

✉ ARENDTS ANWÄLTE, Postfach 11 24, 82025 Grünwald

PERLACHER STR. 68  
D - 82031 GRÜNWALD

**Buchmacherskongress 2014**

des Österreichischen Buchmacherverbandes  
am 17. Oktober 2014  
in Anif bei Salzburg

POSTFACH 11 24  
D - 82025 GRÜNWALD

TEL. 089 / 649 111 - 75  
FAX. 089 / 649 111 - 76

[wettrecht@anlageanwalt.de](mailto:wettrecht@anlageanwalt.de)  
[www.wettrecht.de](http://www.wettrecht.de)  
[www.gaminglaw.de](http://www.gaminglaw.de)

**Das Sportwetten-Konzessionierungsverfahren  
in Deutschland:  
weiterhin eine „unendliche Geschichte“**

von Rechtsanwalt Martin Arendts, M.B.L.-HSG

**- Thesenpapier -**

**1. Rückblick**

Mein Fazit vor zwei Jahren auf dem Buchmacherskongress 2012:

*„Das derzeit laufende Konzessionierungsverfahren dürfte den Ländern „um die Ohren“ fliegen, d.h. rechtlich nicht haltbar sein, da die Vorgaben des EuGH in mehreren Punkten nicht eingehalten werden. Es bleibt völlig offen, wie mehr als 100 Bewerbungen in einer rechtlich haltbaren (und vollständig gerichtlich überprüfbaren) objektiven Weise auf lediglich 20 Konzessionsinhaber „reduziert“ werden sollen, insbesondere nachdem die hierfür maßgeblichen Auswahlkriterien bislang nicht veröffentlicht sind. Bereits aus diesem Grund ist das Verfahren unheilbar nichtig. Die Länder provozieren damit jahrelange gerichtliche Auseinandersetzungen.“*

Meine Einschätzung auf dem letztjährigen Buchmacherskongress 2013:

*„Das Verfahren entwickelt sich zu einer „unendlichen Geschichte“. Rein rechtlich wäre eine komplette Neuausschreibung erforderlich.“*

Genau so ist es gekommen. Die Vergabe von Konzessionen ist derzeit blockiert. Wann diese vergeben werden können, ist völlig offen. Auch Reparaturversuche (so der erneute Vorschlag des hessischen Ministerpräsidenten, die Beschränkung auf maximal 20 Konzessionen aufzuheben) dürften wenig helfen.

Erkenntnis: Die deutschen Länder haben seit der Sportwetten-Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom März 2006 und den EuGH-Entscheidungen vom September 2010 (zu mehreren Vorlagen aus Deutschland) wenig dazu gelernt. Man will des Status quo (insbesondere das Lotteriemonopol und die damit verbundenen Milliardenereinnahmen) offensichtlich so lange wie möglich behalten.

Trotz der „Experimentierklausel“ für die Veranstaltung von Sportwetten auch durch private Anbieter in § 10a GlüStV 2012 besteht weiterhin faktisch ein verfassungs- und europarechtswidriges Monopol. So können Vermittler derzeit keine Genehmigung beantragen. Private werden allerdings teilweise geduldet (z.T. förmliches „semi-legales“ Duldungsverfahren, so etwa in Rheinland-Pfalz). Vereinzelt Untersagungsverfügungen gegen Sportwettenvermittler, die an Buchmacher vermitteln, die nicht (mehr) am Konzessionierungsverfahren beteiligt sind, bzw. Verbot von bestimmten Wettformen (Live-Wetten). Strafverfahren gegen Sportwettenvermittler im Allgäu und in Augsburg (s. die Unterlage zu dem EuGH-Vorlageverfahren *Ince*).

## 2. Chronologie

- In 14 Ländern Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags 2012 zum **1. Juli 2012** (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag). Nordrhein-Westfalen folgte im Dezember 2012, Schleswig-Holstein zum Februar 2013 (Aufhebung des Glücksspielgesetzes, aber Fortgeltung der erteilten schleswig-holsteinischen Konzessionen, dort auch für Casinospiele).
- Diese Sportwetten-Konzessionen wurden unter Mitwirkung/Beratung der seit Jahrzehnten für den Deutschen Lotto- und Totoblock tätigen Rechtsanwaltskanzlei CBH europaweit ausgeschrieben (im Amtsblatt der Europäischen Union vom **8.**

**August 2012**, d.h. vor dem Beitritt von NRW und Schleswig-Holstein). Die genauen Auswahl-/Gewichtungskriterien wurden allerdings nicht veröffentlicht. Das Verfahren ist grundsätzlich zweistufig ausgestaltet.

