

August 2016

11. Jahrg.

71732

Seite 173-284

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

3/4

Dr. Tobias Hayer

173 Die Regulierung des gewerblichen Automatenspiels

Prof. Roland Bornemann und Anja Schleyer

174 Schleichwerbung für Glücksspiel im Fernsehen: eine Fortsetzungsgeschichte

Dr. Bernd Berberich und Prof. Dr. Hans Kudlich

179 Zahlungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Glücksspiel-Angeboten im Internet als Geldwäsche?

Prof. Dr. Markus Ruttig

185 Zum Umsetzungsbedarf durch die 4. EU-Geldwäsche Richtlinie für terrestrisch vertriebene Glücksspiele

Dr. Juliane Hilf und Klaus Umbach, LL.M.

195 Neue Rechtsprechung zum Sportwettkonzessionsverfahren

Dr. Jonas Krainbring

200 Die Zulässigkeit eines Losverfahrens bei der Vergabe von glücksspielrechtlichen Erlaubnissen für Spielhallen

Prof. Dr. Gerhard Strejcek, Lisa-Maria Satzinger und Julia Sautner

204 Neue Entwicklungen im österreichischen Glücksspielrecht

Dr. Urs Scherrer und Dr. Rafael Brägger

209 Aktuelle gesetzgeberische Entwicklungen in der Schweiz und in Liechtenstein

Prof. Dr. Gerhard Meyer

214 Der „Düsseldorfer Kreis“

229 Kommunale Vergnügungssteuersatzung zur Besteuerung von Wettbüros ist unwirksam

VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 28.1.2016 – 2 S 1019/15

236 Anmerkung von *Martin Reeckmann*

251 Erhebung einer Wettbürosteuer durch kommunale Vergnügungssteuersatzung verstößt nicht gegen höherrangiges Recht

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 13.4.2016 – 14 A 1599/15

263 Anmerkung von *Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*

Sonderbeilage 2/2016:

Prof. Dr. Dr. Franz W. Peren und Prof. Dr. Reiner Clement

Der deutsche Glücks- und Gewinnspielmarkt

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

V. Fazit

Die Diskussion um eine Reform der Sportwettenregulierung unter dem GlüStV hat längst (wieder) begonnen. Der Entwurf für einen Änderungsstaatsvertrag zum GlüStV, den das Land Hessen vorgelegt hat und der u. a. ein Erlaubnisverfahren mit rein qualitativen Restriktionen für Sportwettanbieter ohne Deckelung der Erlaubniszahl vorsieht, hat offenbar in der Ministerpräsidentenkonferenz am 17.3.2016 (noch) keine mehrheitliche Unterstützung erfahren. Vielmehr wurde nach dieser Konferenz gegenüber der Presse bekannt gegeben, dass an einem Konzessionsmodell für Sportwetten festgehalten werden soll; der bestehende GlüStV solle durch „minimal-invasive Eingriffe“ fortentwickelt werden. Bislang ist von einer Erhöhung der Konzessionszahl auf 40 und von der Möglichkeit der Erteilung von „vorläufigen Konzessionen“⁵² bis zum Abschluss des neuen Konzessionsverfahrens die Rede. Angesichts der Vielzahl der rechtlichen Angriffspunkte gegen den bisherigen GlüStV und das durchgeführte Konzessionsverfahren, ist das Risiko hoch, dass lediglich minimal-invasive Fortentwicklungen *nicht* zu mehr Rechtssicherheit führen werden. Auch was die Etablierung übergangsweiser Erlaubnisverfahren (durch die Behörden) betrifft, kann Deutschland bislang nicht auf rechtssichere „Erfolgsmodelle“ verwei-

sen.⁵³ Behörden und Politik wären gut beraten, aus den gerichtlich festgestellten Mängeln der Sportwettregulierung entsprechende Schlüsse zu ziehen, da sonst aus den „Fehlern im System“ schnell „systematische Fehler“ werden können.

Summary

It has been four years since the sports betting concession system under the Interstate Treaty on Gambling came into effect. No licenses have been issued so far. Instead, a considerable number of court decisions have raised concerns as to the compatibility of the sports betting licensing process with EU and constitutional law, in particular in terms of the requirements of transparency. This article gives an overview of the most recent court decisions that have been rendered since April 2015.

52 Konkrete Vorschläge, wie ein „System vorläufiger Genehmigungen“ für die Veranstaltung von Sportwetten aussehen könnte, haben beispielsweise Dietlein/Peters, ZfWG 2016, 78, 84 gemacht.

53 Vgl. EuGH (Fn. 40), Rn. 59 – Ince (zum „fiktiven Erlaubnisverfahren“ unter GlüStV 2008). Vgl. nunmehr auch BVerwG, Urt. v. 15.6.2016 – 8 C 5/15.

