

**Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 17/2065**

Johannes Gutenberg-Universität Mainz  
Professor Dr. Dieter Dörr  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht, Medienrecht  
Fachbereich 03

An den  
Innen- und Rechtsausschuss  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages

Per E-Mail

Betreff: FW: **Neuordnung des Glücksspiels**  
Datum: Wed, 16 Mar 2011 15:59:03 +0000  
Von: Doerr, Prof. Dr. Dieter <[ddoerr@uni-mainz.de](mailto:ddoerr@uni-mainz.de)>  
An: '[innenausschuss@landtag.ltsh.de](mailto:innenausschuss@landtag.ltsh.de)' <[innenausschuss@landtag.ltsh.de](mailto:innenausschuss@landtag.ltsh.de)>

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, lieber Herr Rother,

unter Bezugnahme auf Ihr freundliches Schreiben vom 4. März 2011 muss ich ihnen mitteilen, dass ich angesichts meiner sonstigen Belastungen, zu denen gerade noch die fristgebundenen Korrekturen der Examensarbeiten kommen, nicht in der Lage bin, bis 1. April 2011 eine schriftliche Stellungnahme zu den unterschiedlichen Vorlagen abzugeben. Gerne übersende ich Ihnen aber die von Herrn Janich und mir verfasste Abhandlung, aus der sich ergibt, wie man aus unserer Sicht das Glücksspielwesen neu ordnen sollte.

Mit freundlichen Grüßen  
Dieter Dörr

-----  
Professor Dr. Dieter Dörr  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht, Medienrecht  
Fachbereich 03  
Johannes Gutenberg-Universität Mainz  
55099 Mainz

Tel.: +49(0)6131/392 3044  
/392 2681  
Fax: +49(0)6131/392 5697  
[www.jura.uni-mainz.de/doerr](http://www.jura.uni-mainz.de/doerr) <<http://www.jura.uni-mainz.de/doerr>>  
[ddoerr@uni-mainz.de](mailto:ddoerr@uni-mainz.de) <<mailto:ddoerr@uni-mainz.de>>



# Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Teilliberalisierung des deutschen Glücksspielmarktes

Gutachten

von

Universitätsprofessor Dr. iur. Dieter Dörr

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,  
Medienrecht der Universität Mainz, Direktor des Mainzer Medieninstituts

unter Mitarbeit von

Rechtsanwalt Steffen Janich

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Mainzer Medieninstitut

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Grundlagen und Problemstellung</b> .....	3	4. Das Festhalten am Sportwettenmonopol und die Erforderlichkeit zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht .....	13
1. Einleitung .....	3	5. Das Festhalten am Sportwettenmonopol und die Zumutbarkeit für die Anbieter von Sportwetten .....	13
2. Glücksspiele und Glücksspielarten.....	3	a) Die Unzumutbarkeit im Allgemeinen.....	13
a) Lotterien .....	3	b) Die Unzumutbarkeit und der Gedanke des Härteausgleichs.....	13
b) Sportwetten .....	3	aa) Die Rechtsprechung zum Härteausgleich.....	13
c) Gewinnspielgeräte, Spielhallen und Spielbanken .....	4	bb) Die Übertragbarkeit auf das staatliche Glücksspielmonopol .....	15
3. Die verwaltungsrechtliche Regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland.....	4	6. Zusammenfassung .....	15
a) Allgemeines .....	4		
b) Die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages .....	4	<b>IV. Vereinbarkeit einer Teilliberalisierung mit dem Gleichheitssatz</b> .....	16
c) Die Regulierung der Spielbanken.....	4	1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung .....	16
d) Die Regelungen für die übrigen Glücksspiele.....	5	2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	16
4. Die befristete Geltung des Glücksspielstaatsvertrages und seine Evaluierung .....	5	a) Anforderungen an die Rechtfertigung und die Intensität der Beeinträchtigung.....	16
		b) Gestaltungsspielraum und Kohärenzgebot ...	17
<b>II. Verfassungsmäßigkeit einer Gesamtliberalisierung</b> .....	6	aa) Inhalt des Kohärenzgebots.....	17
1. Das Staatsmonopol als Eingriff in die Berufsfreiheit .....	6	bb) Umfang des Kohärenzgebots nach der Rechtsprechung des EuGH .....	18
2. Die Schranken der Berufsfreiheit .....	6	cc) Umfang des Kohärenzgebots nach deutschem Verfassungsrecht .....	19
a) Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	6	dd) Kohärenzgebot und historische Entwicklung des Glücksspielrechts.....	20
b) Der legitime Zweck und die Drei-Stufen-Theorie.....	6	ee) Kohärenzgebot und die Unterschiede zwischen Sportwetten und Lotterien ...	21
aa) Allgemeines .....	6	(1) Unterschiedliche Schwarzmarktanfälligkeit.....	21
bb) Der Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter als Legitimation für objektive Berufswahlregelungen .....	6	(2) Unterschiedliche Anfälligkeit für betrügerische Machenschaften und Verbraucherschutz .....	22
cc) Die Bekämpfung der Spielsucht, der Begleitkriminalität und der Schutz vor betrügerischen Machenschaften als überragend wichtige Gemeinschaftsgüter .....	7	(3) Unterschiedliche Suchtgefahren ...	22
dd) Das Erfordernis einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Gefahr.....	8	ff) Zwischenergebnis.....	23
c) Das Sportwettenmonopol und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	8	gg) Folgerungen .....	23
aa) Die Geeignetheit des staatlichen Monopols .....	8	c) Sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung .....	23
bb) Die Erforderlichkeit des staatlichen Monopols.....	9	d) Die Teilliberalisierung des Sportwettenmarktes als sachgerechte Lösung .....	24
cc) Die Zumutbarkeit des Monopols.....	10		
d) Zusammenfassung.....	10	<b>V. Zusammenfassung</b> .....	24
<b>III. Die Teilliberalisierung und die Berufsfreiheit</b> ..	11	<b>VI. Literatur</b> .....	27
1. Allgemeines .....	11		
2. Das Fortbestehen einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Suchtgefahr.....	11		
3. Das Festhalten am Sportwettenmonopol und die Eignung zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht .....	12		

## I. Grundlagen und Problemstellung

### 1. Einleitung

Zurzeit beraten die Ministerpräsidenten der Länder im Rahmen der Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages auch über die Frage, ob neben einem staatlichen Monopol für den Bereich der Lotterien der Sportwettenmarkt liberalisiert werden sollte und ob eine solche Teilliberalisierung europa- und verfassungsrechtlich zulässig ist. Dabei wird diskutiert, ob öffentliche Wetten von privatrechtlich organisierten Wettunternehmen angeboten werden dürfen, wenn diese Unternehmen eine Genehmigung einer Aufsichtsbehörde erhalten, die als staatliche Aufsichtsbehörde mit Genehmigungs- und Überwachungsbefugnissen ausgestaltet werden wird.

Den Ausgangspunkt der Diskussion bildet das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Glücksspielrechtes vom 28. 3. 2006.<sup>1</sup> Dort hat der Erste Senat klargestellt, dass der Staat, wenn er an einem staatlichen Monopol im Bereich der Sportwetten festhält, dieses konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausrichten muss. Das BVerfG hat dabei – wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird – das Monopol als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Berufswahlfreiheit der Veranstalter und Vermittler von Sportwetten angesehen. In zwei weiteren Beschlüssen vom 14. 10. 2008<sup>2</sup> und vom 20. 3. 2009,<sup>3</sup> mit denen jeweils Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen wurden, haben sich die 2. und 3. Kammer des Ersten Senats erneut mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines staatlichen Monopols im Glücksspielwesen beschäftigt und dabei die zum 1. Januar in Kraft getretenen landesrechtlichen Neuregelungen, die den Glücksspielstaatsvertrag vom 30. 1./30. 7. 2007 umsetzen, in den Blick genommen. Vor dem Hintergrund der grundlegenden Entscheidung des BVerfG und der beiden Nichtannahmebeschlüsse stellt sich die Frage, ob es auf der Grundlage der zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse zulässig oder sogar geboten ist, den Bereich der Sportwetten zu liberalisieren, und zwar dergestalt, dass ein Konzessionsmodell eingeführt wird, selbst wenn für den Bereich der Lotterien ein staatliches Monopol beibehalten wird. Dabei ist zu berücksichtigen, ob sich die Einschätzungen und Prognosen des Gesetzgebers, die ein staatliches Monopol auch im Bereich der Sportwetten zu rechtfertigen vermögen und bisher vom BVerfG gebilligt wurden, nicht zwischenzeitlich als fehlsam oder gar widerlegt herausgestellt haben.

Mit dem Gutachten soll daher der Frage nachgegangen werden, ob es die Verfassung zulässt oder sogar gebietet, den Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten anders – nämlich mit einem Konzessionssystem – auszugestalten als den Bereich der Lotterien, bei denen ein staatliches Monopol aufrecht erhalten bleiben soll. Dazu ist es zunächst erforderlich, die verschiedenen Glücksspielarten zu beleuchten und sich deren unterschiedliche Rechtsgrundlagen vor Augen zu führen.

### 2. Glücksspiele und Glücksspielarten

Was unter dem Begriff Glücksspiel zu verstehen ist, haben die Länder in § 3 Abs. 1 S. 1 des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) definiert. Danach liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall

abhängt. Wesensbestimmend sind damit zum einen die Entgeltlichkeit der Gewinnchance und zum anderen die Zufallsabhängigkeit. Letztere ist nach Satz 2 der Vorschrift immer dann gegeben, wenn für die Gewinntrennung der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Zu den Glücksspielen zählen die Lotterien, die (Sport-)Wetten und die Glücksspielautomaten sowie die in Spielbanken veranstalteten Glücksspiele.

#### a) Lotterien

Lotterien sind gem. § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV Glücksspiele, bei denen einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen. Kennzeichnend sind also ein vom Veranstalter festgelegter Plan für den Spielbetrieb und die Bedingungen der Teilnahme sowie ein festgelegter Einsatz. Die Lotterien lassen sich unterteilen in aktive Lotterien, bei denen der Spieler eine bestimmte Zahl oder Ähnliches auswählt (wie z. B. Lotto 6 aus 49) und passive Lotterien, bei denen lediglich ein Los erworben wird (wie z. B. die Klassenlotterie).<sup>4</sup> Wird nicht um Geld-, sondern um Sachgewinne gespielt, so handelt es sich um Ausspielungen (§ 3 Abs. 3 S. 2 GlüStV).

#### b) Sportwetten

Sportwetten sind dadurch gekennzeichnet, dass die Entscheidung über den Gewinn vom Ausgang eines künftigen Sportereignisses abhängt (vgl. § 21 GlüStV).

Da die Richtigkeit des Tipps zu einem gewissen Grad auch von den individuellen Kenntnissen und der Erfahrung des Teilnehmers und nicht allein vom reinen Glück abhängt, wurde die Glücksspieleigenschaft von Sportwetten zum Teil bestritten.<sup>5</sup> Entscheidend ist jedoch, dass die Richtigkeit der Vorhersage sowohl aus Sicht des Spielers als auch objektiv von einer Vielzahl nicht sicher abzuschätzender Einflussfaktoren und damit überwiegend vom Zufall abhängt. So kann die Sportwette auch nur deshalb eine Gewinnerwartung des Veranstalters begründen, weil sie im Kern auf der Unkalkulierbarkeit der Ergebnisse beruht.<sup>6</sup> Zu Recht werden die Sportwetten daher heute von der Rechtsprechung und überwiegend auch in der Literatur als Glücksspiele angesehen.<sup>7</sup>

Anders als die Lotterien folgen die Sportwetten regelmäßig festen Gewinnquoten. Der Veranstalter legt dabei für die Vorhersagen der einzelnen Sportereignisse je nach der im Vorfeld sich ihm bietenden Wahrscheinlichkeit des Ergebnisses bestimmte Gewinnquoten fest. Derartige Wetten werden als Buchmacher- oder, in Anlehnung an die englische Bezeichnung für gesetzte („set“) Quoten („odds“), als „Oddset“-Wetten bezeichnet.

1 BVerfGE 115, 276.

2 BVerfG, NVwZ 2008, 1338 ff.

3 BVerfG, NVwZ 2009, 1221 ff.

4 Vgl. Fischer, Das Recht der Glücksspiele, 2009, S. 16.; Jarass, Verfassungs- und Europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, Rechtsgutachten, 2010, S. 6.

5 Vgl. LG Bochum, NSTZ-RR 2002, 170; AG Karlsruhe-Durlach, GewArch 2001, 134 f.; Kühne, in: FS für Schröder, S. 545, 550 ff.; kritisch auch Horn, NJW 2004, 2047 f.

6 Vgl. BVerwGE 114, 92, 94 f.

7 BVerwGE 96, 293, 295 f.; 114, 92, 94 f.; BGH, NJW 2002, 2175; BGH, DVBl. 2003, 669, 670; Lackner/Kühl, StGB, 2007, § 287 Rn. 10; Beberich, Das Internet-Glücksspiel, 2004, S. 39 f.; Heine, wistra 2003, 441, 443; Wohlers, JZ 2003, 860 f.; Hermanns/Klein, JA 2003, 632 ff.

Hiervon zu unterscheiden sind die sogenannten Totalisator-Wetten, wie z. B. das Fußball-Toto, bei denen die Höhe des Gewinns variabel ist und wie bei den Lotterien von der Gesamtsumme der Einsätze und der Zahl der Gewinner abhängt. Auch die Pferdesportwetten, die nicht dem Glücksspielstaatsvertrag unterfallen, sondern durch das Rennwett- und Lotteriegengesetz gesondert geregelt werden, folgen überwiegend dem Totalisatorprinzip.

### c) Gewinnspielgeräte, Spielhallen und Spielbanken

Zu den Glücksspielen zählen ebenfalls die Gewinnspielgeräte, die auch als Spielautomaten bezeichnet werden. Solche Geräte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind und die Möglichkeit eines Gewinnes bieten (vgl. § 33 c GewO).

Unternehmen, die ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung bestimmter anderer Spiele (nicht Glücksspiele) oder der gewerbmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dienen, werden als Spielhallen bezeichnet (vgl. § 33 i Abs. 1 S. 1, 2. HS GewO).

Zum Glücksspielwesen gehören schließlich die Spielbanken, bei denen es sich um örtlich gebundene, öffentlich zugängliche Einrichtungen handelt, in denen verschiedene staatlich konzessionierte Glücksspiele (Roulette, Poker, Slot-Maschinen etc.) betrieben werden.<sup>8</sup>

## 3. Die verwaltungsrechtliche Regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland

### a) Allgemeines

Das Glücksspielwesen hat in Deutschland keine einheitliche verwaltungsrechtliche Regulierung erfahren. Die grundsätzliche Gesetzgebungszuständigkeit für das Glücksspielrecht liegt wegen seiner Zugehörigkeit zum Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei den Ländern,<sup>9</sup> die hiervon durch den Abschluss des Glücksspielstaatsvertrags und seine Umsetzung in Landesrecht Gebrauch gemacht haben. Der Vertrag gilt indes nicht flächendeckend für alle Glücksspiele.

Sonderregelungen gelten zunächst für die Pferderennwetten, die in einem Bundesgesetz, dem Rennwett- und Lotteriegengesetz, geregelt sind. Die Existenz gesonderten Bundesrechts in diesem Bereich ist auf historische Gründe zurück zu führen. So kamen öffentlich veranstaltete Wetten erstmals in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf, damals allein im Bereich der Pferdewetten. Um das Wettgeschäft aus dem Untergrund zu holen, entschloss sich der Gesetzgeber 1922 mit dem Erlass des Rennwett- und Lotteriegengesetzes, den Buchmacherberuf, beschränkt auf den Bereich der Pferdewetten, zuzulassen. Das Rennwett- und Lotteriegengesetz gilt seither gem. Art. 123 Abs. 1, 125 Nr. 1 GG als Bundesrecht fort.

Auch das Aufstellen von Spielautomaten und der Betrieb von Spielhallen sind bundesrechtlich und zwar durch die §§ 33 c-i der Gewerbeordnung geregelt. Die Gesetzgebungskompetenz leitet der Bund aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) her.<sup>10</sup>

Schließlich werden die Zulassung und der Betrieb von Spielbanken in speziellen Landesgesetzen näher geregelt. Der Glücksspielstaatsvertrag findet gem. § 2 S. 2 GlüStV nur begrenzt Anwendung.

### b) Die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages

Nach § 10 Abs. 1 GlüStV ist es Aufgabe der Länder, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe können sie Lotteriegesellschaften gründen, die von den Ländern selbst oder durch sie beherrschte juristische Personen betrieben werden (vgl. § 10 Abs. 2 GlüStV).

Öffentliche Glücksspiele dürfen nach § 4 Abs. 1 GlüStV nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. Eine solche Erlaubnis kann neben den in § 10 Abs. 2 GlüStV genannten staatlichen Lotteriegesellschaften auch gemeinnützigen privaten Veranstaltern erteilt werden,<sup>11</sup> soweit sich die Erlaubnis nur auf die im dritten Abschnitt des Vertrags geregelten Lotterien mit geringem Gefährdungspotenzial bezieht. Wann eine Lotterie geringes Gefährdungspotenzial aufweist, ist in § 13 Abs. 2 GlüStV vorgegeben. Hierunter fallen etwa die ARD-Fernsehlotterie oder die Lotterie „Aktion Mensch“,<sup>12</sup> deren wirtschaftliche Bedeutung jedoch deutlich geringer ist als die der regulären Lotterien.<sup>13</sup>

Eine Erlaubnis für die Veranstaltung aller übrigen unter den Glücksspielstaatsvertrag fallenden Glücksspiele darf hingegen nur an die unter § 10 Abs. 2 GlüStV fallenden Veranstalter, also ausschließlich an die staatlichen Lotteriegesellschaften erteilt werden. Diesen Einrichtungen kommt somit ein Veranstaltungsmonopol zu, unter das neben den regulären Lotterien auch der gesamte Bereich der Sportwetten und damit ein überaus lukrativer Teil des Glücksspielmarktes fallen.

Auch die Vermittlung von Glücksspielen bedarf der Erlaubnis (vgl. § 4 Abs. 1 GlüStV). Diese kann zum einen den Annahmestellen und Lottereeinnehmern, die in die Vertriebsorganisation der staatlichen Lotteriegesellschaften eingegliedert sind (vgl. § 3 Abs. 5 GlüStV), als auch gewerblichen Spielvermittlern (vgl. § 3 Abs. 6 GlüStV) erteilt werden, für die indes strengere Voraussetzungen normiert sind (vgl. § 19 GlüStV<sup>14</sup>).

### c) Die Regulierung der Spielbanken

Wie bereits dargestellt gelten die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags für Spielbanken gem. § 2 S. 2 GlüStV nur eingeschränkt. Insbesondere ist die Regelung des § 10 GlüStV nicht anwendbar, so dass jedenfalls aus dem Glücksspielstaatsvertrag kein Staatsmonopol für die Spielbanken folgt. Die möglichen Adressaten einer Er-

<sup>8</sup> Vgl. VGH Mannheim, GewArch 1978, 387 ff.; *Tettinger/Wank*, GewO, **■Jahr?**, § 33 h Rn 2.

<sup>9</sup> In seiner Sportwettenentscheidung hat das BVerfG allerdings deutlich gemacht, dass eine Regelung auch durch den Bundesgesetzgeber gestützt auf das Recht der Wirtschaft in Betracht kommt, BVerfGE 115, 276, 319.

<sup>10</sup> Nach überwiegender Auffassung hat sich an der Zuständigkeit des Bundes auch mit der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft (...) ohne das Recht (...) der Spielhallen“) im Zuge der Föderalismusreform nichts geändert; vgl. hierzu *Schönleitner*, GewArch 2006, 371; *Ennuschat/Brugger*, ZfWG 2006, 292; Erläuterungen zum GlüStV, Abschnitt A II 3; a. A. *Dietlein*, ZfWG 2008, 12.

<sup>11</sup> Dazu *Ruttig*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2008, § 14 GlüStV Rn. 3 ff.

<sup>12</sup> *Ennuschat*, ZfWG 2008, 83, 85; *Ruttig*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Fn. 11), § 12 GlüStV Rn. 4 ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim, *Der deutsche Glücksspielmarkt 2008* (Kurzfassung), abrufbar unter <http://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/gluecksspiel/Markt/Gluecksspielmarkt08.pdf>.

<sup>14</sup> Darüber hinaus haben die Länder in unterschiedlichem Umfang weitere Anforderungen in den Ausführungsgesetzen zum GlüStV normiert; vgl. dazu *Schmitt*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Fn. 11), § 19 GlüStV Rn. 31 ff.

laubnis sind in den jeweiligen Landesspielbankgesetzen geregelt. In acht Bundesländern dürfen Spielbanken nur durch die öffentliche Hand oder durch von ihr beherrschte privatrechtlich organisierte Unternehmen betrieben werden. In Mecklenburg-Vorpommern darf hingegen die Erlaubnisvergabe ausschließlich an private Betreiber erfolgen. In den übrigen Bundesländern dürfen die Konzessionen sowohl an staatliche als auch an private Betreiber vergeben werden. Dabei ist in Hessen vorgeschrieben, dass der Betrieb einer Spielbank nur den im Gesetz genannten Gemeinden erlaubt werden darf, diese können jedoch mit Zustimmung des Innenministeriums den Spielbankbetrieb durch Dritte, also auch durch Private ausüben lassen.

#### *d) Die Regelungen für die übrigen Glücksspiele*

In den übrigen Bereichen des Glücksspielwesens existiert ein staatliches Veranstaltungsmonopol, wie es im Glücksspielstaatsvertrag und einigen Landesspielbankgesetzen statuiert wurde, nicht. Zwar stehen auch die Veranstaltung der Pferderennwetten und des Automatenspiels sowie des Betriebs von Spielbanken unter einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; die Möglichkeit der Erlaubniserteilung ist jedoch nicht beschränkt auf staatliche oder staatlich dominierte Veranstalter.

Anders als bei den übrigen Sportwetten kann etwa die Veranstaltung von Pferderennwetten, die als Totalisatorwetten angeboten werden, Vereinen erlaubt werden, wenn sie die Sicherheit bieten, die Einnahmen zum Wohle der Landespferdezucht einzusetzen (§ 1 Abs. 3 RennwLottG). Eine Buchmachererlaubnis kann darüber hinaus jedem erteilt werden, der den Nachweis erbringt, dass er in seiner Person die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bietet und die zur Ausübung des Buchmachergewerbes erforderliche kaufmännische Befähigung besitzt (§ 3 Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen zum RennwLottG).

Die Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Aufstellen von Spielgeräten ist jedem zu erteilen, der die in § 33 c Abs. 2 GewO normierten Voraussetzungen erfüllt. Die Versagung der Erlaubnis ist danach nur möglich, wenn Tatsachen die Annahme einer Unzuverlässigkeit des Antragstellers begründen. Außerdem benötigt der Antragsteller eine behördliche Bescheinigung über die Geeignetheit des Aufstellungsortes (§ 33 c Abs. 3 GewO). Ähnliches gilt für die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle (§ 33 i GewO). Neben dem personenbezogenen Erfordernis der Zuverlässigkeit knüpft die Erlaubnis hier zusätzlich an verschiedene betriebliche Aspekte (Räume und Betriebsart) an.

