

Forum-Gewerberecht | Spielrecht | EuGH präzisiert Anforderungen bei Vergabe
glücksspielrechtlicher Erlaubnisse und Konzessionen

Autor	Beitrag
-------	---------

Autor	Beitrag
räubertochter 28.06.2017 08:30	Zum EuGH Urteil vom 22.6.2017 in der Rechtssache C-49/16 (Unibet) Der Gerichtshof hat mit Urteil vom 22.6.2017 die Anforderungen an Beschränkungen des Glücksspiels präzisiert. Die Länder und Kommunen sollten sich auch dieses Urteil genau ansehen, bevor sie nationale Beschränkungen anwenden. C390/12 Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass Art. 56 AEUV „die Abschaffung aller Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verlangt, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende“ wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten, wenn die Tätigkeit „weniger attraktiv gemacht werden könnte.“ Jeder Konzessionsvorbehalt muss sich an den Verbotsnormen der Artikel 49 und Art. 56 AEUV messen lassen. „33. Der Gerichtshof hat insoweit bereits entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften, die die Veranstaltung von Glücksspielen ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbieten, eine Beschränkung des in Art. 56 AEUV verbürgten freien Dienstleistungsverkehrs darstellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. April 2014, Pfleger u. a., C-390/12, EU:C:2014:281, Rn. 39 und die dort angeführte RC390/12rechtsprechung). Im Klartext: Ein Konzessions- oder ein Erlaubnisvorbehalt ist durch Art. 56 AEUV erst einmal verboten. Diese unmittelbar anwendbare Verbotsnorm ist, genauso wie das Verbot, den freien Warenverkehr zu behindern, für die Europäische Union elementar. Artikel 49 und 56 AEUV spielen daher seit 15 Jahren im glücksspielrechtlichen Bereich des online-Casino und der Sportwetten die tragende Rolle und überlagern den glücksspielrechtlichen Konzessionsvorbehalt des Staatsvertrages für Sportwetten und für online-Casino. Dasselbe gilt in dem binnenmarktrelevanten Bereich der Spielhallen. Dennoch wird diese höherrangige Verbotsnorm von Amtswaltern permanent ignoriert. Das führt nicht nur zur Haftung der Kommune, sondern auch zur Haftung des Amtswalters selbst, den die Kommune bei grober Fahrlässigkeit in Regress nehmen muss. Auch kann die Ignoranz gegenüber den höherrangigen Verbotsnormen der Artikel 49 und 56 AEUV strafrechtlich relevant sein. Nach § 339 StGB wird „ein Amtsträger, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.“ Die Beugung des Rechts ist ein Verbrechen. Keine Bewährung. Die Bearbeitung und Entscheidung in einem glücksspielrechtlichen Erlaubnis- oder Konzessionsverfahren kann als „Entscheidung in einer Rechtssache“ im Sinne von § 339 StGB verstanden werden. Der Amtswalter hat eine besondere Verantwortung gegenüber der Rechtsordnung und ist in einem förmlich ausgestalteten Verfahren zu ihrer Durchsetzung berufen. Der BGH hat erst jüngst klargestellt, dass Täter einer Rechtsbeugung – dem Wortlaut des § 339 StGB entsprechend – ohne Weiteres Mitarbeiter der Verwaltung sein können, z.B. wenn sie rechtfehlerhaft Bußgelder verhängen (BGH, Urt. v. 27.1.2016, 5 StR 328/15). Zwar könnten eine Beschränkung bzw. eine Missachtung des freien Dienstleistungsverkehrs ausnahmsweise durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls gerechtfertigt werden. Die Rechtfertigung obliegt jedoch den Behörden und kann ihnen weder vom Gesetzgeber noch von den Gerichten abgenommen werden. Wie der Gerichtshof zuletzt in der Rechtssache C-685/15 (dazu https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164982.html) hervorgehoben hat, müsste der handelnde Amtswalter darlegen und beweisen, dass alle Voraussetzungen für den von der Behörde ausgehenden Verstoß gegen die höherrangige Verbotsnorm vorliegen. Das kann er nicht und das versucht er nicht einmal.