Dr. Jonas Krainbring, Freiburg i.Br.*

Die Zulässigkeit eines Losverfahrens bei der Vergabe von glücksspielrechtlichen Erlaubnissen für Spielhallen

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob bei der Vergabe der Spielhallenerlaubnisse für Inhaber einer Erlaubnis nach § 33i GewO eine Auswahl der Behörden durch Losentscheid eine rechtlich zulässige Methode darstellen kann.

In den meisten Bundesländern¹ werden im Jahr 2017 die Erlaubnisse zum Betrieb einer Spielhalle neuerlich vergeben. Hier stellt sich nicht nur für die Kommunen die Frage, nach welchen Kriterien sie hier unter den bereits am Markt ansässigen und den sich möglicherweise erstmalig bewerbenden Anbietern auswählen sollen. Auch für die Spielhallenbetreiber selbst ist diese Frage selbstverständlich von hohem Interesse, damit sich diese auf die kommenden Auswahlverfahren einstellen können. Mögliche Verfahren sind hier zum Beispiel das sogenannte Windhundprinzip, bei dem die ersten Antragsteller den Zuschlag erhalten, eine Auswahl nach dem Alter der Spielhalle oder eine Entscheidung anhand der Einträge des Betreibers im Gewerbezentralregister.

Unter anderem hat sich das Land Niedersachsen bereits für ein solches Verfahren entschieden. Ob hierdurch aber im Bereich des hochregulierten Glücksspielmarktes eine rechtsgültige Lösung erzielt werden kann, erscheint fraglich.

I. Grundsätzliche Zulässigkeit eines Losverfahrens

Besteht ein nur begrenztes Kontingent an Plätzen zur Teilnahme an einer Veranstaltung, so ist das Losverfahren als mögliche Entscheidungsgrundlage nicht von vornherein

ausgeschlossen. Vielmehr ist in der Rechtsprechung und auch der Literatur seit langem grundsätzlich anerkannt, dass das Losverfahren jedenfalls in bestimmten Fällen eine rechtmäßige Entscheidungsgrundlage für den Ausschluss bestimmter Anbieter von einer Veranstaltung gem. § 70 Abs. 3 GewO darstellen kann² – insbesondere dann, wenn es sich um gleichartige Angebote handelt.³ Hier sind vor allem derartige Fälle von besonderer Häufigkeit, in denen es um das Aufstellen von Ständen und Fahrgeschäften auf Märkten geht.⁴ So wurde bezüglich des Aufstellens eines Autoskooters auf einem Jahrmarkt entschieden, dass aufgrund der zu erwartenden etwa gleichartigen Attraktivität der verschiedenen Anbieter für die Nutzer durch das Losverfahren sinnvolle Entscheidungen erzielt werden können.⁵ Das Verfahren bietet nicht nur eine besondere Chancengleichheit für die Bewerber,⁶ es reduziert für die Behörde zudem den notwendigen Verwaltungs- und vor allem Begründungsaufwand in einem ganz erheblichen Maße.⁷

In welchem Rahmen und wann aber genau ein Losverfahren möglich sein soll, ist unsicher. So lässt sich beispielhaft

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Ausnahme Berlin; dort schon 2016.

2 S. nur VGH München, 12.7.2011 – 4 CS 11.1200.

3 Depenheuer, JZ 1993, 171, 176; Püttner/Lingemann, JA 1984, 121, 129.

4 Hierzu ausführlich Braun, NVwZ 2009, 747 ff.

5 OVG Lüneburg, 16.6.2005 – 7 LC 201/03 = NVwZ-RR 2006, 177 ff.

6 Püttner/Lingemann, JA 1984, 121, 129.

7 Windoffer, GewArch 2013, 265, 267; Braun NVwZ, 2009, 747, 752.

sowohl die Ansicht finden, ein Losverfahren sei nur sinnvoll, wenn die Anzahl der Interessenten das Angebot allenfalls gering überschreitet⁸ als auch die, dass eine Anwendung nur bei einer deutlichen Überschreitung Sinn ergebe.⁹ Gerade im Hinblick auf die absolute Neutralität des Losverfahrens – welche zum Teil gar als „inhuman“ bezeichnet wird¹⁰ – gibt es gerade in der Literatur Stimmen, die eine Anwendung allenfalls als ultima ratio anerkennen wollen, wenn es keine anderen sachbezogenen Kriterien gibt.¹¹ Die größte Bekanntheit dürfte hier wohl das Zitat *Dürigs* haben, wonach das Losverfahren schlicht eine „Bankrotterklärung des Rechts“¹² sei.

Auch außerhalb der Gewerbeordnung ist das Losverfahren grundsätzlich anerkannt. Hier ist beispielsweise an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Namenswahl des Kindes zu denken.¹³ Besonderes aber bei der Entscheidung über die Aufnahme an eine Schule oder Universität wird oft auf dieses Verfahren zurückgegriffen.¹⁴ Hierbei werden jedoch regelmäßig vorab Leistungsgruppen gebildet¹⁵ oder durch die Aufteilung der Lose sichergestellt, dass im Ergebnis das erwünschte Verhältnis von Jungen und Mädchen tatsächlich gezogen wird.¹⁶ Diese Modifikationen erscheinen dabei für eine sachgerechte Entscheidung erforderlich. Ein reines Losverfahren würde in derartigen Fällen zu kaum nachvollziehbaren Ergebnissen führen.¹⁷

Das Losverfahren ist somit auf den ersten Blick als Entscheidungsgrundlage für die Erteilung der Spielhallenerlaubnisse zumindest nicht ausgeschlossen.