#### **4. Die befristete Geltung des Glücksspielstaatsvertrages und seine Evaluierung**

Die Länder haben im Glücksspielstaatsvertrag dessen befristete Geltung vereinbart. So tritt der Vertrag nach § 28 Abs. 1 mit Ablauf des vierten Jahres nach seinem Inkrafttreten außer Kraft, sofern nicht die Ministerpräsidentenkonferenz bis Ende des vierten Jahres mit mindestens 13 Stimmen das Fortgelten des Staatsvertrages beschließt. In diesem Fall gilt der Staatsvertrag unter den Ländern fort, die dem Beschluss zugestimmt haben. Die Geltung wird mithin am 31. 12. 2011 enden, wenn ein solcher Beschluss nicht zustande kommt.

Die Entscheidung über die Verlängerung soll unter Berücksichtigung einer Evaluierung der Auswirkungen des Staatsvertrages getroffen werden (§ 27 GlüStV). Die Evaluierung ist von den Glücksspielaufsichtsbehörden der

Länder unter Mitwirkung des Fachbeirats durchzuführen. Das Ergebnis ist drei Jahre nach Inkrafttreten des Staatsvertrages, also bis spätestens zum 31. 12. 2010 vorzulegen.

Im Rahmen dieser Evaluierung finden die bereits angesprochenen Beratungen der Ministerpräsidenten der Länder über die Möglichkeit einer Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes statt. Dabei geht es, wie bereits ausgeführt,<sup>15</sup> auch darum, den Bereich der Sportwetten zu liberalisieren, und zwar dergestalt, dass das Angebot von Sportwetten auch privaten Wettunternehmern ermöglicht wird, das staatliche Lotteriemonopol hingegen uneingeschränkt bestehen bleibt. Private Wettunternehmern könnten danach öffentliche Wetten veranstalten, sofern sie hierzu die Genehmigung einer staatlichen Aufsichtsbehörde erhalten haben. Damit käme es zu einer grundlegend unterschiedlichen Behandlung der Sportwetten auf der einen und der Lotterien auf der anderen Seite. Zur äußerlichen Manifestation einer derart differenzierenden Regelung wird zudem erwogen, Sportwetten und Lotterien in separaten Staatsverträgen zu regeln.

Entscheidend ist, ob eine solche Teilliberalisierung nicht nur mit dem Europarecht, woran seit dem Urteil des EuGH vom 8. 9. 2009<sup>16</sup> kaum mehr ernsthafte Zweifel bestehen, sondern auch mit der Verfassung, namentlich mit den Grundrechten, etwa der Berufsfreiheit solcher Unternehmer in Einklang stünde, die an der Veranstaltung privater Lotterien interessiert sind. Denn es erscheint durchaus denkbar, dass Petenten für private Lotterieveranstaltungen bei einer erfolgten Teilliberalisierung mittels der Verfassungsbeschwerde gegen das fortbestehende staatliche Lotteriemonopol vorgehen und sich dabei auf die erfolgte Liberalisierung des Sportwettenmarktes berufen werden.

So könnten Petenten für private Lotterieveranstaltungen vorbringen, dass sie durch den Fortbestand des Lotteriemonopols in ihrer Berufsfreiheit verletzt würden. Kern dieses Einwands könnte sein, dass das staatliche Lotteriemonopol als schwerwiegendster Eingriff in die Berufsfreiheit für die Erreichung des mit ihm verfolgten Gemeinwohlziels ebenfalls nicht als erforderlich erachtet werden könne bzw. als unzumutbar anzusehen sei, wenn der Gesetzgeber ein Staatsmonopol bei den Sportwetten zur Erreichung des gleichen Ziels nicht für erforderlich bzw. das Festhalten an diesem Monopol für die potentiellen Anbieter von Sportwetten für unzumutbar hält (dazu unten III. 1.).

Einen zweiten Ansatzpunkt könnte der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bieten. So könnte vorgebracht werden, dass die Benachteiligung privater Lotterieveranstalter gegenüber den privaten Sportwettenanbietern eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung darstelle (dazu unten III. 2.).

Mit diesem Gutachten wird also der Frage nachgegangen, ob die vorgenannten Bedenken begründet sind, also ob eine Liberalisierung des Sportwettenmarktes unter Beibehaltung des staatlichen Lotteriemonopols verfassungsrechtlich zulässig oder sogar geboten ist.

Dazu soll zunächst geklärt werden, ob eine Liberalisierung des Glücksspielwesens insgesamt mit dem Grundgesetz in Einklang stünde (II.). Aufbauend auf diese Erkenntnisse soll sodann untersucht werden, ob die beschriebene Teilliberalisierung mit der Berufsfreiheit (III.) und mit dem

<sup>15</sup> Vgl. oben I. 1.

<sup>16</sup> Rs C-42/07

Gleichheitssatz (IV.) zu vereinbaren wäre. Im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit ist zudem zu klären, ob eine Aufgabe des staatlichen Monopols im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten verfassungsrechtlich geboten ist. Schließlich erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse (V.).

## II. Verfassungsmäßigkeit einer Gesamtliberalisierung

### 1. Das Staatsmonopol als Eingriff in die Berufsfreiheit

Schon seit langem versuchen private Anbieter, Anteile am deutschen Glücksspielmarkt, insbesondere im Bereich der Sportwetten, zu erlangen. Bekanntlich haben weder politische noch juristische Bemühungen bislang zum Erfolg geführt. Dennoch zeigt sich, dass das Staatsmonopol auf dem Lotteriede- und Wettmarkt zunehmend unter Rechtfertigungsdruck gerät.

Die Monopolisierung des Lotteriede- und Wettwesens stellt für interessierte inländische Unternehmen einen Eingriff in deren Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar.<sup>17</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass das BVerfG etwaigen Zweifeln, ob es sich bei dem Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten um einen grundrechtlich geschützten Beruf handelt, eine klare und eindeutige Absage erteilt.<sup>18</sup> Zwar hält es daran fest, dass von vorneherein „verbotene“ Tätigkeiten<sup>19</sup> nicht in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fallen. Darunter sind aber nach seiner zutreffenden Auffassung allenfalls solche Tätigkeiten zu verstehen, die schon ihrem Wesen nach verboten sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können.<sup>20</sup> Um eine solche schlechthin gemeinschädliche Tätigkeit handelt es sich bei dem Anbieten und Vermitteln von Sportwetten nicht. Ganz im Gegenteil erkennt selbst die deutsche Rechtsordnung das Anbieten von Sportwetten als erlaubte Tätigkeit an, indem etwa das Rennwett- und Lotteriegesez eine Sonderform von Sportwetten, nämlich die Pferderennwetten, zulässt. Zudem sieht das Gemeinschaftsrecht das Anbieten von Sportwetten als eine durch die Dienstleistungsfreiheit geschützte wirtschaftliche Tätigkeit an.<sup>21</sup>

In dem Nichtannahmebeschluss vom 14. 10. 2008<sup>22</sup> hat die 2. Kammer des Ersten Senats klargestellt, dass auch das Vermitteln von Lotterien einen grundrechtlichen geschützten Beruf darstellt. Durch das staatliche Veranstaltungsmonopol für reguläre Lotterien und Sportwetten und das damit einhergehende Verbot für private Veranstalter wird in die Berufsfreiheit eingegriffen und zwar in Gestalt des schwerstmöglichen Eingriffs einer objektiven Berufszulassungsschranke.

### 2. Die Schranken der Berufsfreiheit

#### a) Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Um vor dem grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG Bestand zu haben, bedarf ein Eingriff stets einer gesetzlichen Grundlage.<sup>23</sup> Dies beruht darauf, dass es sich bei Art. 12 Abs. 1 GG um ein einheitliches Grundrecht handelt, das in sachlicher Hinsicht das gesamte Berufsleben erfasst. Geschützt werden daher sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl. Zwar bezieht sich der Gesetzesvorbehalt nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nur auf die Berufsausübung. Da es

sich bei der Berufsausübung und der Berufswahl aber um ein einheitliches Grundrecht handelt, ist der Gesetzesvorbehalt nach Sinn und Zweck der Regelung auch auf die Berufswahl auszudehnen.

Das einschränkende Gesetz muss seinerseits den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Normen genügen. Die eingreifende Vorschrift muss kompetenzgemäß erlassen worden sein, durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.<sup>24</sup>

#### b) Der legitime Zweck und die Drei-Stufen-Theorie

##### aa) Allgemeines

Welchen Maßstäben diese Gründe des Gemeinwohls genügen müssen, also welche Anforderungen für den legitimen Zweck gelten, richtet sich nach der Einordnung des Eingriffs in eine Stufe der Drei-Stufen-Theorie, die das BVerfG im Apothekenurteil<sup>25</sup> entwickelt hat. Danach ist hinsichtlich der Zulässigkeit eines Eingriffs in die Berufsfreiheit zwischen Berufsausübungsregelungen und Berufswahlregelungen zu unterscheiden. Innerhalb der Berufswahlregelungen ist sodann nochmals eine Differenzierung zwischen subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen vorzunehmen, wobei letztere den schwerwiegendsten Eingriff in die Berufsfreiheit bedeuten. Die Einordnung in eine der drei genannten Stufen (1. Stufe: Berufsausübungsregelungen; 2. Stufe: subjektive Berufswahlregelungen; 3. Stufe: objektive Berufswahlregelungen) dient der Ermittlung der Anforderungen, die an den verfolgten gesetzgeberischen Zweck zu stellen sind. Welche legitimen Zwecke einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen können, richtet sich also nach der jeweiligen Intensität des Eingriffs: Je gewichtiger der Eingriff, um so höher-rangige Ziele muss der Gesetzgeber verfolgen. Für Eingriffe in die Berufsausübung genügen vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls,<sup>26</sup> wohingegen subjektive Berufswahlregelungen, also Bestimmungen, die den Zugang zu einem Beruf von subjektiven Voraussetzungen abhängig machen, nur zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter<sup>27</sup> in Betracht kommen. Objektive Berufswahlregelungen können nach dem Apothekenurteil im Allgemeinen nur durch die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut legitimiert werden.<sup>28</sup>

##### bb) Der Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter als Legitimation für objektive Berufswahlregelungen

In seiner neueren Rechtsprechung geht das BVerfG allerdings mehr dazu über, die Prüfung des legitimen Zwecks nicht mehr allein an der doch recht starren Regelung der Drei-Stufen-Theorie vorzunehmen, sondern ganz allge-

17 Vgl. BVerfGE 115, 276, 303.

18 BVerfGE 115, 276, 300 ff.

19 Dazu grundsätzlich BVerfGE 7, 377, 397.

20 BVerfGE 115, 276, 300 f.

21 EuGH, Urt. v. 6. 11. 2003 – C-243/01 – Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13031. Rn. 54.

22 BVerfG, NVwZ 2008, 1338, 1339.

23 BVerfGE 15, 226, 231; 82, 209, 224.

24 BVerfGE 95, 193, 214.

25 BVerfGE 7, 377, 405 ff.

26 BVerfGE 7, 377, 405.

27 BVerfGE 7, 377, 406.

28 BVerfGE 7, 377, 408.

mein hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls zu verlangen.<sup>29</sup> Hierdurch wird die Prüfung flexibler, gerade in den Fällen, in denen eine genaue Einordnung in eine der drei festgelegten Stufen nicht möglich erscheint.

Zudem hat das BVerfG in der Spielbankentscheidung die These entwickelt, dass in bestimmten Fällen auch für objektive Berufswahlregelungen keine nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren für ein überaus wichtiges Gemeinschaftsgut vorliegen müssen. Ein so weitgehender Grundrechtsschutz gelte nur für Berufe, die ihrer Art nach wie hinsichtlich der Möglichkeiten, den jeweiligen Beruf tatsächlich auch zu ergreifen, nicht durch atypische Besonderheiten gekennzeichnet seien. Der Beruf des Spielbankunternehmers weist aus Sicht des BVerfG Besonderheiten auf, die auch die Grundrechtsprüfung beeinflussen. Der Betrieb einer Spielbank sei eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen.<sup>30</sup> Dabei ist die Zahl der zugelassenen Spielbanken herkömmlich und verfassungsrechtlich unbedenklich in erheblichem Maße beschränkt.

Diesen Besonderheiten werde nicht angemessen Rechnung getragen, wenn der Staat Eingriffe in das Recht der freien Wahl des Berufs des Spielbankunternehmers nur unter der Voraussetzung vornehmen dürfte, dass dies zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter und zur Abwehr ihnen drohender schwerer Gefahren notwendig ist. Die Verknappung des Marktes und die Eigentümlichkeiten des Gegenstandes der beruflichen Tätigkeit erfordern hier einen breiteren Regelungs- und Gestaltungsspielraum des staatlichen Gesetzgebers. Ausreichend, im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes allerdings auch notwendig ist es nach Ansicht des BVerfG deshalb, Beschränkungen des Zugangs zu jenem Beruf nur davon abhängig zu machen, dass mit der im Einzelfall beabsichtigten Beschränkung wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden.

In der Sportwettenentscheidung scheint der Erste Senat dieser Linie in Anknüpfung an die Spielbankentscheidung<sup>31</sup> zu folgen. So verzichtet er auf einen ausdrücklichen Hinweis auf die „Drei-Stufen-Theorie“.<sup>32</sup> Der Sache nach wendet er aber den darin enthaltenen Grundsatz, dass für Berufswahlregelungen besonders gewichtige Gemeinwohlbelange streiten müssen, an. So betont er, dass die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht, das das Hauptziel der Regelung darstelle, ein „besonders wichtiges Gemeinwohlziel“ bzw. ein „überragend wichtiges Gemeinwohlziel“ sei, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihre Familien und die Gemeinschaft führen könne.<sup>33</sup> Noch stärker orientiert sich der auf der Sportwettenentscheidung beruhende Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14. 10. 2008<sup>34</sup> an der Drei-Stufen-Theorie. Einmal wird klargestellt, dass es sich bei dem in § 4 Abs. 4 GlüStV verankerten Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet um eine Berufswahlregelung handelt. Zum anderen bestätigt die Entscheidung auch, dass Berufsausübungsregelungen, die zur Folge haben, dass die betroffenen Berufsangehörigen nicht nur in Einzelfällen, sondern in aller Regel zur Be-

rufsaufgabe gezwungen werden, an den strengen Voraussetzungen für eine Beschränkung der Berufswahl zu messen sind.<sup>35</sup> Man kann insoweit von verkappten Berufswahlregelungen sprechen.<sup>36</sup> Schließlich verlangt die 2. Kammer für diese Berufswahlregelungen ausdrücklich das Vorliegen überragend wichtiger Gemeinwohlziele. Nur diese könnten objektive Berufswahlbeschränkungen rechtfertigen. Dazu zählt aus Sicht der 2. Kammer das Ziel, die Bevölkerung, insbesondere Kinder und Jugendliche, vor den Gefahren der Glücksspielsucht und der mit Glücksspielen verbundenen Folge- und Begleitkriminalität zu schützen.

Dies ist auch konsequent, da ein den Spielbanken vergleichbarer atypischer Ausnahmefall gerade nicht vorliegt. Es handelt sich bei den Sportwetten nicht um eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat nur deshalb erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen. Vielmehr haben Sportwetten überwiegend reinen Erholungs- und Freizeitcharakter. Daher lässt etwa auch das Rennwett- und Lotteriegewinnsetzgesetz als Sonderform der Sportwetten zu und gestaltet den Beruf als Buchmacher.

Es bleibt also festzuhalten, dass das BVerfG im Regelfall bei einer objektiven Berufswahlregelung zunächst zu prüfen hat, ob es um den Schutz eines überragenden Gemeinschaftsgutes geht.<sup>37</sup> Dies gilt auch für das staatliche Monopol bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten.

cc) Die Bekämpfung der Spielsucht, der Begleitkriminalität und der Schutz vor betrügerischen Machenschaften als überragend wichtige Gemeinschaftsgüter

Schon im Apothekenurteil<sup>38</sup> hat das BVerfG dargelegt, dass der Gesundheitsschutz ein solches überragend wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt. Von daher gesehen ist es konsequent und überzeugend, dass im Sportwettenurteil<sup>39</sup> und im Nichtannahmebeschluss vom 14. 10. 2008<sup>40</sup> auch die Bekämpfung der Glücksspiel- und Wettsucht, die ein krankhaftes Verhalten darstellt, als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut eingestuft wird.

Daneben hat das BVerfG im Sportwettenurteil<sup>41</sup> darauf hingewiesen, dass auch der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und ein darüber hinausgehender Verbraucherschutz, insbesondere vor irreführender Werbung, legitime Ziele für ein Sportwettenmonopol darstellen können. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass auch diese Ziele überragend wichtige Gemeinschaftsgüter

29 BVerfGE 95, 193, 214; 102, 197, 212 f.

30 Vgl. dazu auch BVerfGE 28, 119, 148.

31 BVerfGE 102, 197, 212 f.

32 BVerfGE 115, 277, 304; zu Recht wird kritisiert, dass es mit Blick auf die Rechtsklarheit zielführender gewesen wäre, sich eindeutiger an der Drei-Stufen-Theorie zu orientieren, vgl. *Kment*, NVwZ 2006, 617, 619.

33 BVerfGE 115, 277, 304 f.

34 BVerfG, NVwZ 2008, 1338.

35 Vgl. auch BVerfGE 16, 147, 163; 31, 8, 29; 36, 47, 59; 38, 61, 85 f.; 46, 120, 138, 149.

36 *Schiedermair/Dörr*, Spielautomatensteuer in Baden-Württemberg, 1984, S. 30 ff.; *Dörr*, NJW 1988, 1049, 1051.

37 So schon BVerfGE 7, 377, 409.

38 BVerfGE 7, 377.

39 BVerfGE 115, 276, 304 f.

40 BVerfG, NVwZ 2008, 1338, 1340.

41 BVerfGE 115, 276, 306.



darstellen, die in der Lage sind, objektive Berufswahlregelungen zu rechtfertigen. In seiner Entscheidung geht das BVerfG auf diese Ziele schon deshalb nicht näher ein, weil nach seiner zutreffenden Auffassung typische Betrugsgefahren bei den Sportwetten gerade in geringerem Maße als bei anderen Glücksspielen bestehen und auch die Gefahr einer Übervorteilung von Spielern durch Täuschung über Gewinnquoten gering ist, da Risiko und Gewinnchance aufgrund fest vereinbarter Gewinnquoten transparent sind. Zudem war der Hauptzweck des bayerischen Staatslotteriegesetzes erklärtermaßen die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht.

Schließlich weist das BVerfG<sup>42</sup> noch darauf hin, dass auch die Bekämpfung der mit der Spielsucht verbundenen Folge- und Begleitkriminalität legitime Ziele darstellen, also überragend wichtige Gemeinschaftsgüter<sup>43</sup> sind. Dabei handelt es sich regelmäßig um ein mit der Suchtbekämpfung notwendig mitverfolgtes Ziel. Soweit von Glücksspielen Suchtgefahren ausgehen, wird durch die Bekämpfung der Spielsucht auch die damit einhergehende Begleitkriminalität verhindert. Eine eigenständige Bedeutung der Begleitkriminalität im Zusammenhang mit Sportwetten kann allenfalls die Bekämpfung des Wettbetrugs haben, also der Versuch das Ergebnis des Sportereignisses zu manipulieren und in dieser Weise den Ausgang der Sportwette zu beeinflussen.

dd) Das Erfordernis einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Gefahr

Allerdings reicht es nicht aus, dass ein oder mehrere überragend wichtige Gemeinschaftsgüter existieren, die die Regelung rechtfertigen könnten. Vielmehr hat das BVerfG bereits im Apothekenurteil<sup>44</sup> deutlich gemacht, dass „nachweisbare“ oder „höchstwahrscheinliche Gefahren“ für dieses Gemeinschaftsgut bestehen müssen. Den Grund für diese strengen Anforderungen sieht das BVerfG darin, dass die Möglichkeit des Eindringens sachfremder Motive bei objektiven Berufswahlregelungen besonders groß sei. Im Apothekenurteil hat es daher die gesetzgeberische Prognose, bei Wegfall der Niederlassungsbeschränkungen für Apotheker drohe eine Gefährdung der Volksgesundheit, einer durchaus kritischen Prüfung unterzogen. Dabei hat es als Prüfungsmaßstab, ob der Gesetzgeber eine „höchstwahrscheinliche Gefahr“ bejahen darf, eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ der gesetzgeberischen Prognose herangezogen.<sup>45</sup> Ob eine solche hinreichende Wahrscheinlichkeit damals bestand, untersuchte das BVerfG eingehend unter Berücksichtigung der Situation in vergleichbaren Staaten und der Anhörung von Sachverständigen. Im Ergebnis sah es die vom Gesetzgeber ins Feld geführte Gefahr für die Volksgesundheit als „nicht überzeugend“<sup>46</sup> bzw. als „nicht mit Tatsachen belegt“<sup>47</sup> an.

Bemerkenswert ist, dass das BVerfG im Sportwettenurteil im Gegensatz zum Spielbankenurteil<sup>48</sup> an dem Erfordernis einer höchstwahrscheinlichen Gefahr<sup>49</sup> ausdrücklich festhält. Allerdings nimmt es seine Kontrolle, ob eine solche höchstwahrscheinliche Gefahr vorliegt, im Hinblick auf den Prognosespielraum des Gesetzgebers ganz deutlich zurück. Es verlangt gerade keine hinreichende Wahrscheinlichkeit, sondern lässt es ausreichen, dass das Suchtpotenzial von Sportwetten – und damit die mögliche Gefahr für das überragend wichtige Gemeinschaftsgut – derzeit nicht abschließend beurteilt werden kann. In diesem Zusammenhang weist es sogar darauf hin, dass Sportwetten ein deutlich geringeres Suchtpotenzial hätten als

Glücksspiele an Automaten, die bezüglich des problematischen Spielverhaltens mit weitem Abstand an erster Stelle lägen, und Casino-Spiele, die an zweiter Stelle folgten. Sportwetten dürften für die große Mehrheit der Spieler reinen Erholungs- und Unterhaltungscharakter haben. Das Suchtpotenzial von Sportwetten mit festen Gewinnquoten könne derzeit aber noch nicht abschließend beurteilt werden.<sup>50</sup> Trotz dieses Befundes, der eine hinreichende Wahrscheinlichkeit gerade nicht belegt, geht das BVerfG davon aus, dass der Gesetzgeber aufgrund des gegenwärtigen – also des zum Zeitpunkt der Entscheidung gegebenen – Erkenntnisstandes mit einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial rechnen durfte. Wie stark die Kontrolle damit zurückgenommen wird, macht vor allem der Hinweis deutlich, dass Sportwetten für die große Mehrheit der Spieler auch nach Auffassung des Ersten Senates keinerlei Suchtgefahren mit sich bringen. Dann hätte der Erste Senat aber eine höchstwahrscheinliche Gefahr verneinen müssen, wenn er die Maßstäbe des Apothekenurteils herangezogen hätte. Dort wird nämlich betont, dass vereinzelt mögliche Entschlüsse von Apothekern, die Gefahren mit sich bringen können, gerade nicht ausreichen, um eine generelle Berufswahlregelung zu rechtfertigen.<sup>51</sup> Im Sportwettenurteil lässt der Erste Senat dagegen Einzelfälle dafür ausreichen, dass die gesetzgeberische Prognose „nicht unerhebliches Suchtpotenzial“ verfassungsrechtlich (noch) nicht zu beanstanden ist. Diese Zurücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle ist durchaus problematisch.

e) *Das Sportwettenmonopol und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

Wie bereits dargelegt wurde, genügt es aber nicht, dass ein hinreichend bedeutsames legitimes Ziel, also ein überragend wichtiger Gemeinwohlbelang, verfolgt wird, das höchstwahrscheinlichen Gefahren ausgesetzt ist. Vielmehr muss der gesetzgeberische Eingriff auch und vor allem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

aa) Die Geeignetheit des staatlichen Monopols

Dies bedeutet zunächst, dass das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel geeignet sein muss, zur Zielerreichung beizutragen. Das staatliche Wettmonopol muss also zumindest das Ziel, den Gefahren der Spiel- und Wettsucht zu begegnen, fördern können. Bei der Eignung gilt ein großzügiger Maßstab, den das BVerfG auch in der Sportwettenentscheidung<sup>52</sup> anlegt. Dies beruht darauf, dass dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zuerkannt wird. Daher reicht es aus, dass durch das eingesetzte Mittel das Ziel gefördert werden kann, also die Zweckerreichung möglich erscheint.<sup>53</sup> Es kommt demnach für die Eignung nicht darauf an, ob das Ziel in vollem Umfang erreicht wird oder ob es andere Mittel gibt, die das Ziel

42 BVerfGE 115, 276, 306 f.

43 So ausdrücklich BVerfG, NVwZ 2008, 1338, 1340.

44 BVerfGE 7, 377, 408.

45 BVerfGE 7, 377, 415.

46 BVerfGE 7, 377, 415, 428.

47 BVerfGE 7, 377, 430 f.

48 Dort ließ das BVerfG die „Verfolgung wichtiger Gemeinwohlbelange“ genügen, BVerfGE 102, 197, 215.

49 BVerfGE 115, 276, 305: „...und dies mit dem Ziel der Abwehr einer höchstwahrscheinlichen Gefahr zum Anlass der Prävention nehmen.“

50 BVerfGE 115, 276, 305.

51 BVerfGE 7, 377, 424 f.

52 BVerfGE 115, 276, 308.

53 BVerfGE 25, 1, 17, 19 f.; 63, 88, 115; 67, 157, 175; 77, 84, 106 f.; 96, 10, 23; 103, 293, 307.

effektiver verwirklichen würden. Auch die Frage, ob es ein gleich effektives, aber weniger einschneidendes Mittel gibt, ist kein Problem der Geeignetheit, sondern gehört zur Erforderlichkeit.<sup>54</sup> Da es zumindest möglich erscheint, dass ein staatliches Sportwettenmonopol bei sachgerechter Ausgestaltung zur Bekämpfung der Spielsucht und damit auch der Begleitkriminalität beitragen kann, hat das BVerfG die Eignung der Regelung zutreffend bejaht.