Autor	Beitrag
	Insbesondere müsste der jeweilige Amtswalter in jedem Einzelfall darlegen und beweisen, dass die von ihm ausgehende Beschränkung und die eingesetzten Mittel systematisch und kohärent sind. Dabei ist eine bundesweite Betrachtung erforderlich, wie zuletzt der VGH Kassel in seiner Entscheidung vom 29.5.2017 (https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/164588.html) klargestellt hat. Dementsprechend führt der Gerichtshof in seinem jüngsten Urteil aus: „Aus einer ständigen Rechtsprechung folgt jedoch, dass von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen und dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn die eingesetzten Mittel kohärent und systematisch sind (Urteile vom 6. März 2007, Placanica u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rn. 48 und 53, sowie vom 16. Februar 2012, Costa und Cifone, C-72/10 und C-77/10, EU:C:2012:80, Rn. 63).“ Sind die im Bereich der Spielhallen eingesetzten Mittel „kohärent und systematisch“? Hat die Systematik und Kohärenz jemals ein Amtswalter überhaupt versucht darzulegen und nachzuweisen, wenn er zur Ausübung der Grundfreiheiten von Unternehmern verlangt, dass sie sich selbst zum „Härtefall“ herabwürdigen? Klares Nein! Noch nie wurde von einem Amtswalter berichtet, der dargelegt und nachgewiesen hätte, dass die zwangsweise Schließung einer Spielhalle oder die Entwürdigung zum Härtefall oder die Reduktion von 12 auf acht Geräte in Berlin/Hamburg oder auf 48 Geräte in Bayern trotz der ubiquitären Verfügbarkeit Hunderter Geldspielgeräte in Spielbanken und Tausender online-Angebote etc. Ausdruck systematisch und kohärent eingesetzter Mittel sei. Amtswalter agieren rein willkürlich! Und sie wissen es. Tausende von online-Casinos bleiben unbehelligt, die staatlichen Lotterieunternehmen bieten an jeder Ecke Glücksspiele an und werben notorisch anreizend und ermunternd in allen Medien, um ihre Einnahmen zu maximieren. Die Spielbanken karren mit Bussen Kunden heran und die Lotto-Werbung prangt auf jedem Bus und poppt in jedem Medium auf. In den Rn. 41-43 im Urteil vom 22.6.2017 konkretisiert der Gerichtshof zusammenfassend die Voraussetzungen des EU-Rechts, damit ein System von vorher erforderlichen Konzessionen oder Erlaubnissen trotz des Verstoßes gegen die Art. 49 und 56 AEUV ausnahmsweise legitimiert ist. Keine dieser Voraussetzungen für einen anwendbaren Konzessions- oder Erlaubnisvorbehalt, Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssten, um den glücksspielrechtlichen Konzessionsvorbehalt zu legitimieren, wird in Deutschland eingehalten. Der Gerichtshof betont in Rn. 43, dass der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass beschränkende Regelungen mit nachteiligen Folgen für den Einzelnen „klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen vorhersehbar sein müssen.“ Jeder aufrechte Amtswalter wird bestätigen, dass die Anforderungen an eine deutsche Konzession weder klar noch bestimmt sind. Schon gar nicht ist das Ganze in seinen Auswirkungen vorhersehbar, nicht für den Amtswalter und schon gar nicht für den Wirtschaftsteilnehmer und schon überhaupt nicht für potentiell Interessierte aus dem EU-Ausland, die sich nirgendwo einen transparenten Überblick verschaffen können, wo wann und warum welcher Standort für eine oder mehrere Spielhallen in Betracht kommt. Weder kann der aktuelle noch der potentielle Spielhallenbetreiber vorhersehen, ob und wann er eine Konzession bekommt, noch kann er deren Voraussetzungen vorhersehen und schon gar nicht kann er vorhersehen, welche Auswirkungen es hat, dass die Behörden nicht in der Lage oder nicht gewillt sind, ein transparentes