- Bereits in der ersten Stufe mussten die Antragsteller umfassende Angaben, u.a. zur Geschäftsleitung und Treuhandverhältnissen, machen. Laut mehrerer Gerichtsentscheidungen (VG Wiesbaden, HessVGH) gab es in der ersten Stufe 56 erfolgreiche Bewerber, laut VG Berlin (Urteil vom 23.5.2014, Az. 23 K 512.12) 78 Bewerbungen, von denen 19 den Anforderungen der Bekanntmachung entsprachen, 54 unvollständig und 5 verfristet waren. 37 der Bewerber mit unvollständigen Unterlagen wurden zur Ergänzung aufgefordert, 17 abgelehnt.
- Die Auswahlkriterien sollten in der „zweiten Stufe“ in einem sog. „Informationsmemorandum“ konkretisiert werden. Die Mindestanforderungen sollten durch eigene Konzepte nachgewiesen werden. Nach der „zweiten Stufe“ sollte sich laut Ausschreibung ein Verhandlungsverfahren anschließen (wenn mehr als 20 Bewerber die Mindestanforderungen erfüllen).

Für die zweite Stufe gingen 41 Bewerbungen ein. Laut dem Hessischen Innenministerium erfüllten zunächst 14 die Mindestanforderungen (bei einer „summarischen Prüfung“).

- Stillstand des Verfahrens zwischen Frühjahr und Herbst 2013, siehe hierzu u.a. die *BetVictor*-Entscheidungen des VG Wiesbaden (Beschluss vom 30. April 2013, Az. 5 L 90/13.WI) und des Hessischen VGH (Beschluss vom 28. Juni 2013, Az. 8 B 1220/13).
- Das Hessische Innenministerium kündigt an, nichts ohne Entscheidung durch das Glücksspielkollegium unternehmen. Aufgrund eines Beschlusses des Glücksspielkollegiums im November Zurücksetzung des Verfahrens in der zweiten Stufe „auf Null“ durch das Innenministerium. Angeblich seien bei einer genauen Prüfung festgestellt worden, dass keiner der Bewerber (nicht einmal das staatliche Unternehmen ODS) die Mindestanforderungen erfülle. Aufforderung an die 41 Bewerber, nachgebesserte Unterlagen einzureichen.

- Schreiben des Hessischen Innenministeriums vom 2. September 2014: Bekanntgabe der 20 ausgewählten Bewerber mit der jeweils vergebenen Punktezahl, Konzessionsvergabe nicht vor dem 18. September 2014, Versand der Prüfvermerke
- Einen Tag vorher, d.h. am 17. September 2014, Beschluss des VG Wiesbaden, bis zur Entscheidung des Gerichts über den Eilantrag vom 9. September 2014 das Konzessionsverfahren noch offen zu halten und zunächst keine Konzessionen an die ausgewählten Bewerber zu vergeben (sog. Hängebeschluss, s. Anlage).

### 3. Derzeitiger Sachstand

Zahlreiche Gerichtsverfahren, sowohl Hauptsacheklagen wie auch Eilverfahren (einstweiliger Rechtsschutz)

Örtliche Zuständigkeit: VG Wiesbaden für ausländische Bewerber, ansonsten bei inländischen Klägern/Antragstellern ist der Sitz/Wohnort maßgeblich: Gerichtsverfahren u.a. in Hamburg und Berlin (sowie offenbar München). Gefahr divergierender Entscheidungen.

Beiladung der 20 vom Ministerium ausgewählten Bewerber durch das VG Wiesbaden, Beweisbeschluss: Vorlage sämtlicher Unterlagen (laut CBH mehrere hundert Verfahrensakten), nicht nur der zwei Leitz-Ordner Generalakten

### Vorübergehende Blockade durch Zwischenverfügung des OVG Hamburg

Blockade bis Ende Oktober durch das OVG Hamburg (Beschluss vom 22. September 2014, s. Anlage). Das OVG Hamburg führt zur Rechtfertigung der Zwischenregelung aus, das Hauptsacheverfahren, mit dem eine neue Auswahlentscheidung gefordert werde, sichere nicht deren wirtschaftliches Interesse, gegenüber zu Unrecht begünstigten Konkurrenten keinen wirtschaftlichen Nachteil zu erleiden:

*„Dass ein derartiger Nachteil droht, hat die Antragstellerin hinreichend glaubhaft gemacht. Sie hat dargelegt, dass dann, wenn mit Erteilung der Konzessionen Sportwetten veranstaltet werden können, sie von diesem konzessionierten,*

*wirtschaftlich außerordentlich attraktiven Markt bis zu einer neuen Auswahlentscheidung ausgeschlossen wäre und dass die Gefahr besteht, dass der Markt zwischen den Inhabern der Konzessionen bis dahin aufgeteilt würde. Um diese Nachteile zu vermeiden, ist flankierender Rechtsschutz ... geboten".*

