

Sachverständige Stellungnahme

Zum Gesetzentwurf der Landesregierung über die Zulassung- öffentlicher Spielbanken in NRW (LT-Drs.17/8796)

I.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Privatisierung des Spielbankenmonopols ist verfassungsrechtlich und regulatorisch sinnvoll (III.).
2. Die Vergabe der Konzession im Rahmen von Vergabeverfahren nach dem GWB ergänzt um besondere Eignungsvoraussetzungen ist rechtlich zu begrüßen (III.).
3. Die Gestaltung als Privatmonopol mit Beschränkung auf eine Rahmenkonzession anstelle von Einzelkonzessionen begegnet dagegen durchgreifenden *verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken*. Die im Gesetz angeführte Begründung mit ausuferndem Wettbewerb der Spielbanken untereinander trägt die Beschränkung auf einen Anbieter nicht. Weder ist ein solcher ausufernder Wettbewerb zu erwarten, noch rechtfertigt er eine so weitreichende Beschränkung des Berufs- und Marktzugangs (IV.).
4. Der Gesetzentwurf verkennt insoweit auch die unter Federführung Nordrhein-Westfalens von den Ministerpräsidenten beschlossene und zur Notifizierung anstehende *künftige Regulierung des GlüStV 2021*. Denn die Beschränkung auf eine Rahmenkonzession anstelle von bisher fünf Einzelkonzessionen lässt die nach dem GlüStV 2021 für NRW bestehende Befugnis zur Vergabe von fünf Onlinecasinokonzessionen (§ 22c Abs. 1 Nr. 2 GlüStV 2021) leerlaufen. Die Vergabe mehrerer Onlinecasinokonzessionen wäre fiskalisch lukrativer und böte regulatorisch erhebliche Vorteile bei der für den Onlinebereich nach allen nationalen und internationalen Erfahrungen extrem schwierigen Kanalisierung illegaler Angebote in legale und überwachte Bahnen. Sie lässt sich nach Inkrafttreten des Gesetzentwurfs und Vergabe der Spielbankenkonzession aber nur noch mit erheblichem Schaden nachträglich einführen (IV.).
5. Auch die *Streichung des Internetverbotes* unter Verweis auf § 4 Abs. 4 GlüStV verkennt diese anstehende Rechtsänderung durch den GlüStV. Denn eben das Verbot, auf das der Gesetzentwurf verweist, soll in wenigen Monaten zugunsten einer Ermächtigung der Länder zur Zulassung von Onlinecasinos (Internetspielbankenkonzessionen) aufgehoben werden. Das führt aber dazu, dass eine weitreichende nachträgliche Erweiterungsoption für die Spielbankenkonzession im Raum steht, die erhebliche Rechtsprobleme aufwirft. Sie sollte daher gestrichen werden, damit der Konzessionsinhalt eindeutig bleibt (s. dazu V.).