Autor	Beitrag
	Verfahren durchzuführen. Die Behörden selbst wissen ja nicht einmal, was sie wie und wann tun wollen oder sollen. Sie warten seit Jahr und Tag auf Eingebungen, von oben oder von Gerichten. In NRW streiten sogar Landesregierung und Oberverwaltungsgericht, welche Fristen gelten. Macht aber die Verwaltung – wie seit Jahr und Tag im Rahmen des GlüÄndStV – ihr Vorgehen davon abhängig, ob und wie die Gerichte meinen, dass die Verwaltung tätig werden müsste, kann nicht von einer „klaren, bestimmten und in ihren Auswirkungen vorhersehbaren“ Rechtslage gesprochen werden. In Niedersachsen ist alles denkbar unklar, denkbar unbestimmt und denkbar willkürlich. In Niedersachsen tauchen 4 Jahre, 11 Monate und 2 Wochen nach Inkrafttreten des GlüÄndStV sog. „Weisungen“ des weissen Wirtschaftsministeriums auf, die die Unklarheiten einräumen. Ok, man räumt ein, man hat sich von Anfang an rechtlich grob verschätzt! Die Beschränkungen im Staatsvertrag sollen deshalb nur zum Teil vollzogen werden. Ein Teilvollzug? Will Niedersachsen dennoch eine systematische und kohärente Regulierung behaupten. Wollen das Ministerium und die Kommunen gar von systematisch und kohärent eingesetzten Mitteln sprechen, obwohl das Ministerium diese Systematik und Kohärenz selbst zerlegt und einen Teilvollzug verlangt? Die niedersächsischen Kommunen werden hier offensiv vom Ministerium in die Staatshaftung gedrängt. Eine Regulierung und Behördenpraxis kann niemals systematisch und kohärent sein, wenn sie nur zur Hälfte vollzogen wird, weil die andere Hälfte – was „sogar“ das Ministerium zugesteht – wegen der Verletzung des unionsrechtlichen Transparenzgebotes nicht angewendet werden darf. Unklar und unbestimmt sowie in seinen Auswirkungen nicht vorhersehbar ist auch das janusköpfige Ungetüm mit Namen „Härtefall“. Wie konnte das Phantom „Härtefall“ in einen sog. Rechtsstaat Bestandteil eines Konzessionsverfahrens werden, das transparent und in seinen Auswirkungen vorhersehbar hätte ausgestaltet und durchgeführt werden müssen? Allenfalls in den Sternen steht geschrieben, was ein „Härtefall“ ist und welche Auswirkungen er hat. Daher ist die Behauptung absurd, ein Genehmigungs- oder ein Konzessionsverfahren, bei welchem die Berechtigung zur Ausübung einer Dienstleistung (u.a.) von einem „Härtefall“ abhängt, sei klar, bestimmt und in seinen Auswirkungen vorhersehbar. Weiter stellt der Gerichtshof in Rn. 41 des Urteils vom 22.6.2017 klar, dass ein System der vorherigen Konzession oder Erlaubnis für Glücksspiele „auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen muss, die im Voraus bekannt sind, so dass dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern.“ Niemand wird ernsthaft behaupten, diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die glücksspielrechtliche Konzession nach § 24 GlüÄndStV und nach Landesrecht wird in keiner Kommune aufgrund objektiver und nicht diskriminierender Kriterien vergeben, die allesamt im Voraus – d.h. vor dem Beginn des Genehmigungsverfahrens – festgelegt wurden und bekannt gemacht worden sind. Siehe Niedersachsen. Das Ministerium will lt. Osnabrücker Zeitung zwar „Mehrfach-Spielhallen“ zerschlagen, Minister Olaf Lies räumt aber selbst ein, dass eine systematische und kohärente Regulierung und Behördenpraxis nicht besteht und die Stadt Osnabrück räumt ein, dass sie auf eine letztinstanzliche „Klärung“ der Kriterien für die Konzessionsvergabe oder –Verweigerung wartet. Wäre es in dieser Konstellation nicht dreist, von objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien zu sprechen, die – sowohl den Wirtschaftsteilnehmern als auch der Behörde – „im Voraus bekannt sind“? Klares Nein! Kriterien für ein Genehmigungs- oder Konzessionsverfahren, deren Inhalt die Verwaltung lediglich hofft, in gerichtlichen Verfahren „klären“, das heißt selbst begreifen zu können, können niemals „im Voraus bekannt“ sein. Sonst bräuhete die Verwaltung keine gerichtliche „Klärung“. Müssen erst die Gerichte den Inhalt der Kriterien „klären“ sind der Verwaltung mithin auch keine hinreichenden Grenzen gesetzt, die eine missbräuchliche Ausübung ihrer Befugnisse verhindern.

