

Europarechtliche Anforderungen an die Vergabe von Glücksspielkonzessionen

Requirements for a gambling licensing system under EU law

Von RA Martin Arendts, M.B.L.-HSG, Grünwald

Summary:

Over the last five years, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has pronounced six decisions on gambling licenses, setting out a system of quite detailed rules. The licensing procedure has to be transparent and must be based on objective, non discriminatory criteria known in advance. The CJEU connects material law with procedural law as it points to the obligation of the competent authorities to exercise their powers of discretion in a transparent manner, so that the impartiality of the procedures can be monitored afterwards by a court (effective judicial review). In the Costa decision, the CJEU expressly requires a level playing field for established license-holders and new applicants. The criteria are now settled case-law and are quoted by the CJEU and national courts. For instance, the Administrative Court of Justice of the EEA Member State Liechtenstein recently declared the licensing procedure for a casino null and void, quoting the Costa and Engelmann decisions of the CJEU.

I. Übersicht

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich in den letzten fünf Jahren vor allem in sechs Urteilen zur Glücksspielthematik mit den europarechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Wett- und Glücksspielkonzessionen befasst. Trotz ganz unterschiedlicher nationaler Regelungen als Ausgangssituation (Monopol in Deutschland, ausschließliche Erlaubnis für eine gemeinnützige Stiftung in den Niederlanden, Vergabe von zwölf Konzessionen an ein privates Unternehmen in Österreich sowie die Neuvergabe von Wettlizenzen in Italien) hat der EuGH inzwischen ein System relativ detaillierter Vorgaben entwickelt, auf die er selber wie auch nationale Gerichte zurückgreifen.

Nach einem Urteil im Jahr 2007 zu dem Vertragsverletzungsverfahren zur Vergabe von Pferdewettlizenzen in Italien¹ konnte der EuGH in mehreren Vorlageverfahren aufeinander aufbauend ein System von Mindestanforderungen und Kriterien entwickeln. Das im Juni 2010 verkündete Urteil in der Rechtssache Sporting Exchange betraf die Zulassung von Glücksspielanbietern in den Niederlanden.² Im September 2010 musste sich der EuGH in Vorlageverfahren aus Deutschland (*Carmen*

Media-Urteil³) und aus Österreich (*Engelmann*-Urteil⁴) erneut mit Kriterien bei der Vergabe von Konzessionen auseinandersetzen. In seinen Urteilen in der Rechtsache *Dickinger*⁵ kam er auf Österreich und in der Rechtssache *Costa*⁶ auf Italien zurück, wobei beiden Rechtssachen Strafverfahren zugrunde lagen.

In diesen Entscheidungen hat der Gerichtshof die Grundfreiheiten eng mit Verfahrensgrundrechten verknüpft, indem er – so seine bekannte Argumentationslinie – mit der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts argumentiert. Entsprechend der EuGH-Rechtsprechung muss die Konzessionsvergabe transparent sein, d.h. – so die ständige Formel in mehreren Entscheidungen – „auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen“⁷. Das Ermessen der Behörde wird durch die wiederholte Forderung des EuGH nach umfassender Transparenz und vollständiger gerichtlicher Nachprüfbarkeit erheblich eingeschränkt. Der EuGH hat dabei die nachfolgend dargestellten Grundsätze und Kriterien entwickelt, die aus europarechtlicher Sicht für die Vergabe von Glücksspielkonzessionen von maßgeblicher Bedeutung sind.

Auf diese nunmehr als gefestigt anzusehende Rechtsprechung – insbesondere nach dem kürzlich ergangenen *Costa*-Urteil, in dem der EuGH vor allem die Transparenzanforderungen noch einmal sehr detailliert ausgearbeitet hat – hat der EuGH in einer neueren Entscheidung verwiesen, bei der es um die Änderung einer Spielhallenerlaubnis ging.⁸ Entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung müsse das Ermessen der Behörde auf transparente Weise ausgeübt werden, die eine Nachprüfung ermögliche, ob die Verfahren auch unparteiisch durchgeführt worden sind.

Auch der Verwaltungsgerichtshof des EWR-Mitgliedstaats Liechtenstein hat in einem aktuellen Urteil auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH (*Costa*- und *Engelmann*-

1 EuGH, Urteil vom 13.09.2007, Rs. C-260/04 – *Kommission/Italien*.

2 EuGH, Urteil vom 03.06.2010, Rs. C-203/08 – *Sporting Exchange* („*Sporting Exchange*-Urteil“), ZfWG 2010, 250. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die britische Firma Sporting Exchange Limited, betreibt Betfair, die größte Wettbörse der Welt.