II. Zweck des Gesetzes und Gegenstand der Stellungnahme

1. Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung des Beschlusses der Landesregierung zum Verkauf von Westspiel und zur Privatisierung der Spielbanken in Nordrhein-Westfalen von 8.5.2018.
2. Zur Lösung sieht der Gesetzentwurf einen Privatmonopol-Betrieb durch einen privaten Konzessionsinhaber vor, der allein berechtigt ist, Spielbanken zu betreiben (§ 4 Abs. 1 SpielbkG). Diesem soll eine Rahmen-Konzession erteilt werden, zu der zusätzlich Betriebslaubnisse zum Betrieb von bis zu 6 Spielbanken benötigt werden.
3. Die nachstehende Sachverständigenstellungnahme befasst sich nur aus *rechtlichem Blickwinkel* mit dem Gesetzentwurf. Sie widmet sich inhaltlich den Fragen,
 - (1) ob das gewählte ordnungsrechtliche Lösungsmodell dem *Verfassungs- und Unionsrecht* entspricht und wie den einschlägigen Anforderungen des höherrangigen Rechts entsprochen werden kann. Sie mündet hierzu in Empfehlungen.
 - (2) ob das gewählte Lösungsmodell vor dem Hintergrund der *glückspielrechtlichen Erfahrungen* geeignet erscheint, die regulatorischen Ziele (§ 1) zu erreichen.
 - (3) Auf *Details der übrigen Umsetzung* des Regierungsbeschlusses geht sie aus zeitlichen Gründen nicht ein.
4. *Beihilferechtliche Fragestellungen* bleiben mangels näherer Informationen ausgeklammert. Es sei insoweit allerdings darauf hingewiesen, dass hierzu die Europäische Kommission wegen der Sonderbehandlung für Betreiber öffentlicher Casinos u. a. namentlich mit Blick auf Nordrhein-Westfalen ein Beihilfenverfahren eingeleitet hat, das sich auf die Umsetzung des Gesetzes auswirken kann (Az. der Kommission: SA.48580 - spezifische Maßnahmen für den Betreiber öffentlicher Casinos in NRW).
5. *Vergaberechtliche Fragestellungen* wirft das Gesetz grundsätzlich nicht auf. Dass das GWB für das Vergabeverfahren einschlägig ist, obwohl es sich gem. § 4 Spielbankengesetz um eine durch Verwaltungsakt (Konzession) ergebene hoheitliche Aufgabe handelt, wird zutreffend unterstellt (siehe OLG Hamburg, Beschluss vom 1.11.2017 – 1 Verg 2/17). Soweit hierzu in § 16 ff. Regelungen zum Konzessionsvergabeverfahren getroffen werden, enthalten diese zusätzliche Anforderungen an die Eignungsprüfung, die nach dem Vergaberecht grundsätzlich zulässig sind. Sie stellen zweckmäßige Konkretisierungen der vergaberechtlich gebotenen (vgl. § 152 Abs. 2 i. V. m. § 122 GWB und § 25 f. KonzVgV) Eignungsprüfung dar.

III. Zum Wechsel vom Staats- zum Privatmonopol

1. Die grundsätzliche Vereinbarkeit von *Spielbankenmonopolen* mit Verfassungsrecht hatte das Bundesverfassungsgericht an sich bestätigt. Es hat die Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen bei der Wahl des ordnungsrechtlichen Modells zur Regulierung des Spielbanken-Marktes reduziert. Beschränkungen der Spielbankenzulassung müssen nicht zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sein, wie das für objektive Berufszulassungsbeschränkungen grundsätzlich gilt (BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96, Rn. 69). Der Beruf des Spielbankunternehmers weise Besonderheiten auf, die es gestatteten, die Zahlen der zugelassenen Spielbanken verfassungsrechtlich unbedenklich in erheblichem Maße zu beschränken (a. a. O., Rn. 69). Zur Begründung führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Der Betrieb einer Spielbank gilt danach als unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbare Ausbeutung zu schützen (vgl. BVerfG, 1970-03-18, 2 BvO 1/65, BVerfGE 28, 119, 148).“ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 -, BVerfGE 102, 197 – 224, hier: 2 b) zu Leitsatz 1.

2. Dass der Gesetzentwurf sich von einem solchen *Staatsmonopol* verabschieden will, ist dennoch auch *verfassungsrechtlich* zu begrüßen. Denn die Legitimation der Beschränkung auf einen staatlichen Veranstalter anstelle privater Spielbankenbetreiber ist inzwischen zunehmend fragwürdig. Die frühere gegenteilige Beurteilung des Bundesverfassungsgerichts erfolgte zurückhaltend und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die hierzu seinerzeit noch fehlenden Erfahrungswerte (s. BVerfG, B.v.19.7.2000 – 1 BvR 539/06 – Rn.78 f.). Das Bundesverfassungsgericht sprach von Erwartungen des Gesetzgebers, die mangels gegenteiliger Erfahrungswerte nicht widerlegbar seien (Rn.79).
3. Die *Abkehr vom Staatsmonopol* ist ferner aus *ordnungspolitischer* und *regulatorischer* Sicht zu begrüßen. Nachteile für den Verbraucherschutz oder die Ziele des Gesetzes sind nicht zu erwarten. Fast die Hälfte aller deutschen Spielbanken werden von privaten Konzessionären betrieben, - dies zum Teil seit Jahrzehnten, ohne dass negative Erfahrungen aus anderen Bundesländern bekannt geworden wären.

