnehmer nach Maßgabe der gemäß § 4c Abs. 2 festgelegten Inhalts- und Nebenbestimmungen das Recht, abweichend vom Verbot des § 4 Abs. 4 Sportwetten im Internet zu veranstalten und zu vermitteln. § 4 Abs. 5 und 6 ist entsprechend anzuwenden." ...*

78. § 10a GlüÄndStV sieht die Nichtanwendung des § 10 Abs. 6 für sieben Jahre ab Inkrafttreten, also bis zum 30. Juni 2019 vor. Der GlüÄndStV hat gemäß § 35 Abs. 2 eine um zwei Jahre längere Laufzeit, also bis zum 30. Juni 2021.

79. Die Konzessionspflicht gilt zunächst nur für nichtstaatliche Wettveranstalter. Für die bereits tätigen 16 staatlichen Veranstalter gilt die Konzessionspflicht gemäß § 29 GlüÄndStV erst ein Jahr nach Erteilung der Konzessionen:

„(1) Die bis zum Inkrafttreten dieses Staatsvertrages erteilten Erlaubnisse der Veranstalter im Sinne des § 10 Abs. 2 und 3 und die ihnen nach Landesrecht gleichstehenden Befugnisse gelten – auch wenn im Bescheid eine kürzere Frist festgelegt ist – bis zum 31. Dezember 2012 als Erlaubnis mit der Maßgabe fort dass die Regelungen dieses Staatsvertrages – abgesehen vom Erlaubniserfordernis nach § 4 Absatz 1 S. 1 – Anwendung finden. ... Abweichend von § 10a Abs. 2 und 5 ist das gemeinsame Sportwettangebot der Veranstalter nach § 10 Abs. 2 und dessen Vermittlung durch Annahmestellen ein Jahr nach Erteilung der Konzessionen nach § 10a i.V.m. § 4c zulässig."

80. Für die Vermittler der staatlichen Sportwetten gilt die Befreiung von der Konzessionspflicht nach § 29 Abs. 2 GlüÄndStV entsprechend. Außerdem wird in § 29 klargestellt, dass Vermittler, die in die Vertriebsorganisation eines Veranstalters eingebunden sind, nicht selbst einen Antrag auf eine Erlaubnis stellen können:

„(2) Abs. 1 findet entsprechende Anwendung auf die Vermittler von erlaubtem öffentlichem Glücksspiel (einschließlich der Lotterie-Einnehmer der Klassenlotterien und der gewerblichen Spielvermittler). Insoweit Vermittler in die Vertriebsorganisation eines Veranstalters eingegliedert sind, stellt der Veranstalter den Antrag auf Erteilung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 für die für ihn tätigen Vermittler."

81. Damit private Wettveranstalter nicht in jedem Bundesland eine Konzession beantragen müssen, sieht § 9a Abs. 2 GlüÄndStV vor, dass die Konzession für Sportwetten nach § 4a von dem Bundesland Hessen *„für alle Länder"* erteilt wird. Das Land Hessen *erteilt* (oder verweigert) die Konzessionen zwar nach außen. Hessen *entscheidet* aber nicht über die Konzessionen. Dies ist Aufgabe des *Glücksspielkollegiums* der Länder. Daher heißt es in § 9a Abs. 5, 6 und 7 GlüÄndStV:

„(5) Zur Erfüllung der Aufgaben nach den Absätzen 1-3 besteht das Glücksspielkollegium der Länder. Dieses dient den nach den Absätzen 1-3 zuständigen Behörden als Organ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. (6) Das Glücksspielkollegium der Länder besteht aus 16 Mitgliedern. ... (7) Die Länder bilden für das Glücksspielkollegium eine Geschäftsstelle im Land Hessen. ... (8) Das Glücksspielkollegium fasst seine Beschlüsse mit einer Mehrheit von mindestens zwei Drittel der Stimmen seiner Mitglieder. ... Die Beschlüsse sind für die nach den Absätzen 1 bis 3 zuständigen Behörden und die Geschäftsstelle bindend."

82. Das Glücksspielkollegium hat sich am 6. Dezember 2012 eine Geschäfts- und Verfahrensordnung gegeben (http://verwaltung.hessen.de/irj/HMdI_Internet?cid=c604097466e63b298d8bf68224eb0334). Darin heißt es in § 1 Abs. 2 (Aufgaben und Status):

„Dem Glücksspielkollegium obliegt die abschließende Beurteilung aller Anträge auf Erlaubnisse und Konzessionen."

83. Die Einzelheiten der *Konzessionen* selbst sind in den §§ 4a ff. geregelt. In § 4a GlüÄndStV wird ein Anspruch auf eine Konzession ausgeschlossen. § 4a GlüÄndStV enthält in Absatz 4 eine Reihe von Anforderungen, deren jeweilige Nichterfüllung eine Konzession ausschließt. Unter § 4a, Abs. 4 Nr. 1c) wird verlangt, dass

„die rechtmäßige Herkunft der für die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele erforderlichen Mittel dargelegt ist."

84. In § 4b GlüÄndStV sind Einzelheiten für das Konzessions*verfahren* festgelegt. Insbesondere müssen die Konzessionsbewerber Maßnahmen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der sonstigen öffentlichen Belange unter besonderer Berücksichtigung der IT- und Datensicherheit (Sicherheitskonzept) und ein Wirtschaftlichkeitskonzept unter Berücksichtigung der Abgabenpflichten darlegen. Das Kriterium für die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern findet sich in § 4b Abs. 5 GlüÄndStV: Demnach ist

„die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern insbesondere danach zu treffen, welcher Bewerber nach Beurteilung der zuständigen Behörde am besten geeignet ist,

1. bei der Veranstaltung von öffentlichen Glücksspielen die Erreichung der Ziele des §1, insbesondere dem Schutz der Spieler unter Jugendlichen zu gewährleisten, 2. weitgehende Informations-, Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse der zuständigen Behörden sicherzustellen, 3. seine nachhaltige finanzielle Leistungsfähigkeit nachzuweisen, 4. einen wirtschaftlichen Betrieb zu gewährleisten und 5. eine Erfüllung der Aufgabenpflichten zu gewährleisten."

85. Unklar ist allerdings, ob mit der „zuständigen Behörde" das hessische Ministerium des Inneren und für Sport oder das Glücksspielkollegium gemeint ist.

86. Nach § 21 Abs. 3 GlüÄndStV muss die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten organisatorisch, rechtlich, wirtschaftlich und personell getrennt sein von der Veranstaltung oder Organisationen von Sportereignissen und dem Betrieb von Einrichtungen, in denen Sportveranstaltungen stattfinden. Das BVerwG hat mit Urteil vom 24. November 2010 (8 C 13.09) diese bereits im GlüStV enthaltene Bestimmung wie folgt ausgelegt:

„Dem Wortlaut und dem entstehungsgeschichtlich belegten Sinn und Zweck der Regelung wird nur eine Auslegung gerecht, die eine vollständige Trennung des aktiven Sports und der ihn organisierenden Vereinigungen von der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten verlangt."

87. Der GlüÄndStV enthält keine Regelung, wie der Erlaubnisvorbehalt im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des GlüÄndStV in allen Bundesländern und dem rechtskräftigen Abschluss des Konzessionsverfahrens auszulegen und anzuwenden ist. Auch die Ausführungsgesetze der Bundesländer zum GlüÄndStV (alle Ausführungsgesetze der Länder sind auf der Homepage https://glueckсspiel.uni-hohenheim.de/spielhallengesetz einsehbar), die den Staatsvertrag konkretisieren und ergänzen sollen, enthalten dazu keine Regelung.

88. Die Ausführungsgesetze der Bundesländer zum GlüÄndStV wurden nicht notifiziert. Die Kommission hatte in ihrer Antwort vom 20. März 2012 (Kom. Mitteilung 792; SG(2102) D750777) auf die Bemerkungen der deutschen Behörden vom 7. Dezember 2011 zu ihrer ausführlichen Stellungnahme vom 18. Juli 2011 zum GlüÄndStV auf folgende Notifizierungspflichten hingewiesen:

„2.11. Weitere Notifizierungspflichten

Zukünftige Erlasse zur Umsetzung der Bestimmungen des notifizierten Entwurfes und in Bezug auf elektronisch übertragene Glücksspielaktivitäten könnten technische Vorschriften oder Vorschriften über Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der Richtlinie 98/34/EG enthalten. Sollte dies der Fall sein, möchten die Dienststellen der Kommission die deutschen Behörden an die Verpflichtung zur Notifizierung vor ihrer Annahme erinnern."

89. § 2 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes zum GlüÄndStV des Freistaates Bayern (AGGlüStV-Bay) sieht ebenso wie der GlüÄndStV vor, dass

„die Erlaubnis für das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele eine Erlaubnis für die Veranstaltung dieser Glücksspiele durch die zuständigen Behörden des Freistaates Bayern voraussetzt. Eine Erlaubnis im ländereinheitlichen Verfahren nach § 9a GlüStV steht der Erlaubnis durch die zuständigen Behörden des Freistaates Bayern gleich."

90. Die Ausführungsgesetze aller Länder unterscheiden zwischen Wett-*Annahmestellen*, die das (bis auf weiteres) nicht konzessionspflichtige staatliche Wettangebot vermitteln, und Wett*vermittlungsstellen*, die das Wettangebot möglicher privater Konzessionäre vermitteln. Sie sehen mehr Vermittlungsstellen für die staatlichen Veranstalter vor, als für private Wettvermittler, die an nichtstaatliche zukünftige Konzessionäre vermitteln wollen. Nach Art. 1

Abs. 3 AGGlüStV-Bay darf z. B. Lotto-Bayern 3700 stationäre Vertriebsstellen unterhalten. Nach Art. 7 Abs. 1 sind die Wettvermittlungsstellen für alle privaten Konzessionsnehmer auf 400 begrenzt und müssen unter gleichmäßiger Berücksichtigung der Interessen der Konzessionsnehmer verteilt werden. Lotto-Bayern kann den Vertrieb seiner Lotterien, Glücksspiele und Sportwetten über seine 3700 Annahmestellen bereits derzeit vornehmen, während die privaten Veranstalter erst das Konzessionsverfahren bestehen müssen. Selbst mit einer Konzession dürfen private Wettveranstalter aber noch nicht über Vermittler tätig werden, sondern können dann erst für Vermittler eine der begrenzten Erlaubnisse beantragen.

5. Wissenschaftliche Grundlagen des GlüStV

91. Zur Erfüllung ihrer Evaluationsverpflichtung hatten die Länder im Jahr 2008 eine umfassende Begutachtung der Erforderlichkeit und Sinnhaftigkeit des Sportwett- und Glücksspielmonopols unter rechtsvergleichenden Aspekten in Auftrag gegeben und sich dafür federführend an das schweizerische Institut für Rechtsvergleichung gewandt, das 2006 für die Kommission eine International rechtsvergleichende Studie zur Glückspielkollegium der Mitgliedstaaten vorgelegt hatte. Das Ergebnis wurde vom Institut fristgerecht am 15. April 2009 vorgelegt. Wie die Süddeutsche Zeitung und die Zeitung die WELT im Juni 2010 berichteten, wurde die ursprüngliche Endfassung der Untersuchung unter Mitwirkung eines institutsfremden deutschen Muttersprachlers verändert. Die verschiedenen Fassungen sowie eine Synopse und die entsprechenden Zeitungsberichte sind unter www.vewu.com einsehbar. In der ursprünglichen Endfassung des Gutachtens vom 15. April 2009 heißt es:

> *„Das Wettwesen scheint auch weniger dem Problemspiel ausgesetzt zu sein, wahrscheinlich weil Wetten Opportunitätskosten für den Spieler hervorbringen, d.h. der Wettspieler braucht gewisse Auskünfte (über Pferde, Sportklubs, usw.), um seine Chancen im Wetten zu erhöhen. Diese Auskunftssuche hält jedoch jene Spieler zurück, die ein schnelles und einfaches Glücksspiel suchen und in diese Kategorie fallen die meisten Suchtspieler. Auch vom Internet kommt hier weniger Konkurrenz, weil das Wettprinzip das gleiche bleibt"*

92. In der von den Bundesländern im Rahmen einer strukturierten Anhörung den Beteiligten (u.a. Glücksspielanbieter, Verbraucherschützer und Suchtfachleute) zum Thema *„Zukunft des Glücksspielwesens in Deutschland"* unterbreiteten Fassung der Studie hingegen wurde der Text wie folgt umformuliert:

> *„Das Wettwesen wird als Spiel mit hohem Gefährdungspotenzial betrachtet, da Sportwetten deutlich höhere Prävalenzraten aufweisen als z.B. das Lottospiel. Dies gilt im Besonderen für das Internet-Wettwesen, da der Substitutionsgrat zwischen traditionellen Offline-Wetten und Internetwetten sehr hoch ist."*

93. Über diese und weitere Änderungen wurde der Gerichtshof im Rahmen der verbundenen Verfahren der Verwaltungsgerichte aus Gießen und Stuttgart (in den verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 – Markus Stoß und andere) durch Schreiben der Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs vom 21. Juni 2010 mit der Bitte um Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung informiert.

6. Der wesentliche Verlauf des Konzessionsverfahrens

94. Nachdem der GlüÄndStV zum 1. Juli 2012 in 13 von 16 Bundesländern in Kraft trat, erfuhren private Wettanbieter, dass Hessen mit der Konzeption des Konzessionsverfahrens und als Verwaltungshelfer die Rechtsanwaltskanzlei Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner („CBH") mit Sitz in Köln beauftragt hatte. Die privaten Wettanbieter zeigen sich darüber brüskiert (DER SPIEGEL, 35/2012, S. 143; JUVE.de vom 25.6.2013). Aus ihrer Sicht entstand

durch die Einschaltung von CBH die Gefahr von Günstlingswirtschaft, weil CBH seit Jahren die meisten Bundesländer und ihre Lotterieunternehmen im Zusammenhang mit dem Sportwettenmonopol berät und staatliche Stellen in zahlreichen gerichtlichen Verfahren vertritt, in denen es um Auskunft, Schadensersatz oder Unterlassung gegen grenzüberschreitend tätige Wettveranstalter oder deren Vermittler geht (vgl. JUVE Rechtsmarkt 01/07, *„Der weiße Rabe, Ein Monopolist lebt einsam"*, JUVE vom 28.9.2011, *„Ausgespielt: Staatliche Lottoanbieter behaupten mit CBH Verbot von Internet-Wetten"*). CBH hat die deutschen staatlichen Stellen auch in den Vorlageverfahren *Winner Wetten*, *Markus Stoß* und *Carmen Media* vertreten.

95. Die Beteiligung von CBH am Konzessionsverfahren wurde am 10. Oktober 2012 öffentlich kommuniziert (JUVE.de vom 10.10.2012, *„Marktöffnung: Hessen vergibt mit CBH Sportwetten-Konzessionen"*). Vorher hatte allerdings die European Gaming & Betting Association („EGBA") mit Sitz in Brüssel die hessische Konzessionsstelle mit Schreiben vom 2. August 2012 gefragt, ob CBH das Verfahren tatsächlich begleitet und Unverständnis über die Einschaltung von CBH geäußert. Das hessische Ministerium für Inneres und Sport antwortete, dass die *„gehegten Bedenken zwar nachvollziehbar sind, aber jeglicher Grundlage entbehren"*. CBH werde *„das Verfahren rechtlich lediglich beratend begleiten und Vorschläge formulieren"*.

96. Am 8. August 2013 veröffentlichten die deutschen Stellen mit Unterstützung von CBH im Amtsblatt den Beginn des Konzessionsverfahrens (TED-Website, Auftragsbekanntmachung 2012/S 151-253153). Anträge seien bis zum 4. September 2012 bei der Kontaktstelle CBH einzureichen. Die Auswahl werde zweistufig erfolgen. Wer die Voraussetzungen der ersten Stufe erfüllt, dürfe auf der zweiten Stufe die *„Bewerbung ergänzen und so einen vollständigen Antrag auf Erteilung einer Konzession"* stellen (Bekanntmachung, Ziff. VI. 3). Die Formularblätter für die Bewerbung sollten über eine E-Mail-Adresse von CBH „sportwettenkonzessionen@cbh.de" angefordert werden.