3 EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs. C-46/08 – *Carmen Media* („*Carmen Media*-Urteil“), ZfWG 2010, 344. Ziel der Klage der in Gibraltar zugelassenen Glücksspielanbeterin war es, das Land Schleswig-Holstein zu verpflichten, ihr eine Erlaubnis zur Vermarktung von Sportwetten im Land Schleswig-Holstein zu erteilen oder, hilfsweise, diese Tätigkeit bis zur Schaffung eines unionsrechtskonformen Erlaubnisverfahrens zu dulden.

4 EuGH, Urteil vom 09.09.2010, Rs. C-64/08 – *Engelmann* („*Engelmann*-Urteil“), ZfWG 2010, 415.

5 EuGH, Urteil vom 15.09.2011, Rs. C-347/09 – *Dickinger* und *Ömer* („*Dickinger*-Urteil“), ZfWG 2011, 403.

6 EuGH, Urteil vom 16.02.2012, verbundene Rs. C-72/10 und C-77/10 – *Costa* und *Cifone* („*Costa*-Urteil“), ZfWG 2012, 105.

7 So etwa *Sporting Exchange*-Urteil (Fn. 2), Rn. 50; *Carmen Media*-Urteil (Fn. 3), Rn. 87; *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 56.

8 EuGH, Urteil vom 19.07.2012, Rs. C-470/11 – *SIA Garkalns* („*Garkalns*-Urteil“).

Urteile) verwiesen und wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts ein Vergabeverfahren für eine Spielbankenkonzession für nichtig erklärt.⁹ Dort waren Gewichtsregeln für die Konzessionsvergabe (in einem behördeninternen „Bewertungsbogen“ nach einem Punkteschema) erst nach Ablauf der Eingabefrist von der Behörde entwickelt worden. Bereits der Umstand, dass die aus Zeitungsberichten möglicherweise bekannte Identität der Antragsteller den Eindruck einer nicht objektiven Festlegung der Gewichtsregeln und der Unterkriterien erwecken könne, stellt nach Ansicht des VGH Liechtenstein einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar.¹⁰

In Österreich hat der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Oberösterreich kürzlich unter Hinweis auf das *Engelmann*- und das *Dickinger*-Urteil des EuGH Zweifel an der rechtlichen Haltbarkeit des Oberösterreichischen Glücksspielautomatengesetzes (und der aufgrund dieses Gesetzes erfolgten Konzessionsvergabe) und an der Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit Unionrecht geäußert.¹¹

II. Vorgaben des EuGH an die Vergabe von Glücksspielkonzessionen

1. Ausgangspunkt: Die Grundfreiheiten

Die Vergabe von Glücksspielkonzessionen ist bislang nicht durch sekundäres Europarecht geregelt. Bei ihnen handelt es sich um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des Europarechts, die allerdings von keiner Richtlinie erfasst werden, mit denen insbesondere der Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt ist.¹² Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen sind vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 ausgenommen.¹³ Lediglich für Dienste der Informationsgesellschaft ist eine Notifizierungspflicht in der Richtlinie 98/34/EG geregelt, so dass etwa der deutsche Glücksspielländerungsstaatsvertrag der Europäischen Kommission im Entwurf vorgelegt werden musste.¹⁴ Auch geplante Gesetzesänderungen hinsichtlich Glücksspielautomaten können „technische Vorschriften“ im Sinne dieser Richtlinie darstellen und müssen daher von der Europäischen Kommission vorab notifiziert werden, wenn diese Bestimmungen die Art und die Vermarktung wesentlich beeinflussen können.¹⁵

Ausgangspunkt ist damit das Primärrecht, hier die Grundfreiheiten und die allgemeinen Grundsätze, wie insbesondere das Diskriminierungsverbot und der effektive Rechtsschutz. Tätigkeiten, die darin bestehen, den

Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Geldspiel zu ermöglichen, sind in ständiger Rechtsprechung des EuGH seit dem *Schindler*-Urteil¹⁶ Dienstleistungen im Sinne des Europarechts und unterfallen daher der Dienstleistungsfreiheit. Aus den Grundfreiheiten hat der EuGH sehr detaillierte Transparenzanforderungen entwickelt. Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die öffentlichen Stellen, die Konzessionen auf dem Gebiet der Glücksspiele vergeben, „die Grundregeln der Verträge, insbesondere die Art. 43 EG¹⁷ und 49 EG¹⁸, sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten“.¹⁹ Die die Grundfreiheiten einschränkenden nationalen Maßnahmen müssen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, was für jede einschränkende Regelung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH im Einzelnen zu prüfen ist.²⁰ Diese gesetzlich festgehaltenen Gründe (wie etwa ordnungsgemäßer Spielablauf, Verhinderung krimineller Handlungen, Schutz vor Spielsucht) müssen dann auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien²¹ und bei der Auswahl maßgeblich sein. Ansonsten liegt eine inkohärente und damit europarechtlich nicht haltbare Regelung vor.

