

Aktenzeichen: [REDACTED]

VERWALTUNGSGERICHT DARMSTADT



BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

[REDACTED]

Antragstellerin,

bevollmächtigt:

[REDACTED]

gegen

das Land Hessen, vertreten durch das Regierungspräsidium Darmstadt - Dezernat III
34 Glücksspiel, Preisprüfung -,
Wilhelminenstraße 1-3, 64283 Darmstadt,

Antragsgegner,

bevollmächtigt:

[REDACTED]

wegen Sicherheitsleistung für Sportwetten

hat das Verwaltungsgericht Darmstadt - 3. Kammer - durch

Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Schild,
Richterin am Verwaltungsgericht Gheorgean,
Richter am Verwaltungsgericht Dr. Gatzka

[REDACTED]

am 24. Februar 2021 beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin vom 09.11.2020 gegen Ziffer B. II des Bescheids des Antragsgegners vom 09.10.2020 mit der gesonderten Anordnung des Sofortvollzuges vom 20.11.2020 wird wiederhergestellt, soweit die geforderte Sicherheitsleistung einen Betrag von [REDACTED] übersteigt.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsgegner zu tragen.

Der Streitwert wird auf [REDACTED] festgesetzt.

Gründe

I.

Die in Österreich ansässige Antragstellerin hat beim Antragsgegner als der zentral für Deutschland zuständigen Aufsichtsbehörde eine Sportwettkonzession beantragt und mit Bescheid vom 09.10.2020 - ähnlich wie einige andere Anbieter - erhalten. Die Konzession enthält zahlreiche Nebenbestimmungen; gegen einzelne von ihnen hat die Antragstellerin am 09.11.2020 Klage erhoben [REDACTED]

Zu den angefochtenen Nebenbestimmungen gehört Ziffer B.II., wonach die Konzession unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass „die Konzessionsnehmerin gegenüber der die Konzession ausstellenden Behörde zur Sicherstellung von Auszahlungsansprüchen der Spieler und von staatlichen Zahlungsansprüchen eine Sicherheitsleistung in Höhe von 5 Millionen Euro in Form der Hinterlegung von Geld im Sinne des § 232 BGB erbracht hat“. Diese Nebenbestimmung ist jetzt Gegenstand des abgetrennten Klageverfahrens [REDACTED]

Mit Schreiben vom 23.10.2020 beantragte die Antragstellerin, die von ihr zu erbringende Sicherheitsleistung auf die Höhe des zu erwartenden Durchschnittsumsatzes zweier Wochen zu reduzieren, was sie angesichts der entsprechenden Regelung für Pferde-

[REDACTED]

[REDACTED]

wetten als kohärent und logisch ansehe. Bei einem erwarteten Jahresumsatz von [REDACTED] ergebe sich daraus eine Sicherheitsleistung von [REDACTED]. Ergänzend wurde auf eine ausführliche gutachterliche Stellungnahme des Prozessbevollmächtigten zur Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der festgelegten Sicherheitsleistung von 5 Mio EUR verwiesen. Dem Vorschlag einer vergleichweisen Einigung auf die verringerte Sicherheitsleistung folgte der Antragsgegner nicht, sondern lehnte die Reduzierung mit Bescheid vom 20.11.2020 ausdrücklich ab, weil nach § 4c Abs. 3 GlüStV die Sicherheitsleistung mindestens 5 Mio EUR zu betragen habe und ein Spielraum zur Verringerung für die Behörde nicht bestehe. Gleichzeitig ordnete der Antragsgegner am 20.11.2020 die sofortige Vollziehung für die Bedingung zur Erbringung der Sicherheitsleistung aus der Sportwettkonzession vom 09.11.2020 an.

Die Antragstellerin überweis daraufhin den Betrag von [REDACTED] an den Antragsgegner, den dieser jedoch nicht vereinnahmte, sondern zurückschickte.