97. Es entwickelte sich im August und September 2012 ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen dem hessischen Ministerium und dem EGBA, der vom RGA mit Sitz in London, einem weiteren Verband grenzüberschreitend tätiger Wettveranstalter, unterstützt wurde. Mit Schreiben vom 28. September 2012 fassten die Verbände ihre unionsrechtlichen Bedenken an dem Konzessionsverfahren zusammen. Sie machten geltend, dass das gemeinsam mit CBH geführte Verfahren nicht den unionsrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Rechtssicherheit entspreche. Es gebe zahlreiche Unregelmäßigkeiten. Eine objektive und willkürfreie Entscheidung sei schon jetzt in weite Ferne gerückt. Nicht nur sei die Limitierung der Konzessionen nicht gerechtfertigt. Vielmehr seien auch die Anforderungen auf der zweiten Stufe des Verfahrens weitgehend unbekannt. Auch hätten die staatlichen Bewerber vermutlich einen Wissensvorsprung, weil CBH als verlängerter Arm der Konzessionsstelle tätig ist. Die Verbände regten an, das Verfahren sofort abzubrechen. Die Gefahr von Günstlingswirtschaft sei nicht zu bestreiten. Die Vergabestelle gehöre demselben Rechtsträger an, wie die staatliche Lotteriegesellschaft, die seit Jahren gegen private Wettanbieter auf Unterlassung und Schadensersatz vorgehe und dabei von CBH vertreten werde. Es liege auf der Hand, dass die staatlichen Bewerber, insbesondere auch das federführend von Lotto-Hessen gegründete Gemeinschaftsunternehmen der Bundesländer, die Ods Deutschland Sportwetten GmbH („Ods"), sowohl vom Hessischen Ministerium als auch durch CBH und durch das Glücksspielkollegium bevorzugt behandelt würden. Auch von den anderen Bundesländern werde Druck auf die Konzessionsstelle ausgeübt werden. Kein Bundesland würde es hinnehmen, wenn seine Lotteriegesellschaft ohne Konzession bliebe und zukünftig nicht mehr im deutschen Markt Sportwetten anbieten dürfte (Schreiben v. 28.9.2012, Rn 9 ff.).

98. Die Gefahr von Günstlingswirtschaft entstehe auch durch die Einschaltung von CBH. CBH versuche seit Jahren im Auftrag staatlicher Anbieter in wettbewerbsrechtlichen Verfahren, grenzüberschreitend tätige Wettbewerber der staatlichen Anbieter vom deutschen Markt zu

verdrängen, obwohl das Sportwettenmonopol offenkundig gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt. Die Aussage der Konzessionsstelle, CBH werde das Verfahren *„rechtlich ... beratend begleiten und Vorschläge formulieren"*, lasse sich nur dahin verstehen, dass CBH Einfluss auf die praktische Handhabung des Verfahrens ausübe (Rn. 24 ff.). Das Ministerium habe nicht wahrheitsgemäß offenbart, welche Tätigkeiten CBH bei der Novellierung des GlüStV übernommen hatte (Rn. 28 ff.). CBH habe in gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren keine Tendenz gezeigt, das Unionsrecht im Sinne der Unionstreue und der Effektivität auszulegen und anzuwenden. CBH behaupte sogar in einer Stellungnahme vom 30. August 2012 gegenüber dem Parlament eines Bundeslandes, *„das Glücksspielrecht unterliegt grundsätzlich nicht den allgemeinen Regelungen über die Freizügigkeit in der EU."* Auch habe CBH in den Rechtssachen *Winner Wetten* und *Carmen Media* fernliegende Thesen verteidigt. Misstrauen sei auch deshalb gerechtfertigt, weil die Schweizer Studie, auf der der GlüÄndStV beruhe, in ihren Kernaussagen zu Gunsten eines staatlichen Monopols manipuliert worden sei (Rn. 64).

100. Die Verbände kritisierten eine unzureichende Informationspolitik im Zusammenhang mit dem Fragen-Antworten-Katalog. Darauf angesprochen habe die Konzessionsstelle gemeint, dieser Katalog sei nicht *„für Gott und die Welt"* bestimmt. Irritiert über die Aussage, dass die Verbände als *„Gott und die Welt"* bezeichnet wurden, monierten sie, das Verfahren sei nicht das geforderte transparente, vorhersehbare und objektive Verfahren (Rn. 73 ff.).

101. Das Ministerium hat nicht geantwortet

102. Am 24. Oktober 2012 übersandte die Konzessionsstelle per E-Mail an die Bewerber der zweiten Stufe Unterlagen für die Bewerbung sowie ein „Informationsmemorandum". Das Memorandum benannte die Prüfungsreihenfolge wie folgt: Prüfung der Mindestanforderungen allgemein; Mindestanforderungen Konzepte, begrenzt auf Vertriebskonzept, Wirtschaftlichkeitskonzept und Zahlungsabwicklungskonzept. Verhandlungsphase: Gelegenheit zur Vorstellung und Besprechung von Sicherheits- und Sozialkonzept mit Konzessionsgeber; gegebenenfalls Nachbesserungsmöglichkeit. Abschließende Prüfung der Sozial- und Sicherheitskonzepte. Gegebenenfalls Auswahlverfahren bei mehr als 20 Antragstellern. Die Frist zur Antragsabgabe wurde auf den 20. Dezember 2012, 12:00 Uhr festgelegt.

103. Am 9. November wurde per E-Mail ein zweiter Frage-Antwort-Katalog an die verbliebenen Konzessionsbewerber mit 59 Fragen und Antworten übersandt sowie ein neues Muster einer Bankbescheinigung. Am 14. November 2012 wurde ein dritter Frage-Antwort-Katalog mit nunmehr 113 Fragen und Antworten übersandt. Auf die Frage Nr. 70, wo sich die Rechtsgrundlage für die verlangte Bereitschaft zur Mitwirkung an der Öffentlichkeitsarbeit des Konzessionsgebers fände, antwortete die Behörde, dass die Anforderungen an die Konzessionäre im Staatsvertrag nicht abschließend aufgelistet sind. Auf die Frage Nr. 72, auf welchen Zeitpunkt der Konzessionserteilung abzustellen sei, antworteten die staatlichen Stellen, die Konzessionen würden voraussichtlich Ende des ersten Quartals 2013 erteilt werden. Aufgrund der Menge an Fragen wurde die Frist zur Antragstellung zum 7. Januar 2013 verlängert.

104. Am 23. November 2012 teilte das hessische Ministerium per E-Mail mit, dass die Anforderungen um Vertriebsspezifikationen ergänzt wurden. Außerdem müsse nunmehr auch im stationären Vertrieb von Sportwetten mit einem Spielerkonto (im Sinne eines Kundenkontos) gearbeitet werden. Alle Änderungen seien verbindlich bei der Einreichung der Anträge zu beachten. Überarbeitet wurden Dokumente zu den Mindestanforderungen Konzepte, Auswahlverfahren, Antwortformular Mindestanforderungen Konzepte und Antwortformular Auswahlverfahren. Zugleich wurde die Einreichungsfrist bis zum 21. Januar 2013, 12:00 Uhr verlängert und ein vierter Frage-Antwort-Katalog (181 Fragen und Antworten) übersandt.

105. Am 3. Dezember 2012 erschien ein fünfter Frage-Antwort-Katalog mit nunmehr 230 Fragen und Antworten und am 6.12.2012 ein sechster mit 277 Fragen und Antworten. Am 10. Dezember 2012 wurde eine Beschreibung der Anwendung des bundesweiten Sperrsystems übersandt. Am 14. Dezember 2012 wurde ein aktualisiertes Unterlagenverzeichnis und ein aktualisiertes Informationsmemorandum und Antragsformular mit neuen Fristen sowie ein siebter Frage-Antwort-Katalog übersandt, der nunmehr 460 Fragen und Antworten enthielt. Geändert wurden unter anderem die Anforderungen an die Bürgschaftserklärung einer Bank. Am 18. Dezember 2012 erschien ein achter Frage-Antwort-Katalog mit 585 Fragen und Antworten. Die Konzessionsstelle übersandte einen Entwurf der in § 5 GlüÄndStV erwähnten Werberichtlinie, die nicht notifiziert worden war, sowie den Entwurf des Geldwäschegesetzes und der Verwaltungsvereinbarung zum GlüÄndStV. Am 31. Dezember 2012 erschien ein neunter Frage-Antwort-Katalog mit 587 Fragen und Antworten sowie mit nachgereichten, bisher nicht gelieferten Antworten. Außerdem wurde ein verbindliches Muster für die eigene Erklärung bezüglich einer Bankbürgschaft beigefügt und klargestellt, dass eine Änderung dieses Textes zum Ausschluss aus dem Verfahren führe. Am 9. Januar erschienen ein zehnter Frage-Antwort-Katalog mit 599 Fragen und Antworten, eine nochmals aktualisierte Checkliste und ein aktualisiertes Unterlagenverzeichnis.

106. Am 21. Januar lief die Antragsfrist auf der zweiten Stufe ab. In der Folge wurden bis Ostern 2013 insgesamt 14 Konzessionsbewerber, darunter auch der staatliche Anbieter Ods, von dem hessischen Ministerium eingeladen, um ihre Sozial– und Sicherheitskonzepte gemäßAbschnitt VI.3 der Ausschreibung vom 8. August 2012 persönlichdem hessischen Ministerium für Inneres und Sport vorzustellen.

107. Konzessionsbewerber, die nicht zu dieser Präsentation eingeladen worden, beantragten vor dem VG Wiesbaden einstweiligen Rechtsschutz. Unter anderen verlangten sie, ebenso wie die 14 Wettbewerber, die die Behörde eingeladen hatte, ihre Sozial- und Sicherheitskonzepte persönlich der Behörde vorstellen zu dürfen. Durch Beschluss vom 30. April 2013 (VG Wiesbaden, 5 L 330/13Wi) verpflichtete das VG Wiesbaden in einem Eil-Verfahren die Konzessionsstelle, dem Bewerber aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz Gelegenheit zu geben, seine Konzepte persönlich vorzustellen. Eine weitere Prüfungsebene mit einer Ausschlussmöglichkeit von Bewerbern sei innerhalb der zweiten Phase des Konzessionsverfahrens in der Auftragsbekanntgabe nicht vorgesehen. Weder der Hinweis auf ein später bekannt zu gebendes Memorandum noch der Hinweis auf ordnungsgemäße und vollständige Unterlagen werde den Anforderungen an ein transparentes Verfahren gerecht. Die Bewerber seien nicht in der Lage, bereits vor Beginn des Verfahrens den Bewerbungsaufwand und ihre konkreten Chancen einschätzen zu können. Insbesondere müssten sie nicht mit einem – jedenfalls faktischen – Ausschluss vor Ende des Auswahlverfahrens durch die Nichteinladung zur Präsentation ihrer Konzepte rechnen. Die Konzessionsstelle leistete dieser Entscheidung keine Folge und legte Beschwerde vor dem VGH Kassel ein.

108. Ebenfalls am 30. April 2013 wurde auf der Plattform www.isa-guide.de durch den Artikel *„Gleiches Recht für alle bei der Lizenzierung?“* öffentlich bekannt, dass mehrere Landessportbunde an staatlichen Lotterieunternehmen und damit auch an dem staatlichen Gemeinschaftsunternehmen Ods GmbH beteiligt sind, das sich um eine Konzession beworben hatte.

109. Zuvor hatte die Konzessionsstelle am 16. April 2013 folgende Zwischennachricht per E-Mail übersandt:

> *„Eine Information über das weitere Vorgehen ... wird aufgrund noch erforderlicher Abstimmungen erst im Laufe der kommenden Wochen (17. KW) möglich sein. Sie werden dann umgehend über das weitere Prozedere unterrichtet.“*

110. Am 6. Mai 2013 wurde folgende Zwischennachricht versandt:

„Im Hinblick auf aktuelle Gerichtsentscheidungen wird das weitere Vorgehen ... zur Zeit im hessischen Ministerium des Innern und für Sport geprüft. Sobald über die weitere Vorgehensweise entschieden ist, werden wir Sie umgehend und unaufgefordert informieren."

111. Am 17. Mai 2013 versandte die Behörde per E-Mail folgende Zwischennachricht:

„Im Sportwettkonzessionsverfahren wurde die „Verhandlungsphase" gemäß Zif. 6 Unterpunkt 4 des Informationsmemorandums mit der Präsentation von Sozial- und Sicherheitskonzept durch ausgewählte Antragsteller durchgeführt.

Auswahlkriterium für die Auswahl der Antragsteller zur Präsentation war (entsprechend Zif. 6 Unterpunkt 4) die Erfüllung der Mindestanforderungen nach Dokument „02 Mindestanforderungen allgemein" und nach Dokument „03a Mindestanforderungen Konzepte überarbeitet", beschränkt auf Vertriebskonzept, Wirtschaftlichkeitskonzept und Zahlungsabwicklungskonzept. Es handelt sich dabei um materielle Voraussetzungen, die unbedingt erfüllt sein mussten, worauf im Informationsmemorandum Zif. 6 erster Absatz, sowie in den Dokumenten „02 Mindestanforderungen allgemein", „03a Mindestanforderungen Konzepte" sowie in den zugehörigen Antwortformularen (Dokumente 05a, 06 und 07a) ausdrücklich hingewiesen wurde.

Der weitere Verlauf des Konzessionsverfahrens stellt sich wie folgt dar:

Es erfolgt eine abschließende Prüfung aller Anträge. Unaufgefordert nach Ablauf der Antragsfrist (21.1.2013) zugesandte Unterlagen werden hierbei nicht berücksichtigt.

Aufgrund des Prüfungsergebnisses wird gegebenenfalls in Einzelfällen noch eine Möglichkeit der Präsentation von Sozial- und Sicherheitskonzepten ermöglicht, woran sich dann auch hier eine Abschlussprüfung anschließt würde.

*Alle Antragsteller, die in diesem Verfahren aufgrund der Nichterfüllung der Mindestvoraussetzungen nicht berücksichtigt werden konnten, erhalten eine **Vorabinformation** gemäß Ziff. 5.12 des Informationsmemorandums, aus dem die für sie maßgeblichen Gründe **umfänglich** hervorgehen, sowie die Information darüber, an welche Antragsteller eine Konzession erteilt werden soll.*

Der Konzessionsgeber hält eine Stillhaltefrist von 15 Tagen ein, innerhalb derer die abschlägig informierten Antragsteller bereits die Möglichkeit haben, Rechtsmittel im vorläufigen Rechtsschutz einzulegen (die Frist nach Ziff. 5.12 des Informationsmemorandums wird zu Gunsten der Antragsteller hiermit verlängert)

Nach Ablauf dieser Frist ist beabsichtigt, die Konzessionen zu erteilen. Damit ist dieses Sportwettkonzessionsverfahren abgeschlossen.

Es wird anschließend ein zweites Verfahren eröffnet. Alle Bewerber, die im ersten Verfahren zur zweiten Stufe des Konzessionserteilungsverfahrens zugelassen wurden, werden zur Teilnahme aufgefordert. Eine erneute europaweite Ausschreibung dieses zweiten Verfahrens wird nicht erfolgen, da bereits im ersten Verfahren alle 20 vergebbaren Konzessionen ausgeschrieben waren, insofern also der Wettbewerb bereits eröffnet wurde. Alle erforderlichen Informationen werden mit der Aufforderung zur Antragsabgabe mitgeteilt. Es werden erneut für alle Antragsteller in gleicher Weise gültige Fristen gesetzt werden. Das zweite Verfahren wird analog zur zweiten Stufe des ersten Verfahrens durchgeführt.

Ich weise daraufhin, dass das Rechtsschutzbedürfnis für ein etwaiges Eilverfahren oder eine Klage in der Hauptsache unseres Erachtens erst ab Erhalt der Vorabinformation (s.o. Zif. 3) besteht. Aus diesem Grunde empfehle ich, diese Vorabinformation abzuwarten.

Da sich insgesamt 41 Antragsteller in der 2. Stufe des Sportwettkonzessionsverfahrens befinden, bitten wir um Verständnis, dass eine Vorabinformation vor August nicht erfolgen kann."