Auch wenn die Erteilung einer einzigen Zulassung nicht einem Dienstleistungskonzessionsvertrag gleichzustellen ist, können die sich aus der Dienstleistungsfreiheit ergebenden Erfordernisse, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, bei der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis europarechtswidrig missachtet werden.²² Denn das Transparenzgebot ist nach Ansicht des EuGH eine zwingende Vorbedingung des Rechts eines Mitgliedstaats, Genehmigungen für den Betrieb von Spielbanken zu erteilen, weil die Auswirkungen einer Erteilung derartiger Genehmigungen auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen, die möglicherweise an dieser Tätigkeit interessiert sind, die gleichen sind wie im Falle eines Konzessionsvertrags.²³ Der im Glücksspielbereich grundsätzlich bestehende Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten kann keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die geeignet ist, den Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere wenn sie eine Grundfreiheit wie den freien Dienstleistungsverkehr betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.²⁴

Neben der Dienstleistungsfreiheit prüft der EuGH vor allem die Niederlassungsfreiheit. So stellt etwa

9 VGH Liechtenstein, Urteil vom 31.05.2012 – VGH 2012/030, abrufbar unter <http://www.gerichtsentscheide.li>. Die Beschwerdeführerin hat nach Presseberichten angekündigt, das Verfahren an den Staatsgerichtshof weiterzuführen.

10 VGH Liechtenstein, a.a.O. Tz. 5.2. (S. 11).

11 Zu den Anträgen des UVS Oberösterreich an den österreichischen Verfassungsgerichtshof und den EuGH siehe Fn. 69 und 70.

12 Vgl. *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 49.

13 EuGH (Fn. 1), Rn. 22.

14 Notifizierungsverfahren Nr. 2011/188/D, siehe hierzu Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspielländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325.

15 EuGH, Urteil vom 19.07.2012, verbundene Rs. C-213/11- *Fortuna*, C-214/11- *Grand und C-217/11 - Forta*.

16 EuGH, Urteil vom 24.03.1994, Rs. C 275/92 – *Schindler*, Slg. 1994, I 1039, Rn. 25 – das erste Urteil des EuGH zu Glücksspielen. So auch *Carmen Media*-Urteil (Fn. 3), Rn. 40.

17 Niederlassungsfreiheit, seit dem 1.12.2009 geregelt in Art. 49 AEUV.

18 Dienstleistungsfreiheit, seit dem 1.12.2009 geregelt in Art. 56 AEUV.

19 *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 54.

20 Vgl. *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 43.

21 Vgl. VGH Liechtenstein (Fn. 9), Tz. 6.2. (S. 14).

22 *Sporting Exchange*-Urteil (Fn. 2), Rn. 46.

23 *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 53.

24 *Sporting Exchange*-Urteil (Fn. 2), Rn. 49; *Carmen Media*-Urteil (Fn. 3), Rn. 86; *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 54.

die Bedingung, dass Wirtschaftsteilnehmer, die eine Spielbank betreiben wollen, in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisiert sein müssen, nach Ansicht des EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.²⁵ Sie hindert insbesondere Wirtschaftsteilnehmer, die natürliche Personen sind, und Unternehmen, die in ihrem Niederlassungsstaat eine andere Gesellschaftsform gewählt haben, daran, eine Zweigniederlassung zu gründen.

Auch weitere Einschränkungen müssen verhältnismäßig sein. In dem Dickinger-Urteil merkt der EuGH etwa an, dass durch die Festlegung eines Gesellschaftskapitals in einer bestimmten (Mindest-)Höhe eine gewisse Finanzkraft des Anbieters gewährleistet und sichergestellt werden kann, so dass dieser in der Lage ist, die Verpflichtungen zu erfüllen, die er gegenüber Gewinnern haben könnte.²⁶ Doch sei zu bedenken, dass die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes es erfordere, dass die auferlegte Beschränkung (im Falle Österreichs ein Gesellschaftskapital von stattlichen EUR 109 Mio.) nicht über das hinausgehe, was erforderlich sei, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Ein derartig hohes Mindestkapital schränkt die Zahl möglicher Bewerber deutlich ein. In diesem Zusammenhang könnten etwa eine Bankgarantie oder eine Rückversicherung eines Millionen-Jackpots mildere Mittel darstellen. Das Verbot, Filialbetriebe außerhalb des Mitgliedstaats zu errichten, hat der EuGH für nicht gerechtfertigt gehalten.²⁷