Autor	Beitrag
	Die unionsrechtswidrige Diskriminierung ist offenkundig und massiv. Sie beginnt damit, dass Betreiber, die eine gewerberechtliche Erlaubnis erst nach einem Treffen der 16 Regierungschefs der Länder im November 2011 bekommen haben, für die Zeit ab dem 1.7.2013 keine Genehmigung für mehrere Hallen nebeneinander bekommen können, es sei denn, sie outen sich als „Härtefall“. Aber! Welcher Unternehmer möchte sich eigentlich als „Härtefall“ outen? Ist das mit der Menschenwürde noch vereinbar? Begründet der Härtefall nicht sogar durchgreifende Zweifel an der Zuverlässigkeit? Könnte ein richtender Richter Richter oder ein amtswaltender Amtswalter Amtswalter bleiben, wenn er sich als „Härtefall“, also als (finanzieller) Notfall geoutet hat? Ist ein solcher Richter oder Amtswalter nicht anfällig für Günstlingswirtschaft und müsste aus seinem Amt entfernt werden? Ist Amtswaltern und Richtern eigentlich bewusst, auf welcher bizarren Argumentationsebene sie sich in einer Demokratie begeben, die von der Gewerbefreiheit und der Dienstleistungsfreiheit lebt und ihre Richter und Beamten bestens versorgt? Auch die Diskriminierung des deutschen Systems gegenüber potentiellen Anbietern aus dem EU-Ausland könnte offenkundiger nicht sein. Wer in den deutschen Markt eintreten möchte, findet keinen baurechtlich zulässigen Standort im Rahmen der Mindestabstände mehr und könnte nicht einmal freiwillig ein „Härtefall“ werden, um eine Konzession zu bekommen. Härtefall kann nur ein schon tätiger Dienstleister sein. Und die Diskriminierung endet nicht bei denjenigen Amtswaltern, die – wie in Hamburg oder Brandenburg Betreiber benachteiligen, weil an einem anderen Standort angeblich schon früher eine Spielhalle betrieben wurde. Die Diskriminierung treibt viele bizarre Blüten. Man sollte dazu ein Extra-Forum einrichten, präsentiert von Harald Schmidt. Ein Spielhallenbetreiber in BW z.B. muss jetzt seine Geschäftstätigkeit zum 1.7.2017 einstellen, weil der benachbarte Betreiber Farbenblindheit behauptet. Er könne nicht mehr in seinen früheren Job Krawattenverkäufer im Einzelhandel zurück. Ach so! Derartige unterschiedliche Behandlungen können, wie der Gerichtshof in der Rechtssache C-49/16 in Rn. 45 klarstellt, „nicht schlicht mit der Berufung auf ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt werden.“ „In Ermangelung eines Grundes, weshalb es zur Erreichung der geltend gemachten Ziele erforderlich wäre,“ den Betrieb einer Spielhalle von einem Treffen der 16 Regierungschefs abhängig zu machen, oder von der Frage, wo zuerst eine Spielhalle betrieben wurde, oder von der Farbenblindheit des Nachbarn, sind die gegenwärtigen Regulierungen und Behördenpraktiken diskriminierend und verstoßen ohne eine Möglichkeit der Legitimation gegen Art. 56 AEUV. In Rn. 42 spricht der Gerichtshof in der Rechtssache C-49/16 das Transparenzgebot an, das gilt, „wenn die betreffende Dienstleistungskonzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, dass in einem anderen Mitgliedstaat als dem ansässig ist, in dem die Konzession erteilt wird.“ Das förmliche Vergaberecht spricht der EuGH noch nicht an. Der Sachverhalt betraf nämlich einen Zeitraum, in dem die Richtlinie über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (Richtlinie 2014/23/EU) noch keine unmittelbare Anwendbarkeit hatte. Deshalb musste sich der Gerichtshof (noch) nicht damit befassen, ob die der Unibet verweigerte Konzession unter das die Richtlinie 2014/24/EU fällt. Zum Transparenzgebot betont der EuGH, dass bei der Vergabe von Genehmigungen und Dienstleistungskonzessionen „zugunsten der potenziellen Bewerber ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.“

