

BLUME RITSCHER NGUYEN REGA · Gerhofstr. 38 · 20354 Hamburg  
per E-Mail: [anhoerung@landtag.nrw.de](mailto:anhoerung@landtag.nrw.de)  
Der Präsident

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
17. WAHLPERIODE  
**NEUDRUCK  
STELLUNGNAHME  
17/2524**

Alle Abg

**JAN VOLKMAR BLUME**  
Rechtsanwalt (- 2008)

**DANIEL RITSCHER**  
Rechtsanwalt

**ROLF KARPENSTEIN**  
(in Bürogemeinschaft)  
Rechtsanwalt  
Betriebswirt

**NGOC-DANH NGUYEN**  
Rechtsanwalt  
Lehrbeauftragter an der Universität  
Hamburg und an der FOM Hoch-  
schule für Oekonomie und Manage-  
ment

**BURKHARD REGA**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Bank- und Kapitalmarktrecht  
Lehrbeauftragter an der Universität  
Hamburg und an der Privaten Fach-  
hochschule des Mittelstands

Hamburg, den 22.4.2020  
Spielbankgesetz

Stellungnahme zum Gesetzentwurf Drucksache 17/8796

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu den unionsrechtlichen Aspekten des Spielbankengesetzes verweise ich zunächst auf meine Stellungnahme vom 05.09.2016 zur Drucksache 16/11902. Es besteht kein zwingendes Erfordernis, um zu rechtfertigen, dass staatlich konzessionierte Spielbanken nur staatlichen oder staatlich beherrschten Unternehmen vorbehalten werden.

Der Gesetzentwurf geht grundsätzlich in die richtige Richtung. An einigen Details muss allerdings noch meines Erachtens geschliffen werden.

Zu begrüßen ist zunächst, dass sich das Land schon mit dem Gesetzentwurf am Konzessionsvergaberecht orientiert. In der Tat sind Konzessionen zum Betrieb einer Spielbank mit Geldspielgeräten und/oder auch mit dem großen Spiel Dienstleistungskonzessionen im Sinne des Vergaberechts (§ 105 GWB). Denn mit der Konzession und der daran anknüpfenden Betriebserlaubnis wird der Spielbankenbetreiber mit der im öffentlichen Interesse stehenden Aufgabe *betraut*, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in überwachte und regulierte Bahnen lenken („zu kanalisieren“). Das Unionsrecht unterwirft seit Inkrafttreten der Richtlinie 2014/23/EU auch Dienstleistungskonzessionen bei Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte dem förmlichen

Vergaberecht. Diese Richtlinie wurde im April 2016 in den vierten Teil des GWB umgesetzt und wird durch die Konzessionsvergabeverordnung ergänzt. Das Konzessionsvergaberecht sollte daher unbedingt auch auf der Ebene der Ausschreibung und Vergabe der Rahmenkonzession eingehalten werden.

Unter vergaberechtlichen Aspekten könnte die Vergabe nur einer Konzession, an der dann die Betriebserlaubnis für die jeweiligen Spielbanken angehängt werden, möglicherweise nicht ganz unproblematisch sein, weil § 97 Abs. 4 S. 2 GWB bestimmt, dass mehrere Teil- oder Fachlose nur dann zusammen vergeben werden dürfen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Die Argumentation in der Gesetzesbegründung, der Gesetzgeber möchte einen Wettbewerb zwischen den Spielbanken und die Verleitung von Personen, die noch keinen Entschluss zum Spielen gefasst hatten, zum Glückspiel vermeiden, ist bei genauer Betrachtung weder ein wirtschaftlicher noch ein technischer Grund für die Vergabe als einheitliches Los. Indessen spricht alles dafür, dass § 9 Abs. 4 S. 2 GWB nur auf öffentliche Aufträge nicht aber auf Dienstleistungskonzessionen Anwendung findet, wie schon der Wortlaut nahelegt. So hat die VK München mit Beschluss vom 24. Juli 2018 (Z3-3-3194-1-11-04/18) unter Hinweis auf die übereinstimmende Kommentarliteratur und mit Bezug zur Richtlinie 2014/23/EU, die keine Verpflichtung zur Losaufteilung enthält, überzeugend bestätigt, dass die Beschränkung in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB Dienstleistungskonzessionen nicht betrifft.