IV. Zur Reduzierung der Konzessionen auf eine Rahmenkonzession

1. Allerdings bleibt der Entwurf auf halber Strecke stehen, indem er ein *privates Monopol* wählt anstelle einer Vergabe mehrerer Konzessionen. Der Gesetzentwurf regelt die Erteilung nur *einer (Rahmen-)Konzession* (§ 2 Abs. 2 S. 2 Ges-E NRW), anstatt für jeden der Standorte jeweils eine Spielbankenkonzession zu vergeben.
2. Ausgehend von dem Privatisierungsanliegen der Landesregierung und dem bestehenden SpielbG NRW hätte letzteres viel näher gelegen, weil schon das bisherige Recht fünf selbständige Konzessionen ermöglichte (§ 2 Abs. 2 SpielbG NRW). Stattdessen reduziert der Gesetzentwurf diese fünf Konzessionen ausgerechnet im Rahmen einer Privatisierung künftig auf eine Monopolkonzession. Diese Rahmenkonzession soll zum Betrieb aller Spielbanken berechtigen. Zusätzlich verlangt der Gesetzentwurf für die einzelnen Standorte Betriebserlaubnisse (§ 5 Ges-E).
3. Diese Änderung gegenüber dem bisherigen Recht ist nicht nur unnötig kompliziert. Sie sollte vor allem deshalb überdacht werden, weil sie die Umsetzung des Gesetzes ausgean so entscheidender Stelle unnötig erheblichen verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken aussetzt und dadurch die *erfolgreiche Regulierung gefährdet*. Denn nicht nur ist der Gesetzentwurf insoweit nach diesseitiger Auffassung verfassungs- und unionsrechtswidrig (s.u.8.). Vielmehr haben eben diese Bedenken – ganz unabhängig von der Frage, wie gerichtliche Auseinandersetzungen darüber am Ende ausgehen – *praktische Konsequenzen für die gesetzlichen Regulierungsziele*, weil sie die akute Gefahr heraufbeschwören, dass die Konzentration der Standorte im Rahmen entsprechender gerichtlicher Auseinandersetzungen angegriffen und die Ausgabe der Konzessionen über Jahre blockieren wird. Eine Verteilung auf mehrere Standorte, für die jeweils eine Konzession vergeben wird, vermeidet sowohl diese Auseinandersetzungen als auch die damit einhergehende zusätzliche Verzögerung für eine wirksame Regulierung.
4. Die angeführten Rechtfertigungsgründe dieser Konzentration auf eine Rahmenkonzession halten verfassungs- und unionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Der Gesetzentwurf begründet die Bündelung der Betriebserlaubnisse in einer Spielbankenkonzession als Folge einer Entscheidung des Gesetzesentwurfs für ein Privatmonopol mit „der Abwehr spielbankspezifischer Gefahren“ (LT-Drs. 17/8796, S. 34). Diese erweisen sich als wenig überzeugend.

5. Die Eignung, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit des Privatmonopols anstelle einer Vergabe von Einzelkonzessionen soll sich nach der *Begründung des Gesetzentwurfs* aus zwei Erwägungen ergeben:

(1) Es drohe ein *Wettbewerb konkurrierender Spielbankenbetreiber*, als dessen Folge verschiedene Auswüchse befürchtet werden. Diese würden sich „an Einfallsreichtum ... übertreffen“ und ihre „*Werbung expansiver* [ausrichten]“ mit der Folge, dass

„der Veränderung der Entstehung von Spielsucht keine oder zumindest nur geringe Beachtung [geschenkt würde]. Dies kann dazu führen, dass auch Personen, die bislang nicht spielgeneigt waren, zum Spiel verleitet werden. Werden ... sämtliche Spielbanken in Nordrhein-Westfalen von einer Betreiberin oder einem Betreiber betrieben, werden eine aggressive Geschäftspolitik und die damit verbundene konkurrenzbedingte Anheizung der natürlichen Spiel Leidenschaft wirksam verhindert.“ (LT-Drs. a. a. O., S. 34).