#### bb) Die Erforderlichkeit des staatlichen Monopols

In der Sportwettenentscheidung setzt sich das BVerfG nur sehr kurz mit der Erforderlichkeit des staatlichen Monopols, also der Frage auseinander, ob nicht ein milderes Mittel mindestens in ebenso effektiver Weise zur Zielerreichung beitragen kann.<sup>55</sup> Auch insoweit verweist der Erste Senat auf den Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und kommt zu dem Ergebnis: „Der Gesetzgeber durfte auch von der Erforderlichkeit eines Wettmonopols ausgehen.“<sup>56</sup> Es bejaht also nicht die Erforderlichkeit, sondern hält die Prognose des Gesetzgebers unter Berufung auf die Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum<sup>57</sup> lediglich für verfassungsrechtlich nicht beanstandungsfähig, weil nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen nicht feststellbar sei, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, gleich wirksam, aber für die Betroffenen weniger belastend seien.

Dies gilt allerdings aus Sicht des Ersten Senats nur für die Bekämpfung der Spielsucht, also des problematischen oder pathologischen Spielverhaltens. Bezüglich des Verbraucher- und Jugendschutzes sowie zur Vermeidung von Folge- und Begleitkriminalität sei es gerade nicht ausgeschlossen, die Ziele auch durch die Normierung entsprechender rechtlicher Anforderungen an ein gewerbliches Wettangebot privater Wettunternehmen zu realisieren. Die Einhaltung dieser Vorgaben kann nach Auffassung des Ersten Senats, der sich insoweit auch auf die Rechtsprechung des EuGH beruft,<sup>58</sup> durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht sichergestellt werden. Damit wird die Erforderlichkeit eines staatlichen Monopols für Sportwetten im Hinblick auf den Verbraucher- und Jugendschutz sowie zur Vermeidung von Folge- und Begleitkriminalität verneint. Lediglich hinsichtlich der Suchtgefahren durfte der Gesetzgeber „angesichts seines weiten Beurteilungsspielraums“ nach Meinung des BVerfG davon ausgehen, dass mit einem staatlichen Wettmonopol die Gefahren von problematischem und pathologischem Spielverhalten effektiver beherrscht werden können als im Wege der Kontrolle privater Wettunternehmen.<sup>59</sup>

Eine nähere Begründung dafür fehlt in der Entscheidung. Der Hinweis auf die Spielbankenentscheidung verdeutlicht allerdings, dass sich der Erste Senat die dort entwickelten Maßstäbe zur Überprüfung der gesetzgeberischen Prognose zu Eigen machen will. Dort wird darauf abgestellt, dass die zumindest gleiche Effektivität des milderen Mittels, also etwa der Genehmigungsvorbehalte und der behördlichen Kontrolle mit der nötigen Sicherheit festgestellt werden müsse. Nach den Feststellungen des BVerfG in der Spielbankenentscheidung fehlten Hinweise darauf, dass die Spielbanken privater Betreibergesellschaften in Baden-Württemberg schlecht geführt wurden oder durch Skandale sowie sonstige Unzuträglichkeiten hervorgerufen waren. Gleichwohl lasse sich nicht eindeutig abschließen, dass Spielbankkontrolle und Eindämmung der

Spielleidenschaft wirksamer sein würden, wenn alle Spielbanken künftig in staatlicher Trägerschaft geführt werden. Die Erwartung, dass interne Kontrolle des Staates über eigene Spielbankunternehmen und unter Inanspruchnahme allgemeiner haushalts- und gesellschaftsrechtlicher Kontroll- und Ingerenzbefugnisse effektiver sein wird als externe Kontrolle über Unternehmen in privater Trägerschaft, sei ohne gegenteilige Erfahrungswerte nicht widerlegbar. Das Gleiche gilt etwa für die Annahme, dass Spielordnungen von staatlichen Spielbanken wirkungsvoller als von privaten in den Dienst der Gefahrenabwehr gestellt würden, indem etwa niedrigere Höchstgrenzen für Spieleinsätze festgelegt würden oder der Spielbetrieb strengeren persönlichen und zeitlichen Beschränkungen unterworfen werde. Schließlich könne Werbung für die Spielbanken staatlicher Trägerschaft stärker sachbezogen betrieben werden, wenn sie nicht in erster Linie auf Umsatzsteigerung, sondern auf Information über Gegenstand und Funktionsweise der jeweiligen Spielbank gerichtet sei und damit eher einer gemeinwohlbezogenen Steuerung der Spielleidenschaft diene.

Diese weitreichende Zurücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle beim Merkmal der Erforderlichkeit, die die gesetzgeberische Prognose höherer Effektivität des schärferen Mittels erst dann beanstandet, wenn sie mit der nötigen Sicherheit, also durch Erfahrungswerte widerlegt werden könne, ist überaus problematisch. Sie steht zudem im Widerspruch zu grundlegenden Aussagen der im Apothekenurteil<sup>60</sup> entwickelten Drei-Stufen-Theorie. Es ist nämlich zu beachten, dass sich gesetzliche Anforderungen in Form eines Genehmigungsvorbehalts, die mit einer behördlichen Kontrolle, also Wirtschaftsaufsicht verbunden würden, auf einer anderen Stufe eines Eingriffs in die Berufsfreiheit bewegen würden. Es handelt sich dabei im Gegensatz zum staatlichen Monopol für Sportwetten, das eine objektive Berufswahlregelung bedeutet, um eine subjektive Berufswahlregelung. Nach den Maßstäben des Apothekenurteils darf der Gesetzgeber die nächste Stufe aber erst dann betreten, also die objektive Berufswahlregelung in Form des staatlichen Monopols für Sportwetten nur dann vorsehen, wenn „mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, dass die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden „Stufe“ nicht wirksam bekämpft werden können.“<sup>61</sup> Danach liegt die Darlegungslast beim Gesetzgeber. Er muss zunächst seine Prognose belegen, dass Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrolle nicht ausreichen, also weniger effektiv sind als ein staatliches Monopol, um die Spielsucht zu bekämpfen und diese Prognose muss eine hohe Wahrscheinlichkeit besitzen. Nach dem in der Spielbankentscheidung entwickelten Maßstab ist es nahezu umgekehrt. Es reicht bereits aus, dass die Prognose des Gesetzgebers gegenwärtig nicht widerlegt werden kann. Damit wird die Darlegungslast dem Grundrechtsträger aufgebürdet; er muss durch Erfahrungswerte oder Erkenntnisse die gesetzgeberische Prognose widerlegen. Auch im Hin-

54 Insoweit geht die Kritik von *Kment*, NVwZ 2006, 617, 620 f. fehl.

55 BVerfGE 115, 276, 308 f.

56 BVerfGE 115, 276, 308.

57 BVerfGE 25, 1, 12, 19 f.; 40, 196, 223; 77, 84, 106.

58 EuGH, Urt. v. 6. 11. 2003 – C-243/01 – Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 73 f.

59 BVerfGE 115, 276, 308; ebenso für die Erforderlichkeit eines staatlichen Monopols bei den Spielbanken zur Bekämpfung der damit einhergehenden Gefahren BVerfGE 102, 197, 218 f.

60 BVerfGE 7, 377.

61 So BVerfGE 7, 377, 408.

blick darauf, dass Grundrechtseingriffe stets rechtfertigungsbedürftig sind und eine objektive Berufswahlregelung der am schwersten wiegende Eingriff in die Berufsfreiheit bedeutet, sprechen die besseren Gründe dafür, die Kontrollmaßstäbe des Apothekenurteils anzuwenden, wenn es um den Vergleich von Mitteln geht, die sich auf unterschiedlichen Stufen einer Berufsregelung befinden. Der Gesetzgeber muss also dartun, dass die befürchteten Gefahren nicht gleich wirksam durch ein Mittel der vorausgehenden Stufe bekämpft werden kann, und diese Prognose muss eine hohe Wahrscheinlichkeit besitzen.

Allerdings hat sich der Erste Senat – wie bereits dargelegt – in der Sportwettenentscheidung<sup>62</sup> damit begnügt, auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers hinzuweisen. Nach welchen Maßstäben dieser Beurteilungsspielraum bei der Erforderlichkeit im Einzelnen überprüft werden sollte, bleibt offen. Es erfolgt lediglich vorher der allgemeine Hinweis, dass eine verfassungsrechtliche Beanstandung nur möglich ist, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass die weniger belastenden Maßnahmen die gleiche Wirksamkeit versprechen. Damit wird jedenfalls auch in dieser Entscheidung der im Apothekenurteil entwickelte Kontrollmaßstab zurückgenommen, da vom Gesetzgeber gerade nicht verlangt wird, dass er die höhere Wirksamkeit des schärferen Mittels dartun und diese Prognose eine hohe Wahrscheinlichkeit besitzen muss. Allerdings ist das staatliche Monopol für Sportwetten auch im Hinblick auf die Bekämpfung der Spielsucht nicht mehr geeignet, wenn aufgrund der inzwischen gesammelten Erfahrungen feststellbar ist, dass ein Genehmigungsvorbehalt und eine behördliche Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht mindestens die gleiche Wirksamkeit besitzen. Darauf wird noch bei der Frage zurückzukommen sein, ob ein staatliches Monopol für Sportwetten angesichts der nunmehr vorliegenden Erkenntnisse beibehalten werden darf.

#### cc) Die Zumutbarkeit des Monopols

Das staatliche Monopol im Bereich der Sportwetten ist ferner nur dann gerechtfertigt, wenn es auch verhältnismäßig im engeren Sinne, also zumutbar bzw. angemessen ist. Ob die Grenze der Zumutbarkeit überschritten wird, ist anhand einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe zu ermitteln.<sup>63</sup>

Das staatliche Monopol schließt jeden, der in Deutschland Sportwetten in privater Trägerschaft anbieten will, von der Wahl und Ausübung des Berufs eines privaten Wettunternehmens aus, weil ihm schon die Chance einer Bewerbung um Zulassung zu diesem Beruf genommen wird, und sei es auch in Konkurrenz zu einem staatlichen Unternehmen. Auf der anderen Seite steht die Bekämpfung der Spielsucht. Dieses Ziel stellt zwar einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang dar, dem ein hohes Gewicht zukommt. Das BVerfG räumt aber selbst ein, dass das Suchtpotenzial von Sportwetten zum Zeitpunkt nicht abschließend beurteilt werden konnte und jedenfalls geringer ist als bei Automaten und Casino-Spielen. Demnach war nicht abzuschätzen, wie stark das überragend wichtige Gemeinwohlziel durch den gravierenden Eingriff in die Berufsfreiheit gefördert wird.

Auf dieser Grundlage hält das BVerfG in der Sportwettenentscheidung das Staatsmonopol im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Zumutbarkeit

bzw. die Angemessenheit für die Betroffenen nur dann für gerechtfertigt, wenn es die dem Glücksspielsektor immanente bzw. diesem beiwohnende Gefahr der Spielsucht, also pathologisches und problematisches Spielverhalten, hinreichend begegnet.<sup>64</sup> Die Verfolgung dieser gewichtigen Gemeinwohlbelange sei durch die Existenz eines staatlichen Monopols allein noch nicht gewährleistet. Im Gegenteil: Ein Monopol könne auch fiskalischen Interessen dienen und damit in ein Spannungsverhältnis zu der Zielsetzung geraten, die Wettleidenschaft zu begrenzen und die Wettsucht zu bekämpfen. Daher verlangt es eine konsequente Ausrichtung des betreffenden Gesetzes am Ziel der Bekämpfung der Wettsucht (pathologisches Spielverhalten) und der Begrenzung der Wettleidenschaft (problematisches Spielverhalten), wenn der Gesetzgeber an einem staatlichen Monopol für Sportwetten festhalten will.<sup>65</sup>

#### d) Zusammenfassung

Das BVerfG hat in seiner Sportwettenentscheidung ein staatliches Monopol für Sportwetten mit festen Gewinnquoten unter engen Voraussetzungen für verfassungsrechtlich zulässig erklärt. Zudem hat es aber ausdrücklich klar gestellt, dass ein verfassungsmäßiger Zustand auch durch eine gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung gewerblicher Veranstaltung durch private Wettunternehmen hergestellt werden könne.<sup>66</sup> Grundsätzlich hat das BVerfG also keine Bedenken gegenüber einer Liberalisierung der Sportwetten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Erste Senat die Einschätzung des Gesetzgebers zur Erforderlichkeit des staatlichen Monopols für Sportwetten nur im Hinblick auf den „sehr weiten Beurteilungsspielraum“ verfassungsrechtlich nicht beanstandet hat.

Dies heißt allerdings nicht, dass das Glücksspielwesen allein den Kräften des Marktes überlassen werden darf. Immerhin besteht auch eine Pflicht des Staates, zum Schutz der Grundrechte aktiv tätig zu werden. Das BVerfG hat anknüpfend an das Urteil zum niedersächsischen Vorschaltgesetz<sup>67</sup> stets darauf hingewiesen, dass der Staat von Verfassung wegen verpflichtet sei, zum Schutze des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit tätig zu werden, wenn diese Grundrechte durch Eingriffe Dritter bedroht seien.<sup>68</sup> Die in den Grundrechten verkörperte objektive Wertordnung verpflichtet den Staat demnach, die in den Grundrechten gewährleistete Freiheit durch positives Handeln, also aktiv zu schützen. Damit ist die Schutzpflicht des Staates Bestandteil des Grundrechtssystems.<sup>69</sup> In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Schutzpflicht des Staates kein Gegensatz zum klassischen Grundrechtsverständnis, sondern ein Bestandteil der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption ist, der lediglich vorübergehend in Vergessenheit geraten war.<sup>70</sup> Diese Schutzpflicht bezieht sich auch auf das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, also die körperliche Unversehrtheit,

62 BVerfGE 115, 276, 309.

63 Vgl. dazu BVerfGE 102, 197, 219 f.; 75, 284, 298 m. w. N.

64 Vgl. BVerfGE 115, 276, 309 f.

65 Vgl. BVerfGE 115, 276, 317 f.

66 BVerfGE 115, 276, 309, 317 f.

67 BVerfGE 35, 79, 114.

68 Vgl. grundlegend BVerfGE 39, 1, 41; 46, 160, 164; 49, 89, 141 f.

69 Dazu Dörr, *Faires Verfahren*, 1984, S. 160 ff.; Dörr, *Die deutsche Handelsflotte und das Grundgesetz*, 1988, S. 172 ff. m. w. N.; Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983.

70 Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, S. 102 ff.; Isensee, (Fn. 69) S. 10 ff.

die durch Spielsucht als eine psychische Erkrankung beeinträchtigt wird. Durch Instrumente wie etwa der eingeschränkten Vergabe von kontrollierten Konzessionen muss demnach den Gefahren der Spielsucht begegnet werden. Eine Einschränkung der Berufsfreiheit privater Veranstalter wird sich daher auch durch eine Liberalisierung nicht verhindern lassen. Solche Einschränkungen stellen aber selbstredend eine geringere Belastung für private Veranstalter dar als ein Staatsmonopol, durch welches sie vom Glücksspielmarkt ausgeschlossen werden. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es nicht die Liberalisierung, sondern vielmehr das Staatsmonopol ist, das sich einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sieht. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG im Hinblick auf die Sportwetten das Suchtpotenzial für zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht abschätzbar hielt und daher gerade im Zusammenhang mit der Evaluation des Glücksspielstaatsvertrages zu fragen ist, welche neuen Erkenntnisse vorliegen und inwieweit das staatliche Monopol nach den gesammelten Erfahrungen überhaupt noch gerechtfertigt ist. Schließlich gilt der Grundsatz: In dubio pro libertate.

Was speziell den Sportwetten- und den Lotteriebereich angeht, zeigen empirische Untersuchungen immer deutlicher, dass echte Suchtgefahren außerordentlich gering sind.<sup>71</sup> Im Rahmen des Glücksspielstaatsvertrags steht der Schutz vor der Spiel- und Wettsucht auf der Grundlage des Sportwettenurteils nicht nur bei den Sportwetten, sondern auch bei den Lotterien ganz im Vordergrund. Die Bekämpfung der Spielsucht bildet das erste und wichtigste Ziel des Vertrags.<sup>72</sup> Auf der Grundlage der Befunde bezüglich der Suchtgefahren wird der Gesetzgeber seine Prognose bezüglich des Suchtpotenzials von Sportwetten und Lotterien zu korrigieren und die Erforderlichkeit eines Sportwetten- und eines Lotteriemonopols neu zu überdenken haben.<sup>73</sup> Dabei spielen bei den Lotterien anders als bei den Sportwetten andere legitime Gründe, die ebenfalls für ein Staatsmonopol in Frage kommen, eine wichtige, in Zukunft wohl zentrale Rolle. Hierzu zählen insbesondere der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und der darüber hinausgehende Verbraucherschutz, insbesondere die bei Lotterien besonders nahe liegende Gefahr irreführender Werbung.<sup>74</sup>

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass ein staatliches Sportwettenmonopol vom BVerfG nur im Hinblick auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und seine Einschätzungsprärogative als mit der Berufsfreiheit vereinbar angesehen wurde. Eine Gesamtliberalisierung des Glücksspielmarktes begegnet nach den deutlichen Aussagen des BVerfG hingegen keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

### III. Die Teilliberalisierung und die Berufsfreiheit

#### 1. Allgemeines

In ihrem Nichtannahmebeschluss vom 20. 3. 2009<sup>75</sup> geht die 3. Kammer des Ersten Senats davon aus, dass das nunmehr im Glücksspielstaatsvertrag enthaltene Sportwettenmonopol bei summarischer Prüfung mit dem Grundgesetz, insbesondere mit der Berufsfreiheit vereinbar sei. Eine eingehendere Untersuchung, ob die Prognosen und Bewertungen des Gesetzgebers sich noch innerhalb des ihm zustehenden Spielraums bewegen, fehlt allerdings. Dies ist aber angesichts neuer Untersuchungen zu den Auswirkungen des Sportwettenmonopols im Hinblick auf die damit verfolgten Zwecke jedenfalls bei der nunmehr anste-

henden Evaluation des Glücksspielstaatsvertrages angezeigt und unabdingbar. Dabei ist angesichts der zwischenzeitlich gemachten Erfahrungen und neuer Erkenntnisse problematisch, ob weiter davon ausgegangen werden darf, dass der Gesetzgeber nach jetzigem Erkenntnisstand noch von einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial der Sportwetten ausgehen darf und das Sportwettenmonopol geeignet, erforderlich und zumutbar ist, um die Gefahr problematischen und pathologischen Spielverhaltens zu bekämpfen.

#### 2. Das Fortbestehen einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Suchtgefahr

Was den Bereich der Sportwetten angeht, ist zwar zu beachten, dass diese ein höheres Suchtpotenzial aufweisen als Lotterien.<sup>76</sup> Allerdings erscheint es angesichts der inzwischen vorliegenden Erkenntnisse sehr fraglich, ob der Gesetzgeber noch von einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial auch bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten ausgehen und dies mit dem Ziel der Abwehr höchstwahrscheinlicher Gefahren zum Anlass für Prävention nehmen darf.

Wie *Rebeggiani* unter Auswertung der unterschiedlichen neuen Studien festgestellt hat, geht man in Deutschland von etwas über 100000<sup>77</sup> bis 300 000<sup>78</sup> pathologischen Glücksspielern aus, also ca. 0,2 Prozent bis 0,6 Prozent der Bevölkerung. Um diese Zahlen angemessen einschätzen zu können, muss man sie zunächst mit anderen Süchten, wie der Alkoholsucht oder der Nikotinsucht, vergleichen. Dieser Vergleich macht deutlich, dass die Spielsucht insgesamt eine eher geringe Bedeutung hat. So geht die Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (DHS) in Deutschland derzeit von rund 1,6 Mio. Personen aus, die als akut alkoholabhängig bezeichnet werden müssen, sowie von etwa 42 000 Todesopfern, die der Alkoholismus jährlich fordert.<sup>79</sup> Die Nikotinsucht betrifft 3,8 Mio. Tabakabhängige (bei ca. 16,5 Mio. Rauchern insgesamt) und verursacht etwa 140 000 Tote pro Jahr. Trotz dieser erheblich höheren Suchtgefahren ist man aber weit davon entfernt, ein staatliches Monopol einzuführen, obwohl das Ausmaß und die Mortalität die Suchtproblematik im Glücksspielbereich um ein Vielfaches übersteigen.

Für die Rechtfertigung eines staatlichen Monopols im Bereich der Sportwetten ist aber entscheidend, ob die Sportwetten mit festen Gewinnquoten in nennenswertem Umfang zur Spielsucht beitragen. Nach allen vorliegenden Studien spielen die Glücks- und Geldspielautomatensüchtigen die allergrößte Rolle. Diese machen zwischen 75

71 Siehe die Erhebungen von *Bühringer*, 2007, *Buth/Stöver*, 2008 sowie der *BZgA*, 2008 in: Mayer, International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, Teil vier – Gesundheitswissenschaftliche Studie, 2009, Tab. 2., eingehend dazu unten III. 2. und IV.