Überdies ließe sich argumentieren, dass vier oder fünf Spielbanken kaum wirtschaftlich betrieben werden könnten, wenn jede Spielbank von einem anderen Betreiber geführt würde. Jedenfalls fielen dann die Abgaben an das Land geringer aus, weil der Verwaltungsapparat bei einem Betrieb der Spielbanken durch unterschiedliche Betreiber größer und kostspieliger wäre. Insofern wäre es ratsam, die Überlegungen des Gesetzgebers hierauf zuvor fokussieren und gegebenenfalls die Gesetzesbegründung anzupassen.

Wesentlich für den Erfolg des Gesetzes und einer darauf beruhenden Privatisierung ist, dass der Betrieb der Spielbanken wirtschaftlich lukrativ möglich ist. Die Spielbankabgabe (§ 19) die zusätzlichen Leistungen gemäß § 20 i.H.v. 15 % von den Bruttospielerträgen und die Gewinnabgabe gemäß § 21 i.H.v. 35 % des nach dem HGB zu ermittelnden bereinigten Jahresergebnisses könnten nicht nur Konzessionsbewerber von einer Bewerbung abschrecken, sondern längerfristig auch erdrosselnd wirken. Die Insolvenz eines Betreibers könnte durch eine Betriebspflicht nicht unterbunden werden und

der Verzicht von Wirtschaftsteilnehmern auf eine Bewerbung würden dem Land nichts nutzen.

Problematisch erscheint auch die in § 2 Abs. 2 des Entwurfs enthaltende Betriebspflicht für jede konzessionierte bzw. erlaubte Spielbank, die durch die Genehmigungspflicht einer auch nur vorübergehenden Schließung in § 6 untermauert wird. Ist der Betrieb der Spielbank an einem Standort unrentabel, so infiziert die Betriebspflicht das gesamte Geschäft des Konzessionsnehmers. Die bisherige Regulierung zu einer Betriebspflicht besagt, dass mindestens vier Standorte mit dem Automaten Spiele und dem großen Spiel auch dann betrieben werden müssen, wenn dies wirtschaftlich nicht möglich ist. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass ein unwirtschaftlicher Standort durch einen lukrativen Standort quersubventioniert werden muss. Und selbst wenn diese Quersubventionierung nicht mehr wirtschaftlich tragbar ist, bestünde die Betriebspflicht jedenfalls bis zu einer möglichen Insolvenz des Konzessionsnehmers fort. Eine Privatisierung erscheint unter diesen Voraussetzungen nicht zuletzt vor dem Hintergrund der auch schon im Gesetz angelegten hohen finanziellen Belastungen ausgesprochen problematisch, weil kaum ein Wirtschaftsteilnehmer dieses hohe Risiko einzugehen bereit sein wird. Es gibt letztlich keinen Grund für eine Betriebspflicht, schon gar nicht kann die staatliche Aufgabe der Kanalisierung an solchen Grund darstellen. Denn die Aufgabe der Kanalisierung des natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung wird nicht nur von Spielbanken, sondern auch von Lotto-Aannahmestellen, Spielhallen und – soweit es eine Konzessionierung geben wird – auch von Sportwettenanbietern wahrgenommen, so dass der Betrieb einer Spielbank, die aufgrund zu weniger Besucher nicht rentabel ist, unter dem Aspekt der Kanalisierungsaufgabe nicht zwingend erscheint.

Als Problematisch könnte weiter angesehen werden, dass der Gesetzentwurf (§ 4) nur von einer (Rahmen-)Konzession und dann von weiteren Betriebserlaubnissen für die jeweiligen Spielbanken ausgeht, während der Entwurf des vierten Glücksspieländerungsstaatsvertrages in § 22c Abs. 2 davon ausgeht, dass staatliche NRW-Konzessionen für Online-Bankhalterspiele in ihrer Anzahl an die Anzahl der Konzessionen für Spielbanken in NRW angelehnt sind. Die Staatsvertragsparteien gingen ausweislich des Hinweises in § 22 Buchst. c Abs. 1 Z. 2 4. GlüÄndStV-E auf das Spielbankenrecht des jeweiligen Landes mit Stand 17. Januar 2020 davon aus, dass in NRW fünf Spielbankenkonzessionen vergeben werden, mithin auch fünf Konzessionen für Online-Casinospiele vergeben werden können. Der Verweis auf frühere Gesetze ist allerdings schon vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der Transparenz und der Bestimmtheit jedenfalls unglücklich und