Der Wettbewerb untereinander beschwöre ferner *spielbanktypische Manipulationsgefahren herauf* und gefährde die *Existenz einzelner Standorte*.

(2) Das Privatmonopol erleichtere die *Überwachung*.

Beide Erwägungen sind weder überzeugend, noch rechtfertigen sie die Monopolisierung:

(1) Auswüchse eines Wettbewerbs untereinander, wie sie im Entwurf heraufbeschworen werden (1,2,4), sind nicht zu erwarten. Zwischen den Standorten der nordrhein-westfälischen Spielbanken untereinander besteht wegen ihrer Entfernung zueinander selten ein Wettbewerbsverhältnis von Gewicht. Der Einzugsbereich der wenigen Spielbanken ist so gewählt, dass er die Nachfrage vor Ort kanalisiert. Zwischen ihnen besteht daher eine größere räumliche Entfernung und als Folge dessen kein wirkliches Konkurrenzverhältnis.

(2) Der Wettbewerb ist viel ausgeprägter zu Spielhallen und anderen Glückspielformen oder zu benachbarten Spielbanken über die Landesgrenzen hinweg. Für diese Art von Konkurrenz zu anderen Glückspielanbietern oder benachbarten Spielbanken aus anderen Bundesländern hilft die Konzentration in einer Hand im Rahmen eines Privatmonopols aber gar nicht. Nicht von ungefähr wird der Umsatzsprung bei den Spielbanken in jüngster Zeit mit den Auswirkungen der Verschärfungen der 5.TRL bei Spielhallen erklärt.

(3) Wenn mit Auswüchsen eines Wettbewerbs der Spielbanken untereinander aber nicht zu rechnen ist, entfällt die Grundlage für die Annahme der Gefahr exzessiver Werbung, Manipulationsgefahren und Existenzverluste, welche der Gesetzentwurf anführt.

- (4) Was die *Werbung* anbetrifft, kann den befürchteten Gefahren überdies ohne weiteres durch die Werberegulierung des Staatsvertrages oder - erforderlichenfalls - durch sondergesetzliche Beschränkungen im SpielbG nach dem Vorbild des früheren § 5 Abs 1 und 2 GlüStV 2008 begegnet werden, wie das in allen übrigen Bereichen des Glücksspielrechts geschieht. Inhalts- und Nebenbestimmungen zur Konzession konkretisieren die gesetzlichen Vorgaben. Und Maßnahmen der Glücksspielaufsicht überwachen die Einhaltung. Im regulierten Umfeld der Spielbanken funktioniert dies besser als anderswo, zumal die Betätigung der Spielbanken nicht im verborgenen Winkel geschieht und Auswüchse einer expansiven Werbung und Geschäftspolitik, wie sie angeführt werden, mit einer Breitenwirkung einhergehen, die der Glücksspielaufsicht kaum entgeht. Wo dies doch geschieht, wird der konkurrierende Konzessionsinhaber darauf hinweisen.
- (5) Was die *Manipulationsgefahren* anbetrifft, bestehen diese selbst im staatlichen Monopolbetrieb, wie die Vergangenheit gezeigt hat. Dass sie sich als Folge eines Wettbewerbs untereinander verschärfen, entspricht wie ausgeführt wegen der bestehenden räumlichen Entfernungen keiner realistischen Erwartung.
- (6) *Verwaltungsaufwand* ist verfassungs- wie unionsrechtlich keine sachliche Rechtfertigung für objektive Berufszulassungsbeschränkungen.
- (7) Was der vermeintlich drohenden Aufgabe oder dem Existenzverlust einzelner Standorte als Folge eines Wettbewerbs untereinander anbetrifft, kann dem mit ihrer Neuausschreibung begegnet werden.