72 BVerfG, NVwZ 2008, 1338, 1340.

73 Ausführlich hierzu *Jarass*, Verfassungs- und Europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, Rechtsgutachten, 2010, S. 29 ff.

74 So zu Recht *Jarass* (Fn. 73), S. 39 ff.

75 BVerfG, NVwZ 2009, 1221, 1223.

76 Siehe Fn. 4.

77 *BZgA* (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung), Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007 – Ergebnisbericht, 2008; *Bühringer* u. a., Sucht 2007, 296 ff.

78 *Buth/Stöver*, Suchttherapie 2008, 3 ff.

79 Siehe *DHS Info*, Alkohol – Basisinformationen, 4. Aufl. 2009; *Adams* und *Effertz* beziffern die direkten, u. a. Gesundheitskosten, Sachschäden und indirekten (Ressourcenausfälle durch Tod oder Krankheit) Kosten des Alkoholkonsums in Deutschland für das Jahr 2007 auf 27,48 Mrd. €; vgl. *Adams/Effertz*, Höhere Steuern auf Alkohol!, ifo Schnellendienst 2009, 14, 15 f.

Prozent und 80 Prozent aller Süchtigen aus. Während Lotto und Lotterien trotz ihrer enormen Verbreitung vernachlässigbare Suchtpotentiale aufweisen, wird die Zahl der Sportwettensüchtigen auf deutlich unter 10 Prozent – bei der Studie von Mayer/Hayer unter 5 Prozent – der Spielsüchtigen geschätzt.

Die Suchtpotentiale der verschiedenen Glücksspiele verdeutlicht folgende Tabelle:<sup>80</sup>

Spielform	Becker (2009) <sup>81</sup>	Meyer/Hayer (2005) <sup>82</sup>
Geldspielautomaten in Spielhallen/Gaststätten	69,0 %	63,5 %
Glücksspielautomaten in Spielbanken	11,4 %	13,5 %
Sportwetten (Wettbüros, Internet)	6,8 %	1,7 %
Roulette	5,8%	6,2 %
Poker (Karten- und Würfelspiele)	3,6 %	1,7 %
ODDSET	1,6 %	2,8 %
Pferdewetten	0,6 %	1,7 %
Zahlenlotto 6 aus 49	0,5 %	0,9 %
Klassenlotterien (SKL/NKL)	0,1 %	0,2 %

Angesichts dieser Zahlen lässt sich auch unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums der Legislative die gesetzgeberische Prognose, dass Sportwetten ein nicht unerhebliches Suchtpotenzial aufweisen, kaum mehr aufrecht erhalten. Die zwischenzeitlich gewonnenen Erfahrungen belegen vielmehr, dass lediglich die Geldspielautomaten in Spielhallen und Gaststätten sowie die Glücksspielautomaten in Spielbanken ein beachtliches Suchtpotenzial besitzen. Demnach stellt die Spielsucht wohl kein legitimes Ziel mehr da, um ein staatliches Monopol im Bereich der Sportwetten zu begründen, da mit einem „nicht unerheblichen Suchtpotenzial“ angesichts der neuen Erkenntnisse nicht mehr zu rechnen ist.<sup>83</sup>

### 3. Das Festhalten am Sportwettenmonopol und die Eignung zur Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht

Zudem ist fraglich, ob ein staatliches Monopol zur Bekämpfung problematischen und pathologischen Spielverhaltens auch bei Anerkennung eines gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums weiterhin als geeignet angesehen werden kann, wenn man einmal unterstellt, der Gesetzgeber dürfe bei den Sportwetten mit festen Gewinnquoten weiterhin von einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial ausgehen. In diesem Zusammenhang sind die Erfahrungen einzubeziehen, die man zwischenzeitlich mit dem Sportwettenmonopol gesammelt hat. Auf der Grundlage dieser Erfahrungen ist es mehr als zweifelhaft, ob das staatliche Monopol zur Verhinderung von problematischem und pathologischem Spielverhalten beitragen kann, also den Gefahren der Spielsucht entgegenwirkt. Die Auswirkungen des staatlichen Monopols im Bereich der Sportwetten sind in einer neuen Studie dokumentiert.<sup>84</sup> Das staatliche Monopol des Glücksspielstaatsvertrages

führte dazu, dass ein beachtlicher Teil der Glücksspiele in den „grauen Markt“ abwanderte. So werden nach den Ergebnissen der Studie inzwischen erhebliche Teile des Marktes (drei bis mehr als 90 Prozent) ohne staatlichen Einfluss von ausländischen Anbietern beherrscht. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Glücksspielsegmenten Lotto, Sportwetten und Spielbanken sind allerdings beachtlich.

Den mit Abstand höchsten Marktanteil ausländischer und in Deutschland nicht ansässiger und kontrollierter Unternehmen (unregulierte Anbieter) identifizierte die Studie im Bereich der Wetten: Ende 2009 lag hier der Spieleinsatz<sup>85</sup> bei insgesamt 7,8 Mrd. Euro. Die in Deutschland regulär nutzbaren Produkte Pferdewetten, Oddset und Fußballtoto generierten lediglich Spieleinsätze von 0,5 Mrd. Euro. Damit entfällt der übergroße Marktanteil von 94 Prozent auf unregulierte Anbieter: 2,4 Mrd. Euro auf die nach wie vor existierenden stationären Wettshops, 3,9 Mrd. Euro auf Onlineanbieter und weitere 1,0 Mrd. Euro auf den Schwarzmarkt, der in sogenannten Hinterzimmern und mobilen Kassen bzw. Läufergeschäften zu finden ist. Schon die etwas älteren Studien gehen von etwa 70 Prozent Marktanteil<sup>86</sup> der unregulierten Anbieter zum damaligen Zeitpunkt aus.

Dementsprechend steht auch der Hauptteil des pathologischen Spielverhaltens im Zusammenhang mit illegalen Internetangeboten und privaten Wettbüros. Das staatliche Monopol hat dazu geführt, dass sich ein beträchtlicher Schwarzmarkt herausgebildet hat und die Ziele des Staatsmonopols, nämlich die Bekämpfung von Spielsucht, in dem Bereich der Sportwetten eindeutig verfehlt werden.<sup>87</sup>

Gerade mit einer Teilliberalisierung kann dieser speziellen Gefahrenlage im Bereich der Sportwetten Rechnung getragen werden, denen durch ein Staatsmonopol in diesem Bereich, wie die gemachten Erfahrungen zeigen, offenbar nicht begegnet werden kann.<sup>88</sup> Eine solche Möglichkeit der Zweckförderung hängt freilich von der Art und Weise ab, in der die Privatisierung erfolgen soll. Eine generelle Zulassung aller privaten Sportwetten ohne jeden Anzeige- oder Erlaubnisvorbehalt würde selbstredend den Schwarzmarkt beseitigen, dem Ziel der Spielsichtbekämpfung aber sicherlich gleichwohl nicht gerecht werden. Im Gegenteil könnte ein gänzlich unbegrenzter Markt einen entfesselten Wettbewerbs nach sich ziehen, was zu einer massiven Anheißung des Spiels auch mit für die Suchtprävention nachteiligen Folgen führen würde. Gleiches, freilich in abge-

80 Diese Tabelle ist der Studie von *Rebeggiani*, Deutschland im Jahr Drei des GlüStV, Reformvorschläge zur Regulierung des deutschen Glücksspielmarktes, 2010, S. 14 entnommen.

81 *Becker*, Glücksspielsucht in Deutschland: Prävalenz bei verschiedenen Glücksspielformen, 2009.

82 *Meyer/Hayer*, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten – Eine Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen, Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, 2005.

83 So für den Bereich der Lotterien zu Recht auch *Jarass*, (Fn. 73), S. 39.

84 *Goldmedia* (Hrsg.), Glücksspielmarkt Deutschland 2015 (2010).

85 Als Spieleinsatz bezeichnet die Studie alle Einsätze der Spieler unabhängig von der Gewinnausschüttung.

86 Vgl. die Schätzungen von *Schneider/Maurhart*, Volkswirtschaftliche Analyse des legalen/illegalen Marktes für Glücksspiel in Deutschland, 2007, Executive Summary, S. 2; siehe auch *Becker* in: *Becker/Baumann*, Glücksspiel im Umbruch, 2007, S. 1, 7; *Becker/Dittmann* in: *Ennuschat*, Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele, 2008, S. 113, 118 ff.

87 Hierzu noch eingehend unten IV. 5. b) ee) (1).

88 Siehe dazu auch die Argumente zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, unten IV.

schwächer Form, dürfte von einem präventiven Verbot mit bloßem Anzeigevorbehalt zu erwarten sein.<sup>89</sup>

Etwas anderes gilt hingegen für die Einführung eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt für bestimmte Sportwetten, nämlich solche mit festen Gewinnquoten. Macht der Gesetzgeber die Erteilung einer Konzession für solche Sportwetten von bestimmten subjektiven Kriterien, wie insbesondere der Zuverlässigkeit des Antragstellers, abhängig, so darf der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums davon ausgehen, dass dadurch die Feststellung der Vertrauenswürdigkeit eines Veranstalters im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften über die Suchtbekämpfung ermöglicht wird. Diese Beurteilung ist bereits durch die Sportwettenentscheidung des BVerfG vorgezeichnet. Ausdrücklich stellt es dort fest, dass es „nicht von vornherein ausgeschlossen (ist), Verbraucher- und Jugendschutz sowie die Vermeidung von Folge- und Begleitkriminalität grundsätzlich auch durch die Normierung entsprechender rechtlicher Anforderungen an ein gewerbliches Wettangebot privater Wettunternehmen zu realisieren.“ Vielmehr könne deren Einhaltung auch „durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht sichergestellt werden.“<sup>90</sup>

Gleichzeitig darf der Gesetzgeber auch davon ausgehen, dass die Liberalisierung des Sportwettmarktes unter Einführung eines Konzessionserfordernisses zum Abbau eines unkontrollierten Wettmarktes beitragen wird. So erscheint es zumindest möglich, dass die in der Vergangenheit gewachsene Nachfrage nach Sportwetten durch eine überwachte Öffnung des Wettmarktes und eine damit verbundene maßvolle Erhöhung seiner Vielschichtigkeit weg von den unkontrollierten ausländischen Veranstaltern hin zu den in Deutschland konzessionierten Anbietern gelenkt wird. Da für eine solche Entwicklung gute Gründe sprechen, ist sie durchaus wahrscheinlich.

#### 4. Das Festhalten am Sportwettenmonopol und die Erforderlichkeit zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht

Aus diesen Gründen ist das Festhalten an einem staatlichen Monopol im Bereich der Sportwetten zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht auch nicht erforderlich, wenn man die fortbestehende Eignung mit Blick auf den gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum trotz der mit dem Monopol gemachten Erfahrungen bejahen sollte. Die in den Studien dokumentierten Entwicklungen belegen nämlich nachdrücklich, dass durch ein auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtetes staatliches Monopol der Sportwetten die Suchtgefahren gerade nicht effektiver bekämpft werden können als im Wege einer Kontrolle privater Unternehmen. Ganz im Gegenteil hat das Monopol im Bereich der Sportwetten zu einer dramatischen Verlagerung dieses Bereichs in den Schwarzmarkt geführt, der nach der neuesten Studie inzwischen über 90 Prozent des Wettmarktes ausmacht, mit allen für die Suchtprävention, den Verbraucherschutz und möglichem Sportwettbetrug nachteiligen Folgen. Dagegen ist es durchaus wahrscheinlich, dass die in der Vergangenheit gewachsene Nachfrage nach Sportwetten durch eine überwachte Öffnung des Marktes für Sportwetten mit festen Gewinnquoten und eine damit verbundene maßvolle Erhöhung der Vielschichtigkeit weg von den unkontrollierten ausländischen Veranstaltern hin zu den in Deutschland konzessionierten Anbietern gelenkt

wird, womit möglichem problematischen und pathologischen Spielverhalten sowie dem Sportwettbetrug entgegengewirkt und der Verbraucherschutz gestärkt wird. Damit erweist sich dieses mildere Mittel als erkennbar effektiver, das weitere Festhalten am staatlichen Monopol ist nicht erforderlich.

#### 5. Das Festhalten am Sportwettenmonopol und die Zumutbarkeit für die Anbieter von Sportwetten

##### a) Die Unzumutbarkeit im Allgemeinen

Schließlich ist zu fragen, ob das weitere Festhalten am staatlichen Monopol im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten für die potenziellen privaten Anbieter verhältnismäßig im engeren Sinne, also zumutbar ist, wenn man von der mangelnden Eignung und der fehlenden Erforderlichkeit einmal absieht. Schon die erforderliche Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe führt zu einem eindeutigen Ergebnis. Angesichts des inzwischen feststehenden geringen Suchtpotenzials der Sportwetten und einer – einmal unterstellten – allenfalls marginalen Eignung eines staatlichen Monopols zur Bekämpfung der Suchtgefahren ist ein dermaßen schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit, der den Zugang zu einer grundrechtlich geschützten Tätigkeit vollständig verschließt, unzumutbar.

##### b) Die Unzumutbarkeit und der Gedanke des Härteausgleichs

###### aa) Die Rechtsprechung zum Härteausgleich

Hinzu kommt ein wichtiger Gedanke, den das BVerfG in anderem Zusammenhang bei seiner Rechtsprechung zur Berufsfreiheit entwickelt hat und der sich für eine Teilliberalisierung ins Feld führen lässt. Es handelt sich dabei um die Rechtsprechung zum Härteausgleich bei Eingriffen in die Berufsfreiheit.<sup>91</sup> Bei der Berufsfreiheit sah sich das BVerfG wiederholt mit der Frage konfrontiert, wie die Interessen Einzelner oder einer bestimmten Gruppe innerhalb eines Berufes geschützt werden können, die von einer Berufswahl- oder Ausübungsregelung besonders hart betroffen sind. Dies liegt u. a. daran, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG für die Einordnung einer Regelung in die Bereiche Berufsausübung oder Berufswahl nicht auf den Einzelfall oder eine bestimmte Gruppe, sondern auf den Beruf oder den Berufsstand abzustellen ist.<sup>92</sup> Dies führt zu dem Problem, dass Berufsausübungs- oder Berufswahlregelungen nicht für den gesamten Berufsstand, aber sehr wohl für einzelne Berufsangehörige oder eine ganze Gruppe zu besonderen Härten führen können. Da in diesen Fällen der vor allem vom Zweiten Senat entwickelte Gedanke der unechten Rückwirkung nicht weiterführt,<sup>93</sup> hat der Erste Senat zur Lösung des Problems den Gedanken des Härteausgleichs entwickelt.<sup>94</sup> Die Entscheidungen beruhen auf der Überlegung, dass der Gesetzgeber das Recht hat, mit Berufswahl- und Berufsausübungsrege-

89 So auch *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, 2009, S. 113.

90 BVerfGE 115, 276, 309, unter Bezugnahme auf das Gambelli-Urteil des EuGH, NJW 2004, 139, 141 Rn. 73 f.

91 Vgl. dazu auch *Dörr*, NJW 1988, 1049, 1051 f.

92 Grdl. BVerfGE 30, 292, 313 f.; vgl. auch *H. Schiedermaier/Dörr*, Spielautomatensteuer in Baden-Württemberg, 1984, S. 31, nicht für den Berufsstand, aber sehr wohl für einzelne Berufsangehörige oder eine ganze Gruppe.

93 Vgl. dazu *Schiedermaier/Dörr*, (Fn. 92), S. 38 ff.

94 Vgl. BVerfGE 13, 97, 120 f.; 21, 173, 183; 25, 236, 278; 32, 1, 22 f.; 43, 242, 286 ff.; 68, 155, 173 f.; 117, 163, 199 f.

lungen auf vorhandene Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse einzuwirken und diese zu verändern. Dabei sind ihm aber Schranken gezogen. Zu diesen Schranken gehört auch und vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz kann den Gesetzgeber dazu nötigen, für besonders betroffene Berufsangehörige im Gesetz einen Härteausgleich, etwa in Gestalt einer Übergangs- oder einer Ausnahmeregelung vorzusehen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber nicht in jedem Fall verpflichtet ist, einen Härteausgleich zu schaffen. Vielmehr gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum zu. Dieser ist erst überschritten, wenn der ausnahmslose Vollzug der Berufswahl- oder Berufsausübungsregelung für bestimmte Berufsangehörige oder gar eine bestimmte Gruppe eine unzumutbare Härte bedeutet. Es ist also der für die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorzunehmende Zumutbarkeits- bzw. Angemessenheitsprüfung typische Härtestest vorzunehmen. Dies heißt, dass die Individualinteressen an dem Härteausgleich gegen mögliche Interessen an einer ausnahmslosen Regelung abzuwägen sind.<sup>95</sup>

Diese Rechtsprechung zum Härteausgleich hat das BVerfG auch auf andere Grundrechte, insbesondere die Eigentumsgarantie, übertragen. So hat es bereits in der Entscheidung zum Eisenbahnkreuzungsgesetz<sup>96</sup> angedeutet, dass der Gedanke des Härteausgleichs auch bei Art. 14 GG eine Rolle spielt. Daran anschließend hat es diesen Gedanken in der viel diskutierten Pflichtexemplar-Entscheidung<sup>97</sup> in vollem Umfang nutzbar gemacht. Auch in dieser Entscheidung prüft es die Frage des Härteausgleichs als einen besonderen Punkt im Rahmen der Angemessenheit. Bei der Berücksichtigung von besonders und völlig anders belasteten Gruppen oder Personen werden zwei Fallgruppen unterschieden:

Bei der ersten Fallgruppe geht es darum, ob Übergangsregelungen notwendig sind. Diese sind dann erforderlich, wenn neue und alte Betroffene vorliegen, z. B. im Falle neuer Qualifikationsanforderungen für einen Beruf, die auch „Altberufler“ erfassen, die bisher rechtmäßig ihren Beruf auf der Grundlage der davor geltenden geringeren Anforderungen ausübten. Ohne eine Übergangsregelung für diese besonders Betroffenen ist die Maßnahme unverhältnismäßig. Auf dieser Problematik baut auch die Nassauskiesungsentscheidung<sup>98</sup> auf. Hier hatten ursprünglich Unternehmer Nassauskiesungserlaubnisse, die zum Inhalt des Eigentums gehörten. Jetzt sollte ein Zugriff auf das Grundwasser nicht mehr zum Inhalt des Eigentums gehören. Betroffen ist in diesem Fall die Bestandsgarantie des Eigentums. Für Alteigentümer, bei denen sich die Maßnahme als unverhältnismäßig bzw. als Legalenteignung dargestellt hätte, wurde ausdrücklich eine lange Übergangsregelung geschaffen. Deshalb war das Gesetz mit Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar.<sup>99</sup>

Bei der zweiten Fallgruppe geht es um Ausgleichsregelungen, also den Härteausgleich. Diese Gruppe liegt vor, wenn bestimmte Personen oder Personengruppen besonders hart betroffen sind und mit einer Übergangsregelung nicht geholfen werden kann. Der Gesetzgeber hat dann für diese Gruppen eine Sonderregelung in Form eines Härteausgleichs zu treffen, z. B. durch finanzielle Entschädigungen. Dabei ist jedoch die Beschränkung auf finanzielle Entschädigungen nicht in jedem Fall ausreichend. So verlangt die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, dass solche Vorkehrungen getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden

und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten, wie etwa Übergangs-, Ausnahme- und Befreiungsvorschriften sowie den Einsatz sonstiger administrativer und technischer Vorkehrungen.<sup>100</sup>

Was das Erfordernis eines Härteausgleichs im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit im Einzelnen bedeutet, hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum gesetzlichen Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare<sup>101</sup> deutlich gemacht, das es wegen Fehlens eines Ausnahmetatbestandes für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar hielt. Zwar bejahte es, dass für dieses Verbot legitime Zwecke, nämlich der Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit, der Mandantenschutz und die Förderung der prozessualen Waffengleichheit vorlagen. Auch die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Regelung seien im Regelfall zu bejahen. Die Regelung erweise sich aber insoweit als unangemessen, als sie keine Ausnahmen zulasse.

In dieser Entscheidung betont das Gericht erneut, dass dem Gesetzgeber auch bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung der von ihm verfolgten Gemeinwohlzwecke für erforderlich halten darf, ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zusteht, der vom BVerfG je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Nicht nur bei der Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen, sondern auch bei der Beurteilung der Maßnahmen, die der Verhütung und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können.<sup>102</sup> Eine solche Überschreitung des Beurteilungsspielraums verneinte das BVerfG im konkreten Fall. Es begnügte sich damit, dass nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen nicht feststellbar sei, dass die als Alternative in Betracht kommenden und wegen ihrer Ausrichtung auf den Einzelfall weniger belastenden berufsrechtlichen Bestimmungen die gleiche Wirksamkeit wie das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare versprechen.

Weniger Spielraum gesteht das BVerfG in dieser Entscheidung dem Gesetzgeber allerdings bei der Überprüfung der Angemessenheit zu. Nach seiner Rechtsprechung ist Voraussetzung für die Angemessenheit, dass das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.<sup>103</sup> Um dies feststellen zu können, ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte erforderlich ist, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig.<sup>104</sup> Die danach gebotene Gesamtabwägung führte zu dem Ergebnis, dass das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare zwar grundsätzlich auch im engeren Sinne verhältnismäßig war, anderes aber im Hin-

95 Vgl. dazu *Dörr*, NJW 1988, 1049, 1051; *Schiedermaier/Dörr*, (Fn. 92), S. 42 f.

96 BVerfGE 53, 336, 351.

97 BVerfGE 58, 137, 149 f.

98 BVerfGE 58, 300.

99 BVerfGE 58, 300, 350 ff.

100 BVerfGE 100, 226 ff.

101 BVerfGE 117, 163.

102 So BVerfGE 110, 141, 157 f. m. w. N.

103 Vgl. dazu auch BVerfGE 76, 1, 51.

104 Vgl. dazu auch BVerfGE 92, 277, 327.

blick darauf galt, dass Ausnahmen von der Unzulässigkeit solcher Vergütungsformen im Gesetz nicht vorgesehen waren. Das Verbot nach § 49 b Abs. 2 BRAO a. F. war also insoweit verfassungswidrig, als es keine Ausnahmen zuließ und damit selbst dann zu beachten war, wenn der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trug, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen.

Ursache des Verfassungsverstößes war also das Fehlen eines Ausnahmetatbestandes für das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare. Das BVerfG verpflichtete den Gesetzgeber dazu, bis zum 30. 7. 2008 eine der Verfassung entsprechende Regelung in Kraft zu setzen. Es wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Gesetzgeber das Regelungsdefizit dadurch beseitigen könne, dass er zwar an dem Verbot grundsätzlich festhält, jedoch in Anlehnung an § 49 b Abs. 1 S. 2 BRAO einen Ausnahmetatbestand zumindest für die Fälle eröffnet, in denen auf Grund der wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers bei verständiger Betrachtung erst die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung die Inanspruchnahme qualifizierter anwaltlicher Hilfe ermöglicht. Der Gesetzgeber sei aber auch nicht daran gehindert, dem verfassungswidrigen Regelungsdefizit dadurch die Grundlage zu entziehen, dass das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare – entsprechend der beabsichtigten Regelung für die Beratungstätigkeiten der Wirtschaftsprüfer (vgl. Art. 1 Nr. 30 des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Berufsaufsicht und zur Reform berufsrechtlicher Regelungen in der Wirtschaftsprüferordnung, BT-Drucks 16/2858, S. 9) – völlig aufgegeben oder an ihm nur noch unter engen Voraussetzungen, wie etwa im Fall unzulänglicher Aufklärung des Mandanten, festgehalten werde.