112. In mehreren Rechtsschutzverfahren vor dem VG Wiesbaden, die im Kern auf die Einladung zur Präsentation der Konzepte gerichtet waren, beantragte die Konzessionsstelle im Mai/Juni 2013 die Abweisung der beiden Anträge und reichte ein weitgehend inhaltsgleiches Erwiderungsschreiben ein. Für die nicht zur Präsentation der Konzepte eingeladenen Bewerber bestehe kein Anspruch auf Verbleib im Konzessionsverfahren. Die nicht eingeladenen Antragsteller seien schon an den Mindestvoraussetzungen gescheitert. Es gebe auch keine Möglichkeit, Unterlagen und Erklärungen zu komplettieren. Die gerichtlich beantragte Einladung zur Präsentation der Konzepte sei eine „*reine Farce*". Wörtlich meinte die Behörde (S. 16, 20):

„Auf die Umsetzung einer Farce kann jedoch in einem Rechtsstaat kein dringlicher Anspruch bestehen. Das Begehren der Antragstellerin, die Teilnahme an der Verhandlungsrunde zu erreichen und zur Präsentation geladen zu werden, kann keinesfalls zu dem von der Antragstellerin letztlich gewünschten Ergebnis, nämlich dem Erhalt einer Sportwettkonzession, führen. ... Die Zulassung zur Verhandlungsrunde erweckt den Anschein, dass der eingeladene Antragsteller tatsächlich noch eine Chance auf Erteilung einer Konzession hat. Eine Einladung auszusprechen, ohne dass diese Chance noch tatsächlich besteht, ist irreführend. ..."

113. Außerdem führte die Behörde aus, dass nur 14 Bewerber alle Mindestanforderungen eingehalten hätten:

*„**Prüfung der nicht zur Verhandlung stehenden Mindestanforderungen** ...*

Im Ergebnis haben 14 der 41 Antragsteller diese Anforderungen zu 100 % erfüllt, ohne dass es einer etwaigen Nachforderung/Ergänzung von Unterlagen, Nachweisen oder Erklärungen bedurfte. Aus der Tatsache, dass 14 Antragsteller die Mindestvoraussetzungen innerhalb der Frist bis zum 21. Januar 2013 um 12:00 Uhr vollständig erfüllt haben, ließ sich erkennen, dass die – für alle Antragsteller gleichen – gestellten Anforderungen, hinreichend transparent und nachvollziehbar waren. Es lagen damit bereits zu diesem Zeitpunkt genügend verwertbare Anträge vor."

114. Im Beschwerdeverfahren über das vor dem VG Wiesbaden entschiedene Eilverfahren wies der VGH Kassel durch Beschluss vom 28. Juni 2013 (VGH, 8 B 1220/13) den Antrag auf Einladung zur Präsentation der Konzepte (sowie weitere Anträge) als unzulässig zurück. Es fehle ein Rechtsschutzbedürfnis, weil die Behörde in dem Konzessionsverfahren noch keine Sachentscheidung getroffen habe. Die Antragstellerin könne später effektiven Rechtsschutz gegen verfahrensabschließende Akte erlangen, wenn nach Abschluss des Auswahlverfahrens begründete Ablehnungsbescheide erteilt werden. Das VG Wiesbaden änderte seine Rechtsprechung vom 30. April 2013 und zog sich ebenfalls auf diesen Standpunkt zurück. Mehrere Konzessionsbewerber legten dagegen Beschwerde vor dem VGH Kassel ein.

115. Neben diesen Eilverfahren, die im Kern auf die Einladung zur persönlichen Präsentation der Konzepte und die Gleichbehandlung mit eingeladenen Wettbewerbern gerichtet waren, hatten mehrere Wettanbieter schon 2012 vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden eine „Leistungsklage" gegen das hessische Ministerium für Inneres und Sport (bzw. gegen das Land Hessen) mit dem Ziel erhoben, das Konzessionsverfahren unionsrechtkonform neu zu beginnen. In diesen Klagen, die unter den Aktenzeichen 5 K 1257/12Wi, 1269/12Wi, 1312/12Wi, 1430/12Wi, 1470/12Wi und 1245/12Wi geführt werden, wurde unter anderem die Gefahr von Günstlingswirtschaft durch die Nähe der Konzessionsstelle und des Glücksspielkollegiums zu den staatlichen Wettbewerbern um eine Konzession, die nicht erfolgte Notifizierung der erst in einer E-Mail am 24. Oktober 2013 mitgeteilten einzelnen

Anforderungen für eine Konzession sowie die Einschaltung von CBH als verlängerter Arm der Konzessionsstelle kritisiert.

116. Das Land Hessen beauftragte CBH mit der Klageerwiderung. In einer Erwiderung vom 30. Januar 2013 in einem dieser parallel laufenden Verfahren meinte CBH, die behaupteten Verfahrensfehler basierten auf einer falsche Auslegung des Unionsrechts und einem falschen Verständnis der komplizierten Verfahrensvorgaben. Die technischen Anforderungen an die Konzessionäre, die erst im Laufe des Konzessionsverfahrens aufgestellt wurden, hätten auch nicht notifiziert werden müssen. Der Vorwurf der Gefahr von Günstlingswirtschaft durch die Einschaltung von CBH sei „unkollegial". Bei der rechtlichen Beratung im Bereich der Sportwetten gebe es zwei „Lager". Während CBH stets von den Landeslotterieunternehmen mandatiert werde, würden andere Anwälte stets von privaten Anbietern beauftragt. Die Prozessbevollmächtigten der Kläger sollten sich fragen, von welchem Interesse sie gesteuert wären, wenn sie mit der Betreuung des Konzessionsverfahrens beauftragt wären.

117. In einem Schriftsatz an das VG Wiesbaden vom 16. September 2013 stellte CBH klar, dass fünf der sechs Kläger vor dem VGH Wiesbaden nicht zur persönlichen Präsentation eingeladen waren. Es sei außerdem nicht absehbar, wann eine Entscheidung über die Konzessionsanträge erfolge. Ob und wann eine zweite Bewerbungsrunde stattfinden werde, stehe ebenfalls nicht fest.

118. Am 9. Oktober 2013 versandte das hessische Ministerium eine weitere Zwischennachricht. Die Prüfungen würden voraussichtlich nicht vor Mitte November abgeschlossen sein. Im Anschluss daran würden die Antragsteller umgehend *„über das weitere Prozedere"* unterrichtet.

119. Am 13. November 2013 entschied der VGH Kassel in den noch anhängigen Eilverfahren, in denen es im Kern um die Einladung zur persönlichen Präsentation der Konzepte ging, gegen die Antragsteller (VGH Kassel, Beschl. v. 13.11.2013, 8 B 1914, 8 B 1977/13 u.a.). Die Konzessionsbewerber hätten noch immer kein Rechtsschutzbedürfnis, um ihren Verbleib im Konzessionsverfahren gerichtlich durchzusetzen.

120. Am 14. November 2013 morgens versandte die Konzessionsstelle folgende E-Mail:

„Im Sportwettkonzessionsverfahren wurde eine abschließende Prüfung der Anträge aller Antragsteller, die zur 2. Stufe des Konzessionsverfahrens zugelassen wurden, durchgeführt. Dabei wurde festgestellt, dass auf Basis der zum 21.01.2013 eingereichten Unterlagen keiner der Antragsteller die Erfüllung der Mindestanforderungen nach Dokument „02 Mindestanforderungen allgemein" und nach Dokument „03a Mindestanforderungen Konzepte überarbeitet", beschränkt auf Vertriebskonzept, Wirtschaftlichkeitskonzept und Zahlungsabwicklungskonzept, in prüffähiger Form nachweisen konnte.

Aufgrund dieses Prüfungsergebnisses sollen die Antragsteller nun im Rahmen einer Nachforderung gemäß § 4b Abs. 3 Satz 1 GlüStV sowie Ziff. 5.5 des Informationsmemorandums aufgefordert werden, ihre bereits eingereichten Unterlagen zu ergänzen und ggf. weitere Angaben, Nachweise und Unterlagen vorzulegen. Die einzelnen Antragsteller werden hierzu voraussichtlich Anfang Januar 2014 ein Schreiben erhalten, aus dem sich ergibt, welche Angaben, Nachweise und Unterlagen in welcher Form innerhalb einer bestimmten Frist noch einzureichen sind.

Das Informationsmemorandum (Dokument 01a – Informationsmemorandum überarbeitet) wird in Ziff. 6 wie folgt geändert: 5. Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen gem. Dokument „03a Mindestanforderungen Konzepte überarbeitet" aller Antragsteller ist durchgeführt. 6. Es erfolgt eine Nachforderung gemäß § 4b Abs. 3 Satz 1 GlüStV sowie Ziff. 5.5 des Informationsmemorandums. 7. Die Verhandlungsphase im Sinne der Ziff. 6 Unterpunkte 4 des Informationsmemorandums wird für die Antragsteller, die bisher nicht zu einer Präsentation ihres Sozial- und Sicherheitskonzepts geladen wurden, in einem

schriftlichen Verfahren durchgeführt. Informationen hierzu erfolgen im oben angekündigten Nachforderungsschreiben. 8. Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen gem. Dokument „02 Mindestanforderungen allgemein" sowie gem. Dokument „03a Mindestanforderungen Konzepte Überarbeitet" nach Nachforderung und Durchführung der Verhandlungsrunde im schriftlichen Verfahren. 9. Sollten mehr als 20 Antragsteller die Prüfung nach Ziff. 1-8 bestehen, erfolgt im nächsten Schritt ein Auswahlverfahren gem. Ziff. 7 des Informationsmemorandums.

Im Anschluss daran erfolgt die Vorabinformation aller Antragsteller, die keine Konzession erhalten können gem. Ziff. 5.12 des Informationsmemorandums, aus der die für den Antragsteller maßgeblichen Gründe umfänglich hervorgehen, sowie die Information darüber, an welche Antragsteller eine Konzession erteilt werden soll. Der Konzessionsgeber hält eine Stillhaltefrist von 15 Tagen ein, innerhalb derer die abschlägig informierten Antragsteller bereits die Möglichkeit haben, Rechtsmittel im vorläufigen Rechtsschutz einzulegen (die Frist nach Ziff. 5.12 des Informationsmemorandums wurde zugunsten der Antragsteller in der Mail vom 17.05.2013 verlängert). Nach Ablauf dieser Frist ist beabsichtigt, die Konzessionen zu erteilen."

B. Zu den Vorlagefragen

Zur Vorlagefrage 1 a)

121. Die Vorlagefrage 1 a.) betrifft zum einen den Aspekt, dass die Staatsanwaltschaft Kempten nachdrücklich meint, Unionsrecht binde nur den deutschen Gesetzgeber und allenfalls die Verwaltungsbehörden, die ein unionsrechtskonformes Erlaubnisverfahren für Sportwetten errichten müssten (dazu unter a.). Zum anderen behandelt die erste Vorlagefrage 1 a) den Umstand, dass die Staatsanwaltschaft, Richterin am Amtsgericht *Lechner* und das Landgericht Kempten aus der höchstrichterlich bestätigten Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols im Unterschied zu Richter am Amtsgericht *Kögl* nicht die Konsequenz ziehen, dass die Angeklagte ohne deutsche Erlaubnis Sportwetten vermitteln darf. Auch im Ausgangsfall besteht also wie in der übrigen deutschen Behördenpraxis und Rechtsprechung eine diametral unterschiedliche Sichtweise zu der Frage, ob das Fehlen einer Erlaubnis zum Anlass für eine vollständige Untersagung oder strafrechtliche Sanktion genommen werden darf.

121. Zunächst ist allerdings klarzustellen, dass sich die Angeklagte trotz fehlender Unionsbürgerschaft auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann. Zwar wird vertreten, ein Nichtunionsbürger könne sich gegenüber einer Untersagungsverfügung oder strafrechtlichen Verfolgung nicht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Auch das Landgericht Berlin hatte in seiner Vorlage vom 19.1.2012 an das BVerfG diese These vertreten. Ebenso hatte das BVerwG im Urteil vom 24.11.2010 (8 C 13.09, Rn. 84 f.) gemeint, ein grenzüberschreitend agierender Wettvermittler türkischer Herkunft könne staatlichen Eingriffen nicht die Dienstleistungsfreiheit entgegenhalten. Der BayVGH teilt diese Sichtweise jedoch mit Recht nicht. Er führt im Beschluss vom 18. April 2012 (BayVGH, 10 BV 10.2273) aus:

„56. Der Kläger fällt zwar nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der nur für Unionsbürger gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit (Art. 20 Abs. 2 Satz 1, Art. 56 AEUV). Die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit erstrecken sich gerade nicht auf Dienstleister, die Staatsangehörige eines Drittstaats sind, solange von der Möglichkeit des Art. 56 Abs. 2 AEUV kein Gebrauch gemacht wurde (EuGH vom 3.10.2006 Rs. C-290/04 - FKP Scorpio Konzertproduktionen - Rn. 67; Streinz in Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 Rn. 40). Der Kläger kann sich aber als Vermittler einer durch Art. 56 AEUV geschützten Dienstleistung – des Wettangebotes des Wettanbieters mit Sitz in einem Mitgliedstaat, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt bzw. als Gesellschaft

gemäß Art. 62 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 AEUV diesen (natürlichen Personen) gleichgestellt ist (sog. Leistungserbringer), an die im Inland ansässigen Wettkunden (sog. Leistungsempfänger) – auf einen Verstoß der das Staatsmonopol normierenden Bestimmungen des § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV gegen Art. 56 AEUV und den daraus resultierenden Anwendungsvorrang des Unionsrechts berufen.

57. Maßgeblicher Bezugspunkt der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV in glücksspielrechtlichen Streitverfahren wie dem vorliegenden ist das Dienstleistungsverhältnis zwischen dem ausländischen Wettanbieter und den inländischen Wettkunden (a. A. wohl BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 13.09 Rn. 60). Unter diesen Dienstleistungsbegriff fallen im Bereich der Sportwetten auch Tätigkeiten, die ein Leistungserbringer mit Sitz in einem Mitgliedstaat über das Internet - und damit ohne Ortswechsel - Leistungsempfängern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, anbietet (EuGH vom 6.11.2003 Rs. C-243/01 - Gambelli - Rn. 54). In diesem Verhältnis des Wettanbieters zum Leistungsempfänger kommt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der Tätigkeit des Vermittlers bezogen auf die Erbringung der Wettdienstleistung bei Sportereignissen keine selbständige Bedeutung zu. So ist beispielsweise die Dienstleistungsfreiheit des Wettanbieters berührt, wenn Werbeformulare oder Lose für die Durchführung einer Lotterie durch Dritte ausgegeben werden. Die Verteilung von Werbematerial und Anmeldeformularen verfolgt nämlich keinen Selbstzweck, sondern soll die Bereitschaft und Möglichkeit für die Inanspruchnahme der beworbenen Leistung, die in der Eröffnung einer Gewinnchance liegt, schaffen (EuGH vom 24.3.1994 Rs. C-275/92 – Schindler - Rn. 37). Auch ein strafbewehrtes Verbot, die Erbringung von Wettdienstleistungen bei Sportereignissen, die von einem Leistungserbringer organisiert werden, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem hat, in dem diese Vermittler ihre Tätigkeit ausüben, zu erleichtern, stellt eine Beschränkung des Rechts des Buchmachers auf freien Dienstleistungsverkehr dar, und zwar auch dann, wenn die Vermittler in demselben Mitgliedstaat ansässig sind wie die Empfänger dieser Dienstleistungen (EuGH vom 6.11.2003 – Gambelli - a.a.O. Rn. 58). Die Annahme einer gesonderten bzw. selbständigen Beschränkung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr desjenigen, der die Erbringung der Dienstleistung erleichtert, ist daher schon vom Ansatz her nicht systemgerecht. Art. 56 AEUV ist auf einen Glücksspielanbieter, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist und seine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat anbietet auch dann anwendbar, wenn er dafür Dienste von Vermittlern in Anspruch nimmt, die im selben Mitgliedstaat ansässig sind wie die Empfänger dieser Dienstleistung (EuGH vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 - Dickinger/Ömer - Rn. 37). Die Werbung und die Vermittlung für/von Glücksspielen stellen demgemäßnur eine konkrete Einzelheit der Veranstaltung und des Ablaufs der Spiele dar, auf die sie sich beziehen (EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 - Markus Stoß- Rn. 56).