Danach spricht vieles für eine Verfassungswidrigkeit eines dahingehenden Privatmonopols anstelle der Vergabe von Einzelkonzessionen. Das Privatmonopol steht zumindest außer Verhältnis zu dem behaupteten Nutzen, wenn ihm nicht schon – wie aufgezeigt – die Erforderlichkeit fehlt.

6. Erst recht gilt dies *unionsrechtlich*, weil für die behaupteten Gefahren keine Belege angeführt werden und die bisherigen Erfahrungen ihnen auch widersprechen dürften:
 - Unionsrechtlich obliegt der *Nachweis* der vom Gesetzgeber angeführten Gefahren und der Verhältnismäßigkeit der darauf gestützten Beschränkungen aber dem Gesetzgeber (s. EuGH, Markus Stoß – C-316/07, Rn.70ff, Sporting Bets – C-3/17). Die insoweit im Raum stehenden *unionsrechtlichen Anforderungen* werden im Gesetzentwurf übersehen.
 - Der Gesetzentwurf beruft sich zwar auf die Grundsatzentscheidung des EuGH zum ungarischen Spielbankenmonopol (Sporting odds), duale Systeme zur Organisation

des Glücksspielmarkts mit einem Nebeneinander eines staatlichen Monopols und einem regulierten Markt privater Anbieter mit entsprechender Erlaubnis zu billigen (EuGH, Urteil vom 28.02.2018 (C-3/17)). Er übergeht allerdings, dass der EuGH mit der gleichen Entscheidung erneut bekräftigt hat,

„dass es dem Mitgliedsstaat, der eine restriktive Regelung durchgeführt hat, obliegt, die Beweise beizubringen, um das Vorliegen von Zielen, mit denen sich eine Beschränkung ... rechtfertigen lässt, und deren Verhältnismäßigkeit darzutun ...“ (a. a. O., Rn. 61 – 65).

- Solche Belege fehlen. Dass sie nachträglich noch erbracht werden können, ist mehr als unwahrscheinlich. Es handelt sich um Mutmaßungen, denen die bundesweite Erfahrung widerspricht. Eine Reihe von Bundesländern haben in den vergangenen Jahrzehnten Spielbanken-Konzessionen standortgebunden privaten Konzessionären *vergeben*, ohne dass diese Gefahren dort einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung entgegengestanden hätten und ohne dass sie – vor allem – später eingetreten wären. Die frühere Regulierung des Landes Baden-Württemberg, die der Landesgesetzgeber durch ein Monopol aufheben wollte, das später vom Bundesverfassungsgericht erst einmal verworfen wurde (Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96) betrifft gerade eine solche Konstellation (siehe Rn. 5 ff. a. a. O.). Ähnliche Beispiele sind aus anderen Bundesländern bekannt. Den im Gesetzentwurf angeführten Gefahren wird dort durch die materiell-rechtlichen Anforderungen des Gesetzes, die Inhalts- und Nebenbestimmungen der Konzession und die Glücksspielaufsicht begegnet. Es ist nicht ersichtlich, warum in Nordrhein-Westfalen anderes gelten soll.
7. Die Bündelung der Betriebserlaubnisse für diese Spielbanken (bis zu 6) in einer Konzession birgt überdies ordnungspolitische und regulatorische Nachteile für die *geplante künftige Regulierung des GlüStV 2021*, die der Gesetzentwurf ausblendet:
- Der Gesetzentwurf nimmt dem Land unnötig und irreparabel die Möglichkeit, die der GlüStV 2021 eröffnet, *mehrere Onlinecasino-Konzessionen* zu vergeben. Dies lässt sich mit Inkrafttreten des GlüStV 2021 voraussichtlich nicht ohne beträchtlichen Schaden rückgängig machen, weil die zu erteilende Konzession dann unter Umständen schon auf bis zu 15 Jahre vergeben wurde.
 - Die Option mehrerer Onlinecasino-Konzessionen sich zu erhalten, bietet nicht nur haushälterische Vorteile, sondern dürfte auch *die Ziele sowohl des Spielbankengesetzes als auch des GlüStV 2021 besser erfüllen*. Der öffentliche Kanalisierungsauftrag lässt sich erheblich leichter verwirklichen, wenn möglichst viele der marktführenden Unternehmen zur Beteiligung an einem konzessionierten Betrieb veranlasst werden.