II. Rechtliche und tatsächliche Situation des Spielhallenmarkts

Um zu beurteilen, ob eine Anwendung des Verfahrens auch auf den Spielhallenmarkt angemessen wäre, erscheint es zunächst sinnvoll, sich einen Überblick über die rechtliche und tatsächliche Situation auf diesem Markt zu verschaffen.

Bislang war für den Betrieb einer Spielhalle eine Erlaubnis nach § 33i GewO erforderlich, welche unbefristet erteilt wurde. Aufgrund des neuen Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) in Verbindung mit den jeweiligen Ausführungsgesetzen der Bundesländer ist nun jedoch eine gesonderte glücksspielrechtliche Erlaubnis erforderlich. Diese wird beispielsweise in Baden-Württemberg (§ 41 Abs. 1 LGLüG Baden-Württemberg) sogar ausdrücklich als die Erlaubnis nach § 33i GewO ersetzend beschrieben. Während einer Übergangsfrist ist es Inhabern einer alten § 33i GewO-Erlaubnis jedoch weiterhin gestattet, die Spielhalle ohne eine neue Erlaubnis zu betreiben. Diese Frist endet fünf Jahre nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags, § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV, also zum 1.7.2017.

Die Erlangung einer solchen Erlaubnis wird aber für einen Großteil der Betreiber nicht möglich sein, da der Glücksspielstaatsvertrag erhöhte Anforderungen an die Erlaubniserteilung stellt. So sind sogenannte Mehrfachkonzessionen – also der Betrieb mehrerer Spielhallen in einem Gebäude – nicht mehr gestattet. Auch muss zwischen Spielhallen gem. § 25 Abs. 1 GlüStV ein Mindestabstand eingehalten werden, der von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ist – von regelmäßig 100 m in Niedersachsen bis zu 500 m in Baden-Württemberg.

Die Regulierung durch den Glücksspielstaatsvertrag ist dabei stets im Lichte seiner Ziele zu verstehen. Diese sind in § 1 GlüStV genannt: Die Verhinderung und Bekämpfung von Glücksspielsucht, die Kanalisierung des Spieltriebs in

geordnete Bahnen, der Jugend- und Spielerschutz, die Vermeidung der Gefahren von illegalem Glücksspiel und dessen Begleitkriminalität sowie der Schutz des fairen sportlichen Wettbewerbs, wobei der letzte Punkt für die folgenden Betrachtungen keine Rolle spielt.

Aufgrund der relativ lockeren Regelungen im vorherigen Glücksspielstaatsvertrag und in der Spielverordnung in Ausformung durch die 5. Änderungsverordnung¹⁸ kam es in der anschließenden Zeit zu einem deutlichen Anstieg der Anzahl an Spielhallen in Deutschland. Gerade aufgrund der neu eingeführten Abstandsregelungen sowie den bauordnungsrechtlichen Vorgaben für Spielhallen ist es mittlerweile – insbesondere in größeren Städten – kaum mehr möglich neue Spielhallen zu eröffnen. Gerade in Bundesländern, in denen 500 m als Abstand festgelegt werden, liegen zudem nahezu alle Spielhallen bereits jetzt innerhalb des 500m-Radius eines Konkurrenten.

Ebenfalls ist zu bemerken, dass die ursprünglichen Erlaubnisse nach § 33i GewO den Betreibern unbefristet erteilt worden sind. Das Erfordernis einer Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag wurde erst mit dessen Änderung 2012 eingeführt. Für die Betreiber geht es somit nicht so sehr um die Zulassung zu einem Markt als vielmehr um die Verhinderung der Verdrängung.

III. Anwendung des Losverfahrens auf die Erlaubniserteilung

Nachdem nun die Situation des Spielhallenmarkts aufgezeigt wurde, lässt sich die im Rahmen dieses Beitrags interessierende Frage nach der Zulässigkeit des Losverfahrens stellen. Dass bereits der von den Bundesländern gewählte Weg über die Einführung einer neuen Erlaubnis – und damit quasi der Entzug der alten Erlaubnis – eine Vielzahl an verfassungs- und auch europarechtlichen Bedenken aufwirft, soll im Rahmen der weiteren Betrachtung aus Gründen der Konzentration auf das eigentliche Thema außeracht gelassen werden. Aber auch unabhängig von diesen grundsätzlichen Problemen ergeben sich deutliche Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Entscheidung durch Losverfahren für die Auswahl des verbleibenden Spielhallenbetreibers.

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Frage, ob ein Betreiber zum Markt zugelassen wird oder ob er gegebenenfalls sogar aus dem Markt verdrängt werden soll, weist offensichtliche verfassungsrechtliche Bezüge auf. So ist die Entscheidung über die Zulassung zum Markt eine solche über die Berufswahl, zumindest aber über die Berufsausübung, und greift daher in die Rechte der Betreiber aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Hier ist zu berücksichtigen, dass für einen unterlegenen Betreiber der Standort-

⁸ Bock, jM 2014, 123, 127.

⁹ Faber, GewArch 2002, 264 f.

¹⁰ Zuck, NJW 1997, 297, 298; Rönsch, Berliner Zeitung v. 5.2.1992 (zitiert nach Deppenheuer, JZ 1993, 171, 172).

¹¹ Berg, Der Staat 15, S. 22; Zuck, NJW 1997, 297, 298.

¹² Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 3 I (Lieferung 1973), Rn. 231.

¹³ BVerfG, 5.3.1991 – 1 BvL 83/86 u. a., BVerfGE 84, 9 ff.

¹⁴ S. aktuell nur VG Braunschweig, 24.11.2015 – 6 C 518/15; VG Magdeburg, Beschl. v. 5.8.2015 – 7 B 253/15.

¹⁵ VG Braunschweig, 4.8.2010 – 6 B 120/10.

¹⁶ VG Düsseldorf, Urt. v. 5.11.2008 – 18 K 3662/08.

¹⁷ Vgl. Tettinger/Wank/Ennuschat/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 70 GewO Rn. 52, 53.

¹⁸ Aktuell gilt die 7. Änderungsverordnung in Kraft.

wechsel nicht möglich sein wird. Er hat bei der Wahl eines neuen Standplatzes für seine Spielhalle nicht allein den Mindestabstand zu anderen Spielhallen einzuhalten; er muss auch berücksichtigen, dass Spielhallen vor allem in Kerngebieten – wo regelmäßig bereits eine Spielhalle weitere Spielhallen sperren wird – und als Ausnahme in Gewerbegebieten zulässig sind und zudem viele Gemeinden über Vergnügungsstättenkonzepte die möglichen Standorte für Spielhallen weiter beschränken. Schon hierüber ist die Auswahl eines Standortes derart eingeschränkt, dass vielerorts eine neue Spielhalle gar nicht zugelassen werden kann. Des Weiteren gibt es in vielen Bundesländern Regelungen, die ebenfalls einen Mindestabstand zu Einrichtungen, die dem Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen dienen, und zu Suchtberatungsstellen vorschreiben. In Baden-Württemberg gilt hier beispielsweise ebenfalls ein Mindestabstand von 500m. Selbst wenn man bei den Kinder- und Jugendeinrichtungen richtigerweise Einrichtungen herausnimmt, die alleine dem Aufenthalt von Kindern dienen – wie zum Beispiel Kindergärten –, so führt schon die Berücksichtigung weiterführender Schulen dazu, dass neue Hallen quasi nicht mehr eröffnet werden können. Die Nichterteilung einer Spielhallenerlaubnis kommt für die betroffenen Betreiber somit faktisch einem Berufsverbot gleich.

Da dem Betreiber einer bestehenden Halle zudem der wirtschaftliche Verlust seiner Investitionen droht, wird auch ein Eingriff in Art. 14 GG anzunehmen sein.

Gerechtfertigt wird dieser Eingriff mit den in § 1 GlüStV genannten Zielen der Regulierung. Insbesondere der Jugend- und Spielerschutz sowie die Suchtprävention werden als überragend wichtige Gemeinschaftsgüter zur Begründung des Eingriffs herangezogen. Unabhängig von den hier nicht weiter zu verfolgenden Bedenken schon gegen die gesetzliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundrechte der Spielhallenbetreiber muss selbstverständlich auch die Anwendung der Regelungen verfassungsgemäß erfolgen. Dies bedeutet, dass auch die Auswahlentscheidung als Grundlage des Verwaltungsakts gegenüber dem einzelnen Betreiber das Gesetz verhältnismäßig zur Anwendung kommen lässt. Insbesondere muss sie geeignet sein, den Gesetzeszweck zu erreichen, dies in erforderlicher Weise tun und angemessen sein.