58. Eine tatsächliche und vor allem rechtliche Aufspaltung dieses einheitlichen in den (sachlichen und persönlichen) Anwendungsbereich von Art. 56 AEUV fallenden Dienstleistungsvorgangs - des Wettangebots - in zwei getrennte Dienstleistungsverhältnisse Wettanbieter - Vermittler und Vermittler - Sportwettenkunde unter Verselbständigung eines Teils bzw. einer konkreten Einzelheit der Gesamtdienstleistung - der grenzüberschreitenden Sportwettenveranstaltung - nimmt der Gerichtshof gerade nicht vor. Gegenstand der Dienstleistung wäre dann nämlich nicht mehr das Wettangebot, sondern die Vermittlung. Eine solche Betrachtungsweise würde im Übrigen auch insbesondere im verbleibenden Verhältnis Vermittler - Kunde Probleme aufwerfen, weil es sich insoweit unionsrechtlich betrachtet um einen reinen Inlandsachverhalt handeln würde. Auch stellt die gesamte bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Rechtfertigung von mitgliedstaatlichen Regulierungen betreffend die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten durchgängig auf das Glücksspielangebot im Verhältnis Wettanbieter - Sportwettenkunde und nicht auf die

Vermittlungs- oder Vertriebswege des Angebots ab, so dass sich die Beurteilung, ob ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vorliegt, auch insoweit an der Beziehung Wettanbieter - Kunde zu orientieren hat. Eine vergleichbare Situation bei der Beurteilung einer möglichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit wird z.B. auch in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Vorabentscheidungsersuchen vom 24. Oktober 2001 (Az. 6 C 3/01 Rn. 71) in Sachen „Laserdrome" deutlich, in der das BVerwG beim Dienstleistungsverhältnis auf die Beziehung zwischen dem Franchisegeber und dem Kunden und nicht zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer abstellt. Der Franchisevertrag dient - wie die Tätigkeit des Sportwettenvermittlers - als Vehikel zur Erbringung der Dienstleistung des Franchisegebers gegenüber dem deutschen Kunden.

59. Im damit maßgeblichen Dienstleistungsverhältnis Wettanbieter/Kunde ist sowohl der sachliche als auch der persönliche Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit eröffnet. Die Dienstleistungsanbieterin steht als maltesische Gesellschaft, die ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Union hat, bei der Anwendung der Grundfreiheiten des AEUV natürlichen Personen gleich (Art. 62, 54 Abs. 1 AEUV) und erbringt mit ihrem Wettangebot eine grenzüberschreitende Dienstleistung (sog. Korrespondenzdienstleistung, Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV Rn. 54). Weitergehende Voraussetzungen hat die (aktive) Dienstleistungsfreiheit des Leistungsanbieters daneben nicht (Streinz, a.a.O., Art. 56 Rn. 50).

60. Auch wenn der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich nur im Verhältnis eines Unionsbürgers, der sich auf Unionsrecht berufen kann, und dem Staat, dessen Rechtsnormen Unionsrecht unzulässigerweise beschränken, zu beachten ist und nicht umfassend gilt, ist es vorliegend letztlich dem Gebot der effektiven Erfüllung der unionsvertraglichen Verpflichtungen (s. Art. 4 Abs. 3 AEUV) und der Sicherung eines wirksamen Rechtsschutzes in dem von dieser Grundfreiheit erfassten Bereich (s. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV) geschuldet, dass der Kläger die Verletzung der Dienstleistungsfreiheit des Wettanbieters (auch) im Rahmen seiner Klage gegen die Untersagung der Vermittlungstätigkeit wie ein eigenes Recht im Sinne des §113 Abs. 1 Satz 1 VwGO geltend machen kann (a.A. OVG Saarland vom 25.4.2007 Az. 3 W 24/06 Rn. 111; OVG Berlin-Brandenburg vom 8.6.2011 Az. OVG 1 B 3.09). Die effektive Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit des Wettanbieters, die durch das Einschreiten gegen den Vermittler objektiv betrachtet unionsrechtswidrig eingeschränkt wird, darf nicht entscheidend davon abhängen, ob der Vermittler, dessen sich der Wettanbieter zur erleichterten Erbringung seiner Dienstleistung bedient, Unionsbürger oder eine diesem gleichgestellte Gesellschaft ist oder nicht.

61. Das Effektivitätsgebot wirkt in zwei Richtungen: Zum einen dient es dem subjektiven Rechtsschutz des Einzelnen, zum anderen aber auch der objektiven Wahrung des Gemeinschaftsrechts (Streinz, VVDStRL 61 (2002), 300). Das nationale Verwaltungsprozessrecht wird insoweit als Durchsetzungsinstrument des Gemeinschaftsrechts in die Pflicht genommen. Es stellt eine Funktionssicherung für das Recht der Europäischen Union dar. Neben die Entstehung individueller Rechte kraft Gemeinschaftsrecht im Sinne einer Schutznorm nach § 42 Abs. 2 VwGO tritt auch eine partielle Auflösung des subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhangs bei § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457/466). Durch nationale Verfahrens- bzw. Prozessvorschriften darf die Ausübung der durch Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (EuGH vom 14.12.1995 – Peterbroeck - Rs. C-312/93 DVBl 1996, 294 m.w.N.; vom 19.6.2006 - i-21 Germany und Arcor - Rs. C-392/04 u.a. Rn. 57 m.w.N.).

62. Zur objektiven Wahrung des Gemeinschaftsrechts muss es dem Kläger auch als Drittstaatler möglich sein, den Verstoß der das Staatsmonopol normierenden Bestimmungen gegen die unionsrechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit geltend zu machen, auch wenn ihm aus dieser Grundfreiheit als Nichtunionsbürger grundsätzlich kein subjektives Recht im Sinne des §113 Abs. 1 Satz 1 VwGO erwächst. Andernfalls wäre der wirksame Rechtsschutz in diesem - wie oben dargelegt - vom Recht des Buchmachers auf freien Dienstleistungsverkehr erfassten Bereich (vgl. EuGH vom 6.11.2003 – Gambelli – a.a.O. RdNr. 58) übermäßig erschwert. Der ausländische Wettanbieter ist in den Fällen, in denen er keine ständige Präsenz (z.B. Agenturen) im Inland unterhält, auf die Dienste eines Vermittlers angewiesen, um sein Wettangebot im Inland wirksam zu platzieren und so den Marktzugang erst zu erhalten. Die Untersagungsverfügung gegenüber dem Vermittler greift folglich unstreitig in die Dienstleistungsfreiheit des Wettanbieters ein und verletzt diesen - wie oben dargelegt - in seinen Rechten. Die Klage eines die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzenden Vermittlers, der sich als notwendiges Glied eines einheitlichen Dienstleistungsvorgangs ebenfalls auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann, gegen die an ihn gerichtete Untersagungsverfügung wäre demnach grundsätzlich zulässig. Die Zulässigkeit einer Klage des Wettanbieters gegen die an den Wettvermittler gerichtete Untersagungsverfügung hat der BayVGH bislang verneint (vgl. BayVGH vom 21.9.2006 Az. 24 CS 06.2231). Im hier anhängigen glücksspielrechtlichen Verfahren 10 B 10.2959, in dem der Wettanbieter gegen die gegenüber dem Vermittler ergangene Untersagungsverfügung klagt, hat der Senat allerdings die Berufung zugelassen. Dem ausländischen Wettanbieter ist es aber jedenfalls unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Rechtsschutzes nicht zumutbar, schon rein vorsorglich in jedem Fall gegen eine gegenüber dem inländischen Vermittler ergangene Untersagungsverfügung Klage zu erheben, um seiner Dienstleistungsfreiheit in jedem Fall wirksam Geltung zu verschaffen. Dies dürfte nämlich regelmäßig bereits daran scheitern, dass der Dienstleistungserbringer in der Regel keine Kenntnis vom Ergehen der Untersagungsverfügung hat. Am Verwaltungsverfahren ist er nicht beteiligt. Eine Bekanntgabe der Untersagungsverfügung an den jeweiligen Wettanbieter erfolgt grundsätzlich nicht. Insbesondere mit Blick darauf, dass die nationalen Behörden in der Regel umfassende Verfügungen erlassen, die nicht nur die Vermittlung des Wettangebots eines bestimmten Anbieters untersagen, stellt sich eine wirksame Rechtsverfolgung für den einzelnen Anbieter unabhängig davon als schwierig dar. Auch führte die durch das nationale Verwaltungsprozessrecht vorgenommene Differenzierung bei der Einräumung einer einklagbaren Rechtsposition für den Vermittler danach, ob er Unionsbürger ist, zu einer Erschwernis für den ausländischen Wettanbieter bei der gerichtlichen Durchsetzung der unionsrechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit. Letztlich käme es zu der paradoxen Situation, dass derjenige, an den die Untersagungsverfügung gerichtet ist, sich im Rahmen des §113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht auf ein subjektives Recht berufen könnte (wenn er nicht Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist), nur weil Adressat der Untersagungsverfügung und Berechtigter aus der Dienstleistungsfreiheit bedingt durch die Entscheidung einer nationalen Verwaltungsbehörde auseinanderfallen. Stellt jedoch der Gerichtshof der Europäischen Union in seiner gesamten Rechtsprechung bei der Frage der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf das Verhältnis zwischen Wettanbieter und Kunden ab und sieht er die Sportwettenvermittlung nur als „konkrete Einzelheit" des Ablaufs des Spiels, kann dem Gebot einer effektiven Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit des Wettanbieters nur dadurch Rechnung getragen werden, dass (auch) der die unselbständige Teilhandlung erbringende Vermittler ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit der für den Wettanbieter durch Unionsrecht gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit zur Geltung verhelfen kann.

123. Diese Auslegung der Dienstleistungsfreiheit überzeugt. Jede andere Auslegung würde dazu führen, dass ein Dienstleister zur Ausübung seiner Rechte unterscheiden müsste, ob er im Empfangsstaat mit einem Unionsbürger oder einem Drittstaatsangehörigen

zusammenarbeitet. Das kann nicht im Sinne der vollen Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes sein, der auch dadurch geprägt ist, dass sich Drittstaatsangehörige in den Mitgliedstaaten legal aufhalten und dort arbeiten dürfen. Wohl deshalb hat auch der Gerichtshof – wie das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss vom 3. September 2012 (1 BvL 7/12) ausführt – in der *Gambelli*-Entscheidung im Rahmen eines Strafverfahrens gegen 138 Wettvermittler das vorlegende italienische Gericht verpflichtet, seine Rechtsprechung in allen Strafverfahren unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Beschuldigten anzuwenden. Es wird deshalb vom Gerichtshof keine erneute Klarstellung erwartet, dass sich die türkische Angeklagte in einem Fall mit den vorliegenden Besonderheiten auf das Unionsrecht berufen kann.

124. **a)** Das vorlegende Gericht bittet den Gerichtshof jedoch um Klarstellung, dass *alle* dem Staat zuzurechnenden Stellen die Verbotsnorm des Artikels 56 AEUV und die unionsrechtlichen Grundsätze beachten und entgegenstehende nationale Normen oder Rechtspraktiken unangewendet lassen müssen. Zwar ist die Rechtsprechung zum Anwendungsvorrang bekannt. Danach haben sich *„alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften diesem Vorrang zu beugen, so dass sich der Einzelne ihnen gegenüber auf eine solche Gemeinschaftsbestimmung berufen kann"*(*Ciola*, Rn. 30). Auch ist die Rechtsprechung in den sportwettenrechtlichen und glücksspielrechtlichen Verfahren bekannt, die zum Teil strafrechtliche Ausgangssachverhalte betrafen und damit verdeutlichen, dass Strafverfolgungsbehörden, Gerichte und Gesetzgeber an den Anwendungsvorrang gebunden sind. Jedoch verbleiben angesichts des Nachdrucks, mit dem die Staatsanwaltschaft Kempten behauptet, das Verbot des Artikels 56 AEUV richte sich nicht an sie, sondern nur an den Gesetzgeber und allenfalls die Verwaltungsbehörden, die ein unionsrechtkonformes Erlaubnisverfahren einzurichten hätten, letzte Zweifel hinsichtlich der insoweit zutreffenden Auslegung des Unionsrechts.

125. **b)** Die Vorlagefrage 1 a) bezieht sich zudem auf die unterschiedlichen Auslegungen des Unionsrechts im Zusammenhang mit den Folgen der Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols. Wie der Ausgangssachverhalt deutlich macht, hängt es gleichsam vom Zufall ab, ob ein privater Wettanbieter erlaubnisfrei tätig sein darf oder verboten bzw. sanktioniert wird. Sogar innerhalb des Amtsgerichts Kempten divergieren die Auffassungen. Es ist daher notwendig, dass der Gerichtshof in Ergänzung seiner Urteile vom 8. September 2010 Klarheit über die Auslegung des Unionsrechts im Zusammenhang mit dem im GlüStV geregelten Erlaubnisvorbehalt vor dem Hintergrund der fehlenden Rechtfertigung des Sportwettenmonopols schafft.

126. Ein Richter am Amtsgericht, die Staatsanwaltschaft sowie das Landgericht Kempten meinen, ein Vermittlungsverbot sei nur unionsrechtswidrig, wenn es auf § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV gestützt ist; dies bedeute aber nicht, dass ein privater Betreiber ohne Erlaubnis vermitteln dürfe und § 284 StGB unanwendbar werde. Die Weisung des bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 27. September 2010 zu den Vorabentscheidungsurteilen beruht sogar auf der These, der Gerichtshof habe in *Markus Stoß* und *Carmen Media* den allgemeinen Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV generell als unionsrechtkonform bestätigt (Bl. 13 d. Akte). Die Argumente der oberen Verwaltungsgerichte zur Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts trotz der fehlenden Rechtfertigung des Monopols wurden oben dargelegt.

127. Mit Blick auf die Argumente der unteren Verwaltungsgerichte bestehen Zweifel, ob diese Sichtweise unionsrechtlich zwingend ist. Die Systematik der Grundfreiheiten als an den Staat gerichtete Verbotsnormen und die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der Sportwetten und des Glücksspiels seit den Urteilen *Schindler*, *Zenatti*, *Gambelli* und *Placanica*, insbesondere auch die Entscheidungen *Winner Wetten*, *Carmen Media* und *Markus Stoß u.a.* könnten gegen die isolierte Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts sprechen, da der Einzelne durch eine gesetzliche Regelung unionsrechtswidrig von einer Erlaubnis ausgeschlossen ist.

128. Das in § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV enthaltene Verbot, einem privaten Wettanbieter eine Erlaubnis zu erteilen, steht in untrennbarem Zusammenhang mit dem Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV. Der Erlaubnisvorbehalt ist ein zwingend notwendiges Element, um das Verbot des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV abzusichern. Ohne den Erlaubnisvorbehalt würde das Ziel der Bundesländer und des GlüStV, die Veranstaltung von Sportwetten bei ihren staatlichen Anbietern zu monopolisieren, ins Leere gehen. Die Regelung des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV verbietet nämlich nur, privaten Veranstaltern oder Vermittlern eine Erlaubnis zu erteilen, nicht aber private Wettangebote ohne deutsche Erlaubnis. Ein Verbot privater Betätigung im Bereich der Sportwette enthält nur § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV. Eine unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Sportwettenmonopols erfasst daher zwingend auch den Erlaubnisvorbehalt.

