

Gelbe Erläuterungsbücher

Glücksspielrecht: GlücksspielR

Kommentar

von

Prof. Dr. Johannes Dietlein, Dr. Manfred Hecker, Dr. Markus Ruttig, Prof. Dr. Dieter Birk, Prof. Dr. Jörg Ennuschat,
Prof. Dr. Ihno Gebhardt, Prof. Dr. Stefan Hertwig, Dr. Felix B. Hüsken, Lars Oldag, Dr. Martin Pagenkopf, Dirk
Postel, Christian Schmitt, PD Dr. Dr. Markus Thiel

2. Auflage

[Glücksspielrecht: GlücksspielR – Dietlein / Hecker / Ruttig / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gewerberecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 63774 2

Ausführungsgesetze: §§ 2, 20 LGlüG BW-E; Art. 2, Art. 8 Nr. 1 AGGlüStV Bay; §§ 7, 9, 19 Abs. 1 Nr. 1 AG GlüStV Bln; §§ 3, 4, 15 BbgGlüAG; §§ 3 ff. BremGlüG; § 8, 9, 16 Nr. 1 HmbGlüÄndStVAG; §§ 9, 9a, 10 HGlüG; §§ 5, 6, 10, 20 S. 1 Nr. 1 GlüStVAG M-V; §§ 3, 4, 8 NGlüSpG; §§ 4, 13, 22 Abs. 1 Nr. 1 AG GlüÄndStV NRW-E; §§ 5, 7 LGlüG RhPf; §§ 4, 11, 14 AG GlüStV-Saar; §§ 3, 4, 7 SächsGlüStVAG; §§ 3 ff., 18 GlüG LSA; §§ 4 ff., 14 ThürGlüG.

Literatur: Dietlein, Johannes, Nachfolge im öffentlichen Recht, staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen, Berlin 1999.

I. Allgemeines

Nach Abschluss des Verfahrens um die Vergabe von Konzessionen erteilt die 1
konzessionserteilende Stelle die Konzessionen in Form **begünstigender Verwaltungsakte** im Sinne von § 35 Landes-VwVfG. Dabei hat sie die Vorgaben des § 4b an Form und Inhalt zu beachten.

II. Einzelkommentierung

1. Form und Übertragung der Konzessionserteilung (Abs. 1)

Abs. 1 regelt neben der für eine wirksame Konzessionserteilung erforderlichen 2
Schriftform die Übertragung der Konzession bzw. die Überlassung der Ausübung an Dritte. Die Vorgabe, dass Konzessionen schriftlich zu erteilen sind, bedeutet eine Einschränkung des § 37 Abs. 2 VwVfG des Landes Hessen.

Bei der **Übertragung** wird die Konzession von dem bisherigen Konzessionär 3
auf einen Dritten mit der Folge weiter geleitet, dass die Konzession nicht an die Behörde zurück fällt, sondern der Dritte im Wege der Einzelrechtsnachfolge in die Rechte und Pflichten des „Altkonzessionärs“ eintritt (vgl. Dietlein, Nachfolge im Öffentlichen Recht, 379). Bei der **Überlassung der Ausübung** auf Dritte bleibt das Verwaltungsrechtsverhältnis mit dem bisherigen Konzessionär dagegen bestehen, die Veranstaltung der Sportwetten wird aber mittels eines zivilrechtlichen Vertrages auf den Dritten übertragen.

Da es sich bei der Konzession um einen **personenbezogenen** Verwaltungsakt 4
handelt, ordnet Abs. 1 S. 2 an, dass die Übertragung oder Überlassung der **Zustimmung der zuständigen Behörde** bedarf. Dies wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen die zuständige Behörde die Zustimmung erteilen muss bzw. darf. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass sowohl die Übertragung der Konzession als auch die Überlassung der Konzession zur Ausübung an Dritte zwingend voraussetzen, dass die eintretende Person bzw. das eintretende Unternehmen die **persönlichen** und **sachlichen Voraussetzungen** erfüllen muss, welche bereits gegenüber dem Konzessionär festgeschrieben wurden. Die zuständige Behörde steht daher in der Pflicht, insbesondere die für die Erteilung der Konzession erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien im Hinblick auf den eintretenden Dritten zu überprüfen. Soweit die Konzession im Rahmen eines Auswahlverfahrens nach § 4b Abs. 5 vergeben wurde, muss der die Veranstaltung von Sportwetten übernehmende Dritte den Standard nachweisen, mit dem sich der (bisherige) Konzessionär für die Konzessionsvergabe qualifiziert hat (→ § 4b Rn 51 ff.)

- 5 Für die Übertragung der Konzession ergibt sich darüber hinaus aus **Art. 3 Abs. 1 GG** und **Art. 12 Abs. 1 GG** die Pflicht, die im Auswahlverfahren nach § 4b unterlegenen Bewerber durch die Übertragung nicht unzulässig zu benachteiligen. Die Auswahl des Neukonzessionärs darf daher nicht zur freien Disposition des „Altkonzessionärs“ stehen, sondern nur unter eng begrenzten persönlichen und sachlichen Gründen erteilt werden (vgl. hierzu ausführlich Dietlein, Nachfolge im Öffentlichen Recht, 379 ff.).
- 6 Eine weitere Reglementierung erfahren die schon auf Basis des nationalen Rechts eng auszulegenden Zustimmungstatbestände durch das **europäische Primärrecht**. Nach dem Europäischen Gerichtshof können die – auch für die limitierte Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geltenden – Grundsätze der Transparenz des Verfahrens und der Gleichbehandlung (→ § 4b Rn. 6) nämlich nur sicher gestellt werden, wenn wesentliche Änderungen der Bestimmungen einer Dienstleistungskonzession während der Laufzeit zu einer **Neuvergabe** im Wettbewerb verpflichten (EuGH - C-91/08 – Wall, Slg 2010, I-2815). Grundsätzlich ist eine Änderung dabei als wesentlich anzusehen, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter (hier: Konzessionäre) oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten. Insoweit ist nach dem Europäischen Gerichtshof zu unterstellen, dass die **Ersetzung des Vertragspartners** die Grundlagen des betreffenden Vertragsverhältnisses wesentlich berührt und damit zu einer Neuvergabe verpflichtet (EuGH - C-454/06 – Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Republik Österreich, Slg. 2008, I-04401). Eine Ausnahme soll nach dem Europäischen Gerichtshof nur dann gelten, wenn sich der Wechsel als **interne Neuorganisation des Vertragspartners** (hier: Konzessionärs) darstellt. In einem vom Europäischen Gerichtshof als zulässig angesehenen Fall war der ursprüngliche Dienstleistungserbringer Alleingesellschafter des neuen Dienstleistungserbringers, kontrollierte diesen, erteilte ihm Weisungen und übernahm auch künftig die Haftung für die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen (EuGH - C-454/06 – Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Republik Österreich, Slg. 2008, I-04401). Angesichts der mit diesem Fall einhergehenden Besonderheiten ist davon auszugehen, dass eine Übertragung der Konzession auf einen Dritten in aller Regel als ein Vorgang zu werten ist, welcher der Neuvergabe bedarf. Wendet man diese Rechtsprechung auf die Erteilung von Konzessionen für Sportwetten an, dann dürfte dies zur Konsequenz haben, dass die in Abs. 1 S. 2 vorgesehene Übertragung der Konzession auf Dritte bei europarechtskonformer Auslegung nahezu leer läuft.

2. Inhalts- und Nebenbestimmungen (Abs. 2)

- 7 Die Zulassung soll mit Inhalts- und Nebenbestimmungen verbunden werden, die zur dauernden Sicherstellung der Konzessionsvoraussetzungen sowie zur Einhaltung und Überwachung der nach dem GlüStV bestehenden und im Angebot übernommenen Pflichten erforderlich sind.
- 8 Inhalt und Auswahl der Inhalts- und Nebenbestimmungen hat die konzessionserteilende Stelle mangels spezieller Vorgaben in GlüStV an den Regelungen des 36 VwVfG auszurichten. Nach § 4a Abs. 2 S. 2 besteht kein Rechtsanspruch auf die Konzession. Es steht daher nach § 36 Abs. 2 VwVfG im **pflichtgemäßen Ermessen** der konzessionserteilenden Stelle, welche der in § 36 Abs. 2 VwVfG aufgeführten Nebenbestimmungen sie nach den Vorgaben des Abs. 2 für erforder-

lich erachtet. Nach § 36 Abs. 3 VwVfG dürfen die Nebenbestimmungen dem Zweck der Konzession dabei nicht zuwider laufen.

Die Konzession kann nach § 36 Abs. 2 VwVfG mit einer Befristung, einer 9
Bedingung, dem Vorbehalt eines Widerrufs oder einer Auflage verbunden werden. Dabei ist zu beachten, dass der **Hinweis auf bestehende gesetzliche Verpflichtungen** nach dem GlüStV oder anderer Verpflichtungen nach öffentlichem und privaten Recht, die mit der Veranstaltung von Sportwetten verbunden sind, mangels unmittelbarer Rechterheblichkeit keine Nebenbestimmungen sind (vgl. hierzu Kopp/Ramsauer VwVfG § 36 Rn. 7 f.).

Regelmäßig erforderlich sind Nebenbestimmungen zu den nachfolgend erörterten Bereichen (→ Rn. 10 ff.).

a) Laufzeit der Konzession. Nach § 10a wird das Staatsmonopol auf das 10
Veranstalten von Sportwetten für einen Zeitraum von sieben Jahren ab Inkrafttreten des GlüStV nicht angewandt. Da der GlüStV keine verbindliche Geltungsdauer der Konzession innerhalb der Experimentierphase des § 10a angibt, muss diese in die Konzession aufgenommen werden.

b) Aufnahme des Geschäftsbetriebes. Nach § 1 Nr. 2 besteht ein Ziel des 11
GlüStV darin, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung durch die Vergabe einer begrenzten Zahl von Konzessionen in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken und damit der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken. Diese Kanalisierungswirkung kann nur erzielt werden, wenn die Konzessionsnehmer mit der Konzessionserteilung auch verpflichtet werden, ihren Geschäftsbetrieb innerhalb einer von der konzessionserteilenden Stelle festzulegenden Zeitspanne zu den im Konzessionsverfahren festgelegten Bedingungen aufzunehmen und während der Laufzeit der Konzession aufrechtzuerhalten. Insoweit bietet es sich an, die Aufnahme und Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes durch einen Widerrufsvorbehalt mit der Konzessionserteilung zu verbinden.

c) Sicherstellung der Konzessionsvoraussetzungen. Im Hinblick auf die 12
im Vergabeverfahren vorgegebenen Mindestanforderungen und die Auswahlkriterien muss durch entsprechende Nebenbestimmungen sicher gestellt werden, dass die von den Bewerbern hierzu formulierten Angebote während der gesamten Laufzeit der Konzession umgesetzt werden.

d) Weitere Vorgaben des GlüStV. Des Weiteren ergeben sich aus dem 13
GlüStV Verpflichtungen, welche die konzessionserteilende Stelle im Rahmen der Nebenbestimmungen konkretisieren muss. Dies betrifft zB die Teilnahme am Sperrdateiverfahren, eine Teilnahme des Konzessionärs am Frühwarnsystem, die Datenerhebung und –weitergabe zur Erfüllung der Evaluationspflichten etc.

3. Sicherheitsleistung (Abs. 3)

Die Erteilung der Konzession setzt voraus, dass der Konzessionsnehmer zur 14
Sicherstellung von Auszahlungsansprüchen der Spieler und von staatlichen Zahlungsansprüchen vor der Erteilung der Konzession eine Sicherheitsleistung in Form einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bankbürgschaft (vgl. §§ 765 ff. BGB) eines Kreditinstituts mit Sitz in der Europäischen Union oder in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum beibringt.

Die Höhe der Bürgschaftssumme ist für jeden Konzessionsnehmer gesondert 15
zu ermitteln; sie darf aber nicht weniger als 5 Mio. EUR und nicht mehr als 25

GlüStV § 4d

Glücksspielstaatsvertrag

Mio. EUR betragen. Der genaue Betrag ist von dem Durchschnittsumsatz zweier Wochen abhängig, welchen der Konzessionsnehmer seiner Wirtschaftlichkeitsprognose im Bewerbungsverfahren zugrunde gelegt hat.