2. Europaweite Ausschreibung und Transparenzgebot für das Verfahren

Mangels Einbeziehung in Richtlinien zum Auftragswesen gibt es keine unmittelbare Verpflichtung zur Ausschreibung von Glücksspielkonzessionen. Anders als durch eine europaweite Ausschreibung - in der EU und im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) - dürften die vom EuGH im Costa-Urteil bestätigten strengen Transparenzanforderungen in der Praxis allerdings nicht zu erfüllen sein.²⁸ Kaum verbreitete Medien sind jedenfalls für die Herstellung einer hinreichenden Bereichsöffentlichkeit nicht ausreichend.²⁹ Die Transparenzanforderungen sollen nämlich gewährleisten, dass „alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können, und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle ausschließen“.³⁰ Die Verpflichtung zur Transparenz betrifft zunächst die Behörde. Nach Auffassung

des EuGH soll die konzessionserteilende öffentliche Stelle feststellen können, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot beachtet worden sind.³¹ Noch wichtiger ist die Transparenz für Interessenten und Bewerber. Zugunsten der potenziellen Bewerber ist ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb ermöglicht.³² Eine Vergabe bzw. Konzessionsverlängerung ohne Veröffentlichung „unter der Hand“, wie sie der EuGH vor allem in der Rechtssache *Engelmann* kritisiert hatte³³, ist damit europarechtlich unzulässig. Nicht nur bereits aktive Glücksspielanbieter, sondern auch alle Interessenten, die ggf. erst in den Glücksspielmarkt einsteigen wollen (etwa Internet-, Gaming- oder Medienunternehmen), müssen eine umfassende Informationsmöglichkeit haben.

Auch ansonsten gilt ein umfassendes Transparenzgebot. Nach Auffassung des EuGH ist das „*Transparenzgebot nämlich als eine zwingende Vorbedingung des Rechts eines Mitgliedstaats (anzusehen), das ausschließliche Recht zur Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit an einen oder mehrere private Unternehmer zu vergeben*“.³⁴ Alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen demnach nicht nur veröffentlicht werden, sondern auch vorher „klar, genau und eindeutig formuliert“ sein.³⁵ Zum Einen sollen dadurch nach Überzeugung des EuGH alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Zum Anderen soll dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden. Nicht ganz zu Unrecht befürchtet der EuGH Willkür und „Günstlingswirtschaft“.

3. Bestimmtheit und Vorsehbarkeit der Vergabekriterien

Die Vergabekriterien müssen vorher gesetzlich geregelt und für die (potentiellen) Bewerber klar und bestimmt sein. Dies ist insbesondere bei Glücksspielkonzessionen einsichtig, die von dem Bewerber bzw. dem Konzessionsinhaber erhebliche wirtschaftliche Investitionen und Vermögensverfügungen erfordern (wie etwa die Stellung einer Bankgarantie z.T. bereits in der Bewerbungsphase oder die Hinterlegung eines Geldbetrags). Eine Änderung nach Ablauf der Ausschreibungsfrist, etwa durch einen behördeninternen „Bewertungsbogen“, bei dem Auswahlkriterien und deren Gewichtung (durch ein Punkteschema) erst nachträglich festgelegt werden³⁶, ist insoweit unzulässig. Für die Bewerber muss vorher objektiv erkennbar sein, auf was sie sich einlassen, welche Kriterien sie erfüllen müssen und wie diese von der Behörde beurteilt und gewichtet werden.

25 *Engelmann-Urteil* (Fn. 4), Rn. 28.

26 *Dickinger-Urteil* (Fn. 5), Rn. 77.

27 *Dickinger-Urteil* (Fn. 5), Rn. 88.

28 In § 4b Abs. 1 des neuen Glücksspielstaatsvertrags ist daher eine Veröffentlichung des Auswahlverfahrens im Amtsblatt der Europäischen Union vorgesehen. Eine entsprechende Bekanntmachung ist am 8. August 2012 erfolgt.

29 Der UVS Oberösterreich hat für Österreich eine hinreichende Transparenz bezweifelt bei „Kundmachung in kaum verbreiteten bzw. kaum öffentlich zugänglichen Printmedien (wie hier: Amtliche Linzer Zeitung und Amtsblatt zur Wiener Zeitung) oder elektronischen Medien (wie hier: Internet-Homepage des Landes Oberösterreich)“, Antrag an den Verfassungsgerichtshof vom 10.08.2012 – VwSen-740042/5/Gf/Rt und VwSen-700050/6/Gf/Rt u.a.

30 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 73.

31 EuGH (Fn. 1), Rn. 24.

32 *Engelmann-Urteil* (Fn. 4), Rn. 50.

33 *Engelmann-Urteil* (Fn. 4), Rn. 56: „völliges Fehlen von Transparenz“.

34 *Sporting Exchange-Urteil* (Fn. 2), Rn. 47.

35 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 89.

36 Vgl. VGH Liechtenstein (Fn. 9).

Der EuGH folgert aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, „dass Rechtsvorschriften vor allem dann, wenn sie nachteilige Folgen haben können, klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen voraussehbar sind“.³⁷ Auch nach Ansicht der Europäischen Kommission können nicht präzise Kriterien es den Bewerbern erschweren, ihre Chancen auf Erhalt einer Konzession korrekt zu bewerten.³⁸ Im *Costa*-Urteil äußert der EuGH, soweit in dem italienischen Gesetz hinsichtlich der Sanktionen auf „sonstige Straftatbestände, die geeignet sind, die vom Vertrauen getragenen Beziehungen mit der AAMS (italienische Glücksspielbehörde) zu zerrütten“, Bezug genommen wird, gravierende Zweifel an der Bestimmtheit, überlässt die Überprüfung angesichts der Aufgabenteilung zwischen EuGH und nationalem Gericht im Vorabentscheidungsverfahren jedoch dem vorlegenden Gericht.³⁹ Nach Ansicht des EuGH kann ein Ausschluss vom Markt durch Entzug der Konzession auch nur dann als dem Ziel der Bekämpfung der Kriminalität angemessen betrachtet werden, wenn er auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer hinreichend schweren Straftat beruht.⁴⁰

Auch Regelungen, die sich unterschiedlich auslegen lassen, sind nach Ansicht des EuGH nicht hinreichend klar und damit nicht hinreichend bestimmt. So verweist der EuGH in seinem *Costa*-Urteil hinsichtlich einer weiteren Konzessionsentziehungsmöglichkeit (die in Art. 23 Abs. 3 des von dem Konzessionsbewerber zu unterzeichnenden Mustervertrags vorgesehen ist) auf die zwei völlig unterschiedlichen Auslegungen durch den Generalanwalt.⁴¹ Dieser Bestimmung fehle es daher ersichtlich an Klarheit.

Auch die nachträgliche Festlegung der Gewichtung von Zuschlagskriterien verstößt nach Ansicht des VGH Liechtenstein gegen das Erfordernis „im Voraus bekannter Kriterien“.⁴² Die Erfüllung der einzelnen Zuschlagskriterien sei dann eben nicht vorhersehbar. Die Gewichtung der Kriterien spielt vor allem dann eine Rolle, wenn nur eine Konzession zu vergeben ist bzw. eine beschränkte Anzahl von Konzessionen vorgesehen ist, so dass eine Reihung der Bewerber nach objektiven Kriterien erforderlich ist (um damit eine hinreichend objektive und nachprüfbar Auswahl zu ermöglichen).

37 *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 74.

38 Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspielländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325, 328 (Tz. 2.1.). Die Kommission nennt beispielhaft das Sozial- und Wirtschaftlichkeitskonzept und die Rangfolge der Auswahlkriterien in § 4b Abs. 5 (des nunmehr zum 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrags). In der ergänzenden Stellungnahme vom 20.03.2012 (ZfWG 2012, 171) geht die Kommission davon aus, dass die „individuellen Bedingungen und Kriterien im Rahmen des Ausschreibung spezifiziert werden“.

39 *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 79.

40 *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 81.

41 *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 87.

42 VGH Liechtenstein (Fn. 9), Tz. 5.1. (S. 11 oben).

4. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot

4.1. Weites Diskriminierungsverbot

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben müssen, und impliziert somit, dass sie denselben Bedingungen unterliegen.⁴³ Das Diskriminierungsverbot gilt relativ weit. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann bereits eine tatsächliche Ungleichbehandlung, etwa wenn bestimmte Kriterien leichter von eigenen Staatsangehörigen zu erfüllen sind, eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Eine Maßnahme ist als *mittelbar diskriminierend* anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats als auf Inländer auswirken kann, sofern sie nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist.⁴⁴ Eine mittelbare Diskriminierung hat der EuGH bereits in dem Umstand gesehen, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer keine reale Möglichkeit hatten, ihr Interesse an der fraglichen Konzession zu bekunden.⁴⁵ Bereits der Verdacht eines parteiischen Verhaltens durch eine nicht objektive Festlegung von Gewichtungsregeln kann einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellen.⁴⁶

Zur Gleichbehandlung gehört auch, dass Nachweise und Unterlagen aus anderen Mitgliedstaaten als den nationalen Nachweisen und Unterlagen gleichwertig angesehen werden.⁴⁷ Im Grundsatz besteht aber – zumindest nach dem derzeitigen Stand des Unionsrechts – keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Glücksspielerlaubnissen.⁴⁸

Die Verpflichtung der Inhaber von Spielbankkonzessionen, ihren Sitz im Inland zu haben, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, weil sie Gesellschaften diskriminiert, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, und diese daran hindert, über eine Agentur, Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung Spielbanken zu betreiben.⁴⁹ Der kategorische Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, ist auch als unverhältnismäßig anzusehen, da er über das hinausgeht, was zur Bekämpfung der Kriminalität erforderlich ist.⁵⁰ Insoweit gibt es nämlich mehrere (mildere) Mittel, die Tätigkeit und die Konten dieser Wirtschaftsteilnehmer zu kontrollieren.

4.2. Level playing field für etablierte Konzessionsinhaber und Newcomer

Aus der vom EuGH geforderten Öffnung für den Wettbewerb und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt zudem, dass etablierte Konzessionsinhaber keine unzu-

43 *Costa*-Urteil (Fn. 6), Rn. 57.

44 Vgl. *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 51.

45 *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 51.

46 VGH Liechtenstein (Fn. 9), Tz. 5.2. (S. 11 unten).

47 Vgl. Ergänzende Stellungnahme der Kommission vom 20.03.2012 zu Glücksspielländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2012, 171, Tz. 2.1.

48 *Dickinger*-Urteil (Fn. 5), Rn. 96 unter Hinweis auf das *Stoß*-Urteil, Rn. 112.

49 *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 32.

50 *Engelmann*-Urteil (Fn. 4), Rn. 37.

lässigen Wettbewerbsvorteile gegenüber den Newcomern haben dürfen (wie etwa – so der Sachverhalt im *Costa*-Urteil - durch einseitig geltende Abstandsvorschriften). Auch die Europäische Kommission hat darauf hingewiesen, dass keine ungleichen Bedingungen für die neuen Marktteilnehmer geschaffen werden dürfen.⁵¹ Neue Bewerber sind gleich den etablierten Konzessionsinhabern zu behandeln. Bislang rechtswidrig ausgeschlossene Wirtschaftsteilnehmer müssen auf dem Markt unter den gleichen Voraussetzungen wie die bestehenden Betreiber tätig werden können.⁵² Auch Übergangsregelungen dürfen nicht zu ungleichen Bedingungen für die neuen Marktteilnehmer führen.⁵³ Die etablierten Betreiber müssen den gleichen Konzessionsbedingungen und dem gleichen Zeitplan unterliegen.⁵⁴ Den bisherigen Konzessionsinhabern, die sich auf dem Markt bereits etablieren konnten, dürften nach Ansicht des EuGH keine zusätzlichen Wettbewerbsvorteile eingeräumt werden.⁵⁵ Ansonsten werde der rechtswidrige Ausschluss aufrechterhalten und verstärkt. Dies stelle eine weitere Verletzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dar und verstoße gegen den Gleichbehandlungs- und Effektivitätsgrundsatz.

In der Rechtssache *Costa* schützte die italienische Regelung die von den bereits etablierten Betreibern erworbenen Geschäftspositionen zum Nachteil der neuen Konzessionäre, indem diese einen Mindestabstand zu den bereits vorhandenen Konzessionären einzuhalten hatten. Diese mussten sich an Orten niederlassen, die geschäftlich weniger interessant sind.⁵⁶ Eine solche Maßnahme bedeutet somit eine Diskriminierung der von der Ausschreibung von 1999 (rechtswidrig) ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer. Die etablierten Konzessionäre und die Zulassungsbehörde können sich insbesondere nicht auf „Kontinuität, finanzielle Stabilität und angemessene Renditen aus den getätigten Investitionen“ berufen, da es sich hierbei nicht um zwingende Gründe des Allgemeininteresses handelt, die ggf. eine Einschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen können.⁵⁷ Auch mit dem Argument einer Verringerung der Gelegenheit zum Spiel, kann angesichts der expansiven Politik im italienischen Glücksspielsektor die Ungleichbehandlung nicht begründet werden.⁵⁸ Auch das Argument der Kriminalitätsbekämpfung kann nur dann angeführt werden, wenn die eingesetzten Mittel kohärent und systematisch sind.⁵⁹ Dies scheidet nach Auffassung des EuGH schon daran, dass die Mindestabstandsregelung nur für

neue Konzessionäre und nicht für die bereits etablierten gilt.⁶⁰ Eine entsprechend sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist europarechtlich nicht haltbar.

5. Gerichtliche Überprüfbarkeit und effektiver Rechtsschutz

Der EuGH fordert eine umfassende gerichtliche Nachprüfbarkeit, indem er mehrfach die Bindung der Behörde an die Grundfreiheiten und die europarechtlichen Grundsätze, wie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot betont.⁶¹ Dem entsprechend muss die Behörde zur Erfüllung des Transparenzerfordernisses „einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der eine Öffnung der Konzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“.⁶² Die im Vorhinein bekannten Kriterien müssen auch gerichtlich überprüfbar sein, so dass - so die Vorgabe des EuGH - „damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden“.

Jedem Marktteilnehmer, der von einem „System der vorherigen behördlichen Genehmigung“ betroffenen ist, muss der Rechtsweg offen stehen.⁶³ Somit muss insbesondere für die (erfolglosen oder sich anderweitig benachteiligt fühlenden) Bewerber um eine Konzession eine Nachprüfung möglich sein, ob die Verfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.⁶⁴ Für die rechtswidrig von der Konzessionsvergabe ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer muss es einen effektiven Rechtsschutz geben.⁶⁵ Dieser darf nicht weniger günstig ausgestaltet sein als für entsprechende Sachverhalte innerstaatlicher Art (*Äquivalenzgrundsatz*).⁶⁶ Auch darf er die Ausübung der Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Effektivitätsgrundsatz*).⁶⁷ Einem klagenden Bewerber dürfen daher keine zu hohen Hürden auferlegt werden, wie etwa eine praktisch nicht zu erfüllende Darlegungs- und Beweislast. Das zur Überprüfung angerufene nationale Gericht muss im Sinne der vom EuGH geforderten Transparenz umfassend Einblick in sämtliche relevanten Behördenakten erhalten. Offen ist allerdings noch, was unter dem „angemessenen Grad von Öffentlichkeit“ im konkreten Fall zu verstehen ist, insofern es um Geschäftsinterna der Bewerber geht.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Der EuGH hat aus den Grundfreiheiten und den allgemeinen Grundsätzen ein inzwischen ausdifferenziertes System von Kriterien entwickelt, die an die Vergabe

51 Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325, 329 (Tz. 2.3.).

52 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 52 unter Hinweis auf Rn. 63 des *Placanica*-Urteils.

53 Stellungnahme der EU-Kommission vom 18.07.2011 zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2011, 325, 331 (Tz. 2.9.).

54 Vgl. Ergänzende Stellungnahme der Kommission vom 20.03.2012 zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, ZfWG 2012, 171, 173 (Tz. 2.3.).

55 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 53.

56 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 58.

57 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 59.

58 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 62.

59 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 63 unter Verweis auf Rn. 48 und 53 des *Placanica*-Urteils.

60 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 64.

61 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 54.

62 *Costa-Urteil* (Fn. 6), Rn. 55, bestätigt in Rn. 72.

63 *Sporting Exchange-Urteil* (Fn. 2), Rn. 50 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 20.2.2001, *Anallir* u. a., C 205/99, Slg. 2001, I 1271, Rn. 3.

64 *Garkalns-Urteil* (Fn. 8).

65 *Costa-Urteil*, Rn. 51.

66 *Costa-Urteil*, Rn. 51.

67 *Costa-Urteil*, Rn. 51.

von Glücksspielkonzessionen anzulegen sind. Wenn ein Mitgliedstaat sich zur Öffnung eines Glücksspielbereichs entschließt (indem er etwa eine Spielbankkonzession erteilt oder Sportwettenkonzessionen ausschreibt) hat er diese Kriterien zu beachten.

Nach den Feststellungen des EuGH muss dann auch eine konsequente Öffnung für den Wettbewerb erfolgen. Im Interesse des Wettbewerbs und einer effektiven gerichtlichen Überprüfung der Konzessionsvergabe fordert der EuGH vor allem Publizität, Transparenz und Gleichbehandlung. Die (potentiellen) Bewerber müssen - in der Praxis durch eine europaweite Ausschreibung - transparent informiert und gleich behandelt werden. Der Mitgliedstaat muss die hinreichend bestimmten Vergabekriterien und deren Gewichtung gesetzlich regeln (d.h. nicht dem Ermessen der Behörde überlassen) und vorher veröffentlichen. Bereits in der Ausschreibung sind die Gewichtungen und Unterkriterien für die Zuschlagskriterien zu veröffentlichen. Alle relevanten Bedingungen müssen „klar, genau und eindeutig“ formuliert sein, so dass sich die Bewerber darauf einstellen können. (Potentielle) Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten dürfen weder offen noch mittelbar diskriminiert werden (etwa durch nicht oder deutlich schwerer von ihnen zu erfüllende Voraussetzungen). Auch dürfen etablierte Konzessionsinhaber keine unzulässigen Wettbewerbsvorteile gegenüber den Newcomern behalten (so etwa durch Vorteile im Vertrieb).

Bei einer Nichtbeachtung des Transparenz- bzw. Gleichbehandlungsgebots können benachteiligte Bewerber nach meiner Ansicht Schadensersatzansprüche wegen unionsrechtlicher Staatshaftung geltend machen.

Aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist ein deutlicher Vorbehalt gegen eine intransparente Vergabe „unter der Hand“ und eine mögliche Behördenwillkür ersichtlich. Nach Auffassung des EuGH muss den Konkurrenten deswegen eine effektive gerichtliche Nachprüfung ermöglicht werden. Eine Umsetzung der Vorgaben des EuGH

durch die nationalen Gerichte ist zu erwarten. So hat etwa ein Bewerber für eine Spielbankkonzession in Österreich angekündigt, die geplante Vergabe in Paketen (sechs Standorte zusammen⁶⁸) gerichtlich überprüfen zu lassen. Hinsichtlich der Konzessionsvergabe nach dem Oberösterreichischen Glücksspielautomatengesetz hat der UVS Oberösterreich unter Hinweis auf das *Engelmann*- und das *Dickinger*-Urteil europarechtliche Bedenken geäußert und die Sache kürzlich dem österreichischen Verfassungsgerichtshof vorgelegt.⁶⁹ Bezüglich der Vergabe von Sportwettenkonzessionen in Deutschland hatten mehrere Buchmacher eine gerichtliche Überprüfung in Aussicht gestellt. Auch der EuGH, dem weitere Verfahren vorgelegt werden, dürfte die Kriterien weiter ausdifferenzieren. So hat der UVS Oberösterreich die Berechtigung eines (Quasi-)Monopols bezweifelt und den EuGH deswegen im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV um Klärung gebeten.⁷⁰ Auf längere Sicht sollten zumindest Mindeststandards durch Sekundärrecht festgelegt werden.

68 Statt bislang 12 Konzessionen, die Ende 2012 auslaufen, soll es in Österreich nunmehr 15 Konzessionen geben. In der Ausschreibung ist u.a. ein sog. „Landpaket“, das Konzessionen für sechs Spielbanken außerhalb von Landeshauptstädten umfasst, vorgesehen. Die erste Tranche umfasst sechs Lizenzen für Wien, Linz, Salzburg, Graz, Innsbruck und Bregenz. Ein Antrag, die Ausschreibung der Casinolizenz für dieses „Stadtpaket 1“ aufzuheben, wurde vom Österreichischen Verfassungsgerichtshof (VfGH) aus formalen Gründen als unzulässig zurückgewiesen, Beschluss vom 11.06.2012 – V 129/11-9. Zunächst sei das Verwaltungsverfahren abzuwarten und dann gegen den Bescheid mit einer Beschwerde vorzugehen. Inzwischen hat der UVS Oberösterreich eine verfassungsgerichtliche Klärung beantragt, s. nachfolgende Fn.

69 UVS Oberösterreich, Anträge an den Verfassungsgerichtshof vom 10.08.2012 – VwSen-740042/5/Gf/Rt und VwSen-700050/6/Gf/Rt u.a. Der UVS bezweifelt insbesondere die gesetzlich vorgesehene Beschränkung auf drei Konzessionen. Das Ziel der Kriminalitäts- und Spielsuchtbekämpfung könne auch dadurch erreicht werden, dass das Kontingent von 449 Glücksspielautomaten „auf mehr – nämlich beispielsweise auf insgesamt 5 oder 10 – Konzessionäre aufgeteilt wird“.

70 UVS Oberösterreich, Antrag auf Vorabentscheidung vom 10.08.2012 – VwSen-740121/2/Gf/Rt u.a. Neben einer weiteren Klärung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei glücksspielrechtlichen Bestimmungen/Einschränkungen bittet der UVS auch um Auslegung der „demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen, wie diese offenkundig dem Art. 16 EGRC zu Grunde liegen, und/oder des Fairness- und Effizienzgebots des Art. 47 EGRC“.

Full House für den Fiskus? Zur ertragsteuerlichen Behandlung von Pokereinkünften

Full House for tax authorities? The taxation of poker profits and losses

Von Florian Schiefer und Dominik Schleyer, Bamberg*

Summary:

Whether or not profits and losses of poker player are taxable income according to the German Income Tax Act is questionable. Pokergames therefor would have to be qualified as games with a predominant influence of individual skill on the result.

By nature, Pokergames can not be classified as games of skill or games of chance without difficulty, which makes a clear differentiation between both of them necessary. Neither the relevant jurisdiction, nor the empirical data are an evident basis for such an unambiguous classification. However, the analysis of the variations “Five Draw” and “Texas Hold’em” shows, that at least “Texas Hold’em” could be qualified as a game of skill and subsequently have relevance for the German Income tax.

* Dipl.-Kfm. (Univ.) Florian Schiefer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insbes. Betriebliche Steuerlehre an der Universität Bamberg, Lehrstuhlinhaber: Steuerberater Univ.-Prof. Dr. Thomas Egner. Dominik Schleyer, B. Sc. verfasste seine Abschlussarbeit an diesem Lehrstuhl zur Einkommensteuerpflicht von Poker-Spielern.