129. Ob der Erlaubnisvorbehalt dennoch für Verbote oder Sanktionen herangezogen werden kann, erscheint im Anwendungsbereich des Unionsrechts zweifelhaft. Die Rechtspraxis der Behörden und Gerichte, die Verbote oder Sanktionen mit dem isolierten Erlaubnisvorbehalt begründen und ein Erlaubnisverfahren fingieren, könnte unionsrechtlich unter dem Aspekt der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit bedenklich sein (dazu EuGH, Rs. C-445/06, *Danske Slagterier*, Rn. 33 f sowie BGH, Urt. v. 2.9.2009, III ZR 144/05; EuGH, Rs. C-334/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1996 I-1337, Rn. 30; ebenso, EuGH, Rs. C-197/96, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-1489, Rn. 14; Rs. C-58/98, *Kommission/Italien*, Slg. 2000, I-1225, Rn. 17; Rs. C-145/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2002, I-2235, Rn. 30; vgl. auch EuGH, Rs. C-361/88, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1991, 2567, Rn. 24; EuGH, Rs. C-54/99, *Scientology*, Slg. 2000, I-1335; EuGH, Rs. C-483/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2002, I-4781, Rn. 50). Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass die Unvereinbarkeit des innerstaatlichen Rechts mit Unionsrecht nicht durch eine Gerichts- oder Verwaltungspraxis ausgeräumt werden kann, sondern letztlich nur mithilfe verbindlichen innerstaatlichen Rechts, das denselben rechtlichen Rang hat, wie die zu ändernden Bestimmungen. Diese Rechtsprechung hatte das OVG Münster im Urt. v. 29.11.2011 (4 A 17/04, Rn. 222 ff.) zum Anlass genommen, die Anwendung des Sportwettenmonopols in den Jahren 2006 und 2007 als unionsrechtswidrig zu bestätigen, obwohl das BVerfG dem Freistaat Bayern gestattet hatte, unter bestimmten Maßgaben (Beginn der Herstellung eines Mindestmaßes an Konsistenz) das als verfassungswidrig bestätigte Sportwettenmonopol weiterhin anzuwenden.

130. Gegen die isolierte Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts spricht, dass es im Rahmen der Gewaltenteilung nicht Aufgabe der Behörden oder Gerichte wäre, die Position des Gesetzgebers einzunehmen und dem GlüStV neue Inhalte zu geben und insbesondere ein Erlaubnisverfahren zu fingieren, um dem Einzelnen dann das Fehlen einer Erlaubnis entgegenzuhalten. Dem Gesetzgeber bleiben bei Unionsrechtswidrigkeit des Monopols viele Möglichkeiten. Er könnte auf jede spezialgesetzliche Regelung verzichten oder den Markt für Sportwetten – wie in Schleswig Holstein – über ein unionsrechtkonformes Lizenzierungssystem freigeben. Der Gesetzgeber könnte auch versuchen, eine insgesamt systematische und kohärente bundesweite Glücksspielpolitik ohne jede fiskalische Ausrichtung zu schaffen und an dem Sportwettenmonopol festhalten. Diese gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten dürfen aber vom Rechtsanwender nicht zum Nachteil des Einzelnen vorweggenommen werden.

131. Problematisch erscheint daher die Fiktion eines Lizenzierungsmodells, wie dies die oberen Verwaltungsgerichte vornehmen, um dem Wettanbieter das Fehlen einer Erlaubnis mit dem Argument entgegenzuhalten, er bleibe auch bei Nichtanwendung des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV nicht erlaubnisfähig, weil einer Erlaubnis andere Bestimmungen des GlüStV oder der Ausführungsgesetze entgegenstehen. Mit dieser Rechtspraxis wird der Anwendungsvorrang von staatlichen Stellen genutzt, um eine unionsrechtwidrige Regelung zum Nachteil des Dienstleistungsempfängers gleichsam um ihren rechtswidrigen Teil zu bereinigen. Es ist fraglich, ob sich das Unionsrecht in diesem Sinne auslegen und anwenden lässt.

132. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der GlüStV geschaffen wurde, um das Monopol, das der denkbar schwerste Eingriff in Grundfreiheiten ist, insgesamt zu rechtfertigen, nicht aber den isolierten Erlaubnisvorbehalt. Die Vermarktungsbeschränkungen und die restriktiven Bestimmungen über Art und Zuschnitt von Sportwetten, die im GlüStV geregelt sind, dienen zunächst einmal der Rechtfertigung des vollständigen Ausschlusses privater Wettanbieter. Es erscheint daher unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit fraglich, ob dem Einzelnen dann über den Umweg des Erlaubnisvorbehaltes und der Unterstellung eines Lizenzierungsverfahrens entgegengehalten werden darf, er erfülle nicht die primär an die Monopolträger und deren Vermittler gerichteten Beschränkungen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass das BVerwG in seinen drei Urteilen vom 24. November 2010 bestätigt hatte, dass sich die Vermarktungsbeschränkungen und die Bestimmungen des GlüStV über Art und Zuschnitt erlaubnisfähiger Sportwetten nur an die Monopolträger und deren Vermittler richten. Es hat wörtlich ausgeführt, dass die

> *„Bestimmungen über Art und Zuschnitt zulässiger Sportwetten und die Vorgaben für deren Vermarktung nicht die dem Parlamentsvorbehalt unterworfene Regelung der Grundrechtsausübung privater Sportwettenanbieter oder –vermittler betreffen. Sie regeln nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger."* (BVerwG 8 C 13.09, Rn. 30; 8 C 14.09 und 15.09 Rn. 26)

133. Selbst wenn diese höchstrichterliche Rechtsprechung unzutreffend sein sollte und sich die Vermarktungsbeschränkungen des GlüStV und seine Regelungen über Art und Zuschnitt erlaubnisfähiger Sportwetten auch an die durch das Monopol ausgeschlossenen privaten Wettanbieter richten würden, wäre fraglich, ob dem Einzelnen bei Unanwendbarkeit des Monopols diese Bestimmungen über den Erlaubnisvorbehalt entgegengehalten werden dürfen, indem ein Erlaubnisverfahren fingiert wird. Wer ohnehin durch ein monopolistisches Regime ausgeschlossen ist, kann kaum damit rechnen, dass ihm bei Unanwendbarkeit dieses Ausschlusses gleichsam alternativ die Vorgaben entgegengehalten werden, die in erster Linie geschaffen wurden, um den Ausschluss zu rechtfertigen. Das könnte wiederum unter dem Aspekt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bedenklich sein. Der Einzelne kann nämlich nur schwer vorhersehen, welche konkreten Anforderungen im Rahmen eines unterstellten Erlaubnismodells an ihn eigentlich gestellt werden.

134. Das Argument der Staatsanwaltschaft und des Landgerichts Kempten, die Angeklagte sei strafbar, weil sie sich zunächst eine Erlaubnis durch die Instanzen der Verwaltungsgerichte einklagen müsste, erscheint unionsrechtlich ebenfalls problematisch. Die Angeklagte müsste auf ihr Recht auf freien Dienstleistungsverkehr für unbestimmbare Zeit verzichten und gerichtlich etwas einklagen, das ihr die Behörden nach nationalem Recht nicht geben dürften. Eine derartige Erschwernis der Erbringung einer Dienstleistung lässt sich kaum mit zwingenden Erwägungen des Gemeinwohls rechtfertigen. Diese Rechtspraxis könnte die volle Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes sogar vollständig vereiteln, weil eine Vermittlungserlaubnis eine deutsche Veranstaltererlaubnis voraussetzt, es aber keinen nichtstaatlichen Veranstalter gibt, der eine Erlaubnis hat. Eine Klage auf Erlaubniserteilung musste zwingend erfolglos sein, weil kein privater Wettveranstalter jemals eine Erlaubnis bekommen hat.

135. Zwar hat der Gerichtshof deutlich gemacht, dass die Mitgliedstaaten die Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten grundsätzlich von einer nationalen Erlaubnis abhängig machen können, auch wenn dies einen schwerwiegenden Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr bewirkt. Der Gerichtshof hat aber auch klargestellt, dass ein solches System auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen muss, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Stellen zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt werden (*Carmen Media*, Rn. 87; *Engelmann*, Rn. 55). Es ist fraglich, ob das System einer vorherigen Erlaubnis, wie es ein Teil der deutschen Rechtspraxis im Rahmen von Verbots- oder Strafverfahren zum Nachteil privater

Wettanbieter handhabt, diese Maßstäbe erfüllt. Da die Erlaubniserteilung gesetzlich ausgeschlossen bleibt und ein Erlaubnisverfahren nur fingiert wird, lässt sich vertreten, dass „*im Voraus*" nur bekannt ist, dass den Behörden eine Erlaubniserteilung gesetzlich untersagt ist.

136. Ob das Erlaubnissystem des GlüStV und der Ausführungsgesetze der Bundesländer auf „*objektiven Kriterien*" beruht, erscheint ebenfalls fraglich. Denn es wurde nicht für private Wettveranstalter und deren Vermittler geschaffen, sondern für die staatlichen Monopolträger und deren Vermittler. Im Rahmen der monopolistischen Zusammenarbeit zwischen Wettannahmestellen und den staatlichen Monopolträgern gelten Vorgaben im GlüStV und den Ausführungsgesetzen, die sich nicht ohne Abgrenzungsprobleme auf das Verhältnis zwischen privaten Veranstaltern und privaten Vermittlern übertragen lassen. Z. B. ist nicht ersichtlich, wie ein privater Wettanbieter eine Erlaubnis erhalten können soll, wenn diese nach § 4 Abs. 2 S. 1 GlüStV zu versagen ist, sobald das Veranstalten oder Vermitteln den Zielen des § 1 zuwiderläuft.

137. Es kommt hinzu, dass die Zusammenarbeit der staatlichen Veranstalter mit ihren Vermittlern nach dem GlüStV auf die Bekämpfung von Suchtgefahren fokussiert bzw. fokussieren müsste (§ 1 GlüStV). Dieser Fokus lässt sich zum Nachteil privater Wettanbieter kaum rechtfertigen, wenn das Sportwettenmonopol gerade deshalb unionsrechtswidrig ist, weil die staatlichen Anbieter damit in Wirklichkeit illegitime Zwecke verfolgen. Daher leuchtet schwer ein, privaten Wettanbietern im Rahmen von Straf- oder Untersagungsverfahren über den Weg eines unterstellten Erlaubnisverfahrens diejenigen Beschränkungen des GlüStV vorzuhalten, die für eine konsequente Ausrichtung der Monopolträger auf die Bekämpfung von Suchtgefahren geschaffen wurden, wenn die Monopolträger in Wirklichkeit gar nicht das Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren verfolgen.

138. Es ist auch fraglich, ob der Erlaubnisvorbehalt den Anforderungen an die Transparenz gerecht wird. Für den privaten Erlaubnissuchenden ist weder im GlüStV noch in den Ausführungsgesetzen unmissverständlich geregelt, welche Anforderungen letztlich an ihn gestellt werden. Er weiß nicht einmal, an welche Erlaubnisbehörde in welchem Bundesland er sich wenden soll, oder ob die Erlaubniserteilung nicht sogar Sache des Bundes ist, weil eine bundesrechtliche Regelung „*unerlaubtes Glücksspiel*" unter Strafe stellt. Außerdem stellt sich die Frage, ob es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist, dass sich ein privater Wettanbieter in 16 Bundesländern um eine Erlaubnis bemühen müsste, um hinreichende Sicherheit zu haben, dass er nicht wegen einer fehlenden Erlaubnis auf Unterlassung in Anspruch genommen oder sanktioniert wird.

139. Die Argumentation des Freistaates Bayern, der Gerichtshof habe in *Carmen Media* den Erlaubnisvorbehalt des GlüStV gebilligt, dürfte auf einem Missverständnis dieser Entscheidung beruhen. Die Antwort des Gerichtshofs auf die Vorlagefrage, ob das Fehlen eines Rechtsanspruchs auf eine Erlaubnis mit Unionsrecht vereinbar ist, beruhte auf einem Sachverhalt, der die theoretische Möglichkeit einer Erlaubnis für private Sportwetten unterstellte. Die Angeklagte jedoch hatte im Tatzeitraum Januar 2012 keine rechtliche Möglichkeit, sich eine Erlaubnis zu beschaffen. Dies war nach Bayerischem Landesrecht, das den ausgelaufenen GlüStV und damit auch das Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, übernommen hatte, gesetzlich von der Erlaubniserteilung ausgeschlossen.

140. Fraglich ist schließlich, ob sich an der Auslegung des Unionsrechts mit Blick auf die Rechtsprechung der oberen Verwaltungsgerichte etwas ändert, die sich im Anschluss an die Urteile des BVerwG vom Juni/Juli 2011 gebildet hat (BVerwG v. 1.6.2011, 8 C 2.10. Rn. 55; BayVGH, Beschl. v. 12.1.2012, 10 BV 10.2271, Rn. 58). Danach soll der Erlaubnisvorbehalt die vollständige Untersagung und Sanktionierung privater Wettangebote trotz der Unionsrechtswidrigkeit des Staatsvorbehaltes in § 10 Abs. 5 GlüStV „*nur*" bei „*Fehlen der Erlaubnisfähigkeit*" rechtfertigen; bei Zweifeln über die Beachtung von Vorschriften über die Art

und Weise der Vermittlungstätigkeit kämen zunächst Nebenbestimmungen in Betracht. Zwar führte diese Rechtsprechung im Ergebnis zur Aufhebung von monopolistischen Verbotsverfügungen. So meinte der BayVGH in mehreren Urteilen vom 12. Januar 2012, dass eine Untersagungsverfügung *„nicht mit der im Berufungsverfahren nachgeschobenen Begründung aufrechterhalten werden kann, der Betroffene besitze derzeit die nach § 4 Abs. 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten nicht und könne sie wegen bestehender bzw. vermutlicher Verstöße gegen materielle Erlaubnisvoraussetzungen auch gar nicht erhalten"* (BayVGH, 10 BV 10.2505 u.a.). Dieses Ergebnis beruhte aber nicht auf dem Anwendungsvorrang der Dienstleistungsfreiheit, sondern auf dem Umstand, dass die Untersagungsbehörden ihr Ermessen falsch ausgeübt hatten und dies nach deutschem Prozessrecht in dem jeweiligen Untersagungsverfahren nicht geheilt werden kann.

Zur Vorlagefrage 1 b)

141. Die Vorlagefrage 1 b) und bezieht sich auf diejenige deutsche Rechtsprechung, die in Straf- oder Untersagungsverfahren annimmt, die staatlichen Stellen würden bei einem eventuellen Erlaubnisantrag eines Vermittlers oder Veranstalters das Verbot des § 10 Abs. 5 GlüStV nicht anwenden. Aus dieser Behauptung entnimmt ein Teil der Rechtsprechung die Rechtfertigung für ein vollständiges Verbot oder die Strafbarkeit der Vermittlung von Sportwetten ohne Erlaubnis. Würde der Gerichtshof das Unionsrecht in diesem Sinne auslegen, könnte die Angeklagte den objektiven Tatbestand des § 284 StGB erfüllt haben.

142. In einigen Bundesländern argumentieren Behörden und Gerichte, die private Wettvermittlung könne verboten werden, weil die Behörde ein Erlaubnisverfahren auch für private Wettanbieter eröffnet habe. So meinte z. B. das OVG Niedersachsen 2011 (Beschluss v. 10.3.2011, 11 MC 13/11), der Erlaubnisvorbehalt sei trotz der Rechtswidrigkeit des Monopols gerechtfertigt. Es verwarf das Argument, die Erlaubnisvoraussetzungen für private Veranstalter seien nicht hinreichend bestimmt und nicht transparent, mit dem Hinweis auf eine kurzfristig von der Behörde übersandte „Liste", die offenbar auf Erfahrungen mit den Anträgen von gewerblichen Vermittlern (im Sinne von §§ 19 ff. GlüStV) von Produkten der „staatlichen" Lotteriegesellschaft beruhte. Vergleichbar argumentiert das Landgericht Kempten gegenüber der Angeklagten im Beschluss vom 10. April 2012 (Bl. 222 der Akte). Sie sei strafbar, weil ihr zuzumuten sei, vor der Wettvermittlung einen Erlaubnisantrag zu stellen und eine Erlaubnis vor den Verwaltungsgerichten einzuklagen. Es ergebe sich *„aus der Rechtsprechung des BayVGH, dass für jeden privaten Anbieter (und dann auch für Vermittler) nunmehr auch die grundsätzliche Möglichkeit besteht, eine entsprechende Erlaubnis zu beantragen."*

143. Dieser tatsächlichen Behauptung liegen allerdings weder die Rechtsprechung des BayVGH noch veröffentlichte Dokumente über ein Erlaubnisverfahren bayerischer Behörden für private Wettanbieter zu Grunde. Zwar hatten die bayerischen Untersagungsbehörden wohl in zahlreichen gerichtlichen Verfahren behauptet, einem eventuellen Erlaubnisantrag wäre nicht (mehr) von vornherein der Erfolg wegen des Sportwettenmonopols verwehrt (vgl. BayVGH vom 12. Januar 2012 (10 BV 10.2505). Mit Beschluss vom 26. Juni 2012 (10 Cs 12.522) hat der BayVGH allerdings klargestellt, dass an der Behauptung des Freistaates Bayern, eine Prüfung von Erlaubnisanträgen würde ergebnisoffen erfolgen, durchgreifende Zweifel bestehen:

> *„An substantiierten Darlegungen und Belegen fehlt es aber insoweit bisher. Erlaubnisse für das Veranstalten oder Vermitteln von Sportwetten durch Private sind bisher jedenfalls offenbar nicht erteilt worden. Dass dies allein an nicht ordnungsgemäßen Erlaubnisanträgen läge, ist für den Senat nicht ersichtlich. Der Freistaat Bayern hat außerdem in Bezug auf alle Urteile des Senats, die auf die Unanwendbarkeit der das staatliche Sportwettenmonopol begründenden Regelung von §10 Abs. 2 und 5 GlüStV in Folge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gestützt sind, als Beklagter oder durch den Vertreter des öffentlichen*

Interesses Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision mit der Begründung erhoben, dass er die Auffassung des Senats zur Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung nicht teile. Aus allen diesen Gründen drängt sich dem Senat der Eindruck auf, dass der Freistaat Bayern am staatlichen Sportwettenmonopol bis zum Inkrafttreten eines neuen Glücksspielstaatsvertrags festhalten und private Wettanbieter gerade nicht zulassen will.