Anders als das VG Hamburg sieht das OVG Hamburg unzumutbare Nachteile, wenn die Antragstellerin auf nachträglichen Rechtsschutz (nach erfolgter Konzessionsvergabe) verwiesen würde. Es verweist auf die erheblichen Kostenrisiken, die drohen, wenn alle 20 Konzessionen angefochten werden müssten, auch wenn die abgelehnte Bewerberin gar nicht anstrebt, alle Konkurrenten zu verdrängen:

*„Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass öffentliche Interessen es gebieten könnten, von den demnächst zu erteilenden Konzessionen schon vor einer Überprüfung der Auswahlentscheidung Gebrauch machen zu können. Derzeit ist noch nicht einmal grob abschätzbar, dass die vorgesehene Auswahlentscheidung rechtmäßig sein könnte. Bei dieser Sachlage würde auch im Falle einer Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Zwischenentscheidung ergehen, durch die erteilte Konzessionen einstweilen suspendiert werden. (...) Angesichts der Dauer des Konzessionsverfahrens von mehr als zwei Jahren fallen die wenigen Wochen, um die die Erteilung der Konzessionen weiter hinausgeschoben wird, nicht ins Gewicht".*

### **„Hängebeschluss“ des VG Wiesbaden und dessen Bestätigung durch den HessVGH**

Das VG Wiesbaden begründet den erwähnten „Hängebeschluss“ insbesondere mit dem Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung. Das Auswahlverfahren bleibe für das Gericht „bis zum heutigen Zeitpunkt intransparent“ (S. 8). Ablehnungsbescheide und Bewerbungsbogen seien nicht aus sich heraus verständlich.

Bestätigung des „Hängebeschlusses“ des VG Wiesbaden durch den Hessischen Verwaltungsgerichtshof (Beschluss vom 7. Oktober 2014, s. Anlage).

Der HessVGH verweist insbesondere auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH (Zitat aus dem Costa-Urteil), der hohe Anforderungen insbesondere an die Transparenz stellt, und hält eine umfassende Prüfung des Auswahlvorgangs für erforderlich:

*„Davon ausgehend müssen nicht nur die Kriterien, von denen sich die Behörde bei ihrer Entscheidung leiten lässt, transparent und nachvollziehbar sein, sondern auch der konkrete Auswahlvorgang selbst muss diesen Erfordernissen genügen (Bay. VGH, Beschluss vom 12. August 2013 - 22 CE 13.970-, juris, Rdnr. 31). Dazu bedarf es der Einsichtnahme in die jeden einzelnen Mitbewerber betreffenden Verfahrensakten, weil nur im konkreten horizontalen Vergleich der miteinander konkurrierenden Bewerbungen nachvollziehbar ist, ob die Behörde die im Vorfeld aufgestellten Auswahlkriterien auf alle Bewerber in gleicher Weise und unparteiisch angewandt hat. Allein mit den dem Gericht vorliegenden Generalakten, die lediglich den Verfahrensablauf widerspiegeln, und dem die Antragstellerin betreffenden Prüfvermerk kann diese Entscheidungs- entgegen der Auffassung des Antragsgegners- nicht getroffen werden.“*

Der HessVGH betont im Folgenden den aus den Grundrechten folgenden Anspruch auf ein faires Verfahren, der gerichtlich zu überprüfen ist:

*„Vielmehr bedürfen die zahlreichen und teilweise auch grundlegenden Einwendungen der ausgeschiedenen Bewerber gegen das Auswahlverfahren in seiner Verfahrensgestaltung, aber auch in der konkreten Anwendung einer sorgfältigen Prüfung. Denn die Konzessionsvergabe greift erheblich in die Berufsausübung der Betroffenen ein (Art. 12 GG) und unterliegt außerdem nur einem eingeschränkten Prüfungsumfang. Der Gesetzgeber hat der Behörde bei der Ausgestaltung des nach § 4b Abs. 1 GlAndStV „transparenten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens“ einen weiten Beurteilungsspielraum zugebilligt. In der Auswahlentscheidung bündeln sich die subjektiven Rechte der Bewerber mit der Folge, dass sie bei einem – wie hier- kontingentierte Markt zumindest einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Dieser Gleichbehandlungsanspruch erfordert sachgerechte Auswahlkriterien und verschiebt insgesamt den Akzent auf das Verfahrensrecht, d.h. auf den Anspruch auf ein faires Verfahren. Mit dem insoweit größeren Entscheidungsspielraum der Behörde korrespondiert damit die Verpflichtung zur Einhaltung eines fairen Auswahlverfahrens (Rennert, a.a.O., S. 1333) und die Gewährung effektiven Rechtsschutzes.“*