#### bb) Die Übertragbarkeit auf das staatliche Glücksspielmonopol

Dieser Gedanke lässt sich auf das staatliche Monopol des Glücksspiels sehr gut übertragen. Es ist nämlich, wenn man auf alle durch den Glücksspielstaatsvertrag erfassten Glücksspiele abstellt, zu fragen, ob das Festhalten an dem staatlichen Monopol angesichts der inzwischen gewonnenen Erkenntnisse für Anbieter von Sportwetten mit festen Gewinnquoten wegen der damit verbundenen Härten noch zumutbar ist.

Das ausnahmslose Festhalten am staatlichen Monopol für Lotterien und Sportwetten trifft die Veranstalter von Sportwetten mit festen Gewinnquoten in besonderer Weise. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, dass für die große Mehrheit der Spieler Sportwetten reinen Erholungs- und Unterhaltungscharakter haben. Daher handelt es sich bei dem Anbieten von Sportwetten anders als bei dem Betrieb einer Spielbank<sup>105</sup> auch nicht um eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen.

Hinzu kommt, dass – anders als bei Lotterien – typische Betrugsgefahren, etwa durch manipulierte Geräte oder Täuschung über Gewinnchancen, nicht bestehen. Lotterien weisen im Gegensatz zu Sportwetten ein hohes Maß an Intransparenz auf. Das ist dadurch bedingt, dass Lotterien in einem weitgehend abgeschirmten Umfeld stattfin-

den, weshalb für die Auslosungs- und Ziehvorgänge wenig Kontrollmöglichkeiten bestehen. So lässt es sich für den Teilnehmer schwerlich nachvollziehen, ob der Spielbetrieb etwa durch eine Erhöhung der Anzahl der Lose oder Zahlen, die zur Ziehung bereit liegen, unzulässig beeinflusst wurde. Eine solche Beeinflussung würde die ohnehin minimale Gewinnchance weiter verringern. Die Gewinnentscheidung ist bei Lotterien von Vorgängen abhängig, die allein im Einflussbereich des Veranstalters liegen. Dies führt zu einer hohen Manipulationsgefahr bei Lotterien. Darüber hinaus ist bei Lotterien eine Übervorteilung der Spieler durch die Täuschung über die Gewinnchancen durch die Intransparenz leicht möglich.

Daher bedeutet es für die Anbieter von Sportwetten mit festen Gewinnquoten eine unzumutbare Härte, wenn man ihnen den Zugang zu dieser Betätigung ausnahmslos versperrt, anstatt diese Betätigung von einem Genehmigungsvorbehalt und behördlicher Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht abhängig zu machen.

## 6. Zusammenfassung

Auf der Grundlage der inzwischen vorliegenden Untersuchungen und der mit dem staatlichen Monopol gemachten Erfahrungen ist ein Festhalten am staatlichen Monopol im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nicht mehr vereinbar.

Zwar kommt weiterhin die Bekämpfung der Spielsucht als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut in Betracht, um die mit dem staatlichen Monopol verbundene objektive Berufswahlregelung zu legitimieren. Angesichts der vorliegenden empirischen Studien kann aber selbst unter Anerkennung eines weiten Prognose- und Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers wohl nicht mehr davon ausgegangen werden, dass Sportwetten ein nicht unerhebliches Suchtpotenzial aufweisen und damit eine höchstwahrscheinliche Gefahr gegeben ist.

Die mit dem Monopol im Bereich der Sportwetten gemachten Erfahrungen belegen zudem, dass dieses Mittel zur Bekämpfung problematischen und pathologischen Spielverhaltens ungeeignet ist. Das staatliche Monopol hat dazu geführt, dass sich ein beträchtlicher Schwarzmarkt herausgebildet hat und die Ziele des Staatsmonopols, nämlich die Bekämpfung von Spielsucht, in dem Bereich der Sportwetten eindeutig verfehlt werden.

Selbst wenn man die Eignung des Mittels im Hinblick auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bejaht, ist ein staatliches Monopol nach den gemachten Erfahrungen nicht mehr erforderlich. Die in den Studien dokumentierten Entwicklungen belegen nämlich nachdrücklich, dass durch ein auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtetes staatliches Monopol der Sportwetten die Suchtgefahren gerade nicht effektiver bekämpft werden können als im Wege einer Kontrolle privater Unternehmen. Ganz im Gegenteil hat das Monopol im Bereich der Sportwetten zu einer dramatischen Verlagerung dieses Bereichs in den Schwarzmarkt geführt, der nach der neuesten Studie inzwischen über 90 Prozent des Wettmarktes ausmacht, mit allen für die Suchtprävention, den Verbraucherschutz und möglichem Sportwettbetrug nachteiligen Folgen. Dagegen ist es durchaus wahrscheinlich, dass die in der Vergangenheit gewachsene Nachfrage nach Sportwetten durch eine überwachte Öffnung des Marktes für Sportwetten mit festen Gewinnquoten und ei-

<sup>105</sup> Vgl. dazu BVerfGE 102, 197, 215; siehe auch BVerfGE 28, 119, 148.



ne damit verbundene maßvolle Erhöhung der Vielschichtigkeit weg von den unkontrollierten ausländischen Veranstaltern hin zu den in Deutschland konzessionierten Anbietern gelenkt wird, womit möglichem problematischen und pathologischen Spielverhalten sowie dem Sportwettbetrug entgegengewirkt und der Verbraucherschutz gestärkt wird. Damit erweist sich dieses mildere Mittel als erkennbar effektiver, das weitere Festhalten am staatlichen Monopol ist nicht erforderlich.

Schließlich ist ein Festhalten am staatlichen Monopol im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten auch im engeren Sinne unverhältnismäßig.

Angesichts des inzwischen feststehenden geringen Suchtpotenzials der Sportwetten und einer allenfalls marginalen Eignung eines staatlichen Monopols zur Bekämpfung der Suchtgefahren ist ein dermaßen schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit, der den Zugang zu einer grundrechtlich geschützten Tätigkeit vollständig verschließt, unzumutbar.

Zudem stellt das Festhalten am staatlichen Monopol für alle vom Glücksspielstaatsvertrag erfassten Glücksspiele für die potentiellen Anbieter von Sportwetten eine besondere Härte dar. Ein Festhalten am staatlichen Monopol mag bei Lotterien aus den Gesichtspunkten des Schutzes vor betrügerischen Machenschaften und des Verbraucherschutzes weiterhin gerechtfertigt sein. Lotterien weisen im Gegensatz zu Sportwetten ein hohes Maß an Intransparenz auf. Das ist dadurch bedingt, dass Lotterien in einem weitgehend abgeschirmten Umfeld stattfinden, weshalb für die Auslosungs- und Ziehvorgänge wenig Kontrollmöglichkeiten bestehen. So lässt es sich für den Teilnehmer schwerlich nachvollziehen, ob der Spielbetrieb etwa durch eine Erhöhung der Anzahl der Lose oder Zahlen, die zur Ziehung bereit liegen, unzulässig beeinflusst wurde. Eine solche Beeinflussung würde die ohnehin minimale Gewinnchance weiter verringern. Die Gewinnentscheidung ist bei Lotterien von Vorgängen abhängig, die allein im Einflussbereich des Veranstalters liegen. Dies führt zu einer hohen Manipulationsgefahr bei Lotterien. Darüber hinaus ist bei Lotterien eine Übervorteilung der Spieler durch die Täuschung über die Gewinnchancen durch die Intransparenz leicht möglich. Daher ist es für die Anbieter von Sportwetten mit festen Gewinnquoten unzumutbar, wenn man auch ihnen den Zugang zu ihrer Betätigung ausnahmslos versperrt, anstatt diese Betätigung von einem Genehmigungsvorbehalt und behördlicher Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht abhängig zu machen.

#### IV. Vereinbarkeit einer Teilliberalisierung mit dem Gleichheitssatz

Allerdings bleibt noch zu klären, ob eine Teilliberalisierung zu einer Ungleichbehandlung von privaten Sportwettveranstaltern und Interessenten an der Veranstaltung privater Lotterien führt, die mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren ist.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>106</sup>

##### 1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung

Nach dieser Formel des BVerfG ist Ausgangspunkt jeder Beurteilung der Vereinbarkeit einer Regelung mit dem all-

gemeinen Gleichheitssatz die Feststellung, ob die einander gegenüberstehenden, vom Gesetzgeber ungleich behandelten Lebensverhältnisse in für die rechtliche Wertung wesentlichen Elementen miteinander vergleichbar sind und demzufolge als Vergleichssachverhalte in Betracht kommen.<sup>107</sup> Zwischen grundsätzlich als vergleichbar erkannten Sachverhalten bestehende Verschiedenheiten stehen dabei einem Vergleich nicht im Wege. Sie sind vielmehr erst im Rahmen der nachfolgenden Gleichheitsprüfung dahingehend zu würdigen, ob sie eine ungleiche Behandlung im Rahmen der zu beurteilenden Regelungen rechtfertigen können.

Nach diesen Grundsätzen müssen die Sportwetten und die Lotterien zumindest als Vergleichssachverhalte in Betracht kommen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang darauf abzustellen, dass sich beide Sektoren als Teilbereiche des Glücksspielwesens darstellen, weil die Gewinnentscheidung auch im Bereich der Sportwetten ganz wesentlich vom Zufall abhängt.<sup>108</sup> Die beiderseitige Zugehörigkeit zu den Glücksspielen rechtfertigt die Annahme einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Darauf, dass zwischen den beiden Glücksspielsektoren durchaus wesentliche Unterschiede bestehen, wie im einzelnen noch darzulegen sein wird,<sup>109</sup> kommt es bei der Frage der Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes indes nicht an. Dies ist vielmehr im Rahmen der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu würdigen.

Eine Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes dergestalt, dass das Angebot von Sportwetten auch privaten Wettunternehmen ermöglicht wird, das staatliche Lotteriemonopol hingegen uneingeschränkt bestehen bleibt, würde eine regulatorische Ungleichbehandlung beider Vergleichsgruppen darstellen.

#### 2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Gesetzgeberische Gestaltungen sind ohne Ungleichbehandlungen mehr noch als ohne Freiheitsbeschränkungen schlechterdings nicht möglich. Deshalb erkennt das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum zu.<sup>110</sup> Allerdings können sich der Gestaltungsspielraum unter verschiedenen Gesichtspunkten reduzieren und die Rechtfertigungsanforderungen dementsprechend erhöhen. Im Folgenden soll daher zunächst der Maßstab herausgearbeitet werden, der an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Sportwetten und Lotterien zu stellen ist.

##### a) Anforderungen an die Rechtfertigung und die Intensität der Beeinträchtigung

Die Rechtfertigungsanforderungen hängen zunächst von der Intensität ab, mit der eine Ungleichbehandlung die Betroffenen beeinträchtigt.<sup>111</sup> Ferner ist zu untersuchen, ob es vor dem Hintergrund des Kohärenzgebots zu einer Einschränkung des gesetzgeberischen Spielraums kommt.

106 St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 112, 268, 279; BVerfG, NJW 2006, 2757. 107 *Wendt*, NVwZ 1988, 778, 782; vgl. auch *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Grundrechte, 2009, Rn. 431 ff.; *Schmidt*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2010, Rn. 33; a. A. *Kischel*, in: *Eppig/Hillgruber, Beck-OK, GG*, 2010, Art. 3 Rn. 17.

108 So auch *Koenig*, in: *ERA-Forum*, 513, 520 f.; Zur Zugehörigkeit der Sportwetten zu den Glücksspielen vgl. bereits oben I. 2. b).

109 Ausführlich hierzu unten IV. 2. b) ee).

110 St. Rspr., vgl. BVerfGE 64, 158, 168 f.; 66, 84, 95.

111 BVerfGE, 88, 87, 96; 91, 389, 401; 95, 267, 316 f.

Bei den Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen differenziert das BVerfG nach der Intensität, mit der eine Ungleichbehandlung die Betroffenen beeinträchtigt.<sup>112</sup> Dabei variieren die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens von einem bloßen Willkürverbot bis hin zu einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>113</sup> Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung nachteilig auf die Ausübung von Grundrechten auswirkt.<sup>114</sup> Je mehr insbesondere eine Regelung den einzelnen als Person betrifft, desto strengere Anforderungen sind an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zu stellen.<sup>115</sup>

Die Normierung eines staatlichen Lotteriemonopols stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit der Betroffenen dar.<sup>116</sup> Dass mit diesem Eingriff der Zugang zum Beruf durch objektive Kriterien ausgeschlossen wird, führt zu entsprechend strengen Anforderungen im Bereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Dies rechtfertigt aber nicht die Annahme, dass auch die Prüfung des Gleichheitssatzes unter besonders strengen Maßstäben zu erfolgen hat. Denn die Belastung der Freiheitsrechte solcher Unternehmer, die an der Veranstaltung privater Lotterien interessiert sind, wäre im Falle einer Teilliberalisierung nicht durch die Ungleichbehandlung mit den privaten Sportwettenanbietern bedingt. Auch würde eine Teilliberalisierung die Beschränkung der Berufsfreiheit von Petenten privater Lotterieveranstaltungen nicht intensivieren. Ihre Belastung besteht genau in derselben Weise, gleich ob die Veranstaltung von Sportwetten staatlich monopolisiert ist oder nicht.<sup>117</sup> Ob diese trotz einer Liberalisierung des Sportwettenmarktes weiterhin gerechtfertigt ist, ist keine gleichheitsrechtliche Frage. Sie betrifft vielmehr das freiheitsrechtliche Problem, ob das Lotteriemonopol weiterhin als erforderlicher Eingriff in die Berufsfreiheit potenzieller privater Lotterieveranstalter gesehen werden kann, auch wenn ein Monopol im Bereich der Sportwetten als nicht erforderlich angesehen wird. Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Ungleichbehandlung von Sportwetten und Lotterien für die Betroffenen nicht negativ auf die Ausübung ihrer Grundrechte auswirkt. Vielmehr stellt sich anders herum die Teilliberalisierung als ein Abbau von Belastungen für die Berufsfreiheit privater Sportwettenanbieter dar, der nicht zur Erhöhung der Rechtfertigungslast, sondern eher zu einer Verringerung derselben zu führen vermag.

Im Übrigen knüpft die Ungleichbehandlung nicht an personenbezogene Merkmale an. Die derzeit diskutierte Gesetzesänderung hin zu einer Teilliberalisierung des Glücksspielwesens trifft keine Unterscheidung zwischen bestimmten Personen oder Personengruppen. Sie regelt vielmehr unterschiedliche Sachbereiche. Die Frage der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz ist mithin keine Frage persönlicher, sondern eine solche sachlicher Rechtsgleichheit.

Nach diesen Maßstäben sieht sich eine Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes mithin keiner erhöhten Rechtfertigungslast ausgesetzt. Vielmehr bleibt es bei einem breiten Spielraum gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit.

#### b) Gestaltungsspielraum und Kohärenzgebot

Ein Kernargument, das in der Diskussion um die Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes regelmäßig vorgebracht wird, ist deren mögliche Unvereinbarkeit mit dem

Gebot der Kohärenz.<sup>118</sup> Wolle der Gesetzgeber das staatliche Lotteriemonopol erhalten, so zwingt ihn das Gebot kohärenten und systematischen Handelns auch zum Erhalt des Wettmonopols.

Um beurteilen zu können, ob die Kohärenzanforderungen einer Liberalisierung des Sportwettenmarkts unter gleichzeitigem Erhalt des staatlichen Lotteriemonopols entgegenstehen, wird man zunächst Inhalt und Wirkung des Kohärenzgebots klären müssen.

#### aa) Inhalt des Kohärenzgebots

Das Kohärenzgebot ist ein Prinzip des Europarechts und wird grundsätzlich als das Bemühen um ein aufeinander abgestimmtes, zusammenhängendes Verhalten verstanden, das die gleiche Zielsetzung mit vergleichbaren Mitteln in verschiedenen Bereichen verfolgt und dadurch eine widerspruchsfreie Politik ermöglicht.<sup>119</sup>

Bereits die Europäische Einheitliche Akte (EEA) verpflichtete die EG und die EPZ zu kohärenter Gestaltung ihrer jeweiligen auswärtigen Politiken. Heute ist das Kohärenzprinzip vor allem in Art. 7 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) festgeschrieben. Danach achtet die Union auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen und trägt dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung.

Die Kohärenz ist damit zunächst ein Handlungs- und Rechtsgestaltungsprinzip der Union.<sup>120</sup> Der EuGH wendet den Kohärenzgedanken aber auch hinsichtlich der Anforderungen an die Gesetzgebungstätigkeit innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten an. Im Zusammenhang mit dem Glücksspielrecht stellte der Gerichtshof erstmals in der Gambelli-Entscheidung klar, dass „die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein (müssen), die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“.<sup>121</sup> Hieraus lässt sich ableiten, dass, entsprechend der allgemeinen Definition des Kohärenzgebots, jeder mitgliedstaatliche Gesetzgeber dazu gehalten ist, die gleiche Zielsetzung (hier: die Begrenzung der Wetttätigkeiten) mit vergleichbaren Mitteln in verschiedenen Bereichen zu ver-

112 BVerfGE 88, 87, 96; 91, 389, 401; 95, 267, 316 f.

113 BVerfGE 110, 274, 291; 112, 164, 174.

114 BVerfGE 98, 365, 385; 103, 172, 193.

115 BVerfGE 101, 132, 138; 101, 297, 309; 102, 68, 87.

116 Siehe ausführlich oben II. 1.

117 So auch Roth, Rechtsgutachten zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer differenzierenden rechtlichen Regelung von Sportwetten und Lotterien, 2007, S. 6.

118 Das Kohärenzgebot wird in den einschlägigen Entscheidungen des EuGH (vgl. etwa EuGH, NJW 2004, 139, 140 f.) und des BVerfG (vgl. BVerfG, NVwZ 2009, 1221) im Rahmen der Freiheitsrechte behandelt. Dies dürfte wohl dem Umstand geschuldet sein, dass die zentralen Fragen der zugrunde liegenden Sachverhalte jeweils solche freiheitsrechtlicher Beschränkungen waren und das Kohärenzgebot zweckmäßigerweise in die entsprechende Prüfung integriert wurde. Dass es sich bei dem Kohärenzgebot aber im Kern um eine gleichheitsrechtliche Fragestellung handelt, die namentlich die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung betrifft, wird deutlich, wenn man sich die dogmatischen Grundlagen des Problems vor Augen führt; dazu eingehend unter 2 a) und b).

119 Hilf, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EUV, Art. 1 Rn. 29.

120 Ress, JuS 1992, 987.

121 EuGH, NJW 2004, 139, 140 f.

folgen und dadurch eine widerspruchsfreie Politik zu ermöglichen.

Der Judikatur des BVerfG war die Kohärenz als Rechtsprinzip bislang hingegen fremd. Ausdrücklich findet das Kohärenzgebot erstmals und bislang allein im Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 20. 3. 2009<sup>122</sup> Erwähnung. Veranlassung zum Aufgreifen der Kohärenzfrage hatte das OVG Lüneburg gegeben, dessen Entscheidung<sup>123</sup> durch die dem Kammerbeschluss zugrunde liegende Verfassungsbeschwerde angegriffen wurde. In Anlehnung an das Gambelli-Urteil des EuGH nämlich zweifelte das OVG daran, ob das Staatsmonopol für Sportwetten und für Lotterien in eine kohärente Glücksspielpolitik eingebettet sei. Die 3. Kammer des Ersten Senats äußerte daraufhin in ihrem Nichtannahmebeschluss, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf eine „Kohärenz und Systematik“ des gesamten Glücksspielsektors nicht ankomme.<sup>124</sup>

Dagegen nahm die Kammer nicht dazu Stellung, was das Kohärenzgebot im Zusammenhang mit dem deutschen Verfassungsrecht überhaupt genau beinhaltet. Um diese Bedeutung zu ermitteln, ist es notwendig, die Problematik auf ihre dogmatischen Grundlagen zurückzuführen, nämlich die verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers an eine von ihm selbst konzipierte Regelungssystematik.<sup>125</sup> Im deutschen Verfassungsrecht hat dieses Prinzip unter dem Begriff der Systemgerechtigkeit legislativen Handelns Anerkennung gefunden.<sup>126</sup>

Der Gesetzgeber steht heute bei der Suche nach einer gleichheitskonformen Regelung sehr häufig nicht einem noch in der Ursprungslage befindlichen, frei gestaltbaren, nicht vorstrukturierten Regelungsgegenstand, sondern einer rechtlich geformten, durch den Gesetzgeber in ihrer Entwicklung begleiteten und geleiteten Wirklichkeit gegenüber. Damit stellt sich für die Anwendung des Gleichheitssatzes die Frage, ob der Gesetzgeber seine Differenzierungen und Tatbestandsgattungen allein nach der Ähnlichkeit und Verschiedenheit der vorgefundenen Wirklichkeit bilden darf oder sie auch in das von ihm selbst aufgestellte Ordnungs- und Regelungssystem einfügen muss.<sup>127</sup> Hierzu ist zunächst festzustellen, dass sich weder Art. 3 Abs. 1 GG noch dem sonstigen geltenden Verfassungsrecht ein generelles „Systemerhaltungsgebot“ entnehmen lässt. Deshalb bedeutet nicht jede Systemwidrigkeit eo ipso einen Gleichheits- oder sonstigen Verfassungsverstoß.<sup>128</sup>

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG indiziert aber der Verstoß einer Rechtsnorm gegen das vom Gesetzgeber selbst geschaffene System bzw. die Durchbrechung der vom Gesetz selbst gewählten Sachgesetzlichkeit eine Verletzung des Gleichheitssatzes.<sup>129</sup> Das System, das der Gesetzgeber geschaffen hat und an das er sich bei einschlägigen Einzelnormierungen im Regelfall hält, begründet einen Vergleichstatbestand, der eine Abweichung im Einzelfall als gleichheitswidrig erscheinen lässt, sofern sie nicht auf Gründe gestützt werden kann, die einer Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG standhalten. Der Systemgedanke diszipliniert den Gesetzgeber insofern, als Durchbrechungen oder Abweichungen besonderer verfassungsrechtlich anerkannter Gründe bedürfen.<sup>130</sup> Sein Ermessensspielraum reduziert sich dadurch.

bb) Umfang des Kohärenzgebots nach der Rechtsprechung des EuGH

Aus dem Gambelli-Urteil<sup>131</sup> wurde teilweise gefolgert, dass das gesamte Glücksspielwesen eines Mitgliedstaats, also Lotterien und Sportwetten gleichermaßen wie Automaten Spiele und Casinos, einem schlüssigen Gesamtkonzept unterworfen werden müsse.<sup>132</sup> Dass ein solches in Deutschland nicht existiert, geht bereits aus der einleitenden Darstellung der Regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland<sup>133</sup> hervor. Vielmehr weist die deutsche Regulierung des Glücksspielmarktes gravierende Uneinlichkeiten auf und unterwirft insbesondere die besonders suchtgefährdenden Geldspielautomaten<sup>134</sup> nicht denselben strengen Restriktionen, wie die weit weniger suchtgefährlichen Lotterien oder Sportwetten.