144. Das BVerwG hat dies in seinen Urteilen vom 16. Mai 2013 (8 C 16.12 u.a., Rn. 57) anders gesehen, allerdings ohne zu konkretisieren, woher seine Erkenntnisse kommen. Es hat seine Auslegung des Unionsrechts, private Wettanbieter dürften „präventiv" vollständig verboten werden, wenn für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung die materielle Erlaubnisfähigkeit nicht „offensichtlich" sei, mit der Unterstellung untermauert, der Freistaat Bayern habe die Urteile des Gerichtshofs vom 8. September 2010 zum Anlass genommen, ein Erlaubnisverfahren für private Wettanbieter zu eröffnen (BVerwG, Rn. 58); es bedürfe daher keiner näheren Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Durchsetzung des Erlaubnisvorbehalts für den Fall, dass keine Möglichkeit bestehe, eine Erlaubnis zu erlangen. Allerdings bestehen Zweifel an diesem Sachverhalt. Zwar hatte die Regierung der Oberpfalz (Bl. 203, 204) im Januar 2012 der Polizei geschrieben, dass das Sportwettenmonopol jedenfalls seit einem Beschluss des BayVGH vom März 2011 nicht mehr angewendet werde. Andererseits hatte die Behörde aber zugleich klargestellt, dass eine Vermittlungserlaubnis eine Veranstaltererlaubnis voraussetzt und Erlaubnisanträge von Wettvermittlern abgelehnt werden müssen, weil alle im Ausland ansässigen Veranstalter keine bayerische Erlaubnis haben. Außerdem hatte der Freistaat Bayern mit Schreiben vom 27. September 2010 die Weisung erteilt, das Monopol weiterhin anzuwenden und es ist nicht ersichtlich, dass diese Weisung zurückgenommen wurde. Die Angeklagte hätte also selbst dann keine Chance auf eine Erlaubnis gehabt, wenn sie von einer Praxis der Erlaubnisbehörde gehört hätte, dass das Sportwettenmonopol einem eventuellen Erlaubnisantrag nicht entgegengehalten wird. Denn ihr im Ausland ansässiger Vertragspartner hatte als Wettveranstalter keine Bayerische Erlaubnis und konnte in Ermangelung einer Veröffentlichung der angeblich geänderten Behördenpraxis auch keine hinreichende Kenntnis von einem Erlaubnisverfahren haben

145. Ungeachtet dieser Schwierigkeiten bei der Ermittlung des genauen Sachverhalts bittet das vorlegende Gericht den Gerichtshof um die Auslegung des Unionsrechts für den unterstellten Fall, dass die Behauptungen des Landgerichts Kempten und des BVerwG in den Urteilen vom 16. Mai 2013 zutreffen. Es ist daher zu unterstellen, dass der Freistaat Bayern (hier die Regierung der Oberpfalz) im Tatzeitraum Januar 2012 einem eventuellen Erlaubnisantrag eines Wettvermittlers und eines Wettveranstalters eine Erlaubnis nicht mehr mit dem Argument verweigert hätte, die Erlaubniserteilung sei der Behörde gemäß§ 10 Abs. 2 und 5 GlüStV untersagt.

146. Bei diesem unterstellten Sachverhalt ist fraglich, ob ein unionsrechtkonformer Zustand im Verhältnis zu der Angeklagten durch die bloße Nichtanwendung des § 10 Abs. 5 GlüStV bei einem Erlaubnisantrag entsteht. Zunächst ergeben sich die gleichen Bedenken, die unter Frage 1 a) dargestellt wurden. Ohne Gesetzesänderung wäre für den Einzelnen möglicherweise nicht mit hinreichender Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erkennbar, dass der Erlaubnisvorbehalt des GlüStV und dessen weitere Regelungen sowie die Regelungen der Ausführungsgesetze eine von dem Monopol unabhängige Bedeutung zur Regelung des Marktverhaltens privater Wettanbieter haben sollen. Weil der GlüStV und die Ausführungsgesetze private Wettanbieter von vornherein ausschließen, kann sich der Einzelne kaum darauf einstellen, dass dessen Regelungen auch auf private Wettanbieter in einem Erlaubnisverfahren anzuwenden sein sollen, das nicht veröffentlicht wird.

147. Es stellt sich auch die Frage, ob ein privater Wettanbieter damit rechnen muss, dass ihm das Fehlen einer Erlaubnis mit dem Argument entgegengehalten wird, er sei zwar nicht (mehr) generell nach § 10 Abs. 5 GlüstV von einer Erlaubnis ausgeschlossen, sehr wohl aber, weil er

in einem eröffneten Erlaubnisverfahren wegen der Nichteinhaltung des Vorgaben des GlüStV nicht erlaubnisfähig ist. Diese Rechtspraxis wirft Fragen zur Auslegung der Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf. Der GlüStV wurde mit dem Monopol, dem Erlaubnisvorbehalt und mit den Vermarktungsbeschränkungen sowie den Bestimmungen über Art und Zuschnitt von Sportwetten unter dem Eindruck der Entscheidung des BVerfG vom 28.3.2006 und der *Gambelli*-Entscheidung ausgearbeitet, um den totalen Ausschluss privater Anbieter zu rechtfertigen, nicht um ihr Marktverhalten zu regeln.

148. Die Rechtspraxis des Landgerichts Kempten und des BVerwG wirft auch die Frage auf, ob ein unterstelltes Erlaubnisverfahren hinreichend transparent im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist, wenn damit keine entsprechende Gesetzeslage einhergeht, die Gesetzeslage vielmehr weiterhin die Erteilung einer Erlaubnis an private Anbieter verbietet. Zwar ist zu unterstellen, dass die Erlaubnisbehörde einem eventuellen Antrag nicht das Verbot des §10 Abs. 5 GlüStV entgegenhält. Es ist aber nicht ersichtlich, wie ein Wettanbieter eine solche Behördenpraxis in Erfahrung bringen soll, wenn sich diese nicht in einem Gesetz oder einer Verordnung findet. Der Gerichtshof verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten eines Erlaubnisverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Interessenten bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung der Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und zum anderen dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden. Und der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet, dass Rechtsvorschriften in ihren Auswirkungen *vorhersehbar* sind (*Costa/Cifone*, Rn. 73, 74). Es erscheint zweifelhaft, ob ein Erlaubnisverfahren, dessen Existenz erst vor Gericht oder frühestens in einem Verbots- oder Strafverfahren behauptet wird, diese Anforderungen erfüllt.

149. Diese Zweifel bestehen umso mehr, weil im Ausgangsverfahren die für staatliche Wettanbieter zuständige Erlaubnisbehörde gegenüber der Polizei klarstellt hatte, dass ein Vermittler eine Erlaubnis nur erhalten kann, wenn auch der Veranstalter eine solche innehat.

Zur Vorlagefrage 1 c)

150. Diese Frage ergänzt die Fragen 1 a) und 1 b) und nimmt konkret Bezug auf die Mitte August 2013 veröffentlichte Rechtsprechung des BVerwG in den Urteilen vom 16. Mai 2013 (8 C 16.12 u.a.) und vom 20. Juni 2013 (BVerwG 8 C 39.12.). Das BVerwG meint nunmehr, der Erlaubnisvorbehalt rechtfertige eine *„präventive"* vollständige Untersagung *„bis zur Klärung der nicht monopolabhängigen Erlaubnisvoraussetzungen"*, es sei denn, die nicht erlaubte Tätigkeit erfülle die materiellen Voraussetzungen und dies sei für die Untersagungsbehörde (die nicht identisch mit der Erlaubnisbehörde ist) *„im Zeitpunkt ihrer Entscheidung offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar"* (BVerwG, 8 C 16.12 u.a., Rn. 55 ff.). Verbleiben bei der Untersagungsbehörde Unklarheiten oder Zweifel an der Erfüllung aller materiellen Erlaubnisvoraussetzungen, soll ein dauerhaftes „präventives" Verbot unionsrechtlich gerechtfertigt sein. Das BVerwG bezieht sich in Rn. 57 für diesen Ansatz auf das Urteil des EuGH vom 24. Januar 2013 in der Sache *Stanleybet Int. Ltd.* (C-186/11 u.a.)

151. Mit Blick auf die Effektivität und die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit bestehen Zweifel, ob diese Auslegung des Unionsrechts und dieses Verständnis des Urteils C-186/11 richtig ist. Wenn der monopolistische Staatsvorbehalt unionsrechtlich nicht gerechtfertigt ist, aber gesetzlich fortbesteht, lässt sich argumentieren, dass schwer einzusehen ist, weshalb sich die Dienstleistungsfreiheit nicht gegenüber dem Erlaubnisvorbehalt des GlüStV durchsetzen soll. Wie das BVerwG in mehreren Urteilen vom 20. Juni 2013 bestätigt, verfolgt das Sportwettenmonopol illegitime Zwecke. Dann kann für den Erlaubnisvorbehalt eigentlich nichts anderes gelten, denn dieser sichert den Staatsvorbehalt bei der Erlaubniserteilung ab und ohne den Erlaubnisvorbehalt liefe das Verbot des § 10 Abs. 5 GlüStV ins Leere.

152. Es erscheint auch fraglich, ob der Gerichtshof von den unionsrechtlichen Grundsätzen, wonach dem Einzelnen das Fehlen einer Erlaubnis nicht entgegengehalten werden darf, wenn er von der Erlaubniserteilung unionsrechtswidrig ausgeschlossen wird, ist in der Rechtssache C-186/11 abgewichen ist. Der griechische Sachverhalt, den der Gerichtshof zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat, unterscheidet sich von dem hiesigen Ausgangsverfahren und dem Ausgangssachverhalt des BVerwG. In der Rs. C-186/11 hatten internationale Wettveranstalter eine Erlaubnis entsprechend derjenigen des OPAP (des griechischen privatisierten Monopolisten), also wohl mit langfristiger Geltung beantragt und vor griechischen Gerichten eingeklagt. Es ging in der Rs. C-186/11 also weder um ein vollständiges Verbot noch um eine strafrechtliche Sanktion wie im Ausgangsfall und wie in den vom BVerwG entschiedenen Fällen. Der Gerichtshof hat auch nicht geurteilt, bis zum Abschluss der Prüfung der Erlaubnisanträge der klagenden Wettanbieter dürften diese „präventiv" vollständig verboten und mit Sanktionen belegt werden. Eine solche Interpretation der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. C-186/11 erscheint vielmehr fernliegend, weil der Gerichtshof eine Übergangszeit für die Anwendung des unionsrechtlich nicht gerechtfertigten griechischen Monopols in Rn. 38 des Urteiles gerade verneint hat.

153. In seiner Entscheidung zum OPAP drückt der Gerichtshof daher wohl lediglich aus, dass die Unionsrechtswidrigkeit eines Monopols nicht zur sofortigen Pflicht führt, Erlaubnisse für mehrere Jahre zu erteilen. Denn diese könnten dann einer möglicherweise unionsrechtkonform geänderten Glücksspielpolitik entgegenstehen. Aus dem Urteil lässt sich aber kaum ableiten, eine „präventive" dauerhafte Untersagung sei unionsrechtlich stets gerechtfertigt, wenn für die Untersagungsbehörde *„im Zeitpunkt ihrer Entscheidung"* nicht ohne weitere Prüfung „offensichtlich" ist, dass die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen vom Vermittler und seinem Veranstalter erfüllt sind.

154. Die Rechtsprechung des BVerwG, wonach ein „präventives" vollständiges Verbot gerechtfertigt sein soll, wenn für die Untersagungsbehörde nicht *„offensichtlich, d.h. ohne weitere Prüfung erkennbar war"*, dass die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt sind, wirft auch deshalb Fragen zur Auslegung der Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf, weil grundsätzlich die Mitgliedstaaten die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtfertigung vollständiger Verbote und strafrechtlicher Sanktionen haben. Es könnte unionsrechtlich problematisch sein, eine „präventive" Verbotsverfügung oder strafrechtliche Sanktion als gerechtfertigt anzusehen, weil aus Sicht der Untersagungsbehörde Unklarheiten oder Zweifel an der Erfüllung der (nicht monopolabhängigen) Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen sollen. Bei der Sichtweise des BVerwG trägt nämlich nicht die eingreifende Behörde die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtfertigung ihres Eingriffs, sondern der Vermittler müsste beweisen, dass er und sein Veranstalter „offensichtlich" alle Erlaubnisvoraussetzungen erfüllen und dies, obwohl die Länder mit der Monopolisierung von Sportwetten illegitime Zwecke verfolgen. Diesen Beweis zu erbringen, erscheint zudem praktisch unmöglich. Der Vermittler hat keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte, welche Anforderungen er eigentlich erfüllen müsste und die Untersagungsbehörde ist insoweit auch nicht unterstützend tätig. Außerdem bedarf die Vermittlungserlaubnis zunächst einer Veranstaltererlaubnis und dem Vermittler ist es nicht möglich, die Erfüllung der Erlaubnisvoraussetzungen durch den Veranstalter darzulegen.

155. Die Auslegung des Unionsrechts durch das BVerwG erscheint auch deshalb problematisch, weil die Untersagungsbehörde nicht darlegen und nachweisen muss, dass die von ihr als *„offensichtlich erfüllt"* geforderten materiellen Erlaubnisvoraussetzungen alle Anforderungen zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit erfüllen, obwohl diese Erlaubnisvoraussetzungen nicht für private Wettanbieter und deren Vermittler, sondern in erster Linie zur Rechtfertigung des Monopols geschaffen wurden. Es ist daher auch insoweit fraglich, ob das BVerwG die grundsätzliche unionsrechtliche Darlegungs- und

Beweislastverteilung bei der Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten genügend beachtet hat.

156. Das BVerwG rechtfertigt seine Auslegung des Unionsrechts mit der Erwägung, die „präventive" vollständige und dauerhafte Untersagung sei notwendig, um *„die Klärung im Erlaubnisverfahren zu sichern und zu verhindern, dass durch die unerlaubte Tätigkeit vollendete Tatsachen geschaffen und ungeprüfte Gefahren verwirklicht werden*" (BVerwG, 8 C 16.12, Rn. 55 am Ende). Ob diese Erwägung den vom Gerichtshof anerkannten Rechtfertigungsgründen für die Negation der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Sportwetten entspricht, ist sehr fraglich. Es dürfte auch problematisch sein, von „ungeprüften" Gefahren zu sprechen, obwohl die Behörde für die Rechtfertigung ihres Eingriffs grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig ist und deshalb Gefahren prüfen müsste, bevor sie eine Tätigkeit verbietet oder sanktioniert. Auch erscheint schwer nachvollziehbar, dass das BVerwG im Zusammenhang mit Sportwetten von „ungeprüften Gefahren" spricht, um vollständige Verbote zu rechtfertigen. Die Bundesländer selbst veranstalten und vertreiben seit über 20 Jahren Sportwetten mit festen Quoten und die Rechtsstreitigkeiten mit privaten Wettbewerbern dauern seit über einem Jahrzehnt an.