2. Konflikt mit den Zielen des § 1 GlüStV

Ein Losverfahren könnte mit den Zielen des § 1 GlüStV kollidieren und somit schon kein geeignetes Mittel zur Zweckerreichung darstellen. Es ist ein rein objektives Verfahren,¹⁹ bei welchem auf eine materiell-inhaltliche Steuerung verzichtet wird.²⁰ Werden alle Betreiber durch den Zufall identisch behandelt, so besteht die Möglichkeit, dass derjenige Betreiber unterliegt, der seit 20 Jahren die Spielhalle ohne Beanstandung führt und damit besonders geeignet erscheint, einen dem Glücksspielstaatsvertrag entsprechenden Betrieb zu gewährleisten, während die Erlaubnis einem Betreiber erteilt wird, der seit sechs Jahren am Markt ist und bereits etliche Einträge im Gewerbezentralregister aufweist. Eine solche Vergabe würde den Zielen des Staatsvertrags jedoch diametral entgegenlaufen. Sie würde dafür sorgen, dass nicht die besten und attraktivsten Anbieter am Markt bleiben, sondern rein zufällig – möglicherweise – vielmehr den „schwarzen Schafen“ durch eine Reduzierung der Konkurrenz noch weiteren Zulauf verschaffen.²¹

Will man dies nun mit einem Hinweis auf die Rechtsprechung rechtfertigen, nach der zum Teil vertreten wird, das Ermessen des Veranstalters gehe so weit, dass auch der

Besucher – durch sein Fortbleiben – über die Attraktivität einer Veranstaltung beurteilen könne,²² so ist diese Rechtsprechung jedenfalls nicht auf die Vergabe der glücksspielrechtlichen Erlaubnis anzuwenden. Hier geht es nicht allein um die Attraktivität eines Angebots, sondern aufgrund des § 1 GlüStV vor allem um die Einhaltung rechtlicher Ziele. Das Losverfahren als absolut sachneutrale Entscheidungsgrundlage²³ muss aber gerade diese Ziele ignorieren. Mittels eines solchen Systems verliert die entscheidende Behörde somit vollständig die Kontrolle darüber, welche Anbieter den Zuschlag erhalten.²⁴

Auch lässt sich eine derartige Auswahl nicht mit der von *Braun*²⁵ hinsichtlich des Losverfahrens auf Märkten vorgebrachten Argumentation rechtfertigen. Demnach könne hinsichtlich § 70 Abs. 3 GewO der Behörde ein sehr weites Ermessen bei der Auswahl eingeräumt werden. Letztlich würde sich die Entscheidung für einen unattraktiveren Konkurrenten dadurch relativieren, dass dadurch der Markt insgesamt unattraktiver werden würde, deswegen der Umsatz einbräche und folglich die Bewerberzahl wieder sänke. Auf dem Spielhallenmarkt geht es aber bei der Auswahl nicht um die Attraktivität des Angebots und eine mögliche Regulierung durch marktwirtschaftliche Mechanismen, sondern gerade um den Schutz bestimmter Personengruppen. Hier könnte es allenfalls dadurch zu einer Regulierung des Marktes kommen, dass bei weniger Spielhallen die „schwarzen Schafe“ leichter zu kontrollieren sind, da die Anzahl der erforderlichen Kontrollen sinken würde, und somit unzuverlässigen Betreibern schneller die Spielhallenerlaubnis entzogen werden könnte. Dies ist jedoch zum einen bloße Spekulation und zum anderen würde auch eine kurzzeitige Verschlechterung der Situation bezüglich des Rechtsgüterschutzes die Geeignetheit der Auswahl negieren.

Auch spricht hiergegen, dass die Knappheit an möglichen Standorten gerade nicht durch bloßen Platzmangel geschaffen worden ist, sondern allein durch eine gesetzgeberische Entscheidung. Wird aber in die Grundrechte der Spielhallenbetreiber eingegriffen, so kann auch aus diesem Grund nicht mehr von einem nahezu unbegrenzten Ermessen der die Auswahlentscheidung treffenden Behörde ausgegangen werden. Auch aus diesem Grund ist bei der Auswahl wiederum auf die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags abzustellen, was mit dem neutralen Losverfahren nicht möglich ist.

Ein reines Losverfahren ist somit schon aufgrund der Tatsache, dass sämtliche inhaltliche Kriterien unberücksichtigt bleiben müssen,²⁶ grundsätzlich nicht geeignet, den Zwecken des Glücksspielstaatsvertrags und der entsprechenden Ausführungsgesetze der Länder zu dienen. Vielmehr besteht sogar die potenzielle Gefahr, dass eine derartige Auslese zu einer Verschlechterung der Situation für die zu schützenden Gruppen führt, indem problematischen Spielhallen durch die Beseitigung von Konkurrenz eine größere Marktmacht und damit mehr Einfluss eingeräumt wird.

19 *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009, S. 141.

20 *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 563.

21 Vgl. zu der Gefahr eines Konflikts zu denen mit der Verteilung angestrebten Zielen *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009, S. 145.

22 OVG Lüneburg, 16.6.2005 – 7 LC 201/03, NVwZ-RR 2006, 177, 178 f.

23 *Meßmer*, GewArch, 2002, 409, 411.

24 Vgl. *Schwarz*, GewArch 2015, 289, 292; *Windoffer*, GewArch 2013, 265, 267.

25 *Braun*, NVwZ 2009, 747, 752.

26 *Faber*, GewArch 2002, 264 (265).