Gegen die Ablehnung der Reduzierung hat die Antragstellerin am 15.12.2020 Klage erhoben (3 K 2070/20.DA) sowie am 21.12.2020 den vorliegenden Eilantrag gestellt, mit dem sie beantragt,

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Nebenbestimmung B.II. zur Sportwettkonzession vom 09.10.2020 wiederherzustellen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Eilantrag abzulehnen.

Er verweist zur Begründung auf die normative Regelung im Glücksspielstaatsvertrag, die keinen Spielraum für eine Reduzierung biete und an die die Behörde gebunden sei.

II.

Der gestellte Eilantrag ist nach § 80 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 4 VwGO als ein solcher auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage zulässig, nachdem der Antrags-

[REDACTED]

Unter Anwendung dieser Maßstäbe überwiegt das private Aufschubinteresse der Antragstellerin vorliegend das Interesse des Antragsgegners, die angefochtene aufschiebende Bedingung in vollem Umfang sofort vollziehen zu können. Denn nach der im Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung dürfte die angefochtene Verpflichtung zur Erbringung einer Sicherheitsleistung von 5 Mio EUR jedenfalls nicht offensichtlich rechtmäßig sein.

Zwar steht die geforderte Sicherheitsleistung mit dem Wortlaut von § 4c Abs. 3 GlüStV in Einklang, der als Voraussetzung für die Erteilung der Konzession eine Sicherheitsleistung (in Form einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bankbürgschaft) zur Sicherstellung von Auszahlungsansprüchen der Spieler und von staatlichen Zahlungsansprüchen verlangt und diese auf einen Betrag von 5 Millionen Euro festlegt. Vorgesehen ist in § 4c Abs. 3 Satz 3 GlüStV außerdem die mögliche Erhöhung dieser Sicherheitsleistung bis zu einem Betrag von 25 Millionen Euro, anknüpfend an die Höhe des zu erwartenden Durchschnittsumsatzes für 2 Wochen, nicht aber deren Reduzierung. Diese rigorose Festlegung auf einen nicht zu unterschreitenden Mindestbetrag von 5 Mio EUR dürfte jedoch weder verfassungsrechtlichen noch unionsrechtlichen Anforderungen genügen.

Die Forderung nach der Sicherheitsleistung stellt sich als Eingriff sowohl in die grundgesetzlich gewährleistete Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG bzw. - bei ausländischen juristischen Personen - in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als auch in die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV dar. Es handelt sich verfassungsrechtlich wohl eher um eine Berufsausübungsregelung als um eine subjektive Zulassungsschranke, aber auch eine solche Maßnahme muss zweckgerichtet und verhältnismäßig sein, ebenso wie eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Derartige Beschränkungen von Grundfreiheiten der Europäischen Union durch nationale Maßnahmen sind nur zulässig, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen und dem Gebot der Kohärenz entsprechen (vgl. zu vorstehendem nur EuGH, Urteile vom 08.09.2010, C 316/07 u.a. „Markus Stoß“ sowie C 46/08 „Carmen Media“; vom 12.06.2014, C 156/13 „Digibet“ und vom 28.02.2018, C 3/17; alle juris).



Bezogen auf die geforderte Sicherheitsleistung von (mindestens) 5 Mio EUR stellt sich die drängende Frage, inwieweit diese - für kleinere Anbieter sehr hohe - Sicherheitsleistung erforderlich ist, um die mit ihr verfolgten Ziele zu erreichen. Dabei dient die Kautionsleistung nach dem Wortlaut von § 4c Abs. 3 GlüStV sowohl dem Schutz von Auszahlungsansprüchen der Spieler als auch staatlichen Zahlungsansprüchen. Ob und inwieweit der Staat in Form der Länder als Partner des Glücksspielstaatsvertrages überhaupt die Aufgabe hat, private Zahlungsansprüche der Spieler zu schützen, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls bedarf es zu diesem Zweck keiner Sicherheitsleistung von 5 Mio EUR bei einem kleinen Anbieter wie der Antragstellerin, die im laufenden Jahr nur mit [REDACTED] Umsatz kalkuliert, also einen deutlich geringeren Betrag als Gewinn wird auskehren müssen. Soweit darüber hinaus noch Guthaben auf Spielerkonten vorhanden sein mögen, ist die Antragstellerin ohnehin verpflichtet, Kundengelder jederzeit getrennt zu verwalten und nicht zum Risikoausgleich zu nutzen (§ 4a Abs. 4 Satz 1 Nr. 3g GlüStV) sowie gemäß der – von ihr nicht angefochtenen – Nebenbestimmung B.III.7 und gestützt auf § 4a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2c GlüStV vor Aufnahme des Geschäftsbetriebes einen Versicherungsnachweis über die Absicherung der Kundengelder für den Fall der Insolvenz des Unternehmens beizubringen. Die Sicherheitsleistung von 5 Mio EUR stellt insoweit also eine erhebliche Übersicherung dar, die für den Zweck der privaten Zahlungsabsicherung nicht erforderlich ist.

Unter Einbeziehung der staatlichen Zahlungsansprüche ändert sich an diesem Ergebnis wenig. Denn größtenteils bestehen die staatlichen Zahlungsansprüche in der Konzessionsabgabe nach § 4d Abs. 1 und 2 GlüStV, für die allerdings nach § 4d Abs. 6 GlüStV bei Bedarf eine eigene Sicherheitsleistung festgesetzt werden kann. Eventuell bereits gezahlte Steuern nach dem Rennwett- und Lotteriegesetz sind auf diese Konzessionsabgabe anzurechnen (§ 4d Abs. 7 GlüStV), so dass diese Steuern nicht noch zusätzlich zu berücksichtigen sind. Die nach § 4d Abs. 6 GlüStV mögliche Kautionsleistung ist nicht betraglich fixiert, d.h. sie könnte den zu erwartenden Abgabenlasten der Antragstellerin oder anderer kleinerer Anbieter angepasst und in individueller Höhe angesetzt werden. Damit würde das Sicherungsziel ebenfalls erreicht, aber eine Übersicherung vermieden.

Soweit es um staatliche Gebühren für Amtshandlungen im Zusammenhang mit der Konzessionserteilung geht, sind diese ebenfalls nur in einer Größenordnung zu erwarten, die von dem Betrag von 5 Mio EUR meilenweit entfernt sind: Bei der Antragstellerin

[REDACTED]

beispielsweise [REDACTED] für die Konzessionserteilung, die sie bereits gezahlt hat, und einzelne, höchstens dreistellige Beträge für gesonderte Anträge, die damit in Zusammenhang stehen und die dem Gericht aus den getrennten Verfahren um die Reduzierung der Sicherheitsleistung oder die Erhöhung des Einsatzlimits bekannt geworden sind.

Soweit der Antragsgegner sich für die Rechtmäßigkeit der Sicherheitsleistung demgegenüber auf die Absicht des Gesetzgebers beruft, die Ziele des GlüStV aus dessen § 1 durchzusetzen, die als überragende Gemeinwohlinteressen geeignet seien, Eingriffe in die Berufs- und Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen, kann die Kammer dem so nicht folgen. Zwar mögen die Vermeidung von Spielsucht, die Kanalisierung des Spieltriebes in geordnete und überwachte Bahnen, der Jugend- und Spielerschutz sowie die Verhinderung von Begleitkriminalität dem Grunde nach Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen können; jeder einzelne Eingriff muss jedoch seinerseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, und daran fehlt es hier im Hinblick auf die Erforderlichkeit.

Das auffällige Missverhältnis zwischen Sicherungsbedürfnis und Höhe der Sicherheitsleistung lässt sich auch nicht mit der Absicht der Vertragspartner des GlüStV erklären, nur besonders leistungsfähige Anbieter am geregelten Markt zuzulassen. Zum einen stellt sich bereits die Frage, ob es diese (frühere) Absicht der Bundesländer mit der aktuell geltenden Fassung des GlüStV überhaupt noch gibt, nachdem sie jedenfalls die in der Vorgängerfassung vorhandene Begrenzung auf höchstens 20 Sportwettkonzessionen ersatzlos gestrichen haben und außer den allgemeinen Regeln zur Leistungsfähigkeit in § 4a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GlüStV keine Vorgaben zur Größe mehr vorhanden sind. Allein aus dem Umstand, dass § 4c Abs. 3 Satz 2 GlüStV mit der Festlegung der Sicherheitsleistung auf (mindestens) 5 Mio EUR nicht geändert wurde, lässt sich diese Absicht nicht konkret herleiten. Zum zweiten braucht es zur Verwirklichung der Ziele des GlüStV auch keine besonders großen und leistungsfähigen Anbieter mehr, um den Spieltrieb zu kanalisieren und ein ausreichendes Angebot für alle vorzuhalten, denn es können ja nach aktueller Rechtslage beliebig viele Anbieter eine Konzession erhalten, so dass keine Engpässe zu befürchten sind. Ob die aktuelle Vergabe von Konzessionen (bis 30.06.2021) dabei materiell noch zur Experimentierphase zu zählen ist oder nicht, dürfte insoweit ohne Belang sein. Denn auch der ab 01.07.2021 geltende Staats-

[REDACTED]

vertrag, der keine Experimentierklausel mehr kennt, geht in § 4c Abs. 3 GlüStV weiterhin von einer Sicherheitsleistung von 5 Mio EUR aus.

Nach Einschätzung der Kammer spricht also vieles dafür, dass die verbindliche Sicherheitsleistung von mindestens 5 Mio Euro verfassungs- und unionsrechtswidrig ist und sich als unzulässiger Eingriff gegenüber der Antragstellerin darstellt.

In Abwägung der ihr drohenden Nachteile für ihren Geschäftsbetrieb, wenn sie die überhöhte Sicherheitsleistung erbringen und erhebliche Vermögenswerte verpfänden oder mit Hypotheken belegen muss (vgl. § 232 BGB) mit denjenigen, die der Behörde bei einer vorläufigen Aussetzung der sofortigen Vollziehung drohen, kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass zur Sicherung der öffentlichen Interessen eine reduzierte Sicherheitsleistung in Höhe des zu erwartenden Durchschnittsumsatzes von zwei Wochen ausreichend erscheint. Für diesen Maßstab orientiert sich die Kammer an der Möglichkeit der Erhöhung der Sicherheitsleistung in § 4c Abs. 3 Satz 3 GlüStV, die ebenfalls auf den zweiwöchigen Umsatz abstellt, und wendet sie auf die vorliegende Fallkonstellation an, da eine völlige Freistellung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ebenfalls nicht sachgerecht oder unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten erscheint. Auch wenn das Gericht aus seiner Sicht verfassungswidrige Normen nicht selbstständig verwerfen kann, so darf es zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes im Eilverfahren eine vorläufige Suspendierung aussprechen (so BVerfG, Beschlüsse vom 24.06.1992, 1 BvR 1028/91 und vom 05.10.1977, 2 BvL 10/75; beide juris; ebenso Wernsmann in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Rdnr. 297 zu § 4 AO). Dies gilt erst recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts, bei dem der nationale Richter bei klarer Erkenntnislage (*acte clair*) sogar eine eigene Verwerfungskompetenz für das nationale Recht hätte. Zudem scheint selbst der Antragsgegner sich nicht in jeglicher Hinsicht an den Wortlaut von § 4c Abs. 3 GlüStV gebunden zu fühlen. Denn obwohl dort als einzige Form der Sicherheitsleistung die Bankbürgschaft erwähnt wird, erlaubt sie den Sportwettkonzessionären (so jedenfalls in Ziffer II der Konzession für die Antragstellerin), die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld im Sinne des § 232 BGB zu erbringen.

Die Kammer macht daher von dem ihr eröffneten Spielraum Gebrauch und stellt die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs (nur) für den Betrag wieder her, der über den



geschätzten zweiwöchigen Durchschnittsumsatz von [REDACTED] hinausgeht. Für den restlichen, darunterliegenden Betrag wird der Antrag abgelehnt, da die Antragstellerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vollumfänglich beantragt hat, auch wenn sie mit ihrem Verhalten vor Einlegen des Rechtsmittels hat erkennen lassen, dass sie mit der reduzierten Sicherheitsleistung einverstanden ist.

Die Kosten des Eilverfahrens hat der Antragsgegner zu tragen, da er im Wesentlichen unterlegen ist (§ 154 Abs. 1 VwGO); der für die Antragstellerin erfolglose Anteil fällt nicht ins Gewicht (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO).

Der Streitwert wird auf in Anlehnung an Ziffer 1.5 der Vorbemerkungen zum Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf $\frac{1}{4}$ der zu erbringenden Sicherheitsleistung festgesetzt.

(08.40.)

Rechtsmittelbelehrung

a) Gegen diesen Beschluss kann - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung - innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung Beschwerde eingelegt werden. Über die Beschwerde entscheidet der Hessische Verwaltungsgerichtshof.

Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

In Abgabenangelegenheiten sind auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Personen und Vereinigungen im Sinne des § 3 a des Steuerberatungsgesetzes sowie Gesellschaften im Sinne des § 3 Nr. 2 und 3 des Steuerberatungsgesetzes, die durch Personen im Sinne des § 3 Nr. 1 des Steuerberatungsgesetzes handeln, als Bevollmächtigte zugelassen.

[REDACTED]

Weiterhin sind Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder als Bevollmächtigte zugelassen.

Außerdem sind juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in den beiden vorstehenden Absätzen bezeichneten Organisationen stehen, als Bevollmächtigte zugelassen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisationen und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Ein nach den vorstehenden Vorschriften Vertretungsberechtigter kann sich selbst vertreten.

Richter dürfen als Bevollmächtigte nicht vor dem Gericht auftreten, dem sie angehören. Ehrenamtliche Richter dürfen, außer wenn sie Beschäftigte eines Beteiligten oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens (§ 15 Aktiengesetz) sind oder wenn sie eine Behörde nach Maßgabe des dritten Absatzes vertreten, nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Die Beschwerde ist schriftlich bei dem

**Verwaltungsgericht Darmstadt
Julius-Reiber-Straße 37
64293 Darmstadt
(Postanschrift: Postfach 11 14 50, 64229 Darmstadt)**

einulegen. Ein Vertretungsberechtigter kann die Beschwerde auch zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle geben. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeht.

Die Beschwerde kann auch auf elektronischem Weg eingelegt werden, wenn sie mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen ist oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wird.

Sichere Übermittlungswege sind der Postfach- und Versanddienst eines De-Mail-Kontos, die Übermittlung aus dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA), die Übermittlung aus dem besonderen elektronischen Behördenpostfach (beBPo) und sonstige bundeseinheitlich festgelegte Übermittlungswege.

Über die Einzelheiten einer zulässigen elektronischen Übermittlung informiert die Internetseite <https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de>, Stichwort: Service - Elektronischer Rechtsverkehr.

Die Einlegung der Beschwerde durch gewöhnliche E-Mail ist nicht zulässig.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt



worden ist, bei dem

**Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Goethestraße 41 + 43
34119 Kassel**

einzureichen.

Auch insoweit ist eine elektronische Übermittlung, wie vorstehend erläutert, zulässig.

Die Beschwerde muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof prüft nur die dargelegten Gründe.

b) Gegen die **Festsetzung des Streitwerts** kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

In dem Verfahren über diese Beschwerde bedarf es nicht der Mitwirkung eines Bevollmächtigten. Auch die vorgenannten Vorschriften über die Begründung und die Begründungsfrist gelten in diesem Verfahren nicht.

Diese Beschwerde kann nur beim Verwaltungsgericht Darmstadt schriftlich oder zu Protokoll des dortigen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt werden.

Auch insoweit ist eine elektronische Übermittlung, wie vorstehend erläutert, zulässig.

Die Beschwerde ist nur innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, zulässig.

Schild

Gheorgean

Dr. Gatzka