157. Weil sich der Ausgangssachverhalt sowohl auf den GlüStV als auch auf die neue Rechtslage unter dem GlüÄndStV erstreckt, ist es erforderlich, dass der Gerichtshof zu der Auslegung des Unionsrechts im Zusammenhang mit der dargelegten neuen Rechtsprechung des BVerwG eindeutig Position bezieht. Die Rechtsprechung des BVerwG wird ausweislich der erwähnten Entscheidungen der oberen Verwaltungsgerichte aus Sachsen-Anhalt (Beschluss vom 8. November 2013, 3 M 244/13) und aus Rheinland-Pfalz (OVG Koblenz, Urteil vom 10.9.2013, 6 A 10447/13) schon zum Nachteil privater Wettvermittler übernommen.

Zur Vorlagefrage 2)

158. Die zweite Frage zum ersten Tatvorwurf wird gestellt, weil in der deutschen Rechtsprechung divergierende Ansichten dazu bestehen, ob ein nicht notifiziertes Gesetz eines Bundeslandes mit dem Inhalt des ausgelaufenen GlüStV insgesamt unanwendbar ist oder nur hinsichtlich seiner technischen Vorschriften oder, wie das Oberlandesgericht Bremen meint, überhaupt nicht. Die Wettvermittlung durch die Angeklagte wäre im Zeitpunkt des ersten Strafvorwurfs nicht strafbar, wenn die fehlende Notifizierung dazu führt, dass der Erlaubnisvorbehalt des GlüStV als bayerisches Landesrecht nicht anwendbar ist. Dasselbe gilt, wenn die restriktiven Bestimmungen des GlüStV, die von den Gerichten oder Behörden im Rahmen eines unterstellten Erlaubnismodells der Erlaubnisfähigkeit eines Veranstalters und oder Vermittlers entgegengehalten werden, wegen der fehlenden Notifizierung nicht anwendbar sind.

159. Für die Notifizierungspflicht des bayerischen Ausführungsgesetzes spricht, dass damit der monopolistische Erlaubnisvorbehalt Geltung durch ein Landesgesetz erlangt. Ein Landesgesetz mit dem Inhalt des GlüStV erscheint als „wesentliche Änderung" im Sinne der Richtlinie. Ohne diese Änderung wären die monopolistischen Beschränkungen des GlüStV nämlich ersatzlos weggefallen. Die Überlegung des OLG Bremen, eine Notifizierungspflicht bestehe nicht, weil der GlüStV gemäß § 28 auch durch Beschluss der Bundesländer hätte verlängert werden können, ist zwar nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Diese Erwägung könnte die Informationsrichtlinie aber auch leerlaufen lassen, weil die Verlängerung des GlüStV gerade nicht erfolgt ist.

160. Die Notifizierung eines Landesgesetzes mit dem Inhalt des ausgelaufenen GlüStV könnte insbesondere deshalb notwendig gewesen sein, weil die Gerichts- und die Behördenpraxis für die Untersagung oder Sanktion privater Wettvermittlung eine fiktive Erlaubnisprüfung anhand der beschränkenden Regelungen des GlüStV vornimmt. So scheidet die fiktiv geprüfte

Erlaubnisfähigkeit nach Ansicht zahlreicher Obergerichte aus, wenn das primär an die Monopolträger gerichtete Internetverbot oder das Verbot von Live-Wetten durch den Veranstalter oder Vermittler nicht beachtet wird (vgl. nur BayVGH, Urt. v. 12.1.2012, 10 BV 10.2525, Rn. 67, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 6.2.2012, 1 S 161.11). Diese Vorgaben an die Vermarktung und an Art und Zuschnitt von erlaubnisfähigen Sportwetten, die Gerichte und Behörden im Rahmen eines unterstellten Lizenzierungsmodells prüfen, dürften Vorschriften betreffend Dienste im Sinne von Art. 8 der Richtlinie 98/34/EG sein. Werden diese Bestimmungen als nicht notifiziertes Landesrecht auf private Anbieter angewendet, sei es mittelbar oder unmittelbar, könnte darin eine Verletzung der Informationsrichtlinie liegen.

Zur Vorlagefrage 3)

161. Die dritte Frage wird gestellt, weil die Strafbarkeit der Angeklagten für den Tatzeitraum ab Inkrafttreten des GlüÄndStV entfiele, wenn das Konzessionsverfahren in seiner rechtlichen Ausgestaltung oder praktischen Handhabung nicht den unionsrechtlichen Anforderungen entspricht, die der Gerichtshof klargestellt und konkretisiert hat. Entscheidungserheblich ist in diesem Zusammenhang nicht nur die Rechtslage und die Praxis des Konzessionsverfahrens im angeklagten Tatzeitraum, der sich bis zum November 2012 erstreckt, sondern auch der weitere Verlauf des Konzessionsverfahrens. Denn wenn das Konzessionsverfahren sich nach dem angeklagten Tatzeitraum in seiner rechtlichen Ausgestaltung und/oder praktischen Handhabung als unionsrechtswidrig erweist, könnte der Angeklagten das Fehlen einer Erlaubnis erst Recht nicht für den vorherigen Zeitraum vorgeworfen werden. Es müsste auch nicht über die sehr problematische Frage entschieden werden, ob und gegebenenfalls wie lange es Wettvermittler im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit hinnehmen müssten, dass ihre Tätigkeit sanktioniert oder verboten wird, obwohl sie eine Vermittlungserlaubnis (noch) nicht erhalten können, weil dies einen Konzessionär voraussetzt, Konzessionen aber aus Gründen nicht vergeben wurden, auf die der Vermittler keinen Einfluss hat.

162. Die dritte Frage wird auch mit Bezug zu den Urteilen des BVerwG vom 16. Mai 2013 gestellt, weil das BVerwG unter Hinweis auf die Rs. C-186/11 meint, einem privaten Vermittler könne „präventiv" die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit vollständig untersagt werden, wenn er und der Veranstalter – aus Sicht der Untersagungsbehörde– nicht „offensichtlich" alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllen. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung könnte unionsrechtlich einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen, weil es angesichts der komplexen Voraussetzungen für eine Konzession praktisch unmöglich ist, dass ein Wettvermittler gegenüber einer Untersagungsbehörde darlegt, er und der Veranstalter erfüllten „offensichtlich" alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen. Nachdem das Land Hessen mit E-Mail vom 14. November 2013 in Abkehr von früheren Verlautbarungen ausgeführt hat, kein Konzessionsbewerber, auch nicht die staatlichen Bewerber, hätten die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen für eine Konzession „in prüffähiger Form" nachgewiesen, kann die Anwendung der jüngsten Rechtsprechung des BVerwG dazu führen, dass das unionsrechtswidrige Sportwettenmonopol jedenfalls faktisch dauerhaft aufrechterhalten bleibt, denn die staatlichen Anbieter brauchen nach der Übergangsvorschrift des § 29 GlüÄndStV bis ein Jahr nach Konzessionsvergabe keine Veranstalterkonzession. Hat aber kein potentieller Konzessionär einen „prüffähigen" Antrag abgegeben, kann ein Vermittler seine „offensichtliche" Erlaubnisfähigkeit unmöglich nachweisen.

163. Vor diesem Hintergrund bittet das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Auslegung der Dienstleistungsfreiheit und der unionsrechtlichen Grundsätze im Zusammenhang mit den Besonderheiten des Konzessionsverfahrens des GlüÄndStV. Diese Besonderheiten sind - nicht abschließend – als Unterpunkte zu der dritten Frage aufgeführt und beschränken sich auf Umstände, die bis zum 14. November 2013 eingetreten sind.

Zur Unterfrage 3 a)

164. Diese Unterfrage wird gestellt, weil das Konzessionsverfahren für Wettveranstalter von der Konzessionsstelle und dem Glücksspielkollegium zusammen mit derjenigen Rechtsanwaltskanzlei durchgeführt wird, die seit Jahren das Sportwettenmonopol für die Bundesländer und für ihre Lotterieunternehmen gerichtlich und außergerichtlich verteidigt. Diese Rechtsanwaltskanzlei hat zwar Erfahrung im rechtlichen Bereich der Sportwetten. Sie könnte aber durch ihre langjährige einseitige Interessenswahrnehmung für die Bundesländer und deren Lotteriegunternehmen ungeeignet sein, ein neutrales und willkürfreies Konzessionsverfahren zu gewährleisten, in welchem Lotterieunternehmen der Bundesländer sowie ein von diesen errichtetes Gemeinschaftsunternehmen (Ods GmbH) gegen private Wettbewerber um eine der maximal 20 Konzessionen ringen müssen.

165. CBH begleitet das Konzessionsverfahren nach Auskunft des hessischen Ministeriums *„rechtlich beratend und formuliert Vorschläge"*. CBH hat aber auch die gerichtliche Verteidigung der Konzessionsstelle gegen Klagen privater Wettveranstalter übernommen, die darauf gerichtet sind, das Konzessionsverfahren von vorne zu beginnen.

166. Der Gerichtshof hat zu dem Grundsatz der Transparenz in einem Konzessionsverfahren im Bereich der Sportwetten ausgeführt, dass dieser die *Gefahr* von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle ausschließen soll (*Costa/Cifone*, Rn. 74). Fraglich ist deshalb, ob ein Konzessionsverfahren unionsrechtswidrig ist, wenn dieses rechtlich beratend von denjenigen Anwälten begleitet wird, die seit Jahren für die staatlichen Monopolträger und die dahinter stehenden Bundesländer das Sportwettenmonopol verteidigt haben. Da mit dem Sportwettenmonopol unstreitig *illegitime* Zwecke verfolgt wurden, stellt sich insbesondere die Frage, ob dadurch, dass CBH das Verfahren rechtlich beratend begleitet, Vorschläge formuliert und die Konzessionsstelle vor Gericht vertritt, eine Gefahr von Günstlingswirtschaft im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs entsteht. Dies scheint jedenfalls nicht vor vornherein ausgeschlossen. Für die staatlichen Lotterieunternehmen als Wettberber privater Anbieter im Rahmen einer sehr begrenzten Anzahl von Konzessionen können zahlreiche Vorteile dadurch entstehen, dass ihre Rechtsanwälte das Konzessionsverfahren begleiten und vor Gericht gegen Konzessionsbewerber verteidigen. Zum Beispiel genügt schon eine Verzögerung des Konzessionsverfahrens, denn dann können die staatlichen Lotterieunternehmen, die erst ein Jahr nach Konzessionsvergabe für die Veranstaltung von Sportwetten eine Konzession nach dem GlüÄndStV benötigen, ihr ungerechtfertigtes Monopol weiter ausüben.

167. Zu beachten ist, dass die Beeinflussung des Konzessionsverfahrens zu Gunsten der staatlichen Lotterieunternehmen und der Bundesländer im Sinne einer zumindest faktischen Aufrechterhaltung des Monopols für CBH letztlich auch als Berufspflicht verstanden werden könnte. Die Bundesländer haben mit dem GlüÄndStV das Monopol für die begrenzte Experimentierzeit nicht freiwillig, sondern erst auf Druck der privaten Anbieter und der Gerichte gelockert und die deutsche Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) nennt in § 1 Absatz 3 als Pflicht des Rechtsanwalts insbesondere als Aufgabe: *„seine Mandanten vor Rechtsverlusten zu schützen,..."*. Es besteht also die Gefahr, dass CBH es sogar als gesetzliche Pflicht empfindet, die Landeslotterieunternehmen vor dem Rechtsverlust zu bewahren, der mit einem rechtskräftig abgeschlossenen unionsrechtkonformen Konzessionsverfahren einhergeht.

Zur Unterfrage 3 b)

168. Die Unterfrage 3 b) wird gestellt, weil in der Ausschreibung für die maximal 20 Konzessionen, die am 8. August 2012 im Amtsblatt veröffentlicht wurde, keine Einzelheiten zu

den Konzessionsanforderungen benannt wurden. Interessenten konnten auf der Grundlage der Ausschreibung kaum abschätzen, ob sie eine hinreichende Chance auf eine Konzession haben. In der Ausschreibung wird auf ein Informationsmemorandum verwiesen, das nur den Teilnehmern, die sich für die zweite Stufe qualifizieren, mitgeteilt wird:

„Alle Einzelheiten zu den Mindestanforderungen an die vorzulegenden Konzepte und zum Wortlaut der übrigen Erklärungen und Nachweise sowie zur Auswahl der Konzessionäre werden den Bewerbern, die sich für die zweite Stufe qualifiziert haben (dann Antragsteller genannt), mit der Aufforderung der Antragstellung in einem Informationsmemorandum mitgeteilt."

169. Entsprechend wurde auch im Frage-Antwort-Katalog (Nr. 24 und 27) ausgeführt, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet sei, die spezifischen Auswahlkriterien bereits im Rahmen der ersten Phase des Verfahrens mitzuteilen:

„Die Kriterien im Detail werden denjenigen Bewerbern, die sich für die Antragstellung qualifizieren, mit der Aufforderung zur Antragstellung mitgeteilt. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der spezifischen Auswahlkriterien bereits im Rahmen der ersten Phase des Verfahrens ergibt sich weder aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht noch aus dem GlüStV. ... Die Anforderungen an die Konzepte werden den Bewerbern, die sich für die zweite Verfahrensstufe qualifiziert haben, im Rahmen des Informationsmemorandums mitgeteilt werden. Eine vorherige Bekanntgabe ist für die Entscheidung über eine Bewerbung nicht erforderlich."

170. Diese Praxis könnte unionsrechtlich einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der Wettveranstalter und damit auch der Angeklagten als Vermittlerin, die für eine nach deutschem Recht legale Tätigkeit einen konzessionierten Veranstalter benötigt, darstellen. Der Angeklagten und anderen Wettanbietern in einer vergleichbaren Situation dürfte dann das Fehlen einer Erlaubnis nicht entgegengehalten werden. Es mag zwar sein, dass eine vorherige Bekanntgabe der Anforderungen für die „zweite" Verfahrensstufe für die Entscheidung der staatlichen Stellen über die Bewerbung auf der ersten Stufe nicht erforderlich ist. Darauf wird es unionsrechtlich jedoch eher nicht ankommen. Maßstab für die unionsrechtliche Transparenz dürften nämlich nicht die Informationen sein, die die Konzessionsstelle für eine Entscheidung benötigt, sondern was die grenzüberschreitend tätigen Dienstleister an Informationen benötigen, um unter verhältnismäßigen Umständen eine Konzession zu erlangen.

171. Weil maximal 20 Konzession vorgesehen sind, sich aus Sicht eines privaten Wettbewerbers aber voraussichtlich 16 deutsche Landeslotterieunternehmen und gegebenenfalls auch ein von diesen gegründetes Gemeinschaftsunternehmen um eine der 20 Konzessionen bemühen würden, könnte die deutsche Informationspraxis unter dem Aspekt der Transparenz problematisch sein. Potentielle Interessenten, die für die Angeklagte potentiell als Vertragspartner mit deutscher Erlaubnis in Betracht kommen, könnten durch eine derartige Erschwernis bei der Beurteilung der Anforderungen für eine Veranstalterkonzession davon abgehalten werden, überhaupt an dem Verfahren teilzunehmen.

Zur Unterfrage 3 c)

172. Diese Frage wird vor dem Hintergrund gestellt, dass das Konzessionsverfahren nach der Ausschreibung vom 8. August (dort Abschnitt VI. 3) vorsah, dass alle Bewerber auf der zweiten Stufe des Verfahrens Gelegenheit erhalten, dem hessischen Ministerium für Inneres und Sport persönlich *„ihre Sicherheits- und Sozialkonzepte vorzustellen, zu besprechen und binnen einer von der Konzessionsgeber in festgelegten Frist ggf. auch nochmals zu überarbeiten."* Das VG Wiesbaden hatte im Beschluss vom 30. April 2013 ausgeführt, dass es mit dem Grundsatz der Transparenz nicht vereinbar ist, dass bis Ostern 2013 nur 14 von über 40 Bewerbern auf der

zweiten Stufe Gelegenheit erhielten, persönlich ihre Konzepte vorzustellen, zu besprechen und gegebenenfalls zu überarbeiten. Die übrigen Bewerber hingegen waren mit ihrer Bitte, diese Gelegenheit auch zu bekommen, erst bei der Konzessionsstelle und dann auch bei den Verwaltungsgerichten mit dem Argument gescheitert, es fehle (derzeit) ein Rechtsschutzinteresse für gerichtlichen Rechtsschutz.

173. Diese Praxis könnte zu einer ungerechtfertigten und diskriminierenden Benachteiligung der nicht eingeladenen Bewerber gegenüber den eingeladenen Bewerbern geführt haben. Der Angeklagten könnte dann das Fehlen einer Erlaubnis nicht vorgeworfen werden. Die Konzessionsstelle hat in ihren inhaltlich weitgehend identischen Schriftsätzen an das VG Wiesbaden klargestellt, dass nur diejenigen Bewerber eingeladen wurden, die eine Chance auf den Erhalt einer Konzession haben. Die nicht eingeladenen Bewerber hingegen seien schon an den *„nicht verhandelbaren"* Mindestvoraussetzungen gescheitert; es sei sogar *„eine reine Farce"*, wenn sie die Chance zur persönlichen Präsentation ihrer Konzepte bekämen. Das bedeutete für die nicht eingeladenen Bewerber, dass sie in dem Konzessionsverfahren schon im Frühjahr 2013 als gescheitert galten. Es liegt auf der Hand, dass dies negative wirtschaftliche Folgen für diese Bewerber haben kann. Banken sowie aktuelle oder potentielle Kunden, aber auch die Mitarbeiter nehmen einen aus Sicht der deutschen Konzessionsstelle bereits an den nicht verhandelbaren Mindestvoraussetzungen gescheiterten Wettanbieter negativ wahr.

174. Es ist zudem fraglich, ob es mit dem Grundsatz der Transparenz vereinbar ist, dass die Behörde in ihrer E-Mail vom 14. November 2013 in Widerspruch zu ihren früheren Aussagen, wonach jedenfalls 14 Bewerber die Mindestvoraussetzungen zu 100 % erfüllt hätten, behauptet, kein Bewerber habe die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen in *„prüffähiger Form"* nachgewiesen. Der Grundsatz der Transparenz soll im Wesentlichen gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen nationaler Stellen ausschließen. Wenn eine Behörde zunächst behauptet, jedenfalls 14 Bewerber hätten die Mindestvoraussetzungen zu 100 % erfüllt, ohne eine Änderung der Bewerbungen dann aber später behauptet, kein Bewerber habe „prüffähige" Konzessionsanträge eingereicht, könnte dies zu der Schlussfolgerung berechtigen, dass die Bedingungen und Modalitäten des Verfahrens, nicht *„klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden und diese tatsächlich überprüfen kann, ob die Gebote der Bieter die für das Verfahren geltenden Kriterien erfüllen."* (vgl. *Costa/Cifone*, Rn. 72 ff.).

Zur Unterfrage 3 d)

175. Auch diese Frage wird vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Pflicht gestellt, ein Konzessionsverfahren entsprechend dem Grundsatz der Transparenz objektiv und ohne Günstlingswirtschaft auszugestalten und durchzuführen. Aus Sicht privater Wettanbieter offenbarte sich eine besondere Gefahr von Günstlingswirtschaft in dem Konzessionsverfahren, als Ende April 2013 veröffentlicht wurde, dass die Ods GmbH, das Gemeinschaftsunternehmen einiger Landeslotterieunternehmen zur fiskalisch ausgerichteten Veranstaltung und zum Vertrieb von Sportwetten, Gelegenheit zur persönlichen Präsentation seiner Konzepte bekommen hatte. Bei Anwendung des § 21 Abs. 3 GlüÄndStV kann die Ods GmbH aller Voraussicht nach aber keine Konzession bekommen, weil sie aus mehreren Lotteriegesellschaften der Bundesländer besteht, an denen wiederum Landessportbunde beteiligt sind. Diese veranstalten oder organisieren Sportereignisse. Die Ods würde damit

gegen das Gebot verstoßen, die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten organisatorisch, rechtlich, wirtschaftlich und personell von der Veranstaltung oder Organisationen von Sportereignissen zu trennen (§ 21 Abs. 3 GlüÄndStV) und wäre auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BVerwG, 8 C 13.09) nicht erlaubnisfähig. Dass die Ods dennoch zu dem Kreis der Bewerber gehörte, die zur persönlichen Vorstellung der Konzepte eingeladen wurden, könnte die Gefahr von Günstlingswirtschaft in einem Ausmaß konkretisiert haben, das dem Verfahren die unionsrechtliche Rechtfertigung nimmt und der Angeklagten deshalb das Fehlen einer Erlaubnis nicht entgegengehalten werden darf. Insoweit wird der Gerichtshof daher um die Auslegung des unionsrechtlichen Verbots der Günstlingswirtschaft gebeten.

Zur Unterfrage 3 e)

176. Diese Frage betrifft die Auslegung des Transparenzgrundsatzes im Zusammenhang mit § 4a Abs. 4 Nr. 1 c) GlüÄndStV, wonach die Konzession nur erteilt werden darf, wenn unter anderem die *„rechtmäßige Herkunft der für die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele erforderlichen Mittel"* dargelegt ist. Als Mindestanforderung A 1 hatte diese Pflicht, die mit dem Informationsmemorandum am 24. Oktober 2012 übersandt wurde, folgenden Wortlaut: *„Legen Sie die rechtmäßige Herkunft der für die Veranstaltung des beabsichtigten Sportwettangebotes erforderlichen Mittel dar."*

177. Es stellt sich die Frage, ob diese *„nicht verhandelbare"* Mindestanforderung hinreichend klar und bestimmt ist. Dagegen könnte sprechen, dass selbst von einem überdurchschnittlich fachkundigen Bewerber kaum bestimmbar ist, welche Mittel für dasjenige Sportwettenangebot *„erforderlich"* sein werden, welches die Konzessionsstelle einem Bewerber irgendwann möglicherweise genehmigt. Selbst wenn ein Konzessionsbewerber eine Veranstalterkonzession irgendwann erhält, hängt es von zahlreichen weiteren Umständen ab, welches Sportwettangebot lohnenswert sein könnte und welche Mittel dann „erforderlich" sind. Insbesondere muss sich der Konzessionsnehmer zunächst darum bemühen, Erlaubnisse für stationär tätige Vermittler zu bekommen und kann angesichts der Beschränkungen für Wettannahmestellen in den Ausführungsgesetzen der Bundesländer das Ergebnis kaum annähernd sicher vorhersehen. Auch erscheint es faktisch kaum möglich, im Zeitpunkt der Abgabe der Bewerbung darzulegen, dass finanzielle Mittel, die erst in der Zukunft benötigt werden, *„rechtmäßiger Herkunft"* sind.

178. Die Mindestvoraussetzung A 1 könnte der Behörde auch ungerechtfertigte Möglichkeiten zu willkürlichen Entscheidungen eröffnen. Gleichgültig, ob diese Mindestvoraussetzung unter dem Aspekt *„erweiterte Zuverlässigkeit"* (so der GlüÄndStV) oder unter der Rubrik *„Leistungsfähigkeit"* (so das am 24.10.2012 übersandte Dokument 02) in die Beurteilung einer Konzessionsbewerbung einfließt, könnte die Behörde behaupten, die geforderte Mindestvoraussetzung sei nicht erfüllt, weil der Konzessionsbewerber in Deutschland (oder in anderen Ländern) unter Verletzung nationaler Restriktionen Sportwetten angeboten hat. Die Behörde kann Konzessionsbewerber sogar mit dem Vorhalt scheitern lassen, die rechtmäßige Herkunft der zukünftig erforderlichen Mittel könne nicht dargelegt werden, weil der Veranstalter das deutsche Sportwettenmonopol missachtet hat. In diese Richtung hat sich die Behörde in ihrer Antwort vom 10. Dezember 2012 auf die Frage eines Bewerbers auch schon eingelassen. Ausweislich des Fragen-Antwort-Kataloges wurde mit Frage Nr. 453 gefragt, ob es eine Rolle spiele, wenn ein Bewerber in einem regulierten europäischen Markt, in dem auch Private eine Erlaubnis hätten erhalten können, ohne Erlaubnis Sportwetten angeboten hat. Die Antwort der staatlichen Stellen lautete, dass in diesem Fall *„erhebliche Zweifel an der rechtmäßigen Herkunft der für die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele erforderlichen Mittel bestehen"*.

179. Die deutschen staatlichen Stellen gehen – wie der Ausgangssachverhalt und die obergerichtliche Rechtsprechung, insbesondere auch des BVerwG vom 16.5.2013, verdeutlichen – nach wie vor zum Teil davon aus, dass private Wettanbieter ohne Konzession und ohne Vermittlungserlaubnis *illegal* tätig sind und „präventiv" verboten werden dürfen. Deshalb besteht die Möglichkeit, dass die Konzessionsstelle und das Glückspielkollegium allen nichtstaatlichen Konzessionsbewerbern die Konzession mit dem Argument verweigern wird, die rechtmäßige Herkunft der erforderlichen Mittel sei nicht dargelegt. Im Ergebnis würde dies dann bedeuten, dass das unionsrechtwidrige Sportwettenmonopol über den Umweg der Mindestvoraussetzung A 1 herangezogen wird, um privaten Veranstaltern eine Konzession und privaten Vermittlern weiterhin eine Erlaubnis vorzuenthalten. Wäre diese Anforderung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar, könnte der Angeklagten das Fehlen einer Erlaubnis nicht entgegengehalten werden, weil auch die privaten Veranstalter unter Verletzung des Unionsrecht von einer Konzession, die Grundlage für eine Vermittlungserlaubnis ist, ausgeschlossen wären.

Zur Unterfrage 3 f)

180. Diese Frage wird gestellt, weil eine Untersagung oder die Strafbarkeit der Vermittlung von Sportwetten ohne Erlaubnis unter dem GlüÄndStV möglicherweise nicht gerechtfertigt sein könnte, wenn die Bundesländer (auch) mit den Beschränkungen des GlüÄndStV in Wirklichkeit illegitime Ziele verfolgen. Zwar sind die im GlüÄndStV insbesondere in § 1 genannten Ziele der Bekämpfung von Suchtgefahren theoretisch geeignet, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, wie einen Konzessionsvorbehalt und ein – unionsrechtkonformes – Konzessionsverfahren zu rechtfertigen. Der Gerichtshof hat aber in ständiger Rechtsprechung seit *Zenatti* klargestellt, dass zu prüfen ist, ob die behaupteten Ziele auch die in Wirklichkeit verfolgten Ziele sind.

181. In dem Verfahren *Markus Stoß u.a.* wurde der Gerichtshof nach der mündlichen Verhandlung von Rechtsanwalt Ronald Reichert mit Schreiben vom 21. Juni 2010 darüber unterrichtet, dass den Bundesländern zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof das Ergebnis einer von den Bundesländern selbst in Auftrag gegebenen Studie vorlag, die gegen die Notwendigkeit einer Monopolisierung von Sportwetten und gegen einen hohen Grad der Gefährdung der Bevölkerung durch Sportwetten spricht. Es wurde die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt. Der Gerichtshof wurde zudem unterrichtet, dass der Inhalt der Studie der Öffentlichkeit vorenthalten worden war und die Bundesländer stattdessen veranlasst hatten, dass zentrale Grundaussagen der Studie abgeändert werden. Der Gerichtshof hat seinerzeit die mündliche Verhandlung nicht wiedereröffnet, möglicherweise weil die Studie in erster Linie dazu diente, die wissenschaftlich untermauerte Notwendigkeit von Änderungen des GlüStV in Erfahrung zu bringen.

182. Nunmehr stellt sich die Frage, wie das Unionsrecht im Zusammenhang mit dem GlüÄndStV auszulegen ist, der ausweislich der Erwägungsgründe („*3. Ergebnisse der Evaluierung*") unter Hinweis auf die „*International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens*" weiterhin grundsätzlich an der Monopolisierung von Sportwetten bei den staatlichen Lotterieunternehmen festhält, aber eine zeitlich begrenzte „Experimentierklausel" mit einer begrenzten Anzahl von theoretisch zu vergebenden Konzessionen sowie ein - kompliziertes - Konzessionsverfahren vorsieht, dass wohl frühestens zwei Jahre nach Verfahrensbeginn zur Erteilung von Konzessionen führt.

183. Diese Frage bezieht sich dann auch auf die tatsächliche und rechtliche Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens und des GlüÄndStV, der den staatlichen Lotterieunternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, weil ihnen auch ohne Konzession gestattet ist, Sportwetten und andere Glücksspiele über rund 26.000 provisionsorientierte Annahmestellen sowie (jedenfalls für Glücksspiele und Lotterien) über das Internet zu vertreiben und zu bewerben. Das

Konzessionserfordernis gilt für sie gemäß § 29 GlüÄndStV erst ein Jahr nach Erteilung der Konzessionen. Die grenzüberschreitend tätigen Wettbewerber hingegen sind aus Sicht des höchsten Verwaltungsgerichts, der oberen Verwaltungsgerichte sowie aus Sicht der Staatsanwaltschaft und des Landgerichts Kempten illegal und strafrechtlich relevant tätig, obwohl unbestritten ist, dass die Bundesländer mit der Monopolisierung von Sportwetten illegitime Zwecke verfolgen. Weder der GlüÄndStV noch die Ausführungsgesetze der Bundesländer sehen vor, dass der Erlaubnisvorbehalt für die Zeit bis zum rechtskräftigen Abschluss eines (gegebenenfalls nachgebesserten) Konzessionsverfahrens suspendiert wird.

184. Diese rechtliche Ausgestaltung könnte eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen. Wenn die private Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten unter dem rein monopolistischen GlüStV nicht untersagt oder sanktioniert werden durfte, ist fraglich, mit welchem zwingenden Interesse des Gemeinwohls unter dem geänderten Regime, in dem theoretisch eine Erlaubnis erlangt werden könnte, eine vollständige Untersagung oder Sanktionierung gerechtfertigt sein könnte, obwohl die staatlichen Lotterieunternehmen und deren Vermittler weiterhin fiskalisch ausgerichtet tätig sind.

185. Es ist fraglich, ob sich eine derartige Bevorzugung der staatlichen Anbieter, die faktisch dem unionsrechtswidrigen Sportwettenmonopol des GlüStV entspricht, mit der Rechtsprechung des BVerwG in den Urteilen vom 16. Mai 2013 (dort Rn. 55) rechtfertigen lässt, wonach eine „präventive" Untersagung oder Strafverfolgung notwendig sein soll, um die Klärung der zweifelhaften Erlaubnisvoraussetzungen *„im Erlaubnisverfahren zu sichern und zu verhindern, dass durch die unerlaubte Tätigkeit vollendete Tatsachen geschaffen und ungeprüfte Gefahren verwirklicht werden."* Der Gerichtshof hat in seiner umfangreichen Rechtsprechung dezidiert herausgearbeitet, welche Anforderungen Artikel 56 AEUV an die Rechtfertigung nationaler Beschränkungen im Bereich der Sportwetten stellt. Er hat insbesondere klargestellt, unter welchen Umständen eine Rechtfertigung der Negation der Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich von vornherein ausscheidet und hervorgehoben, dass Beschränkungen nicht mit angeblichen zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden können, wenn sie in Wirklichkeit illegitimen Zielen, namentlich solchen fiskalischer Natur dienen (*Zenatti*, Rn. 35, *Gambelli*, Rn. 62, BVerwG, 8 C 5.10, Rn. 35, 8 C 12.12., Rn. 49). Der Gerichtshof hat in der Rs. C-186/11 zwar ausgeführt, dass aus der Unionsrechtswidrigkeit eines Monopols nicht der sofortige Anspruch auf eine Erlaubnis folgt. Er hat aber nicht erwähnt, ein „präventives" Verbot könne im Bereich der Sportwetten gerechtfertigt sein, um die Klärung der Erlaubnisfähigkeit im Erlaubnisverfahren zu sichern und um zu verhindern, dass vollendete Tatsachen geschaffen und ungeprüfte Gefahren verwirklicht wurden.

gez. Gramatte-Dresse
Richterin am Amtsgericht

Gramatte-Dresse
Richterin am Amtsgericht

Ausfertigung stimmt mit der Urschrift überein.
Sonthofen, 02. APR. 2014
Amtsgericht Sonthofen

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
Böswetter-Sonnenberg
Justizsekretärin