Eine Auswahlentscheidung, die sich allein auf dieses Verfahren stützt, wäre daher als verfassungswidriger Eingriff in die Grundrechte der Spielhallenbetreiber zu bewerten.

Folglich wird die zuständige Behörde in diesem Fall jedenfalls eine Vorauswahl zu treffen haben, in der zumindest die nicht geeigneten Betreiber aussortiert werden. Ein solcher Ausschluss ist selbstverständlich dann zulässig, wenn der Betreiber sich als unzuverlässig im gewerberechtlichen Sinne erwiesen hat.²⁷ Aber auch unterhalb der Schwelle der Unzuverlässigkeit können wiederholte Verstöße gegen die Landesregelungen jedenfalls über die Figur „bekannt und bewährt“²⁸ herangezogen werden, um zu ermitteln, ob ein Betreiber einem anderen gegenüber vorzugswürdig ist, auch wenn dem Kriterium keine eigenständige Bedeutung zukommen darf.²⁹ Über eine solche Vorauswahl ließen sich zumindest unmittelbare Konflikte mit den in § 1 GlüStV genannten Zielen vermeiden. Ohne eine derartige Modifikation wäre das Losverfahren jedoch nicht mehr als zulässiges Auswahlkriterium anzusehen. Die unterlegenen Spielhallenbetreiber könnten die Auswahlentscheidung rechtlich angreifen.

3. Gleichartigkeit der Angebote

Ebenfalls stellt sich die Frage, ob die Angebote verschiedener Anbieter überhaupt gleichartig sind. Auf eine solche Gleichartigkeit wird wie oben gesagt zur Rechtfertigung eines Losverfahrens abgestellt.³⁰ Andernfalls würde das Losverfahren durch seine Neutralität zu einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte führen.

Nun wurde bereits oben aufgezeigt, dass schon im Hinblick auf die Umsetzung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags zwischen den einzelnen Anbietern mitunter große Unterschiede herrschen können – bestimmte Anbieter werden den Zielen erheblich besser dienen können als andere. Die möglichen Unterschiede sind hiermit aber nicht abschließend benannt. So kann die Anzahl der aufgestellten Spielgeräte erheblich schwanken. Ist aber eine Spielhalle mit lediglich fünf Geräten mit einer Spielhalle vergleichbar, in der die maximal erlaubten zwölf Geräte aufgestellt sind? Hier sind einerseits bezüglich der Befriedigung des Spieltriebs der Bevölkerung und andererseits bezüglich der erwünschten Reduktion der Spielgeräte erhebliche Unterschiede festzustellen, so dass nicht nur von einer fehlenden Vergleichbarkeit gesprochen werden muss, sondern zudem offen ist, welches der beiden Kriterien – bessere Befriedigung des Spieltriebs oder Reduktion der Spielgeräte – den Vorrang erhalten soll.

Fest steht lediglich, dass hier sachliche Unterschiede vorliegen, welche jeweils Einfluss auf die Geeignetheit zur Zielerreichung haben. Damit aber unterscheidet sich die Vergabe von Spielhallenerlaubnissen entscheidend von der Vergabe von Stellplätzen beispielsweise für Autoskooter. Während beim Autoskooter ein Unterschied meist lediglich in der äußeren Gestaltung bestehen wird, es für die Attraktivität des Jahrmarktes aber keinen Einfluss haben wird, ob nun Autoskooter A oder Autoskooter B sein Geschäft auf dem Markt ausstellen darf, sind hinsichtlich der Spielhallen hingegen aufgrund der genannten Faktoren Größe und Anzahl der Spielgeräte sowie auch dem Standort der Halle selbst diese Unterschiede von Einfluss bezüglich der Zielsetzung des Glücksspielstaatsvertrags – und damit gerade von Erheblichkeit hinsichtlich der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs. Eine Vergleichbarkeit der Fallgruppen liegt daher nicht vor. Die Frage nach der Zulässigkeit eines Losverfahrens kann daher nicht mit dem Verweis auf die Rechtsprechung zur Standplatzvergabe begründet

werden, sondern muss allein mit Bezug auf die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags untersucht werden, weswegen eine fehlende Vergleichbarkeit der einzelnen Angebote festzustellen ist.

Auch diese Feststellung unterstreicht das bereits genannte Ergebnis, dass ein reines Losverfahren ohne Modifikation durch eine bestimmte Vorauswahl in keiner Weise zu Ergebnissen führen kann, die mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags in Einklang stehen.

4. Auswirkung der Erlaubniserteilung auf andere Bewerber

Ein weiterer erheblicher Unterschied zum Fall der Standplatzvergabe ist die Tatsache, dass die Erteilung einer Erlaubnis auch Einfluss auf die Frage nimmt, ob anderen Betreibern eine Erlaubnis erteilt werden kann. Es ist keinesfalls so, dass sich alle Spielhallen in einem Umkreis von beispielsweise 500 m befinden und außerhalb davon keine bestehen. Vielmehr werden in der Regel bestimmte Spielhallen miteinander in Konkurrenz stehen, wobei jedoch wiederum weitere konkurrierende Betriebe nur im Umkreis von einer Spielhalle liegen. Bildlich lässt sich dies gut an einem gleichschenkligen – aber nicht gleichseitigen – Dreieck ABC aufzeigen, bei dem die Hypotenuse c als längste Seite 501 m aufweist. Zwischen den Spielhallen A und B besteht also keine Konkurrenz. Die Spielhalle C jedoch befindet sich in diesem Beispiel jeweils 300 m von beiden Spielhallen.

Würde nun im Losverfahren die Erlaubnis an A oder B gehen, so müsste allein Spielhalle C schließen. Ginge die Erlaubnis an C, wäre eine Schließung von A und B notwendig. Das mildere Mittel – möchte man eine derart utilitaristische Argumentation zulassen – wäre somit die Schließung von Spielhalle C; die deutlichere Reduzierung der Spielhallenzahl ließe sich über eine Erlaubnis allein für C erreichen.

Auch stellt sich in diesem Fall die Frage nach dem Aufbau der Losgruppen. Da A und B nicht miteinander in Konkurrenz stehen, scheint ein Lösen zwischen ihnen nicht erforderlich. Beide stehen jedoch in Konkurrenz mit Spielhalle C. Würde man C nun in beide Lostöpfe hinzufügen, so könnte das Ergebnis eine Erteilung und eine Nichterteilung sein. Dies kann nicht sein.

Einzige Methode, um dies zu umgehen, wäre tatsächlich die Festlegung eines Gebietes, in welchem sich sämtliche von der Verlosung erfasste Spielhallen befinden. Sollte nun eine Spielhalle gelost werden, die sich im Umkreis einer bereits zuvor ausgelosten Spielhalle befindet, wäre dieses Los nicht zu beachten und keine Erlaubnis zu erteilen. Dies führt aber dazu, dass die Zulässigkeit einer Spielhalle davon abhängen kann, ob eine andere Spielhalle, zu welcher kein Konkurrenzverhältnis besteht, die Erlaubnis erhält. Ist im oben genannten Beispiel C der einzige Konkurrent zu B, so würde die Ziehung von A sofort bedeuten, dass B die Erlaubnis erhält. Durch diese weiteren Parameter erhält das gesamte Verfahren somit noch zusätzliche Zufallskomponenten und wird noch willkürlicher. Eine solche Willkür ist zwar not-

27 Tettinger/Wank/Ennuschat/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 70 GewO Rn. 32.

28 VGH Baden-Württemberg, 30.4.1991 – 14 S 1277/89, GewArch 1991, 344 ff.

29 Vgl. VGH Baden-Württemberg, 30.4.1991 – 14 S 1277/89, NVwZ-RR 1992, 132 ff.; Tettinger/Wank/Ennuschat/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 70 GewO Rn. 53.

30 S.o. unter I.; deutlich *Deppenheuer*, JZ 1993, 171, 176: „Absolute Gleichartigkeit der Entscheidungsalternativen ist eine erste, materiell notwendige Bedingung der Vernünftigkeit der Losentscheidens.“

wendiger Teil des Losverfahrens. In einem zu großen Maße wird jedoch auch die Akzeptanz der Entscheidung seitens der Betreiber für die Entscheidung schwinden. Dem Rechtsfrieden ist durch eine derartige Auswahl nicht gedient.

V. Ergebnis

Mag für eine Vergabe der Spielhallenerlaubnisse über das Losverfahren auch sprechen, dass dieses Verfahren als Glücksspiel der Materie besonders nahe liegt, so ist ein rechtssicheres Vorgehen auf diese Art nicht möglich. Schon die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages geben der Behörde Maßgaben vor, die bei der Vergabe zwingend zu berücksichtigen sind, da sonst der schwerwiegende Eingriff in die Grundrechte der Spielhallenbetreiber nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Den Behörden ist somit dringend zu raten, das Losverfahren allenfalls in den Situationen anzuwenden, in denen keine weiteren berücksichtigungsfähigen Argumente mehr vorliegen und ohne das Losverfahren gar keine Entscheidung getroffen werden könnte. Diese Fälle dürften aber eine äußerst geringe Anzahl darstellen. Eine

Entscheidung in einer anderen als der genannten Konstellation wird von den Spielhallenbetreibern im Rechtsmittelverfahren wirksam angegriffen werden können. Damit wird der Behörde aber auch das Argument der Arbeiterleichterung für das Losverfahren genommen – bedenkt man die folgenden Verfahren und die im Anschluss erneut zu erfolgende Vergabe, so wird das Losverfahren letztlich tatsächlich zu einer – wenn auch zeitlich verlagerten – höheren Belastung der Behörden führen.

Summary

Due to the Federal Treaty on Gambling (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) and the according state laws licensees of amusement halls have to get a new license in 2017. This will not be possible for every licensee because of the legal minimum distance between amusement halls. This article deals with the question if the authorities may allocate the licenses by drawing lots. In regards to the goals of the GlüStV the article illustrated a number of severe problems, which would render such a procedure unlawful.

ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek, Mag.^a Lisa-Maria Satzinger und Mag.^a Julia Sautner, Wien*

Neue Entwicklungen im österreichischen Glücksspielrecht

I. Einleitung

Das Glücksspielrecht stellt eine überaus dynamische Verwaltungsmaterie dar. Dies wird durch die Tatsache, dass es seit der letzten Berichterstattung abermals einige wesentliche Änderungen in diesem Bereich gegeben hat, deutlich. Besonders markant ist das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, mit dem das Verbot des Automatenglücksspiels in der Bundeshauptstadt bestätigt wurde. Der sich als Aktualisierung darstellende Beitrag beabsichtigt die folgenreichsten Ereignisse des österreichischen Glücksspielwesens im Jahr 2015 und 2016 zu skizzieren.¹

II. Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sind nach § 4 Abs. 2 i. V. m. § 5 GSpG i.d.g.F.² vom Glücksspielmonopol ausgenommen und fallen somit nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundes.³ Die im Rahmen der Glücksspielgesetz-Novelle 2010⁴ vorgenommenen Änderungen haben dazu geführt, dass das als „kleines Glücksspiel“ bezeichnete Automatenglücksspiel i. S. d. § 4 Abs. 2 GSpG a. F. nach Ablauf der in § 60 Abs. 25 Z. 2 GSpG i.d.g.F. normierten Übergangsfristen (31. Dezember 2014 bzw. 31. Dezember 2015)⁵ verboten ist.⁶ Der österreichische Bundesgesetzgeber hat – in Wahrnehmung der ihm eingeräumten Kompetenzkompetenz im Bereich des Glücksspielmonopols⁷ – vorrangig aus Gründen des Spielerschutzes zulässigerweise strengere Regelungen für die nunmehr als „Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten“ bezeichneten Ausspielungen in § 5 GSpG i.d.g.F. festgelegt.⁸ Damit hat der einfache Bundesgesetzgeber im Zuge der GSpG-Novelle 2010 eine neue Abgrenzung des Monopols des Bundes im Bereich des Glücksspielwesens vorgenommen.⁹

Die einzelnen Landesgesetzgeber wurden sodann – unter Einhaltung der in § 5 GSpG verankerten bundesgesetzli-

- * Mehr über die Autoren erfahren Sie auf Seite III.
- 1 Strejcek/Satzinger/Sautner, Entwicklung des Glücksspielrechts in Österreich in den Jahren 2010 bis 2014, ZfWG 2015, 15 ff.
 - 2 Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung, BGBl. 1989/620 i. d. F. I 2015/118.
 - 3 In § 3 GSpG i.d.g.F. ist festgelegt, dass „[d]as Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten [ist] (Glücksspielmonopol)“. Für das Monopol des Bundes im Bereich des Glücksspielwesens ist der Kompetenztatbestand des Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG („Monopolwesen“) heranzuziehen.
 - 4 BGBl. I 2010/73.
 - 5 Ein Auslaufen der Frist wurde generell – so auch für das Bundesland Wien – mit 31.12.2014 festgesetzt. Die längere Übergangsfrist (31.12.2015) findet nach § 60 Abs. 25 Z. 2 zweiter Satz GSpG i.d.g.F. lediglich in jenen Bundesländern Anwendung, in welchen die nach § 5 Abs. 1 GSpG höchstzulässige Anzahl an Glücksspielautomaten zum 31.12.2009 um mehr als das Doppelte überschritten worden ist. Mit der Festlegung unterschiedlicher Fristen durch den Bundesgesetzgeber – unter Einhaltung seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums – sollten die in den einzelnen Bundesländern verschieden ausgestalteten Glücksspielregime Berücksichtigung finden. Die unterschiedliche Länge der Übergangsfristen nach § 60 Abs. 25 Z. 2 zweiter Satz für Länder mit einer deutlich größeren Anzahl an Glücksspielautomaten sei nach Ansicht des VfGH sachlich gerechtfertigt und verletze nicht den Gleichheitssatz. Siehe hierzu VfGH, 12.3.2015 – G 205/2014-15, G 245-254/2014-4, Pkt. 2.4.2.
 - 6 In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des § 2 Abs. 4 GSpG i.d.g.F. betreffend die „verbotenen Ausspielungen“ zu beachten. Nähere Ausführungen dazu siehe sogleich.
 - 7 Vgl. dazu bereits ausführlich Strejcek/Satzinger/Sautner, ZfWG 2015, 15, 19.
 - 8 657 der Beilagen XXIV. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 5 ff. Nähere Ausführungen dazu siehe sogleich.
 - 9 VfGH, 12.3.2015 – G 205/2014-15, G 245-254/2014-4, Pkt. 1.5.4. Nähere Ausführungen dazu siehe sogleich.