ein solcher Widerspruch sollte nicht zuletzt mit Blick auf das Gebot der Einheit der Rechtsordnung beseitigt werden. Dazu bietet sich an, dass im Spielbankengesetz ein Tatbestand geschaffen wird, demnach der Konzessionsnehmer für die Spielbanken zugleich berechtigt ist, Online-Casinospiele im Sinne von § 22c Abs. 1 des vierten GlüÄndStV durchzuführen und entsprechend der Anzahl der betriebenen Spielbanken unter-Lizenzen zu vergeben. Oder aber es sollte zumindest klargestellt werden, dass die Betriebs-Erlaubnisse für die einzelnen Spielbanken im Sinne von § 5 SpielBG-E als Konzessionen im Sinne von § 22c Abs. 1 vierter GlüÄndStV-E zu verstehen sind. Vor dem Hintergrund der im Gesetz und auch im Vergaberecht angelegten förmlichen Ausschreibungspflicht müsste diese Regelung klar und bestimmt sein.

Unter vergaberechtlichen Aspekten ist es problematisch, dass als Zuschlagskriterium in § 16 Abs. 1 S. 3 bestimmt wird, dass der Zuschlag an den Interessenten geht, die Ziele des § 1 am besten erfüllt und einen „wirtschaftlichen Gesamtvorteil“ herbeiführt. Zwar dürfte es rein rechtlich betrachtet genügen, wenn eine Konkretisierung der Zuschlagskriterien erst in der Ausschreibung erfolgt. Jedoch sollte der Gesetzgeber darauf achten, dass schon im Gesetz objektive Kriterien festgelegt werden, die gemäß Art. 41 der Richtlinie 2014/23/EU sicherstellen, dass Bewerbungen unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden können und in der Folge ein *wirtschaftlicher Gesamtvorteil* für den öffentlichen Konzessionsgeber ermittelt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Zuschlagskriterien mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und der Konzessionsstelle keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen und dass die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben werden.

Problematisch erscheint auch § 4 Abs. 4 des Entwurfes, demnach Anteilsübertragungen, die den Konzessionsnehmer betreffen, ohne Zustimmung der Glücksspielaufsicht unwirksam sein sollen. Nach der Gesetzesbegründung beruht dieser Zustimmungsvorbehalt im Landesrecht auf dem Gedanken des § 23 Abs. 1 BBergG und einer Entscheidung des elften Senats beim OVG Münster (11 A 1466/08), demnach diese Veräußerungsbeschränkung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Bedenken an dieser Regelung könnten daraus folgen, dass der Zustimmungsvorbehalt die Regelungen des bundesrechtlichen Gesellschaftsrechts ausgehebelt und die Materie nicht dem Landesgesetzgeber unterfällt. Auch bestehen unionsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Rechtfertigung eines solchen Zustimmungsvorbehaltes, weil es das mildere Mittel wäre, die Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen zu überprüfen und gegebenenfalls die Konzession zu

widerrufen, sollten deren Voraussetzungen nach einer Änderung der Beteiligungsstruktur nicht mehr vorliegen. Der Entwurf geht indes davon aus, dass eine Änderung der Gesellschaftsform oder der Gesellschafter Zusammensetzung usw. per se Auswirkungen auf die Einhaltung der Konzessionsanforderungen haben könnte, obwohl diese pauschale Unterstellung keinerlei sachliche Grundlage hat.

Schließlich erscheint auch der Kontrahierungszwang in § 17 SpielBG-E problematisch, weil der alte Konzessionär dem neuen Konzessionär die „notwendigen Sachmittel“ gegen eine angemessene Vergütung zu veräußern hat und diese ab Kauf auch verlangt werden kann. Einerseits erscheint der Zwang für einen Betriebsübergang unverhältnismäßig. Andererseits erscheint die Gesetzgebungskompetenz des Landes zweifelhaft.

Das Gesetz, und später dann auch die Konzessionskriterien, sollten ermöglichen, dass ein privater Konzessionär auch außerhalb seiner Aufgabe zur Kanalisierung des natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung ein attraktives Angebot bereithalten kann, um auch die noch nicht spielwilligen Verbraucher als Kunden zu gewinnen. Angesichts der Tatsache, dass eine so genannte Gesamtkohärenz weder verfassungsrechtlich noch unionsrechtlich natürlich nicht verlangt wird, weil das Verfassungsrecht und das Unionsrecht nicht Beschränkungen der privaten wirtschaftlichen Tätigkeit verlangen, sondern Grundrechte und Grundfreiheiten schützen, steht einer solchen Regelung höherrangiges Recht nicht entgegen.

Rolf Karpenstein  
Rechtsanwalt