Umsich am Markt zu behaupten, werden sie gegenüber illegalen Onlinecasinoanbietern wettbewerbsrechtlich durchsetzen, was sich ordnungsrechtlich bisher nie hat durchsetzen lassen.

V. Keine Streichung des Internetverbotes

1. Damit im Zusammenhang steht eine weitere Änderung des Gesetzentwurfs der Landesregierung. Diese will das bisherige Onlineverbot des Spielbankengesetzes in § 4 Abs. 2 Spielbankgesetz NRW 2012 streichen; es sei wegen § 4 Abs. 4 GlüStV überflüssig.
2. Eben dies soll sich freilich in Kürze ändern. Denn die Landesregierung hat sich ja mit den anderen Ländern bereits darauf verständigt, den GlüStV 2021 zu ratifizieren. Dieser darf daher bei der Gestaltung des Gesetzentwurfs nicht ausgeblendet werden. Der GlüStV 2021 gestattet indessen in § 4 Abs. 4 S. 1 GlüStV gerade die Erlaubniserteilung für öffentliche Glücksspiele im Internet auch für die Veranstaltung und den Eigenvertrieb von Onlinecasino-Spielen.
3. Die Streichung des Internetverbotes im Spielbankengesetz wirkt sich daher als nachträgliche Konzessionserweiterungsmöglichkeit aus. Diese war aber nicht Gegenstand des Konzessionsvergabeverfahrens. Das wiederum führt zu einem evidenten Transparenzdefizit für eine hierauf gestützte Konzession zum Spielbankenbetrieb in NRW. Wenn die erteilte Spielbanken-Konzession aufgrund der Streichung des Internetverbotes im SpielbkG nach Inkrafttreten des GlüStV 2021 nachträglich auch den Zugang zu entsprechenden Online-Angeboten eröffnet, erhielte das Konzessionsvergabeverfahren eine bei Erteilung nicht erkennbare weitreichende Bedeutung für konkurrierende internationale Onlinecasino-Anbieter.
4. Dies stellt die Rechtmäßigkeit der Konzessionsvergabe in Frage und macht sie angreifbar (§97 Abs. 1 Satz 1 GWB). Es könnte ferner die spätere Erweiterungsmöglichkeit gefährden (§ 154 Nr.3 i.V.m. § 132 Abs. 2 und 3 GWB). nd damit .
5. Dieser Mangel lässt sich auch durch eine entsprechende Klarstellung im Gesetzentwurf nicht einfach beheben, dass die zu erteilende Konzession im Falle einer Lockerung des Internetverbotes auch Onlinedienstleistungen umfassen kann. Denn zum Zeitpunkt der Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens ist ja völlig offen, ob und welchem Umfang sich diese Option für den Konzessionsinhaber realisiert. Die Bewerbung hierfür

wäre für internationale Onlineanbieter eine Wette auf künftige Gesetzgebung. Der Inhalt der Konzession muss nach dem Transparenzgebot aber im voraus klar sein.

6. Vor diesem Hintergrund müssten entweder im Gesetzentwurf schon detaillierte Regelungen zur künftigen Onlinecasinokonzession und ihrer Vergabe getroffen werden oder es sollte das Internetverbot für den Spielbankenkonzeptionsinhaber aufrechterhalten bleiben. Da die Internetoption unter dem Vorbehalt des Inkrafttretens des GlüStV 2021 stünde und dessen Inhalt – sich zumindest theoretisch - noch ändern kann, dürfte es sinnvoller sein, diesen abzuwarten. Das Internetverbot sollte daher erst einmal aufrechterhalten bleiben.
7. Nach Inkrafttreten des GlüStV 2021 könnten und müssten dann nachträglich die Regelungen geschaffen werden, welche die Vergabe von Onlinecasinokonzessionen nach § 22 c GlüStV 2021 gestalten. Nach Auffassung des Unterzeichners rechtssystematisch passender und zweckmäßiger wäre es, diese ins Landesausführungsgesetz zum GlüStV 2021 zu integrieren, das die Umsetzung des Staatsvertrages 2021 regelt und dessen Regulierungszielen dient.
8. Wie aufgezeigt, spricht dabei ohnehin einiges dafür, nach dem GlüStV 2021 selbständige Onlinecasinokonzessionen zu vergeben, um dem online bestehenden ganz anderen Wettbewerbsdruck zu begegnen und eine Kanalisierung in legale und überwachte Bahnen zu ermöglichen. Im Falle des Inkrafttretens des GlüStV 2021 sollte die Vergabe von Erlaubnissen für die Veranstaltung und den Eigenvertrieb von Onlinecasino-Spielen einem selbstständigen Konzessionsvergabeverfahren unterworfen werden, bei dem so viele Konzessionen vergeben werden, wie Konzessionen nach dem jeweiligen Spielbankenrecht des Landes vergeben werden können (§ 22 c Abs. 1 Nr. 2 GlüStV 2021).
9. Der GlüStV 2021 schließt ein solches selbstständiges Nebeneinander zwischen Onlinecasino-Konzessionen und Konzessionen für die terrestrischen Spielbanken nicht aus. Nur die *Option* und die *Zahl* der Onlinecasino-Konzessionen wird durch den GlüStV 2021 geregelt, nicht aber das Erfordernis einer Verbindung zwischen Spielbanken-Konzession und Onlinecasino-Konzession aufgestellt. § 22 c Abs. 1 Nr. 2 GlüStV 2021 schließt es also nicht aus, dass der Gesetzgeber ein solches Angebot privaten Onlinecasino-Anbietern eröffnet, auch wenn sie nicht Inhaber der Spielbanken-Konzession sind.
10. Aus *unionsrechtlicher* Sicht wird nach dem Urteil des *EuGH zum Ungarischen Spielbankengesetz (Sporting Odds - C-3/17)* sogar davon ausgegangen werden müssen, dass eine

rechtliche Verknüpfung zwischen dem Zugang zu Onlinecasino-Angeboten einerseits und dem Vorhandensein einer terrestrischen Spielbankenzulassung andererseits unionsrechtswidrig wäre. Der EuGH hatte festgestellt, dass ein Erfordernis für Onlineglücksspielveranstalter eine Konzession für ein auf ungarischem Gebiet gelegenes Casino zu erhalten, um Online-Glücksspiele anbieten zu dürfen -

„den Nachweis [erfordert], dass diese Einschränkung eine unerlässliche Voraussetzung für die Erreichung des verfolgten Ziele ist. [Rn.42] Es ist aber offensichtlich, dass eine Einschränkung, die darauf hinausläuft, dass Betreibern von im Inland gelegenen Casinos der Zugang zum Markt für Online-Glücksspiele vorbehalten ist, über das hinausgeht, was als verhältnismäßig angesehen werden kann, sofern weniger restriktive Maßnahmen zur Erreichung der von der ungarischen Regierung angeführten Ziele zur Verfügung stehen.[Rn.43]“ (EuGH, U.v.28.2.2018 – Sporting Odds / Nemzeti - C-3/17, Rn.42f -Hervorhebung durch Unterzeichner -).

Die in Ungarn in Rede stehenden Ziele der Spielsuchtbekämpfung und des Verbraucherschutzes unterscheiden sich aber nicht wirklich von denen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers. Der Nachweis, dass weniger restriktive Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen als die zwingende Verknüpfung mit dem Privatmonopol für terrestrische Spielbanken, dürfte danach kaum gelingen.

11. Überdies spricht aus *regulatorischer* Sicht einiges dafür, dass es für die Kanalisierung des Onlinecasino-Marktes in Deutschland wichtig wäre, Onlinecasino-Anbieter für eine deutsche Konzessionierung ihres Geschäftes zu gewinnen. Nur dann könnte ihnen nämlich mit Aussicht auf Erfolg die Umsetzung der materiellrechtlichen Verpflichtungen abverlangt werden. Bislang haben diese sich gegenüber illegalen Anbietern aus dem Ausland in den vergangenen 2 Jahrzehnten nie durchsetzen lassen.

Für die *Ziele des Gesetzes* wäre die Verknüpfung zwischen terrestrischer Konzessionsvergabe nach dem Spielbankengesetz und Internetkonzession für Onlinecasino-Angebote gem. § 22 c Abs. 1 Nr. 2 GlüStV 2021 neben den genannten (unions-)rechtlichen Bedenken daher hoch problematisch. Die vorliegenden Evaluierungen bescheinigen dem Regulator nach allen internationalen Erfahrungen massive Schwierigkeiten der Durchsetzung von Onlinecasino-Verboten: *Fiedler* hat diese Schwierigkeiten in der für die Bundesländer im Rahmen des Evaluierungsprozesses zum Glücksspielstaatsvertrag eingeholten internationalen Vergleichsstudie ebenso bestätigt wie die *staatliche Evaluierung des Landes Hessen* in Bezug auf den Glücksspielstaatsvertrag und die des DSUV durch

Haucap/Nolte/Stöver. Sie gelangen alle mit Nuancen im Detail zu dem Ergebnis, dass der Regulierungserfolg nicht nur für den Durchsetzungsinstrumenten, sondern auch von dem Vorhandensein eines attraktiven legalen Angebotes anhängt. Diese Erkenntnis spricht dann aber dafür, besonders erfolgreichen Anbietern auf dem Onlinecasino-Markt eine legale Angebotsmöglichkeit zu eröffnen, um sie anschließend in den Kampf gegen illegale Angebote einzubinden.

Dem widerspräche es, wenn die Onlinecasino-Konzession gekoppelt wäre an das Vorhandensein einer Spielbankenkonzession nach dem Spielbankengesetz. Zum einen wird der Inhaber des künftigen Privatmonopols jemand sein, der sich im wettbewerbsrechtlichen Vergabeverfahren für die terrestrischen Spielbanken im Vergleich als besonders geeignet erweist. Das werden aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen andere bewährte Anbieter sein als Online. In Deutschland verfügt keiner der bewährten privaten Inhaber von Spielbanken- oder Spielhallenkonzessionen aus den Bundesländern auch nur über ein Onlineangebot. Auch ist es nicht wahrscheinlich, dass Onlinecasinoanbieter plötzlich überhaupt interessiert sein werden, sich nunmehr dem terrestrischen Spielbankengeschäft zu widmen, nur um den Marktzugang zu erhalten.

Gerade das Ziel des SpielbkG und des GlüStV 2021 einer legalen attraktiven Online-Alternative spricht deshalb dafür, die Erteilung von Onlinecasino-Konzessionen einem eigenen Konzessionsvergabeverfahren zu unterwerfen, anstatt sie an das Vorhandensein der Spielbankenkonzession zu koppeln.

12. Wenn es sich danach empfiehlt, Spielbanken-Konzessionen und Onlinecasino-Konzessionen nach dem Glücksspielstaatsvertrag zu entkoppeln, sollte im Rahmen des Gesetzentwurfs klargestellt werden, dass die Konzession nur den Präsenzbetrieb gegenüber physisch anwesenden Kunden abdeckt. Die Aufrechterhaltung des Internetverbotes gewährleistet dies. Es wäre sinnvoll, in der Begründung den Hinweis zu ergänzen, dass diese nicht bei Inkrafttreten des GlüStV 2021 erweitert, sondern stattdessen eine Konzessionsvergabe für Onlinecasinoangebote geplant ist.

Bonn, den 22.04.2020

Rechtsanwalt Dr. Ronald Reichert, Partner und Fachanwalt für Verwaltungsrecht