§ 4d Konzessionsabgabe

(1) Es wird eine Konzessionsabgabe erhoben. Der Konzessionsnehmer ist verpflichtet, diese an die zuständige Behörde des Landes Hessen zu entrichten.

(2) Die Konzessionsabgabe beträgt 5 v. H. des Spieleinsatzes. Sie wird von der zuständigen Behörde nach Absatz 1 vereinnahmt, gesondert ausgewiesen und nach dem Königsteiner Schlüssel auf die Länder verteilt. Sie ist in den Anlagen zum jeweiligen Haushaltsplan gesondert auszuweisen.

(3) Der Konzessionsnehmer hat der zuständigen Behörde nach Absatz 1 spätestens innerhalb von zehn Werktagen nach Ablauf eines Kalendermonats die in diesem Kalendermonat erzielten Spieleinsätze mitzuteilen und die daraus berechnete monatliche Konzessionsabgabe zu entrichten.

(4) Auf Antrag eines Konzessionsnehmers kann die zuständige Behörde nach Absatz 1 die Abrechnung zum Ende eines Quartals zulassen. Der Konzessionsnehmer hat zu diesem Termin die erzielten Spieleinsätze mitzuteilen und die daraus berechnete Konzessionsabgabe zu entrichten.

(5) Der Konzessionsnehmer hat der zuständigen Behörde nach Absatz 1 auf Verlangen seine Bücher und Aufzeichnungen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen, die für die Feststellung der Höhe der Konzessionsabgabe erforderlich sind.

(6) Zur Sicherung der Ansprüche auf Zahlung der Konzessionsabgabe kann die zuständige Behörde nach Absatz 1 vom Konzessionsnehmer Sicherheit in Form einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bankbürgschaft verlangen. Anstelle der Bürgschaft kann auch eine gleichwertige Sicherheit anderer Art geleistet werden.

(7) Vom Konzessionsnehmer in Ausübung der Konzession gezahlte Steuern auf der Grundlage des Rennwett- und Lotteriegesetzes sind auf die Konzessionsabgabe anzurechnen.

(8) Auf die Konzessionsabgabe sind ergänzend die Vorschriften der Abgabenordnung über die Führung von Büchern und Aufzeichnungen (§§ 140 bis 148), über Steuererklärungen (§§ 149 bis 153), über die Steuerfestsetzung (§§ 155 bis 168), über die Festsetzungsverjährung (§ 169 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 und 3, §§ 170 und 171), über die Bestandskraft (§§ 172 bis 177), über das Erhebungsverfahren (§§ 218 bis 222, 224, 234, 240 bis 248), über die Vollstreckung (§§ 249 bis 346) und des Umsatzsteuergesetzes über Aufzeichnungspflichten (§ 22) sinngemäß anzuwenden.

Ausführungsgesetze: § 16 Abs. 6 HGlüG; § 10 AG GlüÄndStV NRW-E; § 9 Abs. 3 GlüG LSA.

Literatur: Birk, „Vorteilsabschöpfung“ durch Abgaben, in: Festschrift für Wolfgang Ritter, 1997, S. 41 ff.; Drömann, Nichtsteuerliche Abgaben im Steuerstaat – Ein Beitrag zur dogmatischen Bewältigung der Verleihungsgebühren, 2000; Friauf, „Verleihungsgebühren“ als Finanzierungsinstrument für öffentliche Aufgaben?, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 679 ff.; Grzeszick, Verfas-

sungs- und unionsrechtliche Bewertung des Entwurfs des Ersten Glückspieländerungsstaatsvertrags, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag von Betfair Limited, 2011; Heimlich, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des allgemeinen Gebührenrechts, 1996; Herzig/Stock, Bemessungsgrundlage für Glücksspielabgaben – Rohertrag oder Spieleinsatz, ZfWG 2012, S. 12 ff.; Hohmann, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und Besteuerung – Eine Würdigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2000, S. 406 ff.; Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999; F. Kirchhof, Die Verleihungsgebühr als dritter Gebührentyp – Zugleich ein Beitrag zur ihrer Eignung als Umweltabgabe, DVBl 1987, S. 554 ff.; Kleinschmidt, Die Versteigerung von Telekommunikationslizenzen, 2004; Meyer/Bachmann, Spielsucht – Ursache, Therapie und Prävention von glücksspielbezogenem Suchtverhalten, 3. Auflage, 2011; Müller-Franken, Sportwettenkonzessionsabgabe und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Fragen einer Abgabenbelastung von Sportwettenkonzessionen durch die Länder nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, VerwArch 2012, S. 315 ff.; Pietzcker, Abgrenzungsprobleme zwischen Benutzungsgebühr, Verleihungsgebühr, Sonderabgabe und Steuer – Das Beispiel „Wasserpfennig“, DVBl 1987, S. 774 ff.; Wieland, Die Konzessionsabgaben – Zur Belastung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlaubnisse mit Abgaben, 1991

Übersicht

	Rn.
I. Entstehungsgeschichte der Vorschrift	1
II. Erhebung der Konzessionsabgabe (Abs. 1)	2
1. Tatbestand	2
2. Verfassungsmäßigkeit der Konzessionsabgabe	3
a) Gesetzgebungskompetenz	4
b) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG	16
III. Abgabenhöhe und Verteilung (Abs. 2)	18
IV. Erhebungsverfahren (Abs. 3, 4)	19
V. Vorlage und Auskunftspflichten (Abs. 5)	20
VI. Sicherheitsleistung (Abs. 6)	21
VII. Verhältnis zum Rennwett- und Lotteriegesezt (Abs. 7)	22
VIII. Verweis auf Vorschriften der Abgabenordnung (Abs. 8)	23

I. Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Mit der Öffnung des Glücksspielmarkts für private Sportwettenanbieter auf der Grundlage eines Konzessionsmodells (→ § 4a Rn. 8) haben sich die dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag beitretenden Länder entschieden, für die Erteilung einer Konzession nach § 4d eine Abgabe zu erheben. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens stand hierbei nicht die Erhebung selbst in der Diskussion, vielmehr die Höhe des Abgabensatzes (vgl. Grzeszick, 4), der im Entwurf noch 16 2/3 von Hundert betrug und nun auf 5 von Hundert gesenkt wurde.

II. Erhebung der Konzessionsabgabe (Abs. 1)

1. Tatbestand

§ 4d Abs. 1 S. 1 ordnet die Erhebung einer Konzessionsabgabe an und nennt in Satz 2 den Konzessionsnehmer als Abgabepflichtigen. Die Erhebung setzt

voraus, dass eine Konzession, dh die behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten, erteilt wurde und der Konzessionsnehmer von der Konzession auch Gebrauch macht, indem er die Sportwetten tatsächlich veranstaltet. Dies folgt aus der Festlegung des Spieleinsatzes als Bemessungsgrundlage (Abs. 2 S. 1). Unerheblich ist, ob der Abgabepflichtige im In- oder Ausland ansässig ist. Zuständige Behörde im Land Hessen nach Satz 2 ist nach § 16 Abs. 6 HGlüG iVm der zur Zeit in Vorbereitung befindlichen RVO das Ministerium des Innern und für Sport.

2. Verfassungsmäßigkeit der Konzessionsabgabe

- 3 Gegen die Konzessionsabgabe bestehen verfassungsrechtliche Bedenken. Es fehlt an der Gesetzgebungskompetenz der Länder (→ Rn. 4 ff.), zudem ist die Abgabe mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar (→ Rn. 12 f.).
- 4 a) **Gesetzgebungskompetenz. aa) Art. 105 Abs. 2 GG.** Die Gesetzgebungskompetenz zur Erhebung der Konzessionsabgabe ergibt sich nicht aus Art. 105 Abs. 2 GG, da die Konzessionsabgabe keine Steuer ist (aA BReg, vgl. BT-Drs. 17/8494, 13). Nach stRspr. des BVerfG sind Steuern einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (BVerfGE 3, 407 (435); 49, 343 (353); 93, 319 (346); vgl. auch § 3 Abs. 1 AO). Die Konzessionsabgabe knüpft an die behördliche Erteilung der Konzession an und weist damit einen konkreten Bezug zu einer staatlichen Gegenleistung auf. Dafür genügt es, dass der Staat den Bürger von einem Verbot befreit und so eine Möglichkeit zu einem bestimmten Handeln eröffnet (BVerfGE 93, 319 (346); BVerfG NVwZ 2003, 467 (470)). Hiergegen spricht nicht, dass die Spielbankabgabe als Steuer angesehen wird (BFHE 177, 276 (283 ff.)); durch BVerfG offen gelassen, BVerfGE 28, 119 (150 f.)), da diese vom Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich in den Steuerkatalog aufgenommen worden ist (Art. 106 Abs. 2 Nr. 5 GG: „Aufkommen der folgenden Steuern“). Zwar ist hierbei von der Spielbankabgabe und nicht von der Spielbanksteuer die Rede. Dies ist aber wohl auf die durch § 5 Abs. 1 der Verordnung über öffentliche Spielbanken vom 27.7.1938 (RGBl. I 1938, 955) eingeführte Bezeichnung zurückzuführen. Für den Steuercharakter der Spielbankabgabe spricht auch, dass sie vom Spielertrag (= gewinnabhängig) und nicht (wie bei der Konzessionsabgabe) vom Spieleinsatz (= abhängig vom Gebrauchmachen der Erlaubnis) erhoben wird.
- 5 bb) **Art. 70 GG.** Für **nichtsteuerliche Abgaben** richtet sich die Gesetzgebungskompetenz nach den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff. GG (Pieroth in Jarass/Pieroth Art. 105 Rn. 8 mit Verweis auf BVerfGE 4, 7 (13); 81, 156 (187); 108, 1 (13 f.)). Ausgangspunkt ist hierbei Art. 70 Abs. 1 GG, wonach die Länder das Recht zur Gesetzgebung haben, soweit das Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Originär zuständig sind die Länder im Rahmen der Gefahrenabwehr. Hierzu zählt auch die Konzessionierung von Sportwettveranstaltungen aus Gründen der Suchtprävention, einschließlich der damit verknüpften Konzessionsabgabe (→ Einführung Rn. 10). Insofern können sich die Länder zwar grds. auf eine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70 Abs. 1 GG berufen, allerdings bedürfen nichtsteuerliche Abgaben – schon um der Abgrenzbarkeit zur Steuer willen – einer besonderen Rechtfertigung (BVerfGE 93, 319 (342 f.); 108, 1 (16 f.); 108, 186 (215 f.); 110, 370 (387 f.); Kirchhof in Isensee/Kirchhof/HbStR V § 119 Rn. 13).

(1) **Gebühren und Beiträge.** Die Konzessionsabgabe erfüllt weder die Voraussetzungen einer Gebühr noch eines Beitrags. Denn mit ihr soll nicht eine Amtshandlung oder die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung entgolten werden, sondern es soll der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden, der durch das Gebrauchmachen von der Konzession (Veranstaltung von Sportwetten) entsteht. Zwar könnte man erwägen, eine sog. **Verleihungsgebühr** anzunehmen, die die Gegenleistung für die Einräumung eines Rechts durch den Staat darstellen soll (F Kirchhof DVBl 1987, 554 (555)), da dem Konzessionsnehmer die Erlaubnis und damit ein Recht eingeräumt wird, Sportwetten zu veranstalten. Dies setzt allerdings voraus, dass dem Staat ein **finanzieller Aufwand** entsteht. Ein solcher ist für die Gebühr typisch und dient der Abgrenzung zur Steuer, die vorrangiges Finanzierungsmittel des Staates ist („Kostenverantwortung“ des Gebührenschuldners, s. Kirchhof in Isensee/Kirchhof HbStR V § 119 Rn. 38; Birk FS Ritter, 41 (43); vgl. auch Friauf FS Rechtswissenschaftliche Fakultät, 679 (682 f., 692 f.); Pietzcker DVBl 1987, 774 (777); Jarass Nichtsteuerliche Abgaben, 31 f.; aA Heimlich Verleihungsgebühr, 106 ff., 119 ff.; Drömann Nichtsteuerliche Abgaben, 282 ff.).

(2) **Sonderabgaben.** Die Konzessionsabgabe erfüllt auch nicht die Anforderungen an eine Sonderabgabe. Unter Sonderabgaben versteht man hoheitlich auferlegte Geldleistungspflichten, denen keine unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht und die den Abgabenschuldner über die allgemeine Steuerpflicht hinaus mit Abgaben belasten (Pieroth in Jarass/Pieroth Art. 105 Rn. 9). Sie sind doppelt rechtfertigungsbedürftig, da sie durch die Gegenleistungsunabhängigkeit in Konkurrenz zur Steuer treten und ihr Aufkommen nicht in den allgemeinen Staatshaushalt fließt (Pieroth in Jarass/Pieroth Art. 105 Rn. 9). Die Konzessionsabgabe nach § 4d lässt sich nicht in die klassischen Formen der Sonderabgaben einfügen (vgl. zu den Erscheinungsformen Birk StR, Rn. 121 ff.). Die von der Rechtsprechung aufgestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen nicht vor (vgl. hierzu BVerfGE 55, 274 (304 ff.); 67, 256 (276 f.); 82, 159 (179 ff.); 122, 316 (334 f.); 123, 132 (142)). Hier dürfte es insbesondere an der vom BVerfG aufgestellten Voraussetzung der Gruppennützigkeit (inwiefern kommt das Aufkommen der Gruppe der Abgabepflichtigen wieder zugute?) fehlen. Zudem ist die Konzessionsabgabe gegenleistungsabhängig (→ Rn. 4).

(3) **Vorteilsabschöpfungsabgaben.** Neben Gebühren, Beiträgen und Sonderabgaben existieren auch sog. Vorteilsabschöpfungsabgaben. Als solche hat das BVerfG bisher die Fehlbelegungsabgabe (BVerfGE 78, 249 (268)) und das Wasserentnahmeentgelt (BVerfGE 93, 319 (345)) eingeordnet. Kennzeichnend für eine Vorteilsabschöpfungsabgabe ist, dass der Einzelne einen **Sondervorteil** empfängt, der vom Staat durch die Abgabe **abgeschöpft** wird. Die Vorteilsabschöpfungsabgabe unterscheidet sich von der Gebühr dadurch, dass damit keine Leistung des Staates „abgerechnet“ werden soll, sondern dass entweder der Gedanke der „ungerechtfertigten Bereicherung“ (Fehlbelegungsabgabe) oder der Privilegierung (Wasserentnahmeentgelt) im Vordergrund steht, die Abgabe also gewissermaßen als Instrument der Rückabwicklung oder Kompensation dient (Birk FS Ritter, 41 (51)). Mit der Fehlbelegungsabgabe wird der Sondervorteil, öffentlich geförderten Wohnraum zu einem verbilligten Mietzins weiter beziehen zu können, obwohl die Bezugsberechtigung weggefallen ist, bereinigt (BVerfGE 78, 249 (267 f.)). Beim Wasserentnahmeentgelt wird der Sondervorteil, die natürlich begrenzte Ressource Wasser aufgrund einer Erlaubnis in höherem Maße als die Allgemeinheit nutzen zu können, abgeschöpft (BVerfGE 93, 319 (345 f.)), krit. dazu Birk FS Ritter, 41 ff.). Beiden Entscheidungen ist gemein, dass der Abgabepflichtige

mit der **Hilfe des Staates** in eine **verbesserte Rechtsstellung** versetzt und er insofern verpflichtet wird, den erlangten Sondervorteil finanziell auszugleichen. Die besondere Rechtfertigung der Vorteilsabschöpfungsabgabe findet sich dabei in der **Ausgleichsfunktion** wieder (BVerfGE 93, 319 (346)).

- 9 Die **Ausgleichsfunktion** vermag jedoch die Erhebung der Konzessionsabgabe **nur unter bestimmten Voraussetzungen zu rechtfertigen**. Im Unterschied zu den vom BVerfG entschiedenen Fällen ist nämlich das Objekt, an das die Abgabe anknüpft (Veranstalten von Sportwetten), nicht natürlich begrenzt, es werden keine knappen Güter (Wohnraum, Wasserressourcen) bewirtschaftet. Die Begrenzung entsteht vielmehr durch ein **künstliche Verknappung** in einem Sektor, der grundsätzlich der freien wirtschaftlichen Betätigung offen steht (dazu → Einführung Rn. 15). Nur die künstliche Verknappung durch die Erlaubnis, die nicht von der Eignung, sondern von subjektiv nicht beeinflussbaren Kriterien (zahlenmäßige Obergrenze) abhängt, führt zu einer vom Staat geschaffenen **Privilegierung** der Konzessionsinhaber. Wollte man die künstliche Verknappung durch die bloße Statuierung der Erlaubnispflicht (Konzessionierung) genügen lassen, böte sich dem Staat zudem ein nahezu unbegrenztes Feld für die Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben. Der Staat könnte etwa aus gesundheitlichen Gründen den Verkauf von Zigaretten einer Erlaubnis unterwerfen und dann eine Abgabe erheben. Auch bestehende gewerberechtliche Erlaubnispflichten könnten ggf. als Anknüpfung für Abgaben herangezogen werden. Damit bestünde die Gefahr der **Aushöhlung der Finanzverfassung**, die als Finanzierungsmittel des Staates grundsätzlich die Steuer vorsieht („Prinzip des Steuerstaats“ BVerfGE 78, 249 (266 f.); 82, 159 (178); 93, 319 (342)), denn der Staat könnte sich zuhauf Finanzierungsmittel verschaffen, indem er Lebensbereiche zunächst konzessioniert und im Anschluss daran eine Konzessionsabgabe erhebt (so bereits Friauf FS Rechtswissenschaftliche Fakultät, 679 (693); Kirchhof in Isensee/Kirchhof HdBStR V § 119 Rn. 37).
- 10 Die Verknappung *allein* kann zur Rechtfertigung der Konzessionsabgabe aber nicht genügen (aA Müller-Franken VerwArch 2012, 315 (329, 331)). Im Gegensatz zur natürlichen Knappheit hätte es der Staat nämlich selbst in der Hand, abschöpfungsfähige Privilegien zu schaffen. Er müsste lediglich einen tragfähigen Grund für die begrenzte Konzessionierung finden. Die Abgabenerhebung stünde dann zu seiner freien Disposition, was mit dem Prinzip des Steuerstaats nicht vereinbar wäre. Verstärkt wird dieser Konflikt durch die Tatsache, dass es keine wirksame Begrenzung der Abgabenhöhe auf den Wert der Konzession gibt, da diese nicht beitragsmäßig bemessen werden kann, während die Abgabe in der Regel aufkommenstarke Lebensbereiche, wie zB Veranstaltung von Sportwetten, betrifft.
- 11 Konzessionsabgaben können deshalb – wenn überhaupt – nur in **engen Grenzen** zulässig sein. *Erstens* muss die Anzahl der Konzessionen begrenzt sein (Verknappung). Nur dann kann der Gedanke der Privilegierung eingreifen. *Zweitens* müssen Konzessionierung und Verknappung selbst mit Europa- und Verfassungsrecht vereinbar sein (→ Einführung Rn. 15 ff., 23 ff.). Ansonsten fehlt es an einem tauglichen Anknüpfungspunkt für die Abgabe. *Drittens* muss durch die Konzession die **Rechtsstellung** oder **wirtschaftliche Position** des Einzelnen zunächst **materiell erweitert** werden, dh die Konzession darf nicht dazu führen, dass der Einzelne seine ihm verfassungsrechtlich zustehenden Freiheitsräume erst durch die Abgabe „erkaufen“ muss (Friauf FS Rechtswissenschaftliche Fakultät, 679 (683 f.); Wieland Konzessionsabgaben, 303; Drömann Nichtsteuerliche Abga-