

**Martin Kayenburg**  
Präsident des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages

An die  
Vorsitzenden  
der Landtagsfraktionen  
Vorsitzende des SSW im Landtag

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**   
**Umdruck 16/2460**

An den  
Vorsitzenden  
des Finanzausschusses

An den  
Vorsitzenden  
des Innen- und Rechtsausschusses

nachrichtlich  
An die  
Parlamentarischen Geschäftsführerinnen  
Parlamentarischen Geschäftsführer  
der Landtagsfraktionen

im Hause

Kiel, 12. Oktober 2007

**Europa- und verfassungsrechtliche Aspekte zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

als Anlage erhalten Sie eine von mir angeforderte rechtliche Stellungnahme zur Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags mit gemeinschafts- sowie nationalem Verfassungsrecht. Darin werden unterschiedliche Rechtsfragen aufgeworfen, die durchaus Anlass geben, die Zustimmungsfähigkeit des Staatsvertrags zu überdenken.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Martin Kayenburg

Anlage



**Gutachten**  
**über europa- und verfassungsrechtliche Aspekte**  
**zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland**  
**(Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV)**

**Inhaltsverzeichnis**

1.	Einleitung.....	3
2.	Zur Entscheidung des BVerfG über das staatliche Wettmonopol .....	4
2.1	Das staatliche Monopol für Sportwetten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	4
2.2	Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit eines staatlichen Wettmonopols .....	5
3.	Die Regelungsstruktur des Glücksspielstaatsvertrags.....	10
4.	Rechtliche Würdigung .....	12
4.1	Zum Regelungsziel des Glücksspielstaatsvertrags .....	12
4.2	Erforderlichkeit der Regelungen zur Zielerreichung.....	14
4.2.1	Zur Bestimmung der legislativen Einschätzungsprärogative .....	15
4.2.2	Zum Ausmaß des Suchtpotentials von Lotterien .....	17
4.2.2.1	Umfang und Grenzen der legislatorischen Gefahrenprognose.....	18
4.2.2.2	Zur Annahme einer Suchtgefährdung durch Lotterien.....	20
4.2.3	Zur besonderen Anforderung an ein System der Suchtbekämpfung .....	21
4.2.4.	Fehlende Kohärenz und Systematik durch Ausklammerung besonders suchtrelevanter Glücksspielformen.....	22
4.2.4.1	Zur Zulässigkeit von Teilregulierungen .....	23
4.2.4.2	Föderale Erschwernisse einer kohärenten Suchtregelung .....	24

4.3.	Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Genehmigung der Vermittlung von Glücksspielen .....	26
4.3.1	Mangelnde Bestimmtheit .....	26
4.3.2	Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes .....	28
4.3.3	Verhältnismäßigkeit .....	30
4.3.4	Fazit.....	31
4.4	Zur Inkrafttretensregelung in § 29 Abs. 1 GlüStV .....	31
5.	Fazit:.....	32

## 1. Einleitung

Mit dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Drucks. 16/1566) steht nunmehr die Entscheidung des Landtags über die Zustimmung zum Staatsvertrags zum Glücksspielwesen gem. Art. 30 Abs. 2 LV an.

Die Diskussion um die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag-GlÜStV) verläuft gegenwärtig höchst kontrovers. Für die rechtliche Beurteilung ergeben sich die zentralen Orientierungspunkte sowohl aus der neueren Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielsektor als auch aus dem das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum staatlichen Monopol für Sportwetten (NJW 2006, 1261).

Der Glücksspielstaatsvertrag in seiner vorliegenden Fassung ist rechtlichen Einwänden seitens der EU-Kommission sowie von verschiedenen Rechtswissenschaftlern ausgesetzt. Ferner bestehen gegenüber dem dem Staatsvertrag zugrunde liegenden Sportwettenmonopol rechtliche Bedenken seitens verschiedener Verwaltungsgerichte. Diese sind Gegenstand von Vorabentscheidungsverfahren, die derzeit dem EuGH vorliegen.

Eine Erörterung aller Bestimmungen des Staatsvertrags kann vorliegend nicht geleistet werden. Eine Einzelprüfung auf konkrete Nachfrage ist jedoch möglich. Vorliegend soll in erster Linie der Frage nachgegangen werden, ob das dem Staatsvertrag zugrunde liegende Regulierungskonzept zum Glücksspielsektor in Deutschland **in seinen wesentlichen Zügen** gegen das geltende Recht verstößt, so dass eine Zustimmung durch den Landesgesetzgeber nicht erfolgen sollte.

Hierzu werden in einem ersten Teil die Voraussetzungen und Grenzen für ein Glücksspielmonopol nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des Bundesverfassungsgerichts dargestellt und erläutert (2.). Daran anschließend erfolgt eine Skizzierung der wesentlichen Strukturen des staatsvertraglichen Regelungsmodells (3.). In einem dritten Teil werden die hiergegen geltend gemachten Einwände untersucht und die Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags mit den Vorgaben des EU-Primärrechts sowie mit dem Grundgesetz überprüft (4.).

## 2. Zur Entscheidung des BVerfG über das staatliche Wettmonopol

### 2.1 Das staatliche Monopol für Sportwetten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines staatlichen Monopols des Veranstaltens und Vermitteln von **Sportwetten** hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 28.03.2006 grundsätzlich bestätigt.

Die Beschränkung der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten ist in erster Linie an dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Der Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols, die **Vermeidung und Abwehr von Spiel- und Wettsucht**, wird vom Bundesverfassungsgericht als überragend wichtiges Gemeinwohlziel qualifiziert, da die Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihre Familien und die Gemeinschaft führen kann (BVerfG NJW 2006, S. 1263). Das staatliche Wettmonopol stellt grundsätzlich ein geeignetes und auch erforderliches Mittel zur Erreichung eines legitimen Gemeinwohlsziels dar (BVerfG NJW 2006, 1263). Das Regelungsziel der wirksamen Suchtbekämpfung kann damit selbst objektive Berufswahlbeschränkungen i.S. der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten sog. Drei-Stufen-Theorie, also besonders schwerwiegende Eingriffe in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, rechtfertigen.

Im Rahmen der Einschränkung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit steht dem Gesetzgeber bei der Bewertung und der Auswahl der für das beabsichtigte Regelungsvorhaben in Erwägung zu ziehenden Maßnahmen grundsätzlich ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu, der einen weiten Bereich des Ermessens eröffnet (so schon das BVerfG im Spielbankbeschluss 1 BvR 539/96, Rn. 80). In diesem Sinne billigt das Bundesverfassungsgericht die Erwägung des Gesetzgebers, mit Hilfe eines staatlich verantworteten Wettangebots die Suchtgefahren **effektiver** beherrschen zu können als im Wege einer **Kontrolle privater Wettunternehmer** (BVerfG NJW 2006, S. 1264, ferner 1 BvR 539/96, Rn. 81, wo festgestellt wird, dass sich jedenfalls nicht **eindeutig ausschließen lasse**, dass Spielbankkontrolle und Eindämmung der Spielleidenschaft wirksamer sein werden, wenn die Spielbanken in staatlicher Trägerschaft geführt werden).

Dennoch nimmt das Bundesverfassungsgericht in dem überprüften Fall des aufgrund des Staatslotterievertrags in Bayern erlassenen Wettmonopols einen unverhältnis-

mäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit an, da die **konkrete Ausgestaltung** des Wettmonopols die Vermeidung von Abwehr und Spielsucht und problematischem Spielverhalten nicht in ausreichendem Maß gewährleiste. Allein die Einrichtung eines Monopols sichert noch nicht das Ziel der Bekämpfung der Spielsucht. Das Gericht sieht in den bayerischen Regelungen zum Lotteriestaatsvertrag defizitäre Vorgaben, die nicht ausreichen, um die dem Wettmonopol zugrunde liegenden gewichtigen Gemeinwohlbelange zu verwirklichen. Ein Monopol könne fiskalischen Interessen dienen und damit in ein Spannungsverhältnis zu der gefahrenabwehrrechtlichen Zielsetzung, die Wettleidenschaft zu begrenzen, treten. Deshalb fordert das Bundesverfassungsgericht eine **konsequente und wirkliche Ausrichtung an der Bekämpfung der Wettsucht und problematischem Spielverhalten** (BVerfGE, NJW 2006, 1264). Danach müssen Monopolregelungen unmittelbar an dem Ziel der Bekämpfung und Begrenzung von Wettsucht ausgerichtet sein. Gefordert werden materiell-rechtliche Regelungen und strukturelle Sicherungen, die hinreichend Vorsorge tragen, dass die fiskalischen Interessen des Staates hinter das Ziel der Erreichung der Schutzzwecke des Gesetzes zurücktreten (BVerfG, NJW 2006, 1265; ferner BVerfGE, Beschluss vom 26. März 2007, 1 BvR 2228/02, S. 13).

Obwohl die Entscheidung sich ausdrücklich auf den Sportwettenmarkt bezog, ist eine Übertragung der bundesverfassungsgerichtlichen Ausführungen auf den gesamten Bereich des Glücksspielsektors nach Maßgabe der Argumentationsstruktur im Bereich der Berufsfreiheit grundsätzlich möglich (zur Frage der Suchtpotentiale von Lotterien s. noch im Folgenden).

## **2.2 Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit eines staatlichen Wettmonopols**

Zentrale Bedeutung für die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit eines staatlichen Wettmonopols kommt für das Gemeinschaftsrecht der Rechtsprechung des EuGH zu. Dabei steht die jüngste Entscheidung, das sog. Placanica-Urteil, des EuGH vom 6. März 2007 (EuGH C-338/04) im Vordergrund.

In verwaltungsgerichtlichen Verfahren, den Stellungnahmen der EU-Kommission zum Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, aber auch in einer Reihe von Rechtsgutachten wird das Urteil des EuGH als argumentativer Anknüpfungspunkt für die behauptete Europarechtswidrigkeit des Glücksspielstaatsvertrags bzw. der Beschränkung der Vermittlung von Sportwetten angesehen (s. nur Pieroth u.a., Der Glücksspielstaatsvertrag. Drei verfassungs- und europarechtliche Gutachten, Vorwort, S. V, 2007; OVG Saarland, 3 W 30/06 vom 30.4.2007, Juris, Rn. 24ff; VG Gießen, 10 E 13/07, S. 12). Insbesondere die Verfechter eines liberalisier-

ten Glücksspielsektors sehen in der EuGH-Rechtsprechung deutliche Signale **gegen** die Zulässigkeit eines nationalen staatlichen Wettmonopols.

Die starke Betonung des Placanica-Urteils lässt jedoch außer acht, dass diese Entscheidung des EuGH bruchlos in eine Reihe vorangegangener Urteile zum Glücksspielsektor einzuordnen ist und damit eine Kontinuität der bisherigen EuGH-Judikatur zum Glücksspielsektor dokumentiert.

Unter Bezugnahme auf seine vorangegangene Rechtsprechung stellt der EuGH zunächst anlässlich der Placanica-Entscheidung fest, dass nationale Regelungen, die „die Ausübung von Tätigkeiten des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, ohne eine von dem betreffenden Mitgliedsstaat erteilte Konzession oder polizeiliche Genehmigung“ verbieten, die **Niederlassungsfreiheit** und den **freien Dienstleistungsverkehr** beschränken (EuGH, C-338/04, Rn. 42 [Placanica]; EuGH, C-243/01, Rn. 59 [Gambelli]).

Eingriffe in diese Grundfreiheiten sind nach Art. 43 und 49 EG zulässig, wenn dies durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist (EuGH, C-338/04, Rn. 42 [Placanica]; EuGH, C-67/98, Rn. 29 [Zenatti], EuGH, C-243/01, Rn. 60 [Gambelli]). Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses sind in der Rechtsprechung des EuGH unter anderem der Verbraucherschutz, die Betrugsvermeidung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie die Verhütung von Störungen in der sozialen Ordnung im Allgemeinen anerkannt (Placanica, Rn. 46; mit Verweis u. a. auf EuGH C-275/92, Rn. 57 ff. [Schindler]; EuGH C-124/97, Rn. 32 f. [Läärä]).

Der EuGH hat wiederholt im Kontext mit den die Glücksspielaktivitäten begrenzenden nationalen Regelungen ausgeführt, dass die **sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten** und die **sittlichen und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft**, die mit Spielen und Wetten einhergehen, den Mitgliedstaaten ein **Ermessen** einräumen, die Erfordernisse festzulegen, die sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben (Gambelli, Rn. 63; Placanica, Rn. 47). Ausdrücklich steht den Mitgliedstaaten ein eigener Beurteilungsspielraum zur Verfügung, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, wobei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen ist (Placanica, Rn. 48).

Bei der **Ausgestaltung** nationaler Glücksspielordnungen nennt der EuGH im Placanica-Urteil zwei unterschiedliche rechtfertigungsfähige Regelungsstrategien zur Beschränkung der Grundfreiheiten: Er verweist einerseits auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, die Gelegenheit zum Spiel insgesamt wesentlich zu **vermindern (Präventionsmodell)**, andererseits auf ein auf **Einnahmeerzielung und Expansion** gerichtetes Modell, durch das die auf diesem Gebiet tätigen Wirtschaftsteilnehmer einer staatlichen Kontrolle unterzogen werden, um die Glücksspieltätigkeiten aus dem Bereich der Kriminalität in die Legalität zu überführen (**Kanalierungsmodell**).

Im Hinblick auf das Präventionsmodell, das dem Glücksspielstaatsvertrag zugrunde liegt, verweist der EuGH auf seine bisherige Rechtsprechung. Beschränkungen der Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer stehen danach unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Diesen präzisiert der EuGH mit der Formulierung, dass die Beschränkungen dem Anliegen gerecht werden müssen, Gelegenheiten zum Spiel wirklich zu vermindern und die Tätigkeiten in diesem Bereich **kohärent und systematisch** zu begrenzen (Zenatti, Rn. 35, 36; Gambelli, Rn. 62, 67; Placanica, Rn. 51).

Der EuGH hatte sich in seiner Placanica-Entscheidung jedoch mit der zweiten Regelungsvariante, dem im italienischen Recht verfolgten Kanalierungsmodell, auseinanderzusetzen. Naturgemäß wirkt eine Politik der kontrollierten Expansion zur Legalisierung und Austrocknung des unerlaubten Glücksspiels durch ein Konzessionssystem, das eine bestimmte Anzahl von privaten Anbietern vorsieht, besondere Fragen auf. Dies folgt bereits daraus, dass ein System zur Bekämpfung und Kanalierung der Spielleidenschaft einerseits private Anbieter ausschließt, andererseits durch Werbung massiv Ausweitungen der staatlichen Angebote anstrebt. Im Bereich der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt der Begrenzung der Gesamtzahl der Konzessionen von Glücksspielanbietern daher besonderes Augenmerk zu.

Im Ergebnis stellt der EuGH für das italienische Modell denn auch fest, dass nationale Regelungen für das Vergabeverfahren, die in **anderen Mitgliedstaaten notierte Kapitalgesellschaften praktisch vom Glücksspielsektor ausschließen**, nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind, da ein vollständiger Ausschluss über das hinaus geht, was zur Erreichung des Zieles, den Glücksspielmarkt vor kriminellen und betrügerischen Tätigkeiten zu schützen, erforderlich ist. Vielmehr hält der EuGH die Kontrolle der Wirtschaftsteilnehmer etwa durch die Einholung von Informationen über ihre Vertreter oder Hauptanteilseigner für ein wesentlich milderes Mittel, das in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit weniger stark eingreift und insoweit auch keine außerhalb des Mitgliedsstaats ansässigen Bewerber diskriminiert (Placanica, Rn. 62 f.).

Trotz der negativen Bewertung der italienischen Regelung hebt das Urteil die Einschätzungsprärogative und Gestaltungsfreiheit der Mitgliedsstaaten bei der Frage nach der **Ausgestaltung** des Konzessionsmodells hervor. Danach ist es Sache der Mitgliedsstaaten, Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und ggf. das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen (Placanica, Rn. 48; Zenatti, Rn. 33). Mit Blick auf das Konzessionsmodell lehnt es der Gerichtshof ab, eine eigene Entscheidung über die Gesamtzahl der Konzessionen aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleiten. So sei es Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte, zu prüfen, ob die nationale Regelung, soweit sie die Anzahl der im Glücksspielbereich tätigen Wirtschaftsteilnehmer begrenzt, tatsächlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (Placanica, Rn. 58).

Danach ergibt sich aus der EuGH-Rechtsprechung für die Anordnung eines **staatlichen Glücksspielmonopols** Folgendes: Die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine Glücksspielregulierung sind systemakzessorischer Natur und können nicht aus ihrem jeweiligen Bezugsrahmen herausgelöst werden (zutreffend Dietlein, ZUM 2007, 463). Die Ausführungen des EuGH zum Kanalisierungsmodell des italienischen Rechts lassen sich nicht auf die Ausgestaltung eines präventiven, auf die Vermeidung von Spielsucht abzielenden Regelungssystems übertragen. Aussagen, wonach Monopollösungen per se mit dem Primärrecht in der Gemeinschaft nicht vereinbar sind und zwingend gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen (i.d.S. nur Koenig/Ciszewski, DÖV 2007, S. 313, 317) können aus der EuGH-Rechtsprechung jedenfalls nicht abgeleitet werden.

Entscheidend für die Rechtfertigung eines staatlichen Glücksspielmonopols ist es, ob die nationalen Beschränkungen, die private Spielanbieter grundsätzlich ausschließen, „**kohärent und systematisch**“ das Spielangebot begrenzen. Dies lässt sich nur mit Blick auf das jeweilige Regulierungsmodell und die damit verfolgten Ziele sowie unter Bezugnahme auf die tatsächlich von dem jeweiligen Mitgliedstaat erlassenen Regelungen bewerten.

Insbesondere muss darauf hingewiesen werden, dass das gegenwärtig diskutierte alternative Regelungsmodell einer **dualen Glücksspielordnung** durch ein Konzessionssystem, das eine unterschiedliche Behandlung von Lotto- und Sportwettenmarkt anstrebt (staatliches Monopol für den Lottomarkt wird aufrechterhalten, Sportwettenmarkt hingegen für private Anbieter geöffnet), ebenfalls rechtliche Risiken birgt. Auch eine grundsätzliche Öffnung – das zeigt die italienische Regelung exemplarisch – darf gegenüber den ausländischen Anbietern aus EU-Staaten nicht diskrimi-

nierend sein und muss Kontrollmöglichkeiten berücksichtigen, die bereits im Heimatland der Anbieter vorgenommen werden (zur Schwierigkeit einer gemeinschaftsrechtlich zulässigen Regelung zur begrenzten Konzessionsvergabe, die den „Panzer des Ermessens“, den der EuGH den Mitgliedstaaten eingeräumt hat, öffnet, Stein, ZFWG, 2007, S. 134, der explizit auf rechtliche Risiken einer derartigen Regelung hinweist).

Dem nationalen Gesetzgeber steht hinsichtlich der Regelungsstrategie zur Bekämpfung der Suchtgefahren bei Glücksspielaktivitäten nach Auffassung des EuGH ein **weiter Beurteilungsspielraum** zur Verfügung. Zur Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ist er daher keineswegs auf ein privates Konzessionsmodell bzw. auf eine staatliche Zulassungskontrolle verwiesen. Vielmehr kann er sich für eine Monopollösung entscheiden, die die Glücksspieltätigkeiten kohärent und systematisch begrenzt und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung trägt.

In diesem Sinne laufen - darauf macht auch das BVerfG in seiner Sportwettenentscheidung aufmerksam - die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts letztlich **parallel** zu den vom EuGH für das Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben. Gemeinschaftsrecht wie auch Verfassungsrecht setzen jeweils voraus, dass das Staatsmonopol tatsächlich dem Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern und nicht fiskalische Zwecke der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist (mit Bezug auf Gambelli BVerfG, NJW 2006, S. 1267). Ferner müssen die Regelungen verhältnismäßig sein und eine systematische und konsistente auf die Vermeidung der sozialschädlichen Folgen des Glücksspiels ausgerichtete Regelungskonzeption verfolgen.

Nicht ausdrücklich vom EuGH wurde bislang ein Verstoß des Glücksspielmonopols gegen **EG-Wettbewerbsrecht** (Art. 82 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 EG) untersucht. Ein Ausschluss vom Wettbewerb, das mit der Schaffung eines staatlichen Glücksspielmonopols erfolgt, dient jedoch einer effektiven Suchtbekämpfung und ist über Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt (ausführlich und zutreffend hierzu Fremuth, EuZW 2007, 565ff). im Rahmen dieser Rechtsfrage sind der Sache nach die Ausführungen des EuGH zu den Voraussetzungen von Eingriffen in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit entsprechend anwendbar.

### 3. Die Regelungsstruktur des Glücksspielstaatsvertrags

Der Glücksspielstaatsvertrag regelt den im Kompetenzbereich der Länder liegenden öffentlichen Glücksspielsektor und stellt einen einheitlichen **ordnungsrechtlichen Regulierungsrahmen** für die Bundesländer dar. In seinen Anwendungsbereich fallen nicht nur die Lotterien und Sportwetten (vgl. § 3 GlüStV), sondern auch Spielbanken nach Maßgabe der Bestimmung in § 2 GlüStV. Ausgenommen sind die nach Bundesrecht geregelten Pferdewetten und die Automatenspiele mit Gewinnmöglichkeit.

Das Regelungsziel, das der Glücksspielstaatsvertrag nach § 1 GlüStV verfolgt, ist mehrdimensional. So beabsichtigt der Staatsvertrag, die Verhinderung von Glücksspiel- und Wettsucht sowie die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen (Nr. 1). Ferner zielt er darauf ab, die Begrenzung des Glücksspiels und den natürlichen Spieltrieb in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken (Nr. 2), den Jugend- und Spielerschutz zu stärken (Nr. 3) sowie sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden (Nr. 4).

Zur Erreichung dieser Ziele sieht § 4 eine umfassende **Erlaubnispflicht für die Veranstaltung und Vermittlung** von Glücksspielen vor. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht kein Rechtsanspruch (§ 4 Abs. 1 und 2 GlüStV). In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob der Gesetzgeber vorliegend ein Verbot mit Befreiungsvorbehalt geschaffen hat, das gegenüber einer herkömmlichen Kontrollerlaubnis dadurch gekennzeichnet ist, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Tätigkeit grundsätzlich als unerwünscht ausschließen und nur im Einzelfall Befreiungen für die Tätigkeit erteilen will ( so Hermes, a.a.O., S. 59, Pieroth, a.a.O, S. 23) . Ausweislich der **Erläuterungen zum Staatsvertrag** zum Glücksspielwesen in Deutschland (in SH-Landtag Drucks. 16/1566 nicht enthalten, sodass die darin enthaltenen Motive für die Auslegung keine rechtlich verbindliche Konkretisierung erlangt haben; s. aber etwa Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drucks. 5/648, S. 38; Thüringer Landtag, Drs. 4/3341, S. 12) soll § 4 jedoch ein **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** enthalten (ob demgegenüber die Regel als Verbot mit Befreiungsvorbehalt zu verstehen ist, s. noch unter 4.3.1). Der ausdrückliche Ausschluss einer individuellen Berechtigung legt es jedenfalls nahe, von einer Genehmigung auszugehen, auf deren Erteilung bei Bestehen der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzung **kein** subjektives Recht des Spielanbieters besteht. Vielmehr wird die Behörde ermächtigt, auch bei positivem Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen die Zulassung zu versagen.

Weiterer zentraler Bestandteil des Glücksspielstaatsvertrags ist die Anordnung eines **staatlichen Glücksspielmonopols**. Nach § 10 Abs. 1 GlüStV haben die Länder die ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Diese öffentliche Aufgabe können sie auf gesetzlicher Grundlage selbst, durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen (Abs. 2). § 10 Abs. 5 GlüStV bestimmt ausdrücklich, dass anderen als den in Abs. 2 Genannten nur die **Veranstaltung** von Lotterien und Ausspielungen nach den Vorschriften des dritten Absatzes erlaubt werden.

Nach Maßgabe der Regelungssystematik bedeutet dies, dass nur Lotterien mit **geringerem Gefährdungspotential** i. S. des § 12 ff GlüStV durch private Anbieter veranstaltet werden dürfen. Nach § 13 GlüStV darf eine Erlaubnis zur Veranstaltung von Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential u.a. nicht erteilt werden, wenn der Spielplan vorsieht, dass der Höchstgewinn einen Wert von 1 Million Euro übersteigt.

Zudem werden die Länder nach § 18 GlüStV für sog. Kleine Lotterien, deren Entgelte den Betrag von 40.000 Euro nicht übersteigen, ermächtigt, vom Staatsvertrag abzuweichen.

§ 19 i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 GlüStV unterwirft auch die **Vermittler** von Glücksspielen einer Erlaubnispflicht, die – wie bereits ausgeführt - einen Rechtsanspruch auf die Erteilung dieser Erlaubnis ausschließt. Die mit dieser Regelung verbundenen Einschränkungen stellen den Hauptangriffspunkt der gegen den Glücksspielstaatsvertrag vorgelegten aktuellen Rechtsgutachten dar (vgl. Horn, in: Der Glücksspielstaatsvertrag, Die gewerbliche Spielvermittlung in dem Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 14. Dezember 2006, S. 104, der feststellt, dass der privatwirtschaftliche Unternehmensbetrieb zur Vermittlung staatlich veranstalteter Lotto- und Wettspiele sich durch die Regelung des Glücksspielstaatsvertrags auf ein Minimum seiner räumlich gegenständlichen Handlungs- und Entfaltungspotentiale reduziert sehe).

In diesem Zusammenhang ist auch von einem **staatlichen Vertriebsmonopol** die Rede, das zur Bekämpfung anders als örtliche Veranstaltungsmonopole auf dem Glücksspielsektor verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei (vgl. Hermes, a.a.O., S. 76; kritisch über die Auswirkungen auf die gewerblichen Spielvermittler, Horn, a.a.O., S. 97 ff.). Die Bezeichnung als staatliches Vertriebsmonopol erscheint angesichts der Möglichkeit einer Erlaubniserteilung für rein private gewerbliche

Spielvermittler - anders als bei der **Veranstaltung** von Glücksspielen mit besonderem Gefährdungspotential - zumindest missverständlich. Dennoch bleibt festzustellen, dass jedenfalls aufgrund der Regelung des § 4 GlüStV nicht ausgeschlossen werden kann, dass die eingeführte Genehmigungsmöglichkeit für private Spielvermittler jedenfalls faktisch so restriktiv gehandhabt wird, dass künftig nur staatliche Lottogesellschaften beim Vermitteln von Spiel- und Wettmöglichkeiten zum Zuge kommen könnten. Damit ist diese Regelung jedenfalls geeignet, in der Genehmigungspraxis der Behörden ein staatliches Vertriebsmodells zu schaffen.

Überdies enthält der Glücksspielstaatsvertrag in § 5 GlüStV eine Beschränkung der Werbung für öffentliches Glücksspiel sowie in § 4 Abs. 4 GlüStV ein Verbot des Veranstaltens und Vermittelns öffentlicher Glücksspiele im Internet. Die Regelung in § 4 Abs. 4 GlüStV wird insbesondere in der Stellungnahme der EU-Kommission (s. Umdruck 16/2267, S. 1 ff.) beanstandet.

#### **4. Rechtliche Würdigung**

Im Folgenden ist nicht der Raum, die gesamten Detailregelungen des Glücksspielstaatsvertrags rechtlich zu überprüfen. Vielmehr sollen die wesentlichen Regelungsstrukturen, mit deren verfassungsrechtlicher Zulässigkeit der Staatsvertrag steht und fällt, überprüft werden. Hierzu zählen das staatliche Veranstaltungsmonopol und die restriktiven Zulassungsregelungen insbesondere über die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele.

Zentrale Bedeutung für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der die Grundfreiheiten bzw. das Grundrecht der Berufsfreiheit einschränkenden Regelungen kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu: Sowohl das Monopol für die Veranstaltung als auch die Einführung einer Erlaubnispflicht mit Dispensmöglichkeit für das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele müssen dem im nationalen Verfassungsrecht wie auch im Gemeinschaftsrecht verankerten **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** genügen.

##### **4.1 Zum Regelungsziel des Glücksspielstaatsvertrags**

Von den Gegnern der staatsvertraglichen Regelung wird eingewandt, dass die Eingriffsnormen des Staatsvertrags gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen (dass die erheblichen Restriktionen dramatische Umsatzeinbrüche bei den Lotto- und Wetteinsätzen nach sich zögen, s. Stellungnahme der FLUX AG, Umdruck 16/2267, S. 19). Durch das Veranstaltungsmonopol sowie die

Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittler werde eine objektive Zulassungsschranke eingeführt, die eine besonders hohe Eingriffsintensität besitze (Horn, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 109).

Ein ordnungsrechtlich begründetes Glücksspielmonopol, das auch die Vermittlung von Gewinnspielmöglichkeiten einer restriktiven staatlichen Zulassungsentscheidung unterwirft, muss durch ein besonders hochrangiges Gemeinwohlziel gerechtfertigt werden (vgl. BVerfG NJW 2006, S. 1263). Da § 1 die verschiedenen Ziele des Staatsvertrags kumulativ nebeneinanderstellt, ergibt sich **erst aus der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag**, dass dessen vornehmliches Ziel die Vermeidung und die Bekämpfung der Glücksspiel- und Wettsucht darstellt („Erstes und wichtigstes Ziel“, Begründung, zum Glücksspielstaatsvertrag, Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drs. 5/648, S.31).

Das Bundesverfassungsgericht misst der Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren als ein „überragend wichtiges Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihre Familien und die Gemeinschaft führen kann“ eine hohe Bedeutung zu, die grundsätzlich auch den Ausschluss eines beruflichen Zugangs rechtfertigt (BVerfG NJW 2006, S. 1263).

Aus der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG folgt, dass Regelungen zur staatlichen Monopolisierung des Glücksspielwesens konsequent am Ziel der Bekämpfung der Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ausgerichtet sein müssen. Fiskalische Interessen scheiden zur Rechtfertigung staatlicher Monopole auf dem Glücksspielsektor aus. Dies schließt die Verfolgung fiskalischer Interessen des Staates nicht gänzlich aus. So sieht es das Bundesverfassungsgericht als legitimes Ziel an, einen erheblichen Teil der Einnahmen von Spielbanken Gemeinwohlzwecken zuzuführen (BVerfG 102, 197, 216). Entscheidend ist, dass fiskalische Interessen, jedenfalls für sich genommen, als einziges Ziel einer Beschränkung der Berufsfreiheit nicht in Betracht kommen.

Eine Verengung auf fiskalische Interessen kann dem Glücksspielstaatsvertrag nicht unterstellt werden. Insbesondere die restriktiven Vorgaben über die Vermittlungstätigkeit, das Vermittlungsverbot öffentlicher Glücksspiele im Internet (§ 4 Abs. 4 GlüStV) sowie die Einschränkungen der Werbung für das öffentliche Glücksspiel (§ 5 GlüStV) lassen erwarten, dass der Umsatz auf dem Glücksspielsektor nicht unbedeutend zurückgehen wird. Davon dürften gerade auch die staatlichen Gewinne betroffen sein.

Ziel der Regelung ist es ferner nicht, die private Konkurrenz auf dem Glücksspielmarkt auszuschalten, sondern einen Schutz vor Spiel- und Wettsucht zu gewährleisten, der gerade auch die Minderjährigen mit umfasst (Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drs. 5/648, Begründung, S. 41). Dies lässt sich am effizientesten durch ein staatliches Veranstaltungsmonopol erreichen. Damit kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Regelung des Glücksspielstaatsvertrags in erster Linie der Suchtprävention dienen. Die diesbezüglich geäußerten Zweifel am Wahrheitsgehalt der Motive des demokratisch legitimierten Gesetzgebers entbehren insoweit einer sachlichen Grundlage.

#### **4.2 Erforderlichkeit der Regelungen zur Zielerreichung**

Ein zentraler Aspekt für die Rechtmäßigkeitsprüfung des Glücksspielstaatsvertrags betrifft die Eignung und Erforderlichkeit der Regelungen des Staatsvertrags für die Vermeidung und Bekämpfung von Suchtgefahren. In verschiedenen Rechtsgutachten wird die Auffassung vertreten, dass dem Glücksspielmonopol die Erforderlichkeit fehle, weil als milderes Mittel gegenüber dem Veranstaltungsmonopol und den restriktiven Vermittlungsregelungen Maßnahmen der **Glücksspielaufsicht** zur Verfügung stünden, die mit weniger Eingriffsintensität verbunden, aber ebenso geeignet seien, das Regelungsziel zu erreichen (vgl. nur Hermes, Die Beschränkung für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 90).

Hinter dieser Problematik verbergen sich grundsätzliche Fragestellungen nach Ausmaß und Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit bei der Einschätzung von unterschiedlichen Handlungsalternativen zur Suchtbekämpfung sowie nach der Beurteilung der Gefahrenrelevanz von Lotterien. Ferner müssen die sowohl vom EuGH als auch vom BVerfG für die vorliegende Fallkonstellation aufgestellten besonderen Voraussetzungen zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten bzw. Grundrechte auf dem Gebiet des Glücksspielwesens vorliegen.

#### 4.2.1 Zur Bestimmung der legislativen Einschätzungsprärogative

Sowohl der EuGH als auch das Bundesverfassungsgericht räumen dem Gesetzgeber bei der Regulierung des Glücksspielsektors einen weiten Einschätzungsspielraum ein (BVerfG NJW 2006, S. 1264, BVerfGE 102, 197, 218).

Wesentliche tatsächliche Einschätzungen, die den Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags zugrunde liegen, sind danach gerichtlich nur bedingt nachprüfbar: So hat das BVerfG die **Erwägung des Gesetzgebers**, dass die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols ein geeignetes Mittel ist, die mit den Wetten verbundenen Gefahren zu bekämpfen, ausdrücklich als zulässig angesehen. Gleiches gilt für die gesetzgeberische Annahme, eine Marktöffnung werde aufgrund des dann entstehenden Wettbewerbs zu einer erheblichen **Ausweitung** von Wettangeboten und zur **Zunahme** von problematischem und suchtbeflügeltem Verhalten führen (BVerfG NJW 2006, 1264). Auch der EuGH erkennt die Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers an, nach Maßgabe der besonderen sittlichen, religiösen oder kulturellen Gegebenheiten unterschiedliche Regelungsmodelle zur Suchtprävention zu entwickeln (s.o. unter 1.2).

Danach steht dem Gesetzgeber als Reaktion auf die Gefahren der Spielsucht eine weite Bandbreite an Maßnahmen zur Verfügung, die von einem staatlichen Monopol bis hin zur herkömmlichen Kontrollerlaubnis reichen. Eine Überprüfung der Regelungsstrategien und der dahinter stehenden Abwägungsentscheidungen des Gesetzgebers kann daher nur im begrenzten Umfang erfolgen. Der Gesetzgeber wird weder durch die Rechtsprechung des EuGH noch die des BVerfG zwingend auf ein bestimmtes Modell zur Suchtbekämpfung festgelegt. Vielmehr stehen diesem verschiedene Handlungsalternativen zur Auswahl, die jedoch konsequent am Ziel der Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtet sein müssen.

Die richterliche Zurückhaltung gegenüber tatsächlichen Wertungen und Einschätzungen des Gesetzgebers entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade im Schutzbereich der Berufsfreiheit. Die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Regelung setzt die Abwägung von tatsächlichen Handlungsalternativen voraus, die in hohem Maße an eine gesetzgeberische Vorbeurteilung und Einschätzung der Verhältnisse gebunden sind. Dies macht das BVerfG deutlich, wenn es ausführt, dass es dem Gesetzgeber nicht seine „eigenen“ – ebenso wenig strikt beweisbaren Überzeugungen – entgegenstellen wolle (BVerfGE 25,1,17). Die Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschreitet der Gesetzgeber danach erst, wenn sie so fehlsam sind, dass

sie **vernünftiger Weise keine Grundlage** für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können (BVerfGE 30, 292,317; 77,84,106). Nach einer weiteren gebräuchlichen Formulierung sind die Grenzen so lange nicht überschritten, als sich die hinter der gesetzgeberischen Annahme stehenden Erwägungen nicht **als unvertretbar** oder **nachweislich unrichtig** entkräften lassen (BVerfGE 77,84,107).

Die Verfassungsgerichtsbarkeit übt angesichts der Wertgebundenheit derartiger Einschätzungen eine Kontrolle auf möglichst objektiver Grundlage aus. Letztlich geht es um die intersubjektive Nachvollziehbarkeit von gesetzgeberischen Erwägungen, da gerade auf der Basis kognitiver tatsächlicher Unsicherheiten naturgemäß eine Vielzahl von möglichen Lösungsansätzen und Regelungskonzepten denkbar ist, die wohl eine Rationalitäts- und Plausibilitätsprüfung von Argumentation und Regelungsansätzen, nicht aber deren politische Falsifizierung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ermöglicht.

Der Gesetzgeber ist daher grundsätzlich nicht gehindert, ein staatliches Monopol für den Glücksspielmarkt zur effektiven Suchtbekämpfung zu schaffen. Dabei kann – eine sachlich konsistente Regelung vorausgesetzt – hinsichtlich des Aspekts der Suchtabwehr nicht pauschal auf weniger belastende Regelungen verwiesen werden. Dies ist nur der Fall, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erfahrungen hinreichend sicher feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indes weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1, 12; 77, 84,106, verneinend für den Betrieb privater Spielbanken ferner BVerfGE 102, 197, 218, sowie Beschluss vom 26. März 2007, 1 BvR 228/02, S. 11).

Eine Regelung, die ein staatliches Veranstaltungsmonopol für Glücksspielaktivitäten vorsieht und dieses durch weitgehende Vermittlungsbeschränkungen flankiert, um den Gefahren der Spielsucht zu begegnen, kann jedenfalls nicht offensichtlich als willkürlich, unvertretbar oder evident fehlsam angesehen werden. Denn ein staatlicher Schutz vor den Gefahren der Spielsucht hat sich nicht notwendig nur auf Maßnahmen der **staatlichen Kontrollaufsicht** über Veranstalter von Wetten sowie Lotterien zu beschränken. Ein Schutzkonzept kann grundsätzlich auch darin bestehen, insbesondere Glücksspielaktivitäten mit besonderem Suchtgefährdungspotential staatlichen bzw. staatlich beherrschten **Veranstaltern** vorzubehalten, um damit eine besonders effiziente Eindämmung des Glücksspiels und der Glücksspielsucht zu erreichen.

Grundsätzlich gilt dies auch für Beschränkungen der **gewerblichen Spielvermittlung**. Ein Gesamtkonzept zur Suchtbekämpfung muss nicht dazu führen, dass Maßnahmen zur Begrenzung der Angebote zur Wettvermittlung ausgeklammert werden. Insbesondere erscheint es nicht als evident unvertretbar, dass der Gesetzgeber dafür Sorge trägt, über die Veranstaltung von Glücksspielen hinaus auch direkt an den Spieler herangetragene Anreize weitgehend einzudämmen und die Konfrontation der Bevölkerung mit den im Wesentlichen in staatlicher Hand befindlichen Wettspielangeboten auf ein Minimum abzusenken. Restriktive Bestimmungen über die Zulassung gewerblicher Glücksspielvermittler stehen mit den Veranstaltungsregelungen in einem untrennbaren Zusammenhang und können durchaus dazu beitragen, die suchtpreventive Zielsetzung des Glücksspielstaatsvertrags zu unterstützen (zur näheren Überprüfung der in den Glücksspielstaatsvertrag enthaltenen Erlaubnispflicht für die Vermittlungstätigkeit s. jedoch noch unter 4.3).

#### **4.2.2 Zum Ausmaß des Suchtpotentials von Lotterien**

Im vorliegenden Kontext wird als weiterer Haupteinwand gegen den Staatsvertrag geltend gemacht, dass von Lotterien keine Suchtgefahren oder jedenfalls deutlich geringere Suchtpotentiale als von anderen Glücksspielformen ausgingen (vgl. Hermes, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 78, Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 6f). Auf der Grundlage dieser Auffassung werden z.T. staatliche Aufsichtsregelungen als allein zulässige Maßnahmen angesehen, die der Glücksspielstaatsvertrag für die Lotterien mit geringfügigen Gefährdungspotential bereits ausweist (§ 12 ff GlüStV; Hermes, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 77). Z.T. wird die Aufrechterhaltung der staatsvertraglichen Regelung von 2004 im Lotteriebereich und eine Beschränkung der Neuregelungen des Staatsvertrags auf den Sportwettenbereich gefordert (Stellungnahme Deutscher Lottoverband vom 31.7.2007).

Konkret geht es hierbei um die Vergleichbarkeit der Suchtpotentiale auf den unterschiedlichen von der Regelung umfassten Bereichen - den Kasinospielen sowie Sportwetten auf der einen und den Lotterien auf der anderen Seite. Entscheidend kommt es dabei wiederum auf das Ausmaß und die Grenzen des Einschätzungsspielraums der **Gefahrenrelevanz** eines gesetzlich näher zu regulierenden Sachverhalts durch den Gesetzgeber an.

#### 4.2.2.1 Umfang und Grenzen der legislatorischen Gefahrenprognose

Ob und in welcher Weise der Gesetzgeber sich innerhalb seines Einschätzungsspielraums bezüglich des Bestehens von Gefahren bzw. des von einem Verhalten ausgehenden Gefahrenpotentials bewegt, bemisst sich im Wesentlichen nach den gleichen Maßstäben, die zuvor bei der Bestimmung der Grenzen des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums bei der Entscheidung über die Geeignetheit und Erforderlichkeit herangezogen wurden.

Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben, dass gerade auf Gebieten, auf denen das Bestehen bzw. das Ausmaß einer Gefährdung aufgrund unterschiedlicher gesellschaftlicher oder fachwissenschaftlicher Anschauungen nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, der legislative Beurteilungsspielraum besonders bedeutsam ist. So hat es in der umstrittenen Einschätzung der Gesundheitsgefahren, die vom Konsum von Cannabisprodukten ausgehen, die wissenschaftlich umstrittene gesetzgeberische Annahme von gesundheitlichen Risiken unbeanstandet gelassen (BVerfGE 90, 145, 177). Entsprechend – allerdings unter dem Aspekt einer staatlichen Schutzpflicht – bejaht das Bundesverfassungsgericht einen Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung technischer Risiken durch Mobilfunkanlagen (BVerfG NJW 2002, 1638, 1639) sowie bei der Beurteilung der Gefährlichkeit einzelner Hunderassen nach Maßgabe von Rasselisten (BVerfGE 110, 141, 166, wonach der Gesetzgeber, kann er sich über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Regelung im Zeitpunkt ihres Erlasses noch kein ausreichendes Urteil machen, die weitere Entwicklung überwachen und die Norm daraufhin überprüfen muss, dass die ihr zugrunde liegenden Annahmen nicht mehr zutreffen).

Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers ist nicht schrankenlos. So kann der Gesetzgeber nicht unter dem Deckmantel eines angeblichen Beurteilungsspielraums quasi ins Blaue hinein Maßnahmen ergreifen, ohne sich vorher in zumutbarer Weise über mögliche Gefährdungspotentiale und deren statistische bzw. wissenschaftliche Belegbarkeit zu informieren.

In diesem Zusammenhang wird insbesondere von der EU-Kommission beanstandet, dass eine Analyse der Zweckdienlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der im Glücksspielstaatsvertrag enthaltenen Maßnahmen durch den Gesetzgeber vorliegend nicht erfolgte (EU-Kommission, Umdruck 16/2267, Anl. 2, S. 3). Insoweit beruft sich die Kommission auf eine Entscheidung des EuGH, wonach die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedsstaat für den Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr geltend gemacht werden, von einer **Untersuchung** zur Zweckmäßigkeit und zur Ver-

hältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen Maßnahmen begleitet werden müssten (i.d.S. EuGH C-42/02, Rn. 25 [Lindman], mit Verweis auf die Rechtssachen Gebhard und Olazabal, wo jedoch lediglich nur auf den Verhältnismäßigkeitsmaßstab, d. h. die Erforderlichkeit und Geeignetheit einer Maßnahme abgehoben wird).

Die in der Lindman-Entscheidung vom EuGH geforderte Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit einer die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Regelung ist auf die vorliegende Fallkonstellation nicht ohne weiteres übertragbar. Dortiger Ausgangspunkt war eine **ersichtlich diskriminierende** finnische Bestimmung, wonach Gewinne aus in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien als besteuerbare Einkünfte des Gewinners behandelt werden, während Gewinne aus in Finnland veranstalteten Lotterien selbst nicht besteuert waren. Die finnische Regierung rechtfertigte die nationale Regelung u.a. mit der Prävention von Missbräuchen und Betrugstaten, der Verringerung des durch das Spiel verursachten gesellschaftlichen Schadens, der Finanzierung gemeinnütziger Tätigkeiten sowie der Wahrung der Rechtssicherheit (EuGH C-42/02, Rn. 23). Diese Einlassungen konnten offenkundig die Verhältnismäßigkeit der Regelungen nicht rechtfertigen. Das Regelungsziel der Verhinderung der negativer Begleiterscheinungen war evident nicht geeignet, einen Beleg für die offen diskriminierende Behandlung der von außerhalb Finnlands veranstalteten Lotterien gegenüber denen in Finnland selbst veranstalteten Lotterien zu liefern.

Dem Hinweis des EuGH, dass die dem Gerichtshof übermittelten Akten kein Element statistischer oder sonstiger Natur aufwiesen, die einen Zusammenhang zwischen dem Regelungsziel der Suchtbekämpfung und der steuerlichen Regelung darlegen, kam daher nur eine deklaratorische Funktion im konkreten Fall zu. Das Urteil des EuGH kann deshalb nicht im Sinne einer Grundsatzentscheidung verstanden werden, die die Mitgliedstaaten in jedem Fall zu einer wissenschaftlichen Evidenzkontrolle verpflichtet. Schließlich bliebe die Forderung nach einer wissenschaftlichen oder statistischen beweisbaren Kausalverknüpfung zwischen Eingriffsmaßnahmen und dem Regelungsziel in ihrer Konsequenz problematisch. Gerade in Gefährdungssituationen auf unsicherer Tatsachenbasis wäre der Gesetzgeber jeglicher Handlungsmöglichkeit beraubt. Dies gilt insbesondere in dem Bereich des Glückspielwesens, in dem der EuGH den Mitgliedstaaten ausdrücklich freistellt, die Ziele ihrer Politik festzulegen und das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen (Placanica, Rn. 48).

Gefordert werden kann daher kein wissenschaftlich exakt geführter Nachweis von Gefahren, sondern nur eine **plausible Annahme**, die sich nicht als nachweislich un-

richtig oder als unvertretbar entkräften lässt (vgl. BVerfGE 77, 84, 107). Dabei hat der Gesetzgeber seine Einschätzungen **nachvollziehbar zu begründen** und muss sich – je nach Maßgabe des in Rede stehenden Sachbereichs - auch um eine **wissenschaftliche Klärung** der die Gefahren begründenden Sachabläufe bemühen.

#### 4.2.2.2 Zur Annahme einer Suchtgefährdung durch Lotterien

Die Annahme eines kausalen Zusammenhangs zwischen der Anzahl der veranstalteten Glücksspiele bzw. der an potentielle Spieler herangetragenen Vermittlungstätigkeit von privaten Unternehmen und der Zunahme von Suchtgefahren für die Gesellschaft unterliegt vorliegend vernünftigerweise keinem ernsthaftem Zweifel. Ferner begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass der Gesetzgeber im Glücksspielstaatsvertrag Lotterien mit besonderem Gefährdungspotential den Sportwetten gleichstellt.

Ausweislich der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag wurden im Verlauf der Verhandlungen über den Staatsvertrag eine **Anhörung** durchgeführt sowie unterschiedliche wissenschaftliche Untersuchungen über das Gefährdungspotential des Zahlenlottos ausgewertet (Landtag Mecklenburg-Vorpommern, 5/648, zu § 10, S. 45 f, sowie Anlage zur Erläuterung betreffend die Anhörung der Suchtexperten, S. 53ff; ferner Erläuterungen zu 2.1, S. 31). Danach weisen unterschiedliche Glücksspielformen unterschiedliche Suchtpotentiale auf, wobei z.T. vertreten wird, dass es nicht möglich sei, die unterschiedlich hohen Suchtpotentiale empirisch zu belegen. Die Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag bezieht sich zudem auf erste wissenschaftliche Untersuchungen, die belegen, dass auch das Lottospiel in seiner derzeitigen Ausgestaltung ein klares Suchtpotential aufweist bzw. ebenfalls zur pathologischen Form der Spielsucht führen kann (Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drs. 5/648, Begründung, S.46).

Danach wird die Annahme des Gesetzgebers von einer Suchtgefährdung durch Lotterien mit besonderem Gefährdungspotential durch wissenschaftliche Untersuchungen gestützt. Die Erwägungen erweisen sich zumindest nicht als **offensichtlich fehlsam**. Dies werden sie insbesondere nicht dadurch, dass die vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Einschätzung im wissenschaftlichen Schrifttum nicht unwidersprochen geblieben sein mag. Eine letzte Evidenz i.S. einer wissenschaftlich unanfechtbaren Wahrheit zu fordern, würde den Gesetzgeber in weiten Bereichen gerade bei der Erfüllung seines Schutzauftrags gegenüber dem Bürger handlungsunfähig machen.

Nach alledem steht es dem Gesetzgeber frei, im Rahmen seines Gestaltungsermessens Regelungen zu beschließen, die die Veranstaltung wie auch die Vermittlung von Lotterien als suchtförderndere Glücksspielformen restriktiven Vorschriften unterwerfen.

Der Staatsvertrag trägt im Übrigen der unterschiedlichen Gefahrenrelevanz der Glücksspielformen durch eine **gestufte Binnendifferenzierung** zwischen **sog. kleinen Lotterien** sowie **Lotterien mit geringem Gefährdungspotential** einerseits sowie **Lotterien mit besonderem Gefährdungspotential** andererseits hinreichend Rechnung. Dadurch werden weniger suchtfördernde Lotterien weniger strengen Regelungen unterworfen als Formen des Glücksspiels mit einem höheren Gefährdungsprofil. Demnach kann grundsätzlich festgestellt werden, dass die Regelungen, soweit sie die unterschiedlichen Formen des Glücksspiels, aber auch die unterschiedlichen Aktivitäten (das Veranstalten und Vermitteln) betreffen, nicht wegen fehlender Geeignetheit bzw. Erforderlichkeit verfassungsrechtlich unzulässig sind.

#### **4.2.3 Zur besonderen Anforderung an ein System der Suchtbekämpfung**

Als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fordert der EuGH Regelungen, die die Gelegenheit zum Spiel wirklich verhindern und die Tätigkeiten in diesem Bereich **kohärent und systematisch** begrenzen (Placanica, Rn. 53; Zenatti, Rn. 35 f.; Gambelli, Rn. 62, 67). Entsprechend ist die Forderung des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, wonach das Glücksspielmonopol konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Spielleidenschaft gestellt werden muss (so für Sportwetten BVerfG NJW 2006, S. 1261, 1265).

Damit werden für Regelungen, die für das Glücksspiel ein staatliches Monopol vorsehen, besondere Hürden auferlegt. Gerade um eine rein fiskalische Zielsetzung bei der Regulierung des Glücksspielmarktes auszuschließen, bedarf es daher eines in sich schlüssigen Gesamtkonzeptes i.S. eines mehrdimensional ansetzenden Modells der Suchtbekämpfung.

Zu den Vorgaben, die das BVerfG für den Gesetzgeber zur Verwirklichung eines staatlichen Wettmonopols gemacht hat, gehören Regelungen über Art und Zuschnitt der Sportwetten sowie über die Beschränkung ihrer Vermarktung, Beschränkung der Werbung für das Wettangebot zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters sowie über Information und Aufklärung, Ausrichtung an das Ziel der Suchtbekämpfung, Beschränkung der Vertriebswege, Realisierung des Spieler- und Jugendschutzes, Sicherstellung der Anforderungen durch geeignete Kontrollinstanzen mit einer ausrei-

chenden Distanz zu fiskalischen Interessen des Staates (BVerfG NJW 2006, S. 1267).

Diesen Anforderungen trägt der Glücksspielstaatsvertrag durch materielle Bestimmungen sowie Verfahrensregelungen in seinem erweiterten Anwendungsbereich hinreichend Rechnung. Danach sind neben den restriktiven Bestimmungen über die Vermittlung von Glücksspielen besondere Vorschriften für Werbung (§ 5), Sozialkonzepte (§ 6), die Verpflichtung zur Aufklärung (§ 7), sowie für Spielersperren (§§ 8, 20, 23) geschaffen worden, die künftig einen bundeseinheitlichen Maßstab zur Verhinderung der Glücksspielsucht setzen sollen (s. auch Anhang der „Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht“, Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drs. 5/648, S. 27).

#### **4.2.4. Fehlende Kohärenz und Systematik durch Ausklammerung besonders suchtrelevanter Glücksspielformen**

Während der Glücksspielstaatsvertrag Regelungen über weniger suchtrelevante Bereiche wie Lotterien enthält, werden darin jedoch Glücksspielformen mit nachweislich hohem Suchtpotential, wie **Glücksspielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten** oder **Pferdewetten nicht** berücksichtigt (kritisch i.d.S. die Stellungnahme der EU-Kommission, Umdruck 16/2267, Anlage 2, S. 3; ferner Vorlagebeschluss des VG Stuttgart mit Blick auf Geldspielautomaten und Casinospiele in Spielbanken, Az. 4 K 4435/06, S. 9). Letztere Formen des Glücksspiels werden durch den hierfür zuständigen Bundesgesetzgeber vergleichbaren restriktiven Regelungen wie sie im Glücksspielstaatsvertrag vorgesehen sind, nicht unterworfen.

Hierin liegt eine unübersehbare Inkonsistenz des Regelungskonzepts. Nach derzeitigem Erkenntnisstand ist das Gefährdungspotential für ein problematisches bzw. pathologisches Spielverhalten bei **Glücksspielautomaten** am stärksten, an zweiter Stelle der Statistik folgen die vom Anwendungsbereich des Glücksspielstaatsvertrags umfassten Casinospiele, während alle anderen Glücksspielformen deutlich weniger zu einem problematischem Suchtverhalten beitragen (i.d.S. BVerfGE NJW 2006, S. 1261, 1263; mit Verweis auf Hayer/Meyer, Sucht 2003, S. 212, 218).

#### 4.2.4.1 Zur Zulässigkeit von Teilregulierungen

Ob ein kohärentes und systematisches Regelungssystem, wie es der EuGH fordert, durch Teilregulierung eines bestimmten Glücksspielsektors erfüllt sein kann, mag fraglich sein. So ließe sich durchaus erwägen, ob sektorale Beschränkungen allein auf den Bereich der Sportwetten mit der Forderung nach einer kohärenten Regelung i.S. des EuGH vereinbar wären.

Die Frage kann jedoch vorliegend dahinstehen, da jedenfalls eine sektorale Regelungsstrategie, die **zentrale suchtrelevante Bereiche mit nachweislich erheblichem Gefährdungspotential ausklammert**, letztlich als willkürlich anzusehen ist und die Vorgaben des EuGH missachtet. Denn anders als bei einer Teilregulierung wird im vorliegenden Fall eine vereinheitlichende nationale Rahmenregelung für Zulassung und Durchführung von Glücksspielen eingeführt, die für wesentliche suchtrelevante Bereiche keine Geltung beansprucht. Dadurch setzt der Gesetzgeber sich in Widerspruch zu seinem Regelungsziel und gerät in Kollision mit dem auch im Gemeinschaftsrecht geltenden Willkürverbot.

Daran dürfte auch eine Differenzierung zwischen einem sog. „kleinen Spiel“, dem Automaten spiel mit gewerblicher Regulierung und dem sog. „großem Spiel“, wozu u.a. die Sportwetten sowie Lotto und Toto gehören, nichts ändern. Die unterschiedliche Behandlung lässt sich mit den **geringeren Verlustmöglichkeiten** des kleinen Spiels nicht konsistent begründen (so aber Antwort der Bundesregierung betreffend Glücksspielmarkt in der Bundesrepublik Deutschland vom 1.10.2007, BT-Drs. 16/6551, S. 2). Hiergegen spricht bereits, dass das gewerbliche Geldgewinnspiel im Jahr 2005 an dem gesamten Glücksspielmarkt immerhin mit 21,5 % beteiligt ist (BT-Drs. 16/6551, S. 2) und dass nach derzeitigem Erkenntnisstand das Automaten spiel pathologisches Spielverhalten in besonderem Maße fördert (Hayer/Meyer, J. Public Health, 2004, 293, 296). Danach ist die Formel kleines Spiel – kleine Sucht, großes Spiel – große Sucht mit den wissenschaftlichen Erkenntnissen der Suchtforschung nicht vereinbar.

Dies gilt umso mehr, als die einschlägigen Regelungen im Bereich der Glücksspielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten durch den hierfür zuständigen Bundesgesetzgeber jüngst sogar einer **Liberalisierung unterzogen wurden** (vgl. Änderung der Spielverordnung u.a. § 3 und § 13 SpielV, BGBl. I, 2006, S. 280). So wurde die Anzahl der in einer Gaststätte zugelassenen Geld- und Warenspielgeräte von zwei auf drei (§ 3 Abs. 1) und die in Spielhallen zulässige Anzahl von zehn auf zwölf Geräte (§ 3 Abs. 2) erhöht. Zudem erfolgte eine Absenkung der Mindestquadratmeterzahl

von fünfzehn auf zwölf Quadratmeter (§ 3 Abs. 2). Gleichzeitig wurde die Mindestspieldauer von zwölf auf fünf Sekunden bei gleichzeitiger Erhöhung der Verlustgrenze von 60 auf 80 € in einer Stunde angehoben (§ 13; vgl. VG Stuttgart vom 24. Juli 2007, 4 K 4435/06, S. 10).

#### 4.2.4.2 Föderale Erschwernisse einer kohärenten Suchtregelung

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Länder an einer Regulierung des gewerblichen Spiels in Spielhallen durch die abschließende Normierung des Bundes unter dem Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) in der Gewerbeordnung (GewO) und der Spielverordnung **kompetenzrechtlich gehindert** sind (vgl. §§ 33 c bis g GewO). Die im Zuge der Föderalismusreform geschaffene ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen betrifft nämlich nicht das **materielle Spielrecht** der §§ 33 c bis g Gewerbeordnung, sondern allein die Spielhallenerlaubnis gem. § 33 i Gewerbeordnung (i.d.S. Entwurfsbegründung, Landtag Mecklenburg-Vorpommern, 5/648, S. 34; ferner Pieroth, in: Hermes/Horn/Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 11). Danach bestand für eine Aufnahme des bereits bundesrechtlich normierten Automatenspiels in den Glücksspielstaatsvertrag für die Länder verfassungsrechtlich kein Raum. Für die Forderung des EuGH nach einer kohärenten und systematischen Gesamtregelung ist dies jedoch **unbeachtlich**.

Dabei mag in diesem Zusammenhang dahin stehen, ob die Glücksspielpolitik der Länder aus Gründen des nationalen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 3 Abs. 1 GG auf eine Übereinstimmung mit der Politik im Zuständigkeitsbereich des Bundes verpflichtet sein kann oder ob umgekehrt die föderale Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat die Geltung des Gleichheitssatzes überspielt (vgl. Hermes, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 80).

Entscheidend ist, dass jedenfalls aus Sicht des Gemeinschaftsrechts auf föderale Besonderheiten bei der Rechtssetzung in der Bundesrepublik **keine** Rücksicht zu nehmen ist. Soweit der EuGH eine übergreifende Regulierung des Glücksspielmarkts als Voraussetzung für eine zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit fordert, wird die Letztverantwortung der Bundesrepublik zur umfassenden gemeinschaftskonformen Regelung nicht durch die unterschiedliche föderale Ausgestaltung der Kompetenzbereiche innerhalb des Bundesstaat beseitigt.

Danach ist der Bund als zuständiger Gesetzgeber für den Bereich des gewerblichen Spiels mit Geld- und Warenautomaten (in diesem Sinne für eine Bundeszuständig-

keit auch BVerfG NJW 2006, S. 1261, 1267) gefordert, seinerseits Regelungen zu erlassen, die einen wirksamen Schutz vor den besonders hohen Suchtgefahren des Automatenspiels gewährleisten. Gleiches gilt für den ebenfalls ein nicht nur unbedeutendes Suchtpotenzial aufweisenden Bereich der gewerblich betriebenen Werten auf **Pferderennen**, der ebenfalls durch den Bundesgesetzgeber geregelt wurde (vgl. § 2 Rennwett- und Lotteriegesezt i.d.F vom 16.12.1986, BGBl I, S. 2441). Verweigert der Bund daher seinen Beitrag an einer konsistenten Regelung zur Begrenzung der Spielsucht, so muss befürchtet werden, dass sich dessen gesetzgeberisches Unterlassen auf die gemeinschaftsrechtliche Konformität des Glücksspielstaatsvertrags negativ auswirken wird.

Diese Gefahr war den Vertretern der Länder durchaus geläufig: Ausweislich des Schreibens des Innenministeriums an den Vorsitzenden des Finanzausschusses vom 07.09.2007 haben die Regierungschefs der Länder mit Beschluss vom 13.12.2006 die Bundesregierung gebeten, die in der Gesetzgebungskompetenz des Bundes geregelten Bereiche des gewerblichen Automatenspiels und der Pferdewetten den Zielen und Maßstäben des Glücksspielstaatsvertrags anzupassen (Umdruck 16/2288, S. 2 des Anschreibens).

Diesem Ersuchen hat der Bund bislang durch keine Initiative entsprochen. Vielmehr hat die Bundesregierung auf eine entsprechende Anfrage des Bundestagsabgeordneten *Detlef Parr* (FDP) die Notwendigkeit einer Änderung der Spielverordnung und des Rennwett- und Lotteriegesezt durch Staatssekretär Dr. Otremba am 25. April 2007 wie folgt **zurückgewiesen**: „Bezug nehmend auf den Beschluss der Konferenz der Regierungschefs der Länder vom 13. Dezember 2006, Nummer 5, sieht die Bundesregierung daher keine Notwendigkeit, die Regelungen für gewerbliche Automatenspiele (Spielverordnung) sowie für Pferdewetten (Teil 1 des Rennwett- und Lotteriegesezt) zu ändern.“, BT-Drs. 16/5166).

Sollte der Bundesgesetzgeber entsprechende Regelungen zur aktiven Suchtkämpfung, die erst die Struktur einer einheitlichen Regulierung des Glücksspiels komplettieren, nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags nicht mehr treffen, dürfte dies für die Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags mit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, aber auch mit dem Willkürverbot innerhalb des Gemeinschaftsrechts negative Folgen haben. So spricht nichts dafür, dass der EuGH bei seiner ausstehenden Entscheidung im Vorabentscheidungsersuchen über die Frage nach dem Bestehen einer kohärenten und systematischen Politik zur Beschränkung des Glücksspiels (VG Stuttgart vom 24. Juli 2007, 4 K 4435/06, vgl. ferner VG Gießen 10 E 13/07 vom 7. Mai 2007) Rücksicht auf ein gesetzgeberisches

Unterlassen des Bundesgesetzgebers nehmen dürfte. Vielmehr ist nicht ausgeschlossen, dass mit einem Regelungsausfall derartig suchtrelevanter Bereiche wie dem Automatengewinnspiel der Staatsvertrag insgesamt in Frage stünde.

Letztlich stellt die Außerachtlassung zentraler Gebiete des Glücksspielwesens die **Eignung** der dann lediglich sektoral ansetzenden Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags in Frage: Das Ziel einer effektiven Suchtbekämpfung dürfte bei einer gesetzgeberischen Untätigkeit, die wesentliche Referenzbereiche ausklammert, ersichtlich kaum zu erreichen sein.

#### **4.3. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Genehmigung der Vermittlung von Glücksspielen**

Während im Rahmen des staatlichen Veranstaltungsmonopols nach § 10 Abs. 2, Abs. 5 GlüStV ohnehin nur staatliche oder staatlich beherrschte Veranstalter zum Zuge kommen, eröffnet der Glücksspielstaatsvertrag für die **Vermittlung** von Glücksspielen die Möglichkeit der Erlaubniserteilung gerade auch an **private Spielvermittler**. Gleiches gilt für die Erteilung von Genehmigungen für die **Veranstaltung von Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential** (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 GlüStV). Nach § 4 Abs. 2 GlüStV wird der Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis jedoch qua Gesetzes ausgeschlossen. Damit darf die Genehmigung von der Behörde auch verweigert werden, wenn keine konkreten Versagungsgründe vorliegen.

##### **4.3.1 Mangelnde Bestimmtheit**

Bedenken bestehen zunächst an der Bestimmtheit der Erlaubnisregelung. So erscheint bereits fraglich, ob die Norm für die Vermittlung von Glücksspielen ausreichend klare tatbestandliche Vorgaben enthält, die für die Antragsteller und die Behörde erkennbar machen, in welchem Fall die Behörde eine Erlaubnis für das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele **zwingend versagen** muss. Der bloße Verweis in § 4 Abs. 2 GlüStV auf den allgemein gefassten Zielkatalog des Glücksspielstaatsvertrags in § 1 GlüStV gibt hierfür keine klaren Kriterien. Auch die Konkretisierung durch § 5 des **Gesetzentwurfs zur Ausführung des Staatsvertrags** zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV AG) nimmt pauschal auf die Versagungsgründe in § 4 Abs. 2 i.V.m. § 1 GlüStV Bezug und führt zu keiner näheren tatbestandlichen Eingrenzung der Erlaubnisregelung.

Ferner bleibt unklar, in welcher Weise der gesetzliche Ausschluss eines Anspruchs auf Erlaubniserteilung in § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV zu verstehen ist und in welcher Weise die Behörde von ihrem dadurch eingeräumten **Versagungsermessen** Gebrauch machen soll.

Z.T. wird diese Regelung als **repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt** angesehen. Danach bezweckt die Vorschrift, dass das Vermitteln von Glücksspielen als grundsätzlich missbilligtes Verhalten grundsätzlich verboten ist und nur im Ausnahmefall von der Behörde erlaubt werden soll (Horn, S. 109; Pieroth, S. 23; Hermes, S. 60, in: Der Glücksspielstaatsvertrag). Andererseits weist die Begründung zum Staatsvertrag (Landtag Mecklenburg Vorpommern, Drs. 5/648, S. 38) ausdrücklich auf eine herkömmliche Kontrollerlaubnis hin („**umfassendes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**“). Danach wäre die beantragte Tätigkeit von der Behörde im Grundsatz stets zu genehmigen; sie könnte im Ausnahmefall aber durch eine entsprechende Ermessensentscheidung der Behörde versagt werden. Fraglich bliebe dann jedoch, wie es der Behörde möglich sein soll, das Regelungsziel der Suchtbekämpfung durch eine Verringerung der Vermittler von Glücksspielen nachhaltig zu beschränken.

Letztlich lässt die Bestimmung weder hinreichend klare tatbestandliche Genehmigungsvoraussetzungen erkennen, noch wird ein Sinn und Zweck des behördlichen Versagungsermessens erkennbar. Zum einen fehlen klare Bestimmungen über die Voraussetzungen, nach denen eine Genehmigung **nicht** erteilt werden darf. Zum anderen sind Vorgaben über die Art und Weise, mit der die Genehmigungsbehörden ihr gesetzlich eingeräumtes Ermessen im konkreten Fall ausüben sollen, nicht ersichtlich. Damit lässt die Regelung offen, ob die Zurückweisung des Antrags den Regelfall oder die Ausnahme bei der Ermessensbetätigung der Genehmigungsbehörde darstellen soll.

Entsprechendes gilt für die Bestimmung betreffend die Erlaubniserteilung von Lotterien mit **geringerem Gefährdungspotential** in § 13 GlüStV, der ebenfalls auf § 4 Abs. 2 und damit auf die Zielbestimmung in § 1 verweist. Allerdings wird hier zumindest der Versagungsgrund näher konkretisiert: Danach widerspricht die Veranstaltung § 4 Abs 2 GlüStV, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Veranstaltung der Lotterie wegen des insgesamt bereits vorhandenen Glücksspielangebots, insbesondere im Hinblick auf die Zahl der bereits veranstalteten Glücksspiele oder deren Art oder Durchführung den Spieltrieb in besonderer Weise fördert.

#### 4.3.2 Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes

Abgesehen von der mangelnden Bestimmtheit steht die Vereinbarkeit der Erlaubnisnorm mit dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Grundsatz der Gewaltenteilung in Zweifel.

Repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt sind nur dort zulässig, wo der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen aus dem **Schutzbereich von Grundrechten herausnehmen** darf. Gleiches gilt im Grundsatz auch für Erlaubnisbestimmungen, die zwar ein vom Gesetzgeber grundsätzlich gebilligtes Verhalten betreffen, der Behörde gleichwohl ein Versagungsermessen einräumen. Auch hier folgt der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus einer positiven behördlichen Ermessensentscheidung, die trotz Vorliegens aller Genehmigungsvoraussetzungen durch die Behörde versagt werden kann.

Im Schutzbereich der Berufsfreiheit begegnen derartige Regelungen erheblichen Bedenken. So vertritt etwa das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass es dem Wesen des Grundrechts der Berufsfreiheit widerspreche, wenn der Gesetzgeber die Erteilung einer Erlaubnis in das Ermessen der Behörde stellt (BVerwGE, 4, 250, 255f; 91,356, 358). Danach besitzt jeder Berufsbewerber, der die durch das Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen zur Zulassung erfüllt, einen **Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis**.

Diese Auffassung teilt auch das Bundesverfassungsgericht. In seiner Entscheidung zum Sammlungsgesetz stellt dieser fest, dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wie auch das Prinzip der Gewaltenteilung gebiete, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und eine Entscheidung hierüber nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlässt. Ausdrücklich heißt es: „Hält der Gesetzgeber es für erforderlich, der Ausübung grundrechtlicher Befugnisse ein Genehmigungsverfahren vorzuschalten, so muss sich aus der Rechtsvorschrift selbst ergeben, welche Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung gegeben sein müssen, bzw. aus welchen Gründen die Genehmigung versagt werden darf.“, (BVerfGE 20, 150, Juris Rn. 24).

Danach hat der Bürger, dessen Grundrechte durch einen Genehmigungsvorbehalt berührt werden, einen Rechtsanspruch auf Genehmigungserteilung, wenn ein gesetzlicher Versagungsgrund nicht vorliegt (vgl. ferner BVerfGE 34,165, 200; 46, 120,157). Eine eng begrenzte Ausnahme sieht das Bundesverfassungsgericht ledig-

lich für das Versagungsermessen einer atomrechtlichen Anlagengenehmigung vor, deren Sonderstellung das Gericht jedoch aus der dem Atomrecht immanenten hohen Sicherheitsrisiken ableitet (BVerfGE 49, 89, Rn. 145f).

Die hier zu überprüfende Regelung genügt den Ansprüchen der dargestellten Rechtsprechung nicht. Selbst bei Vorliegen aller Voraussetzungen der – freilich zu unspezifischen - Erlaubnisnorm bleibt die Erlaubniserteilung in das Ermessen der Behörde gestellt (vgl. ausdrücklich mit Bezug auf ein Ermessen Anm. zu § 4, Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drs. 5648, S. 39). Damit legt nicht das Gesetz, sondern die durch ein rechtlich nicht näher eingegrenztes Versagungsermessen befugte Behörde den Kreis derjenigen fest, denen das Vermitteln von Glücksspielen künftig erlaubt werden soll.

Aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes folgt, dass der Gesetzgeber für alle wesentlichen, für die Verwirklichung von Grundrechten wichtigen Entscheidungen eine gesetzlich normierte Eingriffsgrundlage schaffen muss (vgl. nur BVerfGE 77, 170, 230ff; 61, 260, 275). Diesen Anforderungen wird die Struktur der vorliegenden Erlaubnisnorm nicht gerecht, da sich aus dem Gesetzeswortlaut keine tatbestandlich verbindliche Festlegung der Gründe ergibt, die eine Versagung stützen könnte. Das der Behörde eingeräumte Versagungsermessen macht Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl möglich, die mangels einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage keiner gerichtlichen Kontrolle mehr zugänglich sind. Dadurch wird die rechtsstaatliche Bindung, die Voraussetzung ist für eine gerichtliche Kontrolle der Exekutive, im Bereich der Eingriffsverwaltung weitgehend beseitigt.

Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht die Entscheidung des BVerfG im sog. Nassauskiesungsfall. Darin sah das Gericht eine Regelung, die das Erteilen einer behördlich erlaubten Grundwasserbenutzung in das Ermessen der Zulassungsbehörde stellt, als verfassungsmäßig an. Anders als der vorliegende Fall, war im Nassauskiesungsfall nicht die Ausübung grundrechtlicher Befugnisse betroffen. Der Zugriff des Grundstückseigentümers auf das Grundwasser wurde dort durch ein verfassungsmäßiges Gesetz im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verfassungskonform ausgeschlossen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts vermittelt das Grundeigentum nämlich gerade **kein** subjektives Nutzungsrecht des Eigentümers am Grundwasser (BVerfGE 58, 300, 355ff.).

Im Gegensatz hierzu greift die Befugnis der Behörde, durch eine Ermessensentscheidung den **Zugang zu einer beruflichen Betätigung** - das Vermitteln von erlaubten Glücksspielen - zu versagen, in den Gewährleistungstatbestand des Grund-

rechts der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG ein. Ein Ausschluss von der beruflichen Betätigung setzt eine den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG entsprechende Erlaubnisregelung voraus, aus der sich im einzelnen ergeben muss, unter welchen Voraussetzungen der Eingriff erfolgen darf. Diesen Voraussetzungen trägt die gesetzliche Anknüpfung an eine unspezifisierbare Ermessensentscheidung der Behörde nicht Rechnung.

### 4.3.3 Verhältnismäßigkeit

Eine Regelung, die eine grundrechtliche Betätigung lediglich als eine Chance behandelt, auf die der Antragsteller keinen Rechtsanspruch hat, gerät darüber hinaus auch mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** in Konflikt. Bestimmungen, die den Zugang zu beruflichen Betätigungen ausschließen, bedürfen der Rechtfertigung durch erhebliche Gemeinwohlgründe (zur Drei-Stufentheorie, die jedoch in der neueren Rechtsprechung des BVerfG keine trennscharfe Berücksichtigung mehr erfährt vgl. Jarass/Pieroth, Art. 12 GG, Rn. 35ff). Erforderlich ist eine Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe.

Der Glücksspielstaatsvertrag begründet die Einführung einer staatlichen Erlaubnispflicht für das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele als Reaktion auf die „**vielfachen Missstände**“, insbesondere durch eine „**Vielzahl von Verbraucherbeschwerden**“ wegen besonders aggressiver Methoden bei der Werbung von Mitspielern (Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Drs. 5/648, S. 38).

Es erscheint indes fraglich, ob eine Regelung, die eine Erlaubniserteilung in das Ermessen der Behörde stellt, gerade gegenüber jenen Spielvermittlern, die sich in der Vergangenheit nachweislich **keinen derartigen Vorwürfen** ausgesetzt sahen, eine **zumutbare Belastung** im Sinne einer angemessenen Regelung darstellt.

Darüber hinaus bestehen erhebliche Bedenken gegen die Erforderlichkeit der Regelung, da das Instrument eines präventiven Erlaubnisvorbehalts **ohne Versagungs-ermessen** der Behörde durchaus ausreichend ist, bestehende Missstände und Unregelmäßigkeiten bei gewerblichen Spielvermittlern künftig zu beseitigen. Das der Regelung zur Erlaubniserteilung zugrunde liegende Ziel betrifft letztlich die Sicherstellung des im Gewerbebereich bekannten Merkmals der persönlichen **Zuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden. Ein **rechtskonformes Verhalten** von gewerblichen Spielvermittlern kann im Rahmen einer Zuverlässigkeitsprüfung durch staatliche Zulassungs- und Überwachungsverfahren wie auch in anderen Bereichen des Gewerbebereichs hinreichend sichergestellt werden. Es ist nicht zu erkennen, welchen ord-

nungspolitischen Sinn es machen kann, gewerblichen Spielvermittlern, die nachweislich die Gewähr dafür bieten, dass sie ihre Tätigkeit künftig ordnungsgemäß betreiben, die beantragte Erlaubnis dennoch zu versagen. Eine solche erweiterte Eingriffsbefugnis ist jedenfalls zur Erreichung des Regelungsziels der **Verhinderung von Missbräuchen** bei der Vermittlung öffentlicher Glücksspiele nicht erforderlich.

#### 4.3.4 Fazit

Letztlich ist die Erlaubnisbestimmung in § 4 Abs. 1, 2 GlüStV verschiedenen verfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt. Insbesondere die Unbestimmtheit der Regelung, die lediglich auf die Ziele des § 1 GlüStV verweist, versperrt die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Norm im Sinne einer gebundenen behördlichen Erlaubnisentscheidung.

Die Frage, ob und in welcher Weise eine verfassungsgemäße Regelung zur Bekämpfung der Spielsucht in Betracht kommt, durch die die Zahl der gewerblichen Spielvermittler wesentlich beschränkt werden könnte, stellt sich vorliegend nicht. Ob dies durch ein dem Veranstaltungsmonopol entsprechendes staatliches Monopol für das Vermitteln von Gewinnspielen oder durch ein Konzessionsmodell möglich ist, mag daher offen bleiben.

#### 4.4 Zur Inkrafttretensregelung in § 29 Abs. 1 GlüStV

Nach § 29 Abs. 1 GlüStV tritt der Staatsvertrag am 1. Januar 2008 in Kraft. Satz 2 bestimmt: „Sind bis zum 31. Dezember 2007 nicht mindestens 13 Ratifikationsurkunden bei der Staatskanzlei der oder des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkommission hinterlegt, wird der Staatsvertrag gegenstandslos.“

Die Bestimmung bezweckt offensichtlich, dass der Staatsvertrag auch gegen den Willen von maximal drei Bundesländern in Kraft treten kann. Dies dürfte unproblematisch sein, soweit sich die Geltung des Staatsvertrags ausschließlich auf die Ratifikationsurkunden der zustimmenden Länder beziehen sollte. Soweit dessen Inkrafttreten für alle 16 Bundesländer unabhängig von deren Zustimmung gemeint ist - was der Regelungskontext nahe legt (vgl. § 29 Abs. 2 GlüStV) - bestehen hieran verfassungsrechtliche Zweifel.

Eine Inkrafttretensregelung eines Staatsvertrags gegen oder zumindest ohne Zustimmung aller davon betroffenen Vertragsparteien widerspricht der Eigenstaatlichkeit

des Landes Schleswig-Holstein (Art. 1 LV SH) und dem Grundsatz der Bundesstaatlichkeit. Danach stehen die Länder als Glieder des Bundes einzeln und gleichberechtigt nebeneinander. Es gilt der Grundsatz der Einstimmigkeit, bei dem kein Land durch die anderen Länder überstimmt werden kann (BVerfGE 41, 291, 308; 1, 299, 315).

Zwar ist es den Vertragsparteien unbenommen, das Vetopotential, das in dem Einstimmigkeitsprinzip beim Abschluss von Staatsverträgen liegt, zu umgehen, indem für das künftige Inkrafttreten von Staatsverträgen von allen Ländern einstimmig vereinbarte Quoren beschlossen werden (vgl. BVerfGE 90, 60, 104). Eine von allen Ländern gebilligte Vertragsregelung, die ein Abweichen vom Einstimmigkeitsgrundsatz erlauben würde, ist vorliegend aber nicht zustande gekommen.

Darüber hinaus bedarf der Glücksspielstaatsvertrag zu seiner Durchführung eines **Zustimmungsgesetzes** nach **Art. 30 Abs. 2 LV**, da sich der Gegenstand des Staatsvertrags auf eine gesetzliche Regelung bezieht. Erst durch die Zustimmung des Parlaments wird der Ministerpräsident ermächtigt, den Staatsvertrag zu ratifizieren. Sollte daher der Landtag seine Zustimmung zum Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, das in § 1 eine Zustimmung zum Glücksspielstaatsvertrag vorsieht, verweigern, so hätte dies zur Folge, dass der Inhalt des Staatsvertrags innerstaatlich keine Umsetzung erführe und eine Ratifikation des Staatsvertrags durch den Ministerpräsidenten nicht mehr erfolgen dürfte.

## 5. Fazit:

Die vorliegende Würdigung ergibt, dass die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags über das **Veranstaltungsmonopol** von Glücksspielen sowohl mit nationalem Verfassungsrecht als auch mit Gemeinschaftsrecht **grundsätzlich** vereinbar sind. Voraussetzung ist allerdings, dass, wie vom EuGH und der Sache nach auch vom BVerfG gefordert, die Beschränkungen dem Anliegen gerecht werden müssen, die Tätigkeiten in diesem Bereich **kohärent und systematisch** zu begrenzen. Davon kann solange nicht die Rede sein, als für wesentlich suchtrelevantere Glücksspielformen als Lotterien im Bereich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes – insbesondere die Geldspiele an Automaten, aber auch die Pferdewetten – entsprechende Regelungsstrategien zur aktiven Suchtbekämpfung auf Bundesebene fehlen. Stellt der Bund nicht sicher, dass die in seinem Kompetenzbereich liegenden Glücksspielformen ebenfalls von entsprechend effektiven Maßnahmen zur Begrenzung der Spielsucht flankiert werden, so ergeben sich Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Regelung. Da die Bundesregierung ausdrücklich keinen Änderungs-

bedarf sieht, ist sehr fraglich, ob es entsprechende Anpassungen im Bundesrecht geben wird.

Für den Bereich der **Vermittlung** von Glücksspielangeboten hat die Prüfung darüber hinaus ergeben, dass die Vorschrift über das Genehmigungsverfahren in § 4 Abs. 1, 2 GlüStV rechtlich missglückt ist. Auf den ersten Blick wurde die dem Genehmigungsverfahren zugrunde liegende Vorschrift als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Anders als bei einer herkömmlichen Kontrollerlaubnis steht die Erlaubniserteilung jedoch im Ermessen der Genehmigungsbehörden. Die Bestimmung widerspricht dem Grundrecht der Berufsfreiheit, das dem Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung bei Vorliegen aller gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen verleiht. Es ergeben sich ferner Zweifel an der Vereinbarkeit der Erlaubnisregelung mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, dem Bestimmtheitsgebot und der Verhältnismäßigkeit.

Soweit ein Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags für alle Bundesländer unabhängig von der jeweiligen Zustimmung lediglich voraussetzt, dass bis zum 31. Dezember 2007 mindestens 13 Ratifikationsurkunden hinterlegt werden, bestehen hiergegen ebenfalls verfassungsrechtliche Bedenken.

Es ist abschließend darauf hinzuweisen, dass dem vorliegenden Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Drs. 16/1566) nur der Glücksspielstaatsvertrag, nicht aber dessen **Erläuterungen** beigefügt wurde. Die Begründung für den Staatsvertrag ist aus unterschiedlichen Aspekten (Suchtrelevanz von Lotterien, konsequente Ausrichtung auf eine aktive Suchtbekämpfung, Verhältnismäßigkeit der Regelungen) für die Zustimmung zum Staatsvertrag jedoch von erheblicher rechtlicher Bedeutung, da sich die staatsvertragliche Regelung tragenden Erwägungen erst aus der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag ergeben.

Insgesamt ist als Ergebnis der vorliegenden Prüfung festzustellen, dass gegen zentrale Teile des Glücksspielstaatsvertrags rechtliche Bedenken bestehen, aus denen sich ein beträchtliches Risiko für den gesamten Bestand des Glücksspielstaatsvertrags ergeben kann.