Autor	Beitrag
	Auch diese elementare Vorgabe für die Rechtmäßigkeit eines Genehmigungsvorbehaltes wurde in keinem einzigen Bundesland beachtet. Trotz des mit einer glücksspielrechtlichen Konzession einhergehenden Exklusivrechts im Rahmen der Mindestabstände hat kein Bundesland einen „angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ sichergestellt. Neuinteressenten erfahren allenfalls durch Zufall von Konzessionsverfahren und müssten sich die Voraussetzungen und die möglichen Standortkapazitäten mühsam selbst erarbeiten. An dieser fehlenden Publizität sind zuletzt das bayerische Genehmigungsverfahren für Sportwetten gescheitert (EuGH, C-336/14, Ince, Rn. 26 ff.) und das Hessische Genehmigungsverfahren für sog. Duldungserlaubnisse (http://www.sueddeutsche.de/news/panorama/prozesse—wiesbaden-sportwetten-hessen-gibt-sonderweg-bei-regulierung-auf-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-170531-99-672851...). Das Transparenzgebot verlangt zwar außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2014/24/EU keine förmliche Ausschreibung (vgl. allerdings EuGH, C-260/04). Dem Publizitätsgebot hätte allerdings letztlich nur durch eine Bekanntmachung des Beginns der Konzessionsverfahren und der Voraussetzungen in einem Medium Rechnung getragen werden können, welches europaweit Beachtung findet. Dazu eignet sich am Ende bekanntlich doch nur das TED-Supplement zum Amtsblatt. Dieses Verständnis des Publizitätsgebotes haben auch die 16 Staatsvertragsparteien. Die 16 Staatsvertragsparteien haben für Sportwetten den unionsrechtlich erforderlichen angemessenen Grad an Öffentlichkeit in § 4b GlüÄndStV wie folgt sichergestellt: „Die Konzession wird nach Aufruf zur Bewerbung und Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens erteilt. Die Bekanntmachung ist im Amtsblatt der Europäischen Union mit einer angemessenen Frist für die Einreichung von Bewerbungen zu veröffentlichen.“ Warum haben die Vertragsparteien die Wahrung der Publizität durch die Bekanntmachung im Amtsblatt bei den Spielhallenkonzessionen vergessen? Hätten sie einen kompetenten Anwalt gefragt, wäre eine vergleichbare Regelung zur Gewährleistung der Publizität zur Öffnung des Wettbewerbs auch für Spielhallenkonzessionen/-Genehmigungen nach § 24 GlüÄndStV aufgenommen worden. Nun ist es zu spät. Die Länder und Kommunen haben es versäumt, ein transparentes und dem Publizitätsgebot entsprechendes Genehmigungs- oder Konzessionsverfahren durchzuführen. Die Behördenpraxis kann dieses Defizit nicht korrigieren. Was im Voraus hätte publiziert werden müssen, kann nicht mit Rückwirkung im Nachhinein erfolgen. Konzessionen für Spielhallen mit einer Laufzeit von einem bis zu 15 Jahren und mit einem Exklusivrecht für den Umkreis von 100 m bis 500 m wurden also in einem „closed shop“ ohne Publizität und damit EU-rechtswidrig vergeben oder unionsrechtswidrig verweigert. Sämtliche Behörden bundesweit haben ausgeblendet, dass ein „angemessener Grad an Öffentlichkeit sichergestellt“ hätte werden müssen, der eine Öffnung der glücksspielrechtlichen Konzessionen für den Wettbewerb ermöglicht. Die Kommunen sind auch damit in der Haftung für die Verletzung des EU-Rechts. Die Missachtung des Publizitätsgebotes lässt sich weder wegdiskutieren noch korrigieren. Das erfährt Italien (wie der Blick in die EuGH-Urteile Zenatti, Gambelli, Kommission/Italien (C-284/04), Placanica, Biaski, Costa Cifone usw. verdeutlicht) seit nunmehr über 15 Jahren. Soweit also – wie jüngst auf isa-guide zu lesen war – Stadträtin Nuran Tayanc im Gemeinderat von Mannheim meint, es werde Zeit „die klaren gesetzlichen Vorgaben

Autor	Beitrag
	umzusetzen“ und Spielhallen zu schließen, hätte sie sich vorher Rat holen sollen. Deutschland gehört zur EU. In der EU machen „die klaren gesetzlichen Vorgaben“ der Unionsgesetzgeber und der EuGH. Hieran, also an das klare Verbot der Artikel 49 und 56 AEUV und an das daraus folgende Transparenzgebot, hat sich die Verwaltung zu halten, auch Frau Tayanc und Herr Lies. https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/165141.html
petergaukler 28.06.2017 09:02	hi SUNRISE kann hier bestimmt aufklären ! pg.
sunrise 28.06.2017 16:35	Wieder einmal ein Beitrag von Günter Utikal. Er hat beim Verfassen dieses Kommentares mal wieder seine Wunschbrille aufgesetzt. Es hilft nix - das Bundesverfassungsgerichtsurteil ist eindeutig. es grüßt sunrise

In diesem Thema befinden sich folgende Anhänge: