

AN DEN HERRN PRÄSIDENTEN UND DIE MITGLIEDER DES GERICHTSHOFES  
DER EUROPÄISCHEN UNION

**Schriftliche Erklärungen in der Rechtssache**

C-336/14

eingereicht von Sebat Ince, vertreten durch die Rechtsanwälte Martin Arendts Perla-  
cherstr. 68, 82031 Grünwald und Rolf Karpenstein, Gerhofstraße 38, 20354 Hamburg,

**wegen Vorabentscheidung**

gem. Artikel 234 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, beantragt  
vom Amtsgericht Sonthofen in einem Rechtsstreit zwischen

**Sebat Ince**

**- Angeklagte -**

gegen

**den Freistaat Bayern**

**- Ankläger -**

über die Auslegung des AEUV.

In der vorliegenden Rechtssache beehren wir uns, für die Angeklagte des Ausgangsver-  
fahrens zu den Vorlagefragen Stellung zu nehmen:

**A. SACHVERHALT UND RECHTLICHER RAHMEN**

**I. Einleitung**

1. Das AG Sonthofen hat zwei Anklagen wegen der angeblich strafbaren grenzüberschreitenden Vermittlung von Sportwetten verbunden. Die erste Anklage betrifft die Vermittlung am 11./12.1.2012, die zweite Anklage die Zeit vom 13.4.2012 bis 7.11.2012. Das Vorlagegericht stellt präzise Fragen zur richtigen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts im Zusammenhang mit den beiden Regelungsregimes und der komplexen nationalen Rechtsprechung.
2. Die Staatsanwaltschaft Kempten hat Frau Ince ein **drittes Mal** wegen der Vermittlung von Sportwetten, diesmal für den Tatzeitpunkt 3.4.2013, angeklagt (Anklageschrift vom 18.6.2014, **Anlage 1**). Dass die strafrechtliche Verfolgung der grenzüberschreitenden Wettvermittlung ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Artikel 56 AEUV ist, wird von der Staatsanwaltschaft allerdings weiterhin ignoriert.
3. **a.)** Die Vorlagefragen zu Zif. 1 und 2. betreffen die erste Anklage. Der erste Tatzeitpunkt (11. - 12. Januar 2012) fällt unter das Regime des Glücksspielstaatsver-

trags („GlüStV“), der zwischen den Bundesländern auf exekutiver Ebene vereinbart ist. Dieser monopolistische Staatsvertrag war im Tatzeitpunkt nach seinem § 28 GlüStV allerdings ausgelaufen. Er galt nur nach § 10 Abs. 2 des „*Bayerischen Ausführungsgesetzes zum GlüStV*“ von 2007 als Recht des Bundeslandes Bayern.

4. Der **erste** Fragenkomplex betrifft die Konsequenzen der fehlenden Rechtfertigung und der Inkohärenz des im GlüStV geregelten staatlichen Monopols für die Wettveranstaltung. Zu diesen unionsrechtlichen Konsequenzen der Rechtswidrigkeit des Monopols besteht eine divergierende Praxis der deutschen Behörden und Gerichte.
5. Die **zweite** Frage betrifft die richtige Auslegung und Anwendung der Informationsrichtlinie. Diese Frage stellt sich, weil das *Bayerische Ausführungsgesetz zum GlüStV* nicht notifiziert wurde.
6. **b.)** Der dritte Fragenkomplex betrifft die zweite Anklage. Der Tatzeitraum fällt (auch) unter das Regime des Glücksspieländerungsstaatsvertrags („GlüÄndStV“), der in den meisten Bundesländern zum 1.7.2012 in Kraft trat und bis Ende Juni 2021 läuft. Dieses Regime hält zwar grundsätzlich am Monopol fest. Es sieht aber zur „*Erprobung*“ der „*Bekämpfung des Schwarzmarktes*“ im Rahmen einer „**Experimentierklausel für Sportwetten**“ (§ 10a GlüÄndStV) vor, dass an staatliche und/oder an private Wettveranstalter maximal 20 „*Konzessionen*“ für die Wettveranstaltung vergeben werden können. Die Legitimationswirkung dieser Genehmigungen endet Ende Juni 2019. Anschließend tritt wieder das Monopol in Kraft.
7. Am 8.8.2012 eröffneten die Bundesländer im TED-Verfahren die Möglichkeit, bis zum 4.9.2012 bei der Rechtsanwaltskanzlei CBH als Kontaktstelle ein Interesse für eine Konzession zu bekunden. Eine deutsche Erlaubnis war im zweiten Tatzeitraum also jedenfalls theoretisch erhältlich. Daher stellen sich bezüglich der zweiten Anklage Fragen zur richtigen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts im Zusammenhang mit den Anforderungen für eine Erlaubnis nach dem GlüÄndStV. Diese Fragen stellen sich auch hinsichtlich der dritten Anklage. Wenn die deutschen Vorgaben für eine Erlaubnis zur Wettveranstaltung nicht dem EU-Recht entsprechen, könnte Frau Ince das Fehlen einer Vermittlungserlaubnis nicht vorgeworfen werden, denn eine Vermittlungserlaubnis setzt eine Konzession voraus.
8. **c.)** Nach dem GlüStV und dem GlüÄndStV besteht ein staatliches Monopol nur bei der *Veranstaltung* von Wetten, nicht bei deren Vermittlung. Dazu wird die Vermittlung und die Veranstaltung ohne deutsche Genehmigung verboten (Erlaubnisvorbehalt, § 4 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 GlüStV bzw. GlüÄndStV). Außerdem ist die Genehmigungserteilung an nicht staatliche Wettveranstalter untersagt (§ 10 Abs. 5 GlüStV bzw. § 10 Abs. 6 GlüÄndStV). Diese Regelungen wurden 2006 ausgearbeitet, weil das Bundesverfassungsgericht in 1 BvR 1054/01 (Urteil vom 28.3.2006) die Verfassungswidrigkeit der monopolistisch ausgelegten Gesetzeslage der Bundesländer unter dem Regime des *Lotteriestaatsvertrags* bestätigt hatte.

9. Bis heute verfolgen die Bundesländer mit dem Erlaubnisvorbehalt für Sportwetten, der nur durch staatliche Anbieter überwunden werden kann, illegitime Ziele, namentlich die Maximierung der Staatseinnahmen. Dass die Einnahmen aus Glücksspielen oder Sportwetten der *wirkliche* Grund für die restriktive Politik der Bundesländer und nicht lediglich „*erfreuliche Nebenfolge*“ sind, haben deutsche Gerichte bis hin zum Bundesverwaltungsgericht bestätigt (BVerwG, Urteile vom 16.5.2013, 8 C 10.12, 12.12 und 17.12; OVG Münster, Urt. v. 29.9.2011, 4 A 17/08). Diese *illegitime* Zielsetzung wird durch die anreizende und ermunternde Werbung der Bundesländer für ihre Lotterien, Glücksspiele und Sportwetten verdeutlicht. Die staatliche Sportwettgesellschaft „*ODS Oddset Deutschland Sportwetten GmbH*“ („*Ods GmbH*“) möchte ausweislich der als **Anlage 2** beigefügten Presseinformationen die *Marktführerschaft* in Deutschland.
10. Bisher (Stand 22.11.2014) wurde keine Konzession nach dem GlüÄndStV an private Wettanbieter vergeben. Private Wettanbieter können daher nach deutschem Recht nicht legal tätig sein. Die *staatlichen* Wettanbieter der 16 Bundesländer hingegen dürfen gem. § 29 Abs. 1 S. 3 GlüÄndStV Wetten bis ein Jahr nach Erteilung der ersten Konzession ohne eine solche Konzession vertreiben.

## **II. Der rechtliche Rahmen**

### **1. Der unionsrechtliche Rahmen**

11. Der unionsrechtliche Rahmen ist primär durch das an den Mitgliedstaat gerichtete Verbot des Artikels 56 AEUV und durch Art. 15 – 17 der Charta sowie durch die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, das Transparenzgebot und die Verbote der Günstlingswirtschaft und der staatlichen Willkür geprägt. Die Mitgliedstaaten dürfen in Ermangelung einer Harmonisierung zwar das Schutzniveau selbst festlegen. Dies entbindet sie aber nicht von der Einhaltung des Unionsrechts. Beschränkende Regelungen im Bereich der Sportwetten bleiben nach Art. 56 AEUV insbesondere dann verboten, wenn sie nicht „*wirklich*“ der Bekämpfung *tatsächlich* bestehender Gefahren dienen, sondern fiskalischen Interessen.
12. Grundlegend war die *Zenatti*-Entscheidung, deren Kernaussage der Gerichtshof in *Gambelli* Rn. 62) wiederholt hat. Die Rechtfertigung staatlicher Beschränkungen im Bereich der Glücksspiele, Lotterien oder Sportwetten scheidet aus, wenn diese in Wirklichkeit nicht legitimen Zielen des Gemeinwohls, sondern fiskalischen Interessen dienen. Es hat also eine Gesinnungsprüfung zu erfolgen. Dabei ist nach der Rechtssache *Zeturf* von der *tatsächlichen Vermutung* auszugehen, dass Sportwetten aus fiskalischen Gründen angeboten werden (C-212/08, Rn. 59). Den Beweis des Gegenteils hat der Mitgliedstaat zu erbringen.
13. Die in Rn. 62 in *Gambelli* wiederholte *Zenatti*-Rechtsprechung diente 2006 dem BVerfG als Leitlinie für die Auslegung des Grundrechts auf freie Berufsausübung (BVerfG, 1 BvR 1054/01, Rn. 144). Im Urteil vom 28.3.2006, das dem Gerichtshof

u.a. aus *Carmen Media* und *Winner Wetten* bekannt ist, hatte das BVerfG bestätigt, dass die monopolistische deutsche Wettspolitik illegitime fiskalische Ziele verfolgt.

14. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass Ziele des Gemeinwohls staatliche Beschränkungen bei Sportwetten nur legitimieren können, wenn legitime Anliegen in kohärenter und systematischer Weise erreicht werden (*Gambelli*, Rn. 67 – 74; *Bwin*; Rn. 59 – 61; *Pfleger*, Rn. 43). Dieses Kohärenzerfordernis tritt neben das Erfordernis der Rechtfertigung durch legitime Ziele des Gemeinwohls (Rs. C-156/13 *Digibet*, Rn. 25 ff.). Der Mitgliedstaat trägt selbstverständlich auch die Darlegungslast für die Kohärenz (*Dickinger und Ömer*, Rn. 54).
15. Besteht die theoretische Möglichkeit für eine Genehmigung, setzen das Transparenzgebot und der Gleichheitssatz die Maßstäbe. Ausführlich hat der Gerichtshof dazu in *Costa/Cifone* Stellung genommen. Der Staat muss einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen und die Nachprüfung ermöglichen, ob die Genehmigungsvergabe unparteiisch durchgeführt wurde. Alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer müssen auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können. Die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle muss ausgeschlossen sein. Die Bedingungen und Modalitäten müssen klar, genau und eindeutig formuliert sein, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und dem Ermessen der staatlichen Stelle Grenzen gesetzt werden.

## **2. Der deutsche Rahmen**

### **a) Der nationale Rahmen unter dem GlüStV**

16. Den monopolistischen Rahmen im Zeitpunkt des ersten Tatvorwurfs und die divergierende Gerichts- und Verwaltungspraxis hat das Vorlagegericht zutreffend dargestellt. Folgendes ist ergänzend anzumerken:

#### **(1) Illegitime fiskalische Ausrichtung**

17. Die Motivation für das Festhalten an einer monopolistischen Rechtslage im GlüStV nach dem Urteil des BVerfG vom 28.3.2006 war fiskalischer Natur. Daher hat 2013 das BVerfG in mehreren Urteilen (8 C 10.12, 12.12 und 17.12) bestätigt, dass mit der Monopolregelung des GlüStV (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 5 GlüStV) *illegitime* Ziele verfolgt werden. Die Bundesländer wussten dies natürlich und sie wussten auch vor den Urteilen des Gerichtshofs vom 8.9.2010, dass das Unionsrecht eine Gesamtkohärenz zur Legitimation des Monopols verlangt.
18. Soweit die Rechtsanwälte CBH in *Carmen Media* für Schleswig-Holstein ausweislich der Rn. 26 behaupteten, dem Unionsrecht sei kein Erfordernis der Gesamtkohärenz zu entnehmen, widersprach diese Behauptung also der eigenen Überzeugung

der Bundesländer. Auch die weitere in Rn. 26 wiedergegebene Behauptung der Rechtsanwälte CBH, an der Vereinbarkeit des Monopols bestünden keine Zweifel, erfolgte wahrheitswidrig. Dies folgt z. B. aus dem als **Anlage 3** beigefügten Gutachten. Außerdem hatten die Bundesländer ausweislich des als **Anlage 4** (mit dem Votum vom 11.12.2006) beigefügten Protokolls vom 12./13. Dezember 2006 den Bund (erfolglos) aufgefordert, das Regime der gewerblichen Spielautomaten auf die Bekämpfung von Suchtgefahren auszurichten. Auf diesen Widerspruch weisen auch die Erläuterungen zum GlüStV (S. 8) hin, wie das VG Gera (**Anlage 5**) ausführt:

*„Die Länder gehen jedoch davon aus, dass der Bund aus den Feststellungen des BVerfG im Urteil vom 28. März 2006 für das gewerbliche Spiel in Spielhallen und Gaststätten die Konsequenzen zieht und in gleicher Weise wie der vorliegende Staatsvertrag die notwendigen Bedingungen zum Schutz der Spieler und zur Vermeidung und Bekämpfung der Spielsucht sicherstellt.“*

19. Dieselbe – erfolglose – Aufforderung enthält der 2011 vereinbarte GlüÄndStV in Fußnote 3 seiner Erwägungsgründe:

*„Die Länder erwarten vom Bund, dass er kurzfristig die Spielverordnung entsprechend der Zusage in dem Schreiben von Staatssekretär Dr. Heitzer vom 29. März 2011 ändert.“*

### **(2) Inkohärenz durch Genehmigungen privater Wettveranstaltung**

20. Das Vorlagegericht spricht in Rn. 35 die DDR-Erlaubnisse für Sportwetten an, die kurz vor der Wiedervereinigung nach dem liberalen Gewerberecht der DDR an private Wettanbieter vergeben wurden. Der BGH hat diese Erlaubnisse im Vorlagebeschluss vom 17.1.2013 in der Rs C-156/13 ausgeblendet. Auf die unionsrechtliche Relevanz der Erlaubnisse ging aber GA *Mengozzi* in Rn. 84f. seiner Schlussanträge vom 4.3.2010 in *Markus Stoß u.a.* ein. Es sei „*schwierig*“, diese Besonderheit für mit einem System vereinbar zu erklären, das sich auf die Begrenzung der Zahl der Veranstalter beruft, um die Gelegenheiten zum Wetten zu vermindern und die Kriminalität zu bekämpfen. Das ist richtig. Wie z.B. das VG Gera (**Anlage 5**) ausführt, berechtigen die DDR-Erlaubnisse dazu, bundesweit über das Internet Sportwetten zu vertreiben (*Vofßkuhle*, GewArch 2006, 395 ff.). Würden die Bundesländer wirklich eine systematische und kohärente Politik der Bekämpfung von Suchtgefahren verfolgen, hätten sie diese DDR-Erlaubnisse gegen Entschädigung aufgehoben.

### **(3) Die Rechtsprechung zu den Folgen der Rechtswidrigkeit des Monopols**

21. Das Vorlagegericht hat in den Rn. 45-72 aufbereitet, wie unterschiedlich Behörden und Gerichte mit der Tatsache umgehen, dass der monopolistische Ausschluss privater Wettanbieter weder gerechtfertigt noch kohärent ist. Hiermit befasst sich auch das VG Gera (**Anlage 5**) und nimmt eine „Position der Mitte“ ein. Es argumentiert zwar mit einem fiktiven Willen der Staatvertragsgeber („*es kann auch davon aus-*

gegangen werden, dass die Bundesländer, hätten sie von der Europarechtswidrigkeit des Sportwettmonopols gewusst, zumindest einen Erlaubnisvorbehalt als das geringere Mittel gewollt hätten“ ...), meint aber im Unterschied zu oberen Verwaltungsgerichten, die andere Beschränkungen heranziehen, um die fehlende „Erlaubnisfähigkeit“ zum Anlass von vollständiges Verbot zu nehmen, die fehlende Rechtfertigung und Kohärenz erfasse auch ein Internetvertriebsverbot:

*„Die festgestellte Europarechtswidrigkeit des Sportwettmonopols schließt auch diejenigen Regelungen des GlüStV und des ThürGlüG (vgl. § 12 ThürGlüG) ein, die aus Gründen der allgemeinen Sicherheit und Ordnung nicht in kohärenter und systematischer Weise erlassen worden sind. Das gilt insbesondere für das in § 4 Abs. 4 GlüStV ausgesprochene Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet und das in § 5 GlüStV geregelte Werbeverbot (vgl. VG Halle, Urt. v. 11.11.2010, a.a.O., S. 58 ...). (wird ausgeführt)*

22. Das BVerwG hingegen nimmt in seinen Urteilen vom 16.5.2013 (8 C 16.12, 14.12 u.a.) eine extrem restriktive Auslegung des EU-Rechts vor. Wie das Vorlagegericht in Rn. 67 ff. ausführt, meint das höchste deutsche Verwaltungsgericht, Sportwetten durch nicht staatliche Unternehmen dürften im Anwendungsbereich des Artikels 56 AEUV „präventiv“ vollständig und dauerhaft verboten werden, wenn die Untersagungsbehörde Zweifel an der „Erlaubnisfähigkeit“ nach denjenigen Vorgaben hat, die für die Monopolträger geschaffen wurden, um den Ausschluss privaten Wettanbieters zu rechtfertigen. Wenn für die Untersagungsbehörde nicht „ohne weitere Prüfung erkennbar“ sei, dass alle Anforderungen für eine Erlaubnis erfüllt sind, sei ein Totalverbot legitim, um „die Klärung im Erlaubnisverfahren zu sichern und zu verhindern, dass durch die unerlaubte Tätigkeit vollendete Tatsachen geschaffen und ungeprüfte Gefahren verwirklicht wurden“. Das BVerwG bezieht sich dazu auf das Urteil des Gerichtshofs vom 24.1.2013 in der Rechtssache C-186/11 (OPAG).
23. Viele Behörden und einige Gerichte folgen dieser extrem restriktiven Auslegung des Unionsrechts (z. B. OVG Münster, Urt. v. 25.2.2014, 13 A 2018/11, Rn. 221 ff. u.a.). Viele untere Gerichte nehmen aber die gegenteilige Sichtweise ein. Richter am AG Kempten Kögl z.B. meint, dass die Angeklagte Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis vermitteln darf, weil eine Erlaubnis gesetzlich (unionsrechtswidrig) ausgeschlossen ist. Ebenso hat das VG Köln im Vorlagebeschluss vom 21.9.2006 (1 K 5910/05, *Winner Wetten*) klargestellt, dass das Fehlen einer Erlaubnis bei Unionsrechtswidrigkeit des Staatsvorbehalts zur Erlaubnisfreiheit führt.
24. Diese diametral unterschiedliche Auslegung des Unionsrechts besteht seit Jahren in vielen hundert Verfahren. Dennoch ist das AG Sonthofen bisher das einzige vorlagewillige Gericht. Daher ist es eminent wichtig, dass der Gerichtshof zu den Konsequenzen des Anwendungsvorrangs klare Worte formuliert. Die Entscheidungen des BVerwG vom 16.5.2013, die ohne Vorlage an der EuGH für ein dauerhaftes Totalverbot „Zweifel der Untersagungsbehörde an der Erlaubnisfähigkeit“ nach

den zur Rechtfertigung des Monopolregimes dienenden Beschränkungen für die Negation der Dienstleistungsfreiheit genügen zu lassen, sind nicht vertretbar. Da dieselbe Auslegungsfrage von deutschen Gerichten anders beurteilt wird, konnte keine Ausnahme von der Vorlagepflicht im Sinne eines *Acte claire* bestehen.

25. Wie das vorlegende Gericht in Rn. 55 ff. darlegt, **fingieren** letztlich alle oberen deutschen Gerichte unter dem GlüStV **zu Lasten** des freien Dienstleistungsverkehrs ein Erlaubnisverfahren für private Wettanbieter. Dann „prüfen“ sie, ob eine Erlaubniserteilung unter den auf das Monopol zugeschnittenen Erlaubnisvoraussetzungen in Betracht kommt („*Erlaubnisfähigkeit*“). Diese für die oberen Gerichte maßgebliche „*Erlaubnisfähigkeit*“ wird also nicht anhand eines fiktiven europarechtskonformen Erlaubnisverfahrens bestimmt, sondern anhand des auf das staatliche Monopol zugeschnittenen Regimes des GlüStV.
26. Im Ergebnis wird die „*Erlaubnisfähigkeit*“ privater Wettanbieter unter dem Monopolregime immer verneint. Dazu werden aber wie gesagt die Beschränkungen herangezogen, die die Bundesländer den Monopolträgern im GlüStV auferlegt haben, um den Ausschluss privater Wettanbieter zu legitimieren. Meist wird das an die Monopolträger gerichtete Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV oder ein Verbot von „Live-Ereigniswetten“ herangezogen, welches aus § 21 Abs. 1 GlüStV hergeleitet wird. Diese Rechtsprechung, die im Anschluss an die Urteile des Gerichtshofs vom 8.9.2010 dazu geführt hat, dass das unionsrechtswidrige Monopol aufrechterhalten blieb, ist Gegenstand der als **Anlage 6** beigefügten Kommissions-Beschwerde.

#### (4) Zur Systematik des GlüStV

27. Wie das Vorlagegericht in Rn. 39 erwähnt, ist trotz der in Rn. 132 der Vorlage zitierten drei Urteile des BVerwG vom 24.11.2010 umstritten, ob neben dem monopolistischen Erlaubnisvorbehalt auch die übrigen Beschränkungen des GlüStV private Wettanbieter betreffen. Systematisch wäre dies widersinnig. Weil private Wettanbieter durch den monopolistischen Erlaubnisvorbehalt ohnehin ausgeschlossen sind, wäre es geradezu absurd, ihr Marktverhalten genauso zu regulieren, wie dasjenige der Monopolträger. Daher spricht alles dafür, dass die Beschränkungen der Werbung und des Vertriebs (§ 4 Abs. 3, 4 und § 5) sowie die Vorgaben über Art und Zuschnitt von Sportwetten (§ 21) keine zusätzliche Beschränkung der ausgeschlossenen privaten Anbieter sind, sondern die monopolbedingte Negation der Grundfreiheiten entsprechend den Vorgaben des BVerfG im Urteil vom 28.3.2006 rechtfertigen sollen. Das BVerfG hatte in den Rn. 146 ff. nämlich betont, dass (nur) für den Fall des Festhaltens am Monopol die Vertriebswege sowie Art und Zuschnitt erlaubnisfähiger Wetten zu regulieren sind, um Suchtgefahren „konsequent“ zu bekämpfen. Weil aber die rechtswidrig ausgeschlossenen privaten Wettanbieter nach dem GlüStV nicht den Auftrag der konsequenten Bekämpfung von Suchtgefahren haben, werden sie auch nicht von den Beschränkungen des GlüStV erfasst. Dies hatte das BVerwG bestätigt und ausgeführt, dass die

„Bestimmungen über Art und Zuschnitt zulässiger Sportwetten und die Vorgaben für deren Vermarktung **nicht** die dem Parlamentsvorbehalt unterworfenen Regelung der Grundrechtsausübung privater Sportwettenanbieter oder -vermittler betreffen. **Sie regeln nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen oder staatlich beherrschten Monopolträger.**“ (BVerwG, Urteile vom 24.11.2010, 8 C 13.09, Rn. 30, 8 C 14.09, Rn. 26, 8 C 15.09, Rn 26).

28. Die Vorlagefragen sind daher vor dem Hintergrund zu prüfen, dass die deutsche Rechtslage und -praxis weder einheitlich noch klar bei der Frage ist, wen die Bestimmungen des GlüStV - abgesehen vom Genehmigungsvorbehalt – betreffen. Zwar betrifft dies auch die Auslegung nationalen Rechts. Wenn dieses aber nicht den unionsrechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entspricht und eine Situation der erheblichen rechtlichen Unsicherheit, darf es nicht angewendet werden (Rs. C-445/05, Rn. 33 f.).

### **(5) Hintergrund des Internetvertriebsverbots**

29. Zutreffend erwähnt das vorliegende Gericht in Rn. 40, dass der mit § 4 Abs. 4 GlüStV erfolgte Verzicht der Bundesländer auf den Internetvertrieb nicht der systematischen und kohärenten Bekämpfung von Suchtgefahren dient. Die Argumentation der oberen Verwaltungsgerichte, das Fehlen einer Erlaubnis legitimiere ein vollständiges Verbot, weil das Internetverbot missachtet wird und deshalb keine „Erlaubnisfähigkeit“ bestehe, ist auch deshalb sehr angreifbar. Tatsächlich war der – nur bis Anfang 2012 aufrechterhaltene – Verzicht der Bundesländer auf den 1999 eingeführten Internetvertrieb (nicht auf Internetwerbung!) Folge eines vom Bundeskartellamt gegen die Lotterieu Unternehmen geführten Verfahrens. Die Bundesländer stellten den Internetvertrieb ein, weil sie keinen gegenseitigen Wettbewerb wollten. Wie der BGH (**Anlage 7**) bestätigt, hatten die 16 Lotterieu Unternehmen im „Blockvertrag“ den gegenseitigen Wettbewerb ausgeschlossen. Das Kartellamt hatte dies durch Beschluss vom 23.8.2006 (B 10-92713-Kc-148/05) untersagt. Durch Vollstreckungsbeschluss vom 30.10.2006 (beigefügt als **Anlage 8a**) wurde den Lotterieu Unternehmen ein Zwangsgeld für den Fall angedroht, dass sie nicht bis zum 7.11.2006 ihren Internetvertrieb bundesweit öffnen (vgl. Financial Times v. 21.11.2006, **Anlage 8b**). Wie der BGH in Rn. 8 bestätigt, kamen sie kurz vor Ablauf des Ultimatums aus fiskalischen Gründen überein, den Internetvertrieb einzustellen, anstatt ihn zu öffnen.
30. Am 13.12.2006 einigten sich die Länder dahin, ihren Monopolträgern mit dem GlüStV ein Internetvertriebsverbot aufzuerlegen. Es wurde aber daran festgehalten, Sportwetten, Lotterien und Glücksspiele über ca. 27.000 gewerbliche Annahmestellen mit Produkten des täglichen Lebens zu verkaufen. Wie sich aus dem als **Anlage 4** beigefügten Votum (dort S. 2-3) ergibt, hatte das Internetverbot neben dem Zweck, Ordnungsgelder des Kartellamtes zu vermeiden, den Zweck, den GlüStV gegen europarechtliche Argumente ausgeschlossener Wettanbieter zu schützen:



*„Nach ganz überwiegender Ländermeinung führt die Zulassung des Internets als Vertriebsweg zur Europarechtswidrigkeit des Vertrages. Die Zulassung von Glücksspielen im Internet würde einen grenzüberschreitenden Markt eröffnen, der an dem nationalen und europäischen Wettbewerbsrecht zu messen wäre. Es würde gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, wenn deutsche Anbieter auf dem europäischen Markt ihre Glücksspiele anbieten, aber umgekehrt ausländischen Anbietern dies auf dem deutschen Markt untersagt wird.“*

31. Zu gesteigerten Gefahren- des Internetvertriebs gibt es keine Erkenntnisse. Eine Studie der Harvard Medical School (<http://www.pocketfives.com/articles/harvard-study-finds-internet-gaming-doesn-t-create-more-problem-gamblers-589855/>), zeigt vielmehr, dass Internetwetten kein gesteigertes Suchtpotenzial gegenüber dem stationären Vertrieb aufweisen. Im Urteil 3.4.2008 (III ZR 190/07) meint auch der BGH, dass der online-Vertriebsweg keinen geringeren Schutz bedeutet.

#### **b) Der nationale Rechtsrahmen unter dem GlüÄndStV**

32. Den komplexen Rechtsrahmen unter dem GlüÄndStV hat das Vorlagegericht in den Rn. 74 ff. zutreffend beschrieben. Zu dem grundsätzlich monopolistischen GlüÄndStV gibt es die – nicht notifizierten – Ausführungsgesetze der Bundesländer. In den §§ 4a ff. in Verbindung mit § 10a GlüÄndStV gibt es die theoretische Möglichkeit, eine von 20 „Konzessionen“ für die Wettveranstaltung zu bekommen. Die Ausführungsgesetze regeln dann die Erlaubnisse für stationäre Vermittler.
33. Besonders unübersichtlich wird die nationale Rechtslage, weil die konkreten Anforderungen an eine Konzession nicht in einem rechtlichen Rahmen festgelegt sind, sondern nach Ablauf der Bewerbungsfrist („1. Stufe“) von der Verwaltung über E-Mail bekannt gegeben und mehrfach geändert wurden. Private Wettveranstalter mussten daher im Sommer 2012 anhand der Bekanntmachung vom 8.8.2012 im TED-System (**Anlage 9a**) am Verfahren teilnehmen, ohne die konkreten Anforderungen oder zumindest den Inhalt einer Konzession zu kennen. Auch die Auswahlkriterien waren unbekannt. Private Wettanbieter mussten im August 2012 zudem davon ausgehen, dass sich alle 16 Lotterieunternehmen der Bundesländer um eine Konzession bewerben. Die Chance auf eine Konzession tendierte deshalb aus damaliger Sicht gegen Null. Denn über die maximal 20 Konzessionen entscheidet das Glücksspielkollegium, das aus 16 Vertretern der 16 Bundesländer besteht und zunächst jedem staatlichen Lotterieunternehmen eine Konzession zuspricht.
34. Das Verfahren ist streng geheim. Nur Bewerber erhielten den Fragen-/Antwortkatalog, der sich auf der ersten Stufe entwickelte (**Anlage 9b**). Nur Bewerber, die zur „zweiten Stufe“ zugelassen wurden (einige mit Nachhilfe der Behörde; vgl. VG Berlin, Urt. v. 23.5.2014, 23 K 512.12), erhielten dann per Mail am 24.10.2012 ein „Informationsmemorandum“ (**Anlage 9c**). Wie eine Konzession inhaltlich aussieht und wozu sie berechtigt, ist aber bis heute (22.11.2014) offen. Der Inhalt der Konzession soll sich aus Inhalts- und Nebenbestimmungen ergeben

(Memorandum, Zif. 2). Das Memorandum stellt weiter klar, dass Vergaberecht nicht anwendbar ist (Zif. 4). Ohne schriftliche Einwilligung dürfe niemand Informationen über das Genehmigungsverfahren an Dritte geben (Zif. 5.2). Diese nicht nachvollziehbare „Geheimnistuerei“ wurde unter anderem in dem als **Anlage 10** beigefügten Schreiben des EGBA vom 28.9.2012 detailliert kritisiert.

35. Die Antragsteller mussten zunächst die „*Mindestanforderungen allgemein*“ und „*Mindestanforderungen Konzepte überarbeitet*“ (**Anlagenkonvolut 9d**) erfüllen (Memorandum, Zif. 6). In Zif. 7 wird das Auswahlverfahren für den Fall beschrieben, dass über 20 Bewerber die Mindestanforderungen erfüllen. Zu jedem Auswahlkriterium mussten die Bewerber Ausführungen machen, die nach ihrem „*Zielerfüllungsgrad*“ im Hinblick auf das verfolgte Ziel mit Punkten bewertet wurden.
36. Die fehlende Transparenz des Verfahrens bestätigte das VG Wiesbaden schon im Beschluss vom 30.4.2013 (Az. 5 L 90/13 WI.) mit folgenden Worten:

*„Weder der Hinweis auf ein später bekannt zu gebendes Memorandum noch der auf ordnungsgemäße und vollständige Unterlagen wird den Anforderungen an ein transparentes Verfahren gerecht. Die Bewerber sind nicht in der Lage, bereits vor Beginn des Bewerbungsverfahrens den Bewerbungsaufwand und ihre konkreten Chancen einschätzen zu können. Insbesondere können sie nicht mit einem – jedenfalls faktischen – Ausschluss bereits vor Beendigung des Auswahlverfahrens durch Nichtzulassung zur Verhandlungsrunde rechnen.“*
37. Bis zuletzt (Stand 22.11.2014) variierten die Anforderungen für eine Konzession. Z.B. meinte Hessen im Januar 2014, das „*abschließende Wettprogramm*“ werde in einem gesonderten Schreiben nur von denjenigen Bewerbern gefordert, die eine Konzession erhalten. Im Juli 2014 wurde das „*abschließende Wettprogramm*“ aber von allen Bewerbern gefordert, die im Nachbesserungsverfahren angeblich die Mindestanforderungen erfüllt haben. Mehrfach geändert wurden z.B. auch die Vorgaben für die Präsentation der Konzepte, die vor dem Ministerium und nicht vor dem über die Konzessionen entscheidenden Glücksspielkollegium stattfand. 2012 hieß es im Amtsblatt, jeder Bewerber bekomme Gelegenheit zur Präsentation. Vor Ostern 2013 wurden aber nur 14 Bewerber eingeladen. Im April 2013 bestätigte das VG Wiesbaden die Pflicht, jedem Bewerber Gelegenheit zur Präsentation zu geben (Rn. 107 des Vorlagebeschlusses). Die Behörde lehnte dies ab und meinte 2014, die Präsentationen würden schriftlich für Bewerber erfolgen, die die Mindestanforderungen im Nachforderungsverfahren erfüllen. Später hieß es, die Präsentation soll mündlich erfolgen, allerdings dürften diejenigen, die schon 2013 präsentiert haben, sich aussuchen, ob sie erneut präsentieren.
38. Die gesamte deutsche Verwaltungspraxis läuft auf die Erhaltung des Monopols hinaus. Weil eine deutsche Erlaubnisse aus Gründen nicht erhältlich ist, die allein dem Staat zuzurechnen sind und das Fehlen einer Erlaubnis daher nicht zum Anlass für staatliche Eingriffe genommen werden darf, gehen die Behörden und Gerichte

sogar soweit und erfinden eine behördliche „Duldungs-Erlaubnis“. Rheinland-Pfalz verlangt eine solche Duldungs-Erlaubnis von Vermittlern, Schleswig-Holstein von Veranstaltern. Fehlt diese nicht kodifizierte Duldungs-Erlaubnis, die an umfassende und nicht kodifizierte Anforderungen geknüpft wird, die sich Behörden überlegen, folgt ein vollständiges Verbot (OVG Koblenz, Urt. v. 10.9.2013, 6 A 10448/13).

39. Um das Monopol faktisch aufrechtzuerhalten, hatte das BVerwG in den Urteilen vom 16.5.2013 damit argumentiert, Bayern habe im Anschluss an die Urteile des EuGH vom 8.9.2010 ein Erlaubnisverfahren für Vermittler eröffnet. Dies ist falsch, soll aber nach dem Vorlagebeschluss als richtig unterstellt werden.
40. Zu ergänzen ist, dass schon im Zeitpunkt des ersten Tatvorwurfs Schleswig-Holstein ein liberales Glücksspielgesetz eingeführt hatte, demnach beliebig Genehmigungen für Sportwetten und Casinospiele vergeben werden konnten. Schleswig-Holstein trat dann im Februar 2013 dem GlüÄndStV bei. Anders als der Gerichtshof in der Rs. C-156/13 angenommen hatte, war die liberale Rechtslage aber zeitlich **nicht** begrenzt. Art. 4 des Änderungsgesetzes vom 1.2.2013 (GVOBl. S. 64, 69) bestimmt nämlich, dass das Glücksspielgesetz SH „weiter Anwendung“ für die bereits erteilten 48 Genehmigungen für stationäre oder online-Anbieter findet und damit einen Großteil des aktuellen Sportwetten- und Casinomarktes abdeckt. **In Deutschland bestehen also zwei parallele Regimes.** Veranstalter, die sich um eine Konzession in Hessen bemühen, müssen parallel dazu in Schleswig-Holstein eine gesetzlich nicht vorgesehene „Duldungs-Erlaubnis“ beantragen. Zwei entsprechende Aufforderungsschreiben werden als **Anlage 11** beigefügt. Die Behörde verlangt ohne Rechtsgrundlage („in Anlehnung an die SVVO“) die Erfüllung zahlreicher Anforderungen, ohne deren Verhältnismäßigkeit dazutun.

### **III. Zum Ausgangssachverhalt**

#### **1. Zum ersten Tatvorwurf (Januar 2012; Fragen eins und zwei)**

41. Der Ausgangssachverhalt und die Ausführungen der Angeklagten zur Rechtslage sind zutreffend zusammengefasst. Wir erlauben uns, einige Aspekte hervorzuheben:

#### **(1) Das Zusammenspiel der staatlichen Stellen**

42. Lotto-Bayern ist ein Geschäftsbereich des bayerischen Finanzministeriums und erstattet im Februar 2011 Strafanzeige gegen Frau Ince, um das fiskalische Monopol durchzusetzen. Unionsrechtliche Bedenken werden mit dem Hinweis auf die Weisung des Innenministeriums vom 27.9.2010 (**Anlage 12**) übergangen. Das Innenministerium erteilte nach den EuGH-Urteilen vom 8.9.2010 die Weisung, das Monopol weiterhin zu vollziehen. Der EuGH habe den Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 und 2 GlüStV als unionsrechtskonform bestätigt. Ein Vermittler ohne Erlaubnis sei wegen „*formeller Illegalität*“ zu untersagen und die Vermittlung von Wetten privater Veranstalter sei weiterhin nicht erlaubnisfähig.

## **(2) Die Einstellung der Staatsanwaltschaft zum Unionsrecht**

43. Bemerkenswert ist auch die Einstellung der Staatsanwaltschaft Kempten zum Unionsrecht. Frau Ince wird gleich dreimal angeklagt, ohne dass die unionsrechtlichen Implikationen überhaupt erwähnt werden. In ihrer Beschwerde (Bl. 212-213 d. Akte) meint die Staatsanwaltschaft, deutsches Recht gehe Unionsrecht vor:

*„Nach Vorstellung des Unterzeichners ist es aber nicht möglich, dass ein Bürger unter Berufung auf Rechtsvorschriften, die unionsrechtlicher Natur sind und unterhalb des Rangs des Verfassungsgerichts anzusiedeln sind, klare gesetzliche Bestimmungen auszuheben, anstatt den verwaltungsgerichtlichen Wege zu beschreiten und zu versuchen, eine behördliche Erlaubnis zu erlangen.“*

44. Auch sei die EU-Rechtswidrigkeit des Monopols irrelevant (**Anlage 13**):

*„Die Tatsache, dass die gesetzlichen Grundlagen für die Erteilung der Genehmigung möglicherweise mit Europarecht nicht konform sind, ändert daran auch nichts, weil die europarechtlichen Vorgaben nur für den Gesetzgeber verbindlich sind, nicht aber für den einfachen Rechtsanwender. ...“*

## **(3) Die Sichtweise der bayerischen Gerichte**

45. Das Vorlagegericht hat die Rechtsprechung der Bayerischen Gerichte zutreffend dargelegt. Das LG Kempten meint, aus der Rechtsprechung des Bayerischen VGH folge, dass auch ohne Gesetzesänderung für private Anbieter („und dann auch für Vermittler“) nunmehr die „grundsätzliche Möglichkeit besteht, eine entsprechende Erlaubnis zu beantragen“. Es sei auch „jedem Interessierten zuzumuten“, eine Erlaubnis einzuklagen. Richter am AG Kempten Kögl und das AG Augsburg im Urteil vom 30.11.2011 hingegen begründen den Freispruch von Vermittlern damit, dass keine Erlaubnis erhältlich ist:

*„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 Sportwettmonopol ab, welches nach jetzt gefestigter Rechtsprechung europarechtswidrig ausgestaltet ist.“*

## **(4) Die Argumentation der Angeklagten**

46. Das vorliegende Gericht gibt den unionsrechtlich geprägten Vortrag der Angeklagten richtig wieder. Insbesondere wies die Angeklagte darauf hin, dass der GlüStV im Tat-Zeitraum 11. und 12.1.2012 ausgelaufen und das bayerische Ausführungsgesetz nicht notifiziert worden anwendbar.

### **2. Zum zweiten Tatvorwurf**

47. Der zweite Tatvorwurf fällt zum Teil unter den GlüÄndStV. Danach wäre theoretisch eine Konzession für den mit der Angeklagten assoziierten Wettvermittler aus Österreich sowie eine Erlaubnis für die Angeklagte erhältlich gewesen, wenn die

deutschen Stellen frühzeitig Bewerbungen zugelassen und unverzüglich sachgerecht bearbeitet hätten. Damit der Gerichtshof informiert ist, weshalb die Angeklagte und der mit ihr assoziierte Veranstalter bis heute keine deutsche Erlaubnis haben, hat das vorliegende Gericht den Verlauf des erst am 8.8.2012 begonnenen Erlaubnisverfahrens bis zum 14.11.2013 zutreffend zusammengefasst. Damit der Gerichtshof über den Ausgangssachverhalt hinaus eine sachdienliche Antwort geben kann, fassen wir das Konzessionsverfahren bis November 2014 zusammen:

48. Der VGH Kassel entschied am 13.11.2013, dass Rechtsschutz im laufenden Konzessionsverfahren unzulässig sei. Am 14.11.2013 erhielten dann alle Bewerber die überraschende Mail, niemand habe die Erfüllung der Mindestanforderungen in „prüffähiger Form“ nachgewiesen. Dies entsprach nicht den Tatsachen, denn sonst hätte Hessen vor Ostern 2013 nicht 14 Bewerber zur Präsentation eingeladen. Hessen argumentierte (Vorlagebeschluss Rn. 112, 113) vor seinen Gerichten damit, jene 14 Bewerber hätten die Mindestanforderungen zu 100 % erfüllt. In einer Mail vom 19.7.2013 wurde sogar von „perfekten“ Unterlagen gesprochen: *„Wir haben uns aufgrund des Massenverfahrens entschlossen, die Einladung zur Präsentation von Konzepten denjenigen Antragstellern zukommen zu lassen, die in der ersten – kursorischen – Prüfung „perfekte“ Unterlagen vorgelegt haben.“*
49. Mit Teilurteil vom 19.12.2013 (Az. 5 K 1244/12Wi) wies das VG Wiesbaden die als **Anlage 14** beigefügte Klage auf Neubeginn des Verfahrens teilweise ab. Sechs Wettanbieter hatten auf Neubeginn unter Beachtung des Unionsrechts geklagt. Im Kern wurde argumentiert, dass die Investitionen in ein Dienstleistungsangebot entsprechend einer Konzession unzumutbar sind, weil diese wegen der zahlreichen Verfahrensmängel von abgelehnten Bewerbern angefochten werden kann. Das VG Wiesbaden sah diesen Antrag 2013 als (noch) *unzulässig* an.
50. Am 17.1.2014 erhielten die Bewerber überraschend individuelle Nachforderungsschreiben und neu gestaltete Formulare. Beispielhaft für ein Nachforderungsschreiben mit den Formularen wird auf das **Anlagenkonvolut 15** verwiesen. Viele Anforderungen blieben unklar oder nicht erfüllbar. Die Anforderungen W2 und W3 z. B. ergeben keinen Sinn und sind nicht erfüllbar. Es wird der Nachweis verlangt, dass die (früheren) Gründungskosten sowie die „Kosten“ für Vermittlungsprovisionen und Wettsteuern, also Ausgaben die nur bei entsprechenden Umsätzen anfallen, im Jahr 2014 durch „Eigenmittel“ gedeckt sind. (Kalkulierte) Einnahmen aus 2014 dürfen aber nicht einbezogen werden.
51. Die Bewerber stellten wieder Fragen. Wie sich aus der als **Anlage 16** beigefügten Korrespondenz ergibt, wurde die Genehmigungsstelle z. B. damit konfrontiert, dass zu den Anforderungen in W2 und W3 schon drei sich widersprechende Auskünfte bestehen. Auch wurde moniert, wie eine langfristige Kapitalbedarfsplanung erstellt werden soll, ohne zu wissen, ob, wann, an wen und mit welchem Inhalt eine Konzession erteilt wird. Ein Teil der Fragen und Antworten wurde per Mail an die ver-

bliebenen Bewerber geschickt (**Anlage 17**) und hinterließ weitere Fragen. So wurde z. B. bejaht, dass alle Unterlagen aktualisiert werden müssen, wenn sich „Umstände“ geändert haben. Da der Begriff „Umstände“ alles erfassen kann, wussten Bewerber nicht, welche Unterlagen und Konzepte zu aktualisieren sind.

52. Die Bewerber beantragten erfolglos Einsicht in die Akten der Genehmigungsstelle und des Glücksspielkollegiums. Beispielhaft hierfür wird die Korrespondenz mit der Behörde als **Anlage 18** beigefügt. Das hessische Ministerium meinte, Einsicht in die Akten des Glücksspielkollegiums müsse beim Vorsitzenden des Kollegiums beantragt werden. Das Kollegium hingegen behauptete, keine Akten zu führen. Die Akten über die Zusammenarbeit mit den Rechtsanwälten CBH verweigerte das hessische Ministerium ebenfalls. Angeblich arbeite man mit CBH nicht mehr zusammen. Dass CBH alle Prozesse für Hessen führt, sei dabei irrelevant.
53. Hessen verlangte weiterhin einen „Geheimwettbewerb“, so als ginge es um einen Preiswettbewerb. Die Bewerber monierten, dieses Verlangen habe keine rechtliche Grundlage und sei kontraproduktiv, weil sich Gefahren besser gemeinsam bekämpfen lassen. Die Behörde blieb uneinsichtig und antwortete:

*„Bezüglich meines Hinweises zu den von Ihrer Mandantin durch Antragseinreichung anerkannten Informationsmemorandums, in welchem der Geheimwettbewerb geregelt ist, sehe ich jedoch keine Veranlassung zu umfangreichen juristischen Diskussionen. Das hessische Ministerium des Innern und für Sport ist Herrin des Verfahrens. In dieser Eigenschaft wird ein Geheimwettbewerb durchgeführt. ... Die Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen habe ich aufgezeigt. Wenn Sie diese Rechtsauffassung nicht teilen, steht Ihnen der Rechtsweg offen.“*

54. Am 24.2.2014 beauftragte Hessen CBH, die zu erwartenden ca. 80 Gerichtsverfahren im Anschluss an die Ablehnungen zu führen. Vorgegangen war ein Interessenbekundungsverfahren vom 17.5.2013 (**Anlage 19a**). Darin wurde verlangt, dass die interessierte Kanzlei „keine aktuellen Mandate im Sportwettbereich“ hat und Wiesbaden innerhalb 1 h Reisezeit erreichen kann.
55. Damit schied CBH aus. CBH mit Sitz in Köln hat nämlich ausweislich der als **Anlage 20** beigefügten Übersicht weit über 100 Einzel-Mandate im Sportwettbereich. In allen Verfahren ist CBH von staatlichen Stellen beauftragt, das rechtswidrige Monopol gegen den freien Dienstleistungsverkehr zu verteidigen. Weil das Glücksspielkollegium und die Landeslotterieunternehmen aber unbedingt CBH als Vertreter Hessens gegen abgelehnte Bewerber haben wollten, änderte das Ministerium ausweislich der **Anlage 19b** („Korrekturbekanntmachung“) auf Weisung des Kollegiums die Anforderungen. CBH bekam denn auch diese Mandate.
56. Am 14.3.2014 lief die Frist im „Nachbesserungsverfahren“ ab. Erneut wurde das Memorandum geändert (Mail vom 9.4.2014, **Anlage 21**). Zur Präsentation der Konzepte wurden nicht alle Bewerber eingeladen, obwohl das VG Wiesbaden (Rn. 107 des Vorlagebeschlusses) klargestellt hatte, dass der Transparenzgrundsatz und der

Gleichheitssatz dies verlangen. Die Präsentation der Konzepte fand im Mai/Juni 2014 vor dem hessischen Ministerium ohne Erläuterung ihrer Bedeutung statt.

57. Am 17.7.2014 erhielten die verbliebenen Bewerber überraschend die Aufforderung, binnen einer Woche ihr „*abschließendes Sportwettprogramm*“ anhand neu formulierter Rahmenvorgaben einzureichen. Nach Protest (**Anlage 22**) verlängerte die Behörde die Frist und stellte klar, dass das Programm keine Bedeutung hat.
58. Ohne Vorankündigung erhielten von den verbliebenen 41 Bewerbern am 2.9.2014 diejenigen sechs Bewerber, die aus Sicht der deutschen Stellen die Mindestanforderungen nicht erfüllt haben, per Mail einen Ablehnungsbescheid sowie einen „Prüfvermerk“ (Beispiel: **Anlagenkonvolut 23a und 23b**). Die anderen Bewerber, die angeblich die Mindestanforderungen erfüllt haben, wurden unterteilt. Den ersten 20 Bewerbern wurde eine Konzession in Aussicht gestellt. Die anderen 15 bekamen zum Ablehnungsbescheid und zum Prüfvermerk eine „Vorabinformation“. Darin stand, an welche 20 Bewerber frühestens am 18.9.2014 eine Konzession vergeben wird und welcher Bewerber in der Rangliste besser liegt (**Anlage 24**).
59. Die Liste der „ersten 20“ überraschte. Es finden sich Unternehmen, die bisher keine Sportwetten anbieten oder im europäischen Markt keine spürbare Rolle spielen. Der größte Internetanbieter (bet365) befindet sich aber ebenso wenig unter den ersten 20 wie der größte stationäre Anbieter (Tipico ltd.). Nachvollziehbar ist diese Entscheidung nicht. Die grundsätzliche Aufrechterhaltung des Monopols und die Beschränkung auf wenige Konzessionen dienen angeblich dazu, im Rahmen eines Monopol-systems den „Schwarzmarkt“ (richtig: „*Graumarkt*“) zu bekämpfen. Wenn aber die Marktführer nicht in dieses System eingegliedert werden, sondern kleine Anbieter, wird der „*Graumarkt*“ verstärkt. Außerdem waren die marktführenden Unternehmen in 2013 noch unter den 14 Bewerbern, die zur Präsentation eingeladen wurden, weil sie angeblich zu 100 % („*perfekt*“) die Mindestanforderungen erfüllt hatten.
60. Für Unmut sorgte auch, dass das GU der staatlichen Lotterieuunternehmen (Ods GmbH) trotz fehlender Erlaubnisfähigkeit auf Rang drei stand. Wie das Vorlagegericht in Rn. 108 anspricht, ist dieses GU nicht erlaubnisfähig, weil es organisatorisch und gesellschaftsrechtlich mit Veranstaltern von Sportereignissen verbunden ist. Eine Akteneinsicht brachte dann das als **Anlage 25** beigefügte Protokoll der Sitzung des Kollegiums zu Tage, in der die Auswahlentscheidung getroffen wurde. Daraus folgt, dass den Bundesländern bewusst war, dass ihr staatliches GU nicht erlaubnisfähig ist und das Verfahren durch die Platzierung der Ods GmbH auf Rang drei durch Günstlingswirtschaft geprägt wird. Ein aufrechter Glücksspielreferent hatte beantragt, die Ods GmbH „*aus der Liste der ersten 20 positiv bewerteten Antragsteller herauszunehmen und wegen Verstoß gegen § 21 Abs. 3 GlüÄndStV abzulehnen*.“ Dieser Antrag war nach dem Wortlaut von § 21 Abs. 3 GlüÄndStV und der dazu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 24.11.2010, 8 C 13.09) zwingend.

61. Der Antrag auf Ausschluss der Ods GmbH wurde jedoch abgelehnt. Zwar stimmten nur sieben Referenten von 16 gegen den Antrag. Weil sich aber vier Referenten enthielten, blieb die Ods GmbH trotz fehlender Erlaubnisfähigkeit im Verfahren. Bemerkenswert ist, dass letztlich 13 von 16 Glücksspielreferenten der Auswahlentscheidung mit der nicht erlaubnisfähigen Ods GmbH auf Rang drei zugestimmt haben, obwohl fünf dieser 16 der Überzeugung sind, dass die Auswahlentscheidung schon wegen der Platzierung der Ods GmbH rechtswidrig ist.
62. Die 21 auf der zweiten Stufe abgelehnten Bewerber mussten nun überlegen, wie sie vermeiden, dass durch die für den 18.9.2014 avisierte Konzessionsvergabe vollendete Tatsachen geschaffen werden. Einen effektiven Rechtsschutz erschwerte dabei die Konstruktion der Auswahlentscheidung. Nach § 9a Abs. 8 GlüÄndStV entscheidet das Kollegium bindend für das hessische Ministerium. Rechtsschutz läuft deshalb weitgehend leer, weil die Auswahlentscheidung des Kollegiums aus Sicht der Gerichte nicht angreifbar ist. Wenn also die Ablehnung einer Bewerbung als rechtswidrig bestätigt wird, müsste das Ministerium die Auswahlentscheidung des Kollegiums aufgrund der Bindungswirkung dieses Beschlusses wiederholen, dürfte aber selbst keine unionsrechtskonforme Auswahlentscheidung treffen.
63. Trotz dieser Unsicherheiten, ergriffen alle 21 auf der zweiten Stufe abgelehnten Genehmigungswerber rechtliche Schritte. Für ausländische Bewerber ist zuständig in erster Instanz das VG Wiesbaden, für inländische Bewerber die Gerichte am Ort des jeweiligen Sitzes. Der Rechtsschutz ging in erster Linie auf Gleichbehandlung und zunächst dahin, vorläufig zu verhindern, dass die Konzessionen wie angekündigt am 18.9.2014 an die „ersten 20“ vergeben werden.
64. Am 12.9.2014 hat das VG Wiesbaden die ersten 20 Bewerber beigeladen (**Anlage 26**). Es hat außerdem Beweis durch Beiziehung der Akten aller Beigeladenen und der Antragstellerin erhoben über die Behauptung, dass das Prüfergebnis und die Auswahlentscheidung unter Verletzung des Gleichheitssatzes zu Stande kamen.
65. Schon am 2.9.2014 hatte CBH für das Ministerium bei allen Verwaltungsgerichten, die in Betracht kamen, eine *Schutzschrift* hinterlegt (**Anlage 27**). Damit beantragte CBH, eventuelle Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen. CBH hatte der Schutzschrift eine 68-seitige „*Verfahrensdokumentation*“ beigefügt, die bis dahin allen Bewerbern vorenthalten wurde. CBH meinte, Eilanträge seien vor Vergabe der Konzessionen weiterhin unzulässig. Der Auswahlentscheidung habe das Kollegium am 27.8.2014 zugestimmt. Nach der Stillhaltefrist von 15 Tagen sollen am 18.9.2014 die Konzessionen an die ersten 20 erteilt werden. Die Gründe hierfür ergäben sich aus Prüfvermerken, die an die ersten 20 versandt wurden.
66. In der *Verfahrensdokumentation* (dort Seite 40) räumt das hessische Ministerium selbst die Intransparenz des Verfahrens ein. Die deutschen Stellen hätten im Herbst 2013 festgestellt, dass es Bewerbern nicht einmal mit Hilfe des 599 Fragen- und Antworten umfassenden Katalogs und auch nicht mit zusätzlichen Erläuterungen



gelingen würde, die Erfüllung der Mindestanforderungen gegenüber dem hessischen Ministerium und dem Kollegium nachzuweisen. Entgegen der Sichtweise im Frühjahr 2013, demnach 14 Bewerber „perfekte“ Anträge eingereicht haben, hätten daher alle Bewerber die Mindestanforderungen verfehlt.

67. Das Hamburger Verwaltungsgericht lehnte in dem Verfahren einer Bewerberin mit Sitz in Hamburg am 17.9.2014 um 10:30 Uhr den Antrag ab, die Konzessionsvergabe zumindest bis zum 31.10.2014 zu stoppen (**Anlage 28**). Die Antragstellerin habe gewusst, dass nicht absehbar ist, ob die beantragte Konzession erteilt wird. Außerdem könne die Konzessionsvergabe später gerichtlich überprüft werden. Die Antragstellerin legte Beschwerde beim OVG Hamburg ein. CBH konterte mit dem als **Anlage 29** beigefügten Schriftsatz, es ginge der Antragstellerin darum, den Übergang in einen geregelten Sportwettmarkt so lange wie möglich zu unterbinden.
68. Am 17.9.2014 kurz vor 17:00 Uhr untersagte das VG Wiesbaden in einem der zahlreichen Eil-Verfahren dem hessischen Ministerium, für die Dauer des Eilverfahrens, Konzessionen zu vergeben (**Anlage 30**). Der Rechtsschutz nach Konzessionsvergabe sei weniger effektiv. Auch habe die Behörde dem Gericht und den Bewerbern bisher alle Akten verweigert. CBH ging in die Beschwerde zum VGH Kassel.
69. Durch Beschluss vom 22.9.2014 hob das OVG Hamburg die ablehnende Entscheidung des VG Hamburg auf und untersagte Hessen ebenfalls die Vergabe von Konzessionen bis zum 31.10.2014 (**Anlage 31**), um eine Aufteilung des Marktes in Inhaber von Konzessionen und abgelehnte Bewerber zu vermeiden. Der VGH Kassel lehnte die Beschwerde von CBH gegen den Beschluss des VG Wiesbaden durch Beschluss vom 7.10.2014 (**Anlage 32**) ab. Ohne Vorlage der Akten sei die Sache nicht entscheidungsreif. Rechtsschutz nach Konzessionsvergabe schütze die wirtschaftlichen Interessen der Bewerber nicht ausreichend. Die Konzessionsinhaber würden sonst den Markt unter sich aufteilen und so Wettbewerbsvorteile erzielen.
70. Zwischenzeitlich hatte die Behörde in Wiesbaden alle Konzessionsbewerber, die aus ihrer Sicht die Mindestanforderungen im zweiten Anlauf erfüllt hatten, per Mail aufgefordert, ihre Antragsunterlagen sowie Prüfvermerke und Nachforderungsschreiben zu schwärzen und an das Ministerium zu schicken. Akteneinsichtsgesuche in Antragsunterlagen, Prüfvermerke und Nachforderungsschreiben von Mitbewerbern wurden abgelehnt (Mail v. 14.10.2014, **Anlage 33**).
71. Der letzte Stand sieht wie folgt aus: Nachdem mehrere Beteiligte ein sogenanntes „In-Camera-Verfahren“ (§ 99 Abs. 2 VwGO) beantragt hatten, muss der VGH Kassel entscheiden, ob eine Verweigerung der Vorlage von Akten durch das hessische Ministerium vorliegt und ob diese rechtmäßig ist oder nicht. Während private Wettanbieter also weiterhin keine Möglichkeit für eine deutsche Erlaubnis haben, sind die staatlichen Wettanbieter auf der Grundlage des § 29 Abs. 1 GlüÄndStV nach wie vor als Monopolisten tätig - jedenfalls rechtlich gesehen.

## B. ZU DEN VORLAGEFRAGEN

### I. Zur ersten Vorlagefrage (1a - 1c)

72. Zu dem ersten Tatvorwurf stellt das vorlegende Gericht drei Fragen, die aufeinander aufbauen und eine weitere Frage zur Auslegung der Informationsrichtlinie.
73. Zunächst ist dem Vorlagegericht zuzustimmen, dass sich die Angeklagte als türkische Staatsangehörige auf Art. 56 AEUV und auf die unionsrechtlichen Grundsätze berufen kann. Andernfalls müsste jeder Dienstleistungsanbieter aus dem EU-Ausland im Empfangsstaat stets aufpassen, ob er eine Dienstleistung mithilfe eines EU-Bürgers erbringt oder nicht. Den Ausführungen des Bayerischen VGH, die das Vorlagegericht in Rn. 121 zitiert, ist daher zuzustimmen. Wir regen mit Blick auf BVerwG 8 C 13.09 an, dass der Gerichtshof insoweit eine Klarstellung vornimmt.

#### 1. Zur Vorlagefrage 1a)

74. Mit der ersten Vorlagefrage wird zunächst um Klarstellung gebeten, dass sich der Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten und der Grundsätze des Unionsrechts an *jede* staatliche Stelle richtet. Dieser Teil der Frage dient der Effektivität des Unionsrechts, weil sich die Staatsanwaltschaft weigert anzuerkennen, dass sich das Unionsrecht auch an die Strafverfolgungsbehörden und die übrige Exekutive adressiert. Insoweit drängt sich der Vergleich zu dem Sachverhalt auf, der dem Verfahren *Winner Wetten* zu Grunde lag. Auch dort teilte das vorlegende VG Köln nicht die Theorie des OVG Münster, demnach staatliche Stellen Artikel 56 AEUV suspendieren dürfen, wenn die Anwendung der Regelungen des Unionsrechts „*inakzeptable*“ sei. Das VG Köln legte vor, um eine effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten zu gewährleisten. Hätte das VG Köln Eil-Rechtsschutz ohne Vorlage gewährt, wäre dieser sofort durch das übergeordnete OVG Münster vereitelt worden.
75. So ist es auch hier. Würde das AG Sonthofen die Angeklagte ohne eine Entscheidung des Gerichtshofs freisprechen, würde die StA in Berufung gehen, weitere Anklagen erheben und dabei bleiben, dass Unionsrecht sie nicht bindet. Das verdeutlichen die Aussagen der Staatsanwaltschaft sowie die dritte Anklage. Weil viele weitere deutsche Stellen Schwierigkeiten mit der Bedeutung des Anwendungsvorrangs haben, sollte der Gerichtshof insoweit erneut klare Worte verwenden. Die Ausnahmen vom Anwendungsvorrang (vgl. *Karpenstein, Praxis des EU-Recht*, 2. Auflage, München 2013, Rn. 87 ff.) kommen vorliegend zweifellos nicht zum Tragen. Zwar hatte Richter am BVerfG *Paulus* in NJW 2011, 3686 f. gefordert, dass die nationalen Gerichte den Anwendungsvorrang „*übergangsweise*“ suspendieren dürfen, wenn sie „*Regelungslücken*“ sehen. Paulus erwartet vom EuGH „*etwas mehr Verständnis für die Gewaltenteilung in einem Mitgliedstaat*“ und verweist dazu auf die Bayern im Sportwetturteil eingeräumte verfassungsrechtliche Weitergeltungsermächtigung. Für diese Forderung kann es aber keine Legitimation geben, weil dies den *aquis communautaire* in Frage stellt.

76. Die Vorlagefrage 1a.) hat außerdem den Hintergrund, dass die deutschen Verwaltungsbehörden, die Staatsanwaltschaft und die oberen Verwaltungsgerichte aus der Unionsrechtswidrigkeit des Monopols nicht folgern, dass im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter und ihre Vermittler ohne deutsche Erlaubnis tätig sein dürfen. Behörden und Gerichte differenzieren dazu zwischen Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 GlüStV und dem an die deutschen Stellen in § 10 Abs. 5 GlüStV gerichteten Verbot, anderen als staatlichen Wettveranstaltern eine Erlaubnis zu erteilen. Zwar wird anerkannt, dass das Verbot, anderen als staatlichen Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, nicht gerechtfertigt sowie inkohärent ist. Dennoch meinen deutsche Stellen, so eine Richterin am AG Kempten, die StA Kempten, das LG Kempten, Lotto Bayern (also das bayerische Finanzministerium) sowie das bayerische Innenministerium, ein Verbot und/oder die Strafverfolgung der Wettvermittlung sei wegen des Fehlens einer deutschen Erlaubnis gerechtfertigt und kohärent.
77. Diese Auslegung und Anwendung des Unionsrechts ist falsch. Sie beruht schon auf der fehlerhaften Erwägung, das unionsrechtswidrige Sportwettmonopol finde sich lediglich in § 10 Abs. 5 GlüStV. § 10 Abs. 5 GlüStV enthielt aber nur das an deutsche staatliche Stellen - und nicht an private Wettanbieter - gerichtete Verbot, anderen als staatlichen Unternehmen eine Erlaubnis zu erteilen. Dieses Verbot greift isoliert überhaupt nicht in Rechte privater Wettanbieter ein. Können nur staatliche Wettanbieter eine Erlaubnis bekommen, behindert dies private Wettanbieter nur, wenn die Erlaubnis durch einen Erlaubnisvorbehalt wie in § 4 Abs. 1 GlüStV Voraussetzung für die Erbringung der Dienstleistung ist. Wird von dem „*Sportwettmonopol*“ gesprochen, ist also die Verknüpfung des Erlaubnisvorbehalts mit dem Verbot gemeint, anderen als staatlichen Unternehmen eine Erlaubnis zu erteilen. Das unionsrechtswidrige *Sportwettmonopol* besteht somit – wie auch das BVerwG in seinen drei Urteilen vom 24.11.2010 (Rn. 26 bzw. 30) klarstellt, aus § 4 Abs. 1 GlüStV **in Verbindung mit** § 10 Abs. 5 GlüStV.
78. Wie z.B. die in Rn. 47 der Vorlage erwähnten Gerichte zutreffend ausführen, hat der monopolistisch aufgebaute GlüStV bei Unanwendbarkeit des Monopols keinen Rest-Regelungsgehalt, der einem Wettvermittler entgegengehalten werden könnte. Die Regelung, die privaten Veranstaltern eine Betätigung ohne Erlaubnis verbietet und zugleich die Erlaubnis dem Staat vorbehält, ist faktisch eine bloße Verbotsnorm. Ist diese nicht gerechtfertigt und nicht kohärent, kann das Fehlen einer Erlaubnis die Negation der Dienstleistungsfreiheit nicht legitimieren.
79. Wie das vorliegende Gericht in Rn. 128 ausführt, ist der Erlaubnisvorbehalt ein zwingend notwendiges Element, um ein Monopol zu errichten. Ohne den Erlaubnisvorbehalt wäre die Veranstaltung von Sportwetten nicht bei staatlichen Anbietern monopolisiert, weil es ohne § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV nicht verboten ist, ohne deutsche Erlaubnis Sportwetten anzubieten. Ist demnach die die Grundfreiheiten beeinträchtigende Regelung der Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV und

nicht isoliert § 10 Abs. 5 GlüStV, erfasst die unionsrechtliche Unanwendbarkeit des Wettmonopols auch den Erlaubnisvorbehalt. Der Erlaubnisvorbehalt wurde im Rahmen des monopolistisch aufgebauten GlüStV zur Durchsetzung des von den Bundesländern gewollten Monopols geschaffen und regelt nicht alternativ den Fall, dass das Wettmonopol unanwendbar ist.

80. Daher dürfen Behörden oder Gerichte eine alternative Gesetzeslage auch nicht fingieren, um das Fehlen einer Erlaubnis weiterhin für die Negation des freien Dienstleistungsverkehrs heranzuziehen. Wie das vorliegende Gericht in Rn. 129 zutreffend ausführt, verlangen die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, dass sich der Einzelne *klaren* und *vorhersehbaren* Normen gegenüber sieht und nicht einer Verwaltungs- oder Gerichtspraxis, die ohne gesetzliche Grundlage und damit willkürlich ist. Im Rahmen der Gewaltenteilung ist es nicht Aufgabe der Behörden oder Gerichte, eine Alternative für die unionsrechtswidrige Gesetzeslage zu fingieren, die zu demselben Ergebnis führt. Es ist im Gegenteil Aufgabe der Behörden und Gerichte, für eine effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten zu sorgen.
81. Mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und den Grundsätzen, die der Gerichtshof für ein Genehmigungsverfahren bei Glücksspielen oder Sportwetten herausgearbeitet hat (vgl. zuletzt EFTA Gerichtshof, Rs. 24/13, Rn. 54 ff.), ist es nicht vereinbar, in Straf- oder Verbotungsverfahren ein Lizenzierungsmodell zu *fingieren*, um das angebliche Fehlen der „*Erlaubnisfähigkeit*“ in diesem fiktiven Modell zum Anlass für die Negation des freien Dienstleistungsverkehrs zu nehmen. Wie das vorliegende Gericht ausführt, wird mit dieser Praxis der freie Dienstleistungsverkehr ad absurdum geführt. Artikel 56 AEUV wird nämlich herangezogen, um den Staatsvorbehalt bei der Erlaubniserteilung **zum Nachteil privater Wettanbieter unangewendet** zu lassen. Diese deutsche Rechtspraxis kann nicht unionsrechtlich konform sein, weil sie die an den Staat gerichtete Verbotsnorm des Artikels 56 AEUV heranzieht, um die unionsrechtswidrige deutsche Gesetzeslage mit dem Ergebnis zu korrigieren, das rechtswidrige Monopol faktisch aufrechtzuerhalten.
82. Würden Behörden und Gerichte zutreffend davon ausgehen, dass ein Erlaubnisvorbehalt gesetzlich besteht, eine Erlaubnis aber für Wettveranstalter und deren Vermittler unionsrechtswidrig ausgeschlossen wird, müssten Behörden und Gerichte gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs von der Erlaubnisfreiheit der Wettveranstaltung und -vermittlung ausgehen. Der Gerichtshof hatte schon 1983 in der Rs. *Rienks* (5/83 Rn. 10, 11) klargestellt, dass keine Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängt werden dürfen, wenn die Erfüllung dieser Formalität unionsrechtswidrig abgelehnt, vereitelt oder übermäßig erschwert wird. Für Sportwetten hat der EuGH dies in zahlreichen Entscheidungen bestätigt (*Placanica*, Rn. 67 f.; *Markus Stoß* (Rn. 115); *Costa/Cifone* (Rn. 43)).
83. Die deutschen Behörden und Gerichte indes machen das Gegenteil. Sie stützen sich auf Artikel 56 AEUV, um die rechtswidrige Gesetzeslage um einen Teil zu bereini-

gen und dann das Fehlen einer Erlaubnis weiterhin zum Anlass für ein vollständiges Verbot zu nehmen. Die „Verdrängungswirkung“ (Karpstein, Praxis des EU-Rechts, 2. Auflage, Rn. 98) als Folge der Unionsrechtswidrigkeit darf aber nur zur „unverkürzten Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden (BVerwGE 87, 154, 158; ähnlich BVerfG NJW 2009, 2267, 2284 f.), nicht für die Durchsetzung einer unionsrechtswidrigen monopolistischen Rechtslage.

84. Der Erlaubnisvorbehalt hat also keine unabhängige Bedeutung. Auf die unionsrechtliche Rechtfertigung eines fiktiven isoliert betrachteten Erlaubnisvorbehalts kommt es daher nicht an. Der GlüStV wurde mit dem Erlaubnisvorbehalt und den Vermarktungsbeschränkungen geschaffen, um zu rechtfertigen, dass die Veranstaltung von Sportwetten bei staatlichen Unternehmen verbleibt. Private Wettanbieter sind durch den Erlaubnisvorbehalt und das verknüpfte Verbot, privaten Wettanbietern eine Erlaubnis zu erteilen, ausgeschlossen. Ist diese Regelung unanwendbar, kann die fehlende Erlaubnis nicht über Umwege zum Nachteil gereichen.
85. Die praktizierte These, der Erlaubnisvorbehalt könne isoliert von dem Verbot des § 10 Abs. 5 GlüStV als Eingriffsgrundlage herangezogen werden, übersieht außerdem, dass dazu im Rahmen eines monopolistischen Regimes keine Rechtfertigung bestehen kann. Der monopolistische Ausschluss privater Wettanbieter ist unanwendbar, weil der Staat damit illegitime Ziele verfolgt. Dann kann es auch weder gerechtfertigt noch kohärent sein, einem privaten Wettanbieter als reine Formalität eine Genehmigung abzuverlangen von der er nach der Gesetzeslage ausgeschlossen ist, damit der Staat seine fiskalische Zielsetzung verfolgen kann.
86. Außerdem liegt wie gesagt die Annahme fern, die Bundesländer hätten im GlüStV die unionsrechtliche Unvereinbarkeit des Monopols alternativ mitregeln wollen. Zutreffend sind die im Vorlagebeschluss zitierten Ausführungen des VG Köln im Urteil vom 24.3.2011. Danach ist  

*„der Erlaubnisvorbehalt Teil eines einheitlichen Regelungsziels und für die gewählte gesetzliche Regelung zwingend erforderlich. ... Eine Differenzierung zwischen Erlaubnisvorbehalt als "Allgemeiner Vorschrift" und der Monopolregelung als "Spezialvorschrift" ist nach systematischen Gesichtspunkten nicht gegeben. Diese Differenzierung fehlt dem Staatsvertrag auch.“*
87. Insoweit geht es nicht lediglich um die Auslegung des nationalen Rechts, sondern um die richtige Auslegung und Anwendung der unionsrechtlich gewährleisteten Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie um die Effektivität des freien Dienstleistungsverkehrs. Wie z.B. das VG Stuttgart in dem Urteil ausführt, das nach der Entscheidung *Markus Stoß u.a.* erging, muss der Gesetzgeber bei einem rechtswidrigen Monopol nicht von einem Lizenzierungsmodell ausgehen, schon gar nicht von einem Modell, das die an die Monopolträger gerichteten Vorgaben des monopolistischen Regimes übernimmt:

*„Für die Behauptung, dass bei einer hinsichtlich Sportwetten ausschließlich vorgesehenen Monopolstruktur - bei deren Unionsrechtswidrigkeit - gleichwohl ein Erlaubnisvorbehalt zum Tragen kommen müsse, ist nichts ersichtlich. Im Gegenteil erschiene die Annahme, bei konkreter Unzulässigkeit eines vom Normgeber gewollten Monopols verenge sich der Handlungsrahmen des nationalen Rechts aus unionsrechtlichen Gründen auf ein Lizenzierungsmodell, nicht gerechtfertigt. Denn die grundsätzliche Billigung einer Monopolstruktur in diesem Bereich durch den Europäischen Gerichtshof impliziert notwendig auch die Möglichkeit zu deren kohärenter Nachbesserung mit der Folge, dass Lizenzierungen für Private auf Dauer ausgeschlossen blieben. Damit bedarf es auch keiner Überlegungen dazu, ob und ggf. inwieweit die Klägerin - bei einer unterstellten Lizenzierungsmöglichkeit - materiellen Genehmigungsanforderungen genügen würde und wie diese ggf. zu bestimmen wären. Soweit der Beklagte davon ausgeht, solche materiellen Anforderungen ließen sich dem nur teilweise, nämlich um unionsrechtswidrige Teile „bereinigten“ Glücksspielstaatsvertrag entnehmen, ist das im Übrigen nicht richtig; vielmehr wäre hierfür eine (normative) Ergänzung des verbliebenen Regelungstorsos erforderlich, die aber im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung durch ein Gericht weder geleistet werden kann noch darf (vgl. zutreffend VG Halle, a.a.O., Rn. 196-201).“*

88. Die These der StA und des LG Kempten, die Wettvermittlung sei trotz gesetzlich ausgeschlossener Erlaubniserteilung strafbar, weil über die Verwaltungsgerichte eine Erlaubnis eingeklagt werden müsste, ist nach allem nicht vertretbar. Die deutschen Behörden müssen den Staatsvorbehalt in § 10 Abs. 5 GlüStV zwar unangewendet lassen, wenn ein Wettanbieter trotz des Fehlens eines Genehmigungsverfahrens für private Veranstalter eine Erlaubnis beantragt. In einem Verbotsverfahren aber dürfen Behörden nicht von sich aus das deutsche Recht (konkret § 10 Abs. 5 GlüStV) zum Nachteil des Einzelnen unangewendet lassen.
89. Einen weiteren wichtigen Aspekt spricht das Vorlagegericht in Rn. 137 an. Soweit die deutschen Stellen in einem fingierten Erlaubnisverfahren die „Erlaubnisfähigkeit“ anhand der Vorgaben prüfen, die für die Monopolträger und deren Vermittler gelten, ist dies widersinnig, weil das Monopol weder gerechtfertigt noch kohärent ist. Dann kann es nicht legitim sein, die Beschränkungen bei Sportwetten privaten Wettanbietern vorzuschreiben, die der Rechtfertigung des Monopols dienen sollen. Verfolgen die Monopolträger nicht *konsequent* die Bekämpfung von Suchtgefahren, kann es nicht verhältnismäßig sein, dies von privaten Wettanbietern zu verlangen.
90. Demnach ist auf Frage 1a) zu antworten, dass Artikel 56 AEUV staatlichen Stellen, insbesondere den Strafverfolgungsbehörden, unabhängig von der Praxis der Behörden bei einem eventuellen Erlaubnis Antrag verbietet, die Wettvermittlung an im EU-Ausland lizenzierte Wettveranstalter zu sanktionieren, wenn, wie nach dem GlüStV, die Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis verboten ist, eine Erlaubnis nach der Gesetzeslage aber nur staatliche oder staatlich beherrschte Unternehmen bekommen können.

91. Soweit das vorlegende Gericht in Rn. 140 anspricht, dass nach der Rechtsprechung des BVerwG vom Juni/Juli 2011 der Genehmigungsvorbehalt für eine Untersagung oder Sanktionierung nur bei Fehlen der „*Erlaubnisfähigkeit*“ als Eingriffsgrundlage herangezogen werden darf, andernfalls kämen Auflagen oder Nebenbestimmungen in Betracht, sollte der Gerichtshof klarstellen, dass auch diese Rechtsprechung nicht mit Unionsrecht vereinbar ist. Das Kriterium der (fiktiven) „*Erlaubnisfähigkeit*“ nach dem GlüStV und der Ausführungsgesetze kann in einem Regime, das auf die Verringerung der Gelegenheiten zum Wetten ausgerichtet ist und in welchem nur staatliche Anbieter *erlaubnisfähig* sind, keine Rolle spielen. Wird eine „*Erlaubnisfähigkeit*“ privater Wettanbieter nicht vom Gesetzgeber an (unionsrechtskonforme) Bedingungen geknüpft, die klar, bestimmbar und hinreichend vorhersehbar sind, sondern durch einen mit Gesetzeskraft in Landesrecht umgesetzten Staatsvertrag ausgeschlossen, ist Behörden und Gerichten durch Artikel 56 AEUV untersagt, zum Nachteil eines Dienstleistungserbringers die nationale Gesetzeslage unter Berufung auf Artikel 56 AEUV zu korrigieren. Ein unionsrechtskonformer Zustand kann nur durch eine Gesetzesänderung erfolgen.
92. Ein Erlaubnis-Regime, das wie der GlüStV und die Ausführungsgesetze der Länder auf ein staatliches Monopol ausgerichtet ist, beruht nicht auf „*objektiven Kriterien*“. Dies aber fordert Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, unter anderem in *Carmen Media* (Rn. 87) und *Engelmann* (Rn. 55). Das deutsche System beruht allein auf Kriterien, die auf die Monopolträger und deren Vermittler zugeschnitten sind, um den Ausschluss privater Wettanbieter zu legitimieren. Eine Rechtspraxis, die den Erlaubnisvorbehalt um das Verbot bereinigt, anderen als staatlichen Anbietern eine Veranstaltererlaubnis zu erteilen, verletzt auch die Rechtsprechung des EuGH, demnach Kriterien für eine Erlaubnis „*im Voraus*“ bekannt sein müssen (*Costa/Cifone*, Rn. 53ff.). „*Im Voraus bekannt*“ ist nur, dass die Wettveranstaltung oder -vermittlung ohne deutsche Erlaubnis verboten ist und eine Erlaubnis staatlichen Anbietern vorbehalten wird. *Im Voraus bekannt* ist aber nicht, was deutsche Behörden und Gerichte in einem Straf- oder Verbotsverfahren fingieren, wenn sie mit der Unanwendbarkeit des Monopols konfrontiert werden.
93. Die um den Staatsvorbehalt bereinigte Anwendung des Erlaubnisvorbehalts in der deutschen Behörden- und Gerichtspraxis erfüllt außerdem nicht die Vorgaben an die Transparenz. Für einen privaten Anbieter ist nirgends geregelt, welche konkreten Anforderungen er erfüllen müsste, um eine Erlaubnis zu bekommen, sollten ihm die Behörden das Verbot der Erlaubniserteilung an private Anbieter entgegen der klaren Rechtslage nicht entgegenhalten. Ein privater Anbieter weiß nicht einmal, an welche Behörde er sich in welchem der 16 Länder wenden müsste. Für die Erlaubniserteilung an private Wettveranstalter gab es vor dem GlüÄndStV keine Zuständigkeit, weil die Erlaubniserteilung an Private ausgeschlossen war.

## 2. Zur Vorlagefrage 1. b)

94. Die Frage 1b) konkretisiert die Frage 1a). Sie bezieht sich auf die Rechtsprechung der oberen deutschen Verwaltungsgerichte, die zur Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Monopols ein Erlaubnisverfahren *unterstellt*, das in einer Behördenpraxis bestehen soll, die nicht öffentlich bekannt ist. So meinte das LG Kempten, Frau Ince sei zuzumuten, eine Erlaubnis einzuklagen ohne eine gesetzliche Grundlage hierfür zu benennen. Diese These vertritt auch das BVerwG in den Urteilen vom 16.5.2013 und behauptet entgegen der Weisung des bayerischen Innenministeriums im Schreiben vom 27.9.2010 (Anlage 12), *„der Freistaat Bayern hat nämlich die Entscheidungen des Gerichtshofs vom 8. September 2010 zum Anlass genommen, das Erlaubnisverfahren nach Art. 2 BayAGGlüStV für private Anbieter und die Vermittler an diese zu öffnen. Entgegen der Auffassung der Klägerin bot diese Regelung in Verbindung mit den Vorschriften des GlüStV eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Durchführung eines Erlaubnisverfahrens. ... Der möglichen Rechtswidrigkeit des Sportwettmonopols war durch Nichtanwenden der Monopol- und monopolakzessorischen Regelungen Rechnung zu tragen. Die gesetzlich normierten materiell-rechtlichen Anforderungen an das Wettangebot und dessen Vermittlung ließen sich entsprechend auf das Angebot privater Wettunternehmer und dessen Vertrieb anwenden. Einzelheiten ... müssen nicht erörtert werden. Aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht genügt es, dass eine grundrechts- und grundfreiheitskonforme Anwendung der Vorschrift mit der Folge einer Erlaubniserteilung an private Anbieter und deren Vermittler möglich war.“* Dies gesagt, lässt das BVerwG die „Erlaubnisfähigkeit“ daran scheitern, dass die Einhaltung der ordnungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere des Jugend- und des Spielerschutzes „nicht offensichtlich“ sei (BVerwG, 8 C 16.12, Rn. 59).
95. Zwar bestehen Zweifel, ob Bayern ein Erlaubnisverfahren eröffnet hatte, ohne auf § 10 Abs. 5 GlüStV Bezug zu nehmen (vgl. dazu den Beschluss des BVerwG v. 12.3.2014 über den Tatbestandsberichtigungsantrag, 8 C 16.12). Das vorliegende Gericht bittet den Gerichtshof aber, die Auslegung des Unionsrechts auf der Grundlage vorzunehmen, dass die Behauptungen des BVerwG und des LG Kempten zutreffen und die Verwaltungspraxis dem Erlaubnisantrag eines Vermittlers oder Veranstalters entgegen der Weisung des Innenministeriums das Verbot des § 10 Abs. 5 GlüStV nicht entgegengehalten hätten.
96. Eine solche nicht kodifizierte Verwaltungspraxis hat unionsrechtlich keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit einer Strafverfolgung oder eines Verbots wegen des Fehlens einer Erlaubnis. Die Ausführungen des BVerwG in Rn. 58 der Entscheidung 8 C 16.12 hätten ohnehin nicht ohne Vorlage an den Gerichtshof getroffen werden dürfen. Die Rechtsprechung des EuGH, wie ein unionsrechtkonformes Genehmigungsverfahren bei Sportwetten ausgestaltet sein muss, steht der Rechtsprechung des BVerwG und des LG Kempten diametral entgegen. Der Gerichtshof hat den Mindeststandard für ein Erlaubnisverfahren und die damit einhergehenden Be-



schränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs in mehreren Urteilen, unter anderem in *Costa/Cifone*, ganz anders konkretisiert, als das BVerwG. Daher ist unverständlich, dass das BVerwG als letzte Instanz sowie das LG Kempten die Rechtsprechung des Gerichtshofs vollständig ausblenden.

97. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass das innerstaatliche Recht Verfahrensmodalitäten vorsehen muss, die den Schutz der Rechte der rechtswidrig von einer Erlaubnis ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer gewährleisten. Diese Verfahrensmodalitäten dürfen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als für entsprechende Sachverhalte innerstaatliche Art (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Placanica*, Rn. 63, *Costa/Cifone*, Rn. 51). Diese Voraussetzungen sind in dem vom LG Kempten und dem BVerwG unterstellten Fall eines behördlichen Erlaubnisverfahrens nicht erfüllt. Das deutsche Recht sah keine Verfahrensmodalitäten vor, um rechtswidrig ausgeschlossenen Wettanbietern eine Erlaubnis zukommen zu lassen. Das Verfahrensrecht unter dem GlüStV war ausschließlich auf die Monopolträger und auf deren Vermittler ausgerichtet. § 10 Abs. 5 GlüStV (und § 2 Abs. 2 des bayerischen Ausführungsgesetzes) schlossen die Erlaubniserteilung an nichtstaatliche Anbieter aus. Außerdem waren diese Regelungen (wenn auch nur scheinheilig) auf die Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet und nicht auf die Liberalisierung des Marktes durch die Erteilung von Erlaubnissen an private Wettanbieter.
98. Der Gerichtshof verlangt weiter einen „*angemessenen Grad an Öffentlichkeit*“ und *im Voraus bekannten Kriterien*, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden (*Costa/Cifone*, Rn. 55f.). Das vom LG Kempten im Ausgangsfall und vom BVerwG und dem Vorlagegericht unterstellte Erlaubnisverfahren (das sich nur auf Bayern erstreckte) hat diesen „*angemessenen Grad an Öffentlichkeit*“ nicht. Selbst wenn es eine Verwaltungspraxis gibt, die einem Erlaubnis Antrag, den ein Wettanbieter stellt, obwohl die Gesetzeslage die Erlaubniserteilung verbietet, führt dies nicht zu einem „*angemessenen Grad an Öffentlichkeit*“. „Öffentlich“ ist nur das Monopol. Die vom BVerwG unterstellte bayerische Verwaltungspraxis hingegen beschränkt sich auf den Einzelfall.
99. Der Gerichtshof hat weiter hervorgehoben, dass die Unvereinbarkeit des innerstaatlichen Rechts mit Unionsrecht nicht durch eine Gerichts- oder Verwaltungspraxis ausgeräumt werden kann. Dazu bedarf es nach der Rechtsprechung, die das Vorlagegericht in Rn. 129 nennt, des verbindlichen innerstaatlichen Rechts das denselben Rang wie die zu ändernden Bestimmungen hat (dazu OVG Münster, Urt. v. 29.11.2011, 4 A 17/04, Rn. 220 ff.). Die Nichtanwendung des Staatsvorbehalts durch die Verwaltung in einem Erlaubnisverfahren kann auch deshalb keinen unionsrechtskonformen Zustand bewirken.
100. Schon gar nicht kann – wie es die Behörden und Gerichte z. B. in den Verfahren tun, die in der Kommissionsbeschwerde in Anlage 6 beschrieben sind – das Inter-

netverbot über den Umweg einer fehlenden „Erlaubnisfähigkeit“ zum Anlass für die Negation des freien Dienstleistungsverkehrs genommen werden. Nicht nur richtet sich das Internetverbot nur an die Monopolträger zur Rechtfertigung des Monopols. Vielmehr wurde das Internetverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV aus der vom Kartellamt herbeigeführten fiskalischen Not heraus geboren, nicht zur Bekämpfung von Suchtgefahren. Die Bundesländer wollten sich dem geforderten Wettbewerb untereinander nicht aussetzen und stellten wegen des Ultimatums des BKartA ihr Angebot im Internet ein (Anlagen 8a und b). Mit dem GlüStV behaupten die Bundesländer dann lediglich, das Internetverbot sei eine Maßnahme der Bekämpfung von Suchtgefahren, um das Monopol zu legitimieren. CBH schreibt dazu in seinem Monopolkommentar zum GlüStV: *„Unter dem Aspekt der Vermeidung von Glücksspielsucht erschien es den Staatsvertragsgebern notwendig, den Vertriebsweg „Internet“ über den Sportwettbereich hinaus in Frage zu stellen.“* Das aber ist falsch. Der Internetvertrieb staatlicher Sportwetten wurde fiskalischen Zielen geopfert, weil sich die Bundesländer ansonsten gegenseitig hätten Wettbewerb machen müssen.

101. Der Umweg über die fehlende „Erlaubnisfähigkeit“ kann auch nicht mit anderen Bestimmungen des GlüStV erfolgen. So wurden auch die Regelungen in § 21 GlüStV über Art und Zuschnitt von erlaubnisfähigen Sportwetten nur für die Monopolträger und damit bei genauer Betrachtung **zum Schutz der ausgeschlossenen Anbieter** geschaffen. **Nur** für den Fall des Festhaltens am Monopol nämlich hatte das BVerfG 2006 für das staatliche monopolistische Wettangebot inhaltliche Kriterien betreffend Art und Zuschnitt der Sportwetten gefordert (BVerfG, 1 BvR 1054/01, Rn. 149 ff.). Die „Erlaubnisfähigkeit“ in einem unterstellten Erlaubnisverfahren, das von der Verwaltungspraxis eröffnet wird, darf daher nicht anhand der Beschränkungen beurteilt werden, die die Länder errichtet haben, um den monopolistischen Ausschluss privater Wettanbieter zu legitimieren. Die Beschränkungen des GlüStV, die in einem unterstellten Erlaubnisverfahren privaten Anbietern entgegengehalten werden, dienen dem Schutz der ausgeschlossenen privaten Anbieter vor einem fiskalisch ausgerichteten Monopol.
102. Diese Zielrichtung des GlüStV ist höchstrichterlich bestätigt und deshalb läuft es den Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit evident zuwider, wenn Behörden oder Gerichte über den Umweg einer von der Verwaltung eröffneten Erlaubnisverfahrens und die Prüfung der „Erlaubnisfähigkeit“ beschränkende Bestimmungen des GlüStV heranziehen, die das Monopol rechtfertigen sollen und nur die Monopolträger und deren Vermittler betreffen. Das BVerwG hat in mehreren Urteilen vom 24.11.2010 unmissverständlich und eindeutig ausgeführt, dass die Vermarktungsbeschränkungen und die Bestimmungen über Art und Zuschnitt zulässiger Sportwetten **nicht** die Grundrechtsausübung privater Sportwettanbieter oder -vermittler betreffen. Die Revisionsführer in den drei Verfahren 8 C 13.09, 14.09 und 15.09 hatten ausweislich der Rn. 30 in der Entscheidung 8 C 13.09 (und der Rn. 26 der beiden anderen Entscheidungen) gerügt, dass die gesetzlichen Vor-

gaben für die Wahrnehmung des Monopols nicht dem Parlamentsvorbehalt genügen, weil die wesentlichen Regelungen nicht vom Gesetzgeber getroffen wurden. Dazu hatte das BVerwG klargestellt, dass die für die Ausübung der Berufsfreiheit wesentlichen Regelungen **nicht** die Vermarktungsbeschränkungen und auch **nicht** die Bestimmungen über Art und Zuschnitt zulässiger Sportwetten sind, sondern § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 5 GlüStV, also das sog. Sportwettmonopol. Wörtlich schreibt das BVerwG zu § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 5 GlüStV: „*Diese Vorschriften schließen die Grundrechtsträger (und die Träger von Grundfreiheiten) von der Veranstaltung solcher Wetten aus ...*“. Dann bestätigt das BVerwG, dass die Bestimmungen über Art und Zuschnitt zulässiger Sportwetten und die Vorgaben für deren Vermarktung „**nur das Angebot der nicht grundrechtsfähigen staatlichen Monopolträger regeln.**“

103. Selbst wenn diese Auslegung des nationalen Rechts falsch wäre, was sie nicht ist, ließen sich in einem unterstellten Erlaubnisverfahren die Beschränkungen des GlüStV nicht als „Ersatz-Verbotsnormen“ zum Nachteil privater Anbieter heranziehen. Eine nationale Regelung, die nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem Schutz des privaten Wettanbieters vor einem Monopol dient, das nicht *konsequent* auf legitime Ziele ausgerichtet ist, kann nicht zugleich Eingriffsgrundlage für behördliche Verbote sein. Eine solche widersprüchliche Regelung und Verwaltungspraxis, die als Eingriffsgrundlage Regelungen heranzieht, die nach ihrem Sinn und Zweck, nach der Entstehungsgeschichte **und nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung** nur die Monopolträger betreffen und damit dem Schutz ausgeschlossener Wettanbieter vor einem Monopol dienen, das nicht konsequent legitime Ziele verfolgt, widerspricht den Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und wäre auch nicht *hinreichend vorhersehbar* im Sinne des Urteils in der Rs. C-445/05.
104. Somit ist auf Frage 1b) zu antworten, dass Art. 56 AEUV sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit einer Sanktion für die Wettvermittlung ohne deutsche Erlaubnis auch entgegenstehen, wenn staatliche Stellen in Verbots- oder Strafverfahren behaupten, das gesetzliche Verbot, privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, werde einem Erlaubnis Antrag nicht entgegengehalten.

### 3. Zur Frage 1. c)

105. Diese Frage betrifft konkret die bedenkliche Entwicklung der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung. Zwar hat das BVerwG 2013 dem Sportwettmonopol die Verfolgung illegitimer Zwecke bescheinigt (BVerwG, 8 C 17.12 u.a.). Andererseits meinen das BVerwG und ihm folgend deutsche Behörden und Gerichte, der Erlaubnisvorbehalt rechtfertige unionsrechtlich eine „*präventive*“ vollständige Untersagung bis zur Klärung der „*monopolunabhängigen*“ Erlaubnisvoraussetzungen. Anderes gelte nur, wenn für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung

„ohne weitere Prüfung“ erkennbar ist, dass der Wettanbieter alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt (BVerwG, Urt. v. 16.5.2013, 8 C 16.12 u.a.).

106. Die Entwicklung dieser - fernliegenden - Auslegung des Unionsrechts hat das Vorlagegericht geschildert (Vorlagebeschluss, Rn. 61 – 72). Analysiert man die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerwG seit den Urteilen vom 24.11.2010, drängt sich auf, dass der achte Senat beim BVerwG (ab 2011 unter neuem Vorsitz) unglücklich mit der Entwicklung gewesen ist, die sich nach den Urteilen 24.11.2010 und vom Juni/Juli 2011 bei den oberen Verwaltungsgerichten der Länder und den oberen Strafgerichten ergab. Das BVerwG hatte im November 2010 noch bestätigt, dass der Erlaubnisvorbehalt **in Verbindung** mit dem Verbot privaten Anbietern eine Erlaubnis zu erteilen, die rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Grundfreiheiten ist. Im Juni/Juli 2011 rückte das BVerwG hiervon aber ab und maß dem Erlaubnisvorbehalt eine isolierte Bedeutung bei. Die unteren Verwaltungsgerichte aber kamen anhand dieser Rechtsprechung zur Rechtswidrigkeit von auf das Monopol gestützten staatlichen Eingriffen. Sie nahmen einen nicht korrigierbaren Ermessensfehler an, weil Verbote und Sanktionen auf das Monopol und nicht auf das Fehlen einer Erlaubnis und die fehlende Erlaubnisfähigkeit gestützt wurden. Daraufhin meinte der 8. Senat beim BVerwG, er sei missverstanden worden. Eine Tätigkeit ohne Erlaubnis müsse nur dann nicht verboten werden, wenn für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung ohne weitere Prüfung erkennbar, also „offensichtlich“ sei, dass alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt sind. Zweifel rechtfertigen hingegen ein Einschreiten.
107. Diese Auslegung des Unionsrechts durch das BVerwG in den Urteilen vom 16.5.2013 ist nicht vertretbar. Anders als das BVerwG meint, folgt auch nicht aus dem Urteil C-186/11, dass ein „präventives“ dauerhaftes Verbot der Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten jederzeit legitim und – so die Rechtsprechung des BVerwG – auch Pflicht der Behörden ist, „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). Der Gerichtshof hat in C-186/11 lediglich ausgeführt, dass eine über mehrere Jahre geltende Erlaubnis für Sportwetten und Glücksspiele nicht zwingend an private Anbieter erteilt werden muss, wenn das staatliche Monopol nicht gerechtfertigt oder inkohärent ist. Der Gerichtshof kam aber nicht auf den Gedanken, während eines unionsrechtswidrigen monopolistischen Regelungsregimes dürfe „präventiv“ ein vollständiges Verbot erlassen und vollzogen werden, „um eine Klärung im Erlaubnisverfahren zu sichern“.
108. Die Rechtsprechung des BVerwG widerspricht elementar Artikel 56 AEUV. Diese Norm verbietet den Mitgliedstaaten grundsätzlich Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und legt ihnen die Darlegungs- und Beweislast für die zwingende Erforderlichkeit und die Kohärenz beschränkender Maßnahmen auf. Ein

„präventives Verbot“, wie es das BVerwG ohne Vorlage an den EuGH als unionsrechtlich zulässig und sogar zwingend in den Raum stellt, kann bei Dienstleistungen, die seit Jahrhunderten bekannt sind und seit Jahrzehnten durch den Staat omnipräsent an jeder Ecke angeboten werden, niemals legitimiert sein. Die Sichtweise des BVerwG stellt vielmehr die Grundfreiheiten ebenso auf den Kopf, wie die gesamte Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Sportwetten oder Glücksspiele aber auch im Bereich ganz anderer Dienstleistungen.

109. Der Gerichtshof hat mit seiner Aussage in den Rn. 46 ff. in C-186/11, ein Mitgliedstaat sei nicht zu einer Liberalisierung gezwungen, sondern könne auch das bestehende Monopol reformieren, nicht der Dienstleistungsfreiheit eine Absage erteilt. Er hat nur ausgeführt, dass aus der Unanwendbarkeit eines Wettmonopols kein Anspruch auf eine sofortige Erlaubnis folgt, die dann für ein unionsrechtskonform reformiertes Monopol gilt. Der Gerichtshof hat aber nicht gesagt, bis zum Ende der Prüfung der Erlaubnisansträge der vor den griechischen Gerichten klagenden Wettanbieter dürften jene Wettanbieter wegen der fehlenden griechischen Erlaubnis „präventiv“ verboten und Sanktionen belegt werden. Eine solche Interpretation der Rs. C-186/11 ist vor dem Hintergrund fernliegend, dass der Gerichtshof eine Übergangszeit für die Anwendung des unionsrechtlich nicht gerechtfertigten griechischen Monopols in Rn. 38 verneint.
110. Auch wenn die Unionsrechtswidrigkeit eines Monopols (oder eines Oligopols) nicht zur sofortigen Pflicht führt, Erlaubnisse an alle Interessenten für Glücksspiele oder Sportwetten zu erteilen, die mehrere Jahre gültig sind, kann ein „präventives“ vollständiges Verbot im Bereich der Sportwetten niemals mit der Erwägung gerechtfertigt werden, die Untersagung und/oder (strafrechtliche) Sanktion sei notwendig, um die Klärung im Erlaubnisverfahren „zu sichern“ (??) und um zu verhindern, dass durch unerlaubte Tätigkeit „vollendete Tatsachen geschaffen und ungeprüfte Gefahren“ verwirklicht werden. Erwägungen, wie sie das BVerwG als Vorfrage zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse anstellt und die von Behörden und den oberen Gerichten dankbar aufgegriffen werden (OVG Münster, Urt. v. 25.2.2014, 13 A 3027/11 u.a.), haben im Bereich der Sportwetten, in dem der (deutsche) Staat seit Jahrzehnten selbst tätig und die Tätigkeiten privater Wettanbieter kennt, kontrolliert und überwacht, keine Legitimation. Das Argument, eine Dienstleistung müsse präventiv verboten werden, damit keine „vollendeten Tatsachen geschaffen“ oder „ungeprüfte Gefahren“ verwirklicht werden, ist eine nichtssagende Floskel, die - ließe man sie zu - den Binnenmarkt aushebelt und die Grundfreiheiten leerlaufen lässt.
111. Als besonders problematisch erweist sich die Auslegung des Unionsrechts durch das BVerwG im Zusammenhang mit der aktuellen Rechtslage, die (theoretisch) eine Erlaubnis für einige private Wettveranstalter zulässt. Die Anforderungen an eine Konzession sind nicht nur intransparent, widersprüchlich und komplex, sondern auch extrem geheim. Weder die Bewerber noch die Erlaubnisbehörde können die

„Erlaubnisfähigkeit“ eines Wettveranstalters beurteilen. Die für die Erlaubnisse zuständigen Stellen meinten im November 2014 sogar, kein Bewerber habe „prüffähige“ Unterlagen abgegeben und räumen in ihrer Verfahrensdokumentation selbst ein, dass trotz der Möglichkeit zur Erläuterung der Bewerbungsunterlagen und eines 600 Fragen und Antworten umfassenden Kataloges niemand in der Lage ist, die Mindestanforderungen für eine Konzession zu erfüllen.

112. Würde man nunmehr das Unionsrecht mit dem BVerwG dahin auslegen, dass die fehlende „*Offensichtlichkeit*“ der Erlaubnisfähigkeit die präventive Negation der Grundfreiheiten legitimiert, wäre der Willkür Tür und Tor noch weiter geöffnet. Ein Wettvermittler wie die Angeklagte im Ausgangsverfahren kann unmöglich gegenüber einer Untersagungsbehörde darlegen, dass ihr Dienstleistungsangebot „*offensichtlich*“ alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt, wenn dies auch aus Sicht der Erlaubnisstelle mit allen Dokumenten nicht einmal einem Wettveranstalter möglich ist. Die aktuelle Rechtsprechung des BVerwG ist deshalb nichts weiter als ein vollständiges Dienstleistungsverbot im Bereich der Sportwetten und geradezu ein Aufruf an deutsche Behörden und Gerichte, das unstrittig unionsrechtswidrige Monopol – nunmehr gekleidet in ein „präventives Verbot zur Sicherung der Prüfung der Erlaubnisfähigkeit“ – fortzusetzen.
113. Richtig ist, dass die „*offensichtliche Erlaubnisfähigkeit*“, an die die Rechtspraxis anknüpft, überhaupt kein Kriterium des Unionsrechts zur Rechtfertigung von Eingriffen in Artikel 56 AEUV ist.
114. Das gilt auch für den GlüÄndStV. Unter dem GlüÄndStV sind die Anforderungen für die „Erlaubnisfähigkeit“ eines Wettveranstalters zwar theoretisch erfüllbar. Sie sind aber derart kompliziert, widersprüchlich und wechselhaft und vor allem streng geheim, dass eine „*offensichtliche Erlaubnisfähigkeit*“ ausgeschlossen ist. Die Untersagungsbehörden, auf die das BVerwG abstellt, kennen die Anforderungen an eine Konzession ebenso wenig wie die Bewerbungen von Wettveranstaltern. Nur CBH, das Kollegium und das hessische Ministerium kennen alle Erlaubnisanforderungen und alle Bewerbungen. Wenn dennoch – aus Sicht des BVerwG – die Untersagungsbehörde die „*offensichtliche Erlaubnisfähigkeit*“ beurteilen soll, um im Anwendungsbereich des Artikels 56 AEUV von einer vollständigen Untersagung abzusehen, ist dies eine bemerkenswert abwegige Auslegung des Unionsrechts.
115. Das gilt erst recht für die Angeklagte als Vermittler. Die Erlaubnis für einen Vermittler verlangte unter dem GlüStV eine Genehmigung für den Veranstalter und unter dem GlüÄndStV eine „Konzession“ des Veranstalters. Die Angeklagte müsste also – um von der Strafverfolgung verschont zu bleiben – gegenüber der Untersagungsbehörde und der Staatsanwaltschaft zunächst darlegen, ihr im EU-Ausland ansässiger Vertragspartner „*offensichtlich erlaubnisfähig*“ ist. Weil aber schon die Konzessionsanforderungen sowie natürlich auch die Bewerbung streng geheim zu halten sind, scheitert dieser Nachweis zwingend anhand der staatlichen Vorgaben

der Bundesländer. Die Rechtsprechung des BVerwG bedeutet also auf jeder Ebene faktisch ein Totalverbot in einem anderen Gewand. Niemand kann jemals die Hürden dieser Rechtsprechung nehmen. Bei der Untersagungsbehörde bleiben zwingend „*Unklarheiten oder Zweifel*“ an der Erfüllung aller materiellen Erlaubnisvoraussetzungen und damit ist nach der Rechtsprechung des BVerwG immer ein „präventives“ vollständiges Verbot unionsrechtlich gerechtfertigt.

116. Wie diese Umgehung aktuell beispielhaft aussieht, wird aus dem Schreiben der Bezirksregierung Düsseldorf vom 30.9.2014 in **Anlage 34** deutlich. Der dortigen Klägerin wird das Fehlen einer Erlaubnis vorgeworfen, weil das (sonstige) Angebot „*offensichtlich nicht erlaubnisfähig*“ sei. Mit diesem Verständnis der Dienstleistungsfreiheit haben es die staatlichen Stellen in der Hand, das ungerechtfertigte Monopol dauerhaft aufrecht zu erhalten, ohne dessen Rechtfertigung und Kohärenz zu belegen. Die Erlaubnisbehörde muss lediglich – wie erfolgt – die Erlaubnisanforderungen geheim halten und Erlaubnisse verweigern. Die Staatsanwaltschaft und die Untersagungsbehörden behaupten dann lediglich „*Zweifel oder Unklarheiten*“ an der Erfüllung aller Erlaubnisvoraussetzungen, um mit Dauerwirkung ein „präventives“ Verbot auszusprechen oder die Vermittlung zu sanktionieren. Die floskelhafte Erwägung des BVerwG, die präventive 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), verfängt als Rechtfertigung nicht.
117. Nachdem die deutschen Behörden und Gerichte der restriktiven Rechtsprechung des BVerwG folgen (OVG Münster, Urt. v. 25.2.2014, 13 A 2018/11; 13 A 2522/11; 13 A 1037/12; 13 A 3027/11) liegt es nahe, dass die Behauptung der deutschen Stellen vom 14.11.2013, kein Bewerber habe die Anforderungen für eine Konzession in „*prüffähiger Form*“ nachgewiesen, darauf abzielte, die Rechtsprechung des BVerwG zu nutzen, um das Monopol zu verfestigen. Mit der Behauptung, es gäbe keine „*prüffähigen*“ Bewerbungen, können nämlich Behörden und Gerichte stets „präventiv“ private Wettvermittler als Wettbewerber der staatlichen Anbieter ausschalten, weil deren „*Erlaubnisfähigkeit*“ nicht offensichtlich ist.
118. Nach allem ist auf die Frage 1c) zu antworten, dass das Unionsrecht ebenso wie das Urteil C-186/11 einer Verwaltungs- und Gerichtspraxis entgegenstehen, die das Fehlen einer deutschen Erlaubnis nur dann nicht zum Anlass für eine als „präventiv“ bezeichnete dauerhafte Untersagung nimmt, wenn für die Untersagungsbehörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung offensichtlich, d.h. ohne weitere Prüfung erkennbar ist, dass die Vermittlungstätigkeit alle materiellen Erlaubnisvoraussetzungen, abgesehen von dem monopolistischen Staatsvorbehalt, erfüllt.

#### 4. Zur zweiten Frage des vorlegenden Gerichts

119. Mit Frage Nr. 2 bittet das AG Sonthofen um die richtige Auslegung der Informationsrichtlinie. Im Ausgangsfall galt der herangezogene GlüStV im Tatzeitpunkt nicht mehr. Es galt lediglich das Ausführungsgesetz vom 20.12.2007. In § 10 Abs. 2 war geregelt, dass der GlüStV bis zum Inkrafttreten eines neuen Staatsvertrages als Landesgesetz in Kraft bleibt. Dieses Gesetz wurde nicht notifiziert.
120. Das LG Bremen hatte aus diesem Versäumnis in einem Parallelfall die Schlussfolgerung gezogen, dass die bremische Gesetzeslage mit dem Inhalt des GlüStV nicht anwendbar ist. Die maßgebliche Passage jenes Urteils vom 10.5.2012 hat das Vorlagegericht in Rn. 42 zitiert. Jene Ausführungen überzeugen.
121. Die Gegenansicht des OLG Bremen ist evident falsch. Die Notifizierungspflicht eines notifizierungspflichtigen Gesetzes kann nicht entfallen, weil ein Teil des Inhaltes des Gesetzes theoretisch auch auf einem anderen Weg, im Ausgangsfall durch eine Verlängerung des Staatsvertrages durch Mehrheitsbeschluss der Chefs der Vertragspartner, hätte erfolgen können. Tatsache ist, dass die Ministerpräsidenten die Möglichkeit in § 28 Abs. 1 GlüStV, mit mindestens 13 Stimmen das Fortgelten des Staatsvertrages unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Evaluation zu beschließen, nicht wahrgenommen haben.

#### 5. Zu Frage Nr. 3a)

122. Der dritte Fragenkomplex bezieht sich auf den zweiten Tatvorwurf, der sich auf einen Zeitraum erstreckt, in dem theoretisch nach dem GlüÄndStV eine Vermittlungserlaubnis erhältlich gewesen wäre. Diese hätte allerdings eine Veranstaltererlaubnis („Konzession“ genannt) voraussetzt. Der österreichische Veranstalter, an den die Angeklagte vermittelt, hat am Konzessionsverfahren teilgenommen. Er wurde durch Bescheid vom 2.9.2014 abgelehnt, weil angeblich über 20 Bewerber mehr Punkte in dem Konzept-Wettbewerb eingefahren haben sollen. Da jener österreichische Veranstalter eine Bergergemeinschaft mit einem Unternehmen mit Sitz in Hamburg bildet, hat er um Rechtsschutz vor dem VG Hamburg ersucht. Das VG Hamburg hatte am 17.9.2014 einen „Hängebeschluss“ zur vorläufigen Aussetzung der für den 18.9.2014 angekündigten Konzessionsvergabe an die „ersten 20“ abgelehnt (Anlage 28). Dieser Beschluss wurde vom OVG Hamburg aufgehoben. Dann hat das VG Hamburg durch Beschluss vom 31.10.2014 auf erneuten Antrag die Konzessionsstelle verpflichtet, vorläufig keine Konzessionen zu vergeben, weil nicht abschätzbar sei, ob die Auswahlentscheidung rechtmäßig war.
123. Mit der unter 3a) gestellten Frage möchte das vorlegende Gericht vor dem Hintergrund des – vorsichtig ausgedrückt – *unglücklich* gelaufenen Konzessionsverfahrens wissen, ob das Fehlen einer Vermittlungserlaubnis sanktioniert werden darf, wenn zwar theoretisch eine Konzession für die Wettveranstaltung und damit theoretisch auch eine Erlaubnis für die Vermittlung möglich ist, das Genehmigungsver-



fahren und in jenem Zusammenhang geführte Rechtsstreitigkeiten aber von den Rechtsanwälten betrieben werden, die seit Jahren für die Bundesländer und deren Lotterieurunternehmen das unionsrechtswidrige Sportwettmonopol verteidigen. Das vorliegende Gericht spricht die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs an, demnach ein Erlaubnisvorbehalt und ein Erlaubnisverfahren im Bereich der Sportwetten als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht gerechtfertigt ist, wenn die „Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle“ besteht (*Costa/Cifone*, Rn. 73, 78; vgl. auch C-368/10, Rn 144).

124. Aus diesseitiger sowie aus objektiver Sicht liegen im Ausgangsfall nicht nur die *Gefahr* von Günstlingswirtschaft oder die *Gefahr* von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle auf der Hand, weil CBH das Genehmigungsverfahren „*rechtlich beratend*“ begleitet und für die Genehmigungsstelle „*Vorschläge formuliert*“, wie die Erlaubnisstelle die Tätigkeit von CBH beschrieben hat. Vielmehr dürfte feststehen, dass sich die Gefahr von Günstlingswirtschaft und die Gefahr einer willkürlichen Entscheidung der Vergabestelle im Genehmigungsverfahren schon verwirklicht haben.
125. So wurden unter anderem der Marktführer im stationären Vertrieb von Sportwetten und der Marktführer im Bereich des Internetvertriebs im Genehmigungsverfahren abgelehnt, während sich unter den ersten 20 zahlreiche unbedeutende Wettanbieter oder gar Unternehmen befinden, die noch nie Sportwetten angeboten haben. Die staatliche Ods GmbH hingegen, die ausweislich des Protokolls in Anlage 25 nach § 21 Abs. 3 GlüÄndStV nicht genehmigungsfähig ist und daher hätte abgelehnt werden müssen, befindet sich auf dem dritten Platz.
126. Welche Bedeutung die Günstlingswirtschaft für das fiskalisch ausgerichtete GU der Lotterieurunternehmen im Verfahren hat, wird auch dadurch deutlich, dass ein Rechtsanwalt von CBH an der Sitzung des Glücksspielkollegiums Ende August 2014 über die Auswahlentscheidung teilgenommen hat. Darum hatte das Kollegium ausweislich des Protokolls seiner 21. Sitzung gebeten. Es liegt nahe, dass das Glücksspielkollegium (wenn auch nicht einmal mit einfacher Mehrheit) auf Anfrage von CBH als jahrelanger Vertreter der Interessen der staatlichen Lotterieurunternehmen beschlossen hatte, das nicht genehmigungsfähige GU der Lotterieurunternehmen im Verfahren zu belassen. Für dieses GU, das ausweislich der Anlage 2 die Marktführerschaft in Deutschland anstrebt, musste das Glücksspielkollegium – beraten durch CBH – dann auch dafür sorgen, dass die Marktführer Tipico (stationärer Bereich) und bet 365 (Internetvertrieb) verdrängt werden. Diese Marktführer sowie weitere namhafte Wettanbieter haben wohl deshalb nicht genügend Punkte bekommen, um unter den ersten 20 zu sein.
127. Die Einschaltung von CBH führt auch deshalb zur Günstlingswirtschaft in Form der faktischen Aufrechterhaltung des staatlichen Monopols, weil CBH dazu vertraglich und gesetzlich verpflichtet ist. CBH hat ausweislich der (keineswegs vollständigen)

Übersicht in Anlage 20 in mehreren hundert Mandaten vor Verwaltungsgerichten, Zivilgerichten in Landesparlamenten und vor anderen Institutionen für die Lotterieuunternehmen der Länder rechtlich und sachlich unzutreffend das Wettmonopol (und das Lotteriemonopol) verteidigt. CBH hat sogar vor dem Gerichtshof wider besseres Wissen behauptet, mit dem Monopol würden legitime Ziele des Gemeinwohls verfolgt. Wenn nunmehr ausgerechnet CBH das Genehmigungsverfahren für Sportwetten – das im Rahmen des Monopols als vorübergehende Lockerung des Monopols, nicht aber als Liberalisierung des Marktes – stattfindet, ausgestaltet und begleitet, steht dies einem objektiven und willkürfreien Genehmigungsverfahren entgegen.

128. CBH hat gar keine andere Wahl, als das Monopol aufrecht zu erhalten und zu verhindern, dass ein privater Wettbewerber der Lotterieuunternehmen in einem wirtschaftlich vertretbaren Kontext eine Erlaubnis oder Konzession erhält. Denn mit der Erlaubniserteilung würde ein empfindlicher Rechtsverlust für die staatlichen Lotterieuunternehmen und deren Gesellschafter, die Bundesländer, einhergehen. Wie das Vorlagegericht in Rn. 167 anspricht, darf CBH aber als laufend von den Bundesländern mit der Bewahrung des Monopols mandatiert, nach § 1 Abs. 3 der Berufsordnung für Rechtsanwälte („BORA“) keine Mandate ausführen, die zu einem Rechtsverlust der eigenen Mandanten führen könnten. CBH darf an einer objektiven und unionsrechtskonformen Genehmigungsvergabe also gar nicht mitwirken. Denn dies würde mit einem Rechtsverlust ihrer Mandanten einhergehen und könnte berufsrechtliche Verfahren, sogar bis zu dem Vorwurf des Parteiverrats, nach sich ziehen.
129. Bei den in Anlage 20 aufgelisteten Mandaten, in denen CBH für die Bundesländer das rechtswidrige Monopol verteidigt, geht es um Wettbewerbsverfahren, mit denen CBH für die Landeslotterieuunternehmen die Ausschaltung privater Wettanbieter verfolgt, wie z.B. im Ausgangsverfahren der Rechtssache C-136/13 (*Digibet*). Es geht außerdem um die anwaltliche Vertretung von Bundesländern und deren Untergliederungen bei Untersagungsverfügungen gegen private Wettanbieter. Auch betreibt CBH die Abwehr von Schadensersatzverlangen privater Wettanbieter wegen der Anwendung des unionsrechtswidrigen Monopols für die Bundesländer und deren Untergliederungen. Nicht zuletzt berät – wie der EGBA im Schreiben vom 28.9.2012 darlegt (Anlage 10) – CBH auch die Landesparlamente dahingehend fehlerhaft, dass die Grundfreiheiten im Bereich der Wetten nicht gelten würden.
130. Letztlich liegt die Annahme nahe, dass CBH das Konzessionsverfahren derart intransparent ausgestaltet hat, dass – wie geschehen – die Gerichte die Vergabe von Erlaubnissen an die ersten 20 Bewerber stoppen mussten. Folge dessen ist nämlich, dass die staatlichen Lotterieuunternehmen dank der Übergangregelung des § 29 Abs. 1 GlüÄndStV weiter monopolistisch agieren können. Wie das vorliegende Gericht ausführt, muss CBH es als seine Berufspflicht verstehen, das Monopol der staatlichen Lotterieuunternehmen zu verteidigen. CBH übernahm daher als Vertreter

der staatlichen Lotterieu Unternehmen nicht nur bei der Ausgestaltung des Verfahrens die Oberhand, sondern auch auf der ersten Stufe. Ausweislich der Bekanntmachung vom 8.8.2012 (Anlage 9a) war CBH die *offizielle Kontaktstelle* für Bewerber, Poststelle. Formulare für die Bewerbung gab es nicht bei einer Behörde, sondern unter der E-Mail-Adresse [sportwettkonzession@CBH.de](mailto:sportwettkonzession@CBH.de). Schon allein dies musste ein objektives Gericht zum Anlass nehmen, das Konzessionsverfahren auf Antrag abgelehnter Bewerber sofort zu stoppen und damit das Monopol zu verfestigen.

131. Die Selbstdarstellung von CBH im Magazin „JUVE“ lautete zwar: *„Hessen vergibt mit CBH Sportwetten-Konzessionen.“* Weil Hessen aber zur Durchsetzung des Monopols jahrelang mit CBH gegen private Wettveranstalter auf Unterlassung und Schadensersatz geklagt hatte (vgl. nur BGH I ZR 92/09, Urt. v. 28.9.2011) und weil die staatlichen Anbieter ohne das Monopol im Wettbewerb nicht bestehen können, nahm niemand an, das Genehmigungsverfahren würde ohne Günstlingswirtschaft und ohne willkürliche Entscheidungen ablaufen. Nachdem seit 2010 überdies bekannt ist, dass der GlüÄndStV auf einer durch die Länder und deren Berater in ihren Kernaussagen manipulierten Studie beruht, was dem EuGH durch das als **Anlage 35** beigefügte Schreiben vom 21.6.2010 mitgeteilt wurde, liegt die Annahme fern, das Konzessionsverfahren sei frei von der *Gefahr* der Günstlingswirtschaft und frei von der *Gefahr* willkürlicher Entscheidungen.
132. Wir schlagen daher vor, das Unionsrecht dahin auszulegen, dass die Wettvermittlung an nicht staatliche oder staatlich beherrschte Wettveranstalter nicht beschränkt werden darf, wenn das Erlaubnisverfahren von derjenigen Rechtsanwaltskanzlei begleitet wird, die für die Monopolträger und deren Gesellschafter das rechtswidrige Sportwettmonopol gegenüber dem freien Dienstleistungsverkehr verteidigen oder verteidigt haben.

## 6. Zur Frage 3b)

133. Diese Frage zielt auf den Umstand ab, dass das Erlaubnisverfahren faktisch als Geheimnis ausgestaltet wurde, so als ginge es um einen Preiswettbewerb in einem sensiblen Bereich. Die Anforderungen für eine Genehmigung (so genannte „Mindestanforderungen“) ergeben sich nur rudimentär aus dem GlüÄndStV. Alle Einzelheiten ergaben sich erst aus über 700 Fragen und Antworten sowie aus E-Mails, die nur diejenigen bekamen, die erste Stufe bewältigt hatten. Indessen sprach nichts dagegen, ein Erlaubnisverfahren als öffentlich zugängliches Gesetz oder als Verordnung auszugestalten. Das wäre unionsrechtlich nach dem Transparenzgrundsatz sogar zwingend gewesen. Der Gerichtshof führt in ständiger Rechtsprechung aus, dass *„alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Basis sämtlicher relevanter Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können müssen, und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle auszuschließen ist. Der Transparenzgrundsatz verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, so*

*das zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genau Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen kann, und zum anderen dem Ermessen der Konzession erteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden“* (zuletzt EFTA Gerichtshof, 24/13, Rn. 55).

134. Die vom Vorlagegericht und in diesem Schriftsatz dargelegten Umstände des Konzessionsverfahrens erfüllen diese Kriterien nicht. Die konkreten Bedingungen und Modalitäten des Verfahrens wurden das erste Mal mit der E-Mail vom 24.10.2012 und den zahlreichen Anhängen formuliert, also als die Bewerbungsfrist abgelaufen war. Wären diese Bedingungen, die sich auch mehrfach geändert haben, vor dem Verfahrensbeginn bekannt gewesen, wäre nicht nur der Kreis der Bewerber ein ganz anderer geworden. Vielmehr hätten auch die Kommission und die Gerichte ihre Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten anders wahrnehmen und rechtzeitig intervenieren können.
135. Die Frage 3b) lässt sich deshalb mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Transparenzgrundsatz dahin beantworten, dass die Wettvermittlung an einen nicht mit einer deutschen Genehmigung versehenen Wettveranstalter weder behindert noch sanktioniert oder gar untersagt werden darf, wenn Fristen für die Bewerbung um eine Genehmigung ablaufen, bevor sämtliche relevanten Informationen für eine Veranstaltergenehmigung ungehindert öffentlich zugänglich sind.

### **7. Zur Vorlagefrage 3c.)**

136. Diese Vorlagefrage bezieht sich auf das widersprüchliche Verhalten des hessischen Ministeriums und des Glücksspielkollegiums. Beide hatten 2013 zunächst 14 Bewerbungen als „perfekt“ und als 100-prozentige Erfüllung der Mindestanforderungen bezeichnet. Ein halbes Jahr später galt dies nichts mehr. Nachdem das VG Wiesbaden mit Beschluss vom 30.4.2013 (5 L 90/13) klargestellt hatte, dass die Nichteinladung der übrigen Bewerber den Transparenzgrundsatz verletzt, hat das Ministerium auf Weisung des Kollegiums und auf Rat von CBH die falsche Behauptung aufgestellt, kein Bewerber habe die Erfüllung der Mindestanforderungen in „prüffähiger“ Form nachgewiesen (Vorlagebeschluss Rn. 120).
137. Ein Erlaubnisverfahren kann kaum als *transparent, klar, bestimmt* und in seinen Auswirkungen *voraussehbar* bewertet werden, wenn die Genehmigungsstelle zunächst 14 Bewerbungen als „perfekt“ und als 100-prozentige Erfüllung der Mindestanforderungen bezeichnet und später behauptet, kein Bewerber habe die Mindestanforderungen in „prüffähiger“ Form nachgewiesen. Diese Verletzung des Transparenzgebots räumt die hessische Behörde in ihrer Verfahrensdokumentation auf Seite 40 auch ein (Anlage CBH 1 zur Schutzschrift vom 2.9.2014, Anlage 27). Dort heißt es, im Laufe des Jahres 2013 sei festgestellt worden, dass es den Bewerbern nicht gelingen würde, anhand des umfangreichen Fragen-Antworten-Kataloges

die Mindestanforderungen zu erfüllen, und zwar nicht einmal mit den zusätzlichen Erläuterungen, die die Bewerber ihren Unterlagen beifügen durften.

138. Nimmt man hinzu, dass auch die Anforderungen W2 und W3 – um nur ein Beispiel zu nennen – die oben in Rn. 94 angesprochen sind, keinerlei Sinn machen, weil als Ausgaben, die durch Eigenmittel bzw. durch das sog. „Working Capital“ im Jahr 2014 nachweislich gedeckt sein müssen, die Wettsteuer und die Provisionen für Wettvermittler angesetzt werden müssen ohne dass Einnahmen gegengerechnet werden dürfen, kann von einem transparenten Verfahren mit *bestimmbaren, klaren* und *vorhersehbaren* Anforderungen nicht gesprochen werden. Nicht zuletzt die Fragen- und Antworten-Kataloge, die Geheimhaltungspflicht und die oft nicht beantworteten E-Mails an die Konzessionsstelle verdeutlichen das Gegenteil.
139. Auf die Frage 3c.) sollte daher geantwortet werden, dass das Unionsrecht der Sanktionierung oder Untersagung der Vermittlung von Wetten an einen Veranstalter ohne deutsche Erlaubnis entgegensteht, wenn die Behörden zunächst 14 Bewerbungen als perfekt beurteilen, später aber alle Bewerbungen als ungeeignet zur Erfüllung der Mindestanforderungen ansehen.

#### **8. Zur Vorlagefrage 3d.)**

140. Mit dieser Vorlagefrage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob eine Sanktion oder das Verbot der Vermittlung von Sportwetten auf das Fehlen einer deutschen Erlaubnis gestützt werden kann, obwohl an dem Genehmigungsverfahren ein GU der staatlichen Lotterieuunternehmen beteiligt ist, das nach den nationalen Erlaubnisvoraussetzungen keine Erlaubnis bekommen darf. Das Vorlagegericht stellt insbesondere die Frage, ob sich hierdurch die Gefahr von Günstlingswirtschaft in einem Ausmaß konkretisiert hat, dass dem Verfahren die unionsrechtliche Legitimation fehlt und deshalb das Fehlen einer Erlaubnis weder sanktioniert noch – und sei es über den Umweg der fehlenden Erlaubnisfähigkeit – zum Anlass für Verbote oder Beschränkungen genommen werden darf.
141. Durch das Sitzungsprotokoll über die Auswahlentscheidung des Kollegiums (Anlage 25) wird deutlich, dass auch aus Sicht mehrerer Vertreter der Bundesländer das GU der Lotterieuunternehmen nicht an dem Genehmigungsverfahren hätte teilnehmen dürfen. Fünf Referenten stimmten dafür, die Ods GmbH auszuschließen. Wenn am 27.8.2014 dennoch 13 von 16 Glücksspielreferenten der Auswahlentscheidung mit der Ods GmbH an dritter Position zugestimmt haben, spricht dies nicht nur eindeutig für die Gefahr der Günstlingswirtschaft, sondern ist für einige Vertreter eventuell unter dem Gesichtspunkt der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) strafrechtlich relevant. Die Glücksspielreferenten sind nämlich Amtswalter und Adressaten des § 339 StGB. An der fehlenden Genehmigungsfähigkeit der Ods GmbH bestehen auch aus ihrer Sicht keine Zweifel, zumal das BVerwG im Urteil vom 24.11.2010 (8 C 13.09) die herausragende Bedeutung des Trennungsgebotes hervorgehoben

hatte. Die Ods GmbH kann sich als staatliches Unternehmen auch nicht auf Artikel 56 AEUV berufen, um die Anwendung des Trennungsgebotes auszuschließen.

142. Die Entscheidung der Glücksspielreferenten, die Ods GmbH auf Rang drei zu platzieren, anstatt sie auszuschließen, ist daher geeignet, das Vertrauen in die Objektivität und Willkürfreiheit der deutschen Stellen zu zerstören. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die grundsätzliche Aufrechterhaltung des Monopols in dem GlüÄndStV und die nur im Ansatz – und bisher auch nur theoretisch – mögliche kurzzeitige Öffnung für private Wettanbieter mit der angeblichen Notwendigkeit der Bekämpfung von Suchtgefahren begründet wird. Dieser Zielsetzung sowie der Annahme eines Verfahrens ohne Günstlingswirtschaft steht es entgegen, wenn das fiskalisch ausgerichtete GU der Lotterieunternehmen, das die Marktführerschaft bei Sportwetten anstrebt (Anlage 2), trotz fehlender Genehmigungsfähigkeit auf einen Medaillenplatz gehoben wird, während die größten Wettbewerber Tipico und bet 365 vom Kreis der Konzessionsanwärter ausgeschlossen werden.
143. Daher regen wir als Antwort auf die Frage 3d.) an, dass das Unionsrecht einer Beschränkung oder strafrechtlichen Sanktionierung der Vermittlung von Sportwetten an einen nicht nach deutschem Recht genehmigten Wettveranstalter entgegensteht, wenn das staatlich beherrschte Wettunternehmen, das am Erlaubnisverfahren teilnimmt, nicht ausgeschlossen wird, obwohl es organisatorisch und gesellschaftsrechtlich mit Veranstaltern von Sportereignissen verbunden und deshalb nach nationalem Recht nicht genehmigungsfähig ist.

### **9. Zur Vorlagefrage 3e.)**

144. Diese Frage wurde gestellt, weil die strafrechtliche Sanktion unverhältnismäßig sein könnte, wenn für eine Erlaubnis zunächst eine Veranstaltererlaubnis erlangt werden muss, hierfür aber unter anderem nachgewiesen werden muss, dass die erforderlichen Mittel für die Veranstaltung des beabsichtigten (konzessionierten) Sportwettangebots „rechtmäßiger Herkunft“ sind.
145. Dem vorliegenden Gericht ist zuzustimmen, dass (auch) diese „*nicht verhandelbare*“ Mindestanforderung weder hinreichend bestimmt noch klar und auch in ihren Auswirkungen nicht vorhersehbar ist. Das Verfahren kann schon deshalb nicht als transparent und nicht als unionsrechtskonform bezeichnet werden. Das Fehlen einer Erlaubnis oder die Nichteinhaltung aller Anforderungen für ein konzessioniertes Wettangebot dürfen der Angeklagten daher nicht vorgeworfen werden. Die über die Genehmigung entscheidenden staatlichen Stellen bzw. ihre Rechtsanwälte können mit diesem unklaren Kriterium willkürlich missliebige Genehmigungsbewerber ausschließen.
146. Zum einen kann ein Wettanbieter niemals wissen, welche Mittel für ein konzessioniertes Wettangebot erforderlich sind. Seine Angaben können immer willkürlich als fehlerhaft beurteilt werden; auch im Nachhinein mit der Folge der Entziehung der

Konzession. Zum anderen ist der im Jahre 2012/2013 verlangte Nachweis unmöglich, dass zukünftig benötigte Mittel „*rechtmäßiger Herkunft*“ sind. Außerdem widerspricht es dem Grundsatz der Unschuldsvermutung, von einem Gewerbetreibenden den Nachweis zu verlangen, dass zukünftig eingesetzte Mittel rechtmäßiger Herkunft sind. Die Behörde kann außerdem immer behaupten, die eingesetzten Mittel würden aus Dienstleistungen im Bereich der Sportwetten stammen, die zwar im Schutzbereich des Unionsrechts, aber unter Verletzung des deutschen Rechts erwirtschaftet wurden.

147. Wie das vorliegende Gericht ausführt, könnte dies sogar die Absicht der Genehmigungsstellen sein. Denn Hessen hatte in der Antwort zu Frage 453 (Anlage 17) klargestellt, dass eine Verletzung des Rechts im Bereich der Sportwetten oder Glücksspiele im EU-Ausland dazu führt, dass „*erhebliche Zweifel an der rechtmäßigen Herkunft der für die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele erforderlichen Mittel bestehen*“. Daraus muss jeder Bewerber folgern, dass auch jede Tätigkeit im Bereich der Glücksspiele oder Wetten in Deutschland – die zwingend ohne deutsche Erlaubnis und daher aus Sicht der deutschen Stellen „illegal“ erfolgt – zum Anlass genommen wird, die Erfüllung aller Mindestanforderung abzulehnen. Damit könnte das unionsrechtswidrige Monopol über einen Umweg im Genehmigungsverfahren zum Anlass genommen werden, unliebsame Wettbewerber der staatlichen Lotterieunternehmen auszuschließen.
148. Wir schlagen deshalb vor, das Unionsrecht dahin auszulegen, dass es der Sanktionierung, Untersagung oder Beschränkung der Wettvermittlung an einen nicht nach deutschem Recht genehmigten Wettveranstalter entgegensteht, wenn eine Erlaubnis für die Wettveranstaltung von dem Nachweis der rechtmäßigen Herkunft der für die Veranstaltung des beabsichtigten Wettangebots erforderlichen Mittel abhängt.

#### **10. Zur Frage 3 f.)**

149. Diese Frage wird gestellt, weil der GlüÄndStV keine unionsrechtskonforme Regelung für den – vorhersehbaren – Fall enthält, dass das Erlaubnisverfahren nicht innerhalb weniger Wochen zu der Möglichkeit führt, dass die Angeklagte eine Erlaubnis nach deutschem Recht bekommen könnte. Bei genauer Betrachtung drängt sich auf, dass das von CBH gestaltete Verfahren keine legitime Ziele (genannt wird nur die „Bekämpfung des Schwarzmarktes“) verfolgt, sondern den Einwand ausschalten soll, dass das Fehlen einer Erlaubnis, die (rechtswidrig) staatlichen Anbietern vorbehalten ist, nicht sanktioniert werden darf. Dies wird durch die das Monopol faktisch erhaltende Regelung in § 29 Abs. 1 S. 3 GlüÄndStV bestätigt. Die Frist von einem Jahr, in der die staatlichen Anbieter ohne Konzession an ihrem fiskalischen Wettangebot festhalten dürfen, hat in Ermangelung der Erteilung einer Konzession nicht einmal begonnen.

150. Das Monopol wird dank der Ausgestaltung und Durchführung des Verfahrens auch weiter bestehen. Die von abgelehnten Bewerbern angerufenen Gerichte konnten nicht anders, als das Verfahren zu stoppen, um eine Spaltung des Marktes zu vermeiden. Die Gerichtsverfahren werden vor Ende Juni 2019 – dem Ende der theoretisch möglichen vorsichtigen Ausnahme vom Monopol (§ 10a Abs. 1 GlüStV) – nicht abgeschlossen sein. Das rechtswidrige Monopol besteht also fort, wobei die Beschränkungen staatlicher Sportwetten gegenüber dem GlüStV gelockert wurden und die staatlichen Anbieter die Beschränkungen ohnehin beliebig missachten. Private Wettanbieter wie die Angeklagte hingegen werden ausgeschaltet; entweder wegen fehlender Erlaubnis, wegen fehlender „Erlaubnisfähigkeit“ oder wegen der Nichteinhaltung der Beschränkungen im GlüÄndStV, die geschaffen wurden, um das Monopol bzw. das theoretisch mögliche Oligopol und den damit einhergehenden Ausschluss der meisten privaten Wettanbieter zu legitimieren.
151. Diese Bevorzugung staatlicher Anbieter ist nicht gerechtfertigt. Das Argument des BVerwG, eine „präventive“ Untersagung und Strafverfolgung sei notwendig, um die Klärung der Erlaubnisvoraussetzungen im Erlaubnisverfahren zu sichern und um zu verhindern, dass durch unerlaubte Tätigkeiten vollendete Tatsachen geschaffen werden, legitimiert diese Bevorzugung nicht. Das Festhalten der Bundesländer am Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten ohne deutsche Erlaubnis im GlüÄndStV, der für die Dauer des Konzessionsverfahrens keine die Effektivität des freien Dienstleistungsverkehrs berücksichtigende Regelung vorsieht, ist damit unverhältnismäßig. Der Gerichtshof hatte in C-186/11 zwar klargestellt, dass aus der Unionsrechtswidrigkeit eines staatlichen Monopols nicht der Anspruch auf eine dauerhafte Genehmigung für Sportwetten oder Glücksspiele folgt. Das heißt aber nicht im Umkehrschluss, dass Sanktionen in einer Situation, wie sie das vorliegende Gericht beschreibt, gerechtfertigt und kohärent sind.
152. Wir schlagen daher vor, auf Frage 3f) zu antworten, dass das Unionsrecht einer Beschränkung oder Sanktionierung der Wettvermittlung an einen nicht genehmigten Veranstalter im Schutzbereich des freien Dienstleistungsverkehrs entgegensteht, wenn die staatlichen Stellen von der Möglichkeit der Vergabe einer Erlaubnis (Konzession) für die Wettveranstaltung keinen Gebrauch machen, gleichzeitig aber die staatlichen Anbieter ohne die von privaten Wettveranstaltern verlangte Konzession tätig sein dürfen.