In seinen Entscheidungen vom 8. 9. 2010<sup>135</sup> hat der EuGH indes der Forderung nach einer glücksspielübergreifenden Gesamtkohärenz eine klare Absage erteilt. Einige deutsche Verwaltungsgerichte hatten dem EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen unter anderem die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob es mit dem Unionsrecht, insbesondere der Garantie der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV, zuvor Art. 49 EG) vereinbar sei, dass das deutsche Recht Lotterien und Sportwetten einem Staatsmonopol unterstelle, während die Durchführung anderer Glücksspiele wie Pferdewetten oder Automaten Spiele auch privaten Wirtschaftsteilnehmern gestattet sei. Insbesondere wollten die Verwaltungsgerichte wissen, ob man vor diesem Hintergrund davon ausgehen könne, dass die Ziele des Staatsmonopols kohärent und systematisch verfolgt würden. In diesem Zusammenhang stellt der EuGH fest, dass

*die verschiedenen Arten von Glücksspielen erhebliche Unterschiede aufweisen können, u. a. hinsichtlich der konkreten Modalitäten ihrer Veranstaltung, des Umfangs der für sie kennzeichnenden Einsätze und Gewinne, der Zahl potenzieller Spieler, ihrer Präsentation, ihrer Häufigkeit, ihrer kurzen Dauer oder ihrem sich wiederholenden Charakter, der bei den Spielern hervorgerufenen Reaktionen oder danach, ob sie, wie es bei den in Spielbanken angebotenen Spielen und den dort oder in anderen Einrichtungen aufgestellten Geldspielautomaten der Fall ist, die körperliche Anwesenheit des Spielers erfordern oder nicht.*<sup>136</sup>

Daher könne

122 BVerfG, NVwZ 2009, 1221.

123 OVG Lüneburg, GewArch 2009, 76.

124 BVerfG, NVwZ 2009, 1221, 1223.

125 So auch Dietlein, ZfWG 2010, 159, 162.

126 Eingehend hierzu Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976.

127 Vgl. Wendi, NVwZ 1988, 778, 784.

128 Vgl. hierzu Battis, in: FS für Ipsen, 1977, S. 11 ff., insb. S. 26 ff.; Peine, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 208 ff., 299 f.

129 Vgl. etwa BVerfGE 34, 103, 115; 36, 383, 393 f.; 40, 109, 120; 59, 36, 49; 66, 214, 223 f.; 68, 237, 253.

130 Vgl. Stark, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 45.

131 EuGH, NJW 2004, 139, 140 f.; siehe hierzu oben IV. 2. b) aa).

132 So etwa Bungenberg, DVBl. 2007, 1405, 1406; Koenig/Ciszewski, WiVerw 2008, 103, 108 f.; OVG Lüneburg, GewArch 2009, 76.

133 Vgl. oben I. 3.

134 Vgl. die Erhebungen von Bühringer, 2007, Buth/Stöver, 2008 sowie der BZgA, 2008 in: Mayer, International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, Teil vier – Gesundheitswissenschaftliche Studie, 2009, Tab. 2.; eingehend zu den Suchtgefahren oben III. 2.

135 Rechtssache C-46/08 sowie die verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07.

136 Rechtssache C-46/08, Rn. 62.

der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen, dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. Derart divergierende rechtliche Regelungen ändern nämlich als solche nichts an der Eignung eines solchen staatlichen Monopols zur Verwirklichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen.<sup>137</sup>

Damit macht der EuGH deutlich, dass er seinem Verständnis einer kohärenten und systematischen Regelungsstruktur nicht das gesamte Glücksspielwesen eines Mitgliedstaates zu Grunde legt (horizontale Kohärenz), sondern seine europarechtliche Überprüfung auf die Regelungen der einzelnen Glücksspiele beschränkt (vertikale Kohärenz). Dem entspricht, dass gerade der EuGH den Mitgliedstaaten im Hinblick auf deren jeweilige sittliche, religiöse und kulturelle Besonderheiten seit jeher erhebliche politische Gestaltungsspielräume in der Regulierung von Glücksspielen zugesteht,<sup>138</sup> die einer Bindung an ein geschlossenes Gesamtsystem für sämtliche Spielformen ersichtlich entgegenstehen.<sup>139</sup>

Gleichwohl haben die deutschen Gerichte nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH Grund zu der Annahme, dass die Glücksspiele in Deutschland nicht in kohärenter und systematischer Weise begrenzt werden. Zu diesem Schluss kommt das Gericht aus zwei Gründen:

Zum einen führt der EuGH die mangelnde Kohärenz auf die Feststellung des VG Schleswig-Holstein zurück, nach der die zuständigen Behörden in Bezug auf Kasino- und Automaten Spiele, obwohl diese ein höheres Suchtpotenzial aufwiesen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben. Zwischen 2000 und 2006 sei nämlich die Zahl der Spielbanken von 66 auf 81 gestiegen und die Bedingungen für den Betrieb von Automaten Spielen in anderen Einrichtungen als Spielbanken, etwa in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben, unlängst erheblich gelockert worden. Damit betrieben oder duldeten die deutschen Behörden in Bezug auf Glücksspiele wie Kasino- oder Automaten Spiele, die nicht dem staatlichen Monopol unterlägen, aber ein höheres Suchtpotenzial aufwiesen als die vom Monopol erfassten Glücksspiele, eine Politik, mit der zur Teilnahme an diesen Spielen ermuntert werde. Dieser Umstand gebe Grund zu der Annahme, dass auch die Ziele des Monopols, nämlich der Glücksspielsucht entgegenzuwirken, nicht mehr ernsthaft verfolgt werden könnten.<sup>140</sup>

Zum anderen führten die Inhaber der staatlichen Monopole nach den Feststellungen der vorliegenden Gerichte intensive Werbekampagnen in Bezug auf Lotterien durch. Zwar sei eine Politik der kontrollierten Expansion der Glücksspieltätigkeiten erlaubt, um diese in kontrollierbare Bahnen zu lenken, indem Spielern, die verbotenen geheimen Spiel- oder Wetttätigkeiten nachgingen, ein Anreiz gegeben werde, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Zur Erreichung dieses Ziels sei es nämlich erforderlich, dass die Veranstalter, die über eine Erlaubnis verfügten, eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit darstellten, was als solches das Angebot einer breiten Palette von Spielen, einen ge-

wissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebs-techniken implizieren könne. Es komme aber insoweit darauf an, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibe, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Nach den Feststellungen der vorliegenden Gerichte gebe die Werbepaxis der Monopolinhaber in Deutschland aber Grund zu der Annahme, dass die Werbekampagnen vor allem einer Maximierung der Gewinne aus den Lotterien dienen.<sup>141</sup>

Damit entfernten sich die Monopolinhaber selbst von den Zielen, die das Bestehen dieser Monopole rechtfertigten. Unter diesen Umständen lasse sich das präventive Ziel des Monopols nicht mehr wirksam verfolgen.

Aus den Urteilen des EuGH vom 8. 9. 2010 lassen sich damit insgesamt zwei Schlüsse ziehen.

Erstens: Eine Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes würde insbesondere vor dem Hintergrund des Kohärenzgebots keinen unionsrechtlichen Bedenken unterliegen. Da der EuGH eine horizontale Kohärenz nicht fordert, sondern nur ein kohärentes Vorgehen innerhalb der einzelnen Glücksspielsektoren, kann das Kohärenzgebot auch der Liberalisierung des Sportwettenmarktes unter Beibehaltung des staatlichen Wettmonopols folgerichtig nicht entgegenstehen.

Zweitens: Selektive Glücksspielstaatsmonopole, die sich vor allem auf das Ziel der Prävention von Spielsucht stützen, sind unionsrechtlich nicht mehr haltbar. Ein Monopol ließe sich allenfalls auf den Schutz vor betrügerischen Machenschaften und den Verbraucherschutz stützen. Wie oben bereits ausgeführt<sup>142</sup> kann dieses Anliegen indes nur einen Rechtfertigungsgrund für ein Lotteriemonopol, nicht aber für ein Sportwettmonopol darstellen. Insgesamt zeigt sich daher, dass die genannten Urteile des EuGH gerade für eine Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes sprechen.

#### cc) Umfang des Kohärenzgebots nach deutschem Verfassungsrecht

Auch die 3. Kammer des Ersten Senats hat in ihrem oben bereits erwähnten Nichtannahmebeschluss vom 20. 3. 2009<sup>143</sup> klar zurückgewiesen, dass eine „kohärente und systematische Bekämpfung der Spielsucht auch unter dem Blickwinkel des Art. 3 GG erfordere, dass der Gesetzgeber alle Sparten des Glücksspiels bewertet in den Blick nehme“<sup>144</sup>. Die Kammer führt dazu aus:

*„Das Sportwetten-Urteil lässt ausreichend deutlich erkennen, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf eine „Kohärenz und Systematik“ des gesamten Glücksspielsektors einschließlich des gewerberechtlich zugelassenen Automaten Spiels für die Vereinbarkeit eines staatlichen Wettmonopols mit Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht ankommt. Vielmehr verlangt das Sportwetten-Urteil in Ansehung der schon unter der Geltung des Staatsvertrags zum*

137 Rechtssache C-46/08, Rn. 63.

138 Vgl. EuGH, EuZW 2007, 209, 211 – Placanica; EuGH, NJW 2004, 139, 140 – Gambelli; EuGH, NJW 1994, 2013, 2016 – Schindler.

139 Dietlein, ZFWG 2010, 159; Wortmann/Vleaminck, in: Gebhard/Grüser-Sinopoli, Glücksspiel in Deutschland, 2008, § 11 Rn. 50.

140 Rechtssache C-46/08, Rn. 67 f.

141 Vgl. die verbundenen Rechtssachen C-316/07, C358/07 bis C360/07, C409/07 und C-410/07, Rn. 101 ff.

142 Siehe oben S. 38, 40 ■ Fundstelle anpassen.

143 BVerfG, NVwZ 2009, 1221.

144 So aber das OVG Lüneburg, GewArch 2009, 76.

*Lotteriewesen in Deutschland bestehenden einheitlichen gesetzlichen Regelung von (Sport-)Wetten und (Zahlen-)Lotterien sowie der andersartigen Regelung des gewerblichen Automatenspiels insoweit nur eine konsequente und konsistente Ausgestaltung eines aus ordnungsrechtlichen Gründen beim Staat monopolisierten Sportwettangebots.“*

Fraglich ist jedoch, ob die Kammer mit diesem Beschluss auch zum Ausdruck bringen wollte, dass sie – wie der EuGH – nur eine rein horizontale Kohärenz fordert und damit nur die einzelnen Glücksspielsektoren für sich genommen einer kohärenten Regulierung unterfallen müssen, oder ob eine Kohärenz nur zwischen dem Automaten-spiel einerseits und den Lotterien und Sportwetten andererseits nicht erforderlich sei. Der erste Satz weist zunächst in Richtung einer umfassenden Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers. Die Aussage, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf eine Kohärenz und Systematik des gesamten Glücksspielsektors nicht ankomme, lässt für sich betrachtet die Annahme zu, dass die Kammer eine Kohärenz über die Grenzen der einzelnen Glücksspielsektoren hinweg nicht fordert, mithin auch keine zwischen Lotterien und Sportwetten.

Sowohl die Formulierung „einschließlich des gewerberechtlich zugelassenen Automatenspiels“ als auch der darauf folgende Satz insgesamt zeigen indes, dass das Gericht speziell das Spannungsfeld zwischen den gewerberechtlichen Regeln des Automatenspiels auf der einen und des Ordnungsrechts auf der anderen Seite im Blick hatte. Die Formulierung legt zunächst nahe, dass sich das Gericht von den unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen für das Gewerberecht und das Ordnungsrecht hat leiten lassen.<sup>145</sup> Denn von einer Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG spricht das BVerfG immer nur dann, wenn ungleiche Normierungen demselben Normgeber zuzurechnen sind.<sup>146</sup> Ob die Kammer auch auf eine Kohärenz innerhalb der Zuständigkeit des Landesgesetzgebers verzichten wollte, dürfte allein anhand des Wortlauts nicht zu klären sein.

Hier hilft es wiederum weiter, einen Blick auf das dem europarechtlichen Kohärenzprinzip verwandte verfassungsrechtliche Gebot der Systemgerechtigkeit zu werfen. Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit ist, dass die beiden in Vergleich gezogenen Sachverhalte demselben Ordnungssystem zuzuordnen sind. Für die aktuelle Diskussion um die zukünftige Gestaltung des Glücksspielstaatsvertrags hat das zur Folge, dass das Kohärenzgebote für die Liberalisierung des Sportwettenmarktes unter Beibehaltung des Lotteriemonopols nur Bedeutung entfalten kann, wenn beide Sektoren demselben Ordnungsbereich zuzuordnen sind.<sup>147</sup>

Dass die Lotterien und die Sportwetten heute in einem gemeinsamen Regelwerk, dem Glücksspielstaatsvertrag zusammengefasst sind, lässt dabei allein noch nicht den Schluss zu, dass sie ein und demselben Ordnungsbereich unterfallen. Vielmehr ist die Regulierung der beiden Sektoren auch auf ihre historische Entwicklung hin zu untersuchen und danach zu fragen, ob die aktuelle Regulierung dem hergebrachten Regulierungssystem entspricht oder ob sich diese nicht gerade als systemwidrig erweist.

dd) Kohärenzgebote und historische Entwicklung des Glücksspielrechts

Betrachtet man nämlich die historische Entwicklung des deutschen Glücksspielrechts, so treten deutliche Unterschiede zwischen Lotterien und Sportwetten zu Tage.

Die heutigen Regelungen zum Lotteriemonopol haben eine lange Vorgeschichte. Die Wurzeln des Lotteriespiels liegen in Italien, von wo es im 16. Jahrhundert nach Deutschland kam.<sup>148</sup> In Sachsen wurde bereits im Jahre 1697 eine staatliche Lotterie geschaffen.

Preußen richtete im Jahre 1703 ebenfalls eine staatliche Lotterie ein, deren Erträge teilweise den Armen und Bedürftigen zu Gute kamen.<sup>149</sup> Daneben wurden auch Konzessionen an private Lotterieuunternehmer erteilt und zudem Lotterien ohne Genehmigung betrieben. Als die Beschwerden über Unregelmäßigkeiten und Betrügereien bei den privaten Lotterien zunahmen<sup>150</sup> und die staatlichen Lottereeinnahmen stark zurück gingen, wurde unter Friedrich II. 1763 ein staatliches Lotteriemonopol geschaffen.

Insgesamt waren die Lotterien der Länder in der Regel staatliche Veranstaltungen. In engem Rahmen waren indes auch gemeinnützige Privatlotterien zulassungsfähig. Zu allen Zeiten haben die Länder gesetzgeberisch versucht, das für die Bevölkerung verfügbare Lotterieangebot quantitativ und qualitativ zu begrenzen. Forderungen eines vollständigen Verbots der Lotterien, die insbesondere im 19. Jahrhundert im parlamentarischen Raum, etwa in der Nationalversammlung in der Paulskirche, gestellt wurden, konnten sich nicht durchsetzen.<sup>151</sup>

Kennzeichnend für die Geschichte des Lottos in Deutschland ist, dass Lotterien überwiegend nicht als etwas moralisch und sittlich Verwerfliches und daher prinzipiell Unerwünschtes angesehen wurden. Lediglich um Betrug und Missbräuchen vorzubeugen, vor allem aber um dem Staat die zu erwartenden sicheren und hohen Einnahmen vorzubehalten, wurden Lotterien ganz überwiegend als staatliches Monopol veranstaltet.<sup>152</sup>

Öffentlich veranstaltete Wetten kamen in Deutschland erst etwa ab 1870 auf, und zwar im Umfeld öffentlicher Pferderennen. Sie wurden von den Verfassern des Reichsstrafgesetzbuches daher noch nicht als eigenständiges Rechtsproblem angesehen und bewegten sich in einer rechtlichen Grauzone, da unklar war, ob sie als „Glücksspiel“ im Sinne des Strafgesetzbuchs anzusehen waren. Lange Zeit wurden die Pferdewetten geduldet, nachdem sie aber durch das Reichsgericht im Jahre 1882 als Glücksspiel eingestuft worden waren,<sup>153</sup> verlagerte sich das Wettgeschäft in den Untergrund, woran auch die begrenzte Zulassung von Totalisatorwetten 1886 im Wesentlichen nichts ändern konnte.<sup>154</sup> Wegen des immer stärker werdenden

<sup>145</sup> So auch *Dietlein*, ZfWG 2010, 159, 162.

<sup>146</sup> Vgl. BVerfGE 21, 54, 68; 76, 1, 73; 79, 127, 158.

<sup>147</sup> So auch *Dietlein*, ZfWG 2010, 159, 163.

<sup>148</sup> *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2008, S. 37.

<sup>149</sup> *Rombach*, in: Gebhardt/Grüsser-Sinopoli, Glücksspiel in Deutschland, 2008, § 23 Rn. 6.

<sup>150</sup> *Schönbein*, das Millionenspiel mit Tradition, 2008, S. 133.

<sup>151</sup> *Roth*, Rechtsgutachten zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer differenzierenden rechtlichen Regelung von Sportwetten und Lotterien, S. 8.

<sup>152</sup> *Roth*, (Fn. 151), S. 9.

<sup>153</sup> RGSt 6, 172 ff.

<sup>154</sup> Siehe RT-Prot. 1/2870, S. 7.

Zulaufs zu illegalen Buchmachern entschloss sich der Gesetzgeber 1922, den Buchmacherberuf, beschränkt auf Pferdesportwetten, zuzulassen.

Wetten auf sonstige sportliche Ereignisse, insbesondere Fußballwetten, blieben zunächst gänzlich verboten. Erst nach Ende des Zweiten Weltkrieges wurden sie in Deutschland erstmals veranstaltet, und zwar in Gestalt des Fußball-Toto, das im Wesentlichen mit der Intention ins Leben gerufen wurde, den Wiederaufbau des Sports im Nachkriegsdeutschland mit zu finanzieren.<sup>155</sup>

In Bayern wurde das Fußball-Toto zunächst auf der Grundlage der Staatslotterieverordnung von 1946 eingeführt.<sup>156</sup> Im Übrigen erfolgte die Einführung der „sonstigen Sportwetten“ in Westdeutschland zwischen 1948 und 1951 überwiegend außerhalb des Lotterierechts mit eigenen, spezifisch auf Sportwetten zugeschnittenen Gesetzen. So erließen die meisten Länder eigene Sportwettengesetze als Grundlage des Fußball-Totos, nämlich Baden,<sup>157</sup> Berlin,<sup>158</sup> Bremen,<sup>159</sup> Hessen,<sup>160</sup> Niedersachsen,<sup>161</sup> Nordrhein-Westfalen,<sup>162</sup> Rheinland-Pfalz,<sup>163</sup> das Saarland,<sup>164</sup> Schleswig-Holstein,<sup>165</sup> Württemberg-Baden<sup>166</sup> und Württemberg-Hohenzollern.<sup>167</sup> In Hamburg wurde das Fußball-Toto ohne Rechtsgrundlage veranstaltet.<sup>168</sup>

Buchmachertypische Wetten mit festen Gewinnquoten im Fußballbereich wurden erst 1990 ermöglicht<sup>169</sup> und fanden circa ab 1995 zunehmend deutschlandweiten Zuspruch, jedoch gelang es erst 1999 mit der Einführung und Bewerbung der Sportwette ODDSET durch die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Toto-Blocks, breite Bevölkerungsschichten anzusprechen.

Es zeigt sich, dass es der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Glücksspielrechts entspricht, Lotterien und Wetten als separate Regulierungsbereiche anzusehen.

Unterschiede treten zunächst zu Tage, wenn man die moralisch-sittlichen Einstellungen der Gesellschaft zu den Glücksspielformen in den Blick nimmt. Während Lotterien überwiegend als ein sozial akzeptables Phänomen angesehen wurde, deren Erträge fortwährend zur Finanzierung wohlthätiger Zwecke dienten, wurde das übrige Glücksspiel eher als sozial unerwünscht eingestuft. Letztere waren lange generell verboten und wurden begrenzt nur soweit zugelassen, als dies aus ordnungspolitischen Gründen erforderlich war, um eine in der Praxis ausufernde, unkontrollierte Spiel- und Wettstätigkeit der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken.

Diesen inhaltlichen Unterschieden wurde äußerlich dadurch Rechnung getragen, dass Lotterien und Wetten überwiegend in unterschiedlichen Gesetzen geregelt wurden. Im Bereich des Strafrechts ist diese Differenzierung bis heute erhalten geblieben. Das unerlaubte Veranstalten von Glücksspiel ist in § 284 StGB geregelt, die unerlaubte Veranstaltung von Lotterien hingegen losgelöst von den anderen Glücksspielen in § 287 StGB, eine Unterscheidung, der etwa in Bezug auf die Beteiligung (§ 285 StGB) und Rechtsfolgen (§ 286 StGB) auch praktische Relevanz zukommt.

Erst in neuerer Zeit wurde diese Differenzierung entschärft, als die Länder zunehmend Lotterien und Sportwetten in einem Gesetz zusammenfassten. Insbesondere durch die Einführung der Sportwette ODDSET, die ihrer Ausgestaltung nach dem buchmachertypischen Wettangebot zuzuordnen ist, aber gleichwohl im Rahmen des Lotto-Vertriebsnetzes eingeführt wurde, wurde die traditionelle Trennung aufgegeben.

## ee) Kohärenzgebot und die Unterschiede zwischen Sportwetten und Lotterien

Untersucht man die Sportwetten und die Lotterien heute auf zentrale Wesensmerkmale hin, wird deutlich, dass sich die traditionelle Trennung der beiden Sektoren auch aus aktueller Sicht nicht als Zufallsprodukt erweist.

Dies zeigt sich bereits in der unterschiedlichen Motivation zur Teilnahme am Glücksspiel und damit in der Zielgruppe der Teilnehmer. Trotz der auch bei den Sportwetten überwiegenden Zufallskomponente werden sich die Teilnehmer an Sportwetten nicht zuletzt dadurch leiten lassen, dass sie ihre besonderen Kenntnisse und Expertisen in einer bestimmten Sportart in das Glücksspiel einfließen lassen können, während sich Lotterieteilnehmer vor allem durch die überaus hohen Gewinne zu einer Spielteilnahme bewegen lassen dürften.

Vor allem aber, was die Schwarzmarktanfälligkeit, die Gefahr von betrügerischen Machenschaften und die Suchtgefahren angeht, treten deutliche Unterschiede von Lotterien und Sportwetten zu Tage.

### (1) Unterschiedliche Schwarzmarktanfälligkeit

Der Sportwettenbereich weist eine besondere Problematik insoweit auf, als es dem Gesetzgeber bislang kaum gelungen ist, die bestehende Nachfrage in legale Bahnen zu lenken. Wie bereits angesprochen gehen Schätzungen davon aus, dass der überwiegende Teil des Sportwettenmarktes in Deutschland nicht ansässigen und kontrollierten ausländischen Unternehmen (unregulierte Anbieter) zuzurechnen ist. Was den genauen Anteil dieser unregulierten Anbieter betrifft, gehen die Zahlen leicht auseinander. Lange sprach man von etwa 70 Prozent Marktanteil,<sup>170</sup> aktuellste Schätzungen gehen aber mittlerweile sogar davon aus, dass die unregulierten Anbieter einen Anteil von 94 Prozent des gesamten Sportwettenmarktes haben.<sup>171</sup> Dementsprechend steht auch der Hauptteil des pathologischen Spielverhaltens im Zusammenhang mit illegalen Internetangeboten und privaten Wettbüros.

Im Bereich der Lotterien ist dagegen die Gefahr der Entstehung eines Schwarzmarktes außerordentlich gering.

155 *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, 2009, S. 13 f.

156 Verordnung Nr. 34 über die Errichtung einer Staatslotterie in Bayern v. 12. 3. 1946, GVBl. S. 80.

157 Landesgesetz über die Sportwette v. 17. 12. 1948, BGBl. 1949 S. 13.

158 Gesetz über Sportwetten v. 21. 9. 1949, VOBl. S. 334.

159 Gesetz über die Zulassung von Sportwetten im Lande Bremen v. 25. 10. 1948, GBl. S. 205.

160 Gesetz über die Zulassung von Sportwetten im Lande Hessen v. 16. 2. 1949, GVBl. S. 17.

161 Gesetz über Sportwetten v. 25. 2. 1949, GVBl. S. 48.

162 Gesetz über die Genehmigung von Sportwett- und Losgeschäften, sowie Geschicklichkeitsspielen v. 11. 7. 1949, GV. NRW S. 243.

163 Landesgesetz über Sportwetten (Sportwettgesetz) v. 11. 8. 1949, GVBl. S. 337.

164 Gesetz über die Veranstaltung von Sportwetten im Saarland v. 8. 6. 1951, ABl. S. 804.

165 Gesetz über Sportwetten v. 2. 11. 1948, GVOBl. S. 207.

166 Gesetz Nr. 527 über die Sportwette v. 18. 8. 1948, Reg. Bl. S. 133.

167 Gesetz über die Sportwette v. 3. 12. 1948, Reg. Bl. S. 181.

168 Vgl. OLG Hamburg, CR 2005, 298, 300.

169 § 3 Abs. 2 Gewerbegesetz vom 6. 3. 1990, GBl. DDR S. 138 i. V. m. DVO vom 8. 3. 1990, GBl. S. 140.

170 Vgl. die Schätzungen von *Schneider/Maurhart*, Volkswirtschaftliche Analyse des legalen/illegalen Marktes für Glücksspiel in Deutschland, 2007, Executive Summary, S. 2; siehe auch *Becker* in: *Becker/Baumann*, Glücksspiel im Umbruch, 2007, S. 1, 7; *Becker/Dittmann* in: *Ennuschat*, Aktuelle Probleme des Recht der Glücksspiele, 2008, S. 113, 118 ff.

171 Vgl. die Studie von *Goldmedia* (Hrsg.), Glücksspielmarkt in Deutschland 2015, 2010.

Dies zeigt sich zum einen dadurch, dass die Lotterien eine lange Tradition auch in Deutschland aufzeigen, es jedoch zu keiner Zeit zu einer Herausbildung eines Lotterieschwarzmarktes kam. Anders als etwa im Bereich der Pferdewetten hat der Gesetzgeber bei den Lotterien bis heute keine ordnungspolitische Notwendigkeit gesehen, Maßnahmen zu ergreifen, um den Pferdewettmarkt wieder in legale Bahnen zu lenken.<sup>172</sup>

Der wesentliche Grund für die hohe Schwarzmarktanfälligkeit der Sportwetten und die niedrige Schwarzmarktanfälligkeit der Lotterien liegt in den unterschiedlichen Marktzugangschancen begründet. Der große Reiz von Lotterien liegt in den außerordentlich hohen Höchstgewinnen bei einem vergleichsweise niedrigen Einsatz begründet. Um dies zu ermöglichen ist die Lotterie auf eine sehr große Teilnehmerzahl angewiesen. Wäre die Teilnehmerzahl geringer, so würden entweder die Einsätze sehr viel höher, oder die Gewinne wesentlich niedriger ausfallen. Dieses Phänomen wird auch als „wettbewerbswirtschaftliche Tendenz zu immer größeren Lotterien und somit letztendlich zu einer einzigen Lotterie“<sup>173</sup> bezeichnet. Vor diesem Hintergrund erscheint es geradezu unmöglich, eine funktionierende Lotterie auf dem Schwarzmarkt zu betreiben. Zu diesem Ergebnis kann man bei den Sportwetten nicht gelangen. Der besondere Reiz der Sportwetten liegt nicht in den überaus hohen Gewinnen begründet. Die Motivation zur Teilnahme an Sportwetten ist vielmehr daraus abzuleiten, dass zum einen die Gewinnwahrscheinlichkeit sehr viel höher ausfällt als bei den Lotterien und zum anderen, dass die erfolgreiche Teilnahme zwar überwiegend, aber nicht allein vom Zufall abhängt, sondern auch zu einem gewissen Grad von der besonderen Sachkenntnis des Spielers. Da die Höchstgewinne bei den Sportwetten sehr viel geringer ausfallen, ist der Buchmacher nicht zwangsläufig auf eine große Teilnehmerzahl angewiesen. Die Marktzutrittschancen liegen damit sehr viel höher, als bei den Lotterien, weshalb auch die Bedingungen für Veranstaltung von Sportwetten auf dem Schwarzmarkt sehr viel günstiger ausfallen.<sup>174</sup>

## (2) Unterschiedliche Anfälligkeit für betrügerische Machenschaften und Verbraucherschutz

Lotterien weisen im Gegensatz zu Sportwetten ein hohes Maß an Intransparenz auf. Das ist dadurch bedingt, dass Lotterien in einem weitgehend abgeschirmten Umfeld stattfinden, weshalb für die Auslosungs- und Ziehvorgänge wenig Kontrollmöglichkeiten bestehen. So lässt es sich für den Teilnehmer schwerlich nachvollziehen, ob der Spielbetrieb etwa durch eine Erhöhung der Anzahl der Lose oder Zahlen, die zur Ziehung bereit liegen, unzulässig beeinflusst wurde. Eine solche Beeinflussung würde die ohnehin minimale Gewinnchance weiter verringern. Die Gewinnentscheidung ist bei Lotterien von Vorgängen abhängig, die allein im Einflussbereich des Veranstalters liegen. Dies führt zu einer hohen Manipulationsgefahr bei Lotterien.

Eine solche Gefährdungslage lässt sich bei den Sportwetten nicht finden. Die Gewinnentscheidung hängt bei den Sportwetten nicht von Vorgängen ab, die allein der Veranstalter beeinflussen kann, sondern von externen Vorgängen, nämlich des Verlaufs und Ausgangs eines bestimmten Sportereignisses. Dass freilich auch auf den Ausgang von Sportereignissen Einfluss genommen werden kann, haben die in jüngerer Vergangenheit im Fußballbereich aufgedeckten Wettskandale gezeigt. Zu nennen ist hier

insbesondere der Wettskandal, der sich Anfang 2005 in Deutschland ereignet hat und bei dem bekannt wurde, dass Schiedsrichter den Ausgang von Fußballspielen gegen Bezahlung manipuliert und Wettbetrüger durch hohe Einsätze auf die betroffenen Spiele enorme Gewinne erzielt hatten. Abgesehen davon, dass die Gefahr solcher Manipulationen eher von den Teilnehmern als von den Veranstaltern ausgeht, kann dies von vornherein nicht zu der Annahme verleiten, dass die Sportwetten eine mit den Lotterien qualitativ vergleichbare Manipulationsgefahr aufweisen. Die Hürden, die für die Manipulation von Sportereignissen zu überwinden sind, sind sehr viel höher, als die vergleichbar einfache Manipulation des Spielbetriebs bei Lotterien.

Hinzu kommt, dass die Höhe des Gewinns bei Lotterien von Faktoren abhängt, die für den Teilnehmer kaum nachvollziehbar sind, nämlich von der Höhe der Einsätze und der Zahl der Gewinner. Die für den Bereich der Sportwetten typischen Buchmacherwetten hingegen sind durch feste Gewinnquoten gekennzeichnet. Der Teilnehmer weiß also bereits im Voraus, welchen Gewinn er mit seinem Einsatz erzielen wird, wenn das vom ihm vorausgesagte Ergebnis eintritt.

Insgesamt weisen die Lotterien hohe Anfälligkeit für Manipulationen auf, die den Tatbestand des Betrugs oder andere Straftatbestände erfüllen können. Die Gefahr solcher betrügerischer Machenschaften ist bei den Sportwetten hingegen wesentlich geringer.

## (3) Unterschiedliche Suchtgefahren

Für Deutschland wurden in den letzten Jahren aussagekräftige epidemiologische Studien durchgeführt, die Rückschlüsse auf das Ausmaß der Problematik ermöglichen.<sup>175</sup> Nach den ermittelten Prävalenzwerten zeigen 0,29 bis 0,64 Prozent der bundesdeutschen Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten. Bei 0,19 bis 0,56 Prozent der Bundesbürger ist ein pathologisches Spielverhalten erkennbar.

Ein Vergleich der Suchtgefahren verschiedener Glücksspielformen weist darüber hinaus auf deutliche Unterschiede. Die Ergebnisse der vorliegenden Studien unterscheiden sich leicht, doch bei allen spielen die Glücks- und Geldspielautomatensüchtigen die allergrößte Rolle. Diese machen zwischen 70 Prozent und 85 Prozent aller Süchtigen aus. Während Lotto und Lotterien trotz ihrer enormen Verbreitung vernachlässigbare Suchtpotentiale aufweisen, wird die Zahl der Sportwettensüchtigen auf deutlich unter 10 Prozent – bei der Studie von Mayer/Hayer unter 5 Prozent – der Spielsüchtigen geschätzt.

<sup>172</sup> Siehe hierzu oben IV. 2. b) dd).

<sup>173</sup> Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, in: International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, Teil zwei – Rechtswissenschaftliche Studie, 2009, S. 27.

<sup>174</sup> So im Ergebnis auch Jarass, Verfassungs- und europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, 2010, S. 20; Roth, Rechtsgutachten zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer differenzierenden rechtlichen Regelung von Sportwetten und Lotterien, 2007, S. 15 f.

<sup>175</sup> Es handelt sich um die Erhebungen von Bühringer, 2007, Buth/Stöver, 2008 und der BZgA, 2008, dargestellt u. a. in: Mayer, International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, Teil vier – Gesundheitswissenschaftliche Studie, 2009, Tab. 2 sowie die Klienten- und Therapeutenbefragungen von Becker bzw. Mayer/Hayer, dargestellt in: Becker, ZfWG 2009, 6; dazu oben III. 2.

## ff) Zwischenergebnis

Die historisch vorgefundene Differenzierung von Sportwetten und Lotterien in unterschiedlichen Ordnungsbereichen ist kein Zufallsprodukt, sondern spiegelt sich auch in der heutigen Lebenswirklichkeit wider. Die Sportwetten stehen wesensmäßig nicht den Lotterien, sondern den nicht durch ein Staatsmonopol versehenen Pferderennwetten nahe, die im Grunde nur einen Teilbereich der Sportwetten darstellen. Sportwetten und Lotterien lassen sich daher trotz der heute einheitlich gestalteten ordnungsrechtlichen Regulierung systematisch nicht in denselben Ordnungsbereich einordnen.<sup>176</sup> Die Annahme eines gemeinsamen Ordnungsbereichs wäre allenfalls für die Sportwetten und die Pferderennwetten nachvollziehbar.

## gg) Folgerungen

Das Vorliegen unterschiedlicher Ordnungsbereiche hat zur Folge, dass der Grundsatz der Systemgerechtigkeit nicht eingreift, so dass auch kein Gebot zur konsequenten Verfolgung des einmal gewählten Regulierungskonzepts bestehen kann. Vor diesem Hintergrund lässt sich die vom Wortlaut her gesehen nicht ganz eindeutige Textpassage des oben zitierten Kammerbeschlusses dahingehend interpretieren, dass das BVerfG eine kohärente Regulierung nicht nur von Automatenspiel und übrigen Glücksspiel, sondern ebenso von Sportwetten und Lotterien nicht verlangt.<sup>177</sup>

Dementsprechend kommt es auch unter dem Gesichtspunkt des Kohärenzgebots nicht zu einer Einschränkung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers und einer Erhöhung der Rechtfertigungsanforderungen für eine Ungleichbehandlung in Gestalt einer Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes.

## c) Sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung

Es genügt somit entsprechend der Willkürformel des BVerfG irgendein sachlicher Grund zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.<sup>178</sup> Willkür kann dabei nicht schon dann bejaht werden, wenn der Gesetzgeber unter mehreren möglichen Lösungen nicht die zweckmäßigste oder vernünftigste gewählt hat,<sup>179</sup> wenn es an dogmatisch überzeugenden oder systematisch „richtigen“ Gründen mangelt,<sup>180</sup> vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für die gesetzliche Bestimmung überhaupt nicht finden lässt.<sup>181</sup> Was hierbei sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll.<sup>182</sup> Ein Verstoß gegen das Willkürverbot kann nur festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist.<sup>183</sup>

Im Rahmen des Glücksspielstaatsvertrags steht der Schutz vor der Spiel- und Wetsucht ganz im Vordergrund. Deren Bekämpfung ist das „erste und wichtigste Ziel“ des Vertrags.<sup>184</sup> Der Staatsvertrag geht von der ordnungsrechtlichen Aufgabe der Länder aus, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern.<sup>185</sup> Ohne dass abschließend zu klären ist, inwieweit vor diesem Hintergrund nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Pflicht des Staates zum Schutz der Gesundheit der Bürger besteht, ist die Vermeidung und Abwehr von Spielsucht jedenfalls ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel.<sup>186</sup>

Ein sachlicher Grund für die Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes ist danach vor allem dann gegeben, wenn Gründe der Suchtbekämpfung für sie sprechen. Hierzu sind zunächst die Suchtgefahren der einzelnen Glücksspielarten näher in den Blick zu nehmen.

Wie bereits dargestellt wurde, sprechen die Ergebnisse der oben erwähnten epidemiologischen Studien<sup>187</sup> für die Annahme, dass es sinnwidrig wäre, den Sportwettenmarkt zu liberalisieren und gleichzeitig das staatliche Lotteriemonopol beizubehalten. Denn wenn mit dem Staatsmonopol gerade die Bekämpfung der Spielsucht bezweckt wird, so erscheint es zunächst logisch, beide Bereiche zu liberalisieren, da auf der Grundlage der neuen Studien weder den Sportwetten noch den Lotterien ein „nicht unerhebliches Suchtpotential“ zugesprochen werden kann.<sup>188</sup> Vordergründig stellt sich also das Ziel der Bekämpfung von Spielsucht nicht als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung in Form einer Teilliberalisierung dar, sondern spricht eher für eine sachwidrige und damit willkürliche Differenzierung.

Andererseits ist zu beachten, dass es durch das staatliche Monopol gerade nicht gelungen ist, problematisches und pathologisches Spielverhalten bei den Sportwetten zu bekämpfen. Vielmehr hat der Ausschluss privater Wettveranstalter, wie oben bereits eingehend erläutert,<sup>189</sup> zu der Entstehung eines erheblichen Schwarzmarktes geführt, der mittlerweile 70 bzw. 94 Prozent des gesamten Sportwettenmarktes ausmacht. Folglich nutzt auch die überwiegende Zahl der Problemspieler und der pathologischen Spieler potenziell illegale Wettangebote. Das zentrale Ziel des staatlichen Monopols wurde im Bereich der Sportwetten mithin bislang verfehlt.

Zudem spielen bei den Lotterien anders als bei den Sportwetten andere legitime Gründe, die ebenfalls für ein Staatsmonopol in Frage kommen, eine wichtige, in Zukunft wohl zentrale Rolle. Hierzu zählen insbesondere der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und der darüber hinausgehende Verbraucherschutz, insbesondere die bei Lotterien besonders nahe liegende Gefahr irreführender Werbung. Auf diese durch die mangelnde Transparenz des Spielbetriebs bedingten Gefahren hat auch die 2. Kammer des Ersten Senats in ihrer Entscheidung zur Vermittlung von Lotterierprodukten nachdrücklich hingewiesen.<sup>190</sup> Dies stellt einen ganz erheblichen Unterschied zu den Sportwetten dar, der durchaus das Beibehalten eines staatlichen Monopols bei den Lotterien

176 So im Ergebnis auch *Dietlein*, ZfWG 2010, S. 159, 163.

177 Zu dem gleichen Ergebnis, jedoch ohne Bezugnahme auf den Grundsatz der Systemgerechtigkeit, kommt *Jarass*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, 2010, S. 23.

178 Anders insoweit BVerfG, NVwZ 2009, 1221, 1223; die Kammer geht hier wohl davon aus, dass der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG mangels Eingreifen des Kohärenzgebots gar nicht zur Anwendung gelangt.

179 Vgl. BVerfGE 81, 156, 206.

180 BVerfGE 123, 111, 127.

181 Vgl. BVerfGE 116, 135, 161.

182 Vgl. BVerfGE 17, 122, 133; BVerfGE 75, 108, 157.

183 BVerfGE 55, 72, 90; BVerfGE 89, 15, 23; zusammenfassend BVerfGE 89, 132, 141 f.

184 BVerfG, NVwZ 2008, 1338, 1340; vgl. die Erläuterungen zum GlüStV, abgedruckt in LT RIP-Drs.: 15/1454 S. 27.

185 Erläuterungen zum GlüStV, abgedruckt in LT RIP-Drs.: 15/1454 S. 24.

186 BVerfGE 115, 276, 304 f.; ebenso EuGH, NJW 2004, 139, 140, Rn. 67 m. w. N. – Gambelli.

187 Vgl. oben III. 2.

188 Eingehend dazu oben III. 2.

189 Siehe oben III. 2. und IV. 2. b) ee) (1).

190 BVerfG, NVwZ 2008, 1338, 1340.



auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermag.<sup>191</sup>

*d) Die Teilliberalisierung des Sportwettenmarktes als sachgerechte Lösung*

Vor diesem Hintergrund erscheint die Privatisierung des Sportwettenmarktes unter Beibehaltung des Lotteriemonopols nur dann als willkürliche Differenzierung, wenn sich die Liberalisierung des Wettmarktes als zur Lösung der beschriebenen Probleme als evident ungeeignet erweist<sup>192</sup> und der Gesetzgeber damit sogar die äußersten Grenzen seines Prognosespielraums überschreitet. Andererseits reicht bereits die Möglichkeit aus, dass der gewünschte Erfolg gefördert wird.

Eine solche Möglichkeit der Zweckförderung hängt freilich von der Art und Weise ab, in der die Privatisierung erfolgen soll. Eine generelle Zulassung privater Sportwetten ohne jegliche Anzeige- oder Erlaubnisvorbehalte würde selbstredend den Schwarzmarkt beseitigen, dem Ziel der Spielsuchtbekämpfung aber sicherlich gleichwohl nicht gerecht werden. Im Gegenteil würde ein gänzlich unbegrenzter Markt einen entfesselten Wettbewerb nach sich ziehen, was zu einer Anheizung des Spiels mit allen für die Suchtprävention nachteiligen Folgen führen könnte. Gleiches, freilich in abgeschwächter Form, dürfte von einem präventiven Verbot mit bloßem Anzeigevorbehalt zu erwarten sein.<sup>193</sup>

Ein anderes gilt hingegen für die Einführung eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Macht der Gesetzgeber die Erteilung einer Konzession von bestimmten subjektiven Kriterien, wie insbesondere der Zuverlässigkeit des Antragstellers, abhängig, so darf der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums davon ausgehen, dass dadurch die Feststellung der Vertrauenswürdigkeit eines Veranstalters im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften über die Suchtbekämpfung ermöglicht wird. Diese Beurteilung ist bereits durch die Sportwettenentscheidung des BVerfG vorgezeichnet. Ausdrücklich stellt es dort fest, dass es „nicht von vornherein ausgeschlossen (ist), Verbraucher- und Jugendschutz sowie die Vermeidung von Folge- und Begleitkriminalität grundsätzlich auch durch die Normierung entsprechender rechtlicher Anforderungen an ein gewerbliches Wettangebot privater Wettunternehmen zu realisieren.“ Vielmehr könne deren Einhaltung auch „durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht sichergestellt werden.“<sup>194</sup>

Gleichzeitig darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass die Liberalisierung des Sportwettenmarktes unter Einführung eines Konzessionserfordernisses zum Abbau eines unkontrollierten Wettmarktes beitragen wird. So erscheint es nicht nur möglich, sondern ist durchaus wahrscheinlich, dass die in der Vergangenheit gewachsene Nachfrage nach Sportwetten durch eine überwachte Öffnung des Wettmarktes und eine damit verbundene maßvolle Erhöhung seiner Vielschichtigkeit weg von den unkontrollierten ausländischen Veranstaltern hin zu den in Deutschland konzessionierten Anbietern gelenkt wird.

Insgesamt zeigt sich damit, dass es im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens liegt, wenn er das Ziel der Bekämpfung der Spielsucht im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten durch eine Marktliberalisierung unter Einführung eines Konzessionsmodells verfolgt, während er sich im Lotteriebereich, in dem die Problematik

eines unkontrollierten Marktes nicht existiert, für eine Fortführung des Monopols entscheidet. Dies ist vor allem deshalb sachgerecht, weil im Lotteriebereich andere legitime Gründe die Beibehaltung des staatlichen Monopols zu rechtfertigen vermögen. Gerade dem Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und dem Verbraucherschutz, insbesondere der Übervorteilung der Spieler durch Täuschung über Gewinnchancen, kommt bei den Lotterien zentrale Bedeutung zu. Es kann also keine Rede davon sein, dass eine Teilliberalisierung des Sportwettenbereichs den Gleichheitssatz verletzt. Vielmehr sprechen im Hinblick auf die ganz unterschiedlichen Gefahren, die Sportwetten und Lotterien bewirken können, gute Gründe dafür, Lotterien und Sportwetten unterschiedlich zu regeln.

## V. Zusammenfassung

Mit dem Gutachten wird der Frage nachgegangen, ob es die Verfassung zulässt oder sogar gebietet, den Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten anders – nämlich mit einem Konzessionssystem – auszugestalten als den Bereich der Lotterien, bei denen ein staatliches Monopol aufrecht erhalten bleiben soll.

Neben den Sportwetten gehören die Lotterien, die Glücksspielgeräte sowie die in Spielbanken angebotenen Spiele zu den Glücksspielen. Sportwetten zeichnen sich dadurch aus, dass die Entscheidung über den Gewinn vom Ausgang eines künftigen Sportereignisses abhängt. Lotterien sind Glücksspiele, bei denen einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen. Gewinnspielgeräte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind und die Möglichkeit eines Gewinnes bieten. Bei Spielbanken handelt es sich um örtlich gebundene öffentlich zugängliche Einrichtungen, in denen verschiedene staatlich konzessionierte Glücksspiele (Roulette, Poker, Slot-Maschinen etc.) betrieben werden.

Das Glücksspielwesen hat in Deutschland keine einheitliche verwaltungsrechtliche Regulierung erfahren. Der Glücksspielstaatsvertrag, der in Landesrecht umgesetzt wurde, gilt nicht für alle Glücksspiele. Sonderregelungen gelten zunächst für die Pferderennwetten, die in einem Bundesgesetz, dem Rennwett- und Lotteriegesetz, geregelt sind. Auch das Aufstellen von Spielautomaten und der Betrieb von Spielhallen sind bundesrechtlich und zwar durch die §§ 33 c-i der Gewerbeordnung geregelt. Schließlich werden die Zulassung und der Betrieb von Spielbanken in speziellen Landesgesetzen näher geregelt. Der Glücksspielstaatsvertrag findet auf Spielbanken gem. § 2 S. 2 GlüStV nur begrenzt Anwendung. Für den gesamten Bereich der Sportwetten einschließlich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten hat der Glücksspielstaatsvertrag ein staatliches Veranstaltungsmonopol vorgegeben.

Die Länder haben im Glücksspielstaatsvertrag dessen befristete Geltung vereinbart. So tritt der Vertrag nach § 28 Abs. 1 mit Ablauf des vierten Jahres nach seinem Inkrafttreten außer Kraft, sofern nicht die Ministerpräsidenten-

191 Zutreffend *Jarass*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, 2010, S. 31 ff.

192 Vgl. oben ■ **konkreter Verweis**.

193 So auch *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, 2009, S. 113.

194 BVerfGE 115, 276, 309, unter Bezugnahme auf das Gambelli-Urteil des EuGH, NJW 2004, 139, 141, Rn. 73 f.

konferenz bis Ende des vierten Jahres mit mindestens 13 Stimmen das Fortgelten des Staatsvertrages beschließt. In diesem Fall gilt der Staatsvertrag unter den Ländern fort, die dem Beschluss zugestimmt haben. Die Entscheidung über die Verlängerung soll unter Berücksichtigung einer Evaluierung der Auswirkungen des Staatsvertrages getroffen werden. Im Rahmen dieser Evaluierung finden die Beratungen der Ministerpräsidenten der Länder über die Möglichkeit einer Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes statt.

Das BVerfG hat in seiner Sportwettenentscheidung ein staatliches Monopol für Sportwetten mit festen Gewinnquoten unter engen Voraussetzungen für verfassungsrechtlich zulässig erklärt. In diesem Zusammenhang bestätigt die Rechtsprechung des BVerfG, dass es sich bei dem staatlichen Monopol für Sportwetten um eine objektive Berufswahlregelung handelt. Diese ist nur zur Abwehr höchstwahrscheinlicher Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zulässig.

Nur im Hinblick auf den Prognosespielraum der Legislative und auf den damaligen unsicheren Erkenntnisstand hat das BVerfG akzeptiert, dass der Gesetzgeber mit einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial und damit mit einer höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ausgehen durfte.

Auch die Einschätzung des Gesetzgebers zur Erforderlichkeit des staatlichen Monopols für Sportwetten hat der Erste Senat nur im Hinblick auf den „sehr weiten Beurteilungsspielraum“ verfassungsrechtlich nicht beanstandet.

Bei der Zumutbarkeit ist die Schwere des grundrechtlichen Eingriffs zu berücksichtigen. Das staatliche Monopol schließt jeden, der in Deutschland Sportwetten in privater Trägerschaft anbieten will, von der Wahl und Ausübung des Berufs eines privaten Wettunternehmens aus, weil ihm schon die Chance einer Bewerbung um Zulassung zu diesem Beruf genommen wird, und sei es auch in Konkurrenz zu einem staatlichen Unternehmen. Auf der anderen Seite steht die Bekämpfung der Spielsucht. Dieses Ziel stellt zwar einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang dar, dem ein hohes Gewicht zukommt. Das BVerfG räumt aber selbst ein, dass das Suchtpotential von Sportwetten zum Zeitpunkt nicht abschließend beurteilt werden konnte und jedenfalls geringer ist als bei Automaten und Casino-Spielen. Daher hält es das staatliche Monopol nur dann für zumutbar, wenn es der dem Glücksspielsektor immanenten bzw. diesem beiwohnenden Gefahr der Spielsucht, also pathologischem und problematischem Spielverhalten, hinreichend begegnet. Daher verlangt es eine konsequente Ausrichtung des betreffenden Gesetzes am Ziel der Bekämpfung der Wettsucht (pathologisches Spielverhalten) und der Begrenzung der Wettleidenschaft (problematisches Spielverhalten).

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass ein staatliches Sportwettenmonopol vom BVerfG nur im Hinblick auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und seine Einschätzungsprärogative als mit der Berufsfreiheit vereinbar angesehen wurde. Eine Gesamtliberalisierung des Glücksspielmarktes begegnet nach den deutlichen Aussagen des BVerfG hingegen keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Auf der Grundlage der inzwischen vorliegenden Untersuchungen und der mit dem staatlichen Monopol gemachten Erfahrungen ist ein Festhalten am staatlichen Monopol im

Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nicht mehr vereinbar.

Zwar kommt weiterhin die Bekämpfung der Spielsucht als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut in Betracht, um die mit dem staatlichen Monopol verbundene objektive Berufswahlregelung zu legitimieren. Angesichts der vorliegenden empirischen Studien kann aber selbst unter Anerkennung eines weiten Prognose- und Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers wohl nicht mehr davon ausgegangen werden, dass Sportwetten ein nicht unerhebliches Suchtpotenzial aufweisen und damit eine höchstwahrscheinliche Gefahr gegeben ist.

Die mit dem Monopol im Bereich der Sportwetten gemachten Erfahrungen belegen zudem, dass dieses Mittel zur Bekämpfung problematischen und pathologischen Spielverhaltens ungeeignet ist. Das staatliche Monopol hat dazu geführt, dass sich ein beträchtlicher Schwarzmarkt herausgebildet hat und die Ziele des Staatsmonopols, nämlich die Bekämpfung von Spielsucht, in dem Bereich der Sportwetten eindeutig verfehlt werden.

Selbst wenn man die Eignung des Mittels im Hinblick auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bejaht, ist ein staatliches Monopol nach den gemachten Erfahrungen nicht mehr erforderlich. Die in den Studien dokumentierten Entwicklungen belegen nämlich nachdrücklich, dass durch ein auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtetes staatliches Monopol der Sportwetten die Suchtgefahren gerade nicht effektiver bekämpft werden können als im Wege einer Kontrolle privater Unternehmen.

Schließlich ist ein Festhalten am staatlichen Monopol im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten auch im engeren Sinne unverhältnismäßig.

Angesichts des inzwischen feststehenden geringen Suchtpotenzials der Sportwetten und einer allenfalls marginalen Eignung eines staatlichen Monopols zur Bekämpfung der Suchtgefahren ist ein dermaßen schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit, der den Zugang zu einer grundrechtlich geschützten Tätigkeit vollständig verschließt, unzumutbar.

Zudem stellt das Festhalten am staatlichen Monopol für alle vom Glücksspielstaatsvertrag erfassten Glücksspiele für die potentiellen Anbieter von Sportwetten eine besondere Härte dar. Ein Festhalten am staatlichen Monopol mag bei Lotterien aus den Gesichtspunkten des Schutzes vor betrügerischen Machenschaften und des Verbraucherschutzes weiterhin gerechtfertigt sein. Lotterien weisen im Gegensatz zu Sportwetten ein hohes Maß an Intransparenz auf. Das ist dadurch bedingt, dass Lotterien in einem weitgehend abgeschirmten Umfeld stattfinden, weshalb für die Auslosungs- und Ziehvorgänge wenig Kontrollmöglichkeiten bestehen. Dies führt zu einer hohen Manipulationsgefahr bei Lotterien. Darüber hinaus ist bei Lotterien eine Übervorteilung der Spieler durch die Täuschung über die Gewinnchancen wegen der Intransparenz leicht möglich. Dagegen ist es für die Anbieter von Sportwetten mit festen Gewinnquoten unzumutbar, wenn man auch ihnen den Zugang zu ihrer Betätigung ausnahmslos versperrt, anstatt diese Betätigung von einem Genehmigungsvorbehalt und behördlicher Kontrolle mit den Mitteln der Wirtschaftsaufsicht abhängig zu machen.

Eine Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes dergestalt, dass das Angebot von Sportwetten mit festen Gewinnquoten auch privaten Wettunternehmen ermöglicht

wird, das staatliche Lotteriemonopol hingegen uneingeschränkt bestehen bleibt, stellt eine regulatorische Ungleichbehandlung dar, die am Gleichheitssatz zu messen ist.

Für die sachliche Rechtfertigung einer Teilliberalisierung des Glücksspielmarktes gilt auch unter Berücksichtigung der Auswirkungen das Willkürverbot. Damit bleibt es bei einem breiten Spielraum gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit.

Der Gestaltungsspielraum ist auch nicht durch das aus dem Europarecht stammende Kohärenzgebot eingeschränkt, dem verfassungsrechtlich das Gebot der Systemgerechtigkeit legislativen Handelns entspricht.

Nach dem Verständnis des EuGH erfasst das Gebot einer kohärenten und systematischen Regelungsstruktur nicht das gesamte Glücksspielwesen eines Mitgliedstaates (horizontale Kohärenz), sondern ist auf die Regelungen der einzelnen Glücksspiele beschränkt (vertikale Kohärenz).

Auch für die Anwendung des Gebots der Systemgerechtigkeit ist Voraussetzung, dass die beiden in Vergleich gezogenen Sachverhalte demselben Ordnungssystem zuzuordnen sind. Sportwetten und Lotterien weisen aber deutliche Unterschiede auf und werden daher nicht demselben Ordnungssystem zugeordnet.

So weisen Sportwetten eine hohe Schwarzmarktanfälligkeit auf. Der wesentliche Grund für die hohe Schwarzmarktanfälligkeit der Sportwetten und die niedrige Schwarzmarktanfälligkeit der Lotterien liegt in den unterschiedlichen Marktzugangschancen begründet.

Lotterien zeichnen sich im Gegensatz zu Sportwetten durch ein hohes Maß an Intransparenz aus. Das ist dadurch bedingt, dass Lotterien in einem weitgehend abgeschirmten Umfeld stattfinden weshalb für die Auslosungs- und Ziehvorgänge wenig Kontrollmöglichkeiten bestehen. So lässt es sich für den Teilnehmer schwerlich nachvollziehen, ob der Spielbetrieb etwa durch eine Erhöhung der Anzahl der Lose oder Zahlen, die zur Ziehung bereit liegen, unzulässig beeinflusst wurde. Eine solche Beeinflussung würde die ohnehin minimale Gewinnchance weiter verringern. Die Gewinnentscheidung ist bei Lotterien von

Vorgängen abhängig, die allein im Einflussbereich des Veranstalters liegen. Dies führt zu einer hohen Manipulationsgefahr bei Lotterien. Die Spieler müssen daher vor betrügerischen Machenschaften und vor Übervorteilung durch Täuschung über die Gewinnchancen geschützt werden.

Auch hinsichtlich des Suchtpotenzials bestehen Unterschiede.

Die historisch vorgefundene Differenzierung von Sportwetten und Lotterien in unterschiedlichen Ordnungsbereichen ist kein Zufallsprodukt, sondern spiegelt sich auch in der heutigen Lebenswirklichkeit wider. Die Sportwetten stehen wesensmäßig nicht den Lotterien, sondern den nicht durch ein Staatsmonopol versehenen Pferderennenwetten nahe, die im Grunde nur einen Teilbereich der Sportwetten darstellen. Sportwetten und Lotterien lassen sich daher trotz der heute einheitlich gestalteten ordnungsrechtlichen Regulierung systematisch nicht in denselben Ordnungsbereich einordnen.

Insgesamt zeigt sich damit, dass es im Rahmen seines Ermessens liegt, wenn der Gesetzgeber das Ziel der Bekämpfung der Spielsucht im Bereich der Sportwetten mit festen Gewinnquoten durch eine Marktliberalisierung unter Einführung eines Konzessionsmodells verfolgt, während er sich im Lotteriebereich, in dem die Problematik eines unkontrollierten Marktes nicht existiert, für eine Fortführung des Monopols entscheidet. Dies ist vor allem deshalb sachgerecht, weil im Lotteriebereich andere legitime Gründe die Beibehaltung des staatlichen Monopols zu rechtfertigen vermögen.

Gerade dem Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und dem Verbraucherschutz, insbesondere der Übervorteilung der Spieler durch Täuschung über Gewinnchancen, kommt bei den Lotterien zentrale Bedeutung zu. Es kann also keine Rede davon sein, dass eine Teilliberalisierung des Sportwettenbereichs den Gleichheitssatz verletzt. Vielmehr sprechen im Hinblick auf die ganz unterschiedlichen Gefahren, die von Sportwetten und Lotterien ausgehen können, gute Gründe dafür, Lotterien und Sportwetten unterschiedlich zu regeln.



#### **Prof. Dr. Dieter Dörr**

Jahrgang 1952 ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Medienrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Direktor des Mainzer Medieninstituts. Seit 2000 gehört er als sachverständiges Mitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) an und war von Oktober 2004 bis März 2007 deren Vorsitzender. Zudem ist er seit 2006 Sprecher der Gutenberg-Akademie und seit 2007 Mitglied des Leitungsgremiums des Gutenberg-Forschungskollegs der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Am 1. 10. 2003 erfolgte die Ernennung zum Richter im Nebenamt am OLG Koblenz.



#### **Steffen Janich**

Jahrgang 1981, Studium in Frankfurt a. M. und Freiburg, Referendariat in Frankfurt a. M., ist seit Ende 2009 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Mainz und am Mainzer Medieninstitut. Außerdem ist er als freier Fernsehjournalist tätig. Er promoviert bei Professor Dr. Dieter Dörr im Bereich des öffentlichen Rundfunkrechts.

#### IV. Literatur

- Adams, Michael/Effertz, Tobias*, Höhere Steuern auf Alkohol!, ifo Schnelldienst 2009, 14
- Battis, Ulrich*, Systemgerechtigkeit, in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977
- Beberich, Bernd*, Das Internet-Glücksspiel, Berlin 2004
- Becker, Tilman*, Glücksspielsucht in Deutschland: Prävalenz bei verschiedenen Glücksspielformen, Frankfurt a. M. 2009
- Becker, Tilman*, Wie weit geht der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Regulierung des Glücksspielmarktes?, ZfWG 2009, 1
- Becker, Tilman/Baumann, Christine*, Glücksspiel im Umbruch: Beiträge zum Symposium 2006 der Forschungsstelle Glücksspiel, 2007
- Bundeszentrale für Gesundheitliche Aufklärung (BzGA)*, Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007 – Ergebnisbericht, Köln 2008
- Bungenberg, Marc*, Das Sportwettenmonopol zwischen deutschem und europäischem Wirtschaftsverfassungsrecht, DVBl 2007, 1405
- Bühringer, Gerhard et al*, Pathologisches Glücksspiel in Deutschland: Spiel- und Bevölkerungsrisiken, Sucht 2007
- Buth, Sven/Stöver, Heino*, Glücksspielteilnahme und Glücksspielprobleme in Deutschland: Ergebnisse einer bundesweiten Repräsentativbefragung, Suchttherapie 2008
- Degenhart, Christoph*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München 1976
- Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e. V. (DHS)*, Alkohol – Basisinformationen, Informationsbroschüre, Köln/Hamm 2009
- Dietlein, Johannes*, Die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Spielhallenwesen – Kompetenzielle und materielle Fragen des neuen Art. 74 I Nr. 11 (Teil I), ZfWG 2008, 12
- Dietlein, Johannes*, Die Zukunft der Sportwettenregulierung in Deutschland – Abschied von der „Gesamtkohärenz“: ein Freibrief für beliebige Teilliberalisierungen?, ZfWG 2010, 159
- Dietlein, Johannes/Hecker, Manfred/Ruttig, Markus*, Kommentar zum Glücksspielrecht, München 2008
- Dörr, Dieter*, Die deutsche Handelsflotte und das Grundgesetz, München 1988
- Dörr, Dieter*, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Eigentumsgarantie des Art. GG Artikel 14 GG, Ein Beitrag zur Harmonisierung der Schranken von Art. 14 GG und Art. 12 GG, NJW 1988, 1049
- Dörr, Dieter*, Faires Verfahren: Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Kehl am Rhein und Straßburg 1984
- Ennuschat, Jörg*, Aktuelle Probleme des Rechts der Glücksspiele: Vier Rechtsgutachten, München 2008
- Ennuschat, Jörg*, Aktuelle Rechtsfragen des staatlichen Lotteriemonopols in Deutschland, ZfWG 2008, 83
- Eppig, Volker/Hillgruber, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, München 2010
- Fischer, Jonas*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, Frankfurt a. M. 2009
- Fischer, Jonas*, Das Recht der Glücksspiele, Frankfurt a. M. 2009
- Gebhardt, Inho/Grüsser-Sinopoli, Sabine (Hrsg.)*, Glücksspiel in Deutschland, Berlin 2008
- Goldmedia (Hrsg.)*, Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Berlin 2010
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*, Das Recht der Europäischen Union, Band I, München, Stand Oktober 2009
- Heine, Günther*, Oddset-Wetten und § 284 StGB – Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vermittlung von nach DDR-Recht erlaubten Sportwetten, wistra 2003, 441
- Hermanns, Casper David/Klein, Benjamin*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28. 11. 2002 – 4 StR 260/02, JA 2003, 632
- Horn, Hans-Detlef*, Zum Recht der gewerblichen Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten, NJW 2004, 2047
- Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983
- Jarass, Hans*, Verfassungs- und Europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, Rechtsgutachten, 2010
- Kment, Martin*, Ein Monopol gerät unter Druck, Das „Sportwetten-Urteil“ des BVerfG, NVwZ 2006, 617
- Koenig, Christian*, Die staatliche Regulierung des Glücksspielmarktes mit Blick auf die gemeinschaftsrechtlichen Kohärenzanforderungen an Staatsmonopole, ERA-Forum 2009, 513
- Koenig, Christian/Ciszewski, Simon*, Sieg oder Niederlage für das Glücksspielmonopol nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages?, WiVerw 2008, 103
- Kühne, Hans-Heiner*, in: Hoyer, Andreas/Müller, Henning E./Pawlik, Michael (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2007
- Meyer, Gerhard*, International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, Teil vier – Gesundheitswissenschaftliche Studie, 2009
- Meyer, Gerhard/Hayer, Tobias*, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten – Eine Untersuchung von Spielern aus Versorgungseinrichtungen, Abschlussbericht an das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, 2005
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 2010
- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsrechtliche Ausformung, Berlin 1985
- Peine, Franz-Joseph*, Systemgerechtigkeit – Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden 1985
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg u. a. 2008
- Rebeggiani, Luca*, Deutschland im Jahr Drei des GlüStV, Reformvorschläge zur Regulierung des deutschen Glücksspielmarktes, Gutachten, 2010
- Ress, Georg*, Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, 985
- Roth, Wolfgang*, Rechtsgutachten zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer differenzierenden rechtlichen Regelung von Sportwetten und Lotterien, 2007
- Schiederemair Hartmut/Dörr, Dieter*, Spielautomatensteuer in Baden-Württemberg, Kehl am Rhein und Straßburg 1984
- Schneider Friedrich/Maurhart, Martin*, Volkswirtschaftliche Analyse des legalen/illegalen Marktes für Glücksspiel in Deutschland (2007)
- Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung*, International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens, Teil zwei – Rechtswissenschaftliche Studie, 2009
- Schönbein, Sabine*, Das Millionenspiel mit Tradition – Die Geschichte der Klassenlotterie, Norderstedt 2008
- Schönleitner, Ulrich*, Föderalismusreform und Gewerberecht – Erste Gedanken zur neuen Rechtslage, GewArch 2006, 371
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf*, Kommentar zur Gewerbeordnung, München 2004
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf*, Kommentar zur Gewerbeordnung, München 2004
- Thaysen, Maren*, Sportwetten in Deutschland, Baden-Baden 2009
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, München 2010
- Wendt, Rudolf*, Der Gleichheitssatz, NVwZ 1988, 778
- Wohlers, Wolfgang*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28. 11. 2002 (JZ 2003, 858), JZ 2003, 860



mainzer medieninstitut

## Das Mainzer Medieninstitut: Forum für Medien und Recht

Rheinland-Pfalz und seine Hauptstadt Mainz, Sitz des ZDF und des SWR, gehören zu den bedeutendsten Medienstandorten Deutschlands. Das Mainzer Medieninstitut sieht seine zentrale Aufgabe darin, diese Stellung im Interesse des Landes und der ansässigen Veranstalter zu behaupten und weiter auszubauen. Dazu stellt es der Politik und den Medien eine rechtswissenschaftlich orientierte Einrichtung zur Seite und bietet diesen ein zukunftsorientiertes Forum.

### **Rechtsgebiete gestalten: Forschung im nationalen und europäischen Umfeld**

Das Forschungsgebiet des Mainzer Medieninstituts erstreckt sich auf Fragestellungen des nationalen, des europäischen und des sonstigen internationalen Medienrechts, wobei das klassische Rundfunkrecht, als Teilgebiet des öffentlichen Rechts, den Schwerpunkt unserer Forschungstätigkeit bildet. Besondere Beachtung wird aber auch den im Zuge der Medienentwicklung relevanten neueren Rechtsgebieten geschenkt, wie etwa dem Recht der Medien- und Teledienste, dem für die Medien maßgebenden Telekommunikationsrecht oder dem Wettbewerbsrecht. Stets werden dabei die interdisziplinären Bezüge der jeweiligen Materie in den Blick genommen. So steht das Mainzer Medieninstitut in enger Zusammenarbeit mit dem Forschungsschwerpunkt Medienkonvergenz der Johannes Gutenberg-Universität, in dem die kulturwissenschaftlich und die sozialwissenschaftlich orientierten Medienfächer unter Einbeziehung von Medienrecht, Medienmanagement und Medienkunst miteinander kooperieren.

### **Den Wandel der Medienwelt begleiten: Veranstaltungen und Publikationen**

Das Institut führt Veranstaltungen in Deutschland und in der europäischen „Hauptstadt“ Brüssel zu zentralen Themen der nationalen und der europäischen Entwicklung der Rundfunk- und Medienordnung durch. Hierzu gehören das „Mainzer Mediengespräch“ und das „Brüs-

seler Mediengespräch“, die beide jährlich stattfinden. Darüber hinaus veranstalten wir regelmäßig zusammen mit dem Forschungsschwerpunkt Medienkonvergenz das „Mainz Media Forum“, das sich in Form von Podiums- und Publikumsdiskussionen mehrmals im Jahr hoch aktuellen Themen aus der Medienwelt widmet.

Die Veranstaltungen werden zum Teil in einer Schriftenreihe dokumentiert, in der auch weitere wichtige Forschungsarbeiten des Mainzer Medieninstituts veröffentlicht werden.

### **Das Mainzer Medieninstitut bezieht Stellung: Gutachten, Beratung und Stellungnahmen**

Das Institut erstellt Rechtsgutachten und erbringt weitere Leistungen im Rahmen seiner Aufgabenstellung. Unabhängig davon nimmt es durch rechtswissenschaftliche Publikationen zu aktuellen Themen des Rundfunk- und Medienrechts Stellung.

### **Das Mainzer Medieninstitut bildet aus: Ausbildungsangebote mit interdisziplinärem Zuschnitt**

In Kooperation mit der Johannes Gutenberg-Universität führt das Mainzer Medieninstitut den Weiterbildungsstudiengang „Medienrecht“ durch. Er richtet sich als erstes Angebot dieser Art vor allem an Absolventen der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten, die Kenntnisse in den verschiedenen Bereichen des Medienrechts erwerben oder vertiefen wollen. Das Studium vermittelt in zwei Semestern neben den Grundlagen in den wichtigsten Bereichen des Medienrechts auch Einblicke in Randbereiche und behält den Praxisbezug dabei immer im Auge. Neben den juristischen werden auch kommunikations- und politikwissenschaftliche sowie journalistische und publizistische Inhalte in den Studiengang integriert. Die Lehrveranstaltungen werden von Professoren der Universität Mainz sowie von auswärtigen Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis durchgeführt. Nach erfolgreichem Abschluss wird der Titel eines „Master of Laws (LL.M.)“ verliehen.