



Prof. Dr. Stefan Hertwig,
Fachanwalt für Vergaberecht und für Verwaltungsrecht,
Berlin, Köln

19. Symposium Glücksspiel am 15. und 16. März 2022

Konzessionen für Online-Casinos: eine Übersicht

GLIEDERUNG

- Voraussetzungen der unmittelbaren oder mittelbaren Eigenveranstaltung
- Rechtsnatur der Konzessionen
- Das Vergabeverfahren zur Erteilung einer oder mehrerer Konzessionen
- Rechtsschutzmöglichkeiten interessierter Unternehmen

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

§ 22 c Online-Casinospiele

(1) Die Länder können Online-Casinospiele für ihr Hoheitsgebiet auf gesetzlicher Grundlage

1. selbst, durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder durch eine privatrechtliche Gesellschaft, an der juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, veranstalten oder
2. eine, maximal jedoch so viele Konzessionen erteilen, wie Konzessionen für Spielbanken ... vergeben werden können.

(2) ¹Auf der Grundlage eines Verwaltungsabkommens ist eine gemeinschaftliche Veranstaltung oder die Veranstaltung durch einen Veranstalter nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 eines anderen Landes möglich. ²Auf gesetzlicher Grundlage können Länder für ihre Hoheitsgebiete gemeinsame Konzessionen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 erteilen;

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021:

Ferner sieht dieser Staatsvertrag auch keine Bindung der Länder an die Regulierungsentscheidung im Bereich der Spielbanken vor. Länder, die Spielbanken selbst betreiben, können daher für das Online-Casino Konzessionen an Private erteilen und umgekehrt.

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

Damit sind vier Entscheidungen der Länder notwendig:

1. Sollen Online-Casinospiele in ihrem Hoheitsgebiet überhaupt angeboten werden?
2. Soll hierfür ein Markt für Private eröffnet werden?
3. Wie soll die Selbstvornahme organisiert werden?
4. Wie soll die Konzessionsvergabe organisiert werden

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

1. Die Länder können (für ihr Hoheitsgebiet) selbst Online-Casinospiele veranstalten
2. Die Länder können durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts veranstalten
3. Die Länder können durch eine privatrechtliche Gesellschaft veranstalten, wenn
 - juristische Personen des öffentlichen Rechts
 - unmittelbar oder
 - mittelbar
 - **maßgeblich** beteiligt sind
4. Die Länder können (mit Verwaltungsabkommen) gemeinschaftlich selbst veranstalten
5. Die Länder können gemeinsam eine juristische Person des öffentlichen Rechts gründen
6. Die Länder können gemeinsam eine juristische Person des privaten Rechts gründen
7. Ein Land kann den Veranstalter eines anderen Landes **beauftragen**

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

1. Wie kommt eine private Beteiligung an einer privatrechtliche Gesellschaft zustande, an der

- juristische Personen des öffentlichen Rechts
- unmittelbar oder
- mittelbar
- **maßgeblich** beteiligt sind?

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

§ 108 Abs. 1 GWB Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

3. an der juristischen Person **keine direkte private Kapitalbeteiligung** besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

2. Wie kann ein Land den Veranstalter eines anderen Landes beauftragen?

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

§ 108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

4) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 ausübt, aber

1. der öffentliche Auftraggeber **gemeinsam** mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen, ...

3. an der juristischen Person **keine direkte private Kapitalbeteiligung** besteht; Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.

RECHTSNATUR DER KONZESSIONEN

Die Erteilung einer „Konzession“

Konzession = Erlaubnis

oder gilt der europarechtliche Begriff der „Konzession“?

S. 5 der amtlichen Erläuterungen zum GlüStV spricht von „Erlaubnissen“ für die Veranstaltung von Online-Casinospielen.

Auf Seite 24 heißt es dort:

„Zur Reduktion des Suchtpotenzials trägt insbesondere der durch die Begrenzung der Konzessionen auf das jeweilige Hoheitsgebiet der Länder weitgehende Ausschluss von Wettbewerb zwischen Veranstaltern von Online-Casinospielen bei, die – anders als in einem Erlaubnismodell – nicht um das für den Spieler attraktivste Angebot konkurrieren und deshalb weder besonders attraktive und suchtanreizende Spielformen anbieten noch verstärkte Werbeaktivitäten durchzuführen brauchen.“

RECHTSNATUR DER KONZESSIONEN

§ 105 GWB (Konzessionen)

Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

1. oder

2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen **betrauen**, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

RECHTSNATUR DER KONZESSIONEN

EuGH v. 3.06.2010 (Rs. C-203/08 – Sporting Exchange)

Dass die Erteilung einer einzigen Zulassung nicht einem Dienstleistungskonzessionsvertrag gleichzustellen ist, kann für sich allein nicht rechtfertigen, dass die sich aus Art. 49 EG ergebenden Erfordernisse, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, bei der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden missachtet (Rn. 46)

RECHTSNATUR DER KONZESSIONEN

Es spricht also viel dafür, dass es sich bei den Konzessionen nach § 22 c Abs. 1 Nr. 2 GlüStV nicht um Konzessionen im Sinne der Konzessionsvergaberichtlinie handelt, weil eine bloße Erlaubnis erteilt wird, die nicht mit der Pflicht verbunden ist, Online-Casinospiele zu veranstalten.

Anders könnte sich die Rechtslage im Hinblick auf die Veranstaltung von Online-Casinospiele durch eine von den Ländern gemäß § 22 c Abs. 1 Nr. 1 GlüStV eingeschaltete juristische Person darstellen, weil diese im Zweifel auch verpflichtet werden soll, die Online-Casinospiele durchzuführen.

In jedem Falle handelt es sich bei der Konzession um einen Verwaltungsakt

VORAUSSETZUNGEN DER UNMITTELBAREN ODER MITTELBAREN EIGENVERANSTALTUNG

Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021:

Nummer 2 enthält ausschließlich eine zahlenmäßige Begrenzung. Eine weitergehende Bindung an das Spielbankenrecht ergibt sich aus diesem Staatsvertrag nicht. Insbesondere ist die Konzession für die Veranstaltung von Online-Casinospielen nicht zwingend an Inhaber einer Konzession für Spielbanken zu vergeben; der Staatsvertrag steht einer Verknüpfung der Erlaubnisse jedoch auch nicht entgegen.

S. dazu aber EuGH, Urteil v. 28.02.2018 (Rs. C-3/17):

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.

DAS VERGABEVERFAHREN ZUR ERTEILUNG EINER ODER MEHRERER KONZESSIONEN

Die Frage, ob es sich um Konzessionen im Sinne der Konzessionsvergaberichtlinie handelt, hat damit Konsequenzen

- für das durchzuführende Vergabeverfahren und
- für den Rechtsschutz der Bieter.

DAS VERGABEVERFAHREN ZUR ERTEILUNG EINER ODER MEHRERER KONZESSIONEN

Entwurf für ein Gesetz über die Zulassung von Online-Casinospielen im Land Nordrhein-Westfalen (Online-Casinospiel Gesetz NRW - OCG NRW)

§ 6 Konzessionserteilung

(1) Für die Vergabe der Konzessionen gelten die Bestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. IS. 1750, 3245) in der jeweils geltenden Fassung, sowie der Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683) in der jeweils geltenden Fassung.

Begründung

Das Verfahren zur Erteilung einer Konzession richtet sich nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, um Rechtssicherheit hinsichtlich des anwendbaren Konzessionsverfahrensrecht zu schaffen. Damit besteht auch für Bewerberinnen und Bewerber Klarheit, welche Vorschriften anzuwenden sind

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN INTERESSIERTER UNTERNEHMEN

Spannend ist die Frage nach dem eröffneten Rechtsweg.

Nach dem Online-Casinospiel Gesetz NRW soll der Vierte Teil des GWB anwendbar sein, also auch die Vorschriften der §§ 155 ff über das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer mit sofortiger Beschwerde zum OLG.

§ 156 Abs. 2 GWB bestimmt, dass Rechte aus § 97 Absatz 6 sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden können. Die Zuständigkeit der Zivil- und der Verwaltungsgerichte wird ausgeschlossen.

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN INTERESSIERTER UNTERNEHMEN

Spannend ist die Frage nach dem eröffneten Rechtsweg.

Kann ein Landesgesetz die Regelung des § 40 Abs. 1 VwGO abändern, wonach der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind?

Aber § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO bestimmt weiter:

„Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.“

Sind die Vergabekammern „Gerichte“ im Sinne dieser Regelung?

DAS VERGABEVERFAHREN ZUR ERTEILUNG EINER ODER MEHRERER KONZESSIONEN

Entwurf für ein Gesetz über die Zulassung von Online-Casinospielen im Land Nordrhein-Westfalen (Online-Casinospiel Gesetz NRW - OCG NRW)

§ 6 Konzessionserteilung

Satz 2:

Der Zuschlag wird an diejenigen Bieterinnen oder Bieter erteilt, deren Angebot auf Basis der vorgegebenen Kriterien für die vorgesehene Laufzeit der Konzession die Verwirklichung der Ziele des § 1 Satz 1 des Glücksspielstaatsvertrags 2021 am besten erfüllt und einen wirtschaftlichen Gesamtvorteil ergibt.

DAS VERGABEVERFAHREN ZUR ERTEILUNG EINER ODER MEHRERER KONZESSIONEN

Amtliche Erläuterungen, S. 8:

„Zu den in diesem Staatsvertrag vorgesehenen Maßnahmen gehört für Lotterien, Spielbanken und Online-Casinospiele die Beschränkung der Anzahl der Anbieter.“

Es muss also eine Auswahlentscheidung unter zahlreichen Interessenten für die begrenzte Zahl an Konzessionen getroffen werden.

DAS VERGABEVERFAHREN ZUR ERTEILUNG EINER ODER MEHRERER KONZESSIONEN

Amtliche Erläuterungen, S. 26:

„Bis zum Inkrafttreten des Dritten Glücksspieländerungsstaatsvertrages am 1. Januar 2020 wurde der Unmöglichkeit der Konzessionserteilung aufgrund gerichtlicher Entscheidungen (vgl. HessVGH, Beschluss vom 16.10.2015 - 8 B 1028/15) dadurch Rechnung getragen, dass gegen Anbieter nicht allein wegen der fehlenden Konzession vorgegangen wurde. Anbieter, die ohne Konzession in Deutschland tätig waren, wurden im Vollzug nachrangig aufgegriffen und konnten daher trotz fehlender Konzession auf dem deutschen Glücksspielmarkt tatsächlich tätig werden, wenn sie wesentliche inhaltliche Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrags in ihrer Gesamtheit...“

DAS VERGABEVERFAHREN ZUR ERTEILUNG EINER ODER MEHRERER KONZESSIONEN

HessVGH, Beschluss vom 16.10.2015 - 8 B 1028/15:

„Das konkrete Verfahren ist allerdings unter Verletzung des Transparenzgebotes durchgeführt worden, weil der Antragsgegner in der Ausschreibung eine unzutreffende Angabe hinsichtlich des für die Vergabe der Konzessionen maßgeblichen Auswahlkriteriums genannt hat (a) und auch die Gewichtung der Auswahlkriterien mit den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages nicht in Einklang steht (b).“

Es besteht also die Gefahr, dass es auch bei der Vergabe von Konzessionen für Online-Casinospiele zu uferlosen Rechtsstreitigkeiten kommt, die einer Vergabe letztlich entgegenstehen, so dass illegale Veranstalter doch wieder geduldet werden müssen.

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!

Für weitergehende Fragen zum Thema stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung:

Tel.: 0221 95190 89

Mail: s.hertwig@cbh.de

Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Hertwig

Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Fachanwalt